

# DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS A LA VERIFICACIÓN DEL SUPUESTO NORMATIVO. HECHOS INSTITUCIONALES Y SANA CRÍTICA

## *FROM THE PROOF OF FACTS TO THE NORMATIVE ASSUMPTION VERIFICATION. INSTITUTIONAL FACTS AND SOUND CRITICISM*

JOHANN S. BENFELD E.\*

**RESUMEN:** Se afirma en esta investigación que una adecuada comprensión de la sana crítica demanda considerar los aspectos normativos de la prueba judicial. En un proceso judicial la prueba de los hechos se encamina a la verificación de hechos institucionales, cuestión que supone tanto la prueba de las proposiciones empíricas sobre hechos brutos, como su calificación. El tránsito desde el hecho bruto al supuesto normativo implica subordinar, muchas veces, recursos epistémicos a criterios normativos dentro de un proceso argumental. Y es precisamente en esto en lo que consiste la ponderación de la prueba judicial conforme a la sana crítica.

**Palabras clave:** prueba judicial, sana crítica, reglas constitutivas, hechos institucionales, hechos brutos.

**ABSTRACT:** This research states that an adequate understanding of sound criticism requires considering the normative aspects of judicial evidence. In a judicial process, the proof of facts is directed towards the verification of institutional facts, a question that supposes both the proof of empirical propositions on brute facts, as well as their qualification. The transition from brute fact to the normative assumption implies subordinating, many times, epistemic resources to normative criteria within an argumentative process. And this is precisely what the weighting of judicial evidence according to sound criticism consists of.

**Keywords:** judicial evidence, sound criticism, constitutive rules, institutional facts, brute facts.

## I. INTRODUCCIÓN

Una obscenidad fue lo último que se escuchó decir al trabajador justo antes de dirigirse a cargar la camioneta de la empresa. La expresión, que había sido precedida por un conjunto de gestos de hastío y quejas (y, según refiere el empleador, también de otros improperios), dejó sumida la bodega en un absoluto silencio.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía y Teoría del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Dirección postal: Avenida Brasil N° 2950, Valparaíso. Correo electrónico: johann.benfeld@pucv.cl. Código Orcid: 0000-0001-6109-3878. La presente investigación ha sido realizada dentro de la ejecución del Proyecto Fondecyt Regular N° 1200232, denominado: “El derecho en los hechos. Formulación de un concepto normativo-jurídico de sana crítica como sistema institucional de ponderación libre de la prueba judicial”. Investigador responsable: Johann Benfeld. Proyecto financiado por el Fondo de Desarrollo Científico y Tecnológico de Chile (ANID).

El jefe de bodega, presunto destinatario de la ofensa y supervisor directo del ofuscado trabajador, no dudó en informar la situación a sus superiores. El trabajador fue finalmente despedido. La causa invocada para el despido fue el artículo 160 N° 1 letras c y d del Código del Trabajo chileno.

Más tranquilo, el empleado reconoció lo desafortunado de sus dichos y pidió disculpas. Pero al ver que estas, aunque aceptadas, no le devolverían su trabajo, interpuso una demanda por despido injustificado, como lo permite el artículo 168 del referido código. La demanda fue conocida por el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso en la causa rol O-833-2016.

La cuestión a resolver en este caso era si el trabajador había o no incurrido en los supuestos del artículo 160 N° 1, letras c y d: vías de hecho y calumnias en contra de su superior directo. Para ello se abrió un término probatorio en el que se rindió prueba sobre la “efectividad de los hechos”. Y, de acuerdo con el propio fallo, aunque no se acreditaron las vías de hecho, sí resultó probada “la infeliz expresión final”.

No obstante, la sentencia del tribunal acogió la demanda de despido injustificado junto con las indemnizaciones solicitadas, motivando su decisión en una diversa “calificación de los hechos” conforme a la “sana crítica”. De acuerdo con el tribunal, el acto de habla proferido por el trabajador habría sido más bien exclamativo que ofensivo (en su intención ilocutoria y perlocutoria)<sup>1</sup>.

