

Conceptos y razonamientos probatorios*

*Rodrigo Coloma Correa***

RESUMEN

Este texto identifica relaciones entre un conjunto de conceptos probatorios básicos y distintas formas de razonamiento. Aquello es útil para dotar de un mayor rendimiento a tales conceptos en el marco de la ejecución de tareas conducentes a la decisión de los hechos. Los conceptos son presentados bajo una estructura de modelo conceptual, lo que implica diferenciar distintas etapas probatorias, según sean los productos a construir. Las formas de razonamiento que se tienen en consideración son: dogmático, epistémico y lógico.

Conceptos probatorios – decidir hechos – etapas probatorias – prueba – razonamiento probatorio

Concepts and evidentiary reasoning

ABSTRACT

The paper identifies the connections among a group of basic evidentiary concepts and different kinds of reasoning. This identification is useful to achieve a better performance of such concepts in executing the tasks that lead to a decision upon facts. Concepts are presented under a structure of a conceptual model, which requires to distinguish different evidentiary phases depending on the products to be built. Doctrinal, epistemic, and logical reasoning are considered in the analysis.

Evidentiary concepts – deciding facts – evidentiary phases – evidence – evidentiary reasoning

* Este trabajo corresponde a resultados de proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1140986 “Conceptos fundamentales del Derecho Probatorio en Chile”.

** Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: rcoloma@uahurtado.cl

Artículo recibido el 30.9.2016 y aceptado para su publicación el 10.7.2017.

“Pero, sin temor, puedo decir que creo que fue una gran ventura para mí el haberme metido desde joven por ciertos caminos, que me han llevado a ciertas consideraciones y máximas, con las que he formado un método, en el cual paréceme que tengo un medio para aumentar gradualmente mi conocimiento y elevarlo poco a poco hasta el punto más alto a que la mediocridad de mi ingenio y la brevedad de mi vida puedan permitirle llegar”.

René Descartes. *Discurso del método*

I. INTRODUCCIÓN¹

En los textos académicos y en las prácticas de los tribunales no es del todo claro qué se busca delimitar mediante el uso de conceptos probatorios como relevancia, credibilidad o valoración de la prueba. Aquello *llama a la perplejidad*, pues los conceptos –junto con las pruebas, las reglas y los argumentos– son piezas claves para la demostración y refutación de los hechos controvertidos².

El análisis que a continuación será realizado intenta precisar las funciones de los conceptos probatorios para la demostración o refutación de hechos en sede de tribunales de justicia. Para estos efectos los conceptos se organizan bajo una estructura de modelo conceptual y, a la vez, se vinculan a diferentes clases de razonamientos³. Al hacer transparentes las formas de razonamiento implicadas en cada concepto probatorio, se facilita el uso de estos últimos a nivel de teoría y de práctica. Las categorías de razonamiento consideradas son: dogmático, epistémico y lógico.

Los presupuestos desde los que se operará son los siguientes:⁴

¹ Una versión preliminar de este texto fue presentada en el seminario de investigación (“Seminario3”) de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Agradezco, especialmente, las observaciones que allí fueron realizadas por Claudio Agüero, Alejandro Calzetta, Mariela Jorquera, Alejandro Romero y Lilian San Martín.

² Los conceptos son importantes para guiar y controlar investigaciones, en cuanto demarcan –desde la perspectiva del uso del lenguaje– aquello a lo que debe prestarse (o no debe prestarse) atención durante la ejecución de determinadas actividades. Wittgenstein, L., *Investigaciones Filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2004, p. 359 (569).

³ Acerca de la búsqueda de relaciones como parte del análisis conceptual, ver Moreso, J., “Prólogo”, en Narváez, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 20.

⁴ Estos presupuestos son desarrollados en Coloma, R., *Bases para un modelo conceptual*, en prensa.

- a) Un modelo conceptual es una construcción teórica cuya principal utilidad radica en la estandarización de las formas de análisis de una cierta clase de problemas⁵. Así, se facilita la producción de conocimientos en un contexto general de restricciones e indeterminaciones. Un modelo conceptual para decidir hechos evita (o reduce) dos actitudes problemáticas⁶ derivadas, por una parte, de que no es posible hacerse cargo de cada uno de los detalles que se presenta en cada caso; y por la otra, de que aun cuando los errores en los resultados pueden reducirse, nunca son del todo eliminables. La primera actitud –que en su versión más radical es posible calificar como de “inmovilismo perfeccionista”– se traduce en un retardo en la gestión del proceso decisional cada vez que un agente se enfrenta a casos no rutinarios. La segunda –que en su versión más radical se puede calificar como de “decisionismo irreflexivo”– se manifiesta en la sustitución de la racionalidad por las preferencias subjetivas del juzgador quien, frente a casos no estandarizados, no tiene empacho para recurrir a su *intuición* o a *sus corazonadas*.⁷
- b) El concepto de “hechos” da cuenta de un conjunto de *dispositivos* que adscriben conductas (u omisiones) a uno o más sujetos que participan en un juicio. Debido a que se deben gestionar expectativas sociales acerca de que lo que se entenderá como un “hecho”, lo que se decida deberá resultar satisfactorio no solo en contextos jurídicos. La categoría más interesante e importante de los hechos es la de “hecho probado”⁸. Hay buenas razones para sostener que el estatus de “hecho probado” (o “no probado”) proviene fundamentalmente de la superación de exigencias institucionales que hacen posible la clausura de un debate mediante la adopción de una decisión definitiva. Un hecho probado es un artefacto lingüístico que adscribe (1) acciones u omisiones jurídicamente relevantes acerca de uno o más sujetos, (2) y que habiendo sido sometido a un proceso de comprobación/refutación (3) ha superado el estándar de prueba institucionalmente establecido.

II. ETAPAS PROBATORIAS Y CONCEPTOS ASOCIADOS

Los conceptos son útiles para organizar el variopinto material del que se dispone en los procesos judiciales para tomar decisiones acerca de si los hechos controvertidos se darán o no por probados. El uso de conceptos –o mejor aún de un modelo conceptual– facilita

⁵ Di Robilant, E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1968, pp. 67 y ss.

⁶ Cfr. Twining, W., “Some scepticism about some scepticisms”, en Twining, W., *Rethinking evidence. Exploratory essays*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois, 1994, pp. 96 y ss.

⁷ Hurcheson, J., “The judgment intuitive: the function of the “hunch” in judicial decision”, en *Cornell Law Quarterly*, N° 14, April 1929, p. 278.

⁸ Estos dispositivos son piezas de lenguaje. Hay otra clase de dispositivos que no ponen la atención en lo probado sino en lo no problematizado, en lo consensuado y en lo que se presume. Coloma, R., *Bases de un modelo conceptual para decidir hechos*, en prensa. Ver también Couture, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, B de F, Montevideo, 2014, pp. 183-194.

la transferencia de materiales probatorios en desorden, hacia estructuras discursivas estereotipadas, como es el caso de los alegatos de abogados o de las sentencias judiciales⁹. El uso de un concepto será exitoso en la medida que reconfigure el material probatorio sin llegar a afectar considerablemente su complejidad y, a la vez, haga posible obtener resultados en tiempos razonables, sin tener que asumir los participantes pesadas cargas de trabajo, o bien, incurrir en costes económicos exorbitantes¹⁰.

Dependiendo del concepto probatorio del que se trate se propicia un determinado tipo de razonamiento u otro. Las categorías que se considerarán son las siguientes: razonamiento dogmático (propone/controla interpretaciones de disposiciones normativas); razonamiento epistémico (propone/controla la calidad del conocimiento producido); y razonamiento lógico (propone/controla la narración que comunica lo probado o lo no probado). La primera categoría (razonamiento dogmático) pone especial atención en la validación normativa de la decisión, esto es, aspira a que los hechos sean deferentes con lo que exige el derecho vigente. Cuando se opera a este nivel, se requiere hacer uso de técnicas de interpretación asentadas en la comunidad jurídica¹¹. Así, un error en este ámbito da lugar a críticas que apuntan a que no se está aplicando el derecho vigente. La segunda categoría (razonamiento epistémico) se ocupa de la validación de los hechos, teniendo en cuenta lo que se acepta en otros contextos reconocidos de producción de conocimientos. Así, por ejemplo, lo que la ciencia o la cultura producen¹² opera como garantía de la calidad de los hechos que se dan por probados¹³. Un error a este nivel provoca críticas que apuntan a que las pruebas disponibles no autorizan a dar

⁹ Aunque no siempre se repara en ello, es indudable que los abogados realizan una importante tarea de ordenación, filtro y reconstrucción de lo que el sentido común –junto con algunos conocimientos básicos de *lo que dice el Derecho*– sugiere a sus representados acerca de lo que es jurídicamente relevante. En el desempeño de aquellas actividades, los abogados recurren a conceptos asentados en la comunidad jurídica y así modelan pruebas, reglas y argumentos de manera funcional a sus pretensiones de salir victoriosos.

¹⁰ Un ejemplo de modelo conceptual se observa en la manera en que se decide si hay o no hay delito. Como se sabe, la interpretación estándar de la comunidad de los penalistas sostiene que el delito es una “acción (u omisión) típica, antijurídica y culpable”. Así, enfrentados a ciertos enigmas, jueces, abogados y académicos –más allá de sus discrepancias– coinciden metodológicamente en la manera de construir soluciones (lo harán en la tipicidad, en la antijuridicidad o en la culpabilidad). Una vez identificada la categoría apropiada, se sitúan en un ámbito más específico, como podría ser el del error de tipo, de la legítima defensa o de la inimputabilidad. El modelo conceptual implica ciertas simplificaciones respecto de las valoraciones de la conducta que se juzga, o lo que vendría siendo lo mismo, supone consensos respecto de lo que hay que considerar irrelevante como razones para castigar, como sería el caso de la peligrosidad del agente o del parentesco con el agresor. Como se sabe, aquello no ha sido históricamente así, sin perjuicio de que en algunos tipos penales vigentes tales propiedades sigan siendo relevantes. Un análisis más detallado puede verse en Coloma, R., *Bases para un modelo conceptual*, en prensa.

