

3.

DERECHO JUDICIARIO

SOBRE EL CARÁCTER NORMATIVO Y TENDENCIALMENTE
VINCULANTE DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN LA
PONDERACIÓN DE LA PRUEBA JUDICIAL*

[About the normative and tendentially binding nature of the rules of sound
criticism in the weighing of judicial evidence]

Johann S. BENFELD ESCOBAR**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Este trabajo pretende demostrar el carácter normativo y tendencialmente vinculante de algunas reglas de la sana crítica dentro de la fase probatoria judicial. En tal dirección aclara cuál es la diferencia entre la sana crítica y las reglas de la sana crítica, mostrando de qué

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the normative and tendentially binding nature of some rules of sound criticism within the judicial evidentiary phase. In this direction it clarifies what is the difference between the sound criticism and the rules of sound criticism, showing

RECIBIDO el 1 de noviembre de 2017 y APROBADO el 12 de mayo de 2018

* Este trabajo contiene resultados de la investigación desarrollada dentro de la ejecución del proyecto Fondecyt de iniciación N° 11160046, titulado “formulación de un concepto jurídico alternativo de reglas de sana crítica en materia probatoria y sistematización de los criterios y de las reglas particulares a él asociadas”, del cual el autor es investigador principal. Agradezco especialmente al profesor Jorge Larroucau por sus comentarios y sugerencias, todos los cuales han enriquecido significativamente el valor científico de este trabajo.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: johann.benfeld@pucv.cl

manera las últimas no son inmunes a las leyes regulatorias de la prueba en general. Diferencia entre un concepto fuerte y uno débil de formalización de reglas de sana crítica en materia probatoria para afirmar la posibilidad y conveniencia de una formalización débil de las mismas. Expone a continuación los argumentos que se pueden usar para desactivar las ideas de los llamados abolicionistas para concluir con una exposición, a título ilustrativo, de ciertas leyes regulatorias de la prueba que determinan el contenido de las reglas de la sana crítica en un sentido normativo tendencialmente vinculante.

PALABRAS CLAVE

Prueba libre – sana crítica – reglas de la sana crítica – formalización de reglas de ponderación de la prueba judicial.

how the latter are not immune to the regulatory laws of the evidence in general. Difference between a strong concept and a weak one of formalization of rules of sound criticism in evidentiary matter to affirm the possibility and convenience of a weak formalization of the same. We present below the arguments that can be used to deactivate the ideas of the so-called abolitionists to conclude with an exposition, by way of illustration, of certain regulatory laws of the evidence that determine the content of the rules of sound criticism in a normative sense tendentially binding.

KEY WORDS

Free evidence – sound criticism – rules of sound criticism – formalization of rules of weighing of judicial evidence.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Desde una perspectiva general, la pregunta sobre la sana crítica y sus reglas plantea una serie de problemas. Estos son problemas asociados a la naturaleza misma del concepto de sana crítica, entendida aquí como la facultad de ponderar racionalmente la prueba judicial en un contexto jurídico institucional¹; problemas referidos a los métodos conforme a los

¹ Sobre este punto la doctrina se encuentra dividida en orden a si el concepto debe mantenerse próximo a los criterios y métodos de las ciencias factuales o, por el contrario, incorporar en él las particularidades propias del proceso judicial. En tal sentido, apartándose de la llamada tradición racional de la prueba, que ancla sus bases teóricas en el empirismo anglosajón (véase ANDERSON, T. – SCHUM, D. – TWINING, W., *Analysis of Evidence* (2^o edición, Middletown, Cambridge University Press, 2017), p. 81. Existe edición castellana de este libro: *Análisis de la prueba* (trad. F. Carbonell *et al.*, Madrid, Marcial Pons-U. Alberto Hurtado, 2015), que he tenido continuamente a la vista). Stein, por ejemplo, ha sostenido que en el derecho probatorio se juega algo más que la averiguación de la verdad de los hechos pasados. Específicamente Stein está pensando en la “distribución de los riesgos de error” (*allo-*

cuales es posible discernir enunciados que expresan cierta racionalidad general o jurídica²; cuestiones vinculadas al origen de las “reglas” de sana crítica y su naturaleza³; problemas derivados del ámbito de adscripción de las mismas: epistemología general o epistemología jurídica⁴; procedimiento judicial o fase probatoria particular⁵; procedimiento probatorio general o procedimientos probatorios particulares; dificultades originadas por las posibles relaciones entre la sana crítica y sus reglas (si las hay) y los diversos estándares probatorios⁶; problemas relacionados con la permeabilidad de la sana crítica y sus reglas a ciertos principios sustantivos que informan los

cation of the risk of error) que depende más bien de criterios político morales que influyen en la evaluación de la prueba. De tal forma que la ponderación racional de la prueba sería algo más que la mera aplicación del método científico de las ciencias factuales al ámbito probatorio judicial, cuestión que amplía el concepto más allá de sus bases epistemológicas. Véase STEIN, Alex, *Foundations of Evidence* (N.Y., Oxford University Press, 2005), pp. 133-140.

² En este sentido avanzan algunos de los trabajos de Coloma y Agüero. Véase especialmente a este respecto: COLOMA, Rodrigo – AGÜERO, Claudio, *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*, en *Revista Chilena de Derecho* 41 (2014), 2, pp. 673 - 703.

³ En otro lugar me he detenido en el estudio del origen del concepto dogmático de “sana crítica” y “reglas de la sana crítica” (véase BENFELD, Johann, *El origen del concepto de sana crítica*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 35 (2013), como asimismo de algunas estrategias para entender su operatividad práctica dentro del *ethos* judicial (véase BENFELD, Johann, *Una concepción no tradicional de la sana crítica* en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 45 (2015), 2, pp. 153 - 176.

⁴ A este respecto se puede consultar LAUDAN, Larry, *Verdad, Error y Proceso Penal* (trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013).

⁵ Dentro de la literatura especializada en castellano le cabe un lugar destacado a Jordi Ferrer, quien hace ya algunos años ha elaborado un conjunto de argumentos coherentes y consistentes cuyo propósito ha sido mostrar las conveniencias metodológicas de desagregar conceptualmente las fases probatorias (selección, evaluación, estándar) a fin de aplicar sin mayores reservas a la etapa de ponderación de la prueba los métodos y teorías propios de la ciencia en la averiguación de la verdad de los hechos. A este respecto se puede consultar: FERRER, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba* (Madrid, Marcial Pons, 2007); FERRER, Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba* (Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2016).

⁶ En nuestro medio y específicamente en materia laboral, Alejandra Aguilar ha mostrado, a diferencia de lo que sostiene Ferrer, la necesidad de precisar las relaciones de influencia que todo estándar probatorio genera sobre la fase probatoria y la forma en que, finalmente, termina por contaminar agregativamente tanto la selección del material probatorio como la ponderación de los medios mismos. Véase AGUILAR, Alejandra, *Aproximación a una noción conceptual del estándar de prueba en el procedimiento laboral chileno*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* 4 (2016), 1, pp. 11-30.

procedimientos particulares en los que se aplica el sistema de ponderación: derecho penal, laboral, de familia, etc⁷. También, es posible advertir, por último, problemas que se derivan del carácter vinculante o no de la sana crítica y de sus reglas.

Es esta última cuestión la que me interesa en este momento. Ello, porque una de las ideas que generalmente se escuchan a propósito de la sana crítica como sistema de valuación de la prueba judicial es que ella, en general, y salvo unos cuantos límites impuestos por la racionalidad teórica y práctica de la actividad de ponderación de la prueba, pertenece a los llamados sistemas de libre valoración. De acuerdo a esta idea, la sana crítica se ubica en la vereda contraria a los sistemas de tarifa legal o prueba tasada, cuya principal característica es, precisamente, señalar con precisión y de forma vinculante cuáles son las reglas que ha de seguir el sentenciador en la averiguación de los hechos (se trata de sistemas “formalizados” que señalan con claridad no sólo los medios de prueba disponibles para el juez sino también el valor probatorio que éste ha de asignar a cada uno de ellos de forma individual y comparativa).