“Lo que lleva a concluir que efectivamente el actor estaba estresado, como señaló José Manuel Ramos y que la frase tantas veces repetida ‘vale callampa’ no fue dicha con la intención de ofender o insultar directamente a su jefe, sino que fue usada para liberar su estrés al sentirse presionado, en términos de una exclamación o interjección, que se ha hecho muy popular en nuestro país. Sobre todo, si se considera que todos los declarantes señalan

---

<sup>1</sup> En términos de la filosofía analítica del lenguaje ordinario, toda calificación de una expresión deriva, en último término, de su uso. De ahí que dependiendo del contexto un mismo fonema o grafema pueda tener una diversa significación, en tanto ninguna de ellas (significaciones) suponga una suerte de lenguaje privado. WITTGENSTEIN (2017) pp. 83-85 y 137-145. Eso sí, los usos no son inmunes a las prácticas lingüísticas y en ellas los actos del lenguaje aparecen vinculados a expresiones performativas específicas. De ahí que las palabras (en sentido amplio, expresiones lingüísticas) tengan un poder constitutivo y que con ellas podamos no solo comunicar, sino también hacer cosas. AUSTIN (2016) pp. 155-166. ¿Y qué hacemos? Podemos simplemente comunicar (función locutoria del acto); podemos plasmar una cierta intención en la expresión (contenido ilocutorio del acto), o podemos producir una respuesta (esperada o no) en el receptor de nuestra expresión (función perlocutoria del acto). En este juego del lenguaje, con todo, la elección de la expresión no es inocua, pues hay expresiones que son realizativas y otras descriptivas, y aún dentro de las primeras hay lugar para distinciones adicionales: expresiones judicativas, ejercitativas, compromisorias, etc. AUSTIN (2016) pp. 131-140; 213. Pero claro, la sola posibilidad de agrupar semánticamente expresiones en alguna de estas categorías es indicativo que la expresión elegida por un emisor, dentro de una determinada comunidad lingüística, no puede ser simplemente redefinida por un uso no convencional. Y ello porque, aunque se acepte que el significado de una expresión deriva de su uso, ello no transforma a la idea de significado y uso en sinónimos. Y un buen ejemplo de ello lo podemos advertir a propósito de las expresiones soeces. Pues, aunque tanto un insulto como su equivalente culto (una expresión irónica, por ejemplo) puedan tener el mismo significado, el uso de una y otra entraña un acto diferente: una es una ofensa y la otra no. AUSTIN (2017) p. 185 final. Estas breves consideraciones analíticas pueden ofrecer una cierta explicación del razonamiento del tribunal, pero debido a lo último que hemos señalado (distinción significado/uso y fuerza perlocutoria de la expresión de agravio) no queda claro si la conclusión a la que dicho tribunal arriba es la adecuada (por lo menos en términos de análisis del lenguaje).

que había buen clima laboral, que no había insultos, aunque a veces se daban discusiones, sin conflicto y que, en ese medio se desarrolló el actor durante 12 años”<sup>2</sup>.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, fue del parecer del tribunal de instancia y rechazó el recurso de la parte demandada aduciendo que, aun cuando el fallo pudiera contener una diferente calificación de los hechos respecto de la parte recurrente, el juez laboral en caso alguno había infringido de manera “manifiesta” las reglas de la sana crítica<sup>3</sup>.

La decisión del tribunal a *quo* (que por cierto no constituye ninguna excepción en el ámbito del razonamiento probatorio), y su posterior validación por el tribunal de alzada, plantea una interesante cuestión: ¿cuándo una acción (sea esta un fonema, como el ejemplo que hemos elegido, u otra conducta) resulta “calificada” como supuesto normativo?