¹¹ Ver, entre otros, Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

¹² En el modelo de la “sana crítica” la garantía epistémica del razonamiento probatorio se vincula a la sujeción del juzgador a los conocimientos científicos y a las máximas de la experiencia.

¹³ En términos simples, de lo que se trata con el razonamiento epistémico es de evitar, en la medida de lo posible, el uso y aceptación de enunciados que –desde ciertas perspectivas– se consideren falsos. Aquello no implica asumir una concepción fuerte de verdad, como podría serlo la de verdad como correspondencia, sino que basta con una más débil, como lo es la de verdad como coherencia.

por probados los hechos según aparece en las sentencias¹⁴. La tercera categoría (razonamiento lógico) pone el foco en la clase de discurso que debe construirse para justificar la decisión de los hechos a partir de la prueba disponible¹⁵. Esta forma de razonar depende considerablemente del estándar de prueba que en el caso concreto resulte aplicable¹⁶, pues mediante este se cautela que el texto no incurra en saltos argumentales que vayan más allá de lo tolerable¹⁷. El análisis que se realizará se hace cargo del contexto en que el razonamiento se desarrolla, esto es, opera bajo el entendido de que las decisiones judiciales no admiten postergarse indefinidamente, ni revisarse una vez que adquieran el estatus de ejecutoriadas (salvo circunstancias extraordinarias como las del recurso de revisión). Un error a este nivel genera críticas que apuntan a que el texto de la sentencia es insuficiente para justificar los hechos probados, incluso si las pruebas hubieren sido apabullantes: el problema, entonces, no es de decisión, sino de texto¹⁸.

* * *

A continuación se reconstruye un modelo que subyace a distintos procesos judiciales en lo que concierne a la gestión de problemas de decisión y justificación de los hechos. El modelo no se apega a uno o más procedimientos específicos (penal o civil¹⁹, por ejemplo), sino que da cuenta de rasgos sobresalientes de estos, en términos de hacer reconocible el papel que los conceptos desempeñan en la validación de los hechos. La reconstrucción,

¹⁴ La crítica también podría ser de que los medios de prueba autorizaban a dar por probados los hechos que no se dieron por probados.

¹⁵ En su conocido libro *The uses of Argument*, Stephen Toulmin llega a conclusiones útiles para aclarar lo que es el razonamiento lógico. En un primer punto, Toulmin aboga por el acercamiento entre la lógica y la epistemología, incluso en términos de que debiesen configurar una sola disciplina. Además, se observará, en lo que sigue, que en la clasificación de los conceptos básicos comprometidos, ya sea con el razonamiento epistémico o lógico, hay casos que parecieran situarse en la frontera entre ambas categorías, como es el caso del estándar de prueba cuyas implicaciones epistémicas son indudables. En un segundo punto, Toulmin habla de la importancia del método comparativo para abordar cuestiones de lógica, lo que supone particularidades de los argumentos según sea el campo en que se opere. Por último, sugiere Toulmin reintroducir en los estudios de lógica consideraciones empíricas, históricas e, incluso, antropológicas. Toulmin, S., *Los usos de la argumentación*, Península, Barcelona, 2003, pp. 320-328.

¹⁶ Así, por ejemplo, en algunos contextos el problema de las *falsas memorias* será tomado muy en serio y, en consecuencia, se requerirá de un análisis exhaustivo del caso en concreto para validar los conocimientos que a partir de las declaraciones de un testigo es posible generar. En otros contextos, es innecesario enfrentarse a tal dificultad y así el discurso podrá prescindir del análisis.

¹⁷ El razonamiento lógico es muy importante para determinar qué puede permanecer oculto y qué debe ser explicitado en el discurso de justificación. Cuando el estándar de prueba es exigente hay menos posibilidades de descansar en lo implícito, pues los saltos argumentales autorizados son de una magnitud reducida. Si fuere el caso de que habiéndose explicitado las premisas, la calidad del discurso de justificación fuere deficiente, el problema que en realidad estaría afectando al razonamiento sería epistémico, pues las premisas explícitas resultan insuficientes para demostrar o refutar los hechos controvertidos.

¹⁸ Lo que se trata de evitar es el absurdo, es decir, que discursivamente no haya conexiones entre conclusiones y premisas.

¹⁹ La reconstrucción del modelo no recoge, por ejemplo, particularidades de los procedimientos administrativos.

entonces, supone la existencia de una lógica de la prueba en contextos jurídicos²⁰, más allá de las particularidades de las reglas vigentes y de la comunidad interpretativa de la que se trate (los mecanismos de decisión tienen una innegable fisonomía local que compite con esta lógica general de lo probatorio)²¹. El modelo supone que para gestionar adecuadamente la toma de decisión acerca de los hechos se requiere de conceptos organizados secuencialmente. En vista de ello, es útil diferenciar tres etapas: la primera es de preparación de la actividad probatoria; la que sigue es de producción de pruebas y argumentos; y la final es de decisión y justificación textual²².

1. *Etapas de preparación de la actividad probatoria*

En los procedimientos que actualmente predominan son las partes, debidamente representadas por sus abogados, quienes delimitan los conflictos que dirimen los tribunales de justicia. Esto supone, por cierto, varias acciones y elecciones. La demandante o acusadora, por ejemplo, formula una pretensión desde una determinada experiencia de vida²³ que se anuncia como jurídicamente relevante.

La validación de un episodio —como los que al derecho interesan— representa una tarea difícil, dadas las lagunas de información, datos contradictorios y otros problemas por el estilo. A eso hay que sumar que, rara vez, resulta del todo claro cuál es el derecho aplicable en un caso (conflicto de leyes, enunciados vagos, etc.). La pretensión de la parte demandante o acusadora obedece, entonces, a una elección en la que se han de tener en cuenta variables como pruebas potencialmente disponibles, prácticas interpretativas asentadas y previsión de los costes de litigación. La parte demandada —o quien es acusado— también realiza elecciones en cuanto a si acepta o no lo que se le atribuye, si formulará o no una demanda reconventional, etc. Aquello también lo hace tomando en cuenta pruebas potencialmente disponibles, prácticas interpretativas asentadas y posibles costes de litigación.

En principio, los tribunales se encuentran atados por el conflicto y por las pretensiones de las partes. Desentenderse de ello les hará incurrir en un vicio de *ultra petita*. Pese a lo señalado, en ocasiones, los tribunales desempeñan un rol activo reconduciendo

²⁰ Ver Anderson, T.; Schum, D.; Twining, W., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 115-164.

²¹ De manera concordante con los cambios procedimentales implementados a nivel nacional, se presupone una lógica adversarial en que la competición de las partes priva de protagonismo a los jueces en las fases de preparación y de producción.

²² Ver Schum, D., "Probability and the Processes of Discovery, Proof, and Choice", en *Boston University Law Review*, N° 66, 1986, pp. 831 y ss. Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 41-49. Alcalá-Zamora, N., *Estudios de Derecho Probatorio*, Universidad de Concepción, Concepción, 1965, p. 29.

²³ Uso la noción de experiencia de vida (o episodio) en términos laxos. No se requiere que efectivamente haya ocurrido, así puede obedecer a un malentendido respecto de lo que efectivamente ocurrió, e incluso, una invención. El proceso de confrontación al que será sometido determina si cuenta o no con credenciales como para llegar a ser calificado jurídicamente en la sentencia.

la discusión hacia asuntos que estiman útiles de abordar desde una perspectiva social o estructural²⁴, o bien ajustando aquello que las partes presentan de manera imprecisa o ambigua hacia un modo de ver las cosas más estereotipado (y así, no perder el tiempo).

Para la etapa preparatoria se prevé la generación de dos productos claves que favorecen el desarrollo, sin tropiezos, de las fases siguientes. El primero de ellos es una conjetura que se someterá a validación en el proceso²⁵ y, el segundo, un listado de medios de prueba que servirán para confirmarla o refutarla. Los conceptos probatorios claves para dar cuenta de lo que aquí se realiza son los de pertinencia, admisibilidad (del medio de prueba), relevancia (del medio de prueba) y carga de la prueba.

- a) El concepto guía para determinar la conjetura a discutir (hechos a probar)²⁶ es el de pertinencia²⁷. El análisis desde la pertinencia es una actividad que aproxima lo que se dice en el ordenamiento jurídico con lo que las partes ofrecen como relatos de vida²⁸. La conjetura debe, entonces, satisfacer exigencias relacionales. Si la conjetura se comprueba por medio de la superación de ciertas exigencias institucionalmente establecidas, el tribunal estará obligado a aplicar las soluciones normativas correspondientes²⁹.

Las conjeturas que asumen la forma de los *hechos a probar* suponen una temprana depuración de aquello a lo que se prestará atención a lo largo del proceso³⁰. Esto es consecuencia de que: i) no interesa demostrar cualquier cosa, sino únicamente aquello a lo que se asocia un efecto jurídico; ii) la eficiencia procesal y el juego limpio requieren la

²⁴ Ver Puga, M., *La realización de derechos en casos estructurales: Las causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'*, Borrador, 2015, pp. 4-6, 15-21.

²⁵ Ver concepto de *probandum* y, en especial, *probandum final* en Anderson, T.; Schum, D.; Twining, W., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 449.

