



Revista de derecho (Coquimbo)

ISSN: 0717-5345

ISSN: 0718-9753

Universidad Católica del Norte

Calahorrano Latorre, Edison Ramiro
Razonamiento probatorio sobre la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica
Revista de derecho (Coquimbo), vol. 29, 12, 2022
Universidad Católica del Norte

DOI: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-3944>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371074917012>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

 redalyc.org


Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Razonamiento probatorio sobre la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica

Evidentiary reasoning about admissibility of the expert evidence in medical liability

Edison Ramiro Calahorrano Latorre ¹  <https://orcid.org/0000-0003-0408-5737>

¹ Universidad San Sebastián, Concepción, Chile. Profesor de derecho Civil. Doctor (c) en Derecho, Universidad de Talca-Chile. Magíster en Políticas Públicas, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Ecuador.  ecalahorrano@utalca.cl



Resumen:

Se analiza el rol de la prueba pericial en los casos de responsabilidad civil del médico y los criterios que deben tenerse en cuenta para su admisibilidad en un sistema de libertad de prueba y valoración racional. Con el fin de asegurar que la prueba pericial aporte al esclarecimiento de los hechos se estudia el papel de la misma en la doctrina y jurisprudencia chilena, con aplicación a la responsabilidad civil médica, así como, la incidencia de la opinión experta en la constatación de la culpa y la causalidad; posteriormente se desarrolla el argumento que identifica a la prueba pericial con un carácter testimonial; para inmediatamente, analizar los criterios de admisibilidad de la prueba pericial, el razonamiento probatorio aplicable a cada uno y el rol de la carga de la prueba, todo ello en el ámbito de la responsabilidad civil del médico; finalmente, se explica la necesidad de realizar un escrutinio exhaustivo sobre la calidad epistémica de la prueba pericial en fase de admisibilidad en materia de responsabilidad civil del médico, estableciendo como límite para la exclusión el contenido del derecho a la prueba.

Palabras clave: valoración de la prueba; carga de la prueba; responsabilidad civil; responsabilidad profesional.

Abstract:

The role of expert evidence in medical liability and the criteria that should be taken into account for its admissibility in a free proof and rational assessment are analyzed. To ensure the expert evidence contributes to the clarification of the facts, its role in the Chilean doctrine and jurisprudence is studied, with application to medical liability, especially, the incidence of the expert opinion in the verification of fault and causation; later identification of the expert evidence with a testimonial character is verified; to immediately analyze the admissibility criteria of the expert evidence, the evidentiary reasoning to each one and the role of the burden of proof, all within the scope of the physician's civil liability; finally, the need to carry out exhaustive scrutiny on the epistemic quality of the admissible expert evidence is explained, establishing the content of the right to evidence as a limit for exclusion.

Keywords: analysis of evidence; burden of proof; tort law; professional liability.

Fecha de recepción: 04 de enero de 2019 | Fecha de aceptación: 07 de mayo de 2021

Introducción

Los casos de responsabilidad civil del médico frecuentemente colocan al juez frente a un conjunto de conocimientos científicos altamente especializados, por lo que éste suele recurrir a expertos para abordar el déficit epistémico, a su vez, las partes presentan opiniones expertas para que sean valoradas como prueba favorable a sus pretensiones.

La función del experto en el proceso genera debate. Por un lado, se ha señalado su posición de asesor del juzgador para aclarar dudas respecto de los conocimientos de su experticia; mientras que, por otra parte, en el caso de peritajes ofrecidos por las partes, se intenta presentar argumentos de autoridad que permita al juez adherirse a la hipótesis fáctica que ésta propone. En ambos casos, el juez tiene la tarea de valorar el peso probatorio y ponderar la prueba pericial en base al acervo probatorio formado después de la aplicación de los criterios de admisibilidad.

El avance de la ciencia pone a disposición un conjunto de procedimientos que pretenden fiabilidad en sus resultados, por lo que la prueba pericial de carácter científico es influyente en el momento en que el juez hace su valoración y fundamenta su decisión (Taruffo, 2005, pp. 1295-1309; Gascón Abellán, 2007, pp. 1-12).

La doctrina ha señalado la dificultad que conlleva la posible sobrevaloración de este tipo de prueba, produciéndose una sustitución del razonamiento al que está llamado el juzgador por la opinión experta (Vázquez-Rojas, 2019, pp. 140-147). En los casos de responsabilidad civil del médico es frecuente recurrir a peritos al momento de evaluar la culpa, por cuanto es necesario verificar si la conducta del profesional de salud se adecua o no al estándar aceptable, de acuerdo con la normativa aplicable y la *lex artis* de la intervención en concreto. La determinación de la negligencia se muestra como puerta de entrada a la responsabilidad.

También es frecuente consultar la opinión experta al determinar si existe una relación causal entre la acción del profesional y el daño, misma que no siempre es evidente y suele traer consigo dificultades probatorias para el paciente que demanda, por cuanto las situaciones de causalidad incierta son frecuentes, requiriéndose acudir a figuras que intentan resolver el déficit probatorio y epistémico (San Martín Neiray Larroucau Torres, 2021, pp. 340-352). La falta de prueba del nexo causal se presenta frecuentemente como el argumento para la no imputación de responsabilidad del médico.

La prueba pericial adquiere un papel importante al aclarar al juez aquellos aspectos científicos en el ámbito médico y minuciosidades técnicas del quehacer de los profesionales de la salud. En el proceso civil el juez que toma la decisión es también el que admite y valora la prueba; además no se prevé una fase específica para la admisibilidad, lo que provoca el ingreso de la misma al acervo probatorio bajo una presunción de confianza y autoridad (Larroucau Torres, 2014, p. 60). Lo señalado puede producir efectos negativos como la sobrevaloración de la prueba pericial o la sustitución de la valoración judicial por el criterio del perito.

Una mayor minuciosidad en la fase de admisibilidad puede evitar los efectos no deseados antes descritos, al asegurar que ingresen al conjunto de elementos probatorios solo aquellos que, además de pertinentes y relevantes, tengan la calidad suficiente para calificarlas como fiables tanto desde la metodología con la que se producen, como la aceptación de ésta por la comunidad científica. Adicionalmente a esta verificación, se establece la necesidad de corroborar la imparcialidad e idoneidad del perito, con la mira de que la prueba pericial se acerque a la verdad sobre los hechos.

El objetivo de una prueba pericial de calidad se consolida con el ejercicio de la contradicción en las preguntas que las partes y el juez puedan dirigir al perito, en especial, para exigir una amplia explicación sobre cómo se obtuvieron los resultados y la metodología utilizada. Una evaluación correcta en la etapa de admisibilidad puede hacer la diferencia respecto a la calidad de pruebas que sean valoradas por el juez, sin que ello implique dejar de lado el contenido del derecho a la prueba. Además de los criterios de admisibilidad que puedan aplicarse y el contenido del derecho a la prueba como límite para la exclusión, es relevante analizar si la noción de carga de la prueba en la etapa de admisibilidad sirve para asegurar la adquisición procesal de prueba pericial con valor epistémico en un sistema de libertad probatoria y valoración racional.

Por lo señalado, el problema jurídico a tratar se refiere al aseguramiento de la calidad de la prueba pericial en la fase de admisibilidad de los procesos de responsabilidad civil del médico, a través del análisis de su pertinencia, necesidad y fiabilidad por parte del juez civil, manteniendo como límite el derecho a la prueba (Ferrer Beltrán, 2007, p. 53); con el fin de evitar su sobrevaloración y sustitución del ejercicio valorativo del juez. En el presente estudio verificaremos como se pueden aplicar criterios para un escrutinio más exhaustivo de la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica, con énfasis en la prueba de la culpa y la causalidad, en las que tiene gran incidencia. Nos referiremos además a la utilidad de la carga de la prueba en la fase de admisibilidad de la prueba pericial.

Nuestra hipótesis es que la evaluación intensa sobre la admisibilidad de la prueba bajo los criterios de pertinencia, fiabilidad y necesidad, limitados por el contenido del derecho a la prueba, disminuyen las posibilidades de que el juzgador sobrevalore la prueba pericial al momento de asignar el peso probatorio, los cuales conforman un acervo o conjunto probatorio de mejores características para su posterior valoración, garantiza el derecho a la prueba sin afectar la eficiencia del proceso civil y disminuye la utilidad de la noción de carga de la prueba. Para poner a prueba esta hipótesis se ha consultado bibliografía relevante que trata el razonamiento probatorio y la admisibilidad de la prueba pericial, tanto nacional como comparada, el precedente de los criterios actuales en la materia en la jurisprudencia estadounidense y la jurisprudencia nacional, que se puede extraer del motor de búsqueda de Legal Publishing.

El presente análisis partirá por la identificación de las especificidades de la prueba pericial en los procesos de responsabilidad civil del médico; en segundo lugar se analizarán las implicaciones del carácter testimonial de la prueba pericial; posteriormente se expondrá un marco teórico sobre los tipos de razonamiento aplicables en la admisibilidad de la prueba pericial; finalmente desarrollaremos el derecho a la prueba como límite al escrutinio exhaustivo de admisibilidad de la prueba pericial y expondremos las conclusiones respecto de la hipótesis planteada.

1. La prueba de los hechos en los procesos de responsabilidad civil del médico

En la doctrina chilena se ha llegado al consenso de que la generalidad de la responsabilidad del médico está basada en la culpa probada (Barros Bourie, 2020, p. 720; Pizarro Wilson, 2017, p.72; Cárdenas Villarreal. y Moreno Molinet), sea de carácter contractual o extracontractual. El primero se produciría si el origen de la relación entre médico y paciente se fundamenta en un contrato de tratamiento médico (Finn, 2015, p. 59); por el contrario (Cárdenas Villarreal. y Moreno Molinet, 2011, pp. 63-73), si no media este convenio de manera clara, se produciría responsabilidad extracontractual; en ambos casos es necesario que el paciente pruebe la culpa y el nexo causal entre la conducta culpable y el daño.

La responsabilidad por el resultado no es la generalidad, lo que el paciente contrata o espera es que la conducta del profesional de la salud se adecue al estándar de un profesional medio; por ello, la culpa es el centro de la responsabilidad por incumplimiento contractual y extracontractual (Barros Bourie, 2020, pp. 716-717; Vidal Olivares, 2018, pp. 13-18). Esta últi-

ma diferenciación tiene la tendencia de atenuarse; así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha desarrollado la “unidad de la culpa civil” (Galán Cortés, 2020, pp. 105-121; Santos Morón, 2018, pp. 4-9).

La generalidad de la obligación de medios en materia médica se debe a la aleatoriedad del resultado; las variables que pueden producirse para un resultado negativo suelen estar fuera del ámbito de control del médico, por lo que no parece razonable exigir un resultado concreto; por el contrario, sí lo es que actúe en cumplimiento de la normativa y protocolos que regulan los procedimientos médicos y la *lex artis* que responde a la especificidad del caso, por lo que se denomina *lex artis ad hoc* (Vidal Olivares, 2018, pp. 13-14).

Al responder el actuar del profesional de salud a una obligación de medios, en materia de prueba, el centro es la culpa. Algunos fallos en que se verifica la importancia de la prueba para la determinación de la culpa como inadecuación de la conducta del médico a la de un profesional diligente en base al cumplimiento de la normativa aplicable y la *lex artis ad hoc* son: *Eulalia Campos Jiménez con Servicio de Salud del Maule* (2017, cons. 12); Corte Suprema de Chile, *Eliana Alvarado Cavero con Hospital Clínico de Magallanes* (2018, cons. 15), en el que además se vincula culpa con causalidad por una mala vigilancia del proceso post operatorio que deriva en peritonitis; Corte Suprema de Chile, *Juan Vasseur Aguirre con Servicio de Salud* (2014, cons. 8); sin embargo, la asimetría de la relación entre las partes, la dificultad en la prueba para el paciente y la custodia de la información en manos del profesional de salud o la organización hospitalaria han provocado un intenso debate que se ha inclinado por considerar que, probada la obligación y su incumplimiento por parte del paciente, el deudor (médico) debe probar el caso fortuito (error médico) o la debida diligencia, así como el cumplimiento de la normativa y protocolos aplicables y la *lex artis ad hoc* (Galán Cortés, 2020, pp. 169-182) para desvanecer la responsabilidad, lo que normativamente se ha enmarcado en las disposiciones del Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3), el primero asigna la prueba de la diligencia al deudor ante el incumplimiento contractual y el segundo establece la carga de la prueba de las obligaciones o su extinción a quien la alega.

