



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

Coloma Correa, Rodrigo

¿REALMENTE IMPORTA LA SANA CRÍTICA?

Revista Chilena de Derecho, vol. 39, núm. 3, diciembre, 2012, pp. 753-781

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177026003007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# ¿REALMENTE IMPORTA LA SANA CRÍTICA?\*

## IT REALLY MATTER SOUND CRITICISM?

RODRIGO COLOMA CORREA\*\*

**RESUMEN:** Este texto propone una forma de comprender la sana crítica que permite sortear parte importante de los problemas de indeterminación asociados a dicha locución. Luego de analizar las funciones de los sistemas de valoración de la prueba y de revisar definiciones sugeridas en distintos textos respecto de la sana crítica, se plantea que lo que realmente *está en juego* es una cierta manera de distribuir responsabilidades por la elección de ciertas reglas de validación de ‘hechos’. En el caso de la sana crítica, dicha responsabilidad se hace recaer sobre quienes profesan disciplinas prestigiosas en la construcción de conocimientos o, en su defecto, en todos aquellos que pertenecen a la comunidad (la misma del juez) en la que se ha consolidado una cierta forma de comprensión común de *la realidad*. Al concebir la sana crítica de esta manera, en principio, se hace posible controlar las decisiones judiciales.

**Palabras clave:** Decisiones judiciales, inferencias, sana crítica, valoración de la prueba.

**ABSTRACT:** This paper proposes a way of understanding sound criticism that avoids an important part of the problems of vagueness associated to this expression. After analyzing the functions of the systems for weighing evidence and revising the definitions of sound criticism suggested in different texts, the conclusion is that what *really is at stake* it's a certain way of distributing responsibilities for choosing the rules to validate ‘facts’. In the case of sound criticism, that responsibility falls in those who practice a prestigious discipline in the construction of knowledge or in all those that belong to the community (the same community of the judge), that share a common comprehension of *reality*. When conceiving sound criticism in this way it turns possible, in principle, to control judicial decisions.

**Key words:** Judicial decisions, inferences, sound criticism, weighing evidence.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

### 1.1. ACERCA DE LA PRESUNTA IRRELEVANCIA DE LA SANA CRÍTICA

La sana crítica (en adelante también SC) ha experimentado una fuerte expansión en los últimos años<sup>2</sup>. Aquello puede ser sorprendente, ya que coetáneamente se sospecha que

\* Este trabajo corresponde a resultados del Proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT N° 1110409 “La construcción de *lo probado* en los procesos judiciales. Vaivenes entre la ciencia, la lógica, el sentido común y la íntima convicción del juzgador”.

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: rcoloma@uahurtado.cl. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid; Presidente de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

<sup>1</sup> Agradezco la paciente lectura y las agudas observaciones de Claudio Agüero S. y de Jorge Larroucau T. a versiones preliminares de este artículo. Asimismo, agradezco a Victoria Martínez P. la minuciosa revisión de este texto cuidando el cumplimiento de los requisitos exigidos para su publicación. Un borrador fue discutido en el Seminario 3 de la U. Alberto Hurtado. Los errores que perduran, huelga decirlo, son responsabilidad mía.

<sup>2</sup> La focalización en textos chilenos, no obsta a que lo que se dirá sea aplicable a otros países que también consideran la SC.

su *irrupción* en los sistemas jurídicos no ha sido suficiente como para provocar cambios significativos en las prácticas judiciales. Si esto fuera cierto, el impacto de la SC se reduciría a la mera sustitución de palabras *incómodas*, cuyo es el caso de «íntima convicción» o de «prueba tasada»<sup>3</sup>. Estaríamos siendo testigos, entonces, de que –al mejor estilo del *gatopardismo*– las palabras de la ley cambian *para que en los tribunales continúe haciéndose lo mismo que –desde hace rato– venía haciéndose*.

Reducir a una cuestión de palabras el impacto de los cambios en las formulaciones normativas no equivale a proclamar automáticamente su fracaso. A veces, las cuestiones de palabras (sin implicaciones normativas) pueden ser extremadamente importantes para nuestras vidas, incluso en una disciplina práctica como lo es el Derecho<sup>4</sup>. Hay, sin embargo, buenas razones para sostener que con la SC sí se ha pretendido generar modificaciones *efectivas* en la manera *en que se hacen las cosas*, lo que devendría en una experiencia frustrante que el impacto de aquella se estuviere viendo reducido a un puro *cambio de etiquetas*<sup>5</sup>.

## 1.2. RIESGOS DE LA CARGA EMOTIVA E INDETERMINACIÓN SEMÁNTICA DE LA SC

Afirmar que *las reglas* de la SC se han aplicado para tomar y justificar decisiones concretas, constituye, por regla general, un argumento persuasivo para desvanecer eventuales dudas sobre la calidad de las respectivas sentencias<sup>6</sup>. La SC dota de credenciales legitimadoras a los jueces que la invocan, pues a lo largo del tiempo se han ido *tendiendo puentes* entre ella y la racionalidad<sup>7</sup>. *A contrario sensu* suele sostenerse que la *íntima convicción* no es sino un reducto para la arbitrariedad y, a la vez, que la prueba tasada constituye una forma *casi brutal* de cerrar puertas a explicaciones *epistémicamente* justificadas<sup>8</sup>.

Lo expresado es problemático, sobre todo porque no se sabe bien qué implica que la prueba disponible deba ser valorada conforme a la SC<sup>9</sup>. La *comunidad de lectores de sentencias* no cuenta con herramientas para reclamar –con buenos argumentos– que lo que *se hace pasar* como aplicación de la SC, es inconsistente con virtudes predicables respecto de dicho sistema de valoración de la prueba. El asunto no es de fácil solución ya que los problemas de significado que afectan a la SC no pasan tanto por su errada *designación* (‘creemos saber lo que es la SC, aunque no encontramos las palabras adecuadas para expresarlo’)<sup>10</sup>, sino por

<sup>3</sup> Los problemas de demarcación del sistema de la SC se dan especialmente respecto de la íntima convicción, aunque en ocasiones, ocurren también con la prueba tasada. Cfr. BOVINO (2005) p. 83; y FUENTES (2011) pp. 119-145.

<sup>4</sup> Este es el caso de varias modificaciones legales y constitucionales introducidas en nuestro país que han borrado un lenguaje discriminatorio utilizado originariamente en algunas formulaciones normativas.

<sup>5</sup> Un problema similar ocurriría con la que se denuncia como una *lectura subjetivista* del estándar de prueba penal. ACCATINO (2009) p. 358.

<sup>6</sup> Sostener que la prueba se ha valorado conforme a la SC coloca al órgano de adjudicación en una mejor posición que si se dice que se ha fallado conforme a la íntima convicción o según la prueba tasada, aun cuando en la práctica se haya hecho exactamente lo mismo.

<sup>7</sup> Ver, entre otros, COUTURE (2002) p. 221.

<sup>8</sup> Una posición en contra puede verse en STEIN (1997) pp. 573-589.

<sup>9</sup> La invocación de la SC podría utilizarse como una técnica de persuasión. Ver ROSS (1994) pp. 304-305.

<sup>10</sup> En el acápite 3 se abordan los principales problemas de designación que afectan a la SC. La sola circunstancia de que en las sentencias exista una recurrente preocupación por definir la SC refleja inseguridades de los jueces respecto a si se han sometido o no a sus límites.

las serias dificultades para *denotar* formas concretas de valorar la prueba conforme a ella (‘no estamos seguros de cuáles prácticas judiciales serían consistentes con la SC’). En otras palabras, están dadas las condiciones para construir definiciones que susciten niveles suficientes de adhesión entre los especialistas, pero somos incapaces para identificar prácticas judiciales representativas de dicha forma de valorar la prueba.

### 1.3. UNA POSIBLE ESCAPATORIA AL REPARO DE LA INUTILIDAD NORMATIVA

El intento de depurar la SC por la vía de identificar y organizar sus distintos componentes (reglas) es una empresa que podría estar destinada al fracaso<sup>11</sup>. En lo que sigue, exploraré una estrategia diferente que parte de la premisa de que con la SC se busca *instalar* una cierta forma de distribuir responsabilidades por la elección de reglas que validan ‘hechos’ en un juicio.

Si se asume este enfoque, el problema de la SC (y de los restantes sistemas de valoración de la prueba) dejará de vincularse directamente con la determinación de la racionalidad (o *calidad epistémica*) de las reglas que se aplican para valorar la prueba (¿la evaluación ya la hizo el legislador!). La incidencia de la SC, de esta forma, *se traslada* hacia la determinación de la pertenencia de ciertas reglas de validación de los ‘hechos’ a sistemas de justificación desarrollados fuera de las fronteras de los ordenamientos jurídicos. Por cierto, esto no es obstáculo a la ocasional coincidencia de las soluciones impulsadas por distintos sistemas de valoración de la prueba, situación que no es en sí indeseable sobre todo asumiendo que más allá de problemas puntuales, quienes defienden la prueba tasada o la íntima convicción no son devotos de la *irracionalidad*, como peyorativamente se les suele presentar. Esta forma de comprender la SC es prometedora ya que hace posible formas de control sobre las decisiones *tomadas en su nombre* y, a la vez, permite establecer diferencias con lo que es exigible desde otros sistemas de valoración de la prueba.

## 2. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA O SOBRE ¿CÓMO PRODUCIR LOS ‘HECHOS’ REQUERIDOS PARA RESOLVER LOS CASOS QUE INGRESAN AL SISTEMA JUDICIAL?

### 2.1. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA COMO GUÍAS PARA CONSTRUIR INFERENCIAS Y FORTALECER LA INFORMACIÓN DISPONIBLE

En términos simples, puede decirse que en la fase probatoria de los procesos judiciales<sup>12</sup> lo que se busca es *producir* ‘hechos’, ‘explicaciones’ o ‘relatos’<sup>13</sup> que se *conecten* (o que

<sup>11</sup> En rigor se trata de una empresa que difícilmente se estaría dispuesto a emprender en términos globales. Si han existido, por ejemplo, sofisticados intentos de transferir formas de cálculo probabilístico (Teorema de Bayes) a la valoración de la prueba. Hasta la fecha, el nivel de impacto en la esfera judicial ha resultado escaso y su justificación problemática. El estado de la discusión y algunos de sus problemas puede verse en ALLEN y PARDO (2007) pp. 107 y ss.

<sup>12</sup> Para los efectos aquí señalados no identifico la fase probatoria con el término probatorio. Me refiero con ella a una serie de actuaciones en el contexto del proceso en orden a suministrar datos, ponerlos en duda, analizarlos, etcétera, hasta el momento en que los jueces *toman posición* en el texto de las sentencias.

<sup>13</sup> Aun cuando no son exactamente lo mismo, para los efectos que siguen se usarán indistintamente las expre-

bloqueen conexiones) con la condición de aplicación de una o más normas jurídicas candidatas a ser utilizadas en casos concretos. Al respecto se presentan dos grandes dificultades. La primera, tiene que ver con que la distancia que separa a la prueba (*factum probans*) de la ‘explicación’ que se espera probar (*factum probandum*), *prima facie*, puede ser cubierta de múltiples maneras. La segunda, apunta a que es incierta la fiabilidad que debe asignarse a las distintas piezas de información disponible<sup>14</sup>. En ese escenario de indeterminación, emergen los sistemas de valoración de la prueba *colonizando* estos espacios, aun cuando lo hagan de manera solo parcial. El estado previo a la instauración de un sistema de valoración de la prueba es representado en la siguiente figura 1.

