

EXPLORANDO EL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN CHILE. UN ESTUDIO PRELIMINAR DE LAS INTUICIONES JUDICIALES SOBRE EL DAÑO

Jonatan Valenzuela Saldías

Profesor Asociado de Derecho Procesal
Universidad de Chile

jvalenzuela@derecho.uchile.cl

<https://orcid.org/0000-0002-9792-5637>

RESUMEN: el artículo presenta una aproximación al derecho probatorio en el campo del derecho de daños, a partir de los resultados de un trabajo empírico sobre intuiciones judiciales y de abogados respecto de la prueba del daño en la práctica judicial chilena. Se expone un estudio exploratorio en el que se aprecian concepciones vinculadas a la prueba del daño desde el punto de vista de los valores asociados a la decisión judicial, a los medios de prueba y a la regla de estándar de prueba que se estima aplicable en dicho campo.

PALABRAS CLAVE: prueba, daño, intuiciones.

EXPLORING EVIDENTIARY REASONING IN CHILE. A PRELIMINARY STUDY OF JUDICIAL INTUITIONS ABOUT TORT

ABSTRACT: The article presents a point of view on the evidentiary law in the field of tort law, as well as the results of an exploratory empirical work on judicial and lawyer intuitions regarding the proof of damage in the Chilean judicial practice. An exploratory study is presented in which conceptions

related to the proof of damage are appreciated from the point of view of the values associated with the judicial decision of the same as in relation to the means of proof and the rule of standard of proof that is deemed applicable in this field.

KEYWORDS: evidence, tort, intuitions.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA PRUEBA DEL DAÑO.— 3. LA METODOLOGÍA PARA UN ESTUDIO EXPLORATORIO.— 4. SOBRE EL DISEÑO DE ENCUESTA Y EL LEVANTAMIENTO DE DATOS.— 5. LAS INTUICIONES ENCONTRADAS: 5.1. Valores y prueba. 5.2. Estándar de prueba civil.— 6. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los estudios de derecho probatorio en Chile se encuentran aún en fase de desarrollo, aunque muestran avances significativos en el último tiempo. Existen cada vez más textos académicos y horas destinadas al tratamiento de problemas relativos a las reglas probatorias y la actividad de probar. Sin embargo, resulta aún necesario afinar los conceptos con los que se comprende el fenómeno de la prueba con independencia del campo de estudio al que se atienda. Asimismo, además de producir conceptos y teorías sólidamente justificadas, es necesario realizar estudios empíricos que permitan conocer los hechos ocurridos en el mundo de la aplicación del razonamiento probatorio y las reglas sobre prueba, ya que, como es obvio, la manera de comprender la justificación de la premisa de hecho en las decisiones judiciales es central para cumplir con las exigencias del debido proceso. Quienes se dedican a teorizar sobre la prueba en Chile deben ser capaces también de ofrecer o estudiar algunas evidencias sobre lo que los tribunales y actores del sistema judicial realizan¹.

Con todo, este trabajo no pretende ofrecer resultados definitivos que permitan describir la realidad de la aplicación del derecho probatorio o de las instituciones civiles en el contexto del derecho chileno de daños. El objetivo es exponer el resultado de una investigación preliminar sobre diversas ideas e intuiciones vinculadas a la aplicación judicial del derecho de daños, particularmente desde el punto de vista probatorio. Por tanto, no se trata de un esfuerzo por mostrar la exacta fisonomía del razonamiento judicial en el ámbito del derecho de daños, ni tampoco de confirmar intuiciones académicas relativas a la pertinencia en el contexto judicial de la teoría de la prueba en general, y de la teoría racional de la prueba en particular. Antes bien, este trabajo ofrece una exploración empíricamente justificada sobre ciertas intuiciones relevantes para comprender, por una parte, la existencia de algunos puntos de

¹ Esta línea ha sido inaugurada hace algunos años de manera muy destacada por Mauricio Duce (2018, p. 223-262) en el ámbito del proceso penal y la prueba pericial. En el derecho procesal civil resulta ineludible el trabajo de Ricardo Lillo (2020, p. 127-165).

vista judiciales en el ámbito del derecho chileno asumiendo la perspectiva probatoria, y, por otra parte, verificar en qué medida ciertas concepciones sobre la teoría de la prueba resultan relevantes para la práctica judicial chilena. El análisis que ensayo no intenta resolver qué teoría de la prueba resulta más adecuada en general, aunque creo que es relativamente pacífico que, hoy en día, las tesis racionalistas sobre la prueba son particularmente útiles por pertinentes para esta clase de discusiones².

La investigación en cuestión se desplegó en dos fases. En la primera se convocó, con el apoyo del Instituto de Estudios Judiciales (en adelante IEJ), a un taller virtual de acceso abierto para jueces de diversas competencias interesados en discutir sobre la prueba del daño y la prueba del ámbito civil. El trabajo se desarrolló en formato de taller, se denominó «Desafíos de la prueba del daño civil» y se llevó a cabo los días 24 y 25 de septiembre de 2020. Dicho llamado buscaba validar un mecanismo que permitiera, *ex post*, escalar la búsqueda a un mayor número de jueces. Sin embargo, considerando que la agenda académica del IEJ lo ha convertido en una institución que excede a sus asociados y jueces, participaron de este taller además un grupo reducido de abogados y estudiantes de Derecho.

En la segunda fase, realizada durante el segundo semestre del año 2021, se diseñó y testeó un formulario de autoaplicación en línea. Los respondientes fueron jueces y abogados seleccionados mediante un muestreo por conveniencia de acuerdo con su accesibilidad³. Durante el primer semestre del año, se buscó alcanzar una muestra mayor de jueces, replicando la metodología del primer estudio. En esta etapa, se utilizó el instrumento diseñado con anterioridad, con la misma estructura de dimensiones y variables, pero aumentando la muestra al contar con la autorización para acceder al listado de jueces del IEJ, que suman dos tercios del total de jueces de Chile.

El estudio empírico se desarrolló con tres componentes: diseño de instrumento, levantamiento de información y análisis de datos. Originalmente, el estudio se desarrollaría de manera presencial, pero, como es sabido, el año 2020 estuvo condicionado por la pandemia por COVID-19, que obligó a que la mayoría de las actividades académicas se realizaran en modalidad remota. Razón por la cual el taller se llevó a efecto a través de una videoconferencia. A las personas que se inscribieron se les envió un enlace con una encuesta en línea que debieron contestar en los primeros diez minutos de la actividad.

Durante el año 2021 se diseñó una encuesta en línea que fue distribuida por el IEJ en todo Chile. Esta segunda etapa permitió aumentar el grupo de participantes en el estudio, enriqueciendo las conclusiones y mejorando la perspectiva.

² En alguna medida esto se explica en el trabajo de Accatino (2019).

³ Véase Hernández *et al.* (2007).

2. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA PRUEBA DEL DAÑO

Una exploración empírica como la que se propone no puede desplegarse sin dar cuenta de cierto escenario conceptual sobre el que el trabajo se construye. En la medida en que se pretende exponer un estudio preliminar sobre las intuiciones de quienes asumen un rol institucional de juez o parte en un procedimiento en relación con la prueba del daño civil, es imprescindible aclarar algunos conceptos e ideas precisamente sobre prueba y daño⁴.

La teoría racional de la prueba se ha ido imponiendo en la discusión académica y al mismo tiempo ha logrado permear, con diferentes grados de profundidad, la aplicación concreta del derecho. Si bien es posible discutir cuáles son los puntos centrales de esta aproximación conceptual, toda teoría racional de la prueba asume que la actividad probatoria que tiene lugar en el campo jurídico no es distinta de la actividad probatoria que se despliega en cualquier ámbito del conocimiento humano.

Por otro lado, un objetivo persistentemente perseguido en el análisis del llamado «derecho probatorio» es permitir el control intersubjetivo de las decisiones. Dentro de ellas, las decisiones judiciales ocupan un lugar relevante para quienes se dedican a estudiar el derecho. La premisa central de esta aproximación es que los fundamentos epistémicos a partir de los cuales pueden justificarse las decisiones judiciales deben ser conocidos y comprendidos por todas las personas. De lo que se sigue que deberían desterrarse del campo de la comprensión judicial todos los argumentos contruidos sobre la base de la concurrencia de perspectivas subjetivas. Lo que en resumidos términos quiere decir es que las denominadas «convicciones» no constituyen buenas razones para decidir porque, en realidad, no constituyen razones⁵.