De acuerdo a lo que expondremos a continuación, un fallo como el que hemos elegido a modo ejemplar se puede entender mejor si se advierte, por una parte, que los **hechos** a probar en un procedimiento judicial, en tanto supuestos de una regla de derecho, no se deben identificar con **hechos brutos** susceptibles de una mera descripción. Y, por otra, que la ponderación de la prueba judicial conforme a la sana crítica supone algo más que la mera prueba de las afirmaciones empíricas sobre “hechos” sin calificación.

En lo que sigue de este trabajo intentaremos precisar la idea de **hecho institucional** como supuesto de la norma jurídica, a fin de diferenciarlo de los llamados hechos brutos con los que trabajan (en teoría) las ciencias factuales. Hecho lo anterior, someteremos a examen la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho a propósito de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica. Luego revisaremos dos estrategias diversas que intentan armonizar, a propósito de la prueba judicial, los aspectos epistémicos involucrados en la averiguación de la verdad de las proposiciones empíricas y los elementos normativos que inciden en la calificación de los hechos como supuestos normativos. Finalmente, veremos cómo, la estrategia que denominamos en este trabajo como **agregativa** tiene, a nuestro juicio, mayor rendimiento explicativo del régimen de ponderación conforme a la sana crítica.

## II. EL SUPUESTO JURÍDICO COMO HECHO INSTITUCIONAL

La actividad probatoria de las partes en un proceso jurisdiccional únicamente tiene sentido en la medida que se encamina a la verificación del supuesto normativo contenido en la disposición objeto de controversia<sup>4</sup>. Y este (el supuesto) no es otra cosa que un hecho natural o social, inserto en una estructura normativa que se expresa en un “conjunto de

<sup>2</sup> ÓRDENES CON ELECTRICIDAD *GOBANTES S.A.* (2016) c. 7º letra c.

<sup>3</sup> ÓRDENES CON ELECTRICIDAD *GOBANTES S.A.* (2017) c. 3º.

<sup>4</sup> Ello no significa que la prueba de las proposiciones empíricas sea irrelevante. De hecho, de dicha prueba pende la existencia del supuesto normativo, pero ella (esa prueba) no tiene la aptitud de probar la ocurrencia del mismo, que es lo relevante en un proceso judicial. En otras palabras, la prueba de los hechos brutos es una condición necesaria de la calificación del supuesto, pero no una condición suficiente. Y ello explica por qué un mismo hecho bruto probado, en nuestro ejemplo del caso laboral, constituye para una de las partes un agravio mientras que para la otra (y para el tribunal) se trata de una expresión de desahogo.

condiciones establecidas por la norma jurídica que, una vez producidas, permiten el surgimiento de las consecuencias normativas contenidas en el precepto o disposición”<sup>5</sup>.

La conceptualización precedente supone, a lo menos, dos cosas. La primera es que los hechos en el derecho siempre forman parte de una estructura normativa compleja en la que interactúan reglas constitutivas y condicionantes por igual<sup>6</sup>. Y en uno y otro caso el evento que sirve de supuesto tendrá siempre un carácter institucional, es decir, su comprensión depende de un conjunto de atribución de significado dentro de complejas estructuras sociales. La segunda, que deriva de la primera, es que no es posible identificar el supuesto normativo con el hecho bruto que, eventualmente, le sirve de sustrato empírico. Esta última afirmación es la que conduce a la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales.

Le debemos a G. E. M. Anscombe el acierto de haber precisado los contornos de los hechos brutos (*brute facts*) en oposición a los hechos que se desarrollan en un contexto institucional supuesto (*institution behind description*).

Supongamos la siguiente situación, tal como la propone Anscombe. Encargamos a un vendedor de verduras que nos traiga a nuestra casa un kilo de papas. El vendedor viene a nuestra casa y deposita las papas frente a nuestra puerta, junto con una boleta por el importe de las mismas. La situación, con todo, admite más de una descripción-calificación. Por una parte, tenemos el hecho cierto del depósito de las papas en la puerta de nuestra casa. Por otra, la posibilidad de calificar dicho hecho como la entrega de lo debido en virtud del contrato de compraventa que hemos celebrado. Pero resulta claro que no existe una relación causal entre los dos eventos: alguien podría por error haber depositado en la puerta de nuestra casa un kilo de papas, cuestión que no transformaría este hecho (descrito) en un cumplimiento obligatorio en razón de un contrato de compraventa (calificación jurídica del hecho).