### Prueba disponible

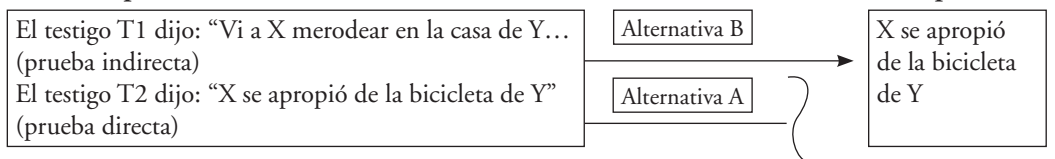


FIGURA 1

*Con la flecha de la alternativa A se representa la circunstancia de que la prueba disponible es suficiente como para llegar al estado de cosas del cual se da cuenta en los ‘hechos’. Con la línea interrumpida se representa que no es posible la conexión entre la prueba disponible y los hechos que se busca consolidar. Sin sistemas explícitos de valoración de la prueba no se dispone *prima facie* de criterios de preferencia entre ambas alternativas.*

Conforme a lo señalado, los sistemas de valoración de la prueba serían un ‘conjunto de reglas u orientaciones’<sup>15</sup> que sirven a los efectos de guiar la tarea de construir inferencias a partir de la prueba que es válidamente producida en un juicio, como también para asignar mayor o menor fuerza a esta última’. Desde esta perspectiva, la atención se pone tanto en el proceso mental de “inferir” –esto es, en el tránsito desde el set de datos disponibles (observados en el juicio) hasta la aceptación (o rechazo) de ‘explicaciones’ que alcanzarán el estatus de *probadas*– como en la adscripción de fiabilidad (o no) de la información<sup>16</sup>. La manera en que operarían los sistemas de prueba podría representarse según se indica en la siguiente figura 2.

siones ‘relatos’, ‘explicaciones’ y ‘hechos’. Esta elección obedece a que la prueba disponible es valorada en términos de fortalecer estas tres clases de productos, los cuales, por cierto, se superponen.

<sup>14</sup> El primer problema es propio de la prueba indirecta o circunstancial. El segundo problema, además afecta a la prueba directa.

<sup>15</sup> Se habla de reglas u orientaciones dependiendo de la fuerza reconocida a los sistemas de valoración de la prueba. Si no es posible modificar lo resuelto por el órgano adjudicador por errores en la valoración de la prueba, hay razones para entenderlo como un conjunto de orientaciones. A contrario, si la violación, da lugar a la modificación de la sentencia y/o hace posible sancionar a los jueces, se trataría de reglas.

<sup>16</sup> Cfr. WIGMORE (1931) p. 8.

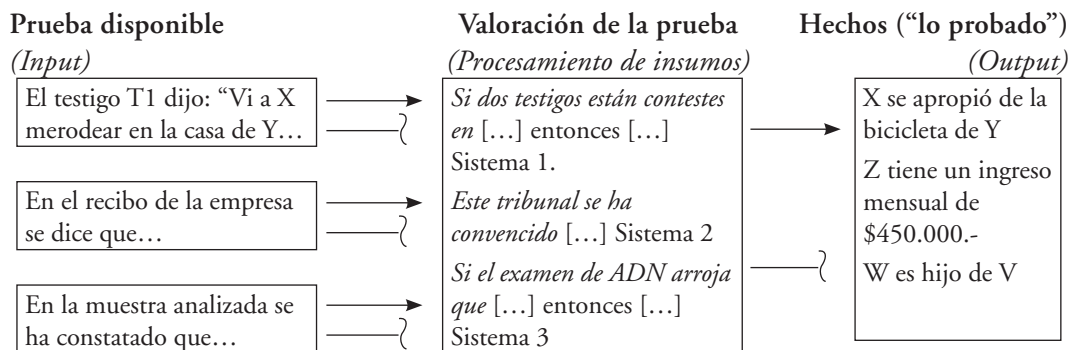


FIGURA 2

*Al hablar de prueba disponible me refiero fundamentalmente a distintas piezas de información que se producen en el juicio. La línea interrumpida corresponde a prueba que finalmente no es pasada por el tamiz del sistema de valoración de la prueba, ya sea por irrelevancia o por ilicitud. En el cuadro intermedio se hace alusión a los sistemas de prueba tasada, íntima convicción y SC, respectivamente. La línea interrumpida corresponde a la prueba disponible que, en definitiva, no se utiliza para la justificación de la decisión, en vista de que al aplicársele lo previsto en el sistema de valoración de la prueba no se considera apta para producir las inferencias requeridas para fijar 'hechos'.*

## 2.2. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA COMO GUÍAS PARA LA VALIDAR 'HECHOS'

La concepción recién reconstruida enfatiza la labor de *descubrimiento*<sup>17</sup> de los jueces en los procesos judiciales y calza, además, con la literalidad de la afirmación de que *lo que se valora es la prueba*. Sin embargo, no da cuenta cabal de la tarea que mayoritariamente realizan los tribunales de justicia al analizar la prueba disponible. Dada la estructura estándar de los procesos actuales —de naturaleza preferentemente adversarial en que los abogados promueven pruebas y se anticipan a explicar lo ocurrido— la *exigencia* del legislador en orden a que los jueces deben recurrir a un cierto cuerpo de saberes no es suficiente para impactar *realmente* en los posibles *descubrimientos* a partir de datos disponibles<sup>18</sup>.

En rigor, las expectativas que directamente recaen sobre los jueces apuntan no tanto a la *solución de los enigmas* discutidos —y que es el campo propio de la construcción de inferencias— sino al proceso de validación de las explicaciones ya propuestas por las partes y cuya fuerza se hace radicar en las *conexiones tendidas* entre estos y la prueba disponible<sup>19</sup>. En ese sentido, de los relatos rivales debiesen elegirse aquellos que resulten *mejores* a partir

<sup>17</sup> Esta imagen es cercana a la de famosos personajes bíblicos o literarios que imparten justicia y son elogiados por su agudeza o sabiduría, diseñando y aplicando *experimentos cruciales*. Este es el caso del rey Salomón dirimiendo el reclamo de las dos mujeres que alegan ser madre del mismo niño (1 Reyes 3: 16-28) o de Sancho Panza gobernando en la Ínsula Barataria y resolviendo casos en los que no se dispone de prueba suficiente para tomar buenas decisiones. CERVANTES (2004) pp. 890-894.

<sup>18</sup> Una excepción podría darse en procedimientos inquisitivos (*juez descubridor*).

<sup>19</sup> Cfr. COLOMA (2011) pp. 87-95.

de la prueba disponible. El orden sugerido en la figura 2 sufre, entonces, algunas alteraciones importantes: una representación como la que sigue (figura 3) daría mejor cuenta de lo que hacen los jueces cuando valoran la prueba.

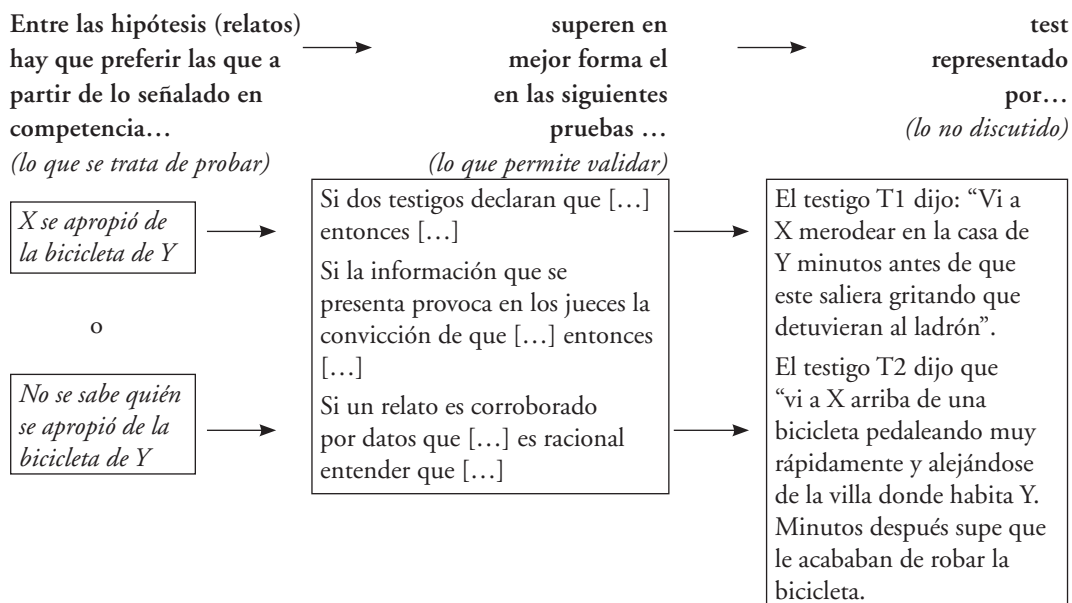


FIGURA 3

Los ‘relatos’ propuestos por las partes son evaluados mediante el sistema de valoración de la prueba correspondiente. Para tales fines, se precisa tener en cuenta la prueba presentada en el juicio. Por cierto, la que no cumpla con las exigencias de relevancia y de licitud no será tomada en cuenta. Aquella que, en cambio, presente problemas de credibilidad será valorada pero no se le reconocerá la fuerza suficiente como para influir en la elección del relato que se dará por probado.

Los sistemas de valoración de la prueba son, entonces, mejor representados como un conjunto de reglas u orientaciones que sirven a los efectos de validar ‘hechos’ a partir de la información disponible en un proceso judicial. Los sistemas de valoración de la prueba se ubican, entonces, en una etapa de validación o de corroboración de relatos presentados por las partes<sup>20</sup>.

Una representación más formal de esta manera de operar sería la siguiente: a) Se precisa validar el relato A (afirmación proposicional), el relato no A (negación proposicional), o bien basta con no validar el relato A (negación ilocucionaria)<sup>21</sup> si no supera las exigencias del estándar de prueba aplicable en el procedimiento judicial

<sup>20</sup> Ver SCHUM (1998) p. 179.

<sup>21</sup> Searle habla de negaciones proposicionales e ilocucionarias: “Las negaciones proposicionales no cambian el carácter del acto ilocucionario, puesto que el resultado es otra proposición con la misma fuerza ilocucionaria. Las negaciones ilocucionarias, en general, sí cambian el carácter del acto ilocucionario. Así, una emisión de ‘No prometo venir’ no es una promesa, sino una negativa a hacer una promesa” (SEARLE, 2001, p. 41).



respectivo; b) En el juicio se han presentado los datos P1, P2, P3..., Pn; c) el relato A es validado ya que en consideración a P1, P2, P3..., Pn, constituye el relato *menos sorprendente*<sup>22</sup>, o dicho de otra forma A explica mejor que en el juicio se hayan llegado a producir P1, P2, P3..., Pn;<sup>23</sup> y d) lo que determina que un relato sea menos sorprendente se hace depender de la aplicación de reglas de valoración de la prueba relevantes en conformidad a lo que se estipula en el sistema jurídico.

### 2.3. LAS FUNCIONES ESPERADAS DE LOS DISTINTOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La diversidad de sistemas de la valoración de la prueba adquiere relevancia en la medida en que —al menos ocasionalmente— surjan de ellos *distintos* ‘hechos’. Se preferirá un determinado sistema en la medida que se entienda que el producto (regularmente) obtenido resulta *mejor* —en algún sentido— que aquel que se habría logrado en el caso de que se hubiere recurrido a otro. Los candidatos que aspiran a ser tenidos en cuenta son varios: así podremos entender que es mejor aquel ‘producto’ que resulta más económico en su elaboración (el tribunal no requiere invertir mucho tiempo para decidir y/o las partes gastarán menos dinero en la litigación), menos rechazado por sus destinatarios (quienes obtengan resultados adversos estarán más dispuestos a cumplir con lo ordenado)<sup>24</sup>, más comprensible (el universo de potenciales lectores es mayor) o incluso, más verdadero (los hechos validados son consistentes con lo que se obtendría aplicando reglas epistémicamente aceptadas). La toma de posiciones casi con seguridad traerá consigo alguna forma de negociación entre estas distintas variables.

En algunos sistemas de valoración de la prueba lo señalado se traduce en la imposición de límites al valor que es asignable *prima facie* a distintas fuentes de información<sup>25</sup>, en otros, incidirá en una predilección por las creencias del adjudicador, o bien, llevará a que se reconozca especial fuerza a los planteamientos surgidos desde *sistemas* de construcción de conocimientos prestigiosos en contextos no propiamente jurídicos. Así, por ejemplo, si el sistema fuere de íntima convicción, la sola confluencia de declaraciones de testigos (estos se encuentran contestes) o la existencia de prueba de ADN, será insuficiente para inferir que cierto hecho ha ocurrido (o que un determinado relato es plausible). La validez de la inferencia dependerá, en este caso, de la circunstancia de que los juzgadores se hayan convencido de la *existencia* del ‘hecho’ o de la plausibilidad del ‘relato’. En un escenario así,

<sup>22</sup> La expresión es de Charles Sanders Peirce (CP 5.189, 1903) para dar cuenta de la abducción. Ver STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY.