La doctrina civil chilena ha prestado atención a la existencia de ciertos problemas particulares de la denominada «prueba del daño». A diferencia de lo que ocurre en otros campos jurídicos, la dogmática civil ha identificado como dimensión conceptualmente relevante la justificación de la premisa de hecho. Incluso existen argumentos desplegados directamente desde la idea de prueba del daño, es decir, se han tematizado con claridad algunas dimensiones del concepto de daño y su tratamiento

⁴ Sin perjuicio de que se trata de una materia que la doctrina civil trata frecuentemente, existen enfoques particularmente interesantes que permiten redefinir las coordenadas teóricas de la comprensión de las instituciones del derecho de daños. Véase, en este sentido, Papayannis (2013).

⁵ Debe apuntarse que la noción de convicción ha sido persistentemente referida tanto en la práctica judicial como en la doctrina chilena. Cuestión que, sin embargo, no desplaza la necesidad de desplegar nuestros esfuerzos en construir, desde una perspectiva general, una práctica basada en comprensiones precisas. Al respecto puede consultarse el trabajo de Ferrer (2021). Resulta interesante la posición al respecto defendida por Dei Vecchi (2022).

jurídico que tienen un fuerte impacto probatorio y que, por tanto, son incidentes en el ámbito procesal⁶.

La sola idea de existencia de un régimen de responsabilidad civil y su subsecuente estructura de análisis rompen con la clásica intuición procesal que considera un único proceso civil para toda clase de asuntos patrimoniales. En esta medida, la dogmática civil chilena se encuentra en un estado de desarrollo y precisión más amplio que el que encontramos en la doctrina procesal chilena. La discusión civil sobre la prueba del daño, a pesar de ignorar fuentes y argumentos hoy en día comúnmente compartidos en la doctrina sobre prueba, se dirige sobre un campo de fenómenos particulares que permiten comprender el derecho civil como un sistema que admite casos diversos. Esto se diferencia de lo que ocurre en la doctrina procesal, en la que se le da tratamiento al proceso civil en general, y a los problemas vinculados a la regulación de los procedimientos civiles, sin mostrar conciencia alguna de la relevancia de la fisonomía de la decisión judicial relativa a un cierto tipo de relación, de fenómeno y de expectativa y, sobre todo, a la producción de cierta clase de error en el derecho. Esta última caracterización no ha sido recogida en el estudio del derecho procesal chileno, en el que se sigue pensando en problemas probatorios «civiles» en general sin recoger, entonces, las discusiones particulares de la noción de daño y su subsecuente capacidad de generar cuestionamientos a las estructuras probatorias en general⁷.

A pesar de que la dogmática civil chilena exhibe una sofisticación mayor en el tratamiento del daño que la doctrina procesal chilena, planteando preguntas sustantivas sobre el acaecimiento de hechos y su cognoscibilidad, hace falta un análisis preciso de los principales problemas que se enfrentan en el juicio de responsabilidad civil por daño desde el punto de vista probatorio. Como se ha sugerido, lo anterior se explica por la tendencia de la dogmática civil a aproximarse a la dimensión fáctica del problema con cierta pretensión de autonomía conceptual que, por un lado, provoca un colapso del análisis realizado al usar conceptos propios de una comprensión sustantiva que, en muchos casos, no pueden explicar los fenómenos enfrentados, y, por otro lado, ignora el desarrollo doctrinario del ámbito probatorio en el derecho comparado.

En dicho contexto, una pregunta particularmente relevante es la que enfrenta el diseño del estándar de prueba en el sistema de enjuiciamiento civil. Como ha sostenido entre nosotros Jorge Larroucau, la conceptualización del estándar de prueba civil resulta necesaria como piedra angular de la comprensión del proceso civil. La ausencia de reglas explícitas relativas a la suficiencia probatoria permite la existencia de criterios subjetivos e incontrolables sobre la justificación de la premisa fáctica de las sentencias. Así las cosas, resulta una labor ineludible para la dogmática civil y la dogmática procesal, así como para los estudios de derecho en general, la formulación

⁶ Así, Femenías (2011) y González y Cárdenas (2007).

⁷ Esta especialidad puede predicarse también del derecho de familia. Sobre este asunto, véase Ezurmendia (2020).

de una regla de estándar de prueba en materia civil que sea capaz de superar dicho estado de incertidumbre y ofrezca a la comunidad jurídica un modo de control relativo a la prueba de los hechos⁸.

El concepto central que debe tenerse en cuenta para ello es el de «error». En términos probatorios, el error supone un defecto en los mecanismos de conocimiento de los enunciados acerca de los hechos propuestos por las partes. Ese defecto conduce a la afirmación de verdad de una hipótesis de hecho falsa o a la afirmación de falsedad de una hipótesis de hecho verdadera. La exigencia probatoria relativa al tipo de error que se producirá debe expresarse en una regla de estándar de prueba. Cuestión que no es un problema de valoración probatoria, es decir, no es un asunto del sentido y la fuerza de los medios de prueba en particular respecto de secciones de las hipótesis de hecho generales que conforman el caso que debe resolverse⁹. En términos estrictamente probatorios, el error en el proceso consiste en producir sentencias que no se ajustan a la verdad: se produce un error cuando se concede una demanda civil basada en una hipótesis de hecho falsa o cuando se deniega una demanda que se basa en una hipótesis de hecho verdadera. Por cierto, esa conceptualización supone que pueda conocerse la verdad empírica de las hipótesis en juego. Cabe hacer presente que este no es el único tipo de error que, en términos epistemológicos, puede producirse en un proceso, pero es sin duda un error central que puede producirse en la sentencia.

La construcción de un estándar de prueba tiene la capacidad de definir, en el universo de casos erróneos, el modo en que el error probatorio será distribuido según ciertas preferencias que se encuentran moralmente justificadas. En esa medida, la distribución expresa una preferencia que tiende a dar cumplimiento a un acuerdo político o valorativo¹⁰. Cuestión que puede explicarse fácilmente si asumimos que existe algo así como un estado predefinido de distribución. Por ejemplo, si sostenemos que en materia civil la parte demandante y la parte demandada deben soportar de manera simétrica el riesgo de error, entonces deberíamos diseñar reglas que permitan dar cuenta de ese pie de igualdad. Sin embargo, esa simetría supone encontrar un argumento, de coste moral o valorativo, que justifique la existencia de una pretensión de equilibrio. Ya que la igualdad se presenta como un valor por defecto, su alteración

⁸ Véase, Larroucau (2012) y el reciente trabajo de Ferrer (2021), quien sostiene que «dado que la decisión sobre el nivel exigido de suficiencia probatoria supone determinar la distribución que se estima adecuada del riesgo de error sobre las partes, ese particularismo no puede ser epistémico, porque no es epistemología esa decisión sino política-moral. Estamos, pues, ante un modo de decisión política o moral particularista, que o bien entrega la decisión en el caso concreto, o bien entrega la decisión a la arbitrariedad judicial» (p. 28).

⁹ Véase, en España, Gascón (2005); en Chile, Carbonell (2017).

¹⁰ Este es un problema acuciante en la literatura sobre estándares probatorios. Una dimensión política o moral que determina el contenido o sentido del error relevante que la formulación de la regla de estándar debe tener en cuenta, ha de considerarse un problema relativo a la moral. Me parece complejo, asumiendo un escepticismo moral, entrar en esta discusión, ya que la moral es un lenguaje que no alude a eventos verificables y que, por lo tanto, no puede conocerse. En el mismo sentido, Ferrer (2021, p. 29-33).

supone reconocer razones de orden moral o político que tengan la suficiente importancia para considerar que esa simetría entre las partes debe ceder, resultando una distribución inequitativa del riesgo de error.