En Chile se ha verificado que el conocimiento y claridad de los márgenes del cuidado debido conformado por criterios normativos establecidos en la Ley, protocolos médicos y jurisprudencia es relevante para la comprensión de la prueba de los hechos y determinación de la responsabilidad civil del médico; por otro lado, la causalidad suele ser utilizada por los jueces para la atribución del daño al infortunio y la exclusión de la responsabilidad del tra-

tante o la organización hospitalaria, lo que puede deberse, según lo ha explicado la doctrina, al influjo de la justicia penal y a la soberanía del juez respecto a la admisibilidad y valoración de la prueba, siendo muy relevante el testimonio de los expertos y la manera en que éste es introducido al acervo probatorio en conjunto con las reglas de la carga de la prueba y valorado desde las máximas de la experiencia y el estándar de prueba (Larroucau Torres, 2014, pp. 56-58). En los últimos cinco años la jurisprudencia chilena ha acogido abiertamente la teoría de la pérdida de la oportunidad como un mecanismo para lograr el resarcimiento en casos en que existe incerteza causal y déficit epistémico del juzgador respecto al nexo causal que la prueba no logra satisfacer. La pérdida de la chance irrumpe como solución a la incerteza causal en materia de responsabilidad médica en trabajos con influjo del pensamiento jurídico francés, donde nace esta doctrina, es así que Tapia Rodríguez (2003), trata ya la posibilidad de su aplicación en el contexto nacional; posteriormente es presentada por este mismo autor una ponencia en las Jornadas de Derecho Civil del año 2012 pero desde la perspectiva de daño indemnizable, señalando que “la jurisprudencia comparada utiliza frecuentemente (y de forma indebida) la teoría de la pérdida de una oportunidad para ocultar sus incertidumbres acerca de la relación de causalidad y condenar de forma parcial al médico (y no por la muerte o la agravación del paciente)” Tapia Rodríguez, 2011, p. 650; finalmente, esta figura recibió un tratamiento exhaustivo en el texto de Ríos Erazo, y Silva Goñi, 2014, que señala que “... la pérdida de la chance se hace indemnizable sólo cuando las chances representan para la víctima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente...” (p. 267). Estas tres referencias son recurrentemente citadas en los reiterados fallos en que la jurisprudencia chilena ha indemnizado a la víctima por pérdida de la oportunidad, con un aumento notable en los últimos cinco años, entre ellos, Corte Suprema de Chile, *Yazmin Franzinetti Cabrera con Hospital Clínico de la Fuerza Aérea*, (2020, cons. 12); Corte de Apelaciones de Punta Arenas, *Ruiz con Servicio de Salud Magallanes* (2020); Corte Suprema de Chile, *Joaquín Pérez Pizarro y otro con Fisco de Chile* (2020, cons. 7); Corte Suprema de Chile, *María Toledo Altamirano con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota* (2019, cons. 11 y 14); Corte Suprema de Chile, *Leal Labrín Jorge Arnaldo con Servicio de Salud Metropolitano*, 2019, cons. 10; Corte Suprema de Chile, *Alfonso Fuentealba Durán con Servicio de Salud de Talcahuano* (2018, cons. 12 y 13); Corte Suprema de Chile, *Juan Sarabia Tolosa y otros con Servicio de Salud de Iquique y otros*, (2016, cons. 14 y 15). Finalmente, se ha consolidado la pérdida de la chance como daño indemnizable ante la incerteza causal en responsabilidad médica, especialmente en materia de incumplimiento del deber de información en Pizarro Wilson, 2017, p. 42 y Vidal Olivares, 2018, p. 71.

Por otro lado, la responsabilidad objetiva o por el resultado puede aparecer en casos puntuales (Paillás Peña, 2004, pp. 21-23), correspondiendo la carga probatoria al médico en casos como compromiso expreso de un resultado en el contrato médico; equipamiento e implementos adecuados para la intervención; exámenes simples que no dependan de resultados aleatorios (Tapia Rodríguez, pp. 94-97). Se ha señalado también que podría haber responsabilidad objetiva en los casos contractuales de medicina voluntaria; en los que el propio médico asumiría el riesgo de un resultado prometido (Santos Morón, 2018, pp. 35 y ss.); o por la pérdida de la chance de curación por incumplimiento del deber de información (Pizarro Wilson, 2017, p. 50).

En definitiva, en responsabilidad médica, el demandante debe, por lo tanto, probar la existencia de la obligación, el daño y la relación de causalidad entre el daño y la actuación del médico o centro hospitalario cuya responsabilidad civil se reclama; sin embargo, si el acreedor (paciente) demanda que hubo cumplimiento imperfecto deberá aportar la carga de la prueba de dicha afirmación; puesto que, la obligación persiste al reclamarse la inconformidad del cumplimiento con el contrato (Vidal Olivares, 2018, pp. 16-18). Por otro lado, se ha señalado también que es común vincular funcionalmente la prueba de la culpa con la de la causalidad en materia de responsabilidad médica; por lo que, si no se alcanza la suficiencia probatoria sobre el cumplimiento de la conducta exigible de un profesional médico diligente y de los protocolos y normativa aplicable respecto al acto médico en cuestión, se entiende que dicho acto negligente es la causa del daño (San Martín Neira. y Larroucau Torres, 2021, pp. 336-340).

2. El rol de la prueba pericial en la responsabilidad del médico

La doctrina ha señalado que la prueba pericial es relevante en la prueba de la actuación negligente que determinaría la culpa, especialmente, el informe evacuado por el Servicio Médico Legal como perito oficial, aunque se ha dicho, correctamente, que no corresponde asignarle un peso probatorio distinto (Pizarro Wilson, 2017, p. 79); por lo que se deduce, esta prueba, como todas, debe pasar los filtros de fiabilidad, pertinencia o relevancia, necesidad y verificarse la idoneidad del perito.

El Código de Procedimiento Civil (1902, art. 410) señala que es la Ley la que prescribe cuándo se deberá requerir escuchar una opinión pericial previo a la resolución; por su parte, el artículo 411 señala que podrá solicitarse el dictamen de un perito cuando la apreciación de

los hechos requiera de conocimientos especiales sobre una ciencia o arte y sobre puntos de derecho referentes a una legislación extranjera.

El peritaje es una opinión experta que permite aclarar determinadas interrogantes en el proceso; se configura como una especie de la prueba testimonial, aunque la experticia de quien realiza el informe le dota de cierta autoridad, lo que, a su vez, puede influir en la decisión judicial; internamente goza de credibilidad en el grado en que la metodología para la obtención de los resultados comulga con un procedimiento aceptado por la comunidad científica. La fiabilidad se refiere a la calidad de las pruebas periciales presentadas, criterio que se ha añadido a la pertinencia o relevancia como eje fundamental en la fase de admisión, para lo cual se recurre a fórmulas generales que recaen sobre las facultades del juzgador para determinar si se encuentra ante un elemento que constituya un aporte de carácter epistémico, o aquellas particulares que buscan verificar credenciales respecto del perito que avalen su calidad de experto en la materia. En este punto puede seguirse a Vázquez-Rojas (2019, pp. 123-126).

El Código de Procedimiento Civil (1902, art. 413) asegura que quien se desempeñe como perito no debe encontrarse inhabilitado para ser testigo y tener un título profesional respecto a la ciencia o arte sobre la que opina, configurándose como los requisitos que garantizan desde la norma la imparcialidad y la experticia. Cuando es el juez el que designa los peritos, estos deberán constar en los listados de personas acreditadas. Desde la doctrina comparada, los esfuerzos por lograr la acreditación del perito y la confiabilidad en su conocimiento como experto responde a la búsqueda de imparcialidad de origen (Vázquez-Rojas, 2015, pp. 72-75; Duce Julio, 2020, p. 81) –la imparcialidad también ha sido tomada en cuenta como uno de los ejes de investigación en un trabajo empírico en el ámbito nacional, aunque acotado a la prueba pericial en el proceso penal (Duce Julio, 2018, p. 54)–; sin embargo, este criterio se muestra insuficiente para alcanzar la racionalidad de la prueba pericial frente a la búsqueda de la verdad y el aporte epistémico que pueda proporcionar; además de no ser aplicable al caso del perito presentado por las partes, por cuanto éste tiene parcialidad estructural (Vázquez-Rojas, 2015, p. 73) respecto de la información proporcionada por éstas para la elaboración del peritaje, siendo su objetivo el de fortalecer la posición de quien la presenta como prueba.

La evolución de la ciencia y de la técnica provoca una mayor especialidad en el conocimiento de determinados temas, la participación de terceros ilustrados permite una mayor precisión respecto a determinados hechos que serían de difícil comprensión; de hecho, Ovalle Favela (1974, p. 297) ya habría señalado que la prueba pericial y científica son dos elemen-

tos que permitirían la transformación de la valoración subjetiva de la prueba a una objetiva y más cercana a la verdad; Taruffo (2005), por su parte, señala

...sucede cada vez con mayor frecuencia, de hecho, que circunstancias relevantes para las decisiones judiciales pueden ser averiguadas y valoradas con instrumentos científicos, y por tanto se reduce proporcionalmente el área en la que el juicio sobre los hechos puede ser formulado solamente sobre bases cognoscitivas no científicas. (p. 1287)

El perito, por lo tanto, debe emitir una opinión fiable e imparcial; por su calidad de experto en la materia y la credibilidad de su afirmación fundamentada en la solvencia metodológica, así como, su aceptación por la comunidad científica a la que pertenece; en el caso de una pericia de carácter técnico o artístico esta situación tiene que ser acreditada ante el organismo estatal correspondiente o se respaldada por la trayectoria y experiencia.

La imparcialidad se corrobora en cuanto a su calidad de tercero sin ningún tipo de vínculo o conflicto de intereses con las partes, lo que correspondería a la imparcialidad de origen, es decir, se debe controlar que la persona sea efectivamente un experto en la materia sobre la que se requiere el peritaje a través de su acreditación, misma que debería ser valorada de manera específica más allá de que el perito se encuentre en una lista elaborada por un organismo público (Duce Julio, 2020, p. 75); pero, además se debe observar que no esté vinculado con las partes, situación que, como es evidente, aplica solo para el perito nombrado por el juez. Para estos efectos se ha procurado establecer sistemas de selección de peritos que permitan esta imparcialidad como el sorteo, la insaculación o la conformación de listas oficiales. La doctrina ha profundizado en dos manifestaciones adicionales respecto de la imparcialidad como son la parcialidad cognitiva y la disposicional (Vázquez-Rojas, 2019, pp. 163-168).

La primera se refiere a la necesidad de verificar por parte de juez que el peritaje no se haya generado con información incompleta o que éste no tenga claridad en la información experta que debe aportar, la cual es proveída por la parte en el peritaje solicitado por esta; o, en base a las necesidades epistémicas del juez, si es un peritaje de carácter oficial.

Adicionalmente la imparcialidad cognitiva se refiere a que la información compartida no contenga sesgos, es decir, no se fundamente en corrientes científicas contrapuestas y no consolidadas, lo que nos remite directamente al andamiaje teórico conceptual bajo el cual el perito desarrolla su informe. Otro fenómeno que puede derivarse de la parcialidad cognitiva es el desacuerdo legítimo entre peritos que se extrae de pruebas periciales distintas, ante el cual, nuevamente el juez debe procurar aproximarse al mejor peritaje, verificando si la diferencia se produce entre pares epistémicos; de ser este el caso, exigir amplias explicaciones

en la etapa de contradicción y de valoración que permita vislumbrar las razones de las diferencias en las conclusiones (Vázquez-Rojas, 2019, p. 178). Resulta fundamental, por lo tanto, atender a las inferencias que se pueden extraer de la prueba pericial y la manera en que ésta aporta al soporte de la hipótesis a la que el juez deberá asignar el peso probatorio y determinar si es suficiente para alcanzar el estándar probatorio para dicho proceso (Ferrer Beltrán, 2007, p. 45). En este punto, la contradicción y el carácter testimonial de la prueba pericial en la valoración resultan fundamentales (Vázquez-Rojas, 2015, pp. 45-48).

La imparcialidad disposicional se refiere a la actitud deliberada o inconsciente del perito de manipular la información y provocar la falsedad favoreciendo la posición de un tercero, para lo cual se han diseñado mecanismos de prevención como el juramento o la tipificación de delitos como el falso testimonio (Vázquez-Rojas, 2015, pp. 72-73). Las emociones o el propio carácter de quien proporcionan la información en juicio puede llevarle a la situación de desconocer su propia parcialidad y afectar, sin embargo, de manera determinante las pretensiones de búsqueda de la verdad y la posibilidad de valoración racional, lo cual puede ser evitado en la fase de admisibilidad. Lo señalado demuestra la naturaleza testimonial del peritaje que se manifiesta en su personalización (Vázquez-Rojas, 2019, p. 188) y el cúmulo de variables que deben evaluarse respecto a la imparcialidad.

Por lo señalado, la prueba pericial debe permitir al juez contar con elementos para esclarecer su duda sobre temas puntuales en el proceso que escapan a su conocimiento (Aguirrezabal Grünstein 2012, p. 336), pero además ser útil en el fin racional del mismo como es la búsqueda de la verdad. A pesar de lo señalado, la jurisprudencia en Chile se ha pronunciado sobre el hecho de que la falta de práctica de prueba pericial no impide dictar el fallo, por cuanto es atribución facultativa del juez determinar cuándo se requiere la misma (*Jasna Cortes Villarroel con César Vera Medrano y otros*, 2018, cons. 3).