²⁶ Para la determinación de los hechos a probar se dispone, en ocasiones, de un hito que cierra la discusión (en Chile corresponde a una resolución llamada "auto de prueba"). Hay también casos en que la determinación de los hechos a probar supone una secuencia de operaciones en que progresivamente se van afinando los hechos a probar.

²⁷ En nuestra cultura jurídica se habla de hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos.

²⁸ Ver Avilés, L., "Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, p. 178.

²⁹ Por regla general, la determinación de lo que es pertinente se resuelve en forma relativamente mecánica, no obstante las implicaciones que dicha resolución acarrea respecto de lo que se considerará como prueba y de lo que no alcanzará dicho estatus. Respecto de las implicaciones que trae consigo la falta de consideración de las particularidades del caso para la determinación de lo que debe probarse, ver Larroucau, J., "La prueba del menoscabo en la justicia de familia", en Domínguez, C. et al. (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Thomson Reuters, Santacruz, Santiago, 2013, pp. 75-79.

³⁰ Esto no necesariamente coincide con la primera actividad probatoria en un juicio. Así, por ejemplo, en los procesos civiles al momento de la demanda las partes pueden/deben anticipar algunas de las pruebas de las que disponen para los efectos de que su petición se entienda como fundada. En los procesos penales, para los efectos de que se produzca la formalización del imputado donde se establecerán por primera vez los hechos a probar, ya se ha llevado a cabo cierta actividad probatoria conducente –precisamente– a que uno o más sujetos sean formalizados.

anticipación de los puntos de llegada; iii) no todos los hechos que interesan requieren ser probados³¹ (así, lo que no se controvierte o los hechos notorios³² no requieren probarse).

Acorde a lo expresado, el juicio de pertinencia resulta fallido si la conjetura: i) no satisface expectativas de relación mínima, es decir, pese a considerarse probada sea inútil para cumplir funciones de premisa menor en un ejercicio de subsunción³³; o ii) no recoge suficientemente las particularidades del relato propuesto por las partes, esto es, no se hace cargo del conflicto que las partes pretendían que se resolviese en sede judicial. Para evitar lo primero es importante un razonamiento dogmático; para evitar lo segundo, lo más importante es un razonamiento lógico.

b) Los conceptos claves que auxilian la selección de los medios de prueba son los de admisibilidad (del medio de prueba), de relevancia (del medio de prueba) y, en menor medida, el de carga de la prueba³⁴. La conjetura establecida para conectar a un sujeto con la solución normativa pretendida supone la producción de pruebas que, ya sea la confirmen o bien, la refuten. La opción ideológica que aboga por la igualdad entre las partes busca evitar ventajas ilegítimas propias de la imposibilidad de reaccionar ante la sorpresa y así lleva a que las fuentes de información queden tempranamente definidas. En la misma dirección, se debe considerar la protección de derechos fundamentales y la opción por reducir gastos excesivos

³¹ La conjetura probatoria podría ser entendida como una regla técnica, lo que implica que se establece un medio para alcanzar un fin. Así, por ejemplo, podría decirse que si usted demuestra la conjetura (*la conducta X fue realizada/los frenos del vehículo presentaban una falla que los hacía ineficientes en condiciones de lluvia*, etc.), entonces el demandado deberá pagar una indemnización o el acusado sufrir una pena. Al contrario, si la conjetura es refutada no se obligará al demandado o acusado a pagar una indemnización o a sufrir una pena. Lo expresado deja en evidencia la importancia que podría llegar a tener la conjetura para la comprensión de aquello a lo que obliga el derecho vigente (hay una anticipación). Agradezco la observación de Claudio Agüero en relación con la utilidad de determinar qué clase de enunciado sería la conjetura probatoria.

³² En lo que sigue hablaré frecuentemente de que las inferencias probatorias se construyen desde las pruebas rendidas. Por consiguiente, hay situaciones en que se usa lo que no ha sido controvertido o lo que resulta notorio.

³³ El término subsunción debe entenderse aquí en un sentido débil, es decir, como una forma de relación entre normas y hechos apta para que la comunidad jurídica entienda que el Derecho se aplica en un caso concreto. Al respecto se debe considerar que la conjetura puede ser *más/menos* cercana a lo que, en términos abstractos, constituye la condición de aplicación (en concreto) de la(s) norma(s) que se pretende(n) utilizar. Si la formulación de los hechos a probar es muy cercana a lo que, en términos generales y abstractos, se dice en las disposiciones normativas, el esfuerzo interpretativo que al respecto se despliegue será bajo. A contrario, si los hechos a probar se sitúan lejos a lo que *literalmente* se dice en las disposiciones, el esfuerzo interpretativo debiera ser alto (para así poder llegar hasta los hechos).

³⁴ Acerca de cargas de la prueba y, en especial, del problema de las cargas dinámicas de la prueba, ver: Bravo, P., "Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 21, 2013, pp. 13-46; Carvajal, P., "Non liquet!, facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, Nº 3, 2012, pp. 566 y ss.; Palomo, D., "Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?", en *Revista Ius et Praxis*, año 19, Nº 2, 2013, pp. 447-464.

provenientes de la falta de restricciones respecto de lo que cuenta como prueba³⁵. Dicho en otras palabras, el interés institucional en la determinación de los medios de prueba se vincula a que la actividad probatoria sea más/menos eficiente, más/menos invasiva de derechos fundamentales, o más/menos legitimadora de los hechos probados.

La locución “medios de prueba” alude a las fuentes de producción de prueba, esto es testigos, peritos, documentos, etcétera. Desde la perspectiva de la generación de conocimientos, cualquier sujeto en condiciones de comunicar información desconocida para el auditorio al que se dirige puede adquirir el estatus de testigo, aun cuando claramente aquello es ineficiente. Lo que importa es la provisión de datos útiles para demostrar o refutar la conjetura definida en el juicio. En conclusión, el estatus de medio de prueba (en concreto) depende de la relevancia del mensaje que potencialmente será comunicado³⁶. De esto es posible concluir que, incluso, no tiene sentido hablar de medio de prueba sin hacer consideraciones acerca de la relevancia³⁷. La relevancia, cuando es predicada respecto de potenciales pruebas se hace cargo de si resultan aptas, ya sea para fortalecer o bien para debilitar los hechos a probar³⁸. La estrategia que para tales efectos se sigue, supone ya sea un análisis de carácter probabilístico (*lo que potencialmente comuniquen los medios de prueba aumenta o disminuye la probabilidad de que la conjetura sea verdadera*), o bien de la fuerza explicativa³⁹ de los hechos al relacionarse con la prueba a rendir (*la conjetura –o su opuesta– explica lo que potencialmente comunican los medios de prueba*)⁴⁰.

El juicio de relevancia no es un asunto del *todo* o *nada*; en ese sentido, hablar de prueba relevante y de prueba irrelevante oculta matices. En la realidad, hay pruebas muy

³⁵ Es sabido que Bentham fue un acérrimo enemigo de las abultadas reglas de exclusión probatoria, pues a su juicio hacían “más probables las malas decisiones”. Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales Vol. I*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, pp. 363-364. Sin embargo, entendía que para servir a fines indirectos del proceso (dilaciones, vejaciones y gastos) podían resultar útiles en determinadas situaciones. Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales Vol. II*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, p. 91.

³⁶ Acerca de algunos casos de frontera en lo que atañe a medios de prueba, ver Romero, A., “La sentencia judicial como medio de prueba”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 2, 2012, pp. 251-276; Marín, F., “Declaración de la parte como medio de prueba”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, N° 1, 2010, pp. 125-170.

³⁷ Respecto del papel *deslucido* que tendría el concepto de relevancia en el *Civil Law*, ver Damaška, M., *El derecho probatorio a la deriva*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 67-68.

³⁸ Ver Federal Rules of Evidence (401) en “<http://federalevidence.com/rules-of-evidence>” Última visita 30 de septiembre 2016.

³⁹ Para el modelo la inferencia a la mejor explicación, véase, entre otros, Harman, G., “The inference to the best explanation”, en *The Philosophical Review*, N° 74, 1965, pp. 88-95. Josephson, J., “On the proof dynamics of inference to the best explanation”, en *Cardozo Law Review*, N° 22, 2000-2001. Lipton, P., *Inference to the best explanation*, Routledge, Londres, Nueva York, 2004.

⁴⁰ Csaba Varga enfatiza que lo que determina la relevancia es la “posibilidad y viabilidad de un enlace” entre dos enunciados. Uno de ellos –aquel respecto del que se tienen menos dudas– hace que el otro sea “concebible, discutible y justificable”. Varga, C., “The mental transformation of facts into a case”, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 77, 1991, p. 60.

relevantes, bastante relevantes, medianamente relevantes o escasamente relevantes.⁴¹ El juicio de relevancia es marcadamente contextual. De esta manera, dependiendo del resto de la prueba disponible, una misma pieza de información podrá ser calificada como relevante (no hay nada más a lo que *echar mano*), o irrelevante (el resto de la prueba es abundante y de excelente calidad). Debido a que la línea que separa la relevancia de la irrelevancia resulta borrosa, el juicio que al respecto se haga debe tener en cuenta valores como los costes de la litigación y la eficiencia del proceso probatorio. Así, por ejemplo, en un juicio que se cuenta con una cantidad de información *prima facie* suficiente para decidir los hechos, la incorporación de nueva prueba difuminará el efecto de lo ya disponible (el esfuerzo de recepción y de análisis de la nueva prueba hace más difícil mantener el foco de atención en el resto de la prueba).