El intento de acometer el debate filosófico-político relativo a la preeminencia de la igualdad en el orden del derecho privado excede con creces las posibilidades de este trabajo. Aun así, puede reconocerse fácilmente que la dogmática civil se basa en la articulación de los ideales ilustrados que dieron lugar al proceso de codificación, entre los que se incluyen la libertad, la igualdad, la libre circulación de bienes, la responsabilidad, la equidad, entre otros. Es justamente sobre ese debate que se dirige el punto de coincidencia más saliente entre la dogmática civil chilena y las actuales discusiones en el ámbito del derecho probatorio: las valoraciones o las consideraciones relativas a ideales de la regulación son parte del contenido del error en materia probatoria. Cuando nos preguntamos por la relevancia de la producción de falsos positivos o falsos negativos en el ámbito judicial y asumimos la necesidad de construir una regla que defina el umbral de suficiencia probatoria y, por tanto, que permita distribuir sus errores, aludimos también a un campo en el que las valoraciones o preferencias políticas y morales determinan el nivel de exigencia probatoria. La formulación de un estándar de prueba en este campo exige dotar de sentido a ciertos acuerdos de corte moral y político vinculados a ideales de la regulación. A pesar de tratarse de una regla con una función epistemológica clara, dada su naturaleza jurídica debe reconocerse en su formulación un espacio en el que las razones que fundamentan los niveles de exigencia sobre la prueba respondan a intuiciones morales y políticas.

La regla de estándar probatorio que define el proceso civil, conforme a una extendida opinión, es la *probabilidad prevaleciente* o *preponderancia de evidencia*. Según esa comprensión, el riesgo de error de la sentencia debe entenderse equitativamente distribuido entre la parte demandante y la parte demandada. En ese escenario, el error de conceder una demanda que no debía concederse o de denegar una que debía concederse corre en pie de igualdad tanto para la parte demandante como para la parte demandada¹¹. La idea que se encuentra detrás de esta comprensión, como se adelantaba, es la igualdad en la distribución del riesgo. En este sentido, la posibilidad de soportar los errores desde el punto de vista probatorio por parte de quienes deciden intervenir en un litigio civil está marcada por la idea de simetría¹².

Estas consideraciones suponen, a su vez, dar por correcto el argumento según el cual la igualdad es central como premisa de comportamiento en el ámbito del derecho privado. Lo que quiere decir que el defecto en las relaciones sociales por definición es la ventaja injustificada de una persona sobre otra. De lo que se sigue que el derecho civil es utilizado como mecanismo de destierro del reino de los fines de otro, presentándose como el núcleo fundamental de la jurisdicción en el campo civil.

¹¹ Véase Larroucau (2012). En general, sobre los intereses en torno al estándar de prueba puede consultarse Reyes (2015, p. 15-35).

¹² Así lo ha visto Larroucau (2012).

Por dicha razón, la regla fundamental en el ámbito probatorio es la que persigue ese ideal de igualdad, asumiendo el concepto de «simetría» un lugar esencial de cara a la distribución de errores probatorios en el procedimiento civil.

Un caso de ejercicio de jurisdicción en el campo civil está constituido por el denominado derecho de daños. El estatuto de responsabilidad civil extracontractual es uno de los registros en que este ideal igualitario se despliega, adoptando exigencias probatorias equilibradas entre las partes cuando se trata de perseguir el resarcimiento del daño padecido en sus diversas formas. Dado que el derecho de daños es un «caso especial», en el sentido de que designa un cierto registro de ejercicio jurisdiccional cuando se trata de conocer aquellos casos que constituyen el daño civil, la dogmática ha dedicado intensos esfuerzos a describir la organización conceptual de este grupo de fenómenos. Lo relevante para este estudio es que esos esfuerzos tienen una dimensión probatoria.

Al reconstruir las nociones probatorias asociadas al derecho de daños en la literatura chilena nos encontramos, en primer lugar, con una taxonomía que alude al fenómeno del daño. De este modo, existiría un daño patrimonial y un daño moral. Dentro del daño patrimonial se encuentra el *daño patrimonial emergente pasado*, el *daño emergente futuro* y el *lucro cesante*¹³.

La prueba del *daño patrimonial emergente pasado* conforme a la doctrina admite «grados elevados de objetividad» (Barros, 2006, p. 261). El *daño patrimonial emergente futuro*, en cambio, parece sujetarse al recurso de «antecedentes estadísticos» que determine su cognoscibilidad. Es interesante verificar esta aproximación: si el daño es pasado, entonces la objetividad es mayor; en cambio, si el daño es futuro, es decir, si se despliega durante el tiempo en eventos que no han ocurrido, se recurre a regularidades estadísticas como explicación.

El *lucro cesante*, que consiste en las ganancias perdidas por causa del daño, debe observarse conforme con un «elemento contingente»: la prueba de la hipótesis de haberse obtenido ciertos ingresos impedidos por el daño. Se sostiene a este respecto que debe recurrirse a un criterio de «valoración objetiva», pero no es claro que se trate de los niveles de objetividad aludidos para el *daño patrimonial emergente pasado* ni tampoco que se trate de datos estadísticos. El principal criterio, a estos efectos, es el denominado «curso ordinario de las cosas». Sin embargo, se reconoce la existencia de casos en que ese «curso ordinario» no puede definir el lucro cesante y en los que, entonces, se utiliza otro criterio denominado «probabilidad como factor de medición del daño indemnizable». Respecto del daño patrimonial se sostiene, además, una necesidad general de «razonamiento probatorio concreto» que «no excluye el uso de presunciones judiciales» (Barros, 2006, p. 261-266)¹⁴.

¹³ Véase, por todos, Barros (2006, p. 261 y ss.).

¹⁴ Desde el problema de la responsabilidad medica puede consultarse García (2019, p. 188-224).

Respecto del *daño moral* se asume que, dado que el juicio de responsabilidad se construye con una premisa de hecho, debe ser probado por quien lo alega estableciendo de algún modo la existencia del dolor. En ese sentido, se asocia de inmediato la existencia de «severas restricciones probatorias» considerando que se corresponde con fenómenos del mundo de los sentimientos: el dolor, la aflicción, el padecimiento, el sufrimiento (Barros, 2006, p. 332)¹⁵. El daño moral parece ofrecer dificultades relativas a «las limitaciones del lenguaje» que «nos impiden transmitir nuestras sensaciones internas de pena, de aflicción física o de frustración» (p. 261-266). Por ello, se ha entendido que la prueba del daño moral contiene una pretensión de «rasguñar un vidrio», que es la metáfora propuesta por Barros. La implicancia que de ello se sigue para el derecho probatorio es que el daño moral no admite inferencias a través de «pruebas directas», sino que solo podría conocerse a través de presunciones judiciales. La presunción se basaría en «la experiencia compartida acerca de las fuentes del dolor y la decepción»¹⁶. Además, se afirma que la denominada prueba científica —en particular la médica— podría aportar indicios que den lugar a una determinación, no absoluta, del dolor (Diez, 2016, p. 134).

Considerando estas concepciones presentes en la doctrina chilena mayoritaria podría reconstruirse, desde la perspectiva del razonamiento probatorio, un esquema como el siguiente:

- a) Existe una *exigencia de objetividad* basada en evidencias para los casos de daño patrimonial emergente pasado;
- b) Existe una *exigencia de antecedentes estadísticos* para los casos de daño patrimonial emergente futuro;
- c) Existe una *exigencia de probabilidad y curso normal de los acontecimientos* para los casos de lucro cesante;
- d) Existe una *exigencia de razonamiento presuntivo* para los casos de daño moral.

Cabe mencionar que los criterios identificados se entrelazan y que, en varias ocasiones, es confusa o vaga la manera en que son referidos, pero si es posible reconocer algún arsenal de ideas relacionadas con la prueba del daño en la literatura chilena, este responde en lo esencial al esquema antes descrito. Queda por precisar la función que para estas ideas tiene un determinado estándar probatorio, o si la fenomenología hasta aquí usada (*v. gr.* que un daño sea emergente) impacta en el uso de los medios probatorios y su valoración. En resumidos términos, bajo esta taxonomía y su subsecuente recurso al lenguaje del derecho probatorio, no es clara la organización de las diversas reglas sobre prueba en el escenario de la prueba del daño en particular.

Una de las dimensiones relevantes del problema frente al escenario descrito es estudiar las intuiciones de los actores del sistema judicial. Con ello simplemente se

¹⁵ En el ámbito comparado resulta ineludible lo sostenido por Papayannis (2014, p. 350-381).