<sup>23</sup> Esta forma de reconstruir el razonamiento judicial calza con lo que se conoce como la inferencia de la mejor explicación. Tanto la denominación como el *resurgimiento* de esta forma de comprensión del razonamiento, fue gatillado por Gilbert Harman en su clásico (y breve) artículo *The Inference of the Best Explanation*, *The Philosophical Review*, HARMAN (1965). En este texto se llama la atención sobre el papel del razonamiento abductivo. Según Paul Thagard “la idea es antigua [...] Para decirlo brevemente, la inferencia a la mejor explicación consiste en aceptar una hipótesis sobre los motivos que esta proporciona una mejor explicación de la prueba en comparación con la que es sugerida por hipótesis alternativas”. THAGARD (1978) p. 77.

<sup>24</sup> TYLER (1990) pp. 5-6.

<sup>25</sup> Cfr. GIULIANI (1971) p. XII.



un solo testigo persuasivo podrá ser suficiente para bloquear ciertas inferencias que serían ineludibles si es que se operase bajo otro sistema de valoración de la prueba.

Pese a que el destinatario directo de los sistemas de valoración de la prueba son los jueces, sus reglas influyen indirectamente en la manera de operar de las partes del litigio (y, en especial, en sus abogados) tanto en la determinación de las pruebas que presentarán, como en la forma de sus argumentaciones (las partes se comportan estratégicamente). Considerando estas variables, habría que reconstruir el papel desempeñado por los sistemas de valoración de la prueba de una forma cercana a la siguiente figura 4.

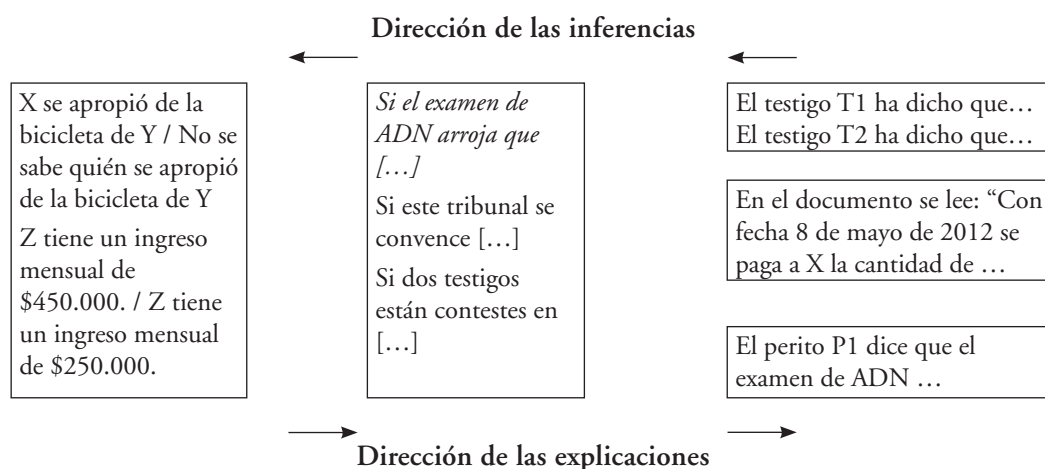


FIGURA 4

En esta figura se asume tanto la influencia de las explicaciones en la valoración de la prueba disponible (la prueba adquiere significado a partir de su contribución al fortalecimiento o debilitamiento de las explicaciones); como también la influencia de las pruebas en el ajuste de las explicaciones (si la prueba no calza con lo que dicen las explicaciones son las explicaciones las que deben ajustarse).

Es interesante tener en consideración que *las herramientas* requeridas para evaluar la calidad de las explicaciones, aspiran ser accesibles a un universo amplio de sujetos (aun cuando las dominan en distintos niveles), lo cual hace posible formas de control más masivas. En cambio, no constituye un gran problema que *las herramientas* requeridas para la realización de inferencias sean de dominio exclusivo de una comunidad de especialistas. Esto trae como efecto, por ejemplo que respecto de las explicaciones presentadas por peritos exista un auditorio amplio de sujetos bien dispuestos a su control; en cambio, quienes están en condiciones para la construcción de tales explicaciones (lo que supone la realización de inferencias) pertenecen a una comunidad de sujetos mucho más pequeña<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Agradezco la sugerencia hecha en este punto por Claudio Agüero en cuanto a la necesidad de diferenciar comunidades de sujetos, según si lo que se está haciendo es inferir o explicar.

### 3. EL LUGAR DE LA SC EN LA LEY, EN LA DOCTRINA Y EN LAS SENTENCIAS

#### 3.1. LA SC EN LA LEGISLACIÓN, EN LAS SENTENCIAS Y EN LA DOGMÁTICA

En tiempos recientes, el legislador ha optado *decididamente* en favor de la SC. Así, en el Art. 455 del Código del Trabajo del año 2002 se lee: “El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”<sup>27</sup>. La SC, sin embargo, había hecho su primera aparición desde *hacia tiempo*<sup>28</sup> en nuestro país, tanto es así que exactamente un siglo antes, en el Art. 427 (hoy 425) de nuestro viejo Código de Procedimiento Civil se decía “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”<sup>29</sup>. La dogmática procesal ha visto con buenos ojos la mayor presencia de la SC en el sistema jurídico nacional<sup>30</sup>. Acorde a ello, en la medida de sus posibilidades, ha tratado de ser un factor relevante en la expansión de dicho sistema de valoración de la prueba<sup>31</sup>. La importancia de la SC –junto a la ausencia de un significado suficientemente *asentado*<sup>32</sup>– ha redundado en que, a distintos niveles, se lleven a cabo propuestas definitorias respecto a qué es lo que se quiere decir cuando se habla de valorar la prueba conforme a la SC:

El legislador, por ejemplo, en el Art. 14 de la Ley 18.287 de 1984 señala que: “*Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les*

<sup>27</sup> Hay también ocasiones en las cuales el legislador no habla directamente de SC, sino que refiere a una forma de operar, que (en la historia de la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia) es entendida como SC. Este es el caso del Art. 297 del Código Procesal Penal chileno.

<sup>28</sup> Entre los procesalistas se menciona como el primer texto en que aparece la SC al Reglamento del Consejo Real Español (Arts. 147 y 148). Luego es incorporada en los códigos de enjuiciamiento. Una reseña de los orígenes de la SC puede verse en NIEVA (2010) pp. 88-89, especialmente nota 293. Sobre la irrupción de la SC en nuestros textos legislativos puede verse en GONZÁLEZ (2006) pp. 93-94.

<sup>29</sup> La opción por la SC que allí se hacía era solo parcial. De hecho, en su conjunto el sistema de valoración de la prueba del referido código obedece a la lógica de la prueba tasada. Las cosas aun cuando *parecen haber tomado otro rumbo* en el proceso civil, no han llegado demasiado lejos. En el artículo que habla de la SC en el proyecto de reforma en actual tramitación, se establece la posibilidad de que sea derrotada por reglas especiales de apreciación establecidas en la ley.

<sup>30</sup> Así, Raúl Núñez señala que en un *Estado democrático deliberativo* debe instaurarse el sistema de la sana crítica (al que también llama de libre valoración). NÚÑEZ (2008) p. 215. En el caso español (y desde la filosofía del derecho) puede verse GONZÁLEZ LAGIER (2003) p. 41.

<sup>31</sup> En el Informe del Foro Procesal Civil se dice: “[Necesitamos] un nuevo Código Procesal Civil, en el cual se reconozcan los principios que la moderna doctrina procesal reconoce como aquellos, que permiten al tribunal, en forma razonada y fundada, determinar los hechos a través del sistema de la sana crítica, para llegar a entregar en forma más simple a los ciudadanos una justicia civil más pronta y eficaz”. FORO PROCESAL CIVIL. El detalle de los integrantes del Foro está disponible en: <<http://web.minjusticia.cl/ucrpc/foro.html>>.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, la Comisión de Constitución del Senado (Informe de Fecha 20 de junio de 2000) rechazó la indicación N°180 de dos senadores que proponían denominar SC al sistema de apreciación de la prueba a instaurar en el Código Procesal Penal, “[...] por la falta de claridad conceptual en cuanto a su pertenencia a un sistema determinado de valoración de la prueba, lo que ha llevado a la jurisprudencia a entender de igual forma la sana crítica y la apreciación en conciencia, cuando el legislador ha empleado estos conceptos en diversos cuerpos legales”. Tal *falta de claridad de la SC* ha llevado recientemente al Instituto Chileno de Derecho Procesal junto al Instituto de Estudios Judiciales a dar por título a un seminario: “¿Qué es la sana crítica?”.

*asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador*<sup>33</sup>.

En las sentencias de los tribunales de justicia<sup>34</sup>, por su parte, se encuentran aseveraciones tales como:

*“La sana crítica es una forma de apreciar la prueba que conduce al descubrimiento de la verdad, por los medios que aconseja la recta razón basada en la experiencia racional puesta en juicio” De Widts con Pontificia Universidad Católica de Chile (1998).*

*“Sana crítica [...] requiere que la persuasión que ocasiona el medio [de prueba] en el juez no se realice obedeciendo a cualquier fundamento, sino sobre la base de un análisis razonado que explicita el magistrado en su decisión, atendiendo a las leyes de la experiencia, la lógica y los conocimientos comúnmente afianzados” Zambrano con Sodimac S.A. (2011).*

*“(L)a sana crítica... implica la libertad de valorar la prueba producida en el proceso” Ministerio Público contra Ayancán (2011)..*

*“(L)a sana crítica ... debe entenderse constituida especialmente por las reglas de la experiencia y de la lógica. En este contexto, el examen de los elementos del juicio debe conducir lógicamente a la conclusión vertida en la respectiva decisión, [...] de manera tal que la decisión a la que se arribe mediante el proceso de valoración, sustente el convencimiento del Tribunal y pueda justificarse ante los destinatarios de la misma” Estado de Chile con Seguel (2008).*

La doctrina, por cierto *no va en zaga* y ha dicho, por ejemplo:

*i) “El sistema de persuasión racional o de la prueba razonada (llamado también de sana crítica) entrega al juez amplias facultades para apreciar la prueba, pero imponiéndole los deberes de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico en base a la pruebas rendidas, y exponer en la sentencia ese proceso de razón con el cual llegó a la convicción que tales son los hechos que establece.*

*Aparece como la síntesis entre el de la tasación legal y el de íntimo convencimiento” (Peñailillo, 1998, p. 19)*<sup>35</sup>.

### 3.2. PROBLEMAS DE SIGNIFICADO

De lo dicho en textos como los recién reproducidos —y en muchos otros— es dable concluir que con la SC se alude a cosas diferentes. Estas, según ya se habrá advertido, no resultan del todo coincidentes. Así, con la expresión SC se está haciendo referencia a un sistema de valoración de la prueba en que:

<sup>33</sup> La formulación se mantiene casi idéntica en el Art. 456 del Código del Trabajo, en el Art. 2 la Ley N° 20.322 de 2009 y, recientemente, en el Art. 35 de la Ley N° 20.600 de 2012.

<sup>34</sup> De los tribunales argentinos (y de la doctrina de distintos países) da cuenta SENTIS MELENDO (1979) pp. 266-268.

<sup>35</sup> Recientemente, Jaime Laso plantea que: “La sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, no es más que la formalización en el ámbito legal del razonamiento de sentido común” (LASO, 2009, p. 162).

- a) Se hacen depender las conclusiones a las que se puede llegar de la aplicación de saberes científicos, de principios de la lógica y de máximas de la experiencia.
- b) Se hacen depender las conclusiones de ciertas formas de construir inferencias que son calificadas como racionales y que el legislador no explicita.
- c) Se opera siguiendo reglas epistémicas que hacen posible *descubrir* la verdad a partir de la prueba disponible en el juicio.
- d) Se exige la explicitación de las razones que han llevado al juzgador a dar por probados los hechos relevantes en un proceso judicial.
- e) Se otorga libertad a los jueces para valorar la prueba disponible.