La prueba pericial, a pesar de ser valorada como parte del acervo probatorio, puede tener un peso determinante por la pretensión de autoridad del experto, especialmente en asuntos relacionados con la determinación de la relación causal que suelen ser de todo o nada (*Gastón Alamos Cifuentes y otros con Corporación Iglesia Adventista del Séptimo*, 2013, cons. 8); y, especialmente si el estándar probatorio bajo el que se valora no está claramente establecido en la legislación procesal como es el caso chileno — la construcción de un estándar de prueba en materia civil ha sido una tarea llevada a cabo por la doctrina, a partir de la comprensión de este como la distribución del riesgo del error judicial. Se ha establecido que en materia civil parece razonable aplicar un estándar de prueba de la probabilidad prevaeciente, es decir, que la hipótesis mejor probada con un rango mayor al cincuenta por

ciento ($p > 0,50$) tiene suficiencia para considerarse probada; sin embargo, cuando los bienes en juego son de gran importancia el estándar puede ser más elevado ($p > 0,75$) en protección del demandado; para el caso chileno la doctrina ha identificado que la apelación a un estándar subjetivo de convencimiento ha elevado el requerimiento de suficiencia probatoria en materia civil, acercándose al estándar de “más allá de toda duda razonable” adoptado en el proceso penal (Larroucau Torres, 2012, pp. 803-804) —. En el ámbito de la responsabilidad médica, la prueba de la causalidad, por ejemplo, requiere que el nexo causal entre la conducta y el daño a probar, esté plenamente identificado, razón por la cual este elemento funciona como clave para la exclusión de la responsabilidad ante el frecuente déficit probatorio por parte del paciente, por lo que en este ámbito el peritaje suele ser esencial.

Respecto a la determinación de la responsabilidad del médico, la alta complejidad de la labor médica hace de la prueba pericial un elemento fundamental, necesitándose inclusive peritajes dirimientes ante los desacuerdos legítimos. A pesar de lo señalado, la prueba pericial no deja de ser una opinión experta que debe ser valorada racionalmente, por lo que mal haría el juez en tomarla como prueba definitiva.

Los informes periciales pueden dar información sobre las máximas de la experiencia respecto a un hecho conocido, determinar las causas de ese hecho, contener una opinión sobre las consecuencias o argüir sobre las cualidades de un determinado hecho; en todo caso, el perito auxilia al juez respecto a un conocimiento especializado, pero como medio probatorio, tiene la intención de aportar a la motivación de la sentencia como un argumento de autoridad (Aguirrezabal Grünstein, 2012, pp. 335-338).

La adhesión a la prueba pericial y la falta de análisis de la totalidad de la prueba genera vicios respecto a la calidad argumentativa (*Sociedad Inmobiliaria y Agrícola Cisternas e Hijos Ltda. con Fisco de Chile*, 2014, cons. 9). Sobre la responsabilidad médica se considera que la prueba pericial no puede ser indispensable para la determinación de la responsabilidad del médico (*Héctor Letelier Vásquez con Servicio de Salud del Maule*, 2016, cons. 9), por lo que su solicitud debe ser argumentada desde las necesidades epistémicas (*Cerna Gajardo Jorge con Universidad del Desarrollo*, 2015, cons. 12).

El Proyecto de Ley de nuevo Código Procesal Civil (20212, art. 324) concibe la prueba pericial de manera distinta a la norma actual, señalando que las partes son las encargadas de recabar informes de peritos y solicitar que los mismos sean presentados al proceso, previa verificación de la idoneidad de los informantes, lo que da mayor importancia a los filtros de

admisibilidad de la prueba pericial asemejándose más al *Common Law* (Taruffo, 2005, p. 1289).

El juez solo podrá solicitar que se practique prueba pericial cuando las partes no lo han solicitado y será realizada por peritaje institucional. El Proyecto de Ley de nuevo Código Procesal Civil (2012, art. 327) consolida al juez como *gatekeeper* encargado de seleccionar la pericia que será parte del acervo probatorio, por cuanto es el único capaz de establecer una limitación frente a la apertura de la norma respecto al número de peritajes, estableciéndose como fundamento de esta función el que la admisibilidad de pericias no pertinentes y poco fiables entorpezcan la administración de justicia.

Por lo tanto, el peritaje deja de conformarse como instrumento de auxilio al juez para transformarse en un medio de prueba preminentemente propuesto por las partes, lo que, según lo señalado en este acápite, lo obligará a concentrarse en la imparcialidad cognitiva y disposicional, distinguiéndose con mayor claridad aquellas características de la prueba testimonial aplicables a la pericial cuando se requiere la comparecencia del perito en juicio. Lo señalado se reafirma en el Proyecto de Ley de nuevo Código Procesal Civil (2012, art. 330) que va de la mano con la oralidad, por cuanto solo la declaración del perito en audiencia será tomada en cuenta como prueba. Los informes entregados por escrito, como sucede actualmente en materia civil, no tendrán valor si el perito no comparece a juicio (Proyecto de Ley de nuevo Código Procesal Civil, 2012, arts. 329-330).

La importancia de que el perito comparezca a la audiencia a rendir su testimonio y pueda ser objeto de interrogatorio y contrainterrogatorio, además de que el juez tenga la oportunidad de indagar con sus propias preguntas, nos introduce en el tema que la doctrina ha señalado como carácter testimonial de la prueba pericial y es fundamental para la valoración y decisión. A continuación, trataremos someramente este tema y la manera en que un escrutinio de admisibilidad adecuado permite contar con un conjunto de pruebas de mejor calidad para las fases posteriores.

3. El perito ¿Testigo experto o asesor del juez?

La doctrina ha debatido respecto del papel del perito en el proceso, como testigo experto, parcial desde su origen, propuesto por las partes; o, como perito de confianza del juez encargado de proporcionar la información necesaria para la resolución de un déficit epistémico de este sobre la prueba de hechos que requieren una determinada experticia en alguna disciplina de la ciencia, la técnica o el arte.

La presentación de pruebas periciales de parte tiene su origen en el derecho anglosajón y se relaciona con el estándar de la íntima convicción. La vinculación del juez con la práctica de la prueba es una de las principales observaciones del *Common Law* ante el proceso escrito que caracterizaba el sistema continental, por cuanto, para el primero las partes son protagonistas de la producción y práctica de la prueba mediante el *discovery*. La finalidad del proceso es la resolución del problema, por lo que la mutua muestra de las “armas” probatorias que tiene cada adversario es necesaria.

El modelo adversarial surge como una disputa cuya finalidad es convencer al juez de que la hipótesis propia es la correcta, o al menos la más cercana a la racionalidad. Por el contrario, cuando el proceso no es adversarial –Taruffo (2006, pp. 75-76) señala que la diferenciación basada únicamente en la contraposición oral-escrito o adversarial y no adversarial es imprecisa, por cuanto los modelos de proceso están atravesados por ambas categorías. Por lo que la diferenciación tiene fines puramente explicativos–, la búsqueda de la verdad material suele ser el objetivo, la investigación oficial es protagonista (Damaška, 2000, pp. 13-14).

El modelo adversarial, la finalidad de resolver el problema y el juicio por jurados legos consolidan el sistema fundamentado en el convencimiento del juzgador, por lo que las estrategias de los litigantes estarán destinadas a obtener dicho convencimiento; que, al ser íntimo, no requiere mayor explicación más que la seguridad subjetiva de que esa decisión es resultado de la convicción del juzgador. La motivación es relegada a un segundo plano (Laudan, 2005, pp. 99-101).

Cuando el objetivo del proceso es la verdad o lo más cercano a ella no solo hace falta que el juzgador esté convencido internamente de la decisión; sino que dicha convicción haya sido producto de un proceso lógico que denote un razonamiento objetivamente aceptable, Ingresamos entonces al modelo de concepción racionalista de la prueba (Damaška, 2000, p. 25-38), según Accatino (2019, p. 92) las tesis sobre una noción racionalista de la prueba se refiere al establecimiento de la búsqueda de la verdad de los hechos como finalidad de la actividad probatoria y su regulación; y así como, la justificación probatoria como justificación epistémica que hace hincapié en las inferencias. Sobre la tradición racionalista de la valoración de la prueba en el derecho anglosajón es necesario remitirse a Twining (2006, p. 241 y ss.).

Bajo este esquema el perito aparece como un testigo experto y eso nos permite revisar si algunos de los criterios de admisibilidad para la prueba testimonial son aplicables a la peri-

cial, partiendo de la premisa de que la primera sería el género y la segunda la especie (Vázquez-Rojas, 2015, pp. 44-48).

El juez, al no ser conocedor de la materia sobre la que versa la experticia, adquiere conocimiento de segunda mano, es decir, una opinión que corresponde a un acto de comunicación que se convierte en una fuente de conocimiento para el éste, que parte de un déficit epistémico en la materia, pero además, la diferencia fundamental entre la comunicación proporcionada por el perito se refiere a su actitud disposicional como experto (Vázquez-Rojas, 2015, p. 48).

Si se asume que la prueba pericial es la especie y la testimonial el género, vale la pena verificar qué aspectos se toman en cuenta para la admisibilidad de ésta; sobre lo cual se puede verificar un criterio objetivo relacionado con la jerarquía del testimonio para probar determinados hechos frente a otras pruebas, como serían la pertinencia, de la que hablaremos más adelante; siendo parte de aquella información que no puede ser corroborada por vía testimonial las cuestiones técnicas y científicas o aquella redundante por haber sido probada por otros medios (de Paula Ramos, 2019, p. 144). En segundo lugar, un criterio subjetivo relacionado con las características de quién da su testimonio lleva a reconsiderar criterios de inadmisibilidad relacionados con la capacidad, si se tiene en cuenta el fin de la prueba hacia su consideración racional como aporte a la búsqueda de la verdad — en el ámbito nacional ya se han producido estudios que critican la fórmula de interdicción establecida en el Código de Bello y acercamientos hacia principios como la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes (Turner Saelzer, S. y Varas Braun, 2020, pp. 156-160); de las personas con discapacidad intelectual (Lathrop Gómez, 2019, pp. 130-134); y un reconocimiento más intensivo de la autonomía en el caso de personas mayores (Barcia Lehmann, 2014, pp. 74-81)—; en especial criterios que considera la relación del testigo con las partes o inclusive prejuicios relacionados con género, orientación sexual u otros criterios que llevan a generalizaciones erradas (de Paula Ramos, 2019, p. 149) y aún permanecen en el derecho positivo chileno, Sin ánimo de profundizar, son ejemplos de estas referencias las contenidas a menores de edad y personas con discapacidad en el Código Civil (2000, arts. 16 y 1012).

Por lo demás, desde la perspectiva racional de calificación de la admisibilidad, la prueba pericial y testimonial comparten la necesidad de que se valore el aporte que éstas ofrecen respecto a la posibilidad de comprobar las hipótesis.

Dependiendo de la modalidad de la prueba, si ésta es presentada por las partes o solicitada por el juez, la doctrina comparada ha señalado que se puede aplicar a la primera un

modelo educativo que parte de una concepción reduccionista del testimonio, es decir, que parte de la desconfianza en la verdad sobre lo que éste dice, por lo que debe comprobarse si el testimonio es fiable y aporta a corroborar alguna de las hipótesis fácticas; mientras que, en el segundo caso se alude a un modelo de perito de confianza en el que el juez parte de una concepción no reduccionista de credulidad sobre lo que el testigo manifiesta y llevaría a una actitud de deferencia hacia el mismo. Sobre reduccionismo y no reduccionismo como concepciones epistemológicas del testimonio se puede consultar de Paula Ramos (2019, pp. 87-98); el autor aboga por la necesidad de una concepción reduccionista en el caso de la prueba testimonial, por cuanto ésta debe tener entidad suficiente para contribuir con la corroboración de hipótesis y conocimiento de la verdad en el contexto del conjunto de prueba admitida.

Profundizando en la distinción que se genera entre la prueba pericial de parte y la solicitada por el juez, desde la epistemología del testimonio, Vázquez-Rojas (2015, pp. 78-80) considera tres propiedades como son la imparcialidad de origen; el nombramiento del perito antes de la elaboración o presentación de su informe; y, la confianza del juzgador respecto del perito. A partir de estas variables se distingue un modelo ideal de perito nombrado por el juez que cuente con imparcialidad de origen, haya sido nombrado antes de efectuar las operaciones periciales o entregar su informe; y, goce de confianza de juez; por otro lado, el modelo ideal de perito de parte tendría parcialidad estructural, realiza sus operaciones periciales antes de ser nombrado y no goza de confianza del juez.

Esta comprensión no unitaria de cómo el juez percibe conocimiento desde la prueba pericial permite identificar que, en el caso del modelo de perito de confianza elegido por éste, las expectativas de información se fundan en la medida en que el testimonio del perito resuelva las necesidades epistémicas del juzgador; por el contrario, en el caso del perito presentado por las partes, el juez deberá verificar en la explicación, la metodología con la que se obtuvieron los resultados, para determinar si la información proporcionada puede ser confiable como fuente de conocimiento para el juez. En ambas manifestaciones de la prueba pericial la fiabilidad de la información y su potencial para corroborar las hipótesis fácticas son elementos importantes para un análisis de la admisibilidad.

Revisadas las implicaciones de considerar la prueba pericial como especie de la testimonial y su necesaria práctica a través de la explicación metodológica y de los resultados por parte del perito en audiencia, nos corresponde indagar expresamente sobre los criterios de admisibilidad a continuación.

4. La admisibilidad de la prueba pericial en la responsabilidad médica

En el apartado anterior se estableció que la prueba pericial tiene como finalidad proveer información sobre aspectos especializados en la ciencia, técnica o arte que requieren el testimonio de un experto que permita al juez la comprensión necesaria para sustentar una hipótesis fáctica. Se ha verificado además que hay diferencias importantes sobre la manera en que el juzgador adquiere el conocimiento si la pericia es solicitada por las partes o por el juez.

Bajo estos supuestos corresponde verificar el razonamiento aplicable a la prueba pericial en la fase de admisibilidad, por cuanto la asunción de una noción racional de la prueba no pretende satisfacer la íntima convicción del juez; por el contrario, procura construir una argumentación de la decisión, a partir de la corroboración o refutación de hipótesis fácticas.