¹⁶ Así se desprende de la comprensión general relativa a la prueba del daño moral. Véase, por ejemplo, Casanova (2016, p. 50-121).

alude a las ideas presentes en los operadores judiciales cuando son consultados sobre prueba del daño considerando la distancia que parece existir entre las intuiciones sustantivas y las intuiciones probatorias. Un primer paso en el análisis debe dirigirse a las instituciones básicas que se asumen en los litigios sobre daño. Es claro que estas ideas tienen un impacto directo en la resolución de los casos donde los jueces las advierten y, por tanto, forman parte del ámbito de la aplicación del derecho. Por ello debemos intentar comprender el sentido que asignan esos jueces a diversas instituciones probatorias. Es decir, es posible que lo que se piense que es una institución con determinadas funciones en el ámbito puramente teórico resulte modificado o recibido de un modo diverso en el contexto de la percepción y aplicación del derecho de daños. En esa línea, el presente trabajo se concentra principalmente en los hallazgos en torno a la construcción del estándar de prueba en la medida en que se trata de una institución que ha recibido especial atención doctrinaria en el último tiempo y cuya importancia ha permeado la praxis judicial. De ahí que tal vez resulte interesante verificar las intuiciones que, en el caso del derecho de daños, pueden asociarse a dicha comprensión.

3. LA METODOLOGÍA PARA UN ESTUDIO EXPLORATORIO

Teniendo en cuenta los problemas conceptuales brevemente reseñados en el apartado anterior, se expondrán algunos resultados del estudio ejecutado. Como se ha indicado, este se ha enfocado en las intuiciones existentes sobre el derecho probatorio y el daño por parte de quienes asumen un rol de juez o parte en la práctica judicial chilena. Para ello, se ha desarrollado una investigación empírica exploratoria, de bajo alcance, que busca mostrar esas intuiciones en el entendido de que pueden servir de base a un enfrentamiento más extenso sobre prueba del daño en Chile en el futuro.

Este estudio ha sido realizado con un grupo de jueces y abogados mediante una convocatoria abierta titulada «Desafíos probatorios de la prueba del daño». Se trató de una invitación que contó con el apoyo del IEJ. Se enviaron correos electrónicos a las personas asociadas —que son jueces de todo el país y de competencias diversas— y se publicó la invitación en las redes sociales. El trabajo presupuestado incluía la aplicación de una encuesta en línea sobre diversos aspectos vinculados a la decisión probatoria, específicamente en el llamado derecho de daños.

La metodología aplicada es de carácter cuantitativo y exploratorio, ya que busca identificar las características de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis (Hernández *et al.*, 2007). En particular, las metodologías exploratorias se utilizan en aquellos casos en que el objeto de investigación ha sido escasamente estudiado, como es el de las intuiciones de los jueces y abogados sobre prueba en el derecho de daños (Hernández *et al.*, 2007; Straits y Singleton, 2011). El proceso de consulta se desplegó en tres etapas: diseño del instrumento, levantamiento de información y análisis de datos.

La primera etapa consistió en el diseño del instrumento titulado «Encuesta sobre problemas probatorios del daño», que tuvo como objetivo representar correctamente, a través de distintos indicadores, las valoraciones y las percepciones asociadas a la aplicación de las reglas e instituciones de derecho probatorio a casos civiles de daños. El diseño de este formulario se realizó, a su vez, en dos subetapas: en primer lugar, se buscó construir un instrumento válido, es decir que sea capaz de medir lo que dice medir (Trochim, 2000). Cuestión que se logra realizando un proceso de revisión de conceptos a partir de un fundamento teórico sólido. Dado que la validez de contenido se funda en el juicio experto o teórico, el proceso se lleva a cabo con el equipo investigador, con quienes se debate sobre los conceptos que componen el marco teórico: en este caso, las reglas de derecho probatorio aplicables a casos civiles de daños (Kalton G. *et al.*, 1980). En segundo lugar, a partir de los conceptos validados a través del debate, de la revisión teórica y conceptual y de otras encuestas relativas a esta área del derecho, se diseñan indicadores estandarizados para medir el objeto de interés. El formulario resultante considera que el formato de la encuesta es CAPI (*Computer-assisted personal interviewing*), por lo que privilegia la brevedad y sencillez del mismo. La técnica CAPI disminuye la deseabilidad social, pero tiene como desventaja que las personas encuestadas pueden no comprender las preguntas y abandonar el formulario más fácilmente que en una encuesta cara a cara (Groves *et al.*, 2009).

La segunda etapa consistió en la programación del formulario en una plataforma virtual y el envío para la autoaplicación del instrumento de levantamiento de información a una muestra por conveniencia. Este tipo de muestra da cuenta de una selección de participantes a los que el investigador puede acceder de forma relativamente sencilla. Es un método de bajo costo, simple y rápido, pero no es representativo de la población (Straits y Singleton, 2011). Cabe destacar que, siguiendo los estándares éticos de la Universidad de Chile, al ser enviado el formulario contó con un consentimiento informado para el uso limitado de la información provista con fines del estudio y sin individualizar a quienes participan.

Finalmente, la última etapa correspondió al análisis descriptivo de los resultados obtenidos de la recolección de información a partir del instrumento. Como la encuesta se aplicó a través de una plataforma web, el proceso de digitación fue automatizado. No obstante, los datos fueron validados y procesados previo análisis descriptivo de cada ítem.

Para una mejor comprensión de la información, se ha dividido el análisis de los datos en tres grupos: datos sobre valores y prueba; datos sobre medios de prueba; y datos sobre decisión probatoria.

4. SOBRE EL DISEÑO DE ENCUESTA Y EL LEVANTAMIENTO DE DATOS

El diseño del instrumento «Encuesta problemas probatorios del daño» se realizó en dos subetapas. El formulario contó con nueve preguntas sobre valoraciones y percepciones asociadas a la aplicación de las reglas de derecho probatorio a casos civiles de daños y cinco preguntas sobre el perfil de la persona encuestada según lo señalado en el esquema que sigue.

	Enunciado	Subcategoría	Acción requerida	Alternativas de respuesta
1	Ordene de mayor a menor importancia el listado de valores que se deben considerar en las decisiones judiciales sobre el daño civil (ordene todos los valores, donde 1 es el valor más importante y 5 el menos importante. Apriete, arrastre y suelte cada uno de ellos):	N/A	Ordenar de acuerdo a importancia	Censura (de un mal) Circulación de bienes Igualdad Reparación Verdad
2	Ordene de mayor a menor importancia el listado de medios probatorios en materia de daños (ordene todos los medios probatorios, donde 1 es el medio probatorio más importante y 6 el menos importante. Apriete, arrastre y suelte cada uno de ellos):	N/A	Ordenar de acuerdo a importancia	Confesión de parte Informes de peritos Inspección personal del tribunal Instrumentos Presunciones Testigos
3	Para los siguientes tres casos: daño emergente, lucro cesante y daño moral, ¿qué tan de acuerdo está con que un tribunal requiera prueba directa de los hechos enunciados por el demandante?	Daño emergente Lucro cesante Daño moral	Opción múltiple (acuerdo)	Muy en desacuerdo En desacuerdo De acuerdo Muy de acuerdo
4	De acuerdo a su opinión y para los siguientes tres tipos de pruebas: prueba de daño emergente, prueba de lucro cesante y prueba de daño moral, ¿con qué frecuencia es relevante la prueba pericial?	Prueba de daño emergente Prueba de lucro cesante Prueba de daño moral	Opción múltiple (frecuencia)	Ningún caso Muy pocos casos La mayoría de los casos Todos los casos

5	De acuerdo a su opinión y para los siguientes tres casos: daño emergente, lucro cesante y daño moral, ¿con qué frecuencia el «curso regular de los acontecimientos» es un criterio aplicable?:	Daño emergente Lucro cesante Daño moral	Opción múltiple (frecuencia)	Nunca Muy pocas Veces La mayoría de las veces Siempre
6	¿Qué tan de acuerdo está con la siguiente afirmación?: en nuestro derecho existe una regla estándar de prueba para definir la suficiencia probatoria en los casos de daño civil.	N/A	Opción múltiple (acuerdo)	Muy en desacuerdo En desacuerdo De acuerdo Muy de acuerdo
7	¿Qué tan de acuerdo está con la siguiente afirmación?: existe un criterio probatorio sobre estándar de prueba civil en la jurisprudencia chilena.	N/A	Opción múltiple (acuerdo)	Muy en desacuerdo En desacuerdo De acuerdo Muy de acuerdo
8	De acuerdo a su opinión, ¿con qué frecuencia se aplica la regla de preponderancia de evidencia en los juicios civiles?	N/A	Opción múltiple (frecuencia)	Ningún caso Muy pocos casos Mayoría de los casos Todos los casos
9	De acuerdo a su opinión, ¿cuáles son las dos hipótesis que deben entenderse incluidas en la regla de estándar de prueba civil?	N/A	Priorización	Que la hipótesis sea comparativamente la más fuerte Que la hipótesis sea completa Que la hipótesis sea más fuerte que la de la contraparte Que la hipótesis sea la más probablemente verdadera Que la hipótesis sea la que determine la convicción del tribunal

De una lista de contactos disponibles se invita a participar del taller sobre derecho probatorio de daños a jueces y abogados. Se realizaron dos sesiones y a quienes participaron se les solicitó completar la encuesta antes de partir la actividad lectiva. Producto de esta estrategia muestral se obtuvieron treinta y cuatro respuestas al formulario.