Esta idea llevó a Gertrude Anscombe a afirmar que “la existencia de la descripción A en el lenguaje (compraventa de un kilo de papas) presupone un contexto, el cual podríamos llamar ‘la institucionalidad tras A’; ese contexto puede o no estar presente en la des-

<sup>5</sup> REALE (1982) p. 16a4.

<sup>6</sup> Esta consecuencia, no ha pasado inadvertida por la teoría. Hans Kelsen afirmó en su *Teoría General del Derecho y del Estado* de 1949 que “en el mundo del derecho no hay hechos ‘en sí mismos’ o ‘absolutos’; solo hay hechos cuya existencia ha sido declarada por un órgano competente dentro de un procedimiento prescrito por la ley. [...] Si quisiéramos valernos de una formulación un tanto paradójica, podríamos decir que el órgano competente que determina la existencia de los hechos condicionantes, los ‘crea’ jurídicamente”. KELSEN (1995) pp. 160-161. Y, en un análisis más fino sobre el particular, Alf Ross en *Sobre el Derecho y la Justicia* distinguió con precisión entre los “hechos naturales” y los “hechos operativos”. Estos últimos, de naturaleza creadora o meramente condicionante, son los que forman parte de la estructura de la regla de derecho. “En cada caso de administración de justicia hay un número de hechos operativos. Pero algunos de ellos ocupan una posición especial. En un caso de homicidio no solo es relevante el acto del homicidio (tipo penal: norma creadora). Muchas otras circunstancias acompañantes tendrán que ser consideradas; por ejemplo, posibles fundamentos especiales para la excepción de responsabilidad, o para la no aplicación o reducción de la pena (circunstancias eximentes o atenuantes: hechos condicionantes). Del mismo modo, cuando se trata de hacer cumplir un contrato, el hecho de que se haya celebrado el contrato no es el único importante. También tienen que ser tomadas en consideración otras circunstancias decisivas para la validez de la promesa, tales como la minoría de edad, el error, el dolo, la fuerza, etc. Sin embargo, tanto el acto del homicidio como la promesa ocupan una posición especial. Son los hechos que fundamentan el efecto jurídico específico en cuestión, mientras que las circunstancias acompañantes se limitan a condicionar, modificar o excluir la aplicación del efecto jurídico”. ROSS (2011) pp. 209-210. Los paréntesis son nuestros.

cripción xyz (dejar un kilo de papas en la puerta de mi casa). Por ejemplo, la institución de la compraventa está presupuesta en la descripción ‘emitir una boleta’, como en ‘estar obligado por la mercancía recibida’; pero no en la descripción ‘depositar papas’<sup>7</sup>.

Intrigado por esta brecha entre los hechos brutos y los hechos que suponen un trasfondo institucional, años más tarde, John Searle acometió la empresa de intentar explicar la naturaleza de los hechos que suponen cierta institucionalidad para su comprensión de manera más detallada.

Searle distingue en esta tarea entre hechos brutos (*brute facts*) y hechos institucionales (*institutional facts*). Sobre los primeros no hay mucho que decir. De acuerdo a su ontología ellos existen en su singularidad de manera independiente y son, por una parte, objeto de estudio de las ciencias factuales y, por otra, el supuesto existencial de los hechos institucionales. Esto último quiere decir, simplemente, que todo hecho institucional (desde una perspectiva epistemológica realista) supone en algún nivel un hecho bruto.

Para comprender la naturaleza de los hechos institucionales, Searle realiza un exhaustivo análisis de los elementos involucrados en la génesis y desarrollo de los mismos. Simplificando mucho las cosas, las principales ideas parecen ser las siguientes. La realidad social es diferenciable de la realidad físico natural. No se trata de que existan dos o más mundos, sino que la realidad admite más de una modalidad de comprensión. La realidad social está constituida por un conjunto de **hechos sociales**. Esto es, fenómenos cuya comprensión e interpretación no se reduce a una mera descripción: una compraventa no se explica por la acción material de un intercambio de una cosa por dinero (como vimos en el ejemplo de Anscombe), sino por la forma misma en que se construye la realidad social<sup>8</sup>.

Ahora bien, para comprender la construcción de la realidad social hay que echar mano de algunos conceptos básicos: la intencionalidad colectiva; la asignación de función, y la institucionalización de los hechos (carácter normativo).

La intencionalidad colectiva representa para Searle una condición natural de la especie humana (que comparte, por lo demás, con otros animales superiores). Ella se traduce en la idea de poder coordinar acciones que son susceptibles de ser interpretadas de forma independiente de la intencionalidad individual. Piénsese en un músico de cámara que junto a otros interpreta una pieza musical (de forma coordinada e intencionada), pero con el propósito individual de impresionar a sus nuevos amigos<sup>9</sup>. La atribución de función, a su vez, se refiere a que los objetos naturales o artificiales pueden ser entendidos como realizando cierta función (acción/valor intencional colectivo/individual) que es susceptible de ser emancipada de su naturaleza propia de objeto dado<sup>10</sup>. De tal suerte que es posible distin-

<sup>7</sup> ANSCOMBE (1958) p. 73. En el ámbito de la filosofía analítica del derecho anglosajona, una idea similar se puede encontrar en H.L.A. Hart, en su opción de un “punto de vista interno” como criterio hermenéutico para la comprensión del derecho. Véase HART (2012) p. 87; MACCORMICK (2010) pp. 137-145.

<sup>8</sup> SEARLE (1997) p. 24.

<sup>9</sup> SEARLE (1997) p. 55.

<sup>10</sup> “En lo atinente a nuestras experiencias normales de las partes inanimadas del mundo, hay que decir que no experimentamos las cosas como objetos materiales, y mucho menos como colecciones de moléculas. Ocurre más bien que experimentamos un mundo de sillas y mesas, de casas y automóviles, de salas de lectura, de pinturas, calles, jardines, fincas, etc. Todos los términos que se acaban de usar entrañan criterios de evaluación que,

guir con claridad un agregado molecular complejo cuya forma es la de un martillo carpintero del martillo carpintero en cuanto herramienta útil para la carpintería.

Llegado a este punto, Searle introduce varias distinciones: asignación de función agentiva/no agentiva; asignación de función de propiedades intrínsecas/extrínsecas, y asignación de función simbólica y asignación de función estatus.

Revisemos solo esta última idea. En algunos casos la atribución de función estará muy próxima con la naturaleza propia del objeto (un martillo carpintero pensado como una herramienta); en otras, la atribución de función adquiere un carácter simbólico que poco y nada tiene que ver con la materialidad del objeto: la línea que trazó Rómulo a Remo en el Palatino, por ejemplo, funciona como frontera, aun cuando no tiene la materialidad de una muralla.

Esta atribución de función simbólica es ya un atributo propio de la realidad social humana. Y dentro de esta atribución de función simbólica aparece la atribución de función estatus. De acuerdo a esta, lo que aparece fijado en la función es su valor normativo. Es decir, que el acto X, cuenta como Y en las condiciones C.

“La intencionalidad colectiva asigna un nuevo status a algunos fenómenos, un status con el que va una función que no puede ser cumplida meramente en virtud de los rasgos físicos intrínsecos del fenómeno en cuestión. Esa asignación crea un nuevo hecho, un hecho institucional, un hecho nuevo creado por acuerdo humano”<sup>11</sup>.

El hecho institucional, a su vez, por su propia naturaleza demanda una **regla constitutiva**. En el hecho institucional no solo hay una intencionalidad colectiva que atribuye una determinada función simbólica a un hecho, sino un sistema de reglas que hacen posible e inteligible esa asignación de función. Dichas reglas, por cierto, no comandan meramente un fenómeno dado (reglas regulativas), sino que hacen posible la ocurrencia del hecho.

“Mi tesis es que los hechos institucionales existen solo dentro de sistemas de reglas constitutivas. Los sistemas de reglas crean la posibilidad de hechos de este tipo; y ocasiones específicas de hechos institucionales, tales como el hecho de que yo gane al ajedrez o el hecho de que Clinton sea presidente, son creadas como resultado de la aplicación de reglas específicas, reglas para el jaque mate o para elegir y para tomar juramento a presidentes, por ejemplo. Acaso valga la pena poner de relieve que estoy hablando de reglas, no de convenciones. Es una regla del ajedrez que se gana la partida haciendo jaque mate al rey. Es una convención que la figura del rey sea mayor que la del peón. ‘Convención’ implica arbitrariedad, pero las reglas constitutivas no son arbitrarias en este sentido”<sup>12</sup>.

---

bajo esas descripciones, son internos a los fenómenos en cuestión, pero no internos a las entidades bajo su descripción como ‘objetos materiales’. Se puede incluso asignar funciones a fenómenos naturales, como ríos y árboles, y evaluarlos, así como buenos o malos según las funciones que decidamos asignarles y el virtuosismo con que ellos las sirvan. Tal es el rasgo de la intencionalidad al que llamo ‘asignación –o imposición– de función’. En el caso de algunos artefactos, construimos el objeto para que sirva a una función. Sillas, bañeras y ordenadores son ejemplos obvios. En el caso de muchos objetos que se dan naturalmente, como los ríos y los árboles, asignamos una función –estética, práctica, o del tipo que fuere– a un objeto preexistente. Decimos: ‘este río es bueno para nadar’, o ‘este es el tipo de árbol del que se puede sacar madera’. SEARLE (1997) pp. 32-33.

<sup>11</sup> SEARLE (1997) p. 63.

<sup>12</sup> SEARLE (1997) p. 46. Cabe hacer notar que Searle rescata aquí la distinción fundamental trazada por Hart en el Concepto de Derecho sobre “reglas”, en tanto directivas unidas a un cierto deber o tener que, de otras cons-

Pues bien, a partir de todas estas ideas podemos comprender la naturaleza del supuesto jurídico. Este consiste en ser un hecho institucional, es decir, uno tal que solo cobra significación dentro del conjunto de reglas constitutivas que llamamos derecho. No de otro modo podemos entender secuencias de actos (en las coordenadas espacio temporales) como una compraventa, una promesa, un homicidio, una injuria. En consecuencia, aunque se puede decir con propiedad que la naturaleza de un supuesto jurídico es la de ser “un cierto hecho condicionante”, no se debe confundir esta idea con la de simple “hecho bruto” y, por lo mismo, su verificación en un proceso judicial no puede limitarse a la mera prueba de proposiciones empíricas sobre hechos brutos sino más bien a la ocurrencia de un caso comprendido en la norma. Y decimos “un caso” comprendido en la norma porque el supuesto en cuanto hecho general descrito en el derecho obviamente no se prueba; pero sí debe probarse la ocurrencia singular del hecho comprendido en la descripción general de la norma.

### III. CUESTIONES DE DERECHO Y CUESTIONES DE HECHO A PROPÓSITO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CONFORME A LA SANA CRÍTICA

Que el supuesto jurídico, al cobrar su significación propia dentro del entramado normativo, es un hecho institucional parece estar fuera de discusión. Sin embargo, esta idea no ha sido suficientemente explorada a propósito del razonamiento probatorio judicial. Ello se debe en parte, a que todas las ideas e innovaciones filosóficas y epistemológicas, al ser direccionadas a problemas jurídicos deben sