



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

CONTRA EL CIENTIFICISMO EN LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JOSÉ DUQUE VEGA

PROFESOR GUÍA: JONATAN VALENZUELA SALDÍAS

Santiago, Chile

2022

ÍNDICE

ÍNDICE	1
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO PRIMERO: EL (SUPUESTO) PROBLEMA EPISTÉMICO DEL DAÑO MORAL	7
1.1 La concepción tradicional de la prueba del daño moral	7
1.2 Una mirada desde la teoría racional de la prueba	9
CAPÍTULO SEGUNDO: LA DOCTRINA CIVIL CHILENA FRENTE A LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL	13
2.1 La doctrina frente a la prueba del daño moral	13
2.2 La influencia en la jurisprudencia chilena	15
CAPÍTULO TERCERO: CONTRA EL CIENTIFICISMO EN LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL	18
3.1 ¿Qué vuelve científico a un medio de prueba?	19
3.2 Algunas cuestiones previas, sobre valoración de la prueba.	20
3.3 Sobre el uso de la ciencia en el derecho, el conocimiento científicamente afianzado y el científicismo.....	23
3.4 Contra el científicismo en la prueba del daño moral	28
CONCLUSIONES Y DESAFÍOS	34
BIBLIOGRAFÍA	37

RESUMEN

Este trabajo pretende explicar las razones que han llevado a parte de la doctrina civil chilena a afirmar que el informe pericial psicológico o psiquiátrico practicado sobre la víctima es el medio más idóneo para probar el daño moral. Para ello, se realiza una crítica al concepto de prueba de los perjuicios morales que la doctrina tradicional defiende, y que tendría como consecuencia los argumentos planteados por algunos autores, quienes pretenden mostrar una dificultad excesiva en la prueba del daño moral, que obligaría a los tribunales a echar mano al conocimiento científico provisto por un experto o experta. Posteriormente, intentaremos responder a la pregunta de qué vuelve científico a un medio de prueba, para luego abordar el uso de la ciencia en el derecho, en relación con el conocimiento científicamente afianzado como criterio de valoración conforme a un sistema de sana crítica. Finalmente, se concluye que la afirmación de que el daño moral se prueba mediante informes psicológicos o psiquiátricos sobrevalora la capacidad epistémica del conocimiento científico, además de obtener conclusiones apresuradas a partir de éste. En definitiva, se plantea que la postura de la doctrina civil es científicista, al adoptar una actitud sobre entusiasta y acríticamente deferente hacia la ciencia. Desde un punto de vista de la teoría racional de la prueba, considerar un medio más idóneo que otro sin conocer su contenido, implica dejar de lado cualquier intento de racionalidad en la decisión judicial.

INTRODUCCIÓN

Los avances científicos han logrado impactar profundamente la evidencia a la que nuestros tribunales se enfrentan, jugando un rol cada vez más importante en los juicios¹. Si bien es posible imaginar escenarios en que esto fuere positivo para el derecho y la justicia, lo cierto es que también trae consigo el viejo problema del cientificismo, una actitud acrítica y ciegamente deferente hacia la ciencia, incapaz de reconocer sus limitaciones y potenciales peligros (Haack, 2010).

Vivimos en una época que nos obliga a procesar cantidades inéditas de información científica. Esta tendencia se ha visto aún más potenciada con la pandemia del COVID-19, donde conceptos como contagios, cepas, vacunas, falsos positivos, trazabilidad, entre otros son, a estas alturas, parte de nuestro vocabulario cotidiano. Más allá de nuestra limitada comprensión, la ignorancia que muchos teníamos –y tenemos– respecto de estas materias pareciera forzarnos a confiar en lo que al respecto nos señalan los expertos y expertas. Pero este fenómeno excede ciertamente la pandemia. De alguna forma, quien actualmente ostente un título o grado que indique su expertiz en cierta materia, y en particular si ésta es relativa a alguna ciencia, podrá ser visto como poseedor único de la verdad científicamente revelada, negando toda otra manifestación del conocimiento. Esto constituye no solo un problema argumentativo, por la utilización de la denominada falacia de autoridad o *argumentum ad verecundiam*, sino también un problema epistemológico, motivo por el cual es del todo necesario revisarlo, discutirlo y cuestionarlo, teniendo una mirada medianamente escéptica de la labor que puede llegar a cumplir la ciencia en la sociedad. Lo anterior, sin menospreciar ni poner en duda los avances que de la mano de ésta se han alcanzado. En síntesis, se trata de evitar por un lado las posturas científicistas, y por otro las posturas cínicas, que subestimen el valor de la ciencia (Haack, 2003). Vale hacer la advertencia a quien lee: este trabajo no pretende desacreditar la ciencia, simplemente busca prevenir de ciertas actitudes que propenden a la irracionalidad de las decisiones judiciales, teniendo al conocimiento científico como protagonista².

¹ Al respecto, véase GASCÓN ABELLÁN (2013).

² GASCÓN ABELLÁN (2016) señala que “(...) la importancia de las pruebas científicas en la práctica procesal no ha ido acompañada de un proceso de cautelas y controles en relación con ella. Más bien ha sucedido lo contrario”. Este trabajo representa un intento por superar la tendencia a la irracionalidad en la toma de decisiones judiciales basadas en el conocimiento científico.

Un claro ejemplo de cómo la ciencia puede ser un «lobo con piel de oveja» lo han dado los grupos anti-vacunas, quienes basan mayoritariamente su postura en un artículo publicado en 1998 en la revista académica *The Lancet*, escrito por A. J. Wakefield y otros coautores del Royal Free Hospital y la Facultad de Medicina de Londres, que sería capaz de demostrar la relación entre la vacuna tres-vírica y el desarrollo del autismo en niños y niñas. Más allá de las críticas que ha recibido el artículo por sus colegas –lo que llevó a su retractación recién en el año 2010– es claro que la alusión a conocimiento experto es lo que principalmente sustentaba esa tesis anti-vacunas, y no por ello se debe concluir que la tesis sea correcta³. Más aún, quienes hoy cuestionan las vacunas desarrolladas contra el COVID-19, también echan mano a argumentos enarbolados por quienes podrían ser considerados como especialistas en la materia⁴. En este mismo sentido, hace no mucho tiempo en nuestro país fue aprobada una moción parlamentaria que pretendía terminar con la utilización de timerosal (compuesto utilizado como conservante) en las vacunas suministradas a niñas y niños, por su potencial para poner en riesgo la salud, y debió posteriormente ser vetado por el Presidente de la República el año 2014, lo que evitó que finalmente se convirtiera en ley. Quienes defendían este proyecto, por supuesto, se apoyaban en la opinión de expertos, y quienes lo rechazaban –paradójicamente– también⁵. Incluso, quien fuera su Ministro de Salud y que a la época de la discusión del proyecto se desempeñaba como presidente del Colegio Médico, manifestó abiertamente su apoyo a la moción⁶.

Es claro que estamos viviendo una época en la cual la información catalogada como científica es el respaldo más serio que cualquier afirmación o propuesta pudiere tener, pareciendo incluso

³ Un análisis sobre dicho artículo, el fraude y su posterior retractación se encuentra en SEGURA BENEDICTO (2012).

⁴ Hollingsworth, H. (16 de diciembre de 2021). Los Angeles Times. Recuperado el 26 de enero de 2022, de <https://www.latimes.com/espanol/eeuu/articulo/2021-12-16/aumenta-presion-contramedicos-que-desinforman-sobre-covid>. Diversos grupos de médicos alrededor del mundo se han opuesto a la vacunación contra el COVID-19, como la America's Frontline Doctors, una organización fundada durante 2020 y ligada fuertemente a la ultraderecha estadounidense, que ha criticado las medidas de confinamiento y distanciamiento social, además de los programas de inoculación. Algo similar ocurrió en Brasil, donde diversos médicos, en conjunto con las máximas autoridades del país, defendieron el uso de la cloroquina en el tratamiento del coronavirus, un medicamento utilizado para combatir la malaria. Al respecto, véase ALVIM (2020).

⁵ Cámara de Diputadas y Diputados de Chile. (4 de marzo de 2014). Moción parlamentaria. Elimina las vacunas multidosas con timerosal o compuestos organomercuriales. Valparaíso, 2010. 358ª Legislatura. Sesión 121ª, tercer trámite constitucional. Recuperado el 26 de mayo de 2021, de <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=7438>

⁶ Diario La Tercera. (24 de enero de 2014). Diario La Tercera. Recuperado el 26 de mayo de 2021, de <https://www.latercera.com/noticia/actores-de-la-salud-cuestionan-a-presidente-del-colegio-medico-por-apoyar-ley-que-prohibe-timerosal/>.

que la alusión al conocimiento científico da por clausurado cualquier debate. Esto no debiese ser particularmente problemático, ya que sabemos que la ciencia ha tenido resultados fenomenales a lo largo de nuestra historia que han, seguramente, mejorado nuestras vidas. Sin embargo, es necesario reconocer que la ciencia no es infalible, no es perfecta y, como toda empresa humana, está expuesta a errores. Parte de la doctrina iberoamericana de la teoría de la prueba ha intentado hacerse cargo del problema del cientificismo y la prueba científica, esforzándose en depurar los elementos con los que cuenta el juez o la jueza para conformar y delimitar el material probatorio que será sometido a su revisión; valorar dicho material y adoptar una decisión en base a esa evidencia y sujeta a una regla de umbral de suficiencia⁷. Los avances en este sentido, al menos en nuestro país, han venido de la mano del estudio del proceso penal⁸, sin embargo, el cientificismo es capaz de alcanzar todos los escenarios de toma de decisiones – incluso en ámbitos ajenos a lo jurídico⁹– por lo que nos parece necesario revisar su influencia en otras áreas del derecho. Más allá de honrosas excepciones, la mayoría de ellas citadas en este trabajo, pareciera haber una mirada peligrosamente acrítica respecto de la prueba pericial, que no es capaz de notar el problema que el cientificismo trae a nuestro derecho y nuestra justicia.

En este trabajo intentaremos explicar cómo la deferencia ciega ante el testimonio experto nos aleja de una decisión judicial racional. Para ello, revisaremos con una mirada crítica los argumentos que una parte de la doctrina civil chilena ha esgrimido a favor de la prueba del daño moral mediante informes psicológicos o psiquiátricos. Estos, parecieran defender la tesis de que por el hecho de ser este medio de prueba uno de carácter científico-experto, nos permitiría conocer de manera fehaciente la concurrencia del daño, en desmedro de otros medios.

En un primer capítulo, abordaremos la posición tradicional de la doctrina civil en cuanto a la prueba del daño moral y el problema epistémico que ésta representaría, contrastándolo con una mirada desde la teoría racional de la prueba, que desecha la existencia de aquella dificultad. Posteriormente, se revisan los argumentos que defienden la necesidad de –como consecuencia de la exagerada complejidad para probar el daño moral– recurrir a informes de peritos

⁷ Autoras como Rachel HERDY (2020), Carmen VÁZQUEZ (2020), Marina GASCÓN ABELLÁN (2010), entre otras, han dedicado sus esfuerzos académicos a temas relacionados con la admisibilidad de la prueba científica y su valoración.