Los promotores de la prueba libre y, con mayor intensidad, los llamados “abolicionistas”⁸ de las reglas sobre valoración de la prueba afirman que cualquier formalización de las reglas de ponderación de la prueba judicial constituye un atentado a la racionalidad (por lo menos a la racionalidad ilustrada). En tal dirección, si bien es posible formalizar las reglas de valuación de la prueba (como históricamente ha ocurrido), ello no es deseable ni conveniente. En otras palabras, es mejor dejar al sentenciador ponderar libremente la prueba que someterlo a reglas que pueden incluso dificultar la averiguación de la verdad de los hechos en un caso particular.

En el ámbito judicial, con todo, los abolicionistas deben salvar un obstáculo inicial: el contexto altamente institucionalizado y regulado del *iter* probatorio. Para salvar el problema la estrategia ha sido la de la descomposición analítica de período de prueba. El núcleo del argumento parece

⁷ Junto a Pablo Arellano, recientemente hemos mostrado las particularidades del régimen de protección reforzado (en virtud del principio de protección al trabajador) que caracteriza al derecho laboral en su dimensión sustantiva y procesal probatoria. En tal sentido nos parece que, en el ámbito probatorio laboral, el principio de protección opera como criterio de atenuación del principio rector de la sana crítica (la libre averiguación de la verdad de los hechos), lo que deja en evidencia que el legislador laboral ha tenido en consideración valores de naturaleza extraepistémica en el diseño del sistema probatorio laboral. Véase ARELLANO, Pablo – BENFELD, Johann, *Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso Kronos*, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 6 (2017), 2, pp. 3 - 24.

⁸ Sobre el particular, véase STEIN, Alex, *Foundation...* cit. (n. 1), pp. 108 y ss.

ser el siguiente. Es posible desagregar en la fase probatoria a lo menos tres momentos diferentes: uno de recolección del material (que puede estar jurídicamente reglado: reglas admisión y de exclusión de pruebas, por ejemplo), otro de valuación propiamente tal y aún otro de aplicación del quantum probatorio (el estándar de prueba, en el que se integran generalmente valores meta epistemológicos). Sólo en la etapa de “valuación de la prueba” se aplicaría la ponderación racional (sana crítica) de forma equivalente a la averiguación de la verdad en el ámbito de las ciencias naturales. En palabras de Ferrer: “Así pues, las limitaciones jurídicas que excluyen pruebas relevantes en el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio hacen que el conjunto sea epistemológicamente más rico o más pobre. Las limitaciones temporales, las limitaciones de recursos humanos y materiales, la falta de neutralidad de la intervención de las partes al aportar elementos de juicio, etc., producen, en general, que el conjunto de elementos de juicio disponible sea más pobre. Pero una vez ese conjunto está ya delimitado, la operación de valorar lo que de él se puede racionalmente inferir no difiere en nada de la que se puede realizar en cualquier otro ámbito de la experiencia y está sometida a los controles de la racionalidad general”⁹.

El argumento precedente busca establecer así una clara línea divisoria entre las llamadas “leyes reguladoras de la prueba” en general y el sistema de ponderación de la prueba judicial. Con la noción de “leyes reguladoras de la prueba” me refiero aquí a “las reglas institucionales que gobiernan el procedimiento de prueba y que hacen de la averiguación de la verdad una tarea reglada y no (completamente) libre”¹⁰. Sólo distinguiendo entre las leyes reguladoras de la prueba en general y los criterios de ponderación en particular es posible poner del lado de algunas de las primeras todo aquello que tenga carácter de principio o valor político-moral (selección material probatorio/estándar) y del otro las estrategias de averiguación de la verdad propias de la ciencia moderna, radicadas ahora exclusivamente en la fase de ponderación judicial.

Esta idea, que goza de cierta simpatía general en la doctrina y jurisprudencia¹¹, demanda, sin embargo, ser revisada con mayor cuidado.

⁹ FERRER, Jordi, *Motivación...* cit. (n. 5), p. 156.

¹⁰ GASCÓN, Marina, *Los hechos en el derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2010), p. 113.

¹¹ Javier Maturana en su exhaustiva investigación sobre la sana crítica revisa de manera detallada los compromisos intelectuales que la doctrina y jurisprudencia nacionales tiene con la idea de libre ponderación. A propósito de la libertad de ponderación (con base en los textos doctrinales, jurisprudenciales y legales) este autor llega a afirmar que la única restricción a la sana crítica viene dada por los propios

En efecto, hay por lo menos dos cuestiones que merecen algún grado de aclaración por quienes las afirman. En primer lugar, ¿es realmente posible desagregar en particular la fase de ponderación de la prueba judicial de las leyes reguladoras de la prueba en general? En segundo lugar, ¿es efectivo que las reglas de sana crítica han de estar guiadas siempre por valores sólo epistemológicos?

En lo que sigue intentaré mostrar que es posible responder negativamente a ambas preguntas, cuestión que permite, a la vez, afirmar el carácter, a lo menos, tendencialmente vinculante de algunas reglas de la sana crítica dentro de la fase probatoria judicial. Para que esta afirmación, minoritaria en el horizonte académico actual, sea bien comprendida desarrollaré gradualmente el argumento. En primer lugar, en términos generales, indicaré cuál es la diferencia entre la sana crítica y las reglas de la sana crítica. Y en lo que a las últimas toca mostraré de qué manera éstas no pueden permanecer inmunes en el ámbito de la prueba judicial a las leyes reguladoras de la prueba. Luego, señalaré con precisión en qué sentido la expresión formalizar un principio o regla de sana crítica en el ámbito del discurso práctico en general y jurídico en particular no es necesariamente equivalente a cristalizar impositivamente uno u otra. Más adelante, examinaré algunos prejuicios en contra de la formalización de las reglas de la sana crítica, pero no de ciertas leyes reguladoras de la prueba que la direccionan. Comentaré a continuación, brevemente, algunas normas reguladoras de la prueba del propio horizonte jurídico cultural de la tradición racional de la prueba (las *federal rules of evidence* norteamericanas de 1975) y algunas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que, a mi juicio, contienen disposiciones de contenido epistemológico y meta epistemológico que ejercen una indiscutida influencia sobre la sana crítica y que de alguna manera permiten cierta formalización de sus reglas. Finalmente, justificaré por qué razón tales reglas debieran ser seguidas y respetadas por los juzgadores salvo que haya muy buenas razones para apartarse de ellas, cuestión que, por una parte, sólo es posible por razones meta epistemológicas y que, por otra, necesariamente implica un aumento de la carga de justificación por parte del juez de cara a la comunidad¹².

parámetros racionales de ponderación: principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados. MATURANA, Javier, *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago, Thomson Reuter, 2014). Especialmente interesantes en esta dirección son los capítulos III y VI.

¹² Sobre las exigencias de fundamentación de las sentencias judiciales en los sistemas de ponderación racional de la prueba merece la pena tener en cuenta el trabajo de ACCATINO, Daniela, *Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal*, en

II. SOBRE LA SANA CRÍTICA EN GENERAL Y LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN PARTICULAR

“El buen sentido (*bona mens*) es la cosa mejor repartida del mundo, pues cada cual piensa que posee tan buena provisión de él, que aún los más descontentos respecto a cualquier otra cosa no suelen apetecer más del que ya tienen. En lo cual no es verosímil que todos se engañen, sino que más bien esto demuestra que la facultad de juzgar y distinguir lo verdadero de lo falso, que es propiamente lo que llamamos buen sentido o razón, es naturalmente igual en todos los hombres”¹³. Con estas palabras Descartes inaugura el Discurso del Método y, de paso, define en términos bastante claros la idea de buen sentido o buena razón..., o lo que es igual una “sana crítica”. En esta dirección, la sana crítica es simplemente la capacidad de realizar juicios correctos. Para ello, con todo, el propio Descartes nos advierte, es necesario seguir un método. Es decir, es necesario saber qué camino ha de seguir la razón para no extraviarse.

El problema es que los métodos son variados como variados son los caminos que el entendimiento humano puede transitar. En todo caso, algunos de dichos derroteros se han mostrado mejores que otros. Si Descartes y Bacon contribuyeron al diseño de los métodos de la ciencia moderna; Aristóteles y los medievales hicieron lo propio con la lógica y la dialéctica. Y en uno y otro caso el resultado fue un nutrido repertorio conceptual (principios y reglas) de procedimientos e inferencias que sirvieron para direccionar al pensamiento en su esfuerzo por comprender la realidad.

Esta distinción entre la razón y las guías para su dirección (método) muestra dos cosas igualmente interesantes: no es equivalente razón y método; pero a la vez, no hay una *bona mens* sin un método adecuado¹⁴.