Tras la etapa de diseño y testeo del instrumento para representar las valoraciones y las percepciones asociadas a la aplicación de las reglas de derecho probatorio a casos civiles de daños, se realizó el levantamiento y análisis de información. Para ello, se consideraron los elementos básicos de diseño muestral, esto es, una lista de los elementos de la población objetivo (jueces que están inscritos/as en el IEJ); que

todas las personas de la población objetivo tuvieron la misma probabilidad de ser seleccionadas en esta muestra y, por ende, ser incluidas en el estudio, y la aplicación de mecanismos de control que permitan monitorear que todos los subgrupos de la población participen de la muestra (Groves *et al.*, 2009).

El marco muestral fue diseñado a partir de una base de datos anonimizada de las personas afiliadas al IEJ. El IEJ proporcionó la información durante marzo del 2021 en dieciocho planillas Excel correspondientes a cada jurisdicción del país. Cada planilla presentaba información sobre el cargo, el tribunal y la ciudad en campos de registro abierto.

La información recibida fue procesada para construir información descriptiva de la población objetivo. Para ello, se realizó el siguiente proceso: 1) unificación de listados por jurisdicción; 2) desagregación de información disponible en una columna; 3) estandarización de información, y 4) construcción de categorías (ciudad, cargo, sexo, tribunal).

Este marco muestral arrojó los siguientes resultados:

- El IEJ cuenta con un total de 1.246 personas afiliadas a lo largo del país.
- La mayor parte de las personas afiliadas a esta institución (50,2%) se encuentra en las jurisdicciones de Santiago (19,9%), San Miguel (11,2%), Valparaíso (10,2%) y Concepción (8,8%).
- Las funciones que realizan son juez/a (75,88%), ministro/a (10,13%), secretario/a (7,15%), relator/a (4,5%), fiscal (1,69%), presidente/a (0,56%) y defensor/a (0,08%).
- Los tribunales con mayor representación en la población son tribunales de Juicio oral en lo penal (20,4%), juzgados de familia (18,06%), juzgados de garantía (17,02%) y cortes de apelaciones (16,85%).

La estrategia muestral utilizada fue de muestreo aleatorio simple, un tipo de muestreo probabilístico en el cual todos los jueces del IEJ tuvieron la misma oportunidad de ser incluidos en la muestra. Lo que significa que la probabilidad de selección de un juez x es independiente de la probabilidad que tiene el resto de los jueces que pertenecen al IEJ. Utilizando un muestreo aleatorio simple y con un tamaño de la población de 1.246, se debían alcanzar 254 respuestas para que la muestra sea representativa con un nivel de confianza del 95%.

El tamaño de la muestra se define por tres conceptos: el tamaño de la población, que corresponde a la cantidad total de personas del grupo, es decir, la población objetivo; el margen de error, que es el porcentaje que señala en qué medida se puede esperar que los resultados de la encuesta reflejan la opinión de la población objetivo; y el nivel de confianza que, en términos de representatividad, tienen los resultados (Groves *et al.*, 2009).

Para lograr este nivel de confianza se desplegó una estrategia de levantamiento de información que tomó en consideración distintos aspectos formales que, de acuerdo

con la literatura, mejoran la tasa de respuesta de las encuestas en línea. A saber, se diseñan y seleccionan para la población objetivo un remitente adecuado, un asunto atractivo, un cuerpo breve, entre otros aspectos. A modo de síntesis, se presentan en la siguiente tabla.

Tema	Diseño
Remitente	Desde la casilla de correo electrónico institucional el remitente tiene que generar confianza en el destinatario. El IEJ solicitó ser el remitente de todos los envíos, por lo que el equipo investigador no tuvo comunicación directa alguna con los y las participantes.
Asunto	Explicativo del contenido del correo electrónico. Se buscaron asuntos interesantes, evitando las generalidades para fomentar la lectura del correo electrónico.
Destinatario	Se utilizó la base de datos del IEJ, que incluye el nombre de los destinatarios y las destinatarias: el correo electrónico se envió de forma personalizada. La evidencia muestra que la personalización de los correos electrónicos mejora la tasa de respuesta.
Cuerpo	Se diseñaron contenidos distintos para cada mensaje, incluyendo material gráfico que hiciera la información presentada más amigable. Mayor contenido visual mejora las probabilidades de ingreso a la encuesta. Los contenidos fueron breves, exponiendo el propósito de la encuesta, e incluyeron una solicitud explícita a tomar acción respecto a un tema contestando la encuesta. Para mejorar la tasa de ingreso a la encuesta se explicitó en qué consiste la participación: respuesta de una encuesta en línea, de cinco a diez minutos, sin gratificación. Al menos tres mensajes se redactaron con el objetivo de introducir el estudio, hacer seguimiento a la respuesta de la encuesta y agradecer la participación.
Medio de envío	Aunque la programación solo consideró el envío de la encuesta vía correo electrónico, la baja participación en la encuesta en esta modalidad motivó la necesidad de buscar alternativas de contacto con los afiliados del IEJ. Por lo tanto, el envío fue en un primer momento solo vía correo electrónico, pero luego fue reforzado con envíos por WhatsApp a través de los representantes regionales del IEJ.
Frecuencia de envíos	En general, no es recomendable una alta frecuencia de envíos, ya que los destinatarios se pueden ver abrumados y dejar de revisar los correos del remitente o cancelar su suscripción a la lista. De este modo, para evitar la saturación de los encuestados, se realizaron envíos de baja frecuencia, cada dos o tres semanas,

Al enfocarnos en la representatividad, el procedimiento de envío de la invitación a participar de la encuesta en línea fue administrado por el IEJ, que realizó envíos de correos electrónicos personalizados vía Outlook y recordatorios a través de WhatsApp. Adicionalmente, se sumaron a esta muestra las respuestas obtenidas en el pilotaje. Se obtuvieron en total 123 respuestas, que representan un 9,87% de la población objetivo (N: 1246). La distribución de la muestra fue la siguiente¹⁷:

¹⁷ Como se aprecia se realizó tres rondas en el uso de la convocatoria al instrumento, concentrándose en personas que no hubieran contestado la encuesta en procesos anteriores

Tipo	N	%
Encuesta 2020	19	15,4%
Encuesta email 2021	78	63,4%
Encuesta WhatsApp 2021	26	21,1%
Total	123	100,0%

La información obtenida de estas respuestas fue sometida a un análisis descriptivo. Los resultados obtenidos no son representativos de la población objetivo lo que, sin embargo, no quiere decir que la información recabada sea poco fiable. La representatividad de un universo de sujetos es una de las maneras de comprender la relevancia o importancia de los datos con que se cuenta, pero no prejuzga su fiabilidad: no todo estudio empírico puede pretenderse representativo. En este caso, se trata de un estudio exploratorio que, por un lado, tiene el propósito de recabar información para dar cuenta de un estado de cosas en lo relativo a las respuestas encontradas y, por otro lado, sirve de base a un estudio más extenso en el futuro.

A continuación, los gráficos muestran la distribución de los perfiles de las personas afiliadas al IEJ en comparación con la distribución de los perfiles de la muestra de este estudio.

Como se observa, la distribución por sexo y cargo para el marco muestral y la muestra obtenida no presentan mayores diferencias. En el caso del sexo, la distribución es equivalente, y respecto del cargo hay una representación levemente mayor de jueces en la muestra obtenida.