El análisis de la relevancia supone un razonamiento epistémico. Así, este se interesa en las posibles conexiones entre las pruebas ofrecidas y la conjetura a probar habida consideración de las formas válidas de representar la *realidad* en una comunidad dada⁴². Se recurre, entonces, a generalizaciones acerca de asuntos como, ¿de qué manera reaccionan los seres humanos ante determinados estímulos?, ¿qué tienen en cuenta las personas para tomar decisiones?, etc. En otras palabras, el juicio de relevancia supone el uso de máximas de la experiencia, las que, por cierto, reaparecen al momento de valorar la prueba, en especial al asignar credibilidad y fuerza probatoria a las piezas de información⁴³.

El juicio de relevancia será fallido si redundará en la exclusión de prueba apta para el fortalecimiento o debilitamiento de la conjetura debatida, habida cuenta de las maneras legitimadas de construir conocimiento en el marco de un proceso judicial, como también si ha llevado a admitir prueba no apta para tales efectos⁴⁴.

⁴¹ Si la prueba es muy relevante, en principio se debería estar dispuesto a admitirla, aun cuando los costes de su producción sean altos. En cambio, si la prueba es escasamente relevante, solo debería estar dispuesto a admitirla si sus costes de producción y análisis son muy bajos. Por cierto, la otra variable que hay que tener en cuenta es la importancia de lo que está en juego que lleva a que lo escasamente relevante no necesariamente sea *dejado fuera*.

⁴² Dependiendo del tipo de procedimiento, es posible que este análisis se realice no tanto en consideración a las pruebas ofrecidas, sino a partir del relato presentado por cada una de las partes.

⁴³ Veámoslo con un ejemplo simple: en un juicio se requiere probar las motivaciones del acusado de quien se dice que ha golpeado brutalmente a la víctima. Una de las opciones discutidas es que el acusado actuó en venganza frente a una agresión a su hijo por parte de quien ahora es víctima. Una de las pruebas presentadas, entonces, refiere al parentesco padre-hijo (acusado respecto de menor agredido previamente por víctima). La utilidad de dicha prueba supone que la agresión previa a un familiar es suficiente para provocar el ánimo de venganza. Este razonamiento funciona en la medida de que se ha observado el pasado que muchos seres humanos reaccionan violentamente ante quienes previamente agreden a un familiar. Si tal reacción no hubiese sido previamente observada en la respectiva comunidad el parentesco sería irrelevante para demostrar la intención de vengarse en el acusado.

⁴⁴ El análisis del éxito o fracaso del juicio de la relevancia será mucho más certero en casos en que el tribunal se ha abstenido de excluir prueba, antes que si lo ha hecho. En el primero de los casos se puede analizar en el caso concreto la utilidad de la prueba incorporada, en el segundo habrá que hacer una evaluación contrafáctica, ya que no se sabe exactamente qué habría sido declarado por el testigo o el perito.

El análisis de admisibilidad, por su parte, delimita los medios de prueba a recibir en la audiencia de prueba respectiva. Los sistemas jurídicos suelen disponer de reglas relativamente precisas para tales efectos. Los mecanismos jurídicos para determinar la admisibilidad pueden operar indicando qué medios de prueba pueden presentarse en un proceso, o bien cuáles deben ser excluidos⁴⁵. En cuanto a la determinación de lo admisible, si se atiende a la mayor o menor eficiencia del proceso judicial para decidir los hechos, lo que se tiene en cuenta son los costes y beneficios de disponer ciertos medios de prueba. Así, por ejemplo se puede establecer un límite al número de testigos o peritos que cada parte presentará. El legislador suele tomar posición respecto del número máximo, otorgando a los jueces un margen para mover dichos límites, ya sea ampliándolos o bien restringiéndolos. En relación con cuánto se pueden afectar los derechos fundamentales en un proceso, el juicio de admisibilidad abarca el problema de la ilicitud de cierta prueba: el foco de atención deja de ser, entonces, el de la ineficiencia y pasa a ser el de la intolerabilidad de la vulneración. Así, por ejemplo, independientemente del valor epistémico que pudieran tener, la tortura no constituye una manera aceptable de producción de prueba⁴⁶ y la declaración de un acusado solo se admitirá si se somete voluntariamente a un ejercicio probatorio.

El razonamiento preferente para evaluar la admisibilidad es dogmático, pues de lo que se trata es de depurar disposiciones legisladas. Acorde a ello, el juicio de admisibilidad es fallido si en el caso concreto hizo posible la producción de prueba contraria a las reglas, y a la inversa, si restringió el ingreso de prueba que no debió excluirse desde la perspectiva de las disposiciones legales interpretadas.

El concepto de carga de la prueba si bien atraviesa las distintas etapas del proceso es importante considerarlo ya en esta fase. La carga de la producción de la prueba redundante en que la parte sobre la que recae resultará derrotada si no llega a satisfacerla. Esto implica que la carga de la prueba se encuentra en conexión estrecha con el estándar de prueba⁴⁷ y, en consecuencia, impacta en la etapa de decisión y de producción. Al recurrirse a este último concepto se dirime si con la prueba producida los hechos están o no probados o –dicho de otra manera– si la parte sobre la que recae la carga de la prueba ha llegado a satisfacer las exigencias que aquella trae consigo.

En la etapa preparatoria, la carga de la prueba debe ser considerada tanto a nivel de determinación de la conjetura como de selección de medios de prueba. En cuanto a lo primero, hay que tener en cuenta que la formulación de la conjetura –la narrativa– muchas veces determina la parte que soportará la carga de la prueba. En cuanto a lo segundo, la carga de la prueba incide de manera considerable en la oferta (y selección)

⁴⁵ No haré referencias a la exclusión de pruebas vinculadas a la escasa validación epistémica de la fuente de información. En nuestro sistema de pruebas se han ido eliminando progresivamente las reglas de admisibilidad que apuntaban en ese sentido. Uno de los casos más problemáticos refiere al caso del testimonio de oídas. Cfr. Carnelutti, F., *La prueba civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 19.

⁴⁶ Ver Fiorelli, P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune* Vol 2, Giuffrè, Milán, 1954, pp. 207-211.

⁴⁷ Ver McNaughton, J. T., “Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion”, en *Harvard Law Review*, vol. 68, N° 8, June 1955, pp. 1382-1391.

de los medios de prueba, ya que la inercia argumentativa favorece a quien refuta. Esta última posición, en principio, requiere menos prueba para vencer: en algunos casos basta mostrar fisuras en la propuesta de quien tiene la carga de la prueba. Lo esperable es que los medios de prueba no sean restringidos en términos de que a quién soporta la carga de la prueba (por regla general, demandante/acusadora) le sea imposible o muy difícil la demostración; ni que a la contraparte se le impida la refutación⁴⁸.

La clase de razonamiento preferente en el caso de la carga de la prueba es dogmático, en la medida que obedece a una decisión de carácter político normativo, por sobre la consideración de facilidades e incentivos de las partes para producir pruebas y argumentos. La determinación de la carga de la prueba será fallida si se aleja de lo que resulta aceptable extraer desde las disposiciones normativas que la constituyen, o bien si es ineficaz para dirimir cuál de las partes fracasará en la tarea probatoria en el evento de que no se llegue a producir la cantidad esperada de pruebas y de argumentos en favor de una de las posiciones en conflicto.

Lo expresado —complementado con los insumos principales que operan en cada fase— se representa en el siguiente esquema:

Etapa de preparación de la actividad probatoria	
<i>Productos</i>	
Conjetura que define los hechos que deben probarse (hechos a probar).	Medios de prueba que se podrán utilizar en el juicio.
<i>Desafíos</i>	
Depurar lo que debe probarse haciendo posible la aplicación de normas jurídicas (sustantivas).	Identificar fuentes de información útiles para demostrar/refutar la conjetura establecida.
<i>Conceptos claves</i>	
i. Pertinencia. ii. Carga de la prueba.	i. Relevancia. ii. Admisibilidad. iii. Carga de la prueba.

⁴⁸ Para efectos de ilustrar cómo la formulación de la conjetura puede llegar a afectar la distribución de la carga de la prueba piénsese en un caso de incumplimiento de contrato en que el demandante alega que las semillas que le fueron entregadas no eran de una calidad media según se estipulaba en el contrato. Teóricamente, existen dos formas de formular la conjetura (o puntos de prueba) (i) “que las semillas entregadas eran, a lo menos, de una calidad media” o (ii) “que las semillas entregadas no satisfacían una calidad media”. Ambos enunciados constituyen una mirada plausible de la controversia, pero tienen consecuencias diametralmente opuestas desde el punto de la carga de la prueba, al menos en sede civil. Ver art. 1698 del Código Civil, en cuanto no se hace cargo de manera exhaustiva de los posibles casos relacionados con la carga de la prueba. Por influencia de un *principio de la normalidad* los jueces tienden a establecer como punto de prueba el segundo de los enunciados indicados, pues entenderían que lo que hay que probar es aquello contrario a la normalidad, entendiéndose que lo normal sería que las semillas sean de calidad media. Esta forma de ver las cosas es lo que, en casos como este, ha llevado a la formulación de la teoría sobre cargas dinámicas de la prueba. Agradezco a Lilian San Martín haberme llamado la atención acerca de este punto y sugerirme esta nota.

<i>Razonamientos preferentes</i>	
i. Dogmático: elección de normas sustantivas que <i>prima facie</i> se usarán para resolver el caso (pertinencia)/depuración normas respecto de quién debe probar (carga de la prueba). ii. Lógico: análisis de las conexiones entre lo que dicen las normas y lo que se dice en los relatos (pertinencia).	i. Epistémico: control de la calidad de las conexiones entre la prueba ofrecida y la conjetura que se trata de demostrar (relevancia). ii. Dogmático: depuración de las normas acerca de admisibilidad/aplicación de normas respecto de carga de la prueba.
<i>Insumos principales</i>	
i. Demanda y contestación/Formulación de cargos y coartadas (definen relatos a considerar y proponen normas a aplicar). ii. Textos de dogmática y jurisprudencia (indican acoplamiento <i>prima facie</i> entre clases de hechos y disposiciones normativas).	i. Textos de las partes que ofrecen o cuestionan medios de prueba. ii. Hechos a probar. iii. Normas procesales (convenciones probatorias, presunciones, admisibilidad, etc.).