⁸ Por todos, véase DUCE (2010).

⁹ El cientificismo, como intentaremos explicar en este trabajo, afecta directamente a la actividad probatoria en el proceso. Sobre la existencia de actividad probatoria en todos los ámbitos de toma racional de decisiones, véase VALENZUELA (2018)

psiquiatras o psicólogos para fundar la pretensión del actor. Por último, se critica a la anterior afirmación por promover el uso de la ciencia en el derecho sin reparar en sus dificultades y riesgos, siendo contraria a la necesidad de controlar la racionalidad en la toma de decisiones judiciales, especialmente cuando estas se basan en evidencia compleja de procesar para el tribunal.

La tradicional distinción entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial, si bien es bastante ilustrativa, ha devenido en errores. Aquí nos referiremos particularmente a dos: (i) creer que la prueba del daño moral es imposible o de una mayor dificultad que la prueba de otros hechos; y (ii) que, en caso de ser posible probar el daño moral, su extrema dificultad obliga a presentar informes de peritos psiquiatras o psicólogos para fundar la pretensión del actor. Todo, con la finalidad de abandonar el cientificismo presente en la prueba de este daño, evitando errores producidos por la deferencia ciega al informe pericial.

CAPÍTULO PRIMERO: EL (SUPUESTO) PROBLEMA EPISTÉMICO DEL DAÑO MORAL

La responsabilidad civil se ocupa de regular el trato que nos debemos con nuestro prójimo y, de forma subsidiaria, remediar las infracciones a esas reglas de trato recíproco¹⁰. Esta se origina en el daño como condición indispensable para su concurrencia, no habiendo responsabilidad sin este. A su vez, el daño es también objeto del juicio de responsabilidad, porque justamente lo que se pide es su reparación o indemnización (Barros, 2007). En este capítulo revisaremos cómo la distinción más amplia y desarrollada entre dos tipos de daño ha tenido consecuencias relevantes en la actividad probatoria, algunas de ellas no deseadas.

Dichas consecuencias son indeseadas porque dan origen a una serie de afirmaciones equivocadas e infundadas que atribuyen al conocimiento científico una certeza que este no es capaz de otorgar, para intentar resolver el error original, que desconoce algo que intentaremos dejar en claro en este capítulo: el daño moral se debe probar, pero aún más importante, se puede probar.

1.1 La concepción tradicional de la prueba del daño moral

Sabemos que nuestro derecho acepta que todo tipo de daño sea reparable, bastando por lo tanto que el hecho de un tercero haya producido cualquier tipo de alteración negativa en algún interés legítimo y relevante de otra persona, para que haya un daño susceptible de ser indemnizado o reparado. En ese sentido, la clasificación más amplia del daño atiende a la naturaleza del interés lesionado, distinguiendo tradicionalmente al daño –en tanto condición y objeto de la responsabilidad civil– entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial o moral. Por una parte, el primero afecta bienes que tienen una significación económica, disminuyendo el activo, o generando un deterioro tal que impida que el activo se incremente; y por otra parte el segundo, *a contrario sensu*, afecta bienes que se caracterizan por no tener dicha significación económica (Barros, 2007). Esta distinción, al día de hoy pacífica, ha repercutido en el ámbito probatorio, por la presunta dificultad que tendría la prueba del daño moral. Distintos autores han señalado que el problema encuentra su origen en las propias características que definen este tipo de daño, puesto que, al afectar bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial, “es casi imposible hacer una

¹⁰ Véase Papayannis (2020). Esta postura, de acuerdo con la opinión del propio autor, no es compartida por toda la doctrina.

valoración económica de dicho daño, cuando en ella no intervengan módulos de valoración objetivos, fijos y aisladamente considerados”¹¹.

Debido a lo anterior, es que la pregunta por la prueba del daño moral resulta del todo relevante. Históricamente nuestra doctrina y jurisprudencia ha seguido dos posturas¹². La primera, se fundamenta en la especial naturaleza del daño, en su carácter espiritual y subjetivo, que tornaría no solo en innecesaria, sino en imposible la acreditación de su existencia. Para CÁRDENAS y GONZÁLEZ, esto se debe a que esta postura identifica el daño moral con el dolor subjetivo, por lo que los tribunales serían quienes a su arbitrio determinarían su existencia y monto indemnizatorio. Esta tesis tuvo como resultado que, durante un largo período de nuestra jurisprudencia, no se exigiera la prueba del daño moral para su indemnización (Diez Schwerter, 2012).

Hoy en día esa tendencia se ha visto superada por una postura que defiende la necesidad de que éste debe ser efectivamente acreditado en el juicio por quien lo invoca. BARROS (2007) señala al respecto que, al igual que todo supuesto de hecho de la responsabilidad civil, el daño extrapatrimonial debe ser probado por quien lo alega, y debe darse por producido sobre la base de antecedentes que permitan presumirlo. Este argumento, sumado a las críticas que merece la primera postura respecto a la ignorancia de principios sustanciales y procesales que fundamentan el moderno estado de derecho –como el debido proceso y la reparación integral del daño–, han vuelto a la tesis en favor de la prueba del daño moral la tesis dominante.

Esta última postura da cuenta de la obligación –en un sentido amplio de la palabra– de probar la existencia del daño moral, pero nada nos dice sobre la verdadera posibilidad de llevarlo a cabo. Según consideramos, afirmar que el daño moral debe ser probado porque todo supuesto de hecho debe ser probado, es completamente distinto a señalar que existe la capacidad de demostrar la presencia de un perjuicio de estas características. Si hay una obligación de probar el daño moral, pero dicha empresa resultase imposible, sería más correcto resolver que

¹¹ Por todos, véase Cárdenas y González (2007). Es necesario distinguir entre la existencia del daño y su valoración económica. Al respecto, véase Papayannis (2020).

¹² Para una acabada revisión de ambas visiones, véase Cárdenas y González (2007). Esta sección se inspira en el trabajo de estos autores. Para éstos, la tesis de que el daño moral no requiere prueba incluiría los casos en los que basta probar la transgresión, para tener por probado el daño. A nuestro entender, esto se relaciona más bien con la segunda tesis, en favor de la prueba del daño moral, en este caso mediante la utilización de máximas de la experiencia, o presunciones judiciales, según el sistema de valoración probatoria.

simplemente no existe un tipo de perjuicio que pueda ser identificado como daño moral. Sin embargo, en la siguiente sección intentaremos explicar que su prueba, si bien más dificultosa, es perfectamente posible.

1.2 Una mirada desde la teoría racional de la prueba

La segunda parte del capítulo requiere de una acotación previa. La aproximación que este trabajo realiza a la actividad probatoria obliga a transparentar la posición doctrinaria desde la que se escribe. La presente obra se enmarca en una corriente denominada *teoría racional de la prueba*, que considera que la finalidad de esta –y del proceso– es la averiguación de la verdad, siendo los hechos el único motivo de la decisión jurídica, en tanto garantía de la correcta aplicación de la ley. Como consecuencia de esto, se pretende que sean sancionados todos los infractores del derecho, y solo ellos lo sean¹³.

Si el descubrimiento de la verdad es el fin del proceso, es necesario responder también qué se entiende por verdad. La teoría racional de la prueba sigue una concepción de verdad en un sentido semántico, según la teoría de TARSKI (1960). En resumen, este autor defiende la postura de que un enunciado será verdadero en la medida en que se corresponda con la realidad. Entonces, “*X* es verdadera si, y solo si, *p*”, en donde *p* es la oración o enunciado, y *X* es el nombre de esta oración o enunciado. Por supuesto, el mejor ejemplo es el que da el propio TARSKI: “La oración «la nieve es blanca» es verdadera si, y solo si, la nieve es blanca”. Esta noción de verdad nos permite escapar de las definiciones coherentistas y pragmatistas, que afirman que algo es verdadero en la medida que sea internamente coherente, o sea aceptado, o bien resulte más simple que otras proposiciones sobre los hechos. La decisión judicial es una decisión que pretende reconstruir la realidad, estableciendo que ésta es – o ha sido – como el enunciado la describe, por lo que no es correcto aceptar la existencia de enunciados ‘verdaderos’ pero que a su vez no se corresponden con la realidad (Gascón Abellán, 2010).

Ahora bien, la verdad que está disponible para nuestro conocimiento es únicamente probable. La racionalidad exige aceptar que no es posible conocer *con certeza* el acaecimiento de uno u otro hecho, por estar estos en el pasado. A lo que accedemos es a enunciados sobre estos hechos, que luego serán el objeto de la prueba a rendir. Así, no cabe más que aceptar que la verdad no

¹³ Para una acabada explicación de esta corriente, véase Ferrer (2005) y (2007), y Gascón Abellán (2010).

es igual a certeza, y que esta última es solo un ideal inalcanzable. Habrá que conformarse entonces con algún grado de corroboración que permita tener por verdadera la hipótesis defendida (Gascón Abellán, 2010). Esto implica, por cierto, que las decisiones judiciales siempre estarán dotadas de cierta incertidumbre, lo que nos obligará a dotarnos de reglas que nos indiquen cuándo un relato está probado¹⁴.

Dicho esto, es claro que el tratamiento jurídico de la prueba del daño patrimonial se considera menos problemático que el de los perjuicios extrapatrimoniales¹⁵. PAPAYANNIS (2020) explica esta diferencia haciendo alusión a la idea de dolor como núcleo del daño moral, indistinguible de otras emociones o sensaciones negativas. De acuerdo con su tesis, la prueba del dolor representa un problema epistemológico, al no ser posible conocer su existencia ni entidad sin experimentarlo «en carne propia». Por contraparte, los sucesos que ocurren en el mundo externo –la realidad sensible–, son independientes de nuestra percepción de ellos, pudiendo admitirse la corrección y discusión de su veracidad. Ello no ocurre cuando lo que se enuncia son frases del estilo «tengo miedo» o «me duele una pierna». Aquí no es posible para un tercero –o carece de sentido– responder «en realidad no tienes miedo» o «estás equivocado, no te duele una pierna». El individuo es infalible sobre la existencia y gravedad de su daño moral, no existiendo parámetro externo alguno, independiente de la apreciación subjetiva de la víctima, que pueda determinar si ésta sufre dolor y con qué intensidad.

Lo anterior se explica porque el dolor es un hecho interno. Lo común es que los hechos jurídicamente relevantes sean los externos, que se producen en la realidad sensible, sin embargo, existe otro tipo de hechos, los psicológicos o “internos a la esfera mental, cognitiva o emocional” del sujeto. Estos últimos carecen de un elemento de ‘materialidad’ que ciertos autores asignan a los hechos jurídicos, ya que no se constituyen por un evento del mundo físico o por un comportamiento traducido en actos materiales. Lo anterior, significaría que en realidad los hechos internos no son hechos propiamente tales. No obstante, esa idea es demasiado simplista, ya que existe una multitud de hechos jurídicamente relevantes que escapan a la materialidad. Un ejemplo de esto son los hechos pertenecientes al ámbito psicológico, sentimental o volitivo, consistente en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones y voluntades

¹⁴ Para una revisión de las reglas de estándar de prueba, que se siguen de la imposibilidad de conocer los hechos fuera de cualquier incertidumbre, véase FERRER (2018)

¹⁵ Además, para BARROS (2007) “resulta obvio que su naturaleza impone severas restricciones probatorias”.