Las siguientes tablas, que muestran la comparación de la distribución de los perfiles de las personas afiliadas al IEJ y de las personas respondientes según tipo de tribunal y jurisdicción, dan cuenta de algunas diferencias. A modo de ejemplo, los encuestados que cumplen funciones en juzgados de familia (5,8%) son porcentualmente menos que aquellas personas afiliadas al IEJ pertenecientes a dicho tipo de tribunales (18,1%). Por su parte, en términos de la jurisdicción de pertenencia, hay una evidente sobrerrepresentación de encuestados de Chillán (12,5%) en relación con las personas afiliadas al IEJ de la misma jurisdicción (2,9%).

Comparación de distribución según tipo de tribunal

Tribunal	% Marco muestral	% Muestra
Tribunal de juicio oral en lo penal	20,4%	22,1%
Juzgado de familia	18,1%	5,8%
Juzgado de garantía	17,0%	8,7%
Corte de apelaciones	16,9%	18,3%

Juzgado de letras	7,7%	7,7%
Juzgado de letras del trabajo	6,6%	7,7%
Juzgado civil	5,8%	10,6%
Juzgado de letras con competencia mixta	5,6%	13,5%
Corte suprema	1,3%	2,9%
Juzgado de cobranza laboral y pre-visional	0,6%	2,9%

Comparación de distribución según jurisdicción

Jurisdicción	% Marco muestral	% Muestra
Santiago	19,9%	18,3%
San Miguel	11,2%	7,7%
Valparaíso	10,2%	10,6%
Concepción	8,9%	6,7%
Rancagua	6,1%	8,7%
Talca	6,0%	3,8%
Temuco	5,5%	7,7%
Valdivia	4,5%	4,8%
La Serena	4,2%	5,8%
Antofagasta	4,1%	1,9%
Puerto Montt	3,9%	2,9%
Copiapó	3,0%	1,0%
Chillán	2,9%	12,5%
Iquique	2,9%	1,0%
Arica	2,2%	1,9%
Coyhaique	1,7%	1,9%
Corte suprema	1,4%	1,0%
Punta Arenas	1,3%	1,9%

5. LAS INTUICIONES ENCONTRADAS

Como hemos anunciado, el estudio tuvo como objetivo identificar las intuiciones relativas a ciertos conceptos fundamentales del razonamiento probatorio en el entendido de que contribuye a generar un nivel de conocimiento que suele estar en la más completa oscuridad. Al tratarse de un estudio exploratorio, se buscó recabar información relativa a la manera en que se conciben ciertas instituciones vinculadas

al fenómeno de la prueba del daño. En lo que sigue nos concentraremos en la etapa de decisión probatoria propiamente tal. Si bien la encuesta contuvo preguntas diversas, en este artículo nos centraremos en analizar las vinculadas a los valores y a la actividad probatoria, para luego considerar las respuestas relativas a la formulación del estándar de prueba civil en materia de daños. La razón por la cual se procederá de este modo es que, para comprender la actividad probatoria en el derecho de daños, resulta necesario tener claridad de la regla que establece la suficiencia probatoria para la decisión judicial. Existieron preguntas sobre medios probatorios, sobre sentido de la prueba científica y sobre relevancia de la justificación de la premisa de hecho, cuyas respuestas se ofrecerán en un trabajo diferente.

Junto a ello, la doctrina sobre prueba muestra cierta dificultad para referirse a las consideraciones de orden político o moral que impactan en el nivel de exigencia de la regla que contiene el estándar de prueba. Lo anterior se produce por una razón bastante sencilla: las consideraciones de orden moral o político no son conceptualmente cognoscibles debido a que los acuerdos en materia moral o política no son objeto de «conocimiento» en sentido estricto. Cuando hablamos de la comprensión de las consideraciones morales o políticas no nos referimos al descubrimiento del mundo, por lo que no nos enfrentamos a una dimensión epistemológica de la aplicación judicial del derecho. Sin embargo, resulta obvio que la formulación de un estándar de prueba responde a ciertas preferencias en la distribución de errores probatorios. Como se indicara, la afirmación de simetría en el ámbito civil deriva de reconocer la igualdad como un valor relevante, por lo que el sentido de las intuiciones morales sobre la igualdad son relevantes para comprender la práctica judicial a este respecto. Es por ello que, con cierta conciencia de las limitaciones que enfrentamos en este ámbito, resulta ineludible tematizar al menos esta dimensión de cara a la comprensión de las intuiciones sobre prueba en el ámbito del derecho chileno de daños.

5.1. Valores y prueba

Un punto comúnmente referido en la literatura sobre prueba nos indica que en el diseño de las reglas probatorias existe una cierta consideración a la idea de «valores». Es decir, el proceso expresa una manera de afrontar el error y la distribución del mismo teniendo en vista los valores envueltos en la decisión procesal de la que se trate. Se suele decir que los sistemas probatorios responden a consideraciones políticas en las que los conceptos provistos suelen ser valores.

Como hemos adelantado, es complejo reconstruir cuáles son los valores o consideraciones políticas que deben contar como correctas en el campo de la identificación empírica de las razones que tuvo a la vista un determinado legislador. Incluso estas pueden variar en el tiempo por medio de interpretaciones judiciales o doctrinarias, aunque no varíen los textos legales objeto de tales interpretaciones. Así, es importante considerar que la discusión sobre la moral de una regla puede conducirnos

a un campo en que las preferencias aparezcan por encima del debate propiamente epistemológico que, ciertamente, preside la discusión probatoria.

Lo anterior no puede significar que se abandone por completo este ámbito de comprensión del derecho probatorio. El modo en que esto se introdujo en el estudio fue exponer a las personas respondientes de la encuesta ya individualizada a que estableciesen un orden de prioridad en la decisión probatoria del daño. De este modo, se les pidió que ordenasen de mayor a menor ciertas ideas asociadas a valores típicos de los asuntos civiles. Consideramos que podía tener lugar un escenario de manifestación de preferencias que se asocia bien con el tipo de ideas que integran las alternativas que siguen.

Tabla n.º 1: Ordene de mayor a menor la importancia del listado de valores que se deben considerar en las decisiones judiciales sobre el daño civil

Valor	Primer lugar		Segundo lugar		Tercer lugar		Cuarto lugar		Quinto lugar	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Censura (de un mal)	4	3,3%	26	21,1%	34	27,6%	42	34,1%	17	13,8%
Circulación de bienes	1	0,8%	4	3,3%	15	12,2%	19	15,4%	84	68,3%
Igualdad	4	3,3%	28	22,8%	44	35,8%	40	32,5%	7	5,7%
Reparación	64	52,0%	40	32,5%	11	8,9%	8	6,5%	0	0,0%
Verdad	50	40,7%	25	20,3%	19	15,4%	14	11,4%	15	12,2%
Total	123	100%	123	100%	123	100%	123	100%	123	100%

Es interesante constatar cómo la idea de «circulación de bienes» aparece completamente postergada cuando a las personas encuestadas se les pregunta por su relevancia en la decisión judicial acerca del daño. En cambio, la idea de «verdad» tiene una tendencia importante a aparecer como valor en primer lugar. Junto a ello, las ideas de «reparación» y «censura» parecen desplazar a la idea de «igualdad». Este hallazgo puede ser relevante para las digresiones sobre estándar de prueba civil: podría afirmarse que, si jueces y abogados muestran una tendencia a vincular la decisión probatoria a nociones tales como verdad y reparación, no parece razonable contar con una conceptualización basada en la idea de igualdad. Asimismo, se podría cuestionar que la circulación de bienes sea un ideal que se vincula necesariamente a la decisión probatoria en materia de daños. Su inclusión justifica la necesidad de disponer de una etiqueta propia del derecho civil que reconozca una dimensión patrimonial relativa a la importancia de los bienes y de las indemnizaciones, de cara a la decisión judicial en esta materia. De este modo, se trata de una intuición o de una etiqueta que mira la dimensión más patrimonial posible de la decisión en materia de daños.