2. *Etapa de producción de pruebas y argumentos*

En esta etapa se rinden pruebas y se formulan alegatos de abogados. Aquí es donde las partes compiten abierta y públicamente por ganar el litigio. Esta etapa se puede dividir en una fase eminentemente productora de pruebas y otra eminentemente argumentativa (o, si se prefiere, valorativa).

- a) En la fase de producción de pruebas los problemas conciernen, principalmente, a la admisibilidad y relevancia del mensaje asociado a cada medio de prueba. Si bien es cierto, los medios de prueba que se presentan en la audiencia ya han superado el filtro de la admisibilidad y de la relevancia, aparecen nuevos problemas que fuerzan a su revisión, pero esta vez referidos a lo que específicamente comunican.

En esta fase, el tribunal asume una función de *referee*, resolviendo controversias sobre si las *movidas* de los abogados, de los testigos y de los peritos son (o no son) institucionalmente satisfactorias. Lo expresado se explica porque los abogados promueven o inhiben el ingreso de distintas piezas de información, según sean los intereses de sus clientes. Para estos efectos, preguntan y objetan preguntas de la contraparte (e incluso, las respuestas de los testigos y peritos)⁴⁹. Por su parte, los testigos y peritos cuentan con múltiples posibilidades de comunicación del mensaje potencialmente apto para corroborar la conjetura, o bien, para refutarla. El comportamiento estratégico o, a veces,

⁴⁹ Esto corresponde a una lógica adversarial. En otros modelos probatorios son los jueces quienes preguntan.

indolente de testigos o peritos puede derivar en que —a fin de cuentas— se declare de asuntos irrelevantes (o inadmisibles), o bien se omita lo que sí es relevante.

La regla general es que los testigos estén sometidos a restricciones, en cuanto a los episodios que se encuentran autorizados a comunicar, como también a las inferencias que pueden hacer respecto de lo que percibieron (o de lo que dicen haber percibido). La estructura narrativa deseable, entonces, debiese asemejarse a la de las crónicas⁵⁰, esto es, declaraciones *austeras* que no vayan mucho más allá de lo que transmitiría un observador desinteresado en el uso que se dará a su mensaje. Esto, por cierto, constituye un ideal para cuyo logro se dispone de normas que sancionan las desviaciones y, a la vez, autorizan la formulación de preguntas orientadas a hacer transparentes las afirmaciones sospechosas⁵¹.

La situación de los peritos es distinta respecto de lo que se espera que comuniquen⁵². En su caso, es de esperar que propongan y defiendan inferencias a partir de datos ya disponibles, o bien, de datos que ellos mismos producen. Para estos efectos aplican saberes y métodos de la disciplina que profesan y que ellos mismos se encargan de explicar. La precisión comunicativa es perseguida y lo es, básicamente, mediante el control del discurso del perito para que no se aparte de los saberes y métodos que profesa y, a la vez, con el aseguramiento de que la disciplina a la que pertenece cuenta con credenciales suficientes desde la perspectiva de su cientificidad (conocimientos científicos).

La forma en que se produce la prueba propende a limitar lo ficcional⁵³. Para ello —según recién se ha señalado— se dispone de cortapisas respecto de los medios de prueba a presentar, el tipo de preguntas a plantear y, también, de las respuestas a recibir. Un buen diseño institucional redundará en la neutralización de las fallas groseras y, en ocasiones, de algunas más finas. Aquello es importante pues mitiga las inclinaciones de los adjudicadores, en orden a recurrir directamente a la categoría de “lo verdadero”, desentendiéndose de lo procedimental⁵⁴.

El razonamiento preferente de los jueces en esta fase es de carácter eminentemente epistémico. De lo que se trata es de inhibir la información inútil y, a contrario, de promover la que resulta útil. En una menor medida, se utiliza razonamiento dogmático al poner la atención en disposiciones relacionadas con las objeciones. Las experiencias fallidas se vinculan a exclusión de información relevante o que normativamente correspondía considerar como admisible, o bien a la aceptación de información irrelevante o inadmisibile.

⁵⁰ Cfr. Taruffo, M., “Narrativas Judiciales”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XX, N° 1, 2007, pp. 247-249.

⁵¹ Como el lector habrá advertido, las primeras refieren a normas que, por ejemplo, sancionan el perjurio; y con las segundas con normas que hacen posible la realización de un contrainterrogatorio.

⁵² Ver Aguirrezabal, M., “Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 19, N° 1, 2012 pp. 344-349.

⁵³ Taruffo, M., “Narrativas Judiciales”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XX, N° 1, 2007, pp. 238 y ss.

⁵⁴ De la misma manera, la producción de buenas reglas permite neutralizar la aplicación directa de lo que a nivel judicial puede ser entendido como lo justo.

- b) En la fase de valoración de la prueba se abre un espacio para que las partes planteen argumentos interpretativos acerca del material probatorio disponible. Se espera que ellas operen de una manera deferente a los intereses que defienden y, a la vez, opuesta a los intereses que atacan. La optimización de lo que interesa a cada parte resulta posible, principalmente, en el espacio de los alegatos de clausura de las partes, o bien, escritos de observaciones a la prueba. Mediante este mecanismo los jueces entran en conocimiento de relatos que ofrecen opciones de articulación de la conjetura (o de su negación) con la prueba disponible⁵⁵. El acusador o demandante buscará el fortalecimiento de la conjetura que permite relacionar al acusado o demandado con una o más normas que le atribuyen responsabilidad. A la inversa, el acusado o demandado buscará la refutación de la conjetura, o bien la consolidación de una conjetura menos nociva desde la perspectiva de sus intereses.

Debido a que de lo que se trata es, por una parte, de fortalecer la prueba producida en la audiencia respectiva en cuanto manifestación de lo que entendemos como la realidad; y por la otra, de establecer conexiones entre la prueba disponible y la conjetura a probar, los conceptos que adquieren importancia en esta fase son los de credibilidad y de valor, peso o fuerza probatoria. Con el primero se llama la atención respecto de la calidad de la información suministrada por los medios de prueba. El foco está puesto eminentemente en ciertas cualidades de los medios de prueba a los efectos de reportar verídicamente un hecho y, a la vez, en la plausibilidad del mensaje comunicado. Un juicio adverso de credibilidad implica que (todo o parte de) lo comunicado por el medio de prueba no será tenido en consideración para la demostración o refutación de la conjetura⁵⁶. Con el segundo⁵⁷, en cambio, la atención se focaliza en la contribución que se reconoce a una pieza de información o a un conjunto de pruebas para entender (o no) superado el estándar de prueba⁵⁸. El valor, peso o fuerza probatoria será alto en la medida que aumente (o disminuya)⁵⁹ considerablemente la probabilidad de que la

⁵⁵ El sesgo de los abogados no es un problema para el tribunal, ya que está al tanto de que cada uno de ellos hace la mejor lectura compatible con los intereses de su respectivo cliente. Coloma, R., “Vamos a contar mentiras, tralará... o de límites a los dichos de abogados”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XIX, N° 2, diciembre de 2006, pp. 46-50.

⁵⁶ El juicio de credibilidad depende de un conjunto de variables. Así, por ejemplo, en el caso de documentos, fotografías, etc. (prueba tangible) es preciso tener en cuenta la autenticidad del objeto, su exactitud y la fiabilidad del método utilizado para su producción. Anderson, T.; Schum, D.; Twining, W., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 98-101. En el caso de la prueba testimonial, las variables son diferentes, al depender de la capacidad observacional del testigo, de su sinceridad, etc. Kaplan, J., “Decision theory and the factfinding process”, en *Stanford Law Review*, N° 20, 1968, p. 1088.

⁵⁷ Ver Anderson, T.; Schum, D.; Twining, W., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 303-320.

⁵⁸ Con las expresiones fuerza, valor o peso probatorio se busca cuantificar la relevancia de un medio de prueba en particular o del conjunto de las pruebas, en cuanto soportes ya sea de la conjetura a probar o bien, de su refutación.

⁵⁹ Este sería el caso de las pruebas que buscan refutar la conjetura discutida.

conjetura respecto de la que se discute haya efectivamente ocurrido⁶⁰, o bien que el conjunto de la prueba producida se explique mejor aceptando la conjetura discutida, antes que desechándola. A contrario, el valor, peso o fuerza probatoria será escaso si el aumento (o disminución) de la probabilidad de que lo que se sostiene en la conjetura haya ocurrido no se modifica, de manera considerable, en relación con lo que existía en forma previa a su producción; o bien si el conjunto de la prueba producida se explica sin necesidad de aceptar (o refutar) la conjetura discutida⁶¹.

Las formas de razonamiento preferentes en esta fase son de carácter epistémico y lógico: la excepción ocurre en sistemas de prueba tasada en los que el legislador, de antemano, establece las conexiones posibles entre las pruebas y las conjeturas. El razonamiento es epistémico en dos sentidos. Por una parte, el juicio de credibilidad y de fuerza probatoria no debe apartarse de los avances que se producen en disciplinas exitosas⁶²; y por la otra, recurre, en la medida de lo posible, a generalizaciones culturalmente reconocidas respecto de aquello que es posible reconocer como conocimiento válido⁶³. El razonamiento es lógico en cuanto hay que llevar a cabo una buena gestión de los saltos argumentales que se producen al momento de valorar la prueba. Las experiencias fallidas se vinculan a la imposibilidad de establecer diferencias de credibilidad entre distintas fuentes de información que proveen información contradictoria, como también, a la imposibilidad controlar las conexiones entre las pruebas disponibles y la conjetura que se trata de probar⁶⁴.