Esta afirmación, con todo, no es privativa de la dimensión teórica de la razón. Desde Aristóteles en adelante los filósofos han intentado

Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 32 (2009), 1, pp. 347 - 362.

¹³ DESCARTES, Rene, *El Discurso del Método* (trad. Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 2010), p. 33.

¹⁴ Esta idea, sin embargo, no es del todo pacífica. Streck, a propósito de las proyecciones ius filosóficas de algunas de las ideas fundamentales de Heidegger recogidas por Gadamer, afirma que éste último “encontrará espacio para la construcción de su hermenéutica filosófica. El título de su obra principal es Verdad y método, pero bien podría llamarse Verdad contra el método o Verdad a pesar del método, a partir de lo cual la hermenéutica se radicaliza como un actuar mediador a través de la experiencia, del arte, de la historia y del lenguaje”. STRECK, Lenio Luiz, *La expansión de la hermenéutica filosófica en el derecho*, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 35 (2012), p. 226.

mostrar que también es posible seguir un método y reglas en el ámbito del saber práctico¹⁵. En lo que al derecho toca, R. Alexy ha argumentado con bastante agudeza, en tal sentido, que en el contexto del razonamiento jurídico existe una particularización del razonamiento práctico. Esta particularización denominada por Alexy “la tesis del caso especial”, afirma que “la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente justificadas”¹⁶. Esto se traduce para Alexy en la posibilidad de desarrollar una justificación interna y una externa de los argumentos jurídicos. La justificación interna se satisface mediante la aplicación de ciertos principios, entre los que destaca el de universalización. La externa, por su parte, demanda el uso de argumentos y reglas que Alexy se apresura a ordenar en seis grupos bajo el rótulo de “formas” y “reglas” de los argumentos jurídicos. Estas formas y reglas son: “Las formas de argumentos y las reglas de justificación externa pueden clasificarse grosso modo en seis grupos: reglas y formas (1) de interpretación,

¹⁵ En esta empresa los filósofos morales han desarrollado complejos argumentos para sostener, por lo menos, la posibilidad de juicios éticos objetivos. En tal dirección, por ejemplo, Thomas Nagel recientemente ha argumentado que tal como ocurre en otros dominios del saber, los juicios morales (de los cuales se siguen acciones justificadas) no se validan por su correspondencia empírica con ciertos estados del mundo, sino por su capacidad para dar cuenta de tales estados. En tal sentido, la cuestión de la relevancia y la consistencia de los argumentos que justifican una acción (principios y reglas aplicables al caso y contexto) determinan la objetividad (no necesidad fáctica) de la decisión y le eventual acción con valor moral. “Tanto la relevancia como la consistencia adquieren un punto de apoyo cuando adoptamos el punto de vista de la decisión, basados en todas las circunstancias, incluyendo nuestra propia condición. Este punto de vista introduce una brecha sutil pero profunda entre el deseo y la acción, en la cual se introduce el libre ejercicio de la razón. Nos impone la idea de la diferencia entre hacer lo correcto y hacer lo incorrecto (aquí, sin ningún significado ético específico aún), dada nuestra situación en su totalidad, incluyendo a nuestros deseos. Una vez que me veo a mí mismo como sujeto de ciertos deseos, y también como el ocupante de una situación subjetiva, aún tengo que decidir qué hacer, y eso ha de incluir decidir qué peso justificatorio otorgar a aquellos deseos”. NAGEL, Thomas, *La última palabra* (trad. P. Belgallo y M. Alegre, Madrid, Gedisa, 2000), p. 122. Para un estudio más detallado del papel de las reglas en el ámbito de la argumentación ética, véase WALTON, D. – KRABBE, E., *Argumentación y Normatividad Dialógica* (trad. Cristian Santibáñez Yáñez, Lima, Astra, 2017), especialmente pp. 175-235.

¹⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza y I. Espejo, Lima, Palestra, 2016), p. 305.

(2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general, y (5) de la argumentación empírica, así como (6) de las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos¹⁷.

En consecuencia, no solo en el dominio de la razón teórica sino también en el de la razón práctica es posible la aplicación de un método (con principios y reglas) que dé garantía de la corrección del pensamiento en orden a determinar, en este caso, la acción humana.

De lo dicho hasta aquí se puede inferir fácilmente que no hay inconveniente alguno en, por una parte, distinguir la “sana crítica” de las “reglas de la sana crítica” y, por otra, en afirmar que las guías para la razón (principios y reglas dentro de un método) se pueden predicar por igual tanto del razonamiento especulativo como del práctico. Eso sí, habría que precisar aún más estas ideas, cuestión que va más allá de los propósitos de este artículo.

Para efectos del presente trabajo afirmaré al hilo de lo que vengo diciendo, en términos muy generales, que la sana crítica es simplemente la facultad de juzgar y de distinguir lo verdadero de lo falso (en el ámbito teórico o especulativo, encaminado a incrementar el conocimiento humano) y lo correcto de lo incorrecto (en el ámbito práctico, inscrito en la ponderación ética de una acción humana). En su dimensión formal, la sana crítica demanda una adecuada estructura lógica del pensamiento, y, en su dimensión material, exige un determinado contenido (información) del pensamiento. Y dentro de los insumos para la misma (dimensión formal y material) es posible hallar las reglas de la sana crítica, esto es, orientaciones racionales de carácter metódico encaminadas a garantizar la fiabilidad de un pensamiento en orden a garantizar la verdad o corrección del mismo.

Las ideas precedentes, por cierto, pueden desplazarse sin mayor dificultad al acotado espacio de la prueba judicial. Y, en este sentido, circunscrita ahora la idea de sana crítica a la fase probatoria judicial, ésta puede ser entendida como la facultad de discernir con verdad y/o corrección ciertos enunciados referidos a hechos (aunque no siempre dependiente de los hechos). Las reglas de sana crítica en tanto se identifican aquí con las guías para la ponderación racional de la prueba en su conjunto. Eso sí, puesto que el contexto de la ponderación de la prueba judicial es de naturaleza institucional, las reglas de la sana crítica han de estar condicionadas por la naturaleza del proceso judicial en su conjunto y las normas reguladoras de la prueba en especial¹⁸.

¹⁷ *Ibid.*, p. 320.

¹⁸ Allende la cordillera, esta idea ha sido bien expresada y defendida por Falcón quien ha sostenido que conceptualmente las reglas de la sana crítica son aquellas que “están incluidas en las ciencias (experimentales, como la física; culturales, como la

Un ejemplo puede servir para ilustrar lo que digo. Es un lugar común usar las ideas de “los principios de la lógica”, “las máximas de la experiencia” y “los conocimientos científicamente afianzados” para referirse de manera impropia a las “reglas de la sana crítica”. Es una manera impropia, en primer lugar, porque ninguno de los conceptos señalados es propia y técnicamente una regla. Es impropia, en segundo lugar, porque enclaustra dichas ideas de manera artificial en una etapa específica de la prueba judicial (la de valoración). Pero, en fin, veamos cómo en la práctica probatoria estas ideas resultan contraintuitivas.

El artículo número 30 de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, dispone en su inciso primero que “*durante la audiencia preparatoria, las partes podrán solicitar, en conjunto, al juez de familia que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en la audiencia de juicio. El juez de familia podrá formular proposiciones a las partes sobre la materia, teniendo para ello a la vista las argumentaciones de hecho contenidas en la demanda y en la contestación*”.

Difícilmente una norma como esta (que también se encuentra en otros procesos adversariales) se puede conciliar con una teoría que supone que la sana crítica y sus reglas se encaminan a la averiguación de la verdad de los hechos desde una base científico-empírica. Sin embargo, en atención a los principios rectores del derecho de familia (interés superior del niño, niña y adolescente) y las disposiciones regulatorias de la prueba en esta materia, la regla establecida en el artículo 30 es, qué duda cabe, una expresión de la sana crítica (en este caso en atención a un elemento de corrección normativa y no a uno de base empírico descriptiva).

Situaciones como la anterior no son una excepción en el derecho probatorio. En realidad, como más adelante mostraré, constituyen la regla general. De ahí que la teoría de los abolicionistas y su estrategia de desagregación analítica no parezca adecuada para explicar lo que efectivamente acontece en la fase de ponderación de la prueba¹⁹.