La valoración racional explicaría por qué el juez puede decidir en contra de sus propias creencias, lo cual sería inexplicable si su íntima convicción fuera el único parámetro que establezca los hechos en el proceso; finalmente, la valoración racional introduce la prueba en su contexto (Ferrer Beltrán, 2003, pp. 31-32). La prueba legal es la preconstitución de una certeza, por lo que no es compatible con la argumentación racional que debe hacer el juez respecto a la prueba en su conjunto (Taruffo, 2007, p. 2).

La prioridad desde la perspectiva racional es que la prueba pericial facilite posteriormente la motivación de la resolución y el razonamiento lógico respecto al peso que se otorgan a las pruebas presentadas, su admisibilidad y la relación que se conforma entre ellas (Ferrer Beltrán, 2017a, pp. 109-110). El pronunciamiento del juez deberá acercarse a la verdad; sin embargo, esta será relativa, en la medida de que no se puede tomar para esta indagación nada que no se encuentre en el proceso (Ferrer Beltrán, 2017b, pp.157-158). Taruffo nos habla de una verdad correspondentista, por cuanto exige que los hechos sobre los que se fundamentan las hipótesis de los litigantes, efectivamente ocurrieron en la realidad y pueden ser tomados en cuenta para la resolución. La prueba cuando cumple esta función es vista desde una perspectiva epistémica, es decir, destinada a generar conocimiento y no persuasión (Taruffo, 2007, p. 7).

La fortaleza de la argumentación obliga al juez a valorar toda la prueba practicada y de ese acervo probatorio, elegir cuáles son aquellos elementos que le sirven para llegar a una decisión motivada.

La rigurosidad en la conformación del acervo probatorio en la fase de admisibilidad fortalece la posición del juez para la valoración y decisión, por lo que, a continuación, revisaremos el razonamiento aplicable en esta primera fase y su aplicación en los casos de responsabilidad médica. El derecho a la prueba es el límite que obliga a la explicación respecto de su exclusión del acervo probatorio, por cuanto las partes pueden presentar todo tipo de medios que permitan la defensa de su posición, a menos que atente contra los criterios que evalúan la pertinencia, fiabilidad y legalidad de la misma.

4. 1. Razonamiento aplicable a la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica

Desde la perspectiva racional de la prueba se requiere que ingresen a formar parte del conjunto o acervo probatorio el mayor número de pruebas de calidad, que aporten al conocimiento de la verdad, a partir de lo cual se han desarrollado algunos criterios a tomar en cuenta, como la relevancia o pertinencia, la necesidad y la fiabilidad, bajo los cuales el juez deberá determinar si una prueba anunciada pasa a ser parte del subconjunto o acervo probatorio sobre el que se llevarán a cabo la práctica y valoración. Los criterios de admisibilidad pueden exigir un razonamiento dogmático si es la norma la que señala sus condiciones de aplicación requiriéndose un ejercicio interpretativo, uno lógico si la finalidad es averiguar la relación entre la prueba y la hipótesis fáctica, finalmente, se aplica un razonamiento epistémico si el objetivo es lograr el conocimiento de la verdad de los hechos sobre el cual se sustentará la motivación por una de las hipótesis fácticas, según se haya acercado más al cumplimiento del estándar probatorio (Coloma Correa, 2017, pp. 33-35; Larroucau Torres, 2012, pp. 798-803). Finalmente, otro elemento que ha aparecido históricamente ligado a la fase de admisibilidad es la carga de la prueba, la cual además ha sido objeto de un arduo debate en la doctrina y jurisprudencia nacional en materia de responsabilidad del médico; sin embargo, la doctrina comparada ha argumentado en contra de su utilidad para los fines de evaluación racional de la prueba.

4.1.1. La relevancia o pertinencia

La relevancia o pertinencia de la prueba es el primer criterio que aparece al momento de evaluar qué se admite, lo cual está relacionado con la probabilidad de acierto de la decisión (Vázquez-Rojas, 2019, p. 71).

Aunque desde el análisis de la admisibilidad de la prueba en el proceso penal, señala una definición plenamente aplicable para el ámbito de la responsabilidad civil del médico al describir un primer nivel de pertinencia en el sentido lógico, es decir, la vinculación de la

prueba presentada respecto de los hechos objeto del proceso, para lo cual es necesario identificarla en el contexto de los elementos que se presentan y la posibilidad de fundamentar alguna de las hipótesis fácticas; la relevancia vista como relación lógica busca excluir la prueba innecesaria que puede traer confusión por su lejanía con los hechos a tratarse. El mismo autor identifica un segundo nivel referido a la relevancia legal, en el cual el motivo de la exclusión de la prueba del conjunto sobre el que se trabajará en el proceso responde a la ponderación entre el beneficio de la misma en términos epistémicos para la confirmación de la hipótesis frente a efectos nocivos que puedan llevar a una decisión errada, prejuicios, confusión, desorientación, dilación indebida; y, en general, costos innecesarios (Duce Julio, 2020, p. 58).

Según Coloma Correa (2017, pp. 37-38) la pertinencia o relevancia está ligada a la conjetura a probar como producto de la etapa de preparación y admisibilidad; es decir, se considera pertinente una prueba en el sentido de que aporta a su corroboración, establece los puntos de llegada y el contorno de aquello que interesa probar; por lo señalado, la prueba no es pertinente si no permite que la conjetura pueda ser premisa menor de un ejercicio de subsunción, o no se hace cargo del conflicto que las partes someten a juzgamiento.

Respecto a la admisibilidad en materia de responsabilidad médica; y, específicamente, la pertinencia, Larroucau Torres (2014, p. 59) señala que la jurisprudencia en Chile se inclina por la confianza en la imparcialidad de los profesionales médicos que comparecen con su testimonio experto o como peritos y la consideración general de que los relatos de éstos son obligatorios frente al déficit epistémico del juzgador frente a las cuestiones especializadas de la ciencia médica, por lo que la admisibilidad es amplia y encuentra límites en el control de un acuerdo corporativo o la presentación de prueba ilícita.

Un criterio amplio en la fase de admisibilidad también es compartido por Vázquez-Rojas (2015, pp. 157-160), por cuanto existe el peligro de adelantar una valoración, especialmente en casos como el del proceso civil de responsabilidad del médico en el que el juzgador que toma la decisión final atiende también esta fase; por otro lado, la decisión de exclusión de una prueba en la fase de admisibilidad debe ser tomada en un análisis del conjunto de los elementos probatorios presentados, formando un subconjunto a valorarse posteriormente, que debe ser capaz de arrojar datos sobre la calidad de información que aportan al proceso.

Respecto a la relevancia o pertinencia como criterio de admisibilidad de la prueba pericial en los procesos de responsabilidad del médico, vale mencionar también si se trata de

una operación de todo o nada, o se acepta la gradualidad o verificación de un estándar de admisibilidad (Vázquez-Rojas, 2015, p. 160). Para Coloma Correa (2017) el análisis debe ofrecer matices y configurarse de forma gradual en base a un criterio probabilístico sobre el aporte de la prueba o su capacidad explicativa de las conjeturas, para lo cual es necesario verificar la relevancia desde el contexto y el conjunto de la prueba disponible, lo cual se ve afectado además por el interés en reducir los costos y la eficiencia del proceso probatorio; en este sentido, la admisibilidad responde a un razonamiento epistémico por cuanto el objetivo es verificar la conexión entre la conjetura y la prueba, para concluir sobre su potencialidad, para representar la realidad y llegar a la verdad. Según Larroucau Torres (2014, p. 50), en el caso chileno, la recurrencia al testimonio de los profesionales de salud como prueba relevante en la etapa de admisibilidad es frecuente, la que suele calificarse de suficiente para emitir el fallo; mientras que en la valoración se evocan las máximas de la experiencia de una manera que se aproxima a *res ipsa loquitur*.

4.1.2. La necesidad

Otro criterio que se ha esgrimido respecto a la admisibilidad de la prueba pericial es la necesidad de la misma, sobre lo cual se ha señalado que el juez puede inadmitir la misma si interfiere con las funciones del juzgador; o, si del conjunto de pruebas presentadas se puede identificar otras de mejor calidad que permitan al juzgador administrar sus recursos cognitivos en el análisis de la mejor prueba disponible (Vázquez-Rojas, 2015, p. 167).

La necesidad se presenta como criterio cuando el juzgador considera que, por sí solo, no está en condiciones de apreciar un hecho por estar fuera de su conocimiento o requerir conocimiento especializado para ser comprendido. El objetivo es evitar la presentación de prueba superflua si es que pueden los hechos ser atendidos directamente por el juzgador, como sucede en los peritajes para verificar la fiabilidad de los testimonios. Por otro lado, la necesidad también versa sobre el análisis de que la información requerida tenga que ser proporcionada por peritaje o si existe la posibilidad de que se aporte por otro medio de prueba. Si los hechos están claramente establecidos en la ficha clínica, por ejemplo, un peritaje sobre ellos se vuelve innecesario (Duce Julio, 2020, pp. 64-75).

4.1.3. La fiabilidad de la prueba pericial y su cientificidad

El siguiente criterio de admisión se refiere a la fiabilidad de la prueba o "*cientificidad*". Desde el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993) (Se puede revisar para referencias Vázquez-Rojas, 2014, 68-69) resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1993, la admisibilidad y valoración de la prueba científica ha sido uno de los temas de debate más

recurrentes en materia probatoria (Taruffo, 2005, pp. 1295 y ss; Gascón Abellán, 2007, pp. 1-12; Vázquez-Rojas, 2019, pp. 126-ss).

El caso Daubert plantea el problema de la cientificidad de la prueba científica generando la interrogante ¿qué ciencia puede ser fiable para establecer la certeza sobre un hecho y cuál no? Se establecen además varias recomendaciones dirigidas al juez sobre la valoración de la prueba científica. La sentencia señala a breves rasgos que la generalidad de aceptación no significa cientificidad de la prueba, como sucede en el caso concreto con el *Test Frye*. Se establece que la rigurosidad de la prueba científica requiere una valoración respecto al método y la validez de los postulados. Se establece la necesidad de diferenciar la “ciencia buena” de la “ciencia mala”. Se instaura el criterio de la relevancia de la metodología y la validez de los presupuestos como elementos fundamentales para evaluar la cientificidad de la prueba científica. Sobre el desarrollo pormenorizado de los criterios desarrollados en este fallo se puede revisar Vázquez-Rojas (2019, pp. 202-228).

Al caso Daubert se suman los criterios del caso Joiner (*General Electric Co. v. Joiner*, 1997) en el que se produjo la discusión respecto del sustento que podían ofrecer varias pruebas científicas no concluyentes de manera particular pero que podían adquirir mayor peso probatorio si se las tomaba en conjunto. Resaltan en este caso los criterios sobre la diferente intensidad en la admisibilidad, entre aquellos casos en que el juez que admite prueba también decide y cuando el juez actúa como filtro de admisibilidad de otro juzgador, como un jurado. En el primer caso se identifica una menor intensidad respecto de la exclusión de prueba, por cuanto la valoración se producirá posteriormente en el contradictorio y la asignación de peso probatorio en la decisión motivada. En segundo lugar, el llamado al juez es a valorar individualmente las pruebas pero verificar también si éstas adquieren mayor relevancia cuando se las inserta en el conjunto disponible; finalmente, este fallo matiza la separación entre método y resultados de la prueba pericial insertado por Daubert, en la que se priorizó la verificación de la coherencia del primero. Joiner estima razonable que el criterio de fiabilidad tome en cuenta la racionalidad del método y los resultados obtenidos (Vázquez-Rojas, 2015, pp. 128-133).

Finalmente, el caso *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (1999) aportaría el abandono de la demarcación entre ciencia y no ciencia adoptando la evaluación de la fiabilidad en la calidad de la información que puede aportar a la corroboración de la hipótesis; por cuanto en este caso fue determinante la valoración de la experiencia técnica del perito. Un mayor detalle de los hechos puede revisarse en Vázquez-Rojas (2015, pp. 133-137).

La trilogía Daubert y su importancia se ve materializada inclusive en una modificación a las *Federal Rules of Evidence* (Federal Court, 2020) en la regla 702 referente al testimonio experto, señalando como criterios de admisibilidad el soporte que pueda éste otorgar al juzgador para entender el resto de la prueba o determinar un hecho en el asunto. En línea con lo establecido en la jurisprudencia estadounidense se considera que la confiabilidad o fiabilidad se refiere a que no todo lo que dice el perito debe ser admitido, el requerimiento es que la información que proporciona la prueba pericial tenga validez en la comunidad científica, por lo que no tendría esta calidad aquello que en la misma disciplina científica no está debidamente afianzado (Duce Julio, 2013, p. 81).

Se ha diferenciado la prueba científica de la pericial, al afirmar que la primera no constituye una opinión experta sino el resultado de un procedimiento afianzado en el que se ha usado un método considerado válido por la comunidad científica. Sin embargo, el problema al que se presentan las pruebas científicas; en primer lugar, es señalar qué se entiende por científico en el ordenamiento jurídico en que pretenden demostrar un hecho; en segundo lugar, qué verdad pretenden demostrar, ya que la ciencia comprueba una hipótesis sobre un determinado fenómeno, a través de un método; pero lo que es certeza para la ciencia, puede no ser jurídicamente relevante o viceversa. Por lo tanto, el problema para el juez radica en cómo determinar que la prueba científica pueda demostrar un hecho como verdadero dentro del proceso (Taruffo, 2005, pp. 1288-1295). Por otro lado, la importancia del testimonio del perito y que éste pueda ser contradicho por las partes y ser objeto de las preguntas que el juez realice constituyen elementos fundamentales para la valoración racional de la prueba.