Lo expresado hasta ahora se representa en el siguiente esquema:

⁶⁰ La locución “haya ocurrido” no debe entenderse en un sentido fuerte, sino que da cuenta de una forma de hablar en lo que concierne a la validación de los enunciados fácticos.

⁶¹ La primera de las posiciones da cuenta de aproximaciones probabilistas; en cambio, la segunda pone el énfasis en el papel que le corresponde a las explicaciones. Las aproximaciones desde las explicaciones dan mejor cuenta de cómo argumentan los abogados en sus alegatos y los jueces en sus sentencias. Ver Haack, S., “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vázquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 83-94.

⁶² Someterse a lo que dicen disciplinas reconocidas, a veces implica analizar cuidadosamente algunos indicadores de sentido común acerca de la credibilidad de las personas. Ver Reid, T., *Investigación sobre la mente humana según los principios del sentido común*, Trotta, Madrid, 2004 (1764), pp. 264-277; y mucho más recientemente y, en un sentido diferente, Páez, A., “Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia”, en Vázquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 217 y 224. Ver también Coloma, R.; Pino, M.; Montecinos, C., “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal”, en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXIII, 2do Semestre de 2009, pp. 303-344.

⁶³ El razonamiento puede apartarse de lo que culturalmente se encuentra asentado, pero deberá asumir una carga de argumentación mucho mayor, pues no se podrá invocar la inercia argumentativa propia de operar desde lo que se reconoce como la normalidad.

⁶⁴ Se trata de situaciones en que no se logran identificar generalizaciones que conecten los medios de prueba con la conjetura a probar o refutar. En ocasiones, un indicador de las experiencias fallidas es la posterior aparición de información que evidencia que las conclusiones a las que se había llegado eran muy arriesgadas, o bien, carecían de un soporte epistémico suficiente.

Etapa de producción de pruebas y argumentos	
<i>Productos</i>	
Pruebas rendidas. Registros de audiencias ⁶⁵ .	Discursos que atribuyen valor a las pruebas rendidas desde los intereses de las partes (alegatos).
<i>Desafíos</i>	
Producir (y registrar) prueba útil para la demostración o refutación de la conjetura establecida.	Producir discursos interpretativos que optimicen las posibilidades que ofrecen las pruebas rendidas, en términos consistentes con los intereses de cada una de las partes.
<i>Conceptos claves</i>	
i. Relevancia (en concreto). ii. Admisibilidad (en concreto).	i. Valoración de la prueba (delimitación de conexiones permitidas entre hechos a probar e información proporcionada por medios de prueba). ii. Valor probatorio/credibilidad.
<i>Razonamiento preferente del tribunal</i>	<i>Razonamientos preferente de los abogados</i>
i. Epistémico: Control sobre el relato de los medios de prueba desde la perspectiva de su conexión con la conjetura a probar. ii. Dogmático: Control de la información que se puede producir en la audiencia de prueba desde la perspectiva de lo permitido por las normas jurídicas.	i. Lógico: Propuesta de relato que conecta la conjetura (o refutación) con los medios de prueba. ii. Epistémico: Propuesta de asignación de credibilidad y de peso probatorio de los medios de prueba desde los intereses de las partes.
<i>Insumos principales</i>	
i. Normas procesales (objeciones/conducción de audiencia). ii. Hechos a probar en el caso concreto. iii. Medios de prueba admitidos.	i. Hechos a probar. ii. Prueba rendida. iii. Normas procesales concernientes a valoración de la prueba.

3. *Etapa de decisión y justificación de hechos probados/no probados*

En la etapa de decisión y justificación se dirime si la conjetura que se debate se encuentra o no probada, y a la vez, se comunica a un auditorio⁶⁶ las razones que sirven de soporte a lo resuelto⁶⁷. En esta etapa los jueces adquieren un protagonismo innega-

⁶⁵ Eventualmente podría tratarse de un expediente.

⁶⁶ Coloma, R., "¿A quiénes deben hablar los jueces cuando en sus sentencias dan por probados los hechos controversiales?", en Tavorali, R. (coord.), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo II*, Editorial Puntolex-Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pp. 939-946.

⁶⁷ Como se sabe, la obligación de explicitar razones es contingente, esto es, puede o no existir.

ble, a diferencia de las etapas anteriores en que la participación de los abogados de las partes y de los testigos y peritos es la que aparece, en términos generales, como la más relevante⁶⁸. Las preguntas claves de las que hay que hacerse cargo en esta etapa refieren a si se han superado o no las exigencias institucionales para sostener justificadamente que la conjetura se ha probado. En este contexto se requiere *elegir/construir* un discurso que valide o refute la adscripción de conductas⁶⁹.

- a) En la fase de decisión los jueces son forzados a abandonar su posición de neutralidad. Ellos deben elegir entre puntos de vista rivales o, en términos más generales, decidir si “los hechos a probar” cuentan o no con credenciales suficientes como para pasar hacia el estado de “hechos probados”⁷⁰. La lógica de la que se requiere hacer uso aquí es de carácter binario, lo que proscribe el uso de debilitadores discursivos, como “quizás”, “probablemente”, “es posible”, etcétera. Esto lleva a que institucionalmente se desarrollen herramientas funcionales a la adopción de decisiones respecto de hechos, en términos de *todo o nada* (probado o no probado). Es en este nivel que adquieren toda su importancia los estándares de prueba.

El legislador, a veces, define estándares de prueba que operan como umbrales a superar (por ejemplo, *preponderancia de la prueba*); otras veces, recurre a prototipos (por ejemplo, *clara y convincente*) en los que se busca poner en movimiento una forma de evaluación centrada en semejanzas y diferencias respecto de casos no dudosos⁷¹. En ocasiones, hay silencio legislativo, lo que debiera⁷² promover, tanto a juristas como a jueces, la presentación de fórmulas que cubran satisfactoriamente dicho vacío⁷³. Por cierto, en estos últimos casos no se trata de hacer un ejercicio de transferencia directa

⁶⁸ Es distorsionador sostener que la responsabilidad de que un hecho se considere probado (o no probado) constituye un asunto de responsabilidad exclusiva de los jueces. Hay distintos participantes que contribuyen a la generación de distintos productos probatorios. Los jueces son responsables solo de aquello que *se encuentra a su alcance*.

⁶⁹ Cada nivel admite identificarse con ciertos hitos, lo que no es obstáculo a la existencia de vínculos y a la realización de ajustes entre ellos. Así, por ejemplo, en el momento de identificar el problema probatorio las partes tienen muy presentes los medios de prueba de los que disponen. Al estar especialmente interesadas en que tengan cabida sus medios de prueba, y que se excluyan los de la contraria, abogarán porque los hechos a discutir se delimiten de determinada manera y no de otra. Los jueces, por su parte, están preocupados de que la decisión que en definitiva tomen sea susceptible de justificarse. Así, en el texto de la sentencia harán algunos ajustes (menores) a lo que previamente habían estipulado como la conjetura que sería discutida, pues en caso contrario podrían no estar en condiciones de justificar que se ha superado el estándar de prueba exigible para esa clase de asuntos.

⁷⁰ Esto tiene que ver con la estructura del proceso probatorio como un *juego* de las cargas de la prueba. Es ilustrativo que el diccionario de la Real Academia Española defina hecho probado como: “El que como tal se declara en las sentencias”.

⁷¹ Ver Coloma, R., *Los usos de los estándares de prueba*, publicación pendiente.

⁷² Uso deliberadamente el condicional “debiera” ya que con frecuencia es una tarea que se elude.

⁷³ Entre nosotros el único estándar de prueba plenamente reconocido es del más allá de toda duda razonable. Frente al silencio de las reglas procedimentales civiles, hay propuestas en orden a considerar estándares de prueba como el de la “preponderancia de la prueba” o del “clara y convincente”, como opciones

de categorías, por ejemplo, desde el campo de la ciencia o de la historia, ya que los usos de los hechos en cada una de ellas son diferentes. Tal omisión fuerza a debatir con ingredientes de filosofía moral y/o de filosofía política.

Habida cuenta de lo señalado, resulta curioso la poca atención que hasta hace poco se prestaba –entre nosotros– a los estándares de prueba tanto en lo que refiere a su depuración conceptual (¿qué es un estándar de prueba?) como a su forma de operar en determinados procesos (¿cómo puede verificarse que en este caso concreto el estándar de prueba exigible ha sido superado?)⁷⁴.

El razonamiento preferente en la fase de decisión es epistémico, en cuanto se precisa analizar minuciosamente si la prueba disponible constituye o no suficiente soporte de la conjetura discutida. La clase de análisis que se realiza guarda una evidente cercanía con el precedentemente realizado respecto de los alegatos de los abogados, especialmente en lo concerniente a la credibilidad de las fuentes de información y a su valor o peso probatorio. La principal diferencia respecto de lo que, en este caso, se espera que realicen los jueces, radica en que estos últimos deben colocarse en una posición de imparcialidad al momento de plantear sus preferencias entre las distintas opciones disponibles y, a la vez, en que sus posibilidades se constriñan, a lo menos parcialmente, por las propuestas ya formuladas por los abogados en sus alegatos⁷⁵.

Los jueces auxiliados por las explicaciones sugeridas por los abogados de las partes distinguen entre lo que resulta relevante e irrelevante en las pruebas rendidas. Para tales efectos se tiene en consideración la decisión previa referente a los hechos a probar. Amén de ello, los jueces exploran y dirimen conexiones entre las distintas pruebas rendidas (corroboración o contradicción/convergencia o divergencia). Un aspecto clave para valorar las pruebas es la asignación de valor/fuerza probatoria respecto de las distintas piezas de prueba disponibles.