Pero si, como ocurre en realidad, las leyes reguladoras de la prueba condicionan a la sana crítica determinando de alguna manera sus reglas,

historia); en la técnica (como derivado necesario de la ciencia en su aplicación); en las reglas de la experiencia; en la lógica, por dos vías: como marco para las demás actividades científicas, técnicas o experimentales, y por la vía argumental en la exposición de la sentencia. Todos estos elementos están sometidos al marco de la normativa jurídica, cuyas reglas también integran la sana crítica”. FALCÓN, Enrique, *Tratado de la Prueba Judicial* (2^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2009), I, pp. 658-659.

¹⁹ Ello sin considerar las particularidades epistemológicas de los “hechos” a ser verificados en un proceso judicial: hechos pasados, irrepetibles respecto de los cuales no cabe experimento alguno y sobre los que, las más de las veces, habrá explicaciones alternativas en competencia que obligarán al juez a decidir en condiciones de relativa incertidumbre.

¿no es posible hablar de un cierto carácter vinculante de las mismas? A mi modo de ver sí, aunque no en un sentido fuerte. Y esto es lo que caracteriza a la sana crítica como un sistema de ponderación libre. Paradójicamente la “libertad” de ponderación asociada a la sana crítica no consiste en la averiguación de los hechos y la búsqueda de la verdad sin restricciones normativas en la fase de ponderación, sino más bien en la posibilidad que tiene el sentenciador en dicha fase de realizar de la mejor manera posible los fines del procedimiento en el cual la prueba se verifica. Nuevamente el artículo 30 ya citado me sirve para ejemplificar lo que digo. El inciso segundo de la norma dispone que *“el juez aprobará sólo aquellas convenciones probatorias que no sean contrarias a derecho, teniendo particularmente en vista los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto. Asimismo, el juez verificará que el consentimiento ha sido prestado en forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de los efectos de la convención”*. Es decir, este artículo por una parte (desatendiendo los hechos) acepta cierto tipo de acuerdos en razón de otros valores comprometidos en el procedimiento de familia; pero al mismo tiempo, señala unos límites precisos a dichas convenciones; límites que no tienen que ver con la “fuerza de los hechos” y su relación con la verdad, sino con el principio rector de la rama.

En tal sentido, constituye, por ejemplo, una regla de sana crítica en materia probatoria de familia la siguiente: prevalecerá la convención probatoria aun en contra de la “verdad” de los hechos, siempre que el interés superior del niño, niña o adolescente así lo aconseje. Esta regla no obliga en un sentido mecánico al juez a valorar en más la convención probatoria, pero sí le indica la forma en que se espera pondere las pruebas. A esto yo lo llamaré una formalización débil de las reglas de la sana crítica. Este tipo de formalización, como mostraré en el siguiente apartado, no es para nada extraña al derecho.

III. LA POSIBILIDAD DE UNA FORMALIZACIÓN DÉBIL DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

El término “formalizar” puede entenderse en dos sentidos. Uno, que yo llamaré fuerte normativamente hablando, que entiende por formalizar dotar a ciertas proposiciones de una estructura normativa legal rígida y obligatoria. Otro que se aproxima a la idea de formalización entendida como la representación de un conjunto de ideas, valores y conocimientos dentro de un sistema de pensamiento. De hecho, esta estrategia es común en el derecho²⁰.

²⁰ Dentro de los muchos ejemplos que existen de formalización débil de reglas quisiera destacar sólo dos. En el campo de la interpretación jurídica constituye, para

seguir en el mismo registro, un verdadero lugar común los cánones de la interpretación propuestos por Savigny. El canon gramatical, el lógico, histórico y el sistemático constituyen insumos indispensables para garantizar la racionalidad jurídica de la interpretación. Pero no se trata de reglas que prescriban una aplicación acrítica y absolutamente vinculante para el intérprete (de preferencia el juez). “El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley. Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar. Por esta razón lo indispensable es no olvidar ninguno de ellos, pues en algunas circunstancias se puede, sin que disminuya la importancia de la interpretación, omitir alguno, cuando su mención es inútil o pedantesca. El buen éxito de la interpretación depende de dos condiciones esenciales, en donde se resumen los caracteres de estos diversos elementos, y son, a saber: primero, debemos reproducir en nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley; segundo, debemos traer a consideración los hechos históricos y el sistema entero del derecho para ponernos en inmediata relación con el texto que tratamos de interpretar”. SAVIGNY, Federico v., *Derecho Romano* (trad. Jacinto Mesía Manuel Poley, Madrid, Ed. Góngora, 1945), I, p. 188. El segundo ejemplo, ahora referido a las pruebas judiciales en materia penal, lo tomo de Mittermeier. Se trata de las cinco reglas de apreciación de la prueba que permiten, según este autor, justificar la convicción de juez (aunque no son vinculantes para el mismo): *i*) La conclusión de lo posible a lo real. La prueba rendida en autos debe estar en concordancia con la naturaleza de las cosas, es decir, los hechos han de interpretarse tal como ordinariamente se estima que ocurren. Por ejemplo, normalmente un hombre joven tiene más fuerza y energía que un anciano y, aunque es posible que se dé la situación contraria, los testimonios que así lo declaren estarán en mejor posición que sus contradictorios; *ii*) La conclusión por analogía. En situaciones similares es normal que se produzcan similares resultados. Por ejemplo, si muchas personas asesinadas en una misma ciudad en un espacio determinado de tiempo exhiben en sus cuerpos idénticas lesiones en lugar y forma, es posible pensar que se trata del mismo o los mismos asesinos; *iii*) La conclusión circunstancial del hecho principal. No sólo importa el hecho principal (el delito mismo) sino la forma en que éste se ha realizado. Una casa ha sido robada y no se ha forzado ninguna cerradura. Éstas habían sido cambiadas una semana antes por un cerrajero de la ciudad. El cerrajero, a su vez, ha contratado hace un mes un ayudante que tiene un amplio prontuario criminal de robo en casas. La recta razón indica que es bastante posible que el ayudante del cerrajero esté involucrado en el robo; *iv*) La conclusión posible y verosímil de la prueba testimonial. La razón indica que el testigo digno de crédito es aquel que pudo presenciar los hechos y tiene la voluntad de decir la verdad. Ésta última se prueba por la concordancia de sus declaraciones con el hecho material, la interna coherencia de la misma y su consistencia con otros testimonios; v. La única conclusión posible a partir de los indicios. Tratándose de indicios éstos deben ser graves, precisos y concordantes, pero, además, no deben (por lo menos en materia criminal) admitir otras explicaciones. En el caso contrario, el tribunal habrá de indagar si las otras explicaciones en competencia con la principal inculpatoria son posibles. De serlo, habrá que aceptar la interpretación que propone

Ahora bien, si por formalizar las reglas de la sana crítica se entiende la primera acepción propuesta, el carácter vinculante de las mismas, aunque posible, puede no ser deseable ni conveniente. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el artículo 30 recién comentado sólo dispusiera la prescripción de su inciso primero, con carácter obligatorio para el juez. Probablemente en muchos casos, la ponderación reglada de la prueba, conllevaría la comisión de una gran injusticia (perjuicio del menor) que estaría reñida con los criterios de la razón práctica (lo correcto en el caso particular).

Si por formalizar, por el contrario, se entiende lo segundo (sentido débil), yo diría que el carácter tendencialmente vinculante de ciertas reglas de sana crítica es posible, deseable e incluso conveniente en atención a los fines y valores que el proceso judicial persigue.

A esta conclusión se puede llegar por varios caminos: históricamente, los sistemas de prueba legal o tasada contienen en sus normas sobre ponderación de la prueba, por lo menos contextualmente, un buen número de reglas de sana crítica. Cuestión que a las claras muestra que la formalización de las mismas (no todas, por cierto) es posible. En los sistemas de prueba libre o ponderación racional de la prueba he afirmado más arriba que no es posible desagregar las etapas que integran el *iter* probatorio, sino de manera muy artificial y poco conveniente en términos explicativos de la actividad de ponderación de la prueba judicial. Por lo mismo, explicitar las relaciones vaso comunicantes entre las leyes regulatorias de la prueba y los criterios de ponderación de la misma se muestra como un paso necesario de asepsia mental para comprender la naturaleza normativa de las reglas de la sana crítica. Finalmente, aunque no se trata de una enumeración taxativa, la literatura especializada muestra que uno de los mayores defectos de la llamada ponderación libre de la prueba, a la manera en que la entienden los abolicionistas, reside en que ella no ha estado en condiciones de entregar criterios objetivos de valuación de la prueba, con lo que el riesgo de arbitrariedad de los sentenciadores ha aumentado considerablemente²¹.

la parte inculpada. Por ejemplo, se ha cometido un homicidio y junto al cadáver se halla un teléfono móvil. Al dueño del teléfono le asiste la posibilidad de proponer un conjunto de hipótesis que justifican o explican la presencia del objeto en el lugar del crimen (se lo habían robado tiempo atrás; lo había perdido; se lo había prestado a la víctima, etc.). Véase MITTERMEIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal* (2º edición, Madrid, Revista de Legislación, 1837), pp. 121-122.