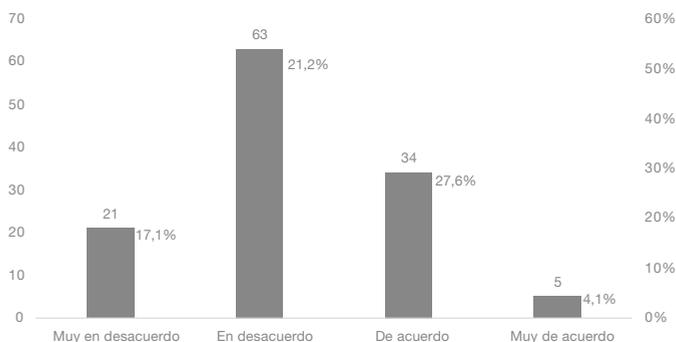
5.2. Estándar de prueba civil

Como se ha indicado, un asunto crecientemente discutido en materia civil es la conceptualización de un estándar probatorio. Cabe señalar que se ha tratado como un problema general en la discusión relativa a la justificación de la premisa fáctica de la sentencia, en la que pareciera relevante definir cómo formular una regla que establezca un umbral de suficiencia probatoria para la decisión en el ámbito civil¹⁸.

Se suele pensar que un estándar civil se encuentra regido por una baja exigencia probatoria y que tiende a una distribución igualitaria del riesgo de error probatorio en la sentencia. A diferencia de lo que tendencialmente ocurre en materia penal, el proceso civil no tiene sobre sí la concurrencia de ideales, valores o bienes que permitan justificar altos niveles de exigencia de corroboración respecto de la hipótesis de hecho. En materia civil, la consideración más extendida indica que el valor que tiene mayor recepción de cara a la conceptualización del estándar de prueba es la igualdad y, por tanto, la exigencia probatoria debe reflejar una cierta simetría entre las partes.

Debido a la importancia conceptual que esta discusión tiene, y considerando las dificultades corrientemente acusadas en el campo de la adjudicación civil, se ha decidido explorar las intuiciones más básicas sobre estándares probatorios civiles en este estudio. Por ello, hemos considerado pertinente preguntar, primero, por la existencia de un determinado estándar de prueba en materia civil. Así, hemos consultado sobre el acuerdo respecto a la existencia de un estándar de prueba para definir la suficiencia probatoria en materia civil del modo que sigue.

Gráfico n.º 2: ¿Qué tan de acuerdo está con la siguiente afirmación?:
en nuestro derecho existe una regla estándar de prueba
para definir la suficiencia probatoria en los casos de daño civil.

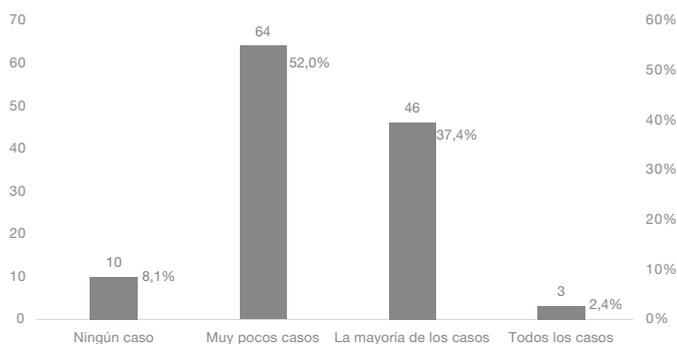


¹⁸ Así, por ejemplo, Ferrer ha sido un férreo defensor de la formulación de estándares de prueba objetivos. Respecto a esta clase de reglas sostiene que «para que una regla pueda denominarse con propiedad “estándar de prueba”, debe cumplir tres requisitos: 1) apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las hipótesis en conflicto; 2) ser capaz de deter-

Es llamativo que, a pesar de esta tendencia, ante la consulta de la frecuencia del uso de la regla de preponderancia —típica regla de estándar de prueba en materia civil— exista un número amplio de respondientes que considere que es la regla allí utilizada. Como vemos en el gráfico n.º 3, un 52% de las respuestas apunta a que la regla de preponderancia se aplica en muy pocos casos, y un 37,4% afirma que se aplica en la mayoría de los casos, es decir, en total un 89,4% de las respuestas asume una utilización, mayor o menor, de la regla de preponderancia, cuestión que contrasta con una conceptualización vaga de la existencia de esta regla.

Es posible especular que las respuestas de este nivel se deben a una intuición justificada relativa a la necesidad de racionalizar la justificación de la sentencia civil. Tal y como mencionáramos más arriba, no es posible concebir un sistema de decisiones racionales en ausencia de una regla de estándar probatorio, es decir, es posible que agentes judiciales tengan una tendencia a observar críticamente el programa legislativo en materia procesal, pero que, cuando advierten la necesidad pragmática de usar la regla de preponderancia, se decanten por un uso mayor o menor.

Gráfico n.º 3: De acuerdo a su opinión, ¿con qué frecuencia se aplica la regla de preponderancia de evidencia en los juicios civiles?



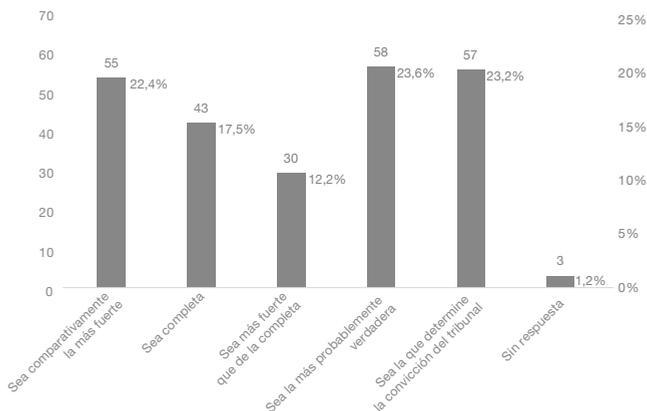
Aunque es claro que existe un porcentaje de personas que considera que recibe aplicación en muy pocos casos, es importante considerar la baja tendencia a estimar que esta regla no se usa (8,1% de las respuestas), como también resulta llamativo un grupo marginal de respuestas a propósito del cual se asume que la regla se utiliza en todos los casos (un 2,4% de las respuestas).

Llegados a este punto, parecería insuficiente preguntarnos por la concurrencia de la etiqueta de preponderancia de la evidencia y debiéramos, por tanto, dirigirnos a la conceptualización específica de esta clase de estándar probatorio. El estándar de prueba debe constituir un umbral comprensible para quien adjudique, lo que quiere

minar un umbral a partir del cual una hipótesis se considerará aprobada, y 3) utilizar criterios cualitativos, propios de la probabilidad no matemática. A estos tres requisitos metodológicos se añadirá un cuarto, relativo a la relación que deben tener entre ellos los estándares de prueba que rigen las diversas decisiones sobre los hechos que deben adoptarse en un mismo proceso» (2021, p. 29).

decir que podríamos discutir sobre las operaciones esperadas por parte de los jueces de cara a la definición de suficiencia probatoria. Esa es la razón de que en el estudio hayamos consultado por la inclusión de la hipótesis en la conceptualización del estándar de prueba civil en la forma indicada en el gráfico n.º 4.

Gráfico n.º 4: De acuerdo a su opinión, ¿cuáles son las hipótesis que deben entenderse incluidas en la regla de estándar de prueba civil?



Es interesante constatar que la mayor concentración de respuestas (un 23,6%) vincula el contenido del estándar de prueba a la idea de definir una preferencia por una hipótesis que «sea la más probablemente verdadera». Es posible que las personas respondientes se inclinen por esta opción debido a que una extendida intuición sobre prueba civil supone el ejercicio de selección comparativa de las hipótesis, entre las cuales ha de preferirse aquella que resulta «más probablemente verdadera».

Es curioso que este grupo de respuestas se vea casi empatado con la opción de dotar de contenido al estándar de prueba civil con la hipótesis determinada por «la convicción del tribunal» (un 23,2%). La idea de convicción se muestra fuertemente arraigada en las instrucciones de quienes participan de la respuesta de este estudio. En principio, desde una óptica racionalista, esta opción resultaría problemática atendida la dificultad de concebir la idea de convicción como un ejercicio intersubjetivamente controlable. Es claro que muchos jueces asumen que su labor exige justificar decisiones para el advenimiento de una determinada convicción, pero esto no es compatible con las exigencias de racionalidad propias de la elaboración de estándares probatorios objetivos. Es probable que la falta de definición sobre la existencia de un estándar de prueba se proyecte en la falta de definición sobre el contenido de esa regla, al punto de provocar en un grupo importante de respondientes una respuesta abiertamente «subjetivista» sobre criterios probatorios.