La fuerza probatoria de cada pieza de información está determinada por la credibilidad asignada al medio de prueba desde donde aquella se extrae, como también de la mayor

a tener en cuenta. Larroucau, J., “Hacia un estándar de prueba civil”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3, 2012, pp. 803-804.

⁷⁴ El hito que incide en un aumento de la atención que se le está prestando a los estándares de prueba –qué duda cabe– lo constituyó la publicación del código procesal chileno del año 2000 que en su art. 340 establece el estándar de prueba del “más allá de toda duda razonable”. En revistas chilenas indexadas en WoS (ex ISI), Scopus y Scielo, se pueden ver los siguientes textos: Accatino, D., “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 37, diciembre 2011, pp. 483-511; Beltrán, R., “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, en *Política Criminal*, vol. 7, N° 14, diciembre 2012, pp. 454-479; Carnevali, R.; Castillo, I., “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, en *Revista Ius et Praxis*, año 17, N° 2, 2011, pp. 77-118; Reyes, S., “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XXV, diciembre 2012, pp. 229-247.

⁷⁵ La restricción de posibilidades es un asunto que no tiene que ver con reglas del sistema sino con limitaciones derivadas de las cargas de trabajo que deben asumir, etcétera. Ver Posner, R., *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 71 y ss.

normalidad o excepcionalidad de la conducta o fenómeno que se arguye⁷⁶. Un auxilio que reciben los jueces para la realización de esta tarea proviene de la opción legislativa asumida, en cuanto a que la valoración que se haga debe ser consistente con lo estipulado en determinadas normas jurídicas (prueba tasada), en lo que son las convicciones alcanzadas por los jueces⁷⁷ (íntima convicción), o en formas culturalmente validadas para la producción de conocimiento (sana crítica⁷⁸). Para el presente análisis se tiene en consideración a esta última, pues es la que desde hace algún tiempo progresivamente está siendo tomada en nuestro país. En definitiva, para la superación de lo que imponen los estándares de prueba, teniendo en cuenta la prueba disponible en su conjunto, se requiere, además, dar respuestas satisfactorias en lo que concierne a la relevancia y valor probatorio de las pruebas en concreto⁷⁹.

En esta fase se advierte también una dosis de razonamiento dogmático, aunque no en una medida equiparable al epistémico. El razonamiento dogmático es necesario –al menos en la actualidad– por la falta de densidad en la depuración de los estándares de prueba, lo que hace repensar cuánta prueba sería exigible en cada caso *no rutinario* que sea presentado⁸⁰.

- b) En la fase de justificación los jueces deben elaborar un texto que admita leerse sin necesidad de tener a la vista los insumos considerados para la toma de la decisión probatoria. De esta manera, el texto debe configurarse como una narración autónoma, estableciendo conexiones entre premisas y conclusión, en términos de que esta última se entienda como suficientemente validada⁸¹. Al adquirir las sentencias el estatus de “firmes”, tanto el relato y la argumentación factual admiten ser comprimidos en forma radical⁸². Así, en los comentarios

⁷⁶ El apartamiento de la normalidad implica una mayor carga argumentativa. La normalidad, por su parte, está determinada por la existencia de generalizaciones, ya sea con sustento científico o cultural.

⁷⁷ Hay en la íntima convicción una pretensión de sinceridad en los jueces que deciden (se debe dar por probado solo aquello en que, por ejemplo, estén convencidos más allá de toda duda razonable). El gran problema desde la consistencia del modelo es la dificultad del control de las creencias de los jueces.

⁷⁸ Coloma, R. y Agüero, C., “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, Nº 2, 2014, pp. 673-703. Ver también Benfeld, J., “Los orígenes del concepto de ‘sana crítica’”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXXV, 2013, pp. 569-585; González, J. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, Nº 1, 2006, pp. 93-107; Horvitz, M. I.; López, J., *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 150; Núñez, R., “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado Democrático Deliberativo”, en *Revista Ius et Praxis*, Nº 1, 2008, p. 215.

⁷⁹ Ver Pardo, M., *Estándares de prueba y teoría de la prueba*, en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 101-104.

⁸⁰ Piénsese, por ejemplo, la multiplicidad de escritos que ha traído consigo el uso de la expresión duda razonable, en el marco de los procesos penales. Ver por todos Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 21-170.

⁸¹ Accatino, D., “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XIX, Nº 2, diciembre 2006, pp. 17-22.

⁸² Latour y Woolgar han llamado la atención de que una vez que los enunciados de los científicos adquieren el estatus de hecho, progresivamente van desapareciendo ciertos aspectos contextuales que en su

a las sentencias puede darse cuenta de lo latamente expresado en ellas con fórmulas tan escuetas como “Edward se apoderó de \$ 40.000.000 del Banco Nacional, luego de intimidar a un cajero con un revólver y una nota escrita” o “Ebenezer despidió injustificadamente a Robert quien trabajaba para su empresa desde hacía 12 años y recibía un ingreso mensual de \$ 500.000”. Textos como los señalados resultan suficientes para establecer conexiones con la condición de aplicación de las normas aplicadas, explicando por qué Edward fue encarcelado o por qué Ebenezer deberá pagar a Robert una cierta cantidad de dinero. Estos enunciados son los hechos del caso⁸³.

En modelos procesales como el nuestro, la motivación de los hechos suele ocupar una parte considerable de la sentencia. Aquella incluye un relato muchas veces estructurado cronológicamente de lo que hicieron o se abstuvieron de hacer ya sea el acusado y la víctima, o bien, el demandante y el demandado. A ello antecede una descripción de los medios de prueba presentados y una valoración de lo más importante que de ellos es posible extraer. Desde una perspectiva institucional, los hechos admiten ser narrados de múltiples maneras⁸⁴.

El razonamiento preferente en esta fase es de carácter lógico, pues la clave de las motivaciones exitosas pasa, fundamentalmente por la construcción de cadenas argumentales en que no se observen saltos inferenciales que excedan lo institucionalmente tolerable en conformidad a los estándares de prueba. Así, el texto de la sentencia requiere ser cuidadoso a los efectos de no recurrir a inferencias que no cuentan con credenciales suficientes para hacerse aparecer como derivaciones⁸⁵ de las pruebas rendidas. Las experiencias fallidas, por tanto, corresponden a la formulación de textos en que las conexiones entre la prueba disponible y la conjetura probada (o no probada) son sospechosas. Esto ocurre no solo cuando el conjunto de pruebas rendidas es débil para los efectos de arribar a la conclusión elegida⁸⁶, sino también cuando habiendo pruebas suficientes no se ha trazado textualmente una red argumental suficientemente potente que legitime la decisión.

momento resultaron claves para su validación. Latour, B. y Woolgar, S., *La vida en el laboratorio. La construcción de los hechos científicos*, Alianza, 1995, pp. 169, 204.

⁸³ Utilizando una terminología más precisa debiera señalarse que se trata de los hechos últimos (se conectan directamente con las normas). Hay también hechos intermedios que sirven de soporte a los últimos. Una vez que la sentencia adquiere el estatus de firme, aquellos van perdiendo interés para el auditorio, salvo que el caso en sí revista interés más allá de la solución que otorguen los tribunales de justicia. Para la distinción ver Anderson, T.; Schum, D.; Twining, W., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 94-96.

⁸⁴ Los hechos pueden ser presentados como descripciones o como relatos. Su extensión (nivel de detalle) es muy variable dependiendo del tribunal que los decide.

⁸⁵ El concepto de derivación que aquí se utiliza no debe entenderse en un sentido fuerte equiparable al de deducción. Con el término derivar solo se quiere dar cuenta de una forma de asociación culturalmente reconocida como apta para producir una cierta conclusión. El agente que decide queda de esa forma resguardado de las acusaciones de arbitrariedad de las que, en otras circunstancias, podrían hacerse.

⁸⁶ Recuérdese la importancia del razonamiento epistémico para la decisión sobre los hechos probados, lo que forma parte de esta misma etapa.

El razonamiento en esta fase supone un componente dogmático, porque los jueces al momento de construir sus textos tienen en consideración los posibles recursos procesales que será posible interponer en contra de las sentencias por defectos de motivación. Los jueces en cuanto agentes que se comportan de manera estratégica se cuidan de que sus sentencias no sean anuladas o modificadas. Así, las conclusiones a las que lleve el estudio de la normativa acerca de recursos procesales ejercen una elevada influencia en la estructura narrativa utilizada, en las piezas de información que se tiene en cuenta, etcétera.⁸⁷ En esta fase, el estándar de prueba vuelve a adquirir protagonismo, ya que resulta determinante para fijar la extensión de los saltos inferenciales en la argumentación que es posible realizar en la sentencia.

Lo expresado se representa en el siguiente esquema:

Etapa de decisión/justificación	
<i>Productos</i>	
Decisión respecto de hechos probados/no probados.	Texto que justifica los hechos probados /no probados.
<i>Desafíos</i>	
Decidir de manera consistente con la prueba rendida y los argumentos formulados, si la conjetura establecida ha sido o no probada según las exigencias institucionales.	Construir un texto que legitime la decisión de dar o no por probados los hechos, teniendo en consideración las pruebas rendidas, las reglas probatorias y los argumentos que establecen correlaciones bajo una lógica de demostración/refutación.
<i>Conceptos claves</i>	
i. Peso probatorio/Credibilidad. ii. Valoración de la prueba (sana crítica, etc.). iii. Estándar de prueba.	i. Justificación (probatoria).
<i>Razonamiento preferente del tribunal</i>	
i. Epistémico: Control del peso probatorio de los medios de prueba. ii. Dogmático: Uso del estándar de prueba.	i. Lógico: Narración que evita saltos argumentales. ii. Dogmático: Interpretación de disposiciones que determinan recursos en contra de sentencias (y alcances de estándar de prueba).