²¹ Como ha señalado Ferrajoli, “el abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la ‘libre convicción’, que por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no

Respecto a este punto, prácticamente no hay discrepancia entre los teóricos, cuestión que habla a favor de la conveniencia de algún grado, aunque sea mínimo, de formalización en materia de ponderación de la prueba judicial.

Sin embargo, los partidarios de la prueba libre no están dispuestos a aceptar que normativamente se establezcan reglas de ponderación (aunque sea sólo de una forma débil o tendencialmente vinculante), pues ello supondría renunciar a lo que constituye el núcleo mismo de su argumento: en la ponderación de la prueba judicial está en juego nada más que la verdad. En palabras de uno de sus grandes referentes: “la concepción racional del libre convencimiento del juez es epistémicamente válida, en la medida que admite –e incluso requiere– que la valoración de las pruebas se dirija hacia la determinación de la verdad de los hechos. Entendido de este modo, el principio del libre convencimiento implica la eliminación de normas que, al determinar el valor legal de las pruebas, constituirían un obstáculo para esa determinación”²².

IV. DESMONTANDO EL ARGUMENTO ABOLICIONISTA DESDE DENTRO

Las afirmaciones de los partidarios de la teoría racional de la prueba (en un número significativo abolicionistas también), con todo, descansan en algunos supuestos que difícilmente se pueden mantener en pie en el contexto normativo de la prueba judicial. Entre ellos se encuentran el convencimiento de que en la fase probatoria judicial lo más importante (sino lo único) es la averiguación de la verdad de los hechos; que en la

legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acríticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales. Recibida en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia, permitió eludir a ambas, en el plano teórico y en el práctico, el enorme problema de la justificación de la inducción, sobre el que, de Hume en adelante, se ha esforzado la reflexión epistemológica. Y ha terminado por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces. Así, ha ocurrido que el rechazo de las pruebas legales como condiciones suficientes de la condena y de la pena se ha convertido de hecho en la negación de la prueba como condición necesaria de la ‘libre’ convicción sobre la verdad de los presupuestos de una y otra; y que el principio de la libre convicción, en vez de actuar como presupuesto indispensable de la garantía de la carga –o, cuando menos, de la necesidad– de la prueba, ha entrado en contradicción con ella, haciendo vana toda su función normativa”. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez et Al., Madrid, Ed. Trotta, 2014), p. 139.

²² TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad* (Madrid, Marcial Pons, 2010), p. 185.

búsqueda de la verdad se puede (y debe) desagregar, como he mostrado, conceptualmente los momentos de selección del material probatorio, valoración y determinación del quantum, siendo la fase de valuación de las pruebas la sede natural de la búsqueda de la verdad mediante recursos únicamente epistemológicos; que la determinación de la verdad de los hechos en la fase de ponderación es posible sólo gracias a la aplicación de criterios y métodos propios de la racionalidad de base empírica; que es posible distinguir con precisión conceptual y con efecto pragmático las reglas o normas probatorias en general de las leyes racionales de la valuación de las pruebas al momento de la ponderación de las mismas.

Estas ideas que pretenden contribuir a una cierta asepsia mental del sentenciador y a una validación (justificación) racional de la decisión resultan, a mi modo de ver, un tanto forzadas. Ello por, a lo menos, tres razones.

En primer lugar, puesto que la prueba judicial se verifica dentro de un proceso de igual naturaleza, no es posible comprenderla correctamente sin atender a la razón de ser del proceso. De acuerdo a Couture “la idea de proceso, decíamos, es necesariamente teleológica, pues sólo se explica por su fin. El proceso por el proceso no existe. El fin del proceso, agregábamos, es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción. Ese fin es privado y público, según trataremos de demostrar. Satisface al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción”²³. Y es esta particularidad del proceso judicial, proyectada a su etapa probatoria, la que explica, a mi juicio, muchas de las reglas de prueba que perturban a los abolicionistas (exclusiones de prueba; privilegios; estándares diferenciados, etc.).

En segundo lugar, muchos sistemas probatorios consagran la existencia de procedimientos adversariales o contradictorios, cuyos principales protagonistas son las partes litigantes (incluso en materia probatoria). En éstos no parece ser fundamental la “búsqueda de la verdad”, sino más bien a otros motivos político-morales. “El papel dominante de las partes y sus abogados en la investigación de los hechos en el sistema angloamericano se refleja también en la facultad que tienen de activar la aplicación del derecho probatorio. Esto es en gran parte cierto incluso respecto de las normas que tienen por objeto garantizar la exactitud en la investigación de los hechos. Los jueces no tienen el deber de excluir pruebas comprendidas en una categoría problemática en el campo epistemológico y rara vez lo harán por iniciativa propia. Técnicas consideradas muy valiosas para

²³ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho porcesal civil* (Buenos Aires, Ed. B de F, 2014), p. 118.

el descubrimiento de la verdad –incluyendo en venerado interrogatorio cruzado– sólo tienen lugar si así lo desean las partes”²⁴.

La opción política por la forma en cómo se distribuyen los riesgos de error dentro del proceso judicial, en tercer lugar, tampoco es de naturaleza epistemológica y, de acuerdo a algunos, dicha forma siempre depende de elementos de naturaleza extra epistemológica (morales y políticos) sin los cuales no se puede comprender las opciones mismas de distribución. “Desde una perspectiva puramente epistemológica, cualquier base de evidencia –tenue o densa por igual– es una base admisible para determinar probabilidades, en la medida que los jueces tienen este factor en consideración. Desde esta perspectiva, es enteramente racional para los jueces tanto confirmar como negarse a confirmar la preponderancia de la prueba sobre una base tenue de evidencia. Para expresarlo en términos más precisos: no es asunto de la epistemología derivar consecuencias de adjudicación de sus reglas. La epistemología no puede decidir si los jueces deben basar sus decisiones de adjudicación sobre probabilidades estimadas que no llevan más peso. Tales decisiones de distribución de riesgo y error de alguna u otra forma involucran un importante componente político y moral. Las decisiones políticas y morales, por tanto, permean la búsqueda de los hechos en todas las etapas. El juicio sobre los hechos buscados depende más de la moralidad de lo que depende de la epistemología”²⁵.

Estas características de las leyes reguladoras de la prueba, que afirmo impactan en el contenido de las reglas de la sana crítica al momento de la ponderación de la prueba, tienen por cierto un contenido racional, pero de una racionalidad que desborda los límites de los métodos de las ciencias factuales. En tal sentido Summers ha llegado incluso a proponer una revisión del concepto prácticamente en desuso de “verdad formal” señalando que “el concepto de verdad legal ‘formal’, en aquellos casos en que diverge de la verdad sustantiva, no ha de ser necesariamente despreciado. Si el sistema está bien diseñado y si, en un caso particular de divergencia, razones relevantes para tal divergencia están en juego, la divergencia es meramente el precio que tenemos que pagar por un sistema multipropósito complejo en el cual la verdad, y lo que legalmente se sigue de ella, constituye sólo un valor más entre una variedad importante de otros valores que compiten por realizar el derecho”²⁶.

²⁴ DAMASKA, Mirjan R., *El derecho probatorio a la deriva* (trad. Jordi Picó i Junoy, Madrid, Marcial Pons, 2015), p. 94.

²⁵ STEIN, Alex, *Foundation...* cit. (n. 1), p. 133.

²⁶ SUMMERS, Robert S., *Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding—their Justified Divergence in Some Particular Cases*, en *Law and Philosophy* 18 (1999), pp. 510-511.