(Taruffo, 2005). Que el dolor sea un hecho interno no quiere decir que no sea un hecho, y por ello comprobable mediante juicios descriptivos, sino tan solo que requiere ser descubierto a partir de otros hechos externos, siendo su averiguación posiblemente más dificultosa. Si aceptamos que el dolor es un hecho, alegada la concurrencia de éste, cabrá la atribución de algún grado de verdad o falsedad, de la misma manera que respecto de los demás enunciados sobre hechos (Gascón Abellán, 2010).

Por lo tanto, la carga probatoria que posee quien demanda el daño moral no es una razón suficiente para exigir su prueba¹⁶. Se exige su prueba porque es perfectamente posible para quien alega su existencia utilizar los diversos medios probatorios que la ley establece para comprobar el perjuicio sufrido. Por supuesto que ello podrá representar una dificultad mayor para el actor, pero en ningún caso insalvable. Si esto no fuese así, resultaría válida la tesis ya abandonada de que el daño moral no requiere prueba, o incluso habría que cuestionarnos la posibilidad de siquiera indemnizar dichos perjuicios, por ser imposibles de probar.

En realidad, la prueba del dolor ajeno es similar a la de otros hechos internos, como el dolo, la culpa o el ánimo de lucro, y quizás igualmente difícil de conocer. Pero la dificultad para conocer directamente un hecho interno en ningún caso implica que no pueda ser probado, ni que su prueba sea como rasguñar un vidrio¹⁷. No hay ninguna razón que nos permita afirmar lo anterior, ni tampoco alguna que nos haga exigir para la prueba del daño moral algo distinto que para la prueba de los demás enunciados sobre hechos, sean estos externos o internos.

Vale la pena revisar aquí la clásica distinción entre medios de prueba directos e indirectos, como una razón que explicaría la creencia de que probar la concurrencia de daño moral es una empresa de altísima dificultad. Recordemos que esta clasificación doctrinaria separa los medios de prueba entre aquellos que permiten la percepción propia y directa del tribunal, y aquellos que,

¹⁶ Artículo 1698 Código Civil Chileno: “**Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.** Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez” (el destacado es propio). Este artículo, de acuerdo a la doctrina nacional, consagra la regla general *actori incumbit probatio*. Al respecto, véase DIEZ SCHWERTER (2012, pp. 133-134).

¹⁷ BARROS (2007) utiliza la metáfora de la siguiente forma: “Las limitaciones del lenguaje nos impiden transmitir nuestras sensaciones interna de pena, aflicción física o de frustración. (...) Por eso, la prueba del daño moral efectivamente sufrido por la víctima tiene algo de la pretensión de rasguñar un vidrio”. Allí donde el autor dice *pena, aflicción física y frustración*, PAPAYANNIS (2020) dice *dolor*.

en oposición, permiten la formación de la convicción a través de otros hechos o de terceros¹⁸. El problema que esta clasificación tiene es que, como señalábamos más arriba, no es posible acceder directamente a los hechos, sino únicamente a enunciados que nos relatan la ocurrencia de éstos. En tal sentido, toda prueba sería necesariamente indirecta, puesto que será útil para corroborar un relato sobre los hechos, y no serán los hechos en sí los que el tribunal deberá valorar¹⁹. Es probable que la inexistencia de medios directos que determinen la concurrencia del daño moral haya hecho creer a algunos que su prueba será inevitablemente más difícil, incluso imposible. Sin embargo, como dijimos, en la forma en la cual esta tradicional distinción está formulada, todos los medios de prueba serían indirectos.

Presumiblemente es la alegada dificultad que la prueba del daño moral reviste, la que la ha vuelto una institución opaca, discrecional y poco fundamentada en su otorgamiento o negación por parte de nuestros tribunales. Tanto la comprobación de enunciados sobre hechos que dan cuenta de la existencia de un perjuicio extrapatrimonial, como la cuantificación de este, debe realizarse con racionalidad. Si bien la tesis de que el daño moral no se prueba ya se encuentra a estas alturas superada, sigue sin haber claridad en cómo se lleva a cabo esa tarea.

¹⁸ Para una revisión de las distintas clasificaciones doctrinarias a los medios de prueba, véase RODRÍGUEZ PAPIC (2006, pp. 120-121).

¹⁹ Es tan poco clara esta clasificación, que un medio probatorio que para un autor puede clasificarse como directo, será indirecto para otro. Esto ocurre, por ejemplo, con la prueba testimonial.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA DOCTRINA CIVIL CHILENA FRENTE A LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Disipada cualquier duda sobre la verdadera posibilidad y necesidad de probar el dolor, la intención de este capítulo es realizar un diagnóstico de la respuesta que la doctrina –e, influenciada por esta, la jurisprudencia– ha intentado dar al problema de la prueba del daño moral. Como veremos, pareciera ser que la idea de que no se prueba ha calado hondo, más allá de su aparente superación. Si bien hoy, como vimos, prima la idea de que el daño moral debe ser probado, para muchos estaríamos ante una empresa de tan elevada dificultad –en comparación a la prueba del daño patrimonial, seguramente sencilla– que nos veríamos obligados a recurrir al conocimiento científico experto para tener por asentados los hechos que originaron el perjuicio.

De la misma forma que el capítulo anterior, nos referiremos al daño moral en tanto dolor, englobando allí los conceptos señalados por BARROS (2007), que son pena, aflicción física y frustración. Consideramos que, para los efectos de este trabajo, no hay una razón suficientemente fuerte que nos ordene distinguir entre el dolor y el daño moral, como si este englobara a aquel. Esto, porque las categorías del daño moral que no serían posibles de comprender en el dolor no son utilizadas por la doctrina como ejemplos para afirmar que el daño moral se prueba por medio de informes psiquiátricos o psicológicos. Además, es el fenómeno del dolor, y no su institucionalización jurídica, lo que originó y volvió relevante esta categoría del daño (Papayannis, 2020). Ello, por supuesto, no significa que solamente haya daño moral como consecuencia de una lesión corporal.

2.1 La doctrina frente a la prueba del daño moral

Una gran parte de los autores –civilistas y procesalistas– no pareciera presentar demasiado interés en la actividad probatoria, a pesar de la vital importancia que representa la prueba en el derecho, y no solo en la práctica jurídica. Así, merece ser alabada la obra de PEÑAILILLO, quien en 1989 hacía notar dicha importancia, y cómo la prueba debiera despertar un interés común entre la academia civil o ‘sustantiva’ y la procesal o ‘adjetiva’²⁰. Es destacable el año, debido a

²⁰ La obra de PEÑAILILLO (1989) plantea diversos problemas probatorios que a la época no habían sido tratados, con una lucidez impresionante. Por otra parte, la calificación de ‘adjetivo’ que se utiliza respecto del derecho procesal, ha sido mirada con escepticismo por algunos autores, como VALENZUELA (2019), quien plantea la

que la preocupación de un cierto sector de la doctrina chilena por la prueba y la verdad en el derecho es bastante reciente.

Aquí abordaremos algunos de los argumentos que la doctrina tradicional chilena ha dado para considerar a los informes psiquiátricos o psicológicos como el medio más idóneo para probar el daño moral. Desde luego, no es el interés de este trabajo hacer una revisión bibliográfica histórica al respecto, sino entregar un diagnóstico que permita posteriormente analizar si es que esos argumentos son correctos, y en qué medida corresponden o no a unos de corte científicista.

Para DIEZ SCHWERTER (2012), la existencia del daño moral debe ser probada por quien alegue haberlo sufrido, y la prueba rendida debe acreditar: (i) que se cumplen todos los demás presupuestos de la responsabilidad civil, llámese capacidad, dolo o culpa y causalidad; (ii) que existe un daño moral, es decir, que se generó a raíz del hecho ilícito dolor en la víctima; y (iii) cómo se produjo dicho daño moral. Continúa luego afirmando que “en el caso específico del ‘*pretium doloris*’ estimamos que el modo más idóneo de probarlo es a través de informes de peritos psiquiatras o psicólogos, desde que esos profesionales son quienes con mayor certeza pueden constatar la efectividad, magnitud y trascendencia del dolor o sufrimiento que se aduce haber experimentado el actor”. Según el mismo autor define, por *pretium doloris* se entienden los dolores, sufrimientos y angustias constitutivas de daño moral. Algo similar plantea BARROS (2007), al aseverar que para determinar lo que él llama la intensidad del daño, el aporte pericial de los especialistas médicos puede resultar relevante para determinar el dolor que se sigue del daño, en especial respecto del daño corporal. CÁRDENAS Y GONZÁLEZ (2007), en tanto, distinguen según el tipo de daño moral a resarcir, pero en todo caso consideran al informe pericial dentro de los medios más idóneos para probar el menoscabo alegado, ya sea *pretium doloris* o daño estético.

Pareciera ser común entre los autores esta idea de que el informe de peritos permitirá acceder de mejor forma al estado psicológico o psiquiátrico de la víctima, y que ello fundamentará la decisión que el tribunal tome. Más allá del sentido que tiene o no el pretender acceder al fuero interno de la víctima, a nuestro parecer el razonamiento que emplea la doctrina citada es consecuencia de la errónea consideración señalada en el capítulo anterior. Es decir, por creer

necesidad de superación de la ‘adjetividad’, al ser la única rama del derecho que se relaciona directamente con los hechos y su fenomenología en el mundo.

que la prueba del daño moral representa una dificultad casi insalvable, se entiende que la mejor forma de sobrepasar este obstáculo es mediante la prueba pericial, que evidentemente –asumen– nos facilitará el conocimiento de la verdad. Lo que señalamos es una interpretación de las afirmaciones entregadas por estos autores, ya que lamentablemente no entregan una justificación clara para ellas.

2.2 La influencia en la jurisprudencia chilena

Como señalamos con anterioridad, la A pesar de que el presente trabajo no tiene como objetivo estudiar exhaustivamente qué ha dicho la jurisprudencia respecto de la prueba del daño moral, parece necesario revisar cómo y en qué medida el argumento de la doctrina civil tradicional ha logrado influenciar a nuestros sentenciadores. Esta sección recogerá el trabajo de un reciente análisis jurisprudencial de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia durante el período transcurrido entre los años 2008 y 2018, referido a la prueba del daño moral²¹. Si bien comprende diversos casos en los que se acudió a diferentes medios probatorios, nos enfocaremos en el apartado particular de sentencias que dan por acreditado el daño y conceden la indemnización mediante la prueba pericial.