⁸⁷ Por cierto, algunas disposiciones acerca de la forma de las sentencias y contenidos mínimos son relevantes a este nivel, entre otras cosas porque determinan las posibles impugnaciones. Así, por ejemplo, el inciso 2° del art. 297 del código procesal penal al sostener “El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”, resulta clave para determinar lo que es una sentencia motivada y la que no lo es. Respecto del problema indicado ver, Contreras, C., “El recurso de nulidad laboral como herramienta de control de las exigencias impuestas por la sana crítica a propósito de la sentencia Rol 1068-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 18, N° 1, 2011, pp. 269-280; Accatino, D., “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 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 32, 2009, pp. 347-362.

<i>Insumos principales</i>	
i. Prueba rendida. ii. Alegaciones de los abogados de las partes. iii. Reglas acerca de valoración de prueba. iv. Estándar de prueba ⁸⁸ .	i. Decisión de si los hechos se encuentran o no probados. ii. Reglas de valoración de la prueba e interposición de recursos. iii. Estándar de prueba.

* * *

En el presente texto se ha dado cuenta de un modelo conceptual para decidir hechos en los procesos judiciales. El coste asumido por el uso de los modelos conceptuales es la estandarización de las actividades realizadas, perdiéndose asuntos de detalle⁸⁹. En el contexto de los procesos judiciales en que es de esperar la clausura oportuna de las discusiones acerca de conjeturas probadas o no probadas, no parece aquel un precio excesivo a pagar.

Acorde a lo que aquí ha sido planteado se puede sostener que “un *hecho* ha sido válidamente *probado* si la *conjetura*, cuyo contenido se fija mediante un análisis de *pertinencia*, ha sido sometida a contrastación mediante la rendición de pruebas *relevantes*, previamente declaradas *admisibles*, y a su *valoración*, lo que supone la evaluación de su *credibilidad* y su *fuerza probatoria*, concluyéndose de todo ello que el *estándar de prueba* respectivo ha sido superado, y dándose cuenta de las inferencias realizadas en un *texto de justificación*”.

III. CONCLUSIONES

Los conceptos probatorios configuran las posibilidades de uso de los mecanismos de decisión de hechos en contextos judiciales. Aquello podría incidir en la reducción de potenciales arbitrariedades en espacios en que se opera con escasez deliberada de directivas jurídicas.

Entre los conceptos probatorios existen relaciones que permiten su organización bajo la estructura de un modelo conceptual. Para entender las relaciones entre los distintos conceptos es útil estudiar las formas de razonamientos asociadas a cada uno de ellos. Así, hay un tipo de razonamiento dogmático que busca sacar rendimiento a las disposiciones normativas vigentes; un tipo de razonamiento epistémico en que se controla la producción de conocimientos en términos consistentes con la manera de operar en contextos con un fuerte compromiso hacia “lo verdadero”; y un tipo de razonamiento lógico que propende a la construcción de narraciones que controlan la extensión de los saltos argumentales resguardando que no se incurra en absurdos o sinsentidos.

⁸⁸ No se indica expresamente la carga de la prueba en razón de la estrecha relación con el estándar de prueba.

⁸⁹ Cfr. Berlin, I., *Las raíces del romanticismo*, Taurus, Buenos Aires, 2015, p. 29.

A causa de que un modelo conceptual facilita la decisión de los “hechos probados”, parece útil seguir profundizando en las implicaciones que trae consigo aquella forma de organizar las actividades probatorias. La perspectiva a adoptar debiese ser cuidadosa en términos de que, por una parte, no se le vincule a una concepción de la verdad como correspondencia (la que no ha resultado del todo fértil al momento de dar cuenta de la dimensión constitutiva del proceso judicial); y que por la otra, no dependa exageradamente de la discrecionalidad del juzgador, desaprovechándose –de esa manera– las posibilidades que ofrecen los avances de disciplinas no jurídicas en orden a generar conocimientos socialmente reconocidos (o, si se prefiere, epistémicamente válidos).

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D., “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 37, diciembre 2011, pp. 483-511.
- ACCATINO, D., “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 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 32, 2009, pp. 347-362.
- ACCATINO, D., “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XIX, N° 2, diciembre 2006.
- AGUIRREZABAL, M., “Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 19 -N° 1, 2012.
- ALCALÁ-ZAMORA, N., *Estudios de Derecho Probatorio*, Universidad de Concepción, Concepción, 1965.
- ANDERSON, T.; Schum, D.; Twining, W., *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- AVILÉS, L., “Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004.
- BELTRÁN, R., “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, en *Política Criminal*, vol. 7, N° 14, diciembre 2012, pp. 454-479.
- BENFELD, J., “Los orígenes del concepto de “sana crítica””, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXXV, 2013, pp. 569-585.
- BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales Vol. I*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971.
- BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales Vol. II*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971.
- BERLIN, I., *Las raíces del romanticismo*, Taurus, Buenos Aires, 2015.
- BRAVO, P., “Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, 2013.
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955.
- CARNEVALI, R.; Castillo, I., “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, en *Revista Ius et Praxis*, año 17, N° 2, 2011, pp. 77-118.
- CARVAJAL, P., “Non liquet!, facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3, 2012.
- CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- COLOMA, R. y Agüero, C., “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2, 2014, pp. 673-703.

- COLOMA, R., “¿A quiénes deben hablar los jueces cuando en sus sentencias dan por probados los hechos controversiales?”, en Tavorari, R. (coord.), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo II*, Editorial Puntotex-Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- COLOMA, R., “Bases de un modelo conceptual para decidir hechos” (este texto será publicado en Doxa, N° 40).
- COLOMA, R., “Vamos a contar mentiras, tralará... , o de límites a los dichos de abogados”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XIX, N°2, diciembre de 2006.
- COLOMA, R., “Los usos de los estándares de prueba”, publicación pendiente.
- COLOMA, R.; Pino, M.; Montecinos, C., “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal”, en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXIII, 2do Semestre de 2009, pp. 303-344.
- CONTRERAS, C., “El recurso de nulidad laboral como herramienta de control de las exigencias impuestas por la sana crítica a propósito de la sentencia Rol 1068-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 18, N° 1, 2011, pp. 269-280.
- COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, B de F, Montevideo, 2014.
- DAMAŠKA, M., *El derecho probatorio a la deriva*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- DI Robilant, E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1968.
- FERRER, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FIGURELLI, P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune Vol 2*, Giuffrè, Milán, 1954.
- GONZÁLEZ, J., “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 1, 2006, pp. 93-107.
- HAACK, S., “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- HARMAN, G., “The inference to the best explanation”, en *The Philosophical Review*, N° 74, 1965, pp. 88-95.
- HORVITZ, M. I.; López, J., *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- HUTCHESON, J., “The judgment intuitive: the function of the ‘hunch’ in judicial decision”, en *Cornell Law Quarterly*, N° 14, April 1929.
- JOSEPHSON, J., “On the proof dynamics of inference to the best explanation”, en *Cardozo Law Review*, N° 22, 2000-2001.
- KAPLAN, J., “Decision theory and the factfinding process”, en *Stanford Law Review*, N° 20, 1968.
- LARROUCAU, J., “Hacia un estándar de prueba civil”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3, 2012.
- LARROUCAU, J., “La prueba del menoscabo en la justicia de familia”, en Domínguez, C. (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Thomson Reuters, Santacruz, Santiago, 2013.
- LATOUR, B. y Woolgar, S., *La vida en el laboratorio. La construcción de los hechos científicos*, Alianza, 1995.
- LAUDAN, L., *Verdad, error y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LIPTON, P., *Inference to the best explanation*, Routledge, Londres, Nueva York, 2004.
- MARÍN, F., “Declaración de la parte como medio de prueba”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, N° 1, 2010, pp. 125-170.

- MCNAUGHTON, J. T., "Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion", en *Harvard Law Review*, vol. 68, Nº 8, June 1955.
- MORESO, J., "Prólogo", en Narváez, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- NÚÑEZ, R., "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado Democrático Deliberativo", en *Revista Ius et Praxis*, Nº 1, 2008.
- PÁEZ, A., "Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia", en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- PALOMO, D., "Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?", en *Revista Ius et Praxis*, año 19, Nº 2, 2013.
- PARDO, M., "Estándares de prueba y teoría de la prueba", en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- POSNER, R., *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- PUGA, M., *La realización de derechos en casos estructurales: Las causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'*, Borrador (uso autorizado por la autora), 2015.
- REID, T., *Investigación sobre la mente humana según los principios del sentido común*, Trotta, Madrid, 2004 (1764).
- REYES, S., "Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XXV. Diciembre 2012, pp. 229-247.
- ROMERO, A., "La sentencia judicial como medio de prueba", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, Nº 2, 2012, pp. 251-276.
- SCHUM, D., "Probability and the Processes of Discovery, Proof, and Choice", en *Boston University Law Review*, Nº 66, 1986.
- TARUFFO, M., "Narrativas Judiciales", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XX, Nº 1, 2007.
- TOULMIN, S., *Los usos de la argumentación*, Península, Barcelona, 2003.
- TWINING, W., "Some scepticism about some scepticisms", en Twining, W., *Rethinking evidence. Exploratory essays*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois, 1994.
- VARGA, C., "The mental transformation of facts into a case", en *Archiv für Rechts und Socialphilosophie*, vol. 77, 1991, p. 60.
- WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones Filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2004.