Si bien se lo piensa, todas estas razones funcionan, desde una perspectiva meramente epistemológica, como diluyentes o contaminantes de cualquier pretensión de búsqueda de la verdad (como correspondencia con la realidad). En otros términos, si por sana crítica se entiende sólo el uso teórico de la razón en su esfuerzo por aprehender la verdad en la fase probatoria judicial, resulta claro que la presencia de disposiciones jurídicas que “contaminan” la fase de valoración de la prueba son un obstáculo insalvable para alcanzar tal propósito.

Ahora bien, si es posible afirmar que existen ciertos compromisos relativamente evidentes de naturaleza epistemológica y extra epistemológica en el diseño del sistema probatorio judicial que conviven con un genuino interés por establecer, en la medida de lo posible, la verdad de los hechos, ¿no sería conveniente y deseable que los sentenciadores, por lo menos a nivel conceptual, dispusieran de criterios y reglas de valoración de la prueba que conciliaran los compromisos epistémicos y meta epistémicos involucrados en la fase probatoria?

A mi juicio la respuesta debe ser afirmativa. Obrando de esta manera es posible reconciliar los elementos epistémicos y extra epistémicos presentes en todo proceso judicial (incluida la fase de prueba) mediante el reconocimiento de ciertos criterios y reglas que justifican contextualmente la decisión de un sentenciador en términos intersubjetivos.

V. ARMONIZANDO LAS IDEAS DE “LEYES REGULADORAS DE LA PRUEBA” CON LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

Afirmar que el valor rector de la ponderación de la prueba en sede judicial es la averiguación de la verdad de los hechos sin ningún obstáculo institucional (reglas), como lo hacen los abolicionistas, supone, por una parte, negar la pertinencia en la valuación de la prueba de toda restricción a la información (cuestión que “empobrece” el material probatorio en términos epistémicos) y, por otra, clasificar a las leyes reguladoras de la prueba de acuerdo a su contribución u obstrucción a la averiguación de la verdad. En tal sentido, la tesis que subyace a los partidarios de esta posición es que lo más relevante en un proceso judicial es la averiguación de la verdad. Para prever cualquier objeción se apresuran a ofrecer, desde Bentham en adelante, un argumento²⁷ bastante persuasivo, pero como mostraré a continuación un tanto extraviado.

²⁷ “La exclusión de toda evidencia podría llegar a ser la negación de toda justicia”. BENTHAM, Jeremy, *Treatise of judicial evidence* by M. Dumont (London, Messrs. Baldwin, Cradock and Joy., 1825), p. 227.

La desconfianza que manifiestan los abolicionistas por las reglas de exclusión de prueba se sustenta sobre la idea de la relevancia y fiabilidad de la prueba para garantizar un veredicto conforme a la verdad de los hechos. En tal dirección afirman que “la gran mayoría de las reglas de exclusión vigentes no se fundamentan en el temor de que los medios excluidos puedan contribuir u oscurecer los argumentos presentados en el caso en cuestión. Por el contrario, se excluyen pruebas muy relevantes –pruebas que indudablemente podrían reducir el porcentaje global de veredictos erróneos– por razones que nada tienen que ver con la búsqueda de la verdad”²⁸.

Dentro de este mismo horizonte teórico las leyes reguladoras de la prueba son clasificadas, como he dicho, conforme a su aptitud o ineptitud para averiguar la verdad. Así algunos teóricos hablan de reglas reguladoras de la prueba de contenido contra-epistemológico y otras epistemológicas y aún otras neutras. Asimismo, se usa la expresión de “reglas coadyuvantes de la búsqueda de la verdad” y otras contrarias a la misma, a propósito de las situaciones referidas a la limitación temporal de los procesos judiciales; las reglas de exclusión probatoria; las presunciones de derecho y otras de similar naturaleza. En este registro, el principal objetivo del derecho procesal es la averiguación de la verdad y por ello incluso se llega a afirmar que las normas contra-epistemológicas son desviaciones a los fines mismos del proceso judicial. “Se trata, por regla general, de reglas que, orientándose primariamente a asegurar la tutela de determinados valores extraprocesales que se consideran relevantes, hacen prevalecer éstos frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad”²⁹.

El argumento persuasivo en el cual funcionan las objeciones a las reglas de exclusión y la clasificación tripartita de las leyes reguladoras de la prueba en atención a sus compromisos epistemológicos ha sido bien expresado por Taruffo: “según la opinión dominante, el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de una de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías”³⁰. Cuestión que permite, en este contexto como condición *sine qua non*, la realización de la justicia.

Aunque el argumento precedente, así como las otras dos ideas antes comentadas, en parte llevan la razón (la averiguación de la verdad de los hechos es relevante en todo proceso judicial y, muchas veces, de ella de-

²⁸ LAUDAN, Larry, *Verdad...* cit. (n. 4), p. 177.

²⁹ GASCÓN, Marina, *Los hechos...* cit. (n. 10), pp. 118-119.

³⁰ TARUFFO, Michele, *La prueba* (trad. Laura Manriquez y Jordi Ferrer, Madrid, Marcial Pons, 2008), p. 56.

pende la realización de los fines del derecho mismo) equivocan el punto de partida y, por lo mismo, no expresan de maneras adecuadas las características de los procesos judiciales en los cuales la fase probatoria es sólo una parte, pero no necesariamente la más relevante.

En general los teóricos del proceso judicial (no los de la prueba o la epistemología) afirman que éste tiene algunos compromisos propios y definitorios que deben ser satisfechos en todo el *iter* procesal. Roxin, por ejemplo, refiriéndose al proceso penal no duda en señalar que “el establecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”³¹. Incluso Anderson, Schum y Twining, partidarios de la prueba libre en términos epistemológicos, cuando comentan bajo este registro intelectual las disposiciones de la *Federal Rules of Evidence*³² norteamericana se ven obligados a admitir que, además de simplificar la fase probatoria para el jurado o el juez al contener en un cuerpo normativo común las leyes reguladoras de la prueba, el conjunto de disposiciones de naturaleza contra-epistemológica se encuentra justificado por un conjunto razonable de valores y compromisos extra-epistemológicos. Que incluso un benthamiano moderado (así le llaman a quien realiza estas concesiones) estaría dispuesto a aceptar.

Claro que la aceptación que estos autores tienen en mente deber sortear un filtro epistémico y, en tal sentido, insisten en que toda limitación a la información produce algún grado de perjuicio. Por lo mismo lejos de

³¹ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. Daniela Códoba y Gabriel Pastor, Buenos Aires, Editores de Puerto, 2000), p. 191.

³² Estos autores centran su atención, entre otras, en las reglas 402 y siguientes, sobre exclusión de prueba. Sólo a modo ejemplar, serían contra epistémicas, entre muchas otras, las reglas 403 y 407. La primera dispone que: “*Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence*”; mientras que la segunda, sobre Subsequent Remedial Measures, señala que “*When measures are taken that would have made an earlier injury or harm less likely to occur, evidence of the subsequent measures is not admissible to prove: negligence; culpable conduct; a defect in a product or its design; or a need for a warning or instruction. But the court may admit this evidence for another purpose, such as impeachment or — if disputed — proving ownership, control, or the feasibility of precautionary measures*”. En ambos casos hay exclusión de información relevante, aunque por motivos diversos. *Federal Rules of Evidence*, disponible en: <https://www.rulesofevidence.org/table-of-contents/>.

preguntarse por el eventual valor que dichas reglas (contra-epistemológicas) podrían tener para el derecho probatorio se apresuran a sostener que “las reglas como éstas, o las razones dadas para su promulgación, identifican como una cuestión de derecho los efectos que son impropriamente perjudiciales. Pero cuando la pregunta es si los efectos perjudiciales impropios deben pesar más que el valor probatorio legítimo de la prueba presentada, la habilidad en el micro análisis y el uso de los principios lógicos entregan las herramientas necesarias para construir los argumentos persuasivos sobre el asunto”³³. Así las cosas, lo único que cabe respecto a este tipo de reglas es lograr desarrollar argumentos con una fuerza persuasiva suficiente como para lograr en el caso en cuestión su desactivación normativa, con prescindencia del valor jurídico-político que éstas afirmen.