Las perspectivas indicadas pueden resultar complementarias. Así, por ejemplo, lo planteado en la letra a) calza bien con lo que se dice en la letra d), más aún podría entenderse que la exigencia conjunta de lo señalado en cada uno de los enunciados potenciaría el impacto esperable de su consideración por separado. Algo más problemática resulta la vinculación de a) con b) ya que el contenido de las máximas de la experiencia no siempre iría de la mano con lo que podría entenderse como construcción de inferencias racionales<sup>36</sup>. Lo de la letra c) puede hacerse calzar con los cuatro restantes puntos de vista<sup>37</sup>, pero supondría del intérprete una posición ante las finalidades del proceso y de las funciones (y posibilidades) de la construcción del conocimiento que son altamente discutibles<sup>38</sup>. Sin perjuicio de lo señalado, hay tensiones entre algunos pares de enunciados siendo posiblemente el más vistoso aquella que se produce entre lo que se dice en a) y lo que se afirma en e).

A pesar de las diferencias detectadas, es posible hallar en los textos revisados un nivel de consenso no menor en cuanto a lo que no sería un sistema de valoración de la prueba conforme a la ‘SC’.

- a) No es un sistema de SC aquel en que existen reglas que determinan pormenorizadamente las conclusiones (probatorias) a las que se debe (o no) arribar, a partir de la prueba presentada en el juicio (eso sería un sistema de prueba tasada).
- b) No es un sistema de SC aquel que se abandona (en un elevado número de situaciones) a la íntima convicción de los jueces, para determinar si un ‘hecho’ puede darse (o no) por probado. A menos que se cuente con mecanismos de selección de jueces que los erija como *figuras morales* o *íconos del procedimiento democrático* (o

<sup>36</sup> Un texto clásico sobre errores que se cometen al confiar en principios heurísticos que abrevian operaciones de cálculo relativamente complejas es el de TVERSKI y KAHNEMAN (1991) pp. 3-20.

<sup>37</sup> La relación de complementariedad que, tal vez, pudiera parecer más discutible es la que se da entre c) y e), pues supone que el propio órgano de adjudicación se auto-restringe de razonamientos absurdos o infundados. En ese sentido la libertad de los jueces para valorar la prueba no es equivalente al *todo vale*, sino a la ausencia de reglas. La ausencia de reglas de valoración de la prueba fue defendida con energía por Jeremy Bentham. Ver BENTHAM (1971) pp. 363-364; TWINING (1994) p. 195; FERRER (2007) pp. 45-46.

<sup>38</sup> Esto último supondría aceptar un punto de vista propio del fundacionalismo epistémico del que habla Susan Haack. (HAACK (1997) p. 30), o más genéricamente de una noción de la verdad como correspondencia. Respecto a esta última hay numerosos trabajos de Michele Taruffo en que reconoce a esta un rol clave en la justificación de las decisiones. Una muestra de ellos puede verse en TARUFFO (2010).

bien que se establezcan procedimientos deliberativos sofisticados), lo que se plantee como *lo probado* conforme a la íntima convicción no será reconocido como una clase de argumento *per se* racional. La alusión a creencias, subjetividad o sinceridad de los jueces, despierta sospechas en el discurso de lo probado (a contrario, estas resultan propias de un sistema de íntima convicción)<sup>39</sup>.

c) No es un sistema de SC aquel en que hay absoluta libertad respecto de las razones que pueden invocarse para que algo se entienda (o no) como probado (esto sería un sistema de prueba libre)<sup>40</sup>. El consenso en este punto es algo menor ya que, por ejemplo, una de las sentencias mencionadas plantea lo opuesto a lo que aquí se indica.

### 3.3. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA SC

Como contracara de lo recién señalado, hay propiedades que estarían presentes en un sistema de valoración de la prueba conforme a la SC y que –en una importante medida– son un reflejo de lo ya dicho:

a) En un sistema de SC se reconocen espacios de discrecionalidad para los jueces que son más amplios que los previstos en sistemas dominados por reglas que pre-fijan la fuerza probatoria de los datos disponibles en los juicios (exceptuando si aquellas reglas tuvieran un carácter exclusivamente permisivo). Si nos tomamos en serio la discrecionalidad, se deben desechar las pretensiones –al menos en un sentido fuerte– de que hay una única respuesta correcta en materia de ‘hechos’ y, en consecuencia, un solo discurso apropiado de justificación. Lo expresado, no es obstáculo a que algunas justificaciones sean mejores que otras e, incluso, en casos relativamente excepcionales, que algunos potenciales hechos operativos queden vetados por cuanto escapan del universo de respuestas posibles.

b) En un sistema de SC hay algunas restricciones a las conclusiones a las que se puede llegar a partir de la prueba disponible (y, eventualmente, de la que no llega a plantearse). En la SC ¡no todo vale! El espacio en el que pueden moverse los jueces está determinado por la remisión a otros sistemas de justificación de enunciados en que operamos en otros ámbitos de la vida, lo cual, en ocasiones, se lleva a cabo de manera explícita (por ejemplo conocimientos científicamente afianzados). Asimismo, no desnaturaliza la condición de sistema de SC el hecho de que se haga mención a mecanismos de validación de enunciados en la medida que resulten *derrotables* y, a la vez, que no entren en tensión de manera fuerte con tales sistemas de justificación de creencias ya aludidos.

c) En un sistema de SC hay límites a la subjetividad judicial como variable determinante de lo que será el resultado probatorio. Como mecanismo que pone cortapisas a la subjetividad judicial, la SC es asociada a la explicitación de las razones que harían

<sup>39</sup> Ver infra 4.4. b).

<sup>40</sup> Respecto de la libre valoración de la prueba se distingue un sentido negativo (ausencia de prueba legal) y uno positivo que provoca dificultades a quienes sostienen que la libertad de prueba no equivale a reconocer que el juez puede recurrir a cualquier mecanismo para *construir lo probado*. TARUFFO (2008) pp. 134-137. Ver también FERRAJOLI (1997) p. 139; GASCÓN (1999) pp. 157-161; GIULIANI (1971) pp. 251-253.

preferibles ciertas conclusiones probatorias por sobre otras disponibles<sup>41</sup>. Aquello supone, por ejemplo, hacerse cargo de todas las piezas de información que potencialmente fueren relevantes para fortalecer o debilitar un hecho operativo o su opuesto y establecer, además, una forma de conexión entre los distintos enunciados que resulte autosuficiente para la comprensión de lo que se ha dado por probado. De esta forma, afirmaciones tales como: “estoy convencido”, “el testigo me resulta creíble” pierden fuerza ante otras formas de justificación que resultan menos comprometidas con la subjetividad de los jueces y que tienen que ver con inferencias que a partir de los datos disponibles recurran a sistemas de validación de enunciados intersubjetivamente aceptados.

#### 4. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA VALIDACIÓN DE LOS HECHOS

##### 4.1. DE NUEVO SOBRE LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El auge de los sistemas de valoración de la prueba parece fácil de explicar si su inclusión en los ordenamientos jurídicos se entiende como parte de una estrategia legislativa<sup>42</sup> orientada a fijar límites a la discrecionalidad que es propia de las situaciones de *silencio normativo*<sup>43</sup>. No se trata, por cierto, que ante la ausencia de sistemas de valoración de la prueba los jueces estén autorizados para actuar como *se les plazca*, o bien que los *buenos jueces* se muestren incapaces de decidir *correctamente* los asuntos, a menos que cuenten con orientaciones sobre la manera en que debe *gestionarse* la prueba. De lo que se trata, es que una vez que han operado los filtros de la admisibilidad –y, en consecuencia, habiendo sido ya eliminada la prueba irrelevante o ilícita– el espacio en que válidamente pueden moverse los tribunales resulta todavía *demasiado amplio*<sup>44</sup>. Así, sin los sistemas de valoración de la prueba se estaría dando cabida a posibles discursos de *fijación de los hechos* (y, en general, formas de proceder ante la prueba disponible)<sup>45</sup> que son inconsistentes con las expectativas que recaen sobre el proceso de adjudicación<sup>46</sup>.

A pesar de lo señalado –e incluso si nada se dijere acerca de la manera de *fijar los hechos desde la prueba disponible*– es posible extraer algunas guías básicas tanto desde

<sup>41</sup> Cfr. HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 150.

<sup>42</sup> Las preocupaciones no eran solo del legislador sino también de algunos juristas en cuyas obras se indicaba cómo debían ser comprobados ciertos hechos en los procesos judiciales. La prueba tasada es, en parte importante, un producto doctrinario. Ver TARUFFO (2000) p. 389.

<sup>43</sup> Ver NIEVA (2010) pp. 37-41.

<sup>44</sup> Cfr. POSNER (2011) p. 199. Ver también NIEVA (2010) pp. 46-49.

<sup>45</sup> Respecto a la distinción entre el resultado y el proceso ver COMANDUCCI (2007) pp. 98-99.

<sup>46</sup> Sin perjuicio de las dificultades para evaluar el discurso de los hechos de las sentencias (sobre todo si se asumen puntos de vista que privilegian el resultado por sobre el método utilizado), es evidente que se cuenta con directrices (al menos culturales) según las cuales puede entenderse que los jueces han incurrido en un error. Esto es una razón de peso para establecer restricciones sobre el proceso de fijación de los hechos, ya sea desde un punto de vista interno del sistema jurídico (sanciones, recursos judiciales, etc.) o externo (pérdida de prestigio social, etc.). Cfr. MALEM (2009) pp. 17-24. ESQUIAGA (2009) pp. 76-86.

la idea misma de normatividad del derecho como, de las formas de distribución de competencias del sistema jurídico (el derecho sirve para justificar la imposición de cargas y el otorgamiento de beneficios - los jueces son aplicadores y no creadores del derecho, al menos en un sentido fuerte, etc.)<sup>47</sup>. En consecuencia, no cualquier forma de construir lo probado será tolerable<sup>48</sup>, aun cuando habrá algunas extravagantes o esotéricas que, de todas formas, convendría abordar de una manera lo suficientemente explícita<sup>49</sup>.

La ausencia de toda forma de regulación, por débil que pudiese ser, se asocia a la pérdida de controles respecto del poder que se otorga a los jueces, cuestión que siempre resulta sospechosa<sup>50</sup>. Tales aprensiones redundan en que no se vea como un despilfarro el *cerrar el paso* a posibles sutilezas que nazcan de las mentes agudas de los buenos jueces en espacios desregulados, si es el precio a pagar *en pos* de lograr algún nivel de control sobre la valoración de la prueba. La inexistencia de sistemas de valoración de la prueba *daría pie* para que se *escamoteen* las bondades de la crítica ante un débil desempeño judicial y las restantes formas de control institucionalizado. La falta de regulación en lo que refiere a la valoración de la prueba resulta especialmente molesta si se tiene en cuenta que respecto de problemas de identificación e interpretación de textos normativos sí existen cortapisas institucionalmente aceptadas. Así, por ejemplo, pese a que la fuerza reconocida a las reglas o cánones de interpretación es bastante limitada, la sola existencia de saberes asentados entre quienes profesan a un misma disciplina y que refieren a *qué es lo que puede entenderse que dicen los textos normativos* (dogmática jurídica) constituye una restricción importante a las decisiones judiciales. Ello se podrá reflejar, ya sea en la modificación o crítica de lo que se ha resuelto por los tribunales de justicia cuando se han apartado de formas consolidadas de entender lo que dice el Derecho.

La crítica que surge desde el seno de la comunidad disciplinaria trae consigo restricciones para los jueces. Más allá de la directa aplicación de consecuencias normativas, como es el caso de las sanciones o del retraso en los ascensos, a (muchos de) los jueces también les interesa el prestigio que pueden alcanzar entre sus pares como respetables conocedores del Derecho<sup>51</sup>. El problema para los jueces es que su reconocimiento como *miembro respetable de la comunidad* será puesto en entredicho en el caso de decisiones que se alejen de lo esperado según los cánones que manejan sus colegas. En el caso de posibles errores o de razonamientos débiles en materia de “hechos” las críticas son mucho más difusas en cuanto no existe un cuerpo de saberes

<sup>47</sup> ALCHOURRÓN (2000) pp. 13-14.