A pesar del énfasis en el carácter testimonial de la prueba pericial que versa sobre un asunto científico, sobre todo por la necesidad de la contradicción para la valoración, parte de la doctrina otorga cierta autonomía a la prueba científica respecto de la pericial. Gozaíni (2012) señala que

Una prueba es científica cuando el procedimiento de obtención exige una experiencia particular en el abordaje que permite obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva. El método o sistema aplicado trabaja sobre presupuestos a comprobar, y el análisis sobre la cosa o personas, puede ser racional o falible o exacto y verificable. (p. 169)

La prueba científica versa sobre un dato, su validez no la otorgan las máximas de la experiencia sino la rigurosidad del método con la que fue obtenida (Gascón Abellán, 2010, p. 83). En todo caso, quienes son partidarios de esta diferenciación coinciden en que las pruebas científicas no siempre conllevan certeza e infalibilidad, basta tomar en cuenta aquellas de carácter estadístico o los informes psicológicos o antropológicos; en los que, sin dejar de

lado la rigurosidad del método, los resultados pueden ser meras aproximaciones (Peyrano, 2007, p. 112).

Respecto a la admisión de la prueba científica el juez tendría plena discrecionalidad siendo necesario distinguir entre aquellos exámenes que demuestran un alto grado de certeza y proporcionan un dato; respecto de resultados aun en debate o experimentales. El juez, sin embargo, aceptada la prueba científica, deberá ejercer un control sobre su producción y práctica; así como, valorarla en la medida de su aporte a la comprobación de la hipótesis fáctica (Gozáini, 2012, p. 171). El perito debe ser capaz de explicar la información que arroja el resultado, interpretar los datos y que todo ello suceda mediante la comparecencia en audiencia y sometido al interrogatorio y contrainterrogatorio (Gascón Abellán, 2010, p. 97; Beecher-Monas, 2007, pp. 45-53). La falsa sensación de certeza absoluta que brinda la prueba científica es justamente uno de sus mayores problemas; si bien, en la prueba pericial, se presentaba una opinión ilustrada; en la prueba científica, se presenta un dato, de alta certeza, pero a la final un dato en el espectro de la motivación judicial (Taruffo, 2005, pp. 1296-1297).

En definitiva, compartimos con Vázquez-Rojas (2015, pp. 147-148) que el criterio de científicidad como fiabilidad no es compatible con el ejercicio de la admisibilidad de la prueba desde la racionalidad; en especial si se tiene en cuenta que en materia de responsabilidad médica el juzgador que atiende la etapa de admisibilidad es el que valora la prueba y motiva la decisión, para lo cual parece razonable examinar que la prueba pericial se fundamente en un marco teórico confiable y aceptado por la comunidad científica a la que pertenece; así como, que exista una amplia explicación sobre la metodología utilizada y cómo se obtienen los resultados y el rango de error (Duce Julio, 2020, pp. 79-86). El juez se convierte en el guardián de garantizar que su trabajo de valoración y motivación se asentará en prueba de calidad epistémica asentada en teoría corroborada, datos confiables y una explicación pormenorizada del método para la obtención de los resultados que le acercan al conocimiento de los hechos (Beecher-Monas, 2007, p. 232).

Respecto a la responsabilidad del médico, como se ha señalado anteriormente, en el proceso civil que rige la materia no parece ser deseable que la exclusión de la prueba sea la regla; sin embargo, Larroucau Torres (2014, pp. 60-61) señala la posibilidad de algunas fórmulas como regulación específica de criterios de exclusión como son las excepciones a la confidencialidad médica, la inadmisibilidad de aquella prueba que pueda generar falsos positivos o la inmunidad del perito que evitaría exclusiones de prueba con errores graves de diagnóstico o tratamiento.

Coloma Correa (2017, p. 41), por su parte, distingue la admisibilidad del medio de prueba como un criterio distinto a la relevancia y a la fiabilidad, por cuanto el primero respondería a un razonamiento dogmático y no epistémico; por lo tanto, los medios de prueba que se admiten deben estar legalmente previstos.

Además de los criterios enunciados otro elemento propio de evaluación en la etapa de admisibilidad es el de la carga de la prueba, cuya función primordial es la determinación de quién debe aportar elementos probatorios sobre qué hechos, bajo la carga de empeorar su posición al no hacerlo. Se verificará si este dispositivo y las variaciones relacionadas con su inversión o la carga probatoria dinámica aportan a la búsqueda de prueba con mejor calidad epistémica para esclarecer los hechos.

4.1.4. La carga de la prueba y su relativa pérdida de utilidad

La noción de carga de la prueba ha tenido amplia discusión doctrinaria y jurisprudencial en Chile a partir del contenido del Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3 y art. 1698), por cuanto ambas normas establecen reglas aparentemente contradictorias. La primera norma se refiere a la obligación del deudor de probar la diligencia frente al incumplimiento de una obligación contractual, una vez que el mismo ha sido acreditado por el acreedor; en materia de responsabilidad médica, obligaría al tratante a probar el cumplimiento de su deber de cuidado o el caso fortuito, una vez que el paciente ha probado el incumplimiento, al ser este último quien debía prestar la diligencia debida. El artículo 1698, por su parte, contiene la regla general de que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, por lo cual el paciente debe probar la culpa en el actuar del galeno.

Para parte de la doctrina, la regla del Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3) opera sin problema en los casos de obligaciones de resultado; sin embargo, ofrece dificultades respecto de las obligaciones de medios como es la de un profesional médico; por cuanto, una vez que se ha acreditado el incumplimiento de la obligación por el paciente y el tratante ha presentado cuales han sido sus actos de ejecución, recae nuevamente en el paciente la prueba de que los mismos fueron o no negligentes bajo el régimen de atribución de la culpa probada, como, de hecho, sucede en el régimen extracontractual (Barros Bourie, 2020, p. 706). Esta posición se comparte por quien señala que el Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3) no es aplicable a las obligaciones de medios ni tampoco su regla dogmática de distribución de la carga de la prueba de la culpa en responsabilidad médica (Cárdenas Villarreal, 2008, p. 47), y por quien afirma que esta norma contiene una presunción de culpa en el caso de que la obligación del médico sea de resultado, identificando en este caso el incumplimiento del deber de

información, la interpretación de exámenes simples; así como la asepsia y uso adecuado de instrumental médico, aunque para este último, la manera en que se transmite la información debe ser evaluada respecto del parámetro de conducta de un profesional medio en similares condiciones (Tapia Rodríguez, 2013).

En la jurisprudencia de la Corte Suprema referente a responsabilidad civil del médico existe creciente consolidación respecto al reconocimiento de la clasificación de las obligaciones en aquellas de medios y de resultados, señalándose que corresponde al tratante el cumplimiento general de obligaciones de medios, y que en este caso la prueba del incumplimiento, así como de la imputación de los hechos al actuar del profesional médico corresponde al actor o paciente.

En el fallo de Corte Suprema de Rol 7504-2008 no se concede el recurso de casación bajo el fundamento de modificar la regla de la prueba de la diligencia del Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3), por cuanto el actor no acreditó el incumplimiento de la obligación del tratante. En este fallo se señala que la carga de la prueba de la diligencia asignada al deudor, el tratante en este caso, por el Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3) no puede producirse, por cuanto no se ha probado el incumplimiento contractual. Se señala:

...aún habida consideración de la noción general que existe sobre el particular, esto es, que en materia contractual dicha culpa se presume; puesto que ninguna relevancia significará dar por acreditado el elemento subjetivo de la responsabilidad, si es que antes que ello, como sucede en el caso sub lite, no fue detectada por los sentenciadores la inobservancia de un deber contractual por parte del demandado y que este comportamiento por acción u omisión "haya producido el perjuicio invocado por la actora". (Gallardo Plaza, Kitti del Carmen contra López Pérez, Néstor, 2010, cons. 8)

En el fallo de Corte Suprema Rol N° 32306-2014 de 07 de octubre de 2015 se señala en el razonamiento de la Corte que el tema central para determinar la responsabilidad de las demandadas es verificar si las afirmaciones del actor, respecto a la mala ejecución, descuido y negligencia respecto del procedimiento médico en cuestión pueden ser acreditados; para lo cual se verifica el informe pericial disponible y la prueba pericial presentada, justamente por las demandadas como prueba de su diligencia, especialmente respecto a la definición del riesgo materializado como inherente, inevitable y debidamente informado (*Patricio Véjar Araya con Fundación Médica San Cristóbal y otra*, 2015, cons. 3). En este caso se presenta prueba de la diligencia, a pesar de que el actor no lo hace de manera adecuada respecto de sus aseveraciones. En la sentencia de Corte Suprema de Rol 10438-2013 de 17 de julio de 2014, ésta se remite al artículo 1698 para explicar las reglas de la carga de la prueba, señalando que, corresponde al actor probar sus afirmaciones o hechos constitutivos, mientras

que, al demandado, los hechos impeditivos y extintivos que constituyen su defensa (*Rolando Unda Muñoz y otra con Clínica del Maule S.A. y otro*, 2014, cons. 14 y 15).

Un reconocimiento expreso de la clasificación de las obligaciones en aquellas de medios y de resultados se produce en el fallo de Corte Suprema Rol N° 5883-2012 de 5 de junio de 2013, señalando además una referencia a aquellas que pueden considerarse de resultado como la interpretación de exámenes simples, la información y aquella referida a materiales (*Lucy Treizman Sacks y otros con Erazo Reyes Rodrigo y otra*, 2013, cons. 4). En el fallo de la Corte Suprema Rol N° 4904-2012 de 29 de enero de 2013 se reconoce también la clasificación (*Reyes Pinto, Hernán con Pontificia Universidad Católica de Chile y otro*, 2013, cons. 12). En este mismo fallo se valora la consignación del deber de información en la ficha clínica como prueba fundamental de la diligencia que, juntamente con la falta de antecedentes adicionales presentados por el actor respecto al incumplimiento, influyeron en la decisión de la Corte.

Otros fallos que se han referido a la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultados, señalándose que en las primeras es el actor el llamado a probar sus pretensiones para establecer la culpa contractual, consolidando la identificación entre el accionar del tratante con las obligaciones de medios. Sin embargo, esto no ha implicado, necesariamente, que la prueba de la diligencia presentada por el médico se considere como central para excluir la responsabilidad; por lo que, el Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3) no se ve afectado respecto de su intención expresa de establecer la carga de la prueba de la diligencia a quien debió emplearla (*Cecilia Salgado Baza con Nelson Vidal Carvajal*, 2015, cons. 3). En la práctica, ambas partes aportan la prueba que creen conveniente y que el juez deberá valorar racionalmente, acercándose hacia la idea de carga de la prueba compartida.

Con mayor claridad, el fallo de la Corte Suprema Rol N° 95139-2017 acoge la clasificación que se ha estudiado señalando su fuente doctrinaria y establece expresamente que el quehacer del médico está ligado a las obligaciones de medios, por lo que la prueba correspondería al actor; sin embargo, se señala también que la prueba presentada por el tratante fue, justamente, la que permitió a la Corte concluir que no se incumplió un deber contractual ni la *lex artis* (*Ricardo Vega Vergara con Clínica San Antonio y otro*, 2017, cons. 3 y ss). Similar reconocimiento de las obligaciones de medios del médico se pueden observar en los fallos de Corte Suprema Rol 3385-2018 de 12 de junio de 2018 (*Jacqueline González Cantillana y otros con Sociedad Clínica del Maule y otro*, 2018, cons. 9).

En contraste a la anterior posición, para Pizarro Wilson (2017, pp. 81-82), en un debate relativo a la carga de la prueba, excluir al profesional médico de soportar la prueba de la dili-

gencia de su actuar y rechazar toda noción de presunción de culpa a partir del Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3) no aporta a la aplicación de dicha norma; para este autor, tampoco es útil considerar que la norma señalada establece un régimen de presunción de culpa en el caso de las obligaciones de resultado no aplicable a las de medios como las del profesional médico, la norma simplemente atribuye la prueba de la diligencia al deudor, de manera expresa. Por su parte, Peñailillo Arévalo (2003, p. 342) afirma también que el peso de la prueba asumido por el deudor es el mismo tanto en el caso de obligaciones de medios como de resultados; sin embargo, en la primera el contenido se refiere a la diligencia debida o el caso fortuito; mientras que en el segundo al cumplimiento del resultado. Cabe señalar que esta posición ha sido la tradicional en la doctrina nacional que ha rechazado la adopción de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, por cuanto se ha entendido que hay expresa referencia en el ordenamiento jurídico chileno a que la prueba de la diligencia corresponde a quien debe emplearla, es decir, al deudor (Alessandri, 2005, p. 58). Lo señalado no se contradice con el esquema general del *onus probandi* referente a la necesidad en que se encuentra quien afirma un hecho o reclama un derecho de probar su existencia que, en palabras de Alessandri Rodríguez et al. (1998, pp. 420-421), es coherente en la medida de que es el actor el que pretende introducir un cambio en la situación, mientras que el demandado conserva su ventaja, al punto de que ante su negativa de los hechos no está llamado a presentar prueba alguna; especialmente si se toma en cuenta la noción moderna de carga de la prueba expuesta por el mismo autor que señala que el demandado está llamado a probar los hechos impeditivos, extintivos o modificativos capaces de justificar el rechazo de la demanda del actor.