Transversalmente conocido es el caso en que el Hospital Carlos Van Buren fue condenado a la indemnización por pérdida de la oportunidad de sobrevivir, donde la Corte Suprema aceptó por primera vez la tesis de la pérdida de la chance. En la sentencia de reemplazo se señala expresamente que *“el informe pericial (...) demuestra categóricamente que la falta de un diagnóstico oportuno al momento de ingreso del paciente a la Unidad de Emergencias del hospital, el estado de abandono en el que fue dejado a continuación, el largo tiempo transcurrido antes de que alguien se acercara a verificar su estado y, por último, las omisiones en que incurrieron los médicos que intervinieron para declarar su fallecimiento, lo despojaron de cualquier oportunidad, aún de la más mínima, de ser sometido a los tratamientos adecuados, pertinentes y oportunos en cuyo mérito podría haber, eventualmente, salvado su vida”*²². Es relevante recordar que probablemente sean los casos de negligencia médica el terreno más fértil para la utilización de informes periciales como medio probatorio, por lo que se les debe prestar una especial atención, de manera tal de evitar resolver bajo un paradigma científicista.

²¹ Arancibia (2019).

²² Vásquez Contreras con Hospital Van Buren (2015)

En un mismo sentido se encuentra el caso Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví, en donde la Corte Suprema concede la indemnización por daño moral basándose principalmente en el informe pericial realizado a la demandante. Allí, el máximo tribunal replica este informe en su sentencia, tanto para fundamentar la prueba del daño, como para determinar el monto a indemnizar²³.

Por contraparte, ha sido la misma Corte Suprema la que revocó una sentencia de segunda instancia que exigía para la indemnización de perjuicios el acompañar prueba científica que permitiera dar por probada la relación causal entre la demora en la evaluación de neurocirugía y la muerte del paciente. En este caso, para la Corte de Apelaciones de Concepción no era posible justificar la relevancia de la tardanza en la muerte del paciente –ya sea como causa de esta o que simplemente hubiera contribuido a la misma– sin existir en ese sentido prueba pericial, desestimando así las declaraciones de testigos no peritos. El máximo tribunal concluyó que el de alzada no había dado fundamento a sus razonamientos, por lo que acogió el recurso de casación en la forma interpuesto²⁴. Algo similar ocurre en Campos Jiménez con Servicio de Salud del Maule, en que la Corte Suprema ordena valorar la prueba documental en ausencia de prueba pericial²⁵.

Este breve repaso no permite establecer con claridad si existe o no una postura ciegamente deferente hacia la prueba pericial en nuestra jurisprudencia, ya que además de la dispersión de criterios, de todos los casos citados solamente Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví versaba sobre la prueba del daño moral mediante informes periciales, mientras que los demás señalados trataban la necesidad de usar este medio probatorio en general, teniendo ello como consecuencia el otorgamiento o no de la indemnización por daño moral.

Respecto a Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví, nos permitiremos replicar un fragmento del considerando decimocuarto, el cual permite a la Corte Suprema, a su juicio, dar por acreditado el daño moral:

“Décimo cuarto: Que, establecida la relación de causalidad, corresponde analizar la existencia de los perjuicios demandados. Al respecto cabe consignar que la demandante ha hecho consistir

²³ Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví (2017)

²⁴ Campos Ramírez con Servicio de Salud de Concepción (2015)

²⁵ Campos Jiménez con Servicio de Salud del Maule (2017)

los perjuicios alegados en el daño moral que le ha ocasionado, por un lado el mal funcionamiento por parte del Hospital de Puerto Montt, al ser intervenida quirúrgicamente dos veces sin que existiese necesidad, lo que, además, tuvo como consecuencia que se viera mermada su salud y condición de vida, y por otro lado en la deficiencia en el actuar del Hospital antes referido en el manejo de su ficha clínica, lo que habría impedido el cobro de su seguro médico, lo cual le habría causado aflicción e impotencia. En cuanto a la aflicción y desgaste emocional que tiene su consecuencia en el cambio injusto vivenciado en las condiciones normales de vida y trabajo de la demandante, en estos autos ha quedado debidamente acreditado con la prueba documental y testimonial rendida el dolor y la angustia que sufrió la actora, toda vez que la demandante pasó abruptamente de llevar una vida activa con plena autonomía e independencia a ser declarada inválida y requerir de asistencia de terceros para poder desenvolverse y llevar a cabo acciones básicas, tales como comer, cerrar su cartera, tomar un objeto sin que se le caiga, etc. Por otra parte, según se desprende del informe pericial psicológico que se hiciera referencia en el número del considerando segundo del presente fallo, la actora presenta un cuadro depresivo expresado en su angustia, desesperanza y resignación frente a la situación a la que se vio expuesta y que es capaz de identificar claramente por el conocimiento que ha tomado sobre las circunstancias irregulares que rodearon las atenciones médicas a las que se sometió. (...)²⁶.

Como señalamos con anterioridad, en el considerando siguiente al citado, la Corte da por fundamentado el daño y procede a fijar “prudencialmente” el monto indemnizatorio en \$40.000.000. Llama la atención que aquello ocurra luego de la simple transcripción de parte del informe pericial psicológico presentado por la actora, sin expresarse una valoración de dicho medio probatorio. Con todo, del análisis de esta sola sentencia no es posible establecer que la jurisprudencia nacional considera que la mejor forma para conocer la verdad respecto de la existencia de daño moral es el informe pericial psicológico. El estudio de las decisiones judiciales en general y particularmente en este ámbito excede los objetivos de este trabajo.

²⁶ Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví (2017). El subrayado es nuestro.

CAPÍTULO TERCERO: CONTRA EL CIENTIFICISMO EN LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

En este último capítulo intentaremos evidenciar el error probatorio en el que tropieza la doctrina al afirmar que el daño moral se prueba por medio del informe pericial psiquiátrico o psicológico. Para ello, es necesario enmarcar esta discusión en alguno de los momentos de la actividad probatoria en el proceso, a saber: (i) la conformación del acervo probatorio; (ii) la valoración de los elementos de juicio o pruebas contenidas en ese acervo conformado; y (iii) la adopción de la decisión bajo una regla de estándar²⁷. A modo de resumen, en la primera etapa se propone, practica, y conforma el conjunto de elementos de juicios que sustentan las hipótesis sobre los hechos del caso, incluyendo o excluyendo evidencia por criterios de relevancia y admisibilidad. El segundo momento, de valoración probatoria, consiste en la verificación de los enunciados fácticos que se introducen al proceso mediante los medios de prueba, reconociéndole a estos últimos un valor o peso. Debido a que la fijación judicial de los hechos se realiza a través de un procedimiento institucionalizado, podemos reconocer dos modelos de valoración: la prueba legal o tasada y el modelo de prueba libre (Gascón Abellán, 2010). Por último, el tercer momento de la actividad probatoria es la toma de la decisión, declarando probada o no probada una hipótesis con el grado de confirmación que se disponga, sujetándose a una regla de estándar tenerla por verdadera.

Consideramos que el problema al que hace referencia este trabajo es uno de valoración probatoria, ya que detrás de la afirmación de la doctrina tradicional respecto a la prueba del daño moral, existe una sobrevaloración y exceso de confianza en el peso probatorio y su aptitud para dar por probada una hipótesis que el informe pericial tiene, sin estar el tribunal en condiciones entender cómo fue llevado a cabo, ni menos de analizar su contenido. En el contexto jurídico, cuando se habla de prueba científica, comúnmente se enuncian los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en específico lo que se conoce como la *trilogía Daubert*²⁸, en el cual el máximo tribunal norteamericano ha enunciado una serie de factores o criterios de admisibilidad de la prueba científica –y no científica– en el proceso judicial. En cambio, como

²⁷ La conceptualización enunciada en esta parte se basa en la obra de Ferrer (2007).

²⁸ Respecto a la experiencia estadounidense, los criterios de admisibilidad de la prueba científica, y lo que ha ocurrido con posterioridad a estos precedentes, véase Vázquez (2015, pp. 91-136).

dijimos, este trabajo estudia la valoración probatoria y, en realidad, la sobrevaloración probatoria que se realiza respecto de la prueba científica.

3.1 ¿Qué vuelve científico a un medio de prueba?

Pese a la prevención señalada más arriba, no creemos coherente dirigirnos hacia el momento de valoración probatoria sin antes referirnos a ciertos problemas sobre la admisibilidad de la prueba pericial en el sistema chileno. Nuestro ordenamiento jurídico considera una batería de medios de prueba de los que se dispone para probar los enunciados que las partes realizan respecto de los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos que el tribunal determine en el juicio. El artículo 1698 del Código Civil, citado más arriba, señala en su inciso segundo que, para probar la existencia o extinción de una obligación: “(...) *Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez*”. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 341 señala que: “*Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones*”.

Ha sido discutida la calidad del informe pericial para ser considerado como una prueba diferente, ya que, en la práctica, su realización es similar a la declaración de un testigo, que en este caso posee una calidad de “experto”. Pero ¿qué distingue a la prueba pericial de un testimonio? Si la respuesta es su aportación de conocimientos especiales de alguna ciencia o arte²⁹, cabrá preguntarnos entonces qué ciencia –o qué arte– será recogida en el proceso, y desde luego, tendremos que cuestionarnos qué vuelve científico a un determinado medio de prueba. Como señala VALENZUELA (2017), en realidad la etiqueta de “pericial”, nada nos dice sobre la calidad de la evidencia presentada, que deberá ser valorada por el tribunal en su momento. Lo único que sí es claro es que, por lo general, estos expertos y expertas se presentan al proceso como tales, y realizan una explicación inmediata de su pericia. Así las cosas, la regulación de la prueba

²⁹ Ésta pareciera ser la característica que el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil determina para la acogida de la prueba pericial al señalar que, en caso de que la ley no disponga oír informe de peritos, podrá también recurrirse a este medio cuando la apreciación de ciertos puntos de hechos requiera de conocimientos especiales de alguna ciencia o arte.

pericial en Chile no es útil para estudiar la valoración que el tribunal hace sobre la misma, salvo, como veremos más adelante, lo señalado en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.

En estas líneas usaremos prueba pericial –o informe pericial– y prueba científica como conceptos análogos. No pareciera haber suficientes razones para separar una de otra, sobre todo por la poca vigencia de la tesis de la demarcación, que pretende diferenciar a las ciencias empíricas de la metafísica. Somos escépticos de la existencia de la posibilidad de trazar una línea divisoria entre lo que es ciencia de lo que no es, aunque en ningún caso esto significa que lo que entendemos comúnmente como ciencia no sea capaz de producir conocimiento confiable, y en algunos casos, altamente confiable³⁰.

3.2 Algunas cuestiones previas, sobre valoración de la prueba.

Si bien en el primer capítulo ya transparentamos que este trabajo se escribe desde el prisma de la teoría racional de la prueba, y que esta defiende que el fin de la actividad probatoria y del proceso es la averiguación de la verdad como correspondencia (en términos probabilísticos no matemáticos), es también necesario señalar otro pilar de esta teoría, que es el recurso a la epistemología general, por ser esta el mejor instrumento disponible para decidir sobre hechos, permitiendo maximizar las posibilidades de que la decisión se *corresponda* con la verdad (Ferrer, La valoración racional de la prueba, 2007). Por lo tanto, resulta imposible aproximarnos a la prueba del daño moral sin atender a consideraciones epistemológicas. Lo anterior nos obliga entonces a mirar críticamente la consideración del conocimiento científico experto como un aval epistémico que nos permitiría acercarnos a la verdad por sí solo, como si estuviese dotado de un valor probatorio intrínseco, independiente de su contenido. De hecho, posiblemente una de las razones por las cuales el conocimiento científico es visto de esa forma, es porque se cree que éste corre por derroteros epistemológicos distintos al resto (Gascón Abellán, 2013).