<sup>48</sup> Esto explica que desde la dogmática se haya dicho: “Recomendar al Juez que en la apreciación de la prueba testifical (como en cualquier otra manifestación de su actividad profesional) tenga en cuenta las reglas normales del pensamiento lógico, resulta excesivo, porque si el funcionario judicial se halla en su cabal juicio procederá en tal forma, sin necesidad de semejante recomendación, y si no lo hiciere, demostraría una incapacidad absoluta para el cargo, que justificaría plenamente su separación fulminante” (DE PINA, 1942, p. 212).

<sup>49</sup> Cfr. FOUCAULT (2008) pp. 66-67.

<sup>50</sup> Cfr. ATRIA (2004) pp. 139-141.

<sup>51</sup> Cfr. POSNER (2011) pp. 143 y ss.



consolidado que se entienda que ha sido desafiado. Lo que está en juego es el carácter de sujeto juicioso del juez, lo cual no afecta de forma tan evidente su ubicación en la escala de prestigio de los conocedores del Derecho.

Desde un punto de vista formal, es de esperar que los sistemas de valoración de la prueba no presenten contradicciones internas (las soluciones aplicables a un mismo caso no deben ser incompatibles entre sí), no revelen lagunas (todos los casos tienen solución), ni sean redundantes (las soluciones no deben encontrarse repetidas)<sup>52</sup>. Se podría sostener que en la medida que los distintos sistemas de valoración de la prueba alcancen las virtudes lógicas recién referidas, las soluciones extraíbles serán suficientemente previsibles. Sin embargo, ello difícilmente ocurrirá pues, a excepción de algunas variantes de la prueba tasada<sup>53</sup> los sistemas de valoración de la prueba reenvían a sistemas de justificación que compiten entre sí<sup>54</sup> o lisa y llanamente se abandonan a lo que podría ser el *buen criterio* del juzgador<sup>55</sup> (sistema individual de validación de ‘hechos’) para la construcción de inferencias. Esto explica la posible coexistencia de distintos sistemas de valoración de la prueba *bajo el paraguas* de una misma forma procedimental.

#### 4.2. ACERCA DE LAS RESPONSABILIDADES EMANADAS DE LA ELECCIÓN DE REGLAS DE VALIDACIÓN DE HECHOS

Una de las características más ostensibles de los fragmentos textuales que sirven para *fijar los hechos* en las sentencias, se vincula a la imposibilidad de establecer *resguardos (o reservas)* respecto de lo que se da por probado. Así, por ejemplo, la cláusula ‘mientras no aparezca una mejor explicación’ que puede ser invocada *con soltura* por quienes se mueven dentro del campo científico, o bien, el adverbio ‘probablemente’ del que se puede hacer uso en los discursos de historiadores, de periodistas o de ciudadanos en general, no son admisibles para los jueces mientras se estén desempeñando como constructores de sentencias. Los efectos aparejados a tal *prohibición discursiva* no son menores desde el punto de vista de las responsabilidades que se pasan a asumir respecto de lo dicho (o escrito). Es así que cuando se plantea una determinada representación del mundo *sin reservas*, el compromiso contraído respecto de la validez de lo afirmado, resulta mucho mayor que el que se da en aquellos casos en que, desde un comienzo, el autor ha explicitado que podría estar equivocado. La omisión de reservas implica que se está *poniendo en juego* el prestigio del hablante ante la aparición de datos o de teorías explicativas que demuestren *a posteriori* que estaba equivocado respecto de lo que se defendía. Como contrapeso, la no anticipación de excusas provee de credenciales al hablante en términos de ser *tomado muy en serio* tanto en el asunto actual, como en los futuros en la medida que no se demuestre que en el pasado ya había errado.

<sup>52</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN (1993) pp. 100-102. El análisis lógico debe situarse en un momento determinado, pues el carácter dinámico del Derecho lleva a que a lo largo del tiempo las formulaciones normativas necesariamente se superpongan.

<sup>53</sup> Un sistema de prueba tasada solo podría aspirar a la completitud a costa de una extrema imprecisión, lo cual en la práctica lo haría escasamente operativo.

<sup>54</sup> Este sería el caso de la SC.

<sup>55</sup> Este pareciera ser el caso de la íntima convicción.

J. L. Austin llamó la atención acerca de este punto estableciendo, además, relaciones con lo que ocurre cuando un hablante realiza una promesa. Decía el autor de *How to do things with rules*: “Si alguien me ha prometido hacer A, entonces estoy autorizado a confiar en ello y yo mismo puedo hacer promesas apoyándome en ello; asimismo, cuando alguien me ha dicho ‘Yo sé’ estoy autorizado a decir que *yo sé* también, de segunda mano. El derecho a decir ‘Yo sé’ es transmisible, de la manera en que otro tipo de autoridad es transmisible. De ahí que, si lo digo a la ligera, puedo ser *responsable* de meterte a ti en problemas” (Austin, 1989, p. 105)<sup>56</sup>.

El *destierro* de los resguardos ante la construcción de los ‘hechos’, es una consecuencia de que los jueces operen en *el terreno de lo práctico* (imponiendo cargas u otorgando beneficios), junto a la necesidad de que sus decisiones sean suficientemente estables a lo largo del tiempo. En este escenario, la alternativa “no sé” resultará incómoda o indeseable ya que, por regla general, es entendida como inútil a los efectos de tomar decisiones. En consonancia a ello, en los sistemas jurídicos existe una serie de reglas que fuerzan o auxilian al juzgador para que tome una posición determinada. Respecto a lo primero, cabe mencionar al principio de inexcusabilidad que prohíbe a los jueces abstenerse de resolver un caso incluso en ausencia de ley<sup>57</sup>. En cuanto a lo segundo –y en lo que refiere a fijación de hechos– se dispone de estándares de prueba<sup>58</sup> y, por cierto, de sistemas de valoración de la prueba.

Los sistemas de valoración de la prueba –según ya se ha dicho– suministran reglas para validar ‘hechos’ en las sentencias judiciales. Salvo en el caso de la prueba tasada, lo que el legislador hace es remitir a los jueces (directamente) y a las partes (indirectamente) a sistemas *externos* de construcción de creencias o de conocimientos. Al actuar de esta manera, el legislador establece una forma de división del trabajo y asegura la oportuna actualización de las reglas frente a *nuevas circunstancias* que puedan presentarse. Así, bastará que el juzgador (en el caso de la íntima convicción), o ciertas comunidades de sujetos (en el caso de la SC) modifiquen sus reglas para que se entienda que tanto los jueces como las partes de un juicio deberán utilizarlas en el futuro. Para jueces y abogados esta forma de operar es algo enredosa, pues están acostumbrados a que la validez de las formulaciones normativas se haga depender, ya sea del cumplimiento de formalidades o bien, de la calidad de su contenido<sup>59</sup>. Actuar conforme a las reglas de la SC lleva a jueces y abogados a situarse fuera de los *test* habituales para validar enunciados. Se hace necesario, entonces, repensar la manera

<sup>56</sup> Stephen Toulmin, por su parte, señala que: “La gracia de la palabra «probablemente», como sucede con «quizá» está en que se evita precisamente este tipo de problemas... Al decir «S es probablemente P»... evito explícitamente comprometerme sin reservas, asegurándome de este modo contra algunas de las consecuencias en caso de incumplimiento” (TOULMIN, 2007, p. 75).

<sup>57</sup> Ver el inciso 2° del Art. 76 de la Constitución chilena.

<sup>58</sup> Los estándares de prueba pueden entenderse como mecanismos de distribución de los riesgos del error. LAUDAN (2005) pp. 96-97. En la justicia penal aquello se traduce en que si existe una duda razonable respecto de la realización de una conducta tipificada y/o de su autoría, debe optarse por tratar al acusado como si no fuera el responsable. En la justicia civil en cambio, es frecuente que se entienda que el juicio “quizá”, lleva a darle la razón a la parte que ha allegado una mejor prueba en su favor.

<sup>59</sup> Una excepción a esto se produce respecto de la costumbre cuya validez se hace depender de la presión normativa que se reconoce a ciertas prácticas de una comunidad.

de explicar los sistemas de valoración de la prueba, ya no enfatizando directamente el problema de la calidad epistémica de sus reglas, pues ello lleva a que las diferencias entre ellos se difuminen (nadie en sus sano juicio quiere ser tildado de irracional), sino recurriendo a otros enfoques.

A continuación, exploraré la viabilidad de comprender los sistemas de valoración de la prueba como mecanismos de distribución de responsabilidades por la elección de reglas de validación de los ‘hechos’ incorporados en las sentencias. Para tales efectos me remitiré brevemente a una forma muy aguda de explicar el rol que desempeñaron las ordalías en los siglos XI y XII<sup>60</sup>. Dice el historiador Peter Brown, que el tipo de sociedad en que las ordalías eran practicadas estaba compuesta por grupos pequeños cuya seguridad y protección dependía eminentemente de los vínculos de sangre y, ocasionalmente, de otras formas de relaciones personales. En este escenario, el poder coercitivo del Estado era escaso. “En una sociedad así, las ordalías adquieren todo su sentido como instrumento de consenso y como un recurso teatral a través del cual se contienen los conflictos” (Brown, 1989, pp. 310-311). De esta manera, el rasgo más notorio de las ordalías “es el lento y solemne proceso por el cual los conflictos humanos eran sacados de su contexto inmediato” (Brown, 1989, p. 313). No se quiere decir con esto –como muchas veces han sostenido distinguidos juristas contemporáneos– que las ordalías no correspondiesen a formas de enjuiciamiento irracionales o primitivas. A lo que quiero apuntar es que, al menos en ese entonces, el problema que realmente preocupaba era el de la adscripción de responsabilidad por la realización de actos adjudicativos. “[La ordalía] no es el juicio de Dios; es la remisión de un caso *ad iudicium Dei*, esto es, al juicio de Dios”. Así, el asunto sale “de las presiones del interés humano” y se hace mucho más fácil actuar. Continúa Brown señalando que: “lo que hemos encontrado en la ordalía no es un cuerpo de hombres que actúa bajo las creencias específicas acerca de lo sobrenatural, hemos encontrado en cambio creencias específicas sostenidas de tal forma que facultan a un grupo de hombres para actuar” (Brown, 1989, pp. 316-317).

Las ideas de Brown han sido desarrolladas recientemente por James Whitman en su libro *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*. El profesor de Yale plantea que en el pasado uno de los problemas centrales en lo que refiere a la función de adjudicación tenía que ver con la necesidad de *aliviar* a los jueces respecto de las responsabilidades debían asumir por juzgar a otros sujetos. Se necesitaba de alguna forma de *consuelo moral* que mitigara las angustias ante una posible condenación de los jueces (sobrenatural o terrenal) si es que ellos incurrían en un error al tomar las decisiones respecto de los acusados<sup>61</sup>. Esto explica por qué las ordalías eran a veces infligidas a personas cuya culpabilidad era obvia y que, de esa manera, resultaban inútiles para acrecentar o debilitar el nivel de certidumbre del juzgador<sup>62</sup>.

El panorama ha cambiado y, por cierto, de una manera radical. Dice al respecto Whitman: “La declinación relativa del consuelo moral, y el relativo auge de la

<sup>60</sup> BROWN (1989) pp. 133-151.

<sup>61</sup> WHITMAN (2008) p. 10.

<sup>62</sup> WHITMAN (2008) p. 17.

prueba factual, refleja el cambio de nuestras circunstancias históricas. La ansiedad religiosa ha disminuido desde hace un par de siglos, y por lo tanto ha decrecido la necesidad del consuelo moral [...] Viviendo en modernas comunidades urbanas hemos experimentado un incremento en las necesidades de prueba factual; hay simplemente muchos casos en los cuales hay incertidumbre acerca de la culpabilidad o la inocencia. En las comunidades modernas muchas veces nos encontramos en las penumbras cuando tratamos con casos criminales. Aquello era menos verdaderos dos o tres siglos atrás, cuando los crímenes eran a menudo cometidos en pequeñas, íntimas, comunidades. El crimen urbano anónimo no estaba ciertamente ausente en el mundo premoderno, pero jugaba un rol menos importante que en la actualidad” (Withman, 2008, p. 18).