Ejemplos de la posición señalada se puede observar en algunos fallos recientes. La Corte Suprema en el fallo de Rol 11078-2014 de 17 de junio de 2015 inicia su análisis a partir de las alegaciones de la actora respecto a la falta de prueba de la diligencia del demandado respecto al deber de informar riesgos inherentes respecto de una técnica nueva de intervención quirúrgica ocular, a pesar de lo cual, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó el fallo de primera instancia y rechazó la demanda indemnizatoria. En el fallo se razona que, al versar el caso respecto de una obligación contractual, por el Código Civil (2000, art. 1698, inc. 1), corresponde al actor probar la existencia del contrato como fuente de la misma y el haber cumplido con sus obligaciones, lo cual no es controvertido; por lo que se traslada la carga de la prueba al demandado respecto de la extinción de la obligación, según lo previsto en el artículo 1567 de dicha norma. Por otro lado, la Corte señala que el fallo recurrido no incurre en inversión de la carga de la prueba de la diligencia al conservarla siempre en el deudor que logró demostrar que la aplicó en sus actuaciones. En efecto en el fallo se señala:

Que la conclusión anterior también permite desestimar el arbitrio en cuanto sugiere que el demandado no habría cumplido las obligaciones emanadas del contrato de la especie, pues en tanto se haya afirmado que el deudor satisfizo sus deberes con la diligencia debida, no resulta posible sostener que es contractualmente responsable por el estado de salud que presenta la actora. (*Alejandra Sánchez Jiménez con Santiago Ibáñez Langlois*, 2015, cons. 8.)

Otro fallo reciente asigna la carga de la prueba de la diligencia al tratante. Señala que incurre en responsabilidad por no acreditar que cumplió sus obligaciones de acuerdo a la *lex artis*, en un contexto de cirugía estética (*Evelyn Araya Castro con Nelson Vidal Carvajal*, 2016, cons. 4). En el fallo de Rol 21373-2015 de 10 de marzo de 2016 se señala que

...en este sentido, en atención al desastroso resultado presentado, el que no se condice con la complejidad y riesgos que la práctica presentaba a priori, era dable presumir la existencia de culpa y la relación causal entre la actuación del médico y el daño sufrido por la paciente, correspondiéndole a este último desvirtuar dicha presunción, carga que claramente no satisfizo. (*Katherine Gajardo Orellana con Patricio Stevens Moya*, 2016, cons. 8)¹

Por lo que, a pesar de reconocerse que la generalidad de las obligaciones del médico son de medios, al verificarse un resultado altamente lesivo, que no corresponde a la *lex artis*, debe el tratante probar su diligencia o justificar dicha actuación. Similar posición se encuentra en el voto salvado del ministro Sergio Muñoz que en el fallo de Rol N° 65398-2016 de 27 de abril de 2017, en el que señala que

...en concepto de este disidente, los sentenciadores de segundo grado infringen el artículo 1547 del Código Civil, en relación al artículo 1698 del mismo cuerpo legal, al invertir la carga de la prueba, en tanto se establece en el fallo impugnado que la negligencia del demandado debía ser acreditada por la demandante, en circunstancias que, al haber ella optado por el régimen contractual... (*Daisa Olivares Monardez y otro con Hospital Clínico de la Fuerza Aérea de Chile*, 2017, cons. 6 voto salvado)

En la misma línea se sitúa el fallo de Rol N° 38151-2016 de 25 de abril de 2017 al señalar respecto de la presunción de la carga de la prueba en materia contractual señalando que "...al acreedor le basta acreditar la existencia de la obligación contractual y afirmar el incumplimiento para colocar al deudor en situación de aportar la prueba de la ejecución completa y suficiente bajo amenaza de ser declarado responsable". (*Eulalia Campos Jiménez con Servicio de Salud del Maule*, 2017, cons 12). Se señala en este fallo, siguiendo a la doctrina de Peñailillo Arévalo, que la carga de la prueba de la diligencia en el deudor se fundamenta la del cumplimiento de la obligación. Finalmente, el fallo de Rol N° 29094-2019 de 01 de junio de

¹ En el considerando 10 de este fallo se desestima además el alegato del tratante demandado respecto a la correspondencia de la carga de la prueba en el actor fundamentada en la aplicación de las reglas del mandato en el contrato médico. La Corte señala que la figura no es aplicable en su totalidad, por lo que se rechaza el argumento del demandado.

2020, el voto en contra del magistrado Muñoz se remite, una vez más, a la diferencia respecto a la carga de la prueba entre la responsabilidad contractual y extracontractual (*Yazmin Franzinetti Cabrera con Hospital Clínico de la Fuerza Aérea*, 2020, voto en contra).

La jurisprudencia ha constatado la diferencia de opiniones señalada pero ha conservado la discusión dentro del ámbito de la carga de la prueba de la diligencia, para lo cual los jueces han recurrido a la prueba pericial como fuente principal para fundamentar si las actuaciones del médico se han regido por la normativa y protocolos aplicables; así como, por la *lex artis*, así se puede apreciar en el fallo Corte Suprema, 19 de enero de 2015, Rol 7215-2014, en el que se señala después de un amplio contraste doctrinario que

...corresponde a los demandantes probar que el paciente no habría sufrido el daño si el personal médico hubiese actuado con diligencia; a la inversa, corresponderá al médico la prueba de que el daño de igual modo se habría producido en la hipótesis de haber actuado de acuerdo a la *lex artis ad hoc*. (*Vidal Heusler Jaime Patricio y otros con Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 2015, cons. 17)

En voto en contra de este fallo se señala además que la prueba de la diligencia incluye la de determinar que la actuación está inmersa en el estándar del médico diligente debiéndose señalar expresamente el cumplimiento de la *lex artis* y la normativa aplicable. Respecto a culpa organizacional la prueba pericial cobra nuevamente relevancia para la determinación de la diligencia como se puede verificar en Corte Suprema de Chile, 18 de diciembre de 2018, Rol 14229-2017, Angelina Pereira Castro con Clínica Santa María S.A. y otro (2018, cons. 11). El régimen de culpa probada en el ámbito de la responsabilidad médica se ha ratificado en fallo, *Saavedra con Hospital de Curicó* (2020, cons. 4 y 6). La doctrina se ha referido a la posibilidad del juez de distribuir cargas probatorias en virtud de la derrotabilidad del contenido del artículo 1698 del Código Civil (Bravo-Hurtado, 2013, p. 39).

Los fallos se han referido también a la infracción de las reglas probatorias como objeto de recurso de casación, lo que contrasta con la ponderación de las pruebas o asignación de su peso específico en la valoración, lo cual corresponde exclusivamente al juez, sobre este tema puede verificarse en *Fernando Serce Medina y otra con Servicio de Salud de O'Higgins y otros* (2017, cons. 15) que la falta de consideración de una prueba pertinente, en este caso que acredita el cumplimiento del deber de información, puede ser evaluada en sede casacional, sin que esto altere la carga de la prueba asignada al galeno respecto a su diligencia.

En la doctrina comparada se ha señalado que la carga de la prueba es una institución que no se muestra compatible con el sistema de libertad de prueba y su valoración racional; la finalidad de procurar que las mejores pruebas sean tomadas en cuenta para la resolución

tampoco la justifica, por cuanto se llega al mismo resultado cuando se prueban los hechos relacionados al derecho reclamado o las excepciones presentadas según el derecho sustantivo (Taruffo, 2019, pp. 19-20).

La doctrina nacional se ha aproximado también al concepto de facilidad probatoria o carga dinámica de la prueba, como un dispositivo que hace soportar al médico o centro hospitalario el aporte de la prueba sobre la cual tiene control o custodia como parte de la buena fe procesal y a una deferencia en el proceso por la parte más débil, que correspondería al paciente (Bordalí Salamanca, 2016, p. 181).

En efecto, se realizaría si una de las partes tiene el control sobre determinados medios de prueba, sin los cuales, la otra quedaría en indefensión; sin embargo, esto tampoco implica que la parte débil del proceso exponga en juicio la asimetría y solicite la presentación de las pruebas que reposan en su contraparte; la clave de la facilidad probatoria correctamente aplicada es una actividad de las partes en la búsqueda de la prueba donde esté disponible (Palomo Vélez, 2013, pp. 459-464).

Esta última posición se ha profundizado en la doctrina comparada; de tal forma que, si se traslada el razonamiento a lo señalado sobre las discusiones referentes a la carga de la prueba establecidas en el Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3), de no existir estas reglas, el paciente igualmente tendría que probar el incumplimiento, es decir, la inconformidad de la actuación médica a la *lex artis* y la normativa aplicable; mientras que el profesional de la salud concentraría sus esfuerzos en probar su diligencia, lo que hace inútil la institución de la carga de la prueba como medio de búsqueda de la verdad, por cuanto no importa saber quién debe presentar tal o cual prueba, sino que la misma aporte epistémicamente sobre los hechos (Nieva Fenoll. 2019, pp. 35-43)².

La doctrina comparada ha propuesto otros mecanismos más idóneos para lograr la práctica de la prueba relevante como sería una figura similar al *discovery* en el proceso del derecho anglosajón, el ejercicio de los poderes probatorios del juez, el establecimiento de deberes de aportación de prueba o inclusive imposición de sanciones, como sucedería en el caso en que la organización hospitalaria o el médico no faciliten los elementos probatorios

² Este autor señala que la carga de la prueba no es compatible con un sistema de prueba libre y corresponde más bien al de prueba tasada. Desde la libertad probatoria se verifica la noción de déficit o insuficiencia probatoria que afectará al interesado en la consecuencia jurídica del hecho no probado. El déficit probatorio, según señala el autor, era resuelto mediante la ordalía en tiempos anteriores a la noción de carga de la prueba y permanece como una presunción mal construida de la que se deriva la inferencia de que quien no puede probar un hecho alega algo falso, situación que aleja al proceso de una solución justa y de la verdad.

relevantes que tengan en su poder y permitan verificar que no hubo la diligencia debida (Taruffo, 2019, p. 21; Ferrer Beltrán, 2019, pp. 79-84). En esta misma línea se ha señalado que es posible un proceso sin carga de la prueba cuyas consecuencias prácticas serían evitar el prejuizamiento en la fase de admisión por no disponerse de la misma, lesionándose el derecho a la defensa, por cuanto nada impide que la parte que aparentemente carece de prueba pueda beneficiarse de las inferencias que permitan la práctica de la prueba propuesta por su contraparte o aquella ordenada por el juez (Nieva Fenoll, 2019, pp. 43-45). Esta última afirmación es plenamente aplicable a la prueba pericial y con especial intensidad en casos de responsabilidad médica; por cuanto, el aporte de la misma respecto de la comprensión de los hechos puede llegar a ser independiente de los intereses de la parte que la propone, o aclarar la hipótesis fáctica mejor soportada si es ordenada por el juez. Finalmente, el mismo problema se identifica en la inversión de la carga de la prueba, en cuyo caso la inferencia sería que quien no aporta prueba la oculta por ser adverso a sus pretensiones por lo que se releva de prueba a una parte para que la otra se encargue de soportar la prueba de los hechos que le respaldan, situación que de todos modos sucede en el sistema de libre valoración; estas consecuencias son aplicables incluso a las cargas probatorias dinámicas (Nieva Fenoll, 2019, p. 48; Giannini, 2019, pp. 110-112)³, por cuanto desde la perspectiva de una libre valoración de la prueba desde la búsqueda de su aporte para el esclarecimiento de los hechos no es relevante quién aporta la prueba sino su valor epistémico (Taruffo, 2012, pp. 33-36).

5. El derecho a la prueba como límite

El derecho a la prueba aparece como parte del derecho a la defensa y consiste en que las partes pueden usar cualquier medio para demostrar que han ocurrido o no los hechos que han producido consecuencias jurídicas cuyo ejercicio está ligado a la noción racional de la prueba que se ha venido desarrollando en el presente trabajo (Ferrer Beltrán, 2007, p. 54).

Los elementos que conforman el derecho a la prueba se relacionan con las fases de la misma; en lo que se refiere a la admisibilidad, las partes tienen derecho a utilizar todas las

³ Este último autor, señala que la concepción de la carga de la prueba en su acepción subjetiva está ligada a los intereses probatorios de las partes y la clásica ligada a la necesidad de satisfacer el estándar de la prueba por las partes y aclarar la incertidumbre de los hechos ligados al derecho reclamado o defensa presentada. Lo anterior se diferencia de la carga de producir prueba ligada al deber de cooperación. Por lo señalado el autor concluye que la carga probatoria dinámica no debe ser usada como un mecanismo para asignar el peso de la incertidumbre a quien está mejor posicionado para producir la prueba que se requiere, aunque es razonable sancionar con una presunción contraria a quien estando en la posibilidad de aportar prueba para alcanzar el estándar que se necesita para probar el hecho, no lo hace teniendo la oportunidad de hacerlo.

pruebas de las que se dispone para demostrar la verdad de los hechos en que se funda la pretensión, el cual está limitado por la admisibilidad de aquellas pruebas que aporten a la corroboración de las hipótesis. Este derecho aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978, art. 8, no.1) al señalarse que toda persona debe ser oída frente a cualquier acusación instaurada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones que se relaciona además con el artículo 19 numeral 3 inciso quinto de la Constitución y ha sido abordado por el Tribunal Constitucional como motivo de ilegitimidad del proceso, la ausencia o restricción de las garantías mínimas, entre las que se encuentran la presentación de pruebas y la posibilidad de su impugnación por la contraparte, con el fin de lograr el reconocimiento, restablecimiento o satisfacción de los derechos. (*Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Antonio Alfonso Ramos Vera respecto del artículo 1º de la Ley Nº 19.989, en los autos sobre recurso de protección interpuesto en contra de la Tesorería General de la República*, 2010). En el Código de Procedimiento Civil (1902) no hay una norma que se remita expresamente al derecho a la prueba, sin embargo, se pueden verificar aquellas que acarrearán la nulidad por la omisión de prácticas probatorias oportunas como en el artículo 795 numerales 5 y 6. El artículo 411 no. 1 insta al juez a verificar previo a la admisión de prueba pericial si ésta efectivamente servirá para determinar hechos que requieren conocimiento experto de ciencia, técnica o arte, para lo cual se deben aplicar los criterios de pertinencia, fiabilidad y admisibilidad del medio de prueba en sentido estricto.