Esto, a mi juicio, constituye un error. Lo es simplemente porque desloca la prueba judicial de su lugar propio (el proceso) y, sin ningún tipo de fundamento, hace descansar la función jurisdiccional en su aptitud para resolver los conflictos no tanto conforme a derecho, sino que sobre la certeza (razonablemente exigida) de los hechos. Por lo mismo no advierte (porque no está en condiciones de hacerlo) las particularidades de la prueba judicial y su aptitud para la realización de valores jurídicos (que no necesariamente epistémicos).

Por el contrario, cuando la cuestión de la prueba judicial se aborda desde una perspectiva normativa más amplia, resulta evidente que las leyes reguladoras de la prueba no constituyen un impedimento u obstáculo para la satisfacción del proceso y el derecho, sino que ellas representan estrategias racionales y razonables para tal fin. A propósito de esto, Summers ha identificado, dentro de las denominadas reglas contra epistémicas, un conjunto de valores asociados que no duda en calificar como absolutamente razonables. Entre ellos destaca la idea de resolver el conflicto jurisdiccional de manera definitiva, aunque ello suponga resolver muchas veces de espaldas a la verdad como correspondencia. “En la medida que este factor está actuando, el procedimiento judicial puede ser caracterizado menos como una búsqueda de la verdad sustantiva que como una búsqueda por un vencedor definitivo. Algunas veces se ha dicho que en un caso judicial no puede haber empate. Pero la búsqueda por un vencedor definitivo, también, sirve a distintos propósitos, y no es injustificada. Hay un poderoso interés en la resolución de la controversia como tal. La controversia puede ser altamente improductiva para las partes involucradas en ella. Frecuen-

³³ ANDERSON, T. – SCHUM, D. – TWINING, W., *Analysis...* cit. (n. 1), p. 302.

temente interfiere con lo que de manera más provechosa se persigue. Y esto también es un costo para la comunidad³⁴.

Junto con la búsqueda de un vencedor definitivo y la consecuente resolución del litigio, se halla una constelación de otros valores asociados: la armonía familiar, la confianza en las personas e instituciones; la protección de las garantías individuales en contra de los poderes estatales; la protección de la dignidad individual mediante la proscripción a la autoincriminación, etc. Estas ideas, con todo, para ser operativas en un proceso judicial deben estar normativamente disponibles en el sistema (esto permite la corrección y justificación de la resolución del caso particular, tal como lo ha propuesto Alexy). Es precisamente en este punto en que las normas procesales en general y las leyes reguladoras de la prueba en particular cobran importancia para definir la manera de tornar operativa la sana crítica mediante reglas tendencialmente vinculantes derivadas del propio ordenamiento.

Por lo mismo, la disposición 30 de la ley 19.968 comentada un poco más arriba, al aceptar la posibilidad de dar por probados ciertos hechos de manera convencional (cuestión que en caso alguno garantiza la averiguación de la verdad de los hechos mismoa) no puede ser sensatamente clasificada como una regla contra epistemológica, sino más bien, y aunque parezca raro, como una de sana crítica con toda propiedad en la medida que ella pueda ser conectada (circunstancialmente) de forma apropiada con el principio rector contenido en la propia disposición: el interés superior del niño, niña o adolescente.

El artículo 30 recién comentado no es, por cierto, una disposición aislada en el derecho de familia, ni en los órdenes normativos en que el sistema de la sana crítica (libre ponderación) ejerce su influjo. En tal sentido, en cuanto a los fines del procedimiento, la ley 19.968 sobre Tribunales de Familia dispone en su Título III, Párrafo I (artículos 9 y siguientes) un conjunto de principios propios del procedimiento ante los tribunales de familia que realiza ciertas concesiones a “otros” valores diversos a la “bús-

³⁴ SUMMERS, Robert S., *Formal Legal Truth...* cit. (n. 26), p. 506.

queda de la verdad”³⁵: “resolución colaborativa del conflicto” en vistas del “interés superior del menor”³⁶.

En materia penal, a su vez, encontramos igual disposición en el artículo 275, aunque ahora inspirada en otro principio: el de economía procesal³⁷. También en sede penal es posible hallar reglas sobre exclusión de prueba, tal como lo dispone el artículo 276. Pero ¿qué duda cabe del valor epistemológico de la información inválidamente obtenida³⁸?

Finalmente, en lo que a garantías constitucionales toca, el artículo 19 n° 7 de la Constitución de la República dispone un catálogo de reglas que difícilmente coadyuvan a la búsqueda de la verdad³⁹; pero que sí se dirigen

³⁵ “Artículo 9.- “Principios del procedimiento. El procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de la inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes. Artículo 14.- Colaboración. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas”. Artículo 16.- “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”..

³⁶ Para un estudio más detallado de la forma en que los principios propios del derecho procesal de familia impacta en el ámbito probatorio, especialmente en las denominadas “presunciones negativas”, véase LARROUCAU, Jorge, *Presunciones, negativa (in)justificada y peritaje de ADN en la filiación*, en *Revista de Derecho de Familia* 4 (2014), pp.21-49.

³⁷ Artículo 275 CPP: “Convenciones probatorias. Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si los hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que de por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia. Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieren por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral”.

³⁸ Artículo 276 CPP: “Exclusión de pruebas para el juicio oral... El juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral”.

³⁹ Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas: 7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco

de manera inequívoca a la satisfacción de otros valores (más) relevantes para el derecho.

No hay duda de que estas normas son reguladoras, en algún sentido, de la prueba judicial. Sin embargo, cuando se sigue la opinión de los llamados abolicionistas la existencia de éstas, como su naturaleza, queda en entredicho. Ello, porque de acuerdo a los partidarios de la prueba libre de naturaleza únicamente epistemológica, estas normas, por una parte, entorpecen la averiguación de la verdad por su función contra epistémica y, por otra, su existencia se justifica y explica únicamente en cuanto se trata de ciertas concesiones a la moral dentro del derecho, concesiones que sería mejor erradicar. Por el contrario, al hilo de lo que vengo argumentando, cuando se entiende que la sana crítica, como caso especial del discurso práctico, puede ser metodológicamente guiada en orden a alcanzar la corrección del razonamiento en un contexto normativo, resulta que las leyes reguladoras de la prueba son las que confieren el carácter de regla de sana crítica a la ponderación de la prueba judicial en un caso particular, precisamente en la medida que dicha ponderación puede conectarse lógicamente con la norma reguladora de la prueba y ésta, eventualmente, con el o los principios subyacentes a la rama jurídica de que se trate.

En este contexto, insisto, constituye una regla de sana crítica la disposición contenida en el artículo 30 de la Ley 19.968 en cuanto otorga mayor valor probatorio a un medio que es comparativamente menos valioso en orden a la averiguación de la verdad (convención probatoria) precisamente en atención al contexto normativo de la rama del derecho de familia. En otras palabras, constituye una regla de sana crítica en materia probatoria de derecho de familia en preferir la convención probatoria a “otras pruebas” de los hechos, en la medida que dicha convención garantice la realización del valor subyacente: el interés superior del niño, la niña o el adolescente⁴⁰.

Por todo lo anterior, si por reglas de la sana crítica se entiende, por tanto, todos aquellos insumos que hacen posible el correcto ejercicio de la sana crítica en materia de prueba judicial, qué duda cabe que muchas de las normas regulatorias de la prueba expresan una dirección de la razón práctica (no sólo teórica) que, si bien no desatiende a la verdad, en algunos casos también va más allá de ella. En tal sentido, volviendo a la cuestión sobre el carácter tendencialmente vinculante de las reglas de la sana crítica, no sólo parece posible formalizarlas (aun que sea en un sentido

podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”.

⁴⁰ En otro lugar he mostrado que el mismo fenómeno se observa en el ámbito del derecho laboral a propósito del principio de protección al trabajador. Véase ARELLANO, Pablo – BENFELD, Johann, *Reflexiones...* cit. (n. 7).

débil), sino que además sería muy deseable y conveniente que los jueces las conocieran y no las olvidaran al momento de ponderar la prueba y, si bien parece desaconsejable obligar a los sentenciadores a seguirlas acríticamente (como, por cierto, nunca se los ha obligado), debiesen ellos, por lo menos, tener conciencia que para prescindir de dichas reglas o pautas racionales derivadas de la conexión normativa entre los principios de las ramas sustantivas y adjetivas correspondientes (derecho de familia, penal, laboral, etc.) han de dar muy buenas razones que justifiquen una decisión que, en teoría, los aparta de la sana crítica.