*¿Cómo entender la responsabilidad en el contexto de la valoración de la prueba?* El producto que se obtiene aplicando los sistemas de valoración de la prueba son ‘hechos’, ‘relatos’ o explicaciones’ que sirven a los efectos de poner en movimiento (o bloquear) algunas normas jurídicas. Si los sistemas recién referidos se encuentran efectivamente dotados de *presión normativa*, la *configuración* de tales explicaciones se habrá visto influida por las reglas de valoración de la prueba. Ahora bien, si los jueces no hicieran *todo lo bien* su trabajo de valorar la prueba es de esperar que sean sindicados como responsables de los errores en que se haya incurrido, *pero, por cierto, no de cualquier clase de errores*. Para evaluar el desempeño de los jueces en casos concretos, se precisa tener claridad acerca del sistema de valoración de la prueba que debió haber sido aplicado. El juez no será responsable si las reglas de validación previstas en el sistema de valoración respectivo lo han llevado hacia la aceptación de ‘explicaciones’ difíciles de sostener en otros contextos. Sí, en cambio, será responsable por la correcta identificación y aplicación de las reglas de validación pertenecientes al sistema de valoración de la prueba que ha sido definido por el legislador.

Según ha dejado de manifiesto H.L.A. Hart, cuando se habla de «responsabilidad» o de «ser responsables» se pueden estar queriendo decir distintas cosas<sup>63</sup>. En el contexto de lo jurídico la idea de responsabilidad refiere principalmente a la imputación (o adscripción) de un estado de cosas a un sujeto. No se trata, por cierto, de cualquier estado de cosas, sino de aquellos que dan pie a la determinación de la culpabilidad por la violación de una norma o bien, a la declaración de que existe un deber<sup>64</sup>. El sentido de responsabilidad que aquí especialmente interesa refiere a las obligaciones emanadas de un cargo y, como contracara, a la exclusión de reproches por los actos ejecutados en situaciones que se ha cumplido con las directrices aplicables para el caso. Así puede decirse que “(u)na persona responsable es aquella que está dispuesta a tomarse en serio sus deberes, a pensar en ellos, y hacer serios esfuerzos para cumplir con esos compromisos [...] Las responsabilidades en este sentido pueden ser jurídicas o morales, o quedar fuera de esta dicotomía” (Hart, 2008, p. 213).

Los jueces, en cuanto sujetos que distribuyen cargas y/o beneficios a partir de lo que se encuentra previsto en los sistemas jurídicos, son responsables de las decisiones que en el

<sup>63</sup> HART (2008) pp. 210 y ss.

<sup>64</sup> GARZÓN VALDÉS (1996) p. 260.

ejercicio de sus funciones llegarán a tomar. La responsabilidad no es absoluta sino que se verá parcialmente limitada bajo la condición de que se apliquen normas emanadas de uno o más sujetos a quienes se reconozca potestad para dictarlas. Los jueces en la medida que utilicen estos insumos suficientemente legitimados no serán responsables de la corrección o incorrección de las ‘explicaciones’ que se han dado por probadas<sup>65</sup>. En otras palabras, si los jueces se limitan a aplicar lo que el legislador ha dicho, los posibles reproches por la elección de un determinado curso de acción (injusto, absurdo o inconveniente) deberán dirigirse hacia el autor de la norma general y abstracta, y no hacia ellos<sup>66</sup>. El juez no sería responsable –salvo en *casos difíciles*– de que Fulano deba permanecer en la cárcel por cinco años en consideración a que robó un valioso cuadro, pues en la ley se ha establecido que quienes roben objetos (entre los que se encontrarían, los cuadros valiosos) deberán permanecer encarcelados por un lapso que va entre tres años y un día y siete años de cárcel. La responsabilidad del juez sí podría recaer, ya sea, en la interpretación de la formulación normativa o en la fijación del hecho ‘Fulano robó un cuadro valioso’. Respecto de la interpretación elegida, los jueces suelen tener salvaguardas si se han ceñido a formas validadas de atribuir significado a las formulaciones normativas que están en juego, como podría ser la dogmática, la historia de la ley, o los precedentes<sup>67</sup>. Habrá, por cierto, situaciones en las que los aludidos *intérpretes* habrán dicho muy poco al respecto y al juez no le quedará otra vía que *asumir su responsabilidad*.

Es interesante observar algunos puntos de encuentro que se dan entre los sistemas de valoración de la prueba y de interpretación de textos normativos<sup>68</sup>. En los dos casos se trata de enfrentar el problema que representa la existencia de un soporte, en principio, prestigioso para la toma de decisiones judiciales, sin que sus posibles alcances se encuentren suficientemente delimitados como para *abandonarse sin más*, al buen criterio de los jueces. En uno de los casos se trata de formulaciones imprecisas del legislador u otra autoridad reconocida que da lugar a múltiples dudas respecto a qué es lo que *efectivamente* ha sido ordenado; y en el otro, de prueba rendida en los juicios que no ha resultado suficiente como para eliminar la incertidumbre en sujetos juiciosos respecto a qué es lo que *efectivamente*<sup>69</sup> habría ocurrido. En ambas situaciones es posible recurrir a prácticas respetables disponibles en distintas esferas de nuestras vidas: ellas, sin embargo, aparentan ser excesivamente *impredecibles* como para hacer frente a la clase de asuntos difíciles e importantes que son discutidos en el ámbito judicial.

<sup>65</sup> Cfr. MUGÜERZA (1994) pp. 535-559.

<sup>66</sup> Cfr. WROBLEWSKI (2008) pp. 67-84.

<sup>67</sup> Cfr. AARNIO (1991) pp. 134-137.

<sup>68</sup> Las cosas no siempre van por el mismo carril. Así, Giuliani llama la atención acerca de que a medida que se fue haciendo “más rígido el principio de la certeza y de la generalidad del derecho, los límites en la investigación de los hechos se fueron haciendo menos ciertos” (GIULIANI, 1971, p. 225).

<sup>69</sup> Las cursivas del adverbio *efectivamente* apuntan a enfatizar que se trata de pretensiones altamente problemáticas en la medida que suponen tanto un significado correcto de las palabras en el caso de la interpretación, como de una forma correcta de representar la realidad.

Según lo que se viene expresando, los sistemas de valoración de la prueba hacen posible la distribución de responsabilidades excluyendo, de esa manera, la discrecionalidad judicial en algunos ámbitos en que esta no resulta aconsejable. Para entender mejor la coexistencia de responsabilidades (entendida como obligaciones emanadas del ejercicio de un cargo) me escaparé un momento del *mundo de lo jurídico* y tomaré como ejemplo un texto que ha sido generado *desde fuera* de su ámbito de influencia. Se trata de *Relato de un Naufrago* escrito en 1955 por el, entonces, joven periodista Gabriel García Márquez (G.G.M.). El texto da cuenta de la odisea que vivió Luis Alejandro Velasco (L.A.V.) durante los diez días que transcurrieron entre que este cayó por la borda del buque A. R. C, Caldas y su llegada a tierra. Durante todo ese tiempo *el naufrago* permaneció en una balsa sin agua ni comida. Las pretensiones de L.A.V. y de G.G.M. eran coincidentes en cuanto a que se debía construir un relato periodístico que diera cuenta de lo que *en realidad* habría sucedido.

Dice G.G.M. en la parte preliminar del libro: “En 20 sesiones de seis horas diarias, durante las cuales yo tomaba notas y soltaba preguntas tramposas para detectar sus contradicciones, logramos reconstruir el relato compacto y verídico de sus diez días en el mar. Era tan minucioso y apasionante, que mi único problema literario sería conseguir que el lector lo creyera. No fue solo por eso, sino también porque nos pareció justo, que acordamos escribirlo en primera persona y firmado por él. Esta es, en realidad [año 1970], la primera vez que mi nombre aparece vinculado a este texto” (García Márquez, 2007, p. 10).

¿Quién es el responsable del texto? No parece adecuado decir, sin más, que sea L.A.V. ya que sin G.G.M. no habría sido capaz de escribir el libro que llegó finalmente a manos de los lectores. Tampoco sería apropiado decir que lo es G.G.M. pues sin lo que le comunicó L.A.V. el texto no habría salido a la luz, al menos como un reportaje periodístico. Por su parte, decir que ambos son responsables no resulta menos engañoso que las opciones anteriores ya que no se trata de una labor colaborativa en que dé una amalgama de los aportes de cada uno. El responsable, *prima facie*, de lo que podría llamarse el contenido es L.A.V. y el de la forma es G.G.M. Dicho de otra forma, el autor de la trama sería L.A.V. y G.G.M. es el de la narración.

Veamos el asunto con un poco más detalle. Contrariando las versiones que inicialmente aparecieron en los periódicos, en el texto aludido se habla de que no fue una tormenta la que provocó la caída de ocho tripulantes sino que el viento y la carga (no permitida) que llevaba el buque destructor. Si con posterioridad se desafiara la presencia de contrabando, los dardos recaerían, seguramente, sobre L.A.V. como proveedor de información, pues no importa demasiado *cómo se dice*, sino *qué es lo que se dice*<sup>70</sup>. Hay otros fragmentos, sin embargo, que podrían llevar a que G.G.M. sea puesto *en tela de juicio* si lo que

<sup>70</sup> En realidad, el texto tuvo repercusiones no solo para L.A.V., sino también para G.G.M. y el periódico donde se publicó. Curiosamente el problema no tuvo que ver con la fiabilidad del relato sino todo lo contrario, ya que dejó a la vista malas prácticas en la Armada colombiana. Esto se explica por los desvaríos de la dictadura de Gustavo Rojas Pinilla que había erigido a L.A.V. como héroe nacional, *bajo el expediente* de ocultar las verdaderas causas del naufragio.



dice se acercare peligrosamente al género de la novela. Como responsable de la narración G. G. M. podría estar dándose demasiadas licencias al no temperar una trama que se aleja de lo que el lector está normalmente dispuesto a aceptar como la *no ficcionalidad*<sup>71</sup> propia del relato periodístico.

“Entonces fue cuando vi perfectamente, en el extremo de la borda, a Jaime Manjarrés, sentado con su uniforme de trabajo... Si esto hubiera sido un sueño no tendría ninguna importancia. Sé que estaba completamente despierto, completamente lúcido... –¿Por qué no tomaste bastante agua en el buque –me preguntó. –Porque estábamos llegando a Cartagena –le respondí... No era una aparición. Yo no sentía miedo... Le pedí a Jaime Manjarrés que remáramos un poco. Pero ya no estaba ahí. Se había ido... (García Márquez, 2007, pp. 65-66).

Si bien es cierto, L.A.V. es el que transmite su encuentro con Manjarrés, G.G.M. tendría que asumir su responsabilidad al alejarse de aquello que es normalmente aceptado por los lectores de relatos periodísticos (o ‘novelas de no ficción’ al decir de Truman Capote)<sup>72</sup>. En el caso de G.G.M. lo que se narra podría incidir en que su relato pase de la no ficción al género ficcional. En el caso de los jueces, un desliz así podría llevar a que el texto pase desde lo que es válido a lo es criticable o modificable. Así, los jueces cuando otorgan credibilidad a fuentes de información que no lo merecen o cuando hacen suyas inferencias se salen de su espacio protegido, en principio pudieren hacerse responsables de los contenidos del discurso.

#### 4.4. ¿QUIÉNES SON LOS RESPONSABLES POR LA ELECCIÓN DE REGLAS PERTENECIENTES A DISTINTOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA?