Un segundo elemento del derecho a la prueba se refiere a que todas aquellas que hayan sido solicitadas y admitidas se practiquen; en tercer lugar, se encuentra la valoración racional de la prueba; y, finalmente la obligación de motivar las sentencias judiciales, lo cual deberá producirse no solo respecto a la interpretación de la norma aplicable sino también al razonamiento sobre los hechos probados (Ferrer Beltrán, 2007, pp. 54-59).

Sobre la fase que es objeto del presente estudio, la admisibilidad, el derecho a la prueba funciona como límite de los criterios de exclusión en el sentido de que estos últimos deben tener un fundamento para aplicarse, como es la posible vulneración de otros derechos fundamentales, como el caso de la exclusión de prueba ilícita o por razones epistémicas como se analizó previamente respecto a los criterios de relevancia y fiabilidad.

El derecho a la prueba, por lo tanto, al tener su fundamento en las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa permitiría a las partes impulsar una actividad probatoria respecto de la cual el juez tiene el deber de admitir aquellos medios de prueba propuestos que sean pertinentes, relevantes e idóneos para corroborar los hechos. Si entre estos medios se encuentra la prueba pericial, la misma tiene que ser potencialmente idónea para aportar

elementos acerca de los hechos que deben ser probados; por lo tanto, la inadmisibilidad de una prueba pericial por no cumplir con los requisitos de carácter epistémico o normativo no lesiona a este derecho (Hunter Ampuero, 2020, p. 290).

El planteamiento que proponemos, sin embargo, es el inverso, aunque con los mismos efectos. La admisibilidad de prueba pericial en materia de responsabilidad del médico debe tener un escrutinio exhaustivo respecto de su aporte epistémico y cumplimiento de los requisitos normativos; por cuanto, la apertura para la admisión de esta prueba es bastante amplia en la práctica judicial chilena en casos de responsabilidad médica y el ingreso de prueba pericial de mala calidad puede influir de manera determinante en la decisión; por lo que el derecho a la prueba se convierte en el límite a esta posición desconfiada respecto a la calidad del peritaje –aunque aplicado al proceso penal, un estudio empírico reciente evidencia que la prueba pericial en Chile tiene motivos para ser evaluada bajo la desconfianza sobre la calidad y requerir una verificación judicial que permita constatar que el método utilizado y los resultados obtenidos son confiables, especialmente de aquellas pruebas periciales de ciencias no duras como los estudios psicológicos (Duce Julio, 2018, pp. 60-69)–. Este mismo límite impediría también que surjan criterios no epistémicos para la exclusión de la prueba como los de economía procesal o los destinados a la inadmisión de prueba sobre abundante y superflua. Un ejemplo es la presentación como prueba de artículos científicos que den información general pero no se relacionen con los hechos y no haya comparecencia pericial en audiencia (*Margarita Ibarra Gutiérrez con Mauricio Silva Valdivia*, 2019, cons. 4 y 5). El mismo problema se produce respecto de la saturación por la presentación de peritajes de parte en caso de litigantes que puedan pagarlos con el fin de sobrepasar al juzgador con información que no aporta a la corroboración de hipótesis en el caso concreto. En materia de responsabilidad médica la jurisprudencia inglesa, a partir del *Bolam Test* establecido por el fallo *Bolam v Friern Hospital Management Committee* (1957) se entendió como probada la responsabilidad del médico si una corriente de profesionales médicos podía determinar si la actuación médica era acorde a la práctica y, por lo tanto, no constituía negligencia médica. Este estándar provocaría que las partes produzcan batallas de peritajes en los casos de responsabilidad médica, como afirmarían Brazier y Miola (2002, p. 85-86), en los que el perito médico se convertía en el encargado de establecer la responsabilidad; casos posteriores como *Bolitho v. City and Hackney Health Authority* (1997) en el que se señala que los jueces puede distanciarse de la opinión médica si ésta es contraria a la lógica; o *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital and others respondents* (1985) en el que se establece como parte del deber de información los riesgos graves que puedan derivarse de una intervención médica; en todo caso el juez adquiere progresivamente un

papel más importante respecto de la decisión sobre responsabilidad médica. Por lo señalado se ha establecido que el litigio conducido por el cientificismo conducía a un mercado de testigos expertos; razón por lo que el razonamiento probatorio de la prueba pericial y la determinación de su calidad en el aporte a la determinación de los hechos era necesario (Haack, 2014, pp. 180-207).

En el proceso civil en el que se ventilan casos de responsabilidad médica, no existe una etapa específica de admisibilidad como sucede en la audiencia de preparación de juicio oral del proceso penal; a decir de la doctrina, habría una confusión entre la etapa de valoración y admisibilidad, por cuanto el peso probatorio y la verificación de pertinencia y fiabilidad de los medios probatorios se producen al momento de la motivación de la sentencia, razón por la cual concordamos con Hunter Ampuero (2020, p. 301) que este fenómeno ha provocado que los procesos civiles tengan un abultado y caótico acervo probatorio que afecta a la eficacia del juzgador.

Lo anterior nos permite corroborar que, partir de un escrutinio de mayor intensidad de la prueba pericial manteniendo como límite el derecho a la prueba es una recomendación que permitiría la llegada de prueba pericial de mayor calidad a las fases de valoración y decisión, evitando que el juez se vea inmerso en un complejo panorama de sobreabundancia de pericias poco fiables y no pertinentes que sobrepase su capacidad para cumplir con la obligatoria valoración de todos los medios que requiere la norma.

Conclusiones

1. La prueba pericial aparece en la jurisprudencia y doctrina chilena sobre responsabilidad civil del médico como un medio esencial para probar la culpa del profesional, por cuanto la opinión experta esclarece los hechos que permiten determinar si la conducta se adecua a la requerida por la *lex artis ad hoc*, la normativa y protocolos aplicables; a su vez, este mismo medio brinda al juez una mejor comprensión de los hechos que permiten determinar si existe nexo causal entre dicha conducta y el daño, lo que, por su dificultad probatoria y requerimiento de una clara configuración de este nexo, suele ser el criterio más común de exclusión de la responsabilidad civil del médico.
2. La importancia del criterio experto en la prueba de los elementos de la responsabilidad civil antes señalados provoca que la admisibilidad de ésta no tenga los filtros adecuados conformándose una tendencia a que ingrese al acervo probatorio prueba pericial de baja calidad o que no cumpla los criterios de pertinencia, necesidad y fiabilidad, lo que pro-

voca el fenómeno de la sustitución de la valoración judicial por el criterio experto y la no consideración de su relevancia en el conjunto.

3. La prueba pericial desde la perspectiva de la valoración racional requiere que se verifique la imparcialidad epistémica y disposicional del experto que emite la opinión; por otro lado, para ser admitida asegurando su calidad, no solo debe ser pertinente en aplicación de un razonamiento lógico que la vincule con las hipótesis fácticas que se pretenden comprobar; además debe ser necesaria para que el juez adquiera más y mejores conocimientos respecto de los hechos.
4. El criterio de admisibilidad basado en la fiabilidad debe concentrarse en la verificación de los datos, consolidación de la teoría que la soporta, explicación detallada de la metodología por la que se llegaron a los resultados y el soporte de ésta en una comunidad científica que la avale; adicionalmente, debe ser sujeta a la contradicción mediante el rendimiento del informe en audiencia, teniendo en cuenta que científicidad no necesariamente coincide con fiabilidad; por lo que la prueba pericial de carácter científico debe ser admitida en consideración de su aporte de carácter epistémico dentro del conjunto o acervo probatorio sobre el que se pretende valorar y decidir por una determinada hipótesis.
5. La carga de la prueba como figura que regula qué parte tiene el peso de probar determinados hechos para alcanzar el estándar probatorio, en materia de responsabilidad médica en Chile, se traduce en la discusión de las reglas de aplicación del Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3 y art. 1698), misma que ha encontrado dos posiciones doctrinarias. En primer lugar, la que defiende que la prueba de la culpa corresponderá al paciente en todo caso, por no operar el establecimiento de la carga de la prueba de la diligencia al tratante al ser su obligación de medios; y por otra parte, aquella que señala la asignación normativa de la prueba de la diligencia en el profesional de salud por lo que no es necesario hacer distinciones para las obligaciones de medios.

La jurisprudencia se ha inclinado por la primera posición adhiriéndose al régimen de culpa probada; mientras que la doctrina comparada se ha inclinado, de alguna manera, hacia la segunda, denunciando la poca utilidad del criterio de carga de la prueba para lograr que se produzca la adquisición procesal de mejor prueba, crítica que también se señala para la inversión de la carga de la prueba e inclusive para las cargas probatorias dinámicas; por cuanto, en un sistema de libre valoración de la prueba, lo fundamental es que sea admitida al proceso la prueba con mayor aporte epistémico, sin importar quien la produce. Para los casos en que una de las partes se encuentre en mejor posición probatoria y no presente prueba con relevancia epistémica para alcanzar el estándar proba-

torio respecto de alguna de las hipótesis fácticas, a pesar de poder hacerlo, se prevén soluciones ligadas a los poderes probatorios del juez o establecimiento de deberes probatorios con aplicación de sanciones. Por lo señalado consideramos razonable la posición que señala que no hay diferencia en la aplicación del Código Civil (2000, art. 1547, inc. 3) en responsabilidad médica contractual o extracontractual, sin que este razonamiento tenga que relacionarse con la carga de la prueba; sino con la del requerimiento de que en un sistema de libre valoración racional de la prueba, las partes deben aportar la prueba que permita esclarecer los hechos y alcanzar el estándar probatorio respecto de una de las hipótesis fácticas, por lo que actuar de manera contraria, iría en contra de la buena fe procesal y debe ser corregida por consecuencias expresas establecidas en la norma o como parte de los poderes probatorios del juez.

6. Los requisitos de una admisibilidad y valoración racional de la prueba pericial operan plenamente en los casos de responsabilidad médica, por lo que en un contexto de excesiva confianza hacia la introducción de la opinión experta en el acervo probatorio y su carácter determinante para la decisión, como es el chileno, la consideración de una fase de admisibilidad caracterizada por un escrutinio intenso del aporte epistémico y calidad de dicha prueba es razonable, sin que ello vaya en detrimento del ejercicio del derecho a la prueba que se configura como límite a una exclusión irracional, ni de la valoración bajo la sana crítica que la norma procesal chilena prevé para esta prueba, teniendo en cuenta siempre su contraste y determinación del peso probatorio con el resto del conjunto de prueba admitida.

Reconocimientos

El autor es Becario de Doctorado Nacional CONICYT 2019-2022.