Como se dijo anteriormente, y contrario a lo planteado por la doctrina mayoritaria en Chile, la prueba del daño moral no es tan distinta de la prueba de cualquier otro daño, o de cualquier otro enunciado sobre hechos. Esta equivocación ha llevado a la conclusión de que la única, o la mejor forma para conocer este tipo de perjuicio es el informe de peritos psiquiátrico o psicológico. La

³⁰ Para un estudio de las diversas tesis de demarcación y su relación con el derecho, véase Escobar-Jiménez (2018). Reconocemos, en todo caso, una cierta capacidad de distinguir, a modo de aproximación, las ciencias de otras actividades humanas, del mismo modo que señala Haack (2010).

preferencia por este medio en desmedro de otros podría ser fruto de múltiples factores, pero este trabajo pretende mostrar cómo uno en particular pareciera estar presente en esa aseveración.

Antes de abocarnos a la crítica que en estas líneas se formula respecto de la afirmación de la doctrina civil tradicional de que el medio más idóneo para probar el daño moral son los informes psicológicos o psiquiátricos practicados sobre la víctima, nos referiremos brevemente a una serie de cuestiones importantes de tener en mente cuando estamos hablando de valoración probatoria. En general, se distinguen dos modelos de valoración: los sistemas de *prueba legal o tasada*, y los sistemas de *prueba libre*. Los primeros se destacan por la limitación de los medios probatorios y la atribución a cada uno de estos un peso probatorio propio, imponiendo el derecho un determinado 'resultado probatorio'. Por el contrario, los segundos permiten al tribunal valorar el apoyo que cada elemento le entrega a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto, buscando obtener un resultado que permita conocer el grado de confirmación que a cada hipótesis es posible asignar³¹. Señala FERRER (2017) que esa valoración es únicamente libre en el sentido de que su resultado no está predeterminado, pero que necesariamente debe someterse a reglas jurídicas y principalmente a 'reglas' epistemológicas que permitan el control intersubjetivo de la decisión judicial. Actualmente, es extendida la aceptación de la *sana crítica* como aplicación práctica de un modelo de libertad probatoria, que se guía por las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado.

El modelo de prueba legal o tasada ha sido objeto de numerosas críticas, principalmente por quienes consideran que la regulación de la prueba es contraria sus propios fines. Algunos incluso rechazan la utilización del concepto *derecho probatorio*, el cual califican de oxímoron, una contradicción en sus propios términos. Para ellos la prueba es libertad y al someterse a normas rígidas, impuestas por el Derecho, dejaría de ser prueba³². Más aún, otros han llegado a señalar que sería una prolongación lógica de la ordalía –un procedimiento judicial probatorio de la Edad Media en el cual se aludía a fuerzas superiores o sobrenaturales para determinar la verdad o falsedad de alguna postura defendida (verter agua caliente, poner brasas sobre el cuerpo de la

³¹ En las obras Jordi Ferrer (2007, pp. 45-47) y de Marina Gascón Abellán (2010, pp. 12-16) es posible revisar ambos modelos y por qué hoy en día está tan asentada la idea que un sistema correcto es uno que permite la libertad probatoria.

³² Respecto a las críticas a la prueba legal o tasada y la proposición de un sistema de prueba libre, pero reglado, puede verse Ferrer (2017).

persona y batirse a duelo eran algunas de las pruebas)— lo que reflejaría en definitiva lo irracional de este modelo^{33 34}.

Más allá de estos cuestionamientos, la realidad es que al día de hoy en Chile sigue utilizándose el sistema de prueba legal o tasada en el contexto del proceso civil³⁵. Una excepción a esto es justamente la regla del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, que establece que el informe pericial será valorado conforme a las reglas de la sana crítica. Esto, como dijimos, no significa que el tribunal tenga completa libertad o discrecionalidad para lograr la averiguación de la verdad —ello implicaría indudablemente alejarnos de ese objetivo— sino que actúa guiado por la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado.

Volvamos un poco. El momento de valoración de la prueba implica apreciar el apoyo que cada elemento aportado al juicio entrega a las hipótesis en conflicto, individualmente y en conjunto. Ello nos permitirá saber el grado de confirmación que cada hipótesis posee. En el caso específico de los modelos de sana crítica, la etapa de valoración, en posición a la de conformación, es *el momento de la racionalidad*. “*No se puede negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en el ámbito de la prueba jurídica por razones específicamente jurídicas cuando no hay reglas jurídicas que limiten la valoración de la prueba*” (Ferrer, 2007).

El razonamiento utilizado para evaluar en qué medida los elementos de juicio avalan las hipótesis a probar se llama inferencia probatoria. Este razonamiento inferencial posee tres elementos: el hecho que queremos probar, también llamado hipótesis o enunciado sobre hechos; la información de la que disponemos, o los elementos probatorios, las pruebas u algún otro sustantivo similar; y una relación entre el enunciado sobre hechos y la prueba con la que contamos, o enlace³⁶. Al respecto, GONZÁLEZ LAGIER (2018) señala que la toma de decisiones

³³ GASCÓN ABELLÁN (2010, pp. 13-14) reproduce los argumentos de célebres autores, quienes desde temprano advertían la irracionalidad de los modelos que constriñen el desarrollo de la prueba libre.

³⁴ Para una definición, explicación y relato sobre el uso de las ordalías, véase MORENO RESANO (2014).

³⁵ Sin pasar por alto las críticas a las que el sistema de prueba tasada ha sido sometido, es posible subrayar algunas características positivas de éste. Para VALENZUELA (2019), su utilización dota al tribunal de pautas claras para evitar y distribuir el error, facilitando su actividad y dándole seguridad de cara a la ciudadanía. Así, la existencia de reglas probatorias no es incompatible con la búsqueda de la verdad, y es capaz de enfrentarse con claridad a los dilemas morales que el derecho presenta.

³⁶ En GONZÁLEZ LAGIER (2018) se explican los tres modos de razonar sobre hechos que caracterizan a la decisión judicial racional. Señala el autor que “en muchas ocasiones, nuestro convencimiento de que ha ocurrido un determinado hecho descansa en inferencias que realizamos a partir de ciertos hechos que ya damos por conocidos o por seguros”.

dependerá de la realización de conjeturas respecto de si determinados hechos han ocurrido, por qué han ocurrido y si ocurrirán en el futuro. Respecto del primer supuesto –si un hecho ha ocurrido– descansan la mayoría de las decisiones judiciales, para las cuales, según el autor, se utilizan tres tipos de inferencias probatorias, que se caracterizan por el enlace utilizado: las inferencias probatorias epistémicas, las normativas y las interpretativas

Nos referiremos aquí únicamente a las primeras, al guardar éstas estrecha relación con el tema del presente trabajo. El enlace utilizado por las inferencias probatorias epistémicas es una máxima de la experiencia, es decir “*definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*” (Stein, 1999). La fuerza de aquella inferencia probatoria epistémica, entonces, dependerá de la solidez y corrección del argumento en el que la máxima de la experiencia descansa.

Ahora sí cabe retomar la revisión de la regla del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil. Si la valoración probatoria del informe pericial se realiza conforme a la sana crítica, esta será dirigida por las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, y el conocimiento científicamente afianzado. Veremos entonces en la siguiente sección la relación entre ciencia y derecho, para luego revisar qué se entiende por conocimiento científicamente afianzado e intentar separarlo del dañino cientificismo.

3.3 Sobre el uso de la ciencia en el derecho, el conocimiento científicamente afianzado y el cientificismo

Ya señalamos anteriormente que el derecho no ha estado exento de la incorporación de la ciencia en su actividad, tal como ha ocurrido con diversas disciplinas. Al respecto, TARUFFO (2005, pág. 330 y ss.) defiende la existencia de una relación no tan lejana como se creería entre derecho y ciencia, y en particular entre la tarea que llevan a cabo jueces y juezas por un lado, y científicos y científicas por otro. Para el autor ambas funciones no son tan diferentes como se podría creer, por lo que afirma la presencia de vínculos generales y específicos entre el razonamiento judicial sobre los hechos y la prueba, y las metodologías de carácter científico. Esto, señala, no opera solo por la adopción de las técnicas científicas en el derecho, sino también en un sentido inverso,

constituyendo la determinación judicial de los hechos un modelo para el control empírico de las teorías científicas. Además, para TARUFFO la relación entre ambas disciplinas va más allá de una cuestión metodológica ya que –como hemos estado viendo– el uso de pruebas científicas es cada vez más relevante y frecuente, existiendo una especie de determinación científica de los hechos en el proceso.

Es cierto que existen semejanzas entre la labor judicial y la científica. Aquello es innegable, porque ambas utilizan métodos de averiguación de la verdad. Sin embargo, la existencia de similitudes no debe traducirse en una adopción sin más de la ciencia por parte del derecho. La ciencia –afirma HAACK (1999)–, es “completamente falible, imperfecta, irregular, a menudo torpe, a veces corrupta y, por cierto, incompleta”. Quien lee, podrá responder a esta afirmación señalando que el derecho posee las mismas características. Probablemente tendrá toda la razón: el derecho se ha entendido –a regañadientes, y quizás con un cierto desdén– como una ciencia social. Lo que debemos notar es que el derecho no solo posee una pretensión de definitividad, sino que su materialización, el proceso, se caracteriza justamente por ella. El reflejo de la labor judicial es la dictación de una sentencia definitiva, la cual apunta a convertirse en cosa juzgada. No hace falta aquí referirnos a lo que conocemos como cosa juzgada y su eficacia, pero es claro que nuestros tribunales elaboran decisiones que permanecen inalterables en el tiempo. Esto no ocurre con la evidencia científica que, si bien posee una pretensión de definitividad, no necesariamente es capaz de obtenerla, es más, el avance científico dependerá muchas veces de la refutación de la ciencia disponible hasta ese momento.

Al echar mano a la evidencia científica en el proceso, debemos advertir esta diferencia, por el riesgo que implica hacer uso de conocimiento no asentado para fundamentar decisiones definitivas. Si la ciencia se caracteriza por su constante evolución, la sentencia judicial que podrá valerse de aquella es precisamente lo opuesto: permanece inalterable en el tiempo. El derecho, como las demás ciencias, está expuesto a cambios de paradigmas y revoluciones³⁷, pero las decisiones que en base a éste emanan mediante la dictación de una sentencia definitiva por parte

³⁷ Thomas Kuhn (1971) explica que “la transición sucesiva de un paradigma a otro por medio de una revolución es el patrón usual de desarrollo de una ciencia madura”. A pesar de que el autor identifica determinadas etapas de la ciencia, pensadas principalmente para la física, Mariana ISERN (2006) utiliza los conceptos *kuhnianos* para analizar los marcos teóricos empleados por el derecho, en tanto ciencia jurídica. Como señalamos, la (r)evolución del derecho no implica que las decisiones judiciales no sean capaces de alcanzar la definitividad.

de un tribunal competente, adquieren –con el paso del tiempo– el carácter de cosa juzgada. Por lo tanto, es posible que el tribunal fundamente una resolución definitiva basándose en conocimiento no consolidado.