En lo que sigue diferenciaré la prueba tasada, la íntima convicción y la SC dependiendo de quiénes sean los responsables de proveer las reglas de valoración de la prueba en los procedimientos judiciales. Para los efectos de acentuar sus diferencias, los entenderé como modelos que, como tales, difícilmente llegan a presentarse en forma pura.

a) *Entre el poder de los observadores y el de la autoridad.* En el caso de la prueba tasada se entiende que la responsabilidad por el contenido de las reglas desde las cuales se *extraen* decisiones fácticas no debe hacerse recaer –en la medida de lo posible– en los propios jueces. Las razones que explican este enfoque son variadas, esto es, la desconfianza respecto de lo que los jueces pueden hacer al *campear por los abiertos territorios* de la discrecionalidad, las necesidades de *consuelo moral* a las que alude Whitman, o incluso, la existencia de una epistemología medieval fuertemente impregnada por el argumento de autoridad<sup>73</sup>. En la prueba tasada el legislador asume tanto que las inferencias no deben escaparse de la esfera de sus responsabilidades, como que es necesario atribuir credibilidad a sujetos que han esta-

<sup>71</sup> Cfr. COLERIDGE (1817).

<sup>72</sup> Ver TARUFFO (2007) pp. 232 y ss.

<sup>73</sup> COHEN (1992) pp. 8-9.



do (o dicen haber estado) en una posición de observadores preferentes de ciertos acontecimientos relevantes. En cuanto a lo primero, esto es lo de las inferencias, la responsabilidad del legislador se traduce en que los textos normativos determinan que si se da por probado un cierto de estado de cosas E<sup>1</sup>, entonces también se deberá dar por probado otro estado de cosas E<sup>2</sup>. Así, por ejemplo, en el *Malleus Maleficarum*, publicado a fines del siglo XV, se decía: “Por lo que hemos aprendido de las palabras de un anciano respetable y nuestra propia experiencia este es el signo más certero [...] si es una bruja no será capaz de llorar: aunque ella asumirá un aspecto lloroso y se unte sus mejillas con saliva que la hace aparecer como que está llorando; por lo que debe ser observada de manera cercana” (Kramer y Sprenger, 1971, p. 227). La regla indicada lleva a que haya que demostrar un estado de cosas E<sup>1</sup> (la acusada no es capaz de llorar), para alcanzar un estado de cosas E<sup>2</sup> (la acusada es una bruja). La responsabilidad por la inferencia (quien no es capaz de llorar es una bruja) es asumida por el legislador. En la actualidad este tipo de reglas son más bien escasas y adoptan la forma de lo que se conoce como presunciones, con lo que son extraídas del espacio de lo que se entiende como de valoración de la prueba en los procesos judiciales<sup>74</sup>.

Respecto de lo segundo, esto es, de la responsabilidad de los observadores, se pueden establecer sanciones para evitar desviaciones en sus *juicios observacionales*, es decir la responsabilidad se traduce en la punibilidad por el alejamiento de ciertas conductas prohibidas u obligadas para testigos y peritos. Como contrapartida, los dichos que superen ciertas condiciones básicas para su aceptación llegarán a adquirir el estatus de ‘explicaciones’. Al indicarse por ejemplo, que la declaración de dos testigos contestes provistos de determinadas características, lo que se está señalando indirectamente es que ellos deben hacerse cargo del error que pudiere producirse en la atribución de cargas y/o beneficios en las sentencias. El juez actúa, en cierta forma, como *una máquina* que se limita a constatar que ciertas condiciones se han presentado en el contexto del juicio. Al reducirse su creatividad se reducirá también al mínimo su responsabilidad por la construcción de los ‘hechos’. Conforme a lo señalado, el problema de la *credibilidad* de las fuentes de información queda también zanjado<sup>75</sup>.

b) *El poder en los adjudicadores*. En el caso de la íntima convicción, la responsabilidad por la elección de las reglas que fijan de los ‘hechos’ queda radicada, esencialmente, en los jueces encargados de tomar la decisión de darlos (o no) por probados. Las reglas para validar ‘hechos’ son extraídas, entonces, desde su sistema individual de creencias. Por cierto, no debe pensarse que esto equivale a otorgarles potestad para valorar la prueba de manera absurda o irracional. De hecho, los sistemas individuales de creencias están fuertemente impregnados por formas de comprensión de la realidad que han pasado por distintos filtros de racionalidad (y que, al menos, pueden ser consideradas como exigencias del sen-

<sup>74</sup> Ver, por ejemplo, la Ley N° 20.436 de 2010 que modifica plazos en materia de actuaciones judiciales y declaración de muerte presunta en las zonas afectadas por el terremoto.

<sup>75</sup> Según Santo Tomás de Aquino, los jueces quedan liberados de la responsabilidad moral de haber utilizado en sus sentencias la declaración de un testigo que ha declarado falsamente, en la medida que hayan tomado ciertas precauciones. El pecado lo cometería solo el testigo. DE AQUINO.

tido común<sup>76</sup>. Más aún, dependiendo del sujeto podrían ser sistemas muy sofisticados de validación de explicaciones<sup>77</sup>. No es de extrañar, entonces, que al operarse bajo la íntima convicción, un asunto que pasa a ser de gran relevancia es el de la legitimidad de quien(es) toma(n) las decisiones y que el peso de estas con frecuencia se hará recaer en un cuerpo colegiado. Por cierto, las reglas para excluir como jueces (o sancionarlos) si tienen intereses en el caso concreto (recusación / prevaricación) adquieren especial relevancia<sup>78</sup>.

Al quedar radicada en los jueces la responsabilidad por los ‘hechos’ probados, ellos son libres de creer (o no) a las distintas fuentes de información y de decidir si la prueba circunstancial presentada cuenta (o no) con méritos suficientes como para servir de soporte a los ‘hechos’ que buscan ser validados. Epistémicamente con la íntima convicción pareciera suscribirse alguna forma de relativismo radical, ya que no habría maneras de garantizar la corrección de las respuestas. Sin embargo, dependiendo del contexto en que se acepta la íntima convicción esto podría ser una exageración. Así, en ciertos casos no parece irracional hacer concesiones a la discrecionalidad de los jueces. Por una parte, la creación de espacios para la deliberación en que distintos argumentos pueden ser presentados en el seno de un tribunal colegiado, promueve formas de racionalidad comunicativa (aproximación *de moda*, principalmente por la gran influencia ejercida por el filósofo Jürgen Habermas)<sup>79</sup>. Por la otra, hay algún tipo de asuntos que no requieren de un *pensamiento lento*<sup>80</sup> como el que es propiciado por la SC, sino que bastará un análisis veloz, tal como lo hacemos en muchos espacios de nuestras vidas.

c) *El poder en los sabios y en la mayoría*. En el caso de la SC, la responsabilidad por lo que es señalado en las reglas de validación de ‘hechos’ se hace recaer en los cultores de disciplinas socialmente reconocidas en la producción de conocimientos. Por cierto, no se trata de un tipo de responsabilidad que tenga repercusiones mucho más allá de posibles clamores *por el lamentable estado de las disciplinas científicas, de nuestra cultura* o, de otras cosas por el estilo. Con esto se adscribe una cierta forma de responsabilidad (¿moral?) en los más sabios y en su defecto, en la mayoría. Aun cuando no sea necesario acoger la idea de respuestas correctas, en este escenario sí se llega a aceptar que hay algunas formas de validar ‘hechos’ que son mejores que otras y, a la vez, se cuenta con reglas de distintos niveles. Así, por ejemplo, con la lógica entendida en su sentido más formalizado, se garantizan respuestas seguras, independientemente de las condiciones en las que se esté operando. El problema de la lógica es que eliminando lo absurdo no resultará posible ir mucho más lejos (en tribunales, lo ab-

<sup>76</sup> Al igual que en los restantes sistemas, las piezas de información que presenten problemas en su admisibilidad no podrán ser tenidas en cuenta.

<sup>77</sup> El problema, entonces, podría no tener que ver tanto con la irracionalidad de la reglas del sistema individual de creencias (aunque, ocasionalmente, pudiera serlo), sino con la imposibilidad de detectar cuáles son realmente estas reglas que permanecen en el fuero interno.

<sup>78</sup> En el caso de la selección de los miembros del jurado los resguardos ante la posible parcialidad de quienes sean finalmente elegidos alcanza un alto nivel de sofisticación. Ver HAZARD (2006) pp. 149-150.

<sup>79</sup> Ver, entre muchos otros de sus escritos, HABERMAS (2002) pp. 99-131.

<sup>80</sup> Esta expresión aparece en un libro reciente del Premio Nobel de Economía, Daniel Kahneman. En el presente texto me alejo del significado que él desarrolla respecto a lo que sería el pensamiento rápido (casi instantáneo y que no requiere esfuerzo mental). KAHNEMAN (2011) pp. 20 y ss.

surdo suele no entrar siquiera en competición)<sup>81</sup>. La ciencia, por su parte, da importantes luces sobre lo contingente, pero sus contribuciones se ven constreñidas a límites importantes derivados de la imposibilidad de reducir el comportamiento humano a regularidades. La ciencia en la *arena judicial* será un aporte muy relevante en la medida que se tenga medianamente claro qué es lo que se puede esperar de ella.

La mayoría de los asuntos que son planteados en los juicios no encuentra cabida dentro del espacio de estudio de las ciencias (o, al menos, en las que se reconoce como ciencias duras), pues muchas de las conexiones entre la prueba disponible y aquello que se espera sea probado en los juicios, difícilmente serán reducibles a leyes generales. En un escenario así, los caminos a tomar serán básicamente dos. O se amplían las concepciones sobre lo científico<sup>82</sup> o se abren las puertas a la cultura, en cuanto fuente de lo que entendemos como de sentido común (máximas de la experiencia). En otras palabras, las imposibilidades de la experimentación cede espacios en favor de la especulación, pero no la del propio decisor sino la de la comunidad en la cual este opera. Así, las cosas los jueces no deben recurrir *prima facie* a sus convicciones, ya que la responsabilidad por el contenido de las reglas de validación de ‘hechos’ *no se aloja* en su fuero interno. Para actuar conforme a la sana crítica se deben, entonces, identificar reglas construidas por distintos actores sociales. El problema que queda pendiente –el cual debiera dar lugar a la reflexión sobre los puentes que resultan posibles de tender entre los distintos sistemas de valoración de la prueba– refiere a que el consenso acerca de que lo que resulta suficiente como para validar hechos no es fácil de alcanzar sino a costa de una gran imprecisión en su formulación<sup>83</sup>.

## 5. CONCLUSIONES (Y, A FIN DE CUENTAS, ¿IMPORTA LA SC?)

En las líneas restantes articularé *apretadamente* lo ya dicho y sugeriré algunas líneas de investigación futuras a los efectos de dotar de suficiente fuerza a la SC en un *escenario* en que su incidencia ha sido reconocidamente escasa.

1. Un problema que conspira en contra de la presión normativa que cabe ejercer a la SC sobre las prácticas judiciales imperantes se vincula a la falta de claridad acerca de su significado. En su carácter de sistema de valoración de la prueba, la SC debe incidir en las conexiones que sean establecidas entre la prueba disponible y las explicaciones que se busca validar en los juicios. Aplicando la SC debe ser posible establecer diferencias –al menos en algunos casos– respecto de los ‘hechos’ que serían validables de haberse recurrido a sistemas de valoración rivales, como es el caso de la prueba tasada o a la íntima convicción.
2. El análisis de aquellos textos o discursos en que aparece mencionada la locución SC da pistas acerca de un núcleo de significado que la hace diferente a otros sistemas

<sup>81</sup> Una concepción plausible acerca del papel que puede asignarse a la lógica en el contexto de la SC –mucho más extensiva que la que aquí se esboza– es la que se propone en LASO (2009) pp. 143-164.

<sup>82</sup> Un análisis acucioso de los límites entre la ciencia y la *pseudociencia* puede verse en HUBER (2011).

<sup>83</sup> Ver COHEN (1991) pp. 290-291.

de valoración de la prueba. Sin embargo, no parece que los niveles de consenso que de ellos es posible extraer resulten suficientes como para que sostener que los jueces aplican (o no) correctamente las reglas de la SC. Un enfoque que puede resultar fecundo a los efectos de identificar la función que cabe desempeñar a la SC, en contraposición a sistemas de valoración de la prueba alternativos, supone fijar la atención en la distribución de responsabilidades respecto de la creación de reglas de validación de ‘hechos’. La instauración de la SC implica reconocer una forma de distribución del trabajo de generación del conocimiento. Concretamente, la responsabilidad por la creación de las reglas para la validación de relatos se hace recaer en ciertas comunidades reconocidas a tales efectos (los científicos), y en el colectivo del cual depende el establecimiento de un sentido común o de una cultura compartida.