VI. CONCLUSIONES

Vincular normativamente la idea de “sana crítica” con la de “reglas de la sana crítica” supone, como he afirmado, distinguir entre la facultad de juzgar y las direcciones metodológicas para asegurar la verdad y la corrección del juicio. En tal sentido, si la fase de ponderación de la prueba judicial se inscribe dentro de un registro más amplio, a saber, el del razonamiento jurídico (presente en todo el *iter* procesal), la corrección de la misma supone la posibilidad de derivar los criterios de valuación de la prueba en sede judicial de las normas jurídicas disponibles en el sistema. Ello, a su vez, permite una cierta formalización de las reglas de la sana crítica (allende las pretensiones epistémicas del sistema probatorio) de carácter tendencialmente vinculante. Esta vinculación es, no obstante, sólo tendencial, en la medida que no predispone al juez a valorar en una sola dirección, sino que le señala el destino y propósito (mediante los principios sustantivos de la rama particular de que se trate: derecho penal, laboral, de familia, etc.) de la operación junto con disponer de los medios idóneos para encaminarse hacia la realización del mismo.

La estrategia propuesta, me parece, permite desactivar las ideas abolicionistas sobre las leyes reguladoras de la prueba judicial que sólo han causado confusión a los operadores jurídicos, desnaturalizando la función y naturaleza propia de la prueba judicial. En tal dirección, en este trabajo he afirmado entre otras cosas que i. las leyes reguladoras de la prueba condicionan normativamente a la sana crítica determinando de alguna manera sus reglas; ii. que la libertad de ponderación asociada a la sana crítica no consiste en la averiguación de los hechos y la búsqueda de la verdad sin restricciones normativas en la fase de ponderación, sino más bien en la posibilidad que tiene el sentenciador en dicha fase de realizar de la mejor manera posible los fines del procedimiento en el cual la prueba se verifica, y iii. que, aunque la averiguación de la verdad de los hechos es relevante en todo proceso judicial y, muchas veces, de ella depende la realización

de los fines del derecho mismo, de ello no se sigue que la fase probatoria judicial sea la más relevante dentro del proceso o que el proceso mismo se estructure y oriente de acuerdo a dicha fase y sus posibles compromisos epistemológicos.

Estas afirmaciones van incluso más lejos del lema propuesto por Stein: “*morality picks up what the epistemology leaves off*”⁴¹; en cuanto el aspecto normativo de las reglas de la sana crítica no se deriva de las deficiencias epistemológicas de una decisión en condiciones de incertidumbre, sino más bien del carácter normativo del derecho mismo (dentro del cual se verifica el proceso judicial)⁴².

Por todo lo anterior, he procurado mostrar en este pequeño estudio que las denominadas reglas de la sana crítica, referidas a la prueba judicial, tienen un carácter normativo y tendencialmente vinculante. Es, por cierto, una aproximación aún poco explorada que requiere de desarrollo. Éste debiese contemplar, como primer paso, la elaboración de criterios que permitan articular de manera explícita y armónica tanto las leyes reguladoras de la prueba judicial como los principios específicos de las diversas ramas del derecho en que la sana crítica se aplica, a fin de determinar en las diferentes ramas procesal cuántas leyes reguladoras de la prueba expresan reglas de sana crítica (en cuanto es posible vincularlas armónicamente con los principios inspiradores de la rama de que se trate). Obrando de esta manera se podrá comprender mejor el carácter libre de la ponderación de la prueba judicial conforme a la sana crítica; ya no como la simple expresión de la aplicación del método de la ciencia moderna para la averiguación de la verdad de los hechos (como correspondencia) dentro de un proceso judicial carente de leyes reguladoras de la prueba, sino como el margen de discreción que tiene el juez dentro del proceso para elegir los medios más idóneos para la satisfacción de los fines del mismo, dentro de los cuales la averiguación de la verdad de los hechos es uno más (y no necesariamente el más importante).

⁴¹ STEIN, Alex, *Foundation...* cit. (n. 1), p. 12.

⁴² Cuestión que, por lo demás, advierte sin mucho entusiasmo uno de los grandes epistemólogos de la prueba judicial. Laudan, refiriéndose a las ideas de “estándar de prueba”, “presunción de inocencia”, “beneficio de la duda” y “carga de la prueba” escribe: “aunque ninguno de estos cuatro preceptos está inspirado en la búsqueda de la verdad deben no obstante, ocupar un lugar central en un libro de epistemología del derecho procesal penal, dado que, pese a no estar basados en razones epistémicas, tiene profundas repercusiones en este ámbito”. LAUNDAN, Larry, *Verdad...* cit. (n. 4), p. 60.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, *Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 32 (2009), 1, pp. 347 - 362.
- AGUILAR, Alejandra, *Aproximación a una noción conceptual del estándar de prueba en el procedimiento laboral chileno*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* 4 (2016), 1, pp. 11-30.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza y I. Espejo, Lima, Palestra, 2016).
- ANDERSON, T. – SCHUM, D. – TWINING, W., *Analysis of Evidence* (2^o edición, Middletown, Cambridge University Press, 2017).
- ANDERSON, T. – SCHUM, D. – TWINING, W., *Análisis de la prueba* (trad. F. Carbonell et Alt., Madrid, Marcial Pons-U. Alberto Hurtado, 2015).
- ARELLANO, Pablo – BENFELD, Johann, *Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso Kronos*, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 6 (2017), 2, pp. 3 - 24.
- BENFELD, Johann, *El origen del concepto de sana crítica*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 35 (2013), pp. 169-185.
- BENFELD, Johann, *Una concepción no tradicional de la sana crítica en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 45 (2015), 2, pp. 153-176.
- BENTHAM, Jeremy, *Treatise of judicial evidence* by M. Dumont (London, Messrs. Baldwin, Cradock and Joy., 1825).
- COLOMA, Rodrigo – AGÜERO, Claudio, *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*, en *Revista Chilena de Derecho* 41 (2014), 2, pp. 673 - 703.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho porcesal civil* (Buenos Aires, Ed. B de F, 2014).
- DAMASKA, Mirjan R., *El derecho probatorio a la deriva* (trad. Jordi Picó i Junoy, Madrid, Marcial Pons, 2015).
- DESCARTES, Rene, *El Discurso del Método* (trad. Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 2010).
- FALCÓN, Enrique, *Tratado de la Prueba Judicial* (2^o edición actualizada, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009), I.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez et Al., Madrid, Ed. Trotta, 2014).
- FERRER, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba* (Madrid, Marcial Pons, 2007).
- FERRER, Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba* (Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2016).
- GASCÓN, Marina, *Los hechos en el derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2010).
- LAUDAN, Larry, *Verdad, Error y Proceso Penal* (trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013).
- LARROUCAU, Jorge, *Presunciones, negativa (in)justificada y peritaje de ADN en la filiación*, en *Revista de Derecho de Familia* 4 (2014), pp. 21-49.
- MATURANA, Javier, *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago, Thompson Reuter, 2014).
- MITTERMEIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal* (2^o edición, Madrid, Revista de Legislación, 1837).

- NAGEL, Thomas, *La última palabra* (trad. P. Belgallo y M. Alegre, Madrid, Gedisa, 2000).
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. Daniela Códoba y Gabriel Pastor, Buenos Aires, Editores de Puerto, 2000).
- SAVIGNY, Federico v., *Derecho Romano* (trad. Jacinto Mesía Manuel Poley, Madrid, Ed. Góngora, 1945), I
- STEIN, Alex, *Foundations of Evidence* (N.Y., Oxford University Press, 2005).
- STRECK, Lenio Luiz, *La expansión de la hermenéutica filosófica en el derecho*, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 35 (2012), pp. 217-233.
- SUMMERS, Robert S., *Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding -their Justified Divergence in Some Particular Cases*, en *Law and Philosophy* 18 (1999), pp. 497-511.
- TARUFFO, Michele, *La prueba* (trad. Laura Manriquez y Jordi Ferrer, Madrid, Marcial Pons, 2008).
- TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad* (Madrid, Marcial Pons, 2010).
- WALTON, D. – KRABBE, E., *Argumentación y Normatividad Dialógica* (trad. Cristian Santibáñez Yáñez, Lima, Astra, 2017).

RECURSOS DE INTERNET

Federal Rules of Evidence, disponible en: <https://www.rulesofevidence.org/table-of-contents/>.