Como señala TARUFFO (2009), si estuviésemos dispuestos a aceptar teorías irracionalistas de la decisión judicial, según las cuales se interpreta el convencimiento del tribunal como un poder absoluto, incognoscible e incontrolable, como una especie de certeza moral, el problema del uso de la ciencia en el proceso no sería tal, sino tan solo uno más de los inescrutables instrumentos de los cuales se valdrían los jueces y juezas para arribar a una decisión. Por el contrario, según dice el propio autor, “(...) la prueba –científica, podríamos agregar– no resulta ser un mero instrumento retórico sino un instrumento epistémico, o sea, el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos”.

Dicho esto, la construcción del sistema de valoración probatoria conforme a la sana crítica, como ya hemos indicado con anterioridad, se basa en una prueba libre, bajo tres criterios: los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado. Estos criterios, aunque ampliamente extendidos, no parecieran fungir realmente como límites para la libertad probatoria –además de ser ambiguos, vagos o de textura abierta– sino que son parámetros o guías para el razonamiento del tribunal en su labor de fundamentación tanto de la valoración probatoria como de la aplicación del estándar de prueba³⁸.

¿Qué podemos entender por conocimiento científicamente afianzado? Para STEIN (1999), sería un tipo de máxima de la experiencia, de carácter técnico y específico, pero en todo caso notorio, general y fungible, dentro del campo del que se trate. CARBONELL (2018), por su parte, entiende al conocimiento científico como aquel que se obtiene mediante la comprobación empírica de una hipótesis, afirmando una regularidad en la naturaleza o una relación causal de eventos. En un mismo sentido, COLOMA (2012) indica que el conocimiento científico permite relevar al

³⁸ Así lo afirma CARBONELL (2018), quien critica la visión de los criterios de la sana crítica como límites a la libertad probatoria del tribunal, de la misma forma que se opone a una mirada de los mismos como únicamente razones de expresión obligatoria. Para la autora, la relevancia de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado reside en que estas son directrices o guías para el razonamiento del tribunal, que le permiten cumplir con su deber de fundamentación, precisamente por la estrecha relación entre la valoración de la prueba y la fundamentación de la sentencia.

tribunal de la responsabilidad sobre la calidad y fiabilidad del conocimiento, que se radica en las comunidades científicas.

Nos parece necesario señalar que esta visión del conocimiento científicamente afianzado sería errónea. En primer lugar, creemos que es distinto hablar de conocimiento científico afianzado que de conocimiento científicamente afianzado. Por una parte, el primero sí se referiría a lo que señalan los autores antes citados, mientras que el otro pareciera apuntar a la fijación científica – al menos provisoria– de cierto conocimiento que no necesariamente provendría de la ciencia, es decir, que alguna clase de conocimiento estaría afianzado científicamente. En segundo lugar, una formulación como la anterior puede servir para determinar la admisibilidad de la prueba científica, como ocurre en la trilogía *Daubert*, pero no es útil para valorar la evidencia disponible, que es justamente el momento en que el tribunal debe ceñirse a los criterios de la sana crítica.

Justamente siguiendo lo señalado por CARBONELL (2018) es que afirmamos lo anterior. La necesidad del tribunal de fundamentar su labor basándose en –además de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia– el conocimiento científicamente afianzado, vuelve necesario dotar este concepto de contenido ya no en la etapa de admisibilidad, sino que en la de valoración probatoria. Por cierto, no pretendemos aquí zanjar la discusión respecto del método ni la capacidad del tribunal para comprender el razonamiento pericial científico, sino simplemente presentarla, a modo de dirigir la pregunta sobre el conocimiento científicamente afianzado en esa dirección, una que se refiera a la valoración de la prueba y no únicamente a la etapa de conformación del acervo probatorio³⁹.

La pregunta por la influencia de la ciencia y el derecho, sumado a la utilización por parte de la sana crítica del criterio del conocimiento científicamente afianzado puede ser en gran parte respondida –o polemizada– desde la crítica al cientificismo. Susan HAACK (2010) define al cientificismo –en inglés, *scientism*– como “una actitud sobre entusiasta y acriticamente deferente hacia la ciencia, la incapacidad para ver o la falta de voluntad para reconocer su

³⁹ Al respecto, existe cierta doctrina que ha querido avanzar en cuánto y cómo debe conocer nuestros jueces y juezas de la información científica a la que se ven enfrentados, pero este tópico no será tratado aquí. Para un mayor análisis y debate en torno a esto, véase Trotti (2020), Vázquez (2020), Rimoldi (2020), Herdy (2020) y Vázquez (2020).

falibilidad, sus limitaciones, y sus peligros potenciales”. La palabra *scientism* no siempre tuvo una connotación negativa, sino que más bien neutra. Pero a partir del siglo veinte, el concepto adquirió un tono peyorativo, particularmente por las ideas ambiciosas y utópicas sobre cuánto cambiaría la conducta humana si tan solo aplicáramos los exitosos métodos de las ciencias físicas. Con el paso del tiempo, el cientificismo comenzó a ser considerado un prejuicio, una superstición y hasta una aberración de la ciencia. Por supuesto que la ciencia cuenta con múltiples virtudes que la elevan al sitial en el que hoy en día se encuentra, pero no podemos olvidar que, como cualquier empresa humana, es inevitablemente falible e imperfecta, con un progreso irregular, desigual e impredecible.

Para HAACK, hay seis signos que nos permiten reconocer cuándo se traspasa la línea de la correcta y justificada deferencia a la ciencia, y ésta se vuelve exagerada. Estos son:

1. Usar las palabras “ciencia”, “científico”, “científicamente”, “cientista”, etc., de manera honorífica, como términos genéricos de encomio epistémico.
2. Adoptar las maneras, los símbolos, la terminología técnica, etc., de las ciencias, sin tener en cuenta su utilidad real.
3. Una preocupación por la demarcación, i.e., por trazar una clara línea entre la ciencia genuina, la cosa real, y los impostores “pseudo-científicos”.
4. Una preocupación correspondiente por identificar el “método científico”, que se presume explica cómo han sido tan exitosas las ciencias.
5. Buscar en las ciencias las respuestas para preguntas que están más allá de su alcance.
6. Negar o denigrar de la legitimidad o el valor de otras clases de investigación además de la científica, o el valor de ciertas actividades humanas distintas a la investigación, como la poesía o el arte.

Como es de suponer, todos estos signos se encuentran interrelacionados y son fáciles de reconocer en numerosos ámbitos de nuestra vida cotidiana, y por tanto terminan por contaminar diversas áreas del conocimiento. Es cientificista la publicidad de un producto cuando apunta a que su calidad se encuentra ‘científicamente comprobada’, es cientificista la idea de que el contenido impartido por las universidades siempre es reducible a esquemas pedagógicos que

toman la forma de una ecuación matemática⁴⁰, y también es científicista el argumento de la doctrina tradicional respecto de la prueba del daño moral.

3.4 Contra el científicismo en la prueba del daño moral

Ciertamente, esta relación entre científicismo y prueba del daño moral no es la preocupación central de HAACK, pero es posible de construir a partir de la propuesta que ella misma realiza. Tanto el uso de palabras relacionadas a ‘lo científico’ de manera honorífica, como la negación o denigración del valor que tiene otra clase de conocimiento distinto de la ciencia son signos que son posibles de reconocer en lo que se conoce como prueba científica. Ambos se expresan en dos dimensiones distintas: la primera consiste en los errores judiciales provocados por la incapacidad del tribunal de procesar la información científica aportada; y la segunda, en el otorgamiento de un mayor valor epistémico a la prueba pericial, que resulta evidente en la afirmación de que el modo más idóneo para probar el daño moral es por medio de ésta.

El uso inadecuado de la prueba pericial es uno de los principales factores que explican los errores de nuestros sistemas judiciales. Por cierto, esta primera dimensión escapa del científicismo, y trasciende a los diversos procedimientos, no siendo un problema exclusivo de la prueba del daño moral. La doctrina comparada reconoce cuatro principales problemas a este respecto. En primer lugar, la tendencia a utilizar pruebas científicas de baja confiabilidad –conocida como *junk science*– que se presenta con una apariencia de rigor metodológico que no es tal. Luego, el testimonio pericial inválido, es decir, las afirmaciones que las y los expertos realizan en el juicio para las cuales no tienen sustento empírico. En tercer lugar, el mal comportamiento de las y los peritos, por una parte, intentando deliberadamente causar un error, y por otra, reflejando en su conclusión sesgos tanto conscientes como inconscientes. Finalmente, por la mala comprensión que se tiene de este medio de prueba, al utilizarse como un método de aseguramiento más que como uno de averiguación⁴¹.

⁴⁰ En Haack (2010) se cita la ‘segunda ley de la conducta criminal’ planteada por David Abrahamson (1960) en que señala que un “acto criminal es la suma de las tendencias criminales de una persona más su situación total, dividida por la cantidad de su resistencia” o “ $C = (T+S)/R$ ”. Probablemente, ejemplos como este se repiten constantemente en las escuelas de Derecho y de otras ciencias sociales.

⁴¹ A este respecto, véase Duce (2018).

Un estudio publicado el año 2005, que tuvo como propósito evaluar el tratamiento de los delitos sexuales durante los primeros años de funcionamiento del aún llamado *nuevo proceso penal*, constató una serie de problemas con el uso de la prueba pericial. Se detectó una escasa capacidad de las partes para cuestionar la calidad de los peritajes y las deficiencias de los jueces y juezas para analizar el contenido de éstos. Más aún, la existencia de meta-peritajes, o peritajes de credibilidad practicados en quienes entregan su testimonio en el juicio, generó una tendencia en los tribunales a suprimir su obligación de fundamentar sobre la prueba testimonial rendida y si la persona que declaraba entregaba un relato fiable (Casas y Mera, 2004). Como vemos, la mayoría de los estudios a este respecto en Chile han sido realizados en el contexto del proceso penal, pero ello en ningún caso significa que la dificultad de procesar el conocimiento experto sea exclusiva de éste.

VALENZUELA (2017) señala, en un mismo sentido, que existe una confianza epistémica en el experto o experta y en lo que pueda este decir, derivada del método científico en el que la información del peritaje es producida. Consideramos que esta confianza, basada en argumentos científicas, es la misma que podemos ver cuando se dice que la mejor forma de probar el daño moral son informes psiquiátricos o psicológicos. La doctrina civil no indica por qué deberíamos preferir un medio por sobre otro, pero pareciera que sus razones tienen más que ver con que la dificultad de conocer el daño moral obliga a acudir a un conocimiento científico especializado que necesariamente nos permitirá conocer la verdad.

Para explicar la segunda dimensión, haremos nuevamente referencia a la doctrina de la teoría de la prueba y a los tres momentos fundamentales de la actividad probatoria de todo proceso de toma de decisiones en sede judicial. Podría señalarse que el problema ante el cual nos encontramos en la prueba del daño moral está en el nivel de conformación del acervo probatorio, rechazando la presentación de cualquier medio de prueba que no sea un informe pericial, para acreditar el daño. Aunque pareciera más correcto, como dijimos más arriba, sostener que el problema se encuentra en la etapa de valoración probatoria, ya que la negación del valor que pueda tener otro tipo de conocimiento distinto del científico, y por otro lado la utilización de términos relativos a la ciencia de manera honorífica, “como términos genéricos de encomio

epistémico”⁴², son la forma en la que se manifiesta esta sobrevaloración de la capacidad de un determinado medio de prueba –el informe psiquiátrico o psicológico– de corroborar la hipótesis defendida en juicio.

La doctrina no plantea una necesidad de presentar dichos informes para probar el daño, sino la idoneidad de estos. Esa idoneidad apuntaría a una capacidad superior del conocimiento científico, en abstracto, para tener por probado el daño, lo que no tiene sustento en concreto, ya que plantea una jerarquización de los medios de prueba en ignorancia de su contenido y desarrollo. Para GASCÓN ABELLÁN (2013), la ‘beatificación’ de la prueba científica se sustenta en dos tipos de sobrevaloración: una epistémica y otra semántica. La primera acepta los resultados de la ciencia como infalibles, y la segunda cree que esos resultados dicen cosas que en realidad no dicen.

Respecto de la sobrevaloración epistémica, señala la autora que es un error creer que el conocimiento científico y el conocimiento no científico corren por carriles epistemológicos separados. Que, mientras la prueba no científica se estructura mediante un razonamiento inductivo, basado en leyes probabilísticas de débil fundamento, aplicadas dentro de una metodología no científica y por lo tanto produce resultados falibles y simplemente probables; la prueba científica, por el contrario, se basa en leyes universales o al menos leyes probabilísticas de fuente fundamento epistémico, aplicadas bajo un riguroso método científico, lo que vuelve a sus resultados incuestionables e infalibles. Pero esto es equivocado. La validez –y el valor– de la prueba científica no se puede dar por sentado, ya que dependerá de una serie de factores, como la validez del método usado, la utilización de tecnología apropiada, el cumplimiento de controles de calidad, entre otros. Por último, uno de los mayores riesgos en el que puede incurrir la sobrevaloración epistémica, y que fue expuesto anteriormente en relación a la experiencia del proceso penal y los peritajes de credibilidad, es que se reemplace la labor del tribunal en la decisión sobre los hechos y por tanto en la valoración de la prueba. El carácter científico del informe pericial no excluye que el tribunal deba valorarlo conforme al modelo que la ley señale (Wròblewski, 1969), y en el caso específico de los meta-peritajes, lo que el experto diga sobre la credibilidad del testigo no reemplaza a lo que el tribunal puede y debe decir al respecto. Ya

⁴² Haack (2010).

lo dijimos previamente: es de cargo exclusivo del tribunal realizar una serie de inferencias probatorias que le permitirán conectar la información disponible con las hipótesis defendidas en el juicio, para arribar a una decisión.

Creemos necesario detenernos aquí. La pregunta clave es quién está en una mejor posición para conocer del daño moral y tenerlo por verdadero. No es una pregunta por quién tiene una mayor experiencia o expertiz en un área del conocimiento particular, ni tampoco una que apunte a saber quién es más capaz de acceder al fuero interno de una persona. Dicho de otra forma, la calidad de perito no es suficiente para atribuirle a este la capacidad de determinar la concurrencia del daño moral. Es el tribunal el encargado –y obligado, por cierto– de realizar esa labor y de decretar la verdad o falsedad de las alegaciones al respecto. En este sentido, es únicamente el juez o la jueza quien establece que un determinado hecho ha tenido lugar en el mundo, teniendo a la verdad como cometido central de su actividad (Valenzuela, 2019). No corresponde entonces delegar la función decisoria del tribunal en actores externos, quienes no poseen esa tarea institucional, e incluso si es que la tuvieran, no se encuentran en condiciones de señalarnos que la afectación sufrida por la víctima cuenta o no como daño moral. Lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando informes periciales son utilizados como mecanismo infalible para decretar la inimputabilidad de un sujeto. La labor de subsumir dentro de una categoría jurídica específica a un estado de cosas le incumbe única y exclusivamente al tribunal⁴³. En ningún caso pretendemos con esto afirmar que entre el razonamiento judicial y el razonamiento científico no existe coincidencia alguna⁴⁴, sino puramente señalar que hay un ámbito de la prueba que le corresponde al perito y otro que le corresponde al decisor. El primero deberá interpretar y comunicar los datos disponibles, mientras que el segundo tendrá que valorar esos datos a la luz de la demás evidencia ofrecida⁴⁵.

⁴³ Para GONZÁLEZ LAGIER (2018), estaríamos ante una inferencia probatoria de tipo interpretativa, que permite ordenar, clasificar los hechos, subsumiéndolos así dentro de algún concepto (jurídico) determinado. En este caso, la inferencia se utiliza para saber si un determinado hecho cuenta o no como daño moral.

⁴⁴ Sobre las coincidencias entre el razonamiento judicial y el razonamiento científico, véase Taruffo (2005, págs. 330-337).

⁴⁵ Nos remitimos aquí a lo planteado por Gascón Abellán (2016), quien, por contraposición al *paradigma de la individualización*, que es común en el ámbito de las disciplinas forenses identificativas –como la práctica de la prueba de ADN, o los peritajes balísticos– y se caracteriza por defender que mediante un análisis científico se puede individualizar el vestigio analizado y concluir que proviene de una fuente específica, defiende el cambio de paradigma a uno de *verosimilitud*, que distingue entre lo que dicen los datos, lo que ha de creerse respecto de ellos y lo que ha de hacerse y por tanto, decidirse.

Dicho esto, considerar que un informe pericial, en abstracto, entregará mayor y mejor información para la acreditación del daño moral es una estimación irracional y poco objetiva, algo que justamente va contra lo que exige la valoración de la prueba. La valoración de la prueba exige objetividad y racionalidad, algo difícil de alcanzar cuando se recomienda al tribunal sobrevalorar un informe del cual aún no se conoce el contenido. Es evidente que el cientificismo implícito en los argumentos que defienden la idoneidad de la prueba pericial psicológica o psiquiátrica para conocer el daño moral, es capaz de impactar directamente el resultado del juicio, ya que el establecimiento de los hechos es el único fundamento de la decisión jurídica (Gascón Abellán, 2010). La afirmación que parte de la doctrina civil tradicional realiza al respecto no es inofensiva, sino que tiene el potencial para afectar la decisión judicial, aumentando así la posibilidad de sentencias erróneas.

Ya advertía HAACK (2010) que las bondades de la ciencia no podían convertirla en algo perfectamente bueno, ya que en el mejor de los casos su progreso será irregular e impredecible, incluso falto de imaginación. Los “descubrimientos científicos a menudo tienen el potencial de hacer daño tanto como bien – ya que el conocimiento es poder, como lo vio Bacon, y es posible abusar de este poder”, señala. En realidad, considerar que un medio de prueba, por poseer conocimiento ‘científico’, tiene un valor en sí mismo superior a los demás, no es más que una sobreestimación, un exceso de confianza, convirtiendo al proceso en una disputa por quién tiene mayor capacidad de presentar informes de peritos psiquiatras o psicólogos. No se trata de abandonar, por cierto, el trabajo científico y la ayuda que este puede proporcionar en el esclarecimiento de la verdad, sino todo lo contrario, se trata de alejarnos de actitudes que nos lleven a confiar ciegamente en cierto tipo de conocimiento producido en contextos científicos, y que signifiquen el ingreso al proceso de información de baja calidad, disfrazada de ciencia. Como afirma VÁZQUEZ (2020), no todo lo científico es igualmente fiable y no solo lo científico es fiable.

Es un error creer que el medio más idóneo o el único medio para determinar la existencia del daño extrapatrimonial, son los informes psiquiátricos o psicológicos. Ello constituye una actitud cientificista de la doctrina nacional, que equivocadamente le otorga un mayor valor epistémico a la prueba científica por sobre los demás medios de prueba disponibles. En realidad, no hay un medio *per se* mejor que otro para conocer la verdad en el juicio que haga al tribunal preferirlo

por sobre los demás, incluso antes de tenerlo a la vista. Por supuesto que puede ocurrir que un informe pericial le permita al tribunal decidir con información de mejor calidad, pero sin criterios claros que indiquen cuándo el conocimiento científico es de buena o mala calidad, lo que hay es cientificismo puro y duro.

Al comienzo de este trabajo se señalaba la importancia de transparentar el punto de vista doctrinal desde el cual se escribe. Si el fin del proceso es el conocimiento de la verdad, no hay razón suficiente para generar una jerarquización de los medios de prueba, que obligue al tribunal a preferir unos por sobre otros. Quien defiende una postura bajo la cual la prueba pericial psicológica o psiquiátrica es más apta para conocer el daño moral, implícitamente defiende una renuncia a la racionalidad de la decisión judicial. Esto se ve reforzado al notar que nuestros tribunales siguen sin estar en condiciones de procesar la información científica aportada al juicio. Es más, como señala ALLEN (2013), la deferencia ciega ante el conocimiento experto se contradice directamente con el objetivo del proceso, que es la averiguación de la verdad sobre los hechos controvertidos. Sabemos que la racionalidad nos exige tomar decisiones basadas en la evidencia, pero esa evidencia no tiene la obligación de ser científica.

CONCLUSIONES Y DESAFÍOS

No hay duda de que la prueba del daño moral, al ser un hecho interno, reviste una dificultad especial. Esta dificultad es, en todo caso, la misma que tiene la prueba de otros hechos internos, como la culpa, el dolo o el ánimo de lucro. Pocos se atreverían hoy a decir que estos hechos no pueden ser probados, con el único fundamento de que ocurren en la esfera interna de las personas. Lo que hace aplicable la exigencia al demandante de probar la existencia del daño moral, no es que exista una carga legal –la cual en todo caso podría ser imposible de cumplir, lo que obligaría a abandonar la indemnización de este daño– sino porque es perfectamente cognoscible y posible de probar. Así, el conocimiento de hechos internos se dará a través del conocimiento de otros hechos externos, lo que probablemente redundará en un descubrimiento más dificultoso, pero en ningún caso imposible.

Es justamente la equivocada aproximación que ha tenido gran parte de la doctrina civil chilena en este sentido, la que ha generado el problema tratado en este trabajo, ya que se ha creído que la dificultad probatoria que representa el daño moral, sumado a la falta de certeza de este, implica necesariamente acudir a medios científicos para probarlo. Como ya fue dicho, la certeza es inalcanzable para el ser humano, siendo posible solo acceder a grados de probabilidad que nos permitan tener por verdadero un enunciado. Lamentablemente los autores citados no expresan el razonamiento que les permitió concluir que el informe psicológico o psiquiátrico es el medio más idóneo para conocer el daño moral, algo que en todo caso no impide entender que lo que subyace a sus afirmaciones es una notoria deferencia ciega hacia la ciencia.

No pretendemos por ningún motivo negar el aporte que la ciencia ha significado para la humanidad. Tampoco discutir que para nuestra vida en comunidad es necesario confiar en alguna medida en lo que cada uno de nosotros pueda tener como área de expertiz. Por el contrario, el objetivo es dar cuenta de que por el bien del derecho –y de la propia ciencia también– es necesario evitar actitudes que eleven a la investigación científica a un trono de verdad absoluta, incluso antes de siquiera conocer su contenido. No es correcto afirmar que la mejor manera para probar el daño extrapatrimonial es mediante informes periciales médicos, justamente porque estos no han sido conocidos. Son este tipo de aseveraciones las que alejan al proceso de su cometido central, que es el conocimiento de la verdad, convirtiéndolo en una batalla por quién puede presentar más informes, o quién puede obtener informes de un experto

o experta de mayor renombre. La verdad puede ser conocida por los diversos medios de prueba legales, siendo su contenido y no su forma el que debe ser valorado. La exigencia de decidir en base a evidencia implica necesariamente decidir en base a evidencia *científica*.

Al comienzo de este trabajo se advertía la necesidad de mirar la prueba de los hechos jurídicos desde una perspectiva epistemológica, con la verdad como objetivo central del proceso, y en específico de la verdad como correspondencia. Esto resulta fundamental, ya que para que algo sea considerado verdadero, debe corresponderse con la verdad, no ser ‘científico’. La ciencia, como cualquier cometido desarrollado por humanos, está expuesta al error, a la negligencia y a la ignorancia. Abandonar ideas que nos obligan a confiar ciegamente en la ciencia no significa renegar su valor, desmotivar su desarrollo ni abrazar un escepticismo total. En definitiva, en la búsqueda de la racionalidad en las decisiones judiciales, debemos echar mano a la ciencia en un sentido epistémico, útil para la averiguación de la verdad, y no darle un uso simplemente retórico, como instrumento para persuadir a nuestros tribunales respaldado en el halo de certeza y veracidad que a ella la acompaña. Señala Taruffo (2009) al respecto, que las teorías que apelan a una suerte de convicción íntima del tribunal u otros calificativos morales y subjetivos, olvidan la función epistémica que la prueba tiene y que por tanto si estas tendencias fuesen seguidas, no importaría estudiar el uso de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad en el proceso, ya que su uso, en el mejor de los casos, sería retórico. La afirmación de la doctrina civil tradicional, estudiada en este trabajo, en poco ayuda a evitar el uso retórico de la ciencia en el proceso.

Ciertamente, alejarnos del científicismo implica plantear e intentar responder diversas preguntas:

- ¿Qué capacidad tiene el tribunal de comprender un informe científico?
- ¿Es necesario educar a los jueces y juezas para que comprendan el razonamiento contenido en dicho informe pericial?
- ¿Qué modificaciones institucionales deberían realizarse con el objetivo de que el tribunal logre procesar el conocimiento experto de una manera correcta?
- ¿Bajo qué criterios se puede considerar a la prueba científica aportada como una de buena o mala calidad?

Dichas interrogantes, y otras que puedan surgirle a quien lee, quedan inconclusas en estas líneas, sin embargo, son determinantes a la hora de mirar hacia dónde va un sistema de justicia que cada vez se enfrenta a casos más complejos.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Campos Jiménez con Servicio de Salud del Maule (2017): Corte Suprema, Causa Rol N° 38151-2016, sentencia de fecha 25 de abril de 2017.
- Campos Ramírez con Servicio de Salud Concepción (2015): Corte Suprema, Causa Rol N° 27175-2014, sentencia de fecha 27 de abril de 2015.
- Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví (2017): Corte Suprema, Causa Rol N° 87914-2016, sentencia de fecha 1 de junio de 2016.
- Vásquez Contreras con Hospital Van Buren (2015): Corte Suprema Causa Rol N° 29365-2014, sentencia de fecha de 3 de diciembre de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

- Abrahamson, D. (1960). *The Psychology of Crime*. Nueva York: Columbia University Press.
- Allen, R. J. (2013). The Conceptual Challenge of Expert Evidence. *Discusiones Filosóficas*, 14(23), 41-65.
- Alvim, M. (2020, septiembre 3). *BBC News Brasil*. Retrieved enero 27, 2022, from O grupo de '10 mil' médicos pró-cloroquina que se aproximou de Bolsonaro com 'evento histórico': <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53994532>
- Barros, E. (2007). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Primera ed.). Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- Cámara de Diputadas y Diputados de Chile. (2014, marzo 4). *Moción parlamentaria*. Retrieved mayo 26, 2021, from Elimina las vacunas multidosis con timerosal o compuestos organomercúricos. Valparaíso, 2010. 358ª Legislatura. Sesión 121ª, tercer trámite constitucional: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=7438>
- Carbonell, F. (2018). Sana crítica y razonamiento judicial. In J. Benfeld, & J. Larrocau, *La sana crítica bajo sospecha* (pp. 35-48). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Cárdenas, H., & González, P. (2007). Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización. *Revista de Derecho UNED*(2), 355-378.
- Casas, L., & Mera, A. (2004). *Violencia de Género y Reforma Procesal*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Coloma, R. (2012). La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica. *Revista de Derecho*, 2(25), 207-228.

- Corral, H. (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Segunda ed.). Santiago: Thomson Reuters.
- Diario La Tercera. (2014, enero 24). *Diario La Tercera*. Retrieved mayo 26, 2021, from Actores de la salud cuestionan a presidente del Colegio Médico por apoyar Ley que prohíbe timerosal: <https://www.latercera.com/noticia/actores-de-la-salud-cuestionan-a-presidente-del-colegio-medico-por-apoyar-ley-que-prohibe-timerosal/>
- Diez Schwerter, J. L. (2012). *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Duce, M. (2010). Admisibilidad de la prueba pericial en los juicios orales. Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional. In D. Accatino, *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Primera ed., pp. 49-50). Santiago: Abeledo Perrot.
- Duce, M. (2018). Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema. *Política criminal*, 13(25), 42-103. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100042>
- Escobar-Jiménez, C. (2018). Criterios de demarcación, pseudociencia y científicidad en el derecho. *Cinta de moebio*(61), 123-139. Retrieved from <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-554X2018000100123>
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2017). La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, IX(18), 150-169.
- Ferrer, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In D. Papayannis, & E. Pereira Fredes, *Filosofía del Derecho Privado* (pp. 401-430). Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Tercera ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2013). La prueba científica. Un mapa de retos. In C. Vázquez, *Estándares de prueba y prueba científica* (pp. 181-203). Barcelona: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2013). Prueba científica. Un mapa de retos. In C. Vázquez, *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 181-203). Barcelona: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2016). Conocimientos expertos y deferencia del juez. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*(39), 347-365.
- González Lagier, D. (2003). Hechos y argumentos: (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)(II). *Jueces para la democracia*(47), 35-50.

- González Lagier, D. (2007). Hechos y conceptos. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*(15), Desconocida.
- González Lagier, D. (2018). Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos). In C. Vázquez, *Hechos y Razonamiento Probatorio* (pp. 17-43). Lima : Editorial CEJI.
- González, M. R. (2020). La ciencia y la tecnología aplicadas a la prueba de los hechos en el proceso. Análisis del fundamento y fiabilidad de la prueba neurocientífica. In J. Picó i Junoy, E. Cerrato Guri, & J. A. Andino López, *La prueba pericial a examen* (pp. 615-654). Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Haack, S. (1999, Septiembre). Defending Science - Within Reason. *Principia an International Journal of Epistemology*, 3(2), 187-211.
- Haack, S. (2003). *Defending Science - Within Reason: Between Scientism and Cynicism*. Amherst, New York: Prometheus Books.
- Haack, S. (2010). Seis signos de cientismo (Trad. Carlos Emilio García Duque). *Discusiones Filosóficas, Año 11*(16), 13-36.
- Herdy, R. (2014). Dependencia epistémica, antiindividualismo y autoridad en el derecho. *Isonomía*(40), 119-149.
- Herdy, R. (2020). Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial. *Discusiones*(24), 87-112.
- Hollingsworth, H. (2021, diciembre 16). *Los Angeles Times*. Retrieved enero 26, 2022, from <https://www.latimes.com/espanol/eeuu/articulo/2021-12-16/aumenta-presion-contra-medicos-que-desinforman-sobre-covid>
- Isern, M. (2006). La estructura de las revoluciones científicas en el Derecho. Una aproximación. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (2005/2006)(9), 13-41.
- Kuhn, T. (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Moreno Resano, E. (2014). Observaciones acerca del uso de las ordalías durante la Antigüedad Tardía. *Cuadernos de Historia del Derecho*(21), 167-188.
- Papayannis, D. M. (2020). Responsabilidad por el dolor causado y sufrido. In J. A. García Amado, & D. M. Papayannis, *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado* (pp. 133-195). Lima: Palestra.
- Peñailillo, D. (1989). *La prueba en materia sustantiva civil* (Primera ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rimoldi, F. (2020). Comunidad y contexto epistémico en la prueba pericial. *Discusiones*(24), 61-85.

- Rodríguez Papic, I. (2006). *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía* (Séptima ed.). Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- Segura Benedicto, A. (2012). La supuesta asociación entre la vacuna triple vírica y el autismo y el rechazo a la vacunación. *Gaceta Sanitaria*, 4(26), 366-371.
doi:<https://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2011.11.018>
- Stein, F. (1999). *El conocimiento privado del juez* (Segunda ed.). (A. De la Oliva y Santos, Trans.) Bogotá: Temis.
- Tarski, A. (1960). La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. (M. Bunge, Ed.) *Antología semántica*, 111-157.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* (Segunda ed.). (J. Ferrer Beltrán, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- Taruffo, M. (2009). Conocimiento Científico y Estándares de Prueba Judicial. In M. Taruffo, *La Prueba. Artículos y Conferencias* (pp. 87-121). Santiago: Metropolitana.
- Trotti, V. (2020). Pericia, razonamiento probatorio y diseño institucional. *Discusiones*(24), 7-27.
- Twining, W. (2009). De nuevo los hechos en serio (Trad.). *Cuadernos de Filosofía del Derecho*(32), 317-340.
- Valenzuela, J. (2017). Los mitos de la prueba pericial en el proceso penal chileno. In J. Valenzuela, *Hechos, pena y proceso* (pp. 101-110). Santiago: Rubicón Editores.
- Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política criminal*, 13(26), 836-857.
- Valenzuela, J. (2019). El juez y la prueba: Sobre una comprensión del derecho procesal basada en la actividad probatoria. In M. Vial-Dumas, & D. Martínez Zorrilla, *Pensando al juez* (pp. 177-189). Madrid: Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2014). Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, 24, 65-73.
doi:<http://dx.doi.org.10.1016/j.apj.2014.09.001>
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2015). La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*(38), 101-130.
- Vázquez, C. (2020). El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Discusiones*(24), 29-60.
- Vázquez, C. (2020). La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. *Discusiones*(24), 113-140.

Wròblewski, J. (1969). La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación. In J. Wròblewski, «*Sentido*» y «*hecho*» en el derecho (p. 185). San Sebastián: UPV.