Referencias Bibliográficas

Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? *Revus*, (39), 85-102. <https://doi.org/10.4000/revus.5559>

Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Antonio Alfonso Ramos Vera respecto del artículo 1º de la Ley Nº 19.989, en los autos sobre recurso de protección interpuesto en contra de la Tesorería General de la República. Rol Nº 1411-09 (Tribunal Constitucional de Chile 07 de septiembre de 2010). <https://bit.ly/3PZXqrE>

- Aguirrezabal Grünstein, M. (2012). Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19(1), 335-351. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000100010>
- Alejandra Sánchez Jiménez con Santiago Ibáñez Langlois, Rol N° 11078-2014 (Corte Suprema de Chile 17 de junio de 2015). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/3404/2015
- Alessandri Rodríguez, A. (2005). De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno. *Jurídica de Chile*.
- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M., Vodanovic Haklicka, A. (1998). Tratado de Derecho Civil (7a ed., Vol. 1). *Jurídica de Chile*.
- Alfonso Fuentealba Durán con Servicio de Salud de Talcahuano, Rol N°21599-2017 (Corte Suprema de Chile 27 de febrero de 2018). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/943/2018
- Angelina Pereira Castro con Clínica Santa María S.A. y otro, Rol N° 14229-2017 (Corte Suprema de Chile 18 de diciembre de 2018). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/6994/2018
- Barcia Lehmann, R. (2014). Algunas críticas al derecho común y especialmente a la regulación de las incapacidades respecto del adulto mayor en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista chilena de derecho privado*, (23), 57-86. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200002>
- Barros Bourie, E. (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2a ed., Vol. 2). *Jurídica de Chile*.
- Beecher-Monas, E. (2007). *Evaluating scientific evidence: An interdisciplinary framework for intellectual due process*. Oxford University.
- Bolam v Friern Hospital Management Committee, [1957] 1 WLR 582 (High Court Queen's Bench Division 26 de febrero de 1957). <https://bit.ly/3br0oGy>
- Bolitho v. City and Hackney Health Authority, [1998] AC 232 (House of Lords 13 de noviembre de 1997). <https://bit.ly/3OY5TKw>
- Bordalí Salamanca, A. (2016). Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno: análisis en un contexto de facilidad probatoria. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 23(1), 173-198. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532016000100008>
- Bravo-Hurtado, P. (2013). Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile. *Revista chilena de derecho privado*, (2), 13-46. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200002>
- Brazier, M. y Miola, J. (2000). Bye Bye Bolam: a medical litigation revolution? *Medical law review*, 8(1), 85-114. <https://doi.org/10.1093/medlaw/8.1.85>
- Cárdenas Villarreal, H. y Moreno Molinet, J. (2011). *Responsabilidad Médica. Estándares Jurisprudenciales de la falta de servicio*. Thomson Reuters. <https://bit.ly/3SjsZhF>

- Cárdenas Villarreal, H. (2008). La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado. *Cuadernos de análisis jurídico*, (6), 45-85. <https://bit.ly/3Bw6XSV>
- Cecilia Salgado Baza con Nelson Vidal Carvajal, Rol N° 4160-2015 (Corte Suprema de Chile 15 de julio de 2015). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/4063/2015
- Cerna Gajardo Jorge con Universidad del Desarrollo, Rol N° 318-2013 (Corte de Apelaciones de Concepción 11 de febrero de 2015). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/779/2015
- Código Civil. Decreto con Fuerza Ley N° 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000. <https://bcn.cl/2f8ub>
- Código de Procedimiento Civil. Ley N° 1552. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de agosto de 1902. <http://bcn.cl/2f6oc>
- Coloma Correa, R. (2017). Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de derecho (Valdivia)*, 30(2), 31-56. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200002>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Organización de los Estados Americanos, San José, Costa Rica, 18 de julio de 1978. Recuperado de <https://bit.ly/3ogz53i>
- Damaška, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Jurídica de Chile.
- Daisa Olivares Monardez y otro con Hospital Clínico de la Fuerza Aérea de Chile, Rol N° 65398-2016 (Corte Suprema de Chile 27 de abril de 2017). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/2415/2017
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (The Supreme Court of the United States of America 28 de junio de 1993). <https://bit.ly/3Q1zwwN>
- Duce Julio, 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. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200223>
- Duce Julio, M. (2020). *La prueba pericial*. Didot.
- Eliana Alvarado Cavero con Hospital Clínico de Magallanes, Rol N° 35764-2017 (Corte Suprema de Chile 08 de marzo de 2018). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/1138/2018
- Eulalia Campos Jiménez con Servicio de Salud del Maule, Rol N° 38151-2016 (Corte Suprema de Chile 25 de abril de 2017). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/2438/2017
- Evelyn Araya Castro con Nelson Vidal Carvajal, Rol N° 7402-2016 (Corte Suprema de Chile 09 de junio de 2016). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/3808/2016

- Federal Court. (2020). Federal rules of evidence. 2021 edition. With internal cross-references. Michigan Legal. <https://bit.ly/3oWrcl2>
- Fernando Serce Medina y otra con Servicio de Salud de O'Higgins y otros, Rol N° 89635-2016 (Corte Suprema de Chile 29 de diciembre de 2017). <https://westlawchile.cl id: CL/JUR/8227/2017>
- Ferrer Beltrán, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia*, (47), 27-34. <https://bit.ly/3JwaDGk>
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2010). *La prueba y la decisión judicial*. Universidad de Medellín.
- Ferrer Beltrán, J. (2017a). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. *Revus*, (33), 107-126. <https://doi.org/10.4000/revus.4016>
- Ferrer Beltrán, J. (2017b). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana. *Revista jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9(18), 150-169. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2059>
- Ferrer Beltrán, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L.J. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (pp. 53-88) Marcial Pons.
- Finn, M. (2015). Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética. *Revista chilena de derecho privado*, (25), 55-75. <https://doi.org/h6x3>
- Galán Cortés, J. C. (2020). *Responsabilidad civil médica* (6a ed.). Thomson-Civitas.
- Gallardo Plaza, Kitti del Carmen contra López Pérez, Néstor, Rol N° 7504-2008 (Corte Suprema de Chile 11 de mayo de 2010). <https://westlawchile.cl id: CL/JUR/2604/2010>
- Gascón Abellán, M. (2007). Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (15). <https://bit.ly/2QYLWJN>
- Gascón Abellán, M. (2010). Prueba científica: mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 81-103. <https://doi.org/10.30827/acfs.v44i0.500>
- Gastón Alamos Cifuentes y otros con Corporación Iglesia Adventista del Séptimo, Rol N° 1433-2012 (Corte de Apelaciones de Concepción 12 de abril de 2013). <https://westlawchile.cl id: CL/JUR/784/2013>
- General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (The Supreme Court of the United States of America 15 de diciembre de 1997). <https://bit.ly/3OTUjyv>
- Giannini, L. J. (2019). Revisitando la doctrina de la "carga dinámica de la prueba". Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L.J. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (pp. 89-109). Marcial Pons.

- Gozaíni, O. A. (2012). La prueba científica no es prueba pericial. *Derecho & Sociedad*, (38), 169-175. <https://bit.ly/3zP7dem>
- Haack, S. (2014). *Evidence matters*. Cambridge University. <https://doi.org/h6zk>
- Héctor Letelier Vásquez con Servicio de Salud del Maule, Rol N° 16002-2016 (Corte Suprema de Chile 2 de agosto de 2016). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/5434/2016
- Hunter Ampuero, I. (2020). *Rol del juez. Prueba y proceso*. DER.
- Jacqueline González Cantillana y otros con Sociedad Clínica del Maule y otro, Rol N. 3385-2018 (Corte Suprema de Chile 12 de junio de 2018). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/2770/2018
- Jasna Cortes Villarroel con César Vera Medrano y otros, Rol N° 7113-2017 (Corte Suprema de Chile 11 de enero de 2018). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/209/2018
- Joaquín Pérez Pizarro y otro con Fisco de Chile, Rol N° 2239-2019 (Corte Suprema de Chile 25 de mayo de 2020). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/30904/2020
- Juan Sarabia Tolosa y otros con Servicio de Salud de Iquique y otros, Rol N° 9481-2016 (Corte Suprema de Chile 22 de septiembre de 2016). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/6614/2016
- Juan Vasseur Aguirre con Servicio de Salud, Rol N° 21448-2014 (Corte Suprema de Chile 23 de octubre de 2014). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/7774/2014
- Katherine Gajardo Orellana con Patricio Stevens Moya, Rol N° 21373-2015 (Corte Suprema de Chile 10 de marzo de 2016). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/1655/2016
- Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (The Supreme Court of the United States of America 23 de marzo de 1999). <https://bit.ly/3Q37DDG>
- Larroucau Torres, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil, *Revista chilena de derecho*, 39(3), 783-808. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>
- Larroucau Torres, J. (2014). ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(2), 43-79. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200003>
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa (Alicante. Internet)*, (28), 95-113. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.08>
- Lathrop Gómez, F. (2019). Discapacidad Intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(1), 117-137. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100117>
- Leal Labrín Jorge Arnaldo con Servicio de Salud Metropolitano, Rol N° 7108-2017 (Corte Suprema de Chile 24 de abril de 2019). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/2264/2019

- Lucy Treizman Sacks y otros con Erazo Reyes Rodrigo y otra, Rol N° 5883-2012 (Corte Suprema de Chile 05 de junio de 2013). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/1219/2013
- Margarita Ibarra Gutiérrez con Mauricio Silva Valdivia, Rol N° 11588-2018 (Corte Suprema de Chile 14 de noviembre de 2019). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/6532/2019
- María Toledo Altamirano con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota, Rol N° 20625-2018 (Corte Suprema de Chile 11 de noviembre de 2019). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/6485/2019
- Nieva Fenoll, J. (2019). La carga de la prueba. Una reliquia histórica que debiera ser abolida. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L.J. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (pp. 23-52). Marcial Pons.
- Ovalle Favela, J. (1974). Teoría general de la prueba. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (93/94), 273-302. <https://bit.ly/2HZy3Ek>
- Paillás Peña, E. (2004). *Responsabilidad médica* (5a ed.). Lexis Nexis.
- Palomo Vélez, D. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta? *Ius et Praxis*, 19(2), 447-466. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015>
- de Paula Ramos, V. (2019). *La prueba testifical: del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*. Marcial Pons.
- Patricio Véjar Araya con Fundación Médica San Cristóbal y otra, Rol N° 32306-2014 (Corte Suprema de Chile 07 de octubre de 2015). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/6012/2015
- Peñailillo Arévalo, D. (2003). *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Jurídica de Chile.
- Peyrano, J. W. (2007). Sobre la prueba científica. *Ius et Veritas*, (35), 108-113. <https://bit.ly/3Qg3USO>
- Pizarro Wilson, C. (2017). *La responsabilidad civil médica*. Thomson Reuters.
- Proyecto de Ley de nuevo Código Procesal Civil. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, 12 de marzo de 2012. <https://bit.ly/3zTK4rl>
- Reyes Pinto, Hernán con Pontificia Universidad Católica de Chile y otro, Rol N° 4904-2012 (Corte Suprema de Chile 29 de enero de 2013). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/221/2013
- Ricardo Vega Vergara con Clínica San Antonio y otro, Rol N° 95139-2016 (Corte Suprema de Chile 22 de junio de 2017). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/4067/2017
- Ríos Erazo, I. J. y Silva Goñi, R. P. (2014). *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Jurídica de Chile.

- Rolando Unda Muñoz y otra con Clínica del Maule S.A. y otro, Rol N° 10438-2013 (Corte Suprema de Chile de 17 de julio de 2014). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/4722/2014
- Ruiz con Servicio de Salud Magallanes, Rol N° 168-2019 (Corte de Apelaciones de Punta Arenas 09 de abril de 2020). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/22929/2020
- Saavedra con Hospital de Curicó, Rol N° 614-2019 (Corte de Apelaciones de Talca 10 de noviembre de 2020). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/129866/2020
- San Martín Neira, L. C. y Larroucau Torres, J. (2021). El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena. *Revista de derecho privado*, (40), 329-359. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.12>
- Santos Morón, M. J. (2018). La responsabilidad médica (en particular en la medicina voluntaria): una relectura desde el punto de vista contractual. *InDret*, (1), 1-57. <https://bit.ly/3zORUm3>
- Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital and others respondents, [1985] AC 871 (House of Lords 21 de febrero de 1985). <https://bit.ly/3Jvr0CL>
- Sociedad Inmobiliaria y Agrícola Cisternas e Hijos Ltda. con Fisco de Chile, Rol N° 3814-2013 (Corte Suprema de Chile 31 de julio de 2014). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/5044/2014
- Tapia Rodríguez, M. (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de derecho (Valdivia)*, 15(2), 75-111. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502003000200004>
- Tapia Rodríguez, M. (2012). Pérdida de una oportunidad: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?. En F. Elorriaga de Bonis (Coords.), *Estudios de Derecho Civil* (Vol 7). Legal Publishing.
- Taruffo, M. (2005). Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 38(114), 1285-1312. <https://bit.ly/3oNS3zE>
- Taruffo, M. (2006). El proceso civil de "civil law": aspectos fundamentales. *Ius et praxis*, 12(1), 69-94. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>
- Taruffo, M. (21 de junio de 2007). *Consideraciones sobre prueba y motivación* [Ponencia]. 9o Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España. <https://bit.ly/3QwZWpe>
- Taruffo, M. (2012). *Consideraciones sobre la prueba y la motivación de la sentencia civil*. Metropolitana.
- Taruffo, M. (2019). Casi una introducción. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L.J. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (pp. 11-22). Marcial Pons.
- Turner Saelzer, S. y Varas Braun, J. (2021). Adolescentes en Chile: propuesta de armonización de su condición de relativamente incapaces con el reconocimiento de su autonomía

Razonamiento probatorio sobre la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica

progresiva. *Revista de Derecho Privado (En línea)*, (40), 149-171.
<https://doi.org/10.18601/01234366.n40.06>

Twining, W. (2006). *Rethinking evidence* (2a ed.). Cambridge University.
<https://doi.org/bgkpnr>

Vázquez-Rojas, C. (2014). Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial.
Anuario de psicología jurídica, 24(1), 65-73. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2014.09.001>

Vázquez-Rojas, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.

Vázquez-Rojas, C. (2019). *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. Zela.

Vidal Heuiler Jaime Patricio y otros con Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Rol N° 7215-2014 (Corte Suprema de Chile 19 de enero de 2015).
<https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/2258/2015

Vidal Olivares, Á. (2018). *Responsabilidad civil médica*. DER.

Yazmin Franzinetti Cabrera con Hospital Clínico de la Fuerza Aérea, Rol N°29094-2019 (Corte Suprema 01 de junio de 2020). <https://westlawchile.cl> id: CL/JUR/164134/2020

Para citar este artículo bajo Norma APA 7a ed.

Calahorrano Latorre, E. R. (2022). Razonamiento probatorio sobre la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 29, e3944. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-3944>



Copyright del artículo: ©2022 Edison Calahorrano



Este es un documento de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.

Universidad Católica del Norte

MAGISTER EN DERECHO
Sube de nivel

ADMISIÓN 2022