Por último, resulta también llamativa la alta concentración de respuestas en torno a la hipótesis «comparativamente más fuerte» (un 22,4%). Lo que podría explicarse

porque este grupo de respuestas se vincula a la idea de establecimiento de la verdad por la vía de la selección comparativa de hipótesis a un juicio, y de esta forma resulta comprensible la posición que ocupa la definición de completitud de la hipótesis que se evalúa (que alcanza un 17,5%).

6. CONCLUSIONES

Atendido el carácter exploratorio de la investigación que presentamos, es posible ofrecer, a modo de conclusión, las siguientes ideas.

En primer lugar, se identifica una cierta dificultad para acceder a la producción de información empírica a través de los mecanismos descritos en los apartados respectivos. Creo que es importante que la labor académica pueda contar con datos fiables para la realización de estudios de este tipo, para así ofrecer conclusiones justificadas considerando la dimensión de la aplicación práctica de los conceptos e instituciones objeto de este y cualquier futuro análisis. Debe considerarse que la claridad con que dogmática civil y la teoría racional de la prueba encaran el problema de aplicación de instituciones jurídicas en el campo del daño es relativa si se miran las intuiciones existentes en el estudio, cuyas conclusiones aquí se ofrecen.

Existe vaguedad o confusión para reconocer un marco conceptual competente que permita proyectar las ideas típicas del derecho de daños al campo del derecho procesal en general y al campo del derecho probatorio en particular. Cuestión que implica que, allí donde la discusión académica ha ido depurando el contenido de conceptos e ideas fundamentales para comprender el contexto del razonamiento probatorio y, por tanto, la aplicación de las instituciones propias del derecho civil de daños, existe todavía una necesidad de clarificación en torno a estructuras fundamentales de la idea misma de razonamiento probatorio, de la formulación de estándares probatorios y de la función de los medios probatorios entre otras.

Existe una tipología acerca de cómo el daño (patrimonial y moral) ocurre y respecto al tiempo en que ocurre (pasado y futuro), pero no existe claridad sobre el uso de herramientas típicas del razonamiento probatorio para dotar de proyección pragmática a esa tipología y a los problemas que pueden identificarse en dicho caso. Si observamos los resultados de este estudio, sin embargo, podría ser útil clasificar las hipótesis de daño conforme con su entidad patrimonial o moral, por una parte, y conforme con su acaecimiento desde el punto de vista temporal, por otra; cuestión que arrojaría una comprensión del daño civil vinculada a sus dimensiones más fácilmente observables desde el punto de vista epistemológico. Lo que quiere decir que, por un lado, el daño patrimonial —en tanto expresión de una entidad fenomenológica determinada— frente al daño moral —como la expresión de un enunciado relativo a la aflicción—, y, por otro lado, la situación del fenómeno en el pasado o en el futuro, están fuertemente vinculados a la definición de conocimiento de los enunciados que conforman la discusión de un caso judicial sobre daño.

La falta de precisión conceptual parece impactar en las intuiciones que un grupo de operadores judiciales manifiesta cuando debe responder algunas preguntas respecto del daño. Así, tanto la dificultad para identificar un estándar probatorio como las dificultades en seleccionar sus componentes parecen mostrar un escenario en el que algunos asuntos propios del razonamiento probatorio están ausentes.

En relación con los valores, y a pesar de las obvias limitaciones que tiene la metodología y la producción de un estudio puramente exploratorio, es posible advertir que, a nivel de fundamentación de las instituciones probatorias, existen ciertas percepciones acerca de los valores existentes que parecen dotar a la decisión probatoria del ámbito del derecho de daños de algo diverso de lo que podríamos denominar «el proceso civil». En el particular contexto del daño, aparecen ideas vinculadas al resarcimiento y a la determinación de la responsabilidad por la realización de un hecho dañoso. La idea de equilibrio sinalagmático parece ceder espacio a la definición de responsabilidad individual, o sea imputable, que permite la aparición de intuiciones vinculadas a la censura como justificación de una sanción entendida en términos amplios.

En relación con el estándar de prueba, existe cierta resignación de parte de quienes responden sobre su existencia en nuestro derecho aplicable al daño. Lo anterior es preocupante en una práctica judicial que quisiera racionalizar su modo de adopción de decisiones probatorias. En esa línea, debe considerarse paradójica la aparición de la idea de «convicción» dentro de lo que podría tenerse en cuenta a la hora de diseñar una regla de suficiencia probatoria en esta materia.

Parece necesario reconstruir el derecho probatorio para afrontar el fenómeno de los daños civiles. Lo que supone reconocer que existen datos que permiten afirmar que la comprensión de las instituciones probatorias no es clara en operadores judiciales, y que la doctrina civil tampoco nos ha dotado de criterios de trabajo realmente incidentes. Podríamos asumir que la distancia existente entre la depuración conceptual de la dogmática civil y la teoría de la prueba, frente a ciertos niveles de incertidumbre expresados en las respuestas que forman parte de este estudio, exige la necesidad de un cambio de enfoque en el ámbito de la construcción dogmática y teórica apuntadas.

Por cierto, toda conclusión en una primera exploración puede ser exagerada. Quizá la única conclusión realmente fiable que pueda ofrecerse es la necesidad de realizar otros estudios que se dirijan a conocer el fenómeno del razonamiento probatorio en acción sin dejar de lado la necesaria mejora conceptual a ese respecto. En parte, la función de este trabajo ha sido poner de manifiesto la urgencia de realizar estudios de este tipo, y también la necesaria vinculación de este trabajo a la comprensión del nivel abstracto de las instituciones objeto de análisis.

En resumidos términos, este estudio muestra, en primer lugar, que no es posible continuar con un ejercicio de depuración conceptual autónomo en el campo jurídico, es decir, sin vinculación alguna a los operadores del sistema judicial, ya sea desde el punto de vista de la producción de decisiones o sentencias como desde el punto de vista de su participación en estudios empíricos de este tipo. Y, en segundo lugar,

que tampoco tiene sentido la producción de estudios empíricos con desapego a las cuestiones conceptuales fundamentales de la disciplina. Y es que una teoría sin atención a la práctica puede contener un déficit de relevancia evidente, y una práctica sin teoría puede resultar ilusoria si valoramos correctamente el sentido de los conceptos.

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 39.
- Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica.
- Carbonell, F. (2017). Elementos para un modelo de decisión judicial correcta. *Revista de Estudios de la Justicia*, 27, 1-35.
- Casanova, A. (2016). El daño moral: Dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 50, 50-121.
- Dei Vecchi, D. (2022). Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 337-373.
- Diez Schwerter, J. L. (2016). La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días. *Revista de Derecho Privado*, 30, 257-286.
- Duce, M. (2018). Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis*, 24(2), 223-262.
- Ezurmendia, J. (2020). Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho*, 47(1), 101-118.
- Femenías, J. (2011). Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil. *Revista Derecho y Humanidades*, 17, 31-46.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- García, J. C. (2019). Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante. *Revista de Derecho y Cambio Social*, 58, 188-224.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 127-139.
- González, P. y Cárdenas, H. (2007). Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 106, 213-237.
- Groves, R., Fowler, F., Couper, M., Lepkowski, J., Singer, E., y Tourangeau, R. (2009). *Survey Methodology*. John Wiley & Sons.
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista P. (2007). *Fundamentos de Metodología de la Investigación*. McGraw Hill.
- Kalton, G., Roberts, J. S. y Holt, D. (1980). The Effects of Offering a Middle Response Option with Opinion Questions. *The Statistician*, 29, 65-78.
- Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808.
- Lillo, R. (2020). La justicia civil en crisis: estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal). *Revista chilena de derecho*, 47(1), 127-165.
- Papayannis, D. (Ed.) (2013). *Derecho de daños, principios morales y justicia social*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Papayannis, D. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Reyes Molina, S. (2015). Estándares de prueba y «moral hazard». *Nuevo derecho*, 11(16), 15-35.
- Strait, B. y Singleton Jr, R. A. (2011). *Approches to Social Research*. Oxford University Press.
- Trochim, W. (2000). *The Research Method Knowledge Base*. (2nd ed). Atomic Dog Publishing.