3. De ser correcto lo que se ha señalado, pueden potenciarse algunas líneas de investigación que no han sido desarrolladas en este trabajo y que son relevantes para el resguardo de derechos ciudadanos. Así, por ejemplo:

a) En la motivación de los hechos deben evitarse referencias a la subjetividad del juzgador (“el tribunal se ha convencido”, etc.). En su reemplazo debiera utilizarse un lenguaje que establezca formas de conexión entre la prueba rendida y en que lo que se da por probado resulte compatibles con reglas pertenecientes a sistemas de justificación reconocidos en otros ámbitos de la vida (lógica, ciencia o sentido común).

b) Es posible y deseable establecer un sistema de recursos procesales que salvaguarde que la prueba sea valorada conforme a la SC. En caso contrario, la SC pierde parte importante de su presión normativa. Habida cuenta del espacio de discrecionalidad que se otorga a los jueces y de la estructura jerarquizada no refleja necesariamente mayor competencia de los superiores, en lo que refiere a la determinación de los hechos, no se trata de reemplazar la subjetividad de los jueces por la de los miembros de los tribunales superiores. La modificación de las sentencias supone que estas no han identificado o aplicado correctamente las reglas de la SC.

c) Es de esperar que los jueces y juristas establezcan vínculos más estrechos con otras disciplinas que están en condiciones de suministrar reglas de valoración conforme a la SC, o lo que sería casi lo mismo, se precisa derribar algunas fronteras que dificultan el diálogo de los especialistas en derecho con los de otras disciplinas.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AARNIO, Aulis (1991): *Lo racional como razonable* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ACCATINO, Daniela (2009): “Forma y sustancia en el razonamiento probatorio”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 1er Semestre, pp. 347-362.
- ALLEN, Ronald; PARDO, Michael (2007): “The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence”, *Journal of Legal Studies*, vol. 36, January, pp. 107-140.
- ALCHOURRÓN, Carlos (2000): “Sobre derecho y lógica”, *Isonomía*, N° 13: pp. 11-33.

- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (1993): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea, segunda reimpresión).
- ATRIA, Fernando (2004): “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5: pp. 119-141.
- AUSTIN, J. L. (1989): “Otras mentes”, en AUSTIN, J. L., *Ensayos filosóficos* (Madrid, Alianza) pp. 87-116.
- BENTHAM, Jeremy (1971): *Tratado de las pruebas judiciales*. (Buenos Aires: E.J.E.A., Vol. I).
- BOVINO, Alberto (2005): “La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, N° 3: pp. 60-83.
- BROWN, Peter (1989): “Society and the Supernatural: A Medieval Change”, en BROWN, Peter, *Society and the Holy in Late Antiquity* (Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press) pp. 302-332.
- CERVANTES, Miguel de (2004): *Don Quijote de la Mancha Madrid: Real Academia Española - Asociación de Academias de la Lengua Española* (Edición del IV centenario).
- COHEN, L. Jonathan (1991): *The probable and the provable* (Hampshire, Gregg Revivals, reimpresión).
- COHEN, L. Jonathan (1992): “Freedom of proof”, en TWINING, William; STEIN, Alex (eds.), *Evidence and Proof* (Darmouth, Aldershot) pp. 3-23.
- COLERIDGE, S. T. (1817): “Biographia Literaria”, Chapter XIV Disponible en: <<http://www.english.upenn.edu/~mgamer/Etexts/biographia.html>> [fecha de consulta: 30 de julio de 2012].
- COLOMA, Rodrigo (2011): “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”, en BRUNET, Pierre; ARENA, Federico (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho* (Madrid, Marcial Pons) pp. 75-97.
- COMANDUCCI, Paolo (2007): “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, en COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y Teoría del Derecho* (México D.F., Fontamara) pp. 93-108.
- COUTURE, Eduardo (2002): *Fundamentos de derecho procesal civil* (Montevideo, Buenos Aires, D de F, cuarta edición).
- DE AQUINO, Tomás: *Suma Teológica*. II-II - Cuestión 64, a. 6 Disponible en: <<http://www.tomasdeaquino.es/corpus/obras-mayores/suma-de-teologia/parte-segunda-ii/cuestion-64>> [fecha de consulta: 26 de julio de 2012].
- DE PINA, Rafael (1942): *Tratado de las Pruebas Civiles* (México D.F., Porrúa).
- ESQUIAGA, Francisco Javier (2009): “Aciertos y fallos judiciales”, en MALEM, Jorge; ESQUIAGA, Francisco Javier; ANDRÉS, Perfecto, *El error judicial. La formación de los jueces* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo) pp. 43-94.
- FERRAJOLI, Luigi (1997): *Derecho y razón* (Madrid, Trotta, segunda edición).
- FERRER, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FOUCAULT, Michel (2008): *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona, Gedisa).
- FORO PROCESAL CIVIL Disponible en <[http://web.minjusticia.cl/ucrpc/estudios/eyd\\_informe\\_foro\\_procesal.pdf](http://web.minjusticia.cl/ucrpc/estudios/eyd_informe_foro_procesal.pdf)> [fecha de consulta: 30 de julio de 2012].

- FUENTES, Claudio (2011): “La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 1, pp. 119-145.
- GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel (2007): *Relato de un naufrago* (Santiago, Debolsillo, primera edición en Chile).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1996): “El enunciado de responsabilidad”, *Doxa*, N° 19, pp. 259-286.
- GASCÓN, Marina (1999): *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid, Barcelona, Marcial Pons).
- GIULIANI, Alessandro (1971): *Il concetto di prova* (Milano, Giuffrè, reimpresión).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (II)”, *Jueces para la Democracia*, N° 47: pp. 35-51.
- GONZÁLEZ, Joel: La fundamentación de las sentencias y la sana crítica, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, N° 1: pp. 93-107.
- HAACK, Susan (1997): *Evidencia e investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología* (Madrid, Editorial Tecnos).
- HABERMAS, Jürgen (2002): “Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla”, en HABERMAS, Jürgen, *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos* (Madrid, Trotta) pp. 99-131.
- HARMAN, Gilbert (1965): “The Inference of the Best Explanation”, *The Philosophical Review*, Vol. 74, N°1: pp. 88-95.
- HART, H.L.A. (2008): *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* (New York, Oxford University Press, second edition).
- HAZARD, Geoffrey (Jr.); TARUFFO, Michele (2006): *La justicia civil en los Estados Unidos* (Navarra, Aranzadi).
- HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián (2004): *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II).
- HUBER, Peter (2011): *Galileo's Revenge. Junk Science in the Courtroom* (New York, Basic-Books, reimpresión).
- INSTITUTO CHILENO DE DERECHO PROCESAL (2012): “¿Qué es la sana crítica?” Disponible en: <<http://derecho.uc.cl/wp-content/uploads/2012/05/Programa-Seminario-Sana-Critica.pdf>> [fecha de consulta: 30 de julio de 2012].
- KAHNEMAN, Daniel (2011): *Thinking, fast and slow* (New York, Farrar, Strauss and Giroux).
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James (1971): *The Malleus Maleficarum* (New York, Dover publications).
- LASO, Jaime (2009): “Lógica y sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N° 1: pp. 143-164.
- LAUDAN, Larry (2005): “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *DOXA*, N°28: pp. 95-113.
- MALEM, Jorge (2009): “El error judicial”, en MALEM, Jorge; ESQUIAGA, Francisco Javier; ANDRÉS, Perfecto, *El error judicial. La formación de los jueces* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo) pp. 11-42.



- MUGÜERZA, Javier (1994): “El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal”, *DOXA*, Vol. II, N° 15-16: pp. 535-559.
- NIEVA, Jordi (2010): *La valoración de la prueba* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons).
- NÚÑEZ, Raúl (2008): “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado Democrático Deliberativo”, *Revista Ius et Praxis*, N° 1, p. 199 - 223.
- PEÑAILILLO, Daniel (1989): *La prueba en materia sustantiva civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- POSNER, Richard (2011): *Cómo deciden los jueces* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons).
- PRADO, Pedro (1987): *Un juez rural* (Santiago, Editorial Andrés Bello, cuarta edición).
- ROSS, Alf (1994): *Sobre el Derecho y la Justicia* (Buenos Aires, EUDEBA, Quinta edición).
- SCHUM, David (1987): *Evidence and Inference for the Intelligence Analyst* (Lanham, New York, London, University Press of America, Vol. I).
- SCHUM, David (1998): “Argument structuring and evidence evaluation”, en REID, Hastie (ed.), *Inside the juror. The psychology of juror decision making* (Cambridge, New York, Melbourne, Cambridge University Press), pp. 175-191.
- SEARLE, John (2001): *Actos de habla* (Madrid, Cátedra, Quinta edición).
- SENTIS MELENDO, Santiago (1979): *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio* (Buenos Aires, E.J.E.A.).
- STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY: “Peirce on Abduction” Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/abduction/peirce.html>> [fecha de consulta: 30 de julio de 2012].
- STEIN, Alex (1997): “Against ‘Free Proof’”, *31 Israel Law Review*, N° 1-3: pp. 573-589.
- TARUFFO, Michele (2000): *La prueba de los hechos* (Madrid, Trotta).
- TARUFFO, Michele (2007): “Narrativas judiciales”, *20 Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, pp. 231-270.
- TARUFFO, Michele (2008): “La adopción de la decisión final”, en TARUFFO, Michele, *La prueba* (Madrid, Marcial Pons) pp.131-155.
- TARUFFO, Michele (2010): *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Madrid, Marcial Pons).
- THAGARD, Paul (1978): “The best explanation: Criteria for theory choice”, *75 The Journal of Philosophy*, N° 2, pp. 76-92.
- THAGARD, Paul (1978): “The best explanation: Criteria for theory choice”, *75 The Journal of Philosophy*, N°2: p. 76-92.
- TOULMIN, Stephen (2007): *Los usos de la argumentación* (Barcelona, Península).
- TVERSKI, Amos; KAHNEMAN, Daniel (1991): “Judgment under uncertainty. Heuristic and Biases”, en KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKI, Amos (eds.), *Judgment under uncertainty. Heuristic and Biases* (Cambridge, Cambridge University Press, reimpresión) pp. 3-20.
- TWINING, William: “What is the Law of Evidence?”, en TWINING, William, *Rethinking evidence. Exploratory Essays* (Evanston, Illinois, Northwestern University Press) pp. 178-218.



- TYLER, Tom (1990): *Why people obey the Law* (New Haven, London, Yale University Press).
- WHITMAN, James (2008): *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial* (New Haven & London, Yale University Press).
- WIGMORE, John (1931): *The principles of judicial proof or The process of proof as given by logic, psychology, and general experience and illustrated in judicial trials* (Boston, Little, Brown, and Company, Second edition).
- WROBLEWSKI, Jerzy (2008): “Ideología de la aplicación judicial del derecho”, en WROBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho* (México D. F. Fontamara, segunda reimpresión) pp. 67-84.

## NORMAS CITADAS

- Ley N° 20.600 del 28 de junio de 2012, Crea los tribunales ambientales.
- Ley N° 20.322 del 27 de enero de 2009, Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera.
- Ley N° 20.436 del 23 de abril de 2010, Modifica plazos en materia de actuaciones judiciales y declaración de muerte presunta en las zonas afectadas por el terremoto.
- Ley N° 18.287 del 7 de febrero de 1984, Establece procedimiento ante los juzgados de Policía Local.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Estado de Chile con Seguel* (2008): Corte Suprema, 31 de diciembre de 2008 (recurso de casación en el fondo), Rol N° 6419-2008.
- De Widts con Pontificia Universidad Católica de Chile* (1998): Corte Suprema, 29 de septiembre de 1998, (recurso de casación forma y fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV (1998), N° 3, sección primera, pp. 157-165.
- Ministerio Público contra Ayancán* (2011): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 13 de agosto de 2011 (homicidio simple, porte ilegal de armas), RIT N° 35-2011.
- Zambrano con Sodimac S.A.* (2011): Corte Suprema, 1 de junio de 2011 (recurso de casación en el fondo), Rol N° 7896-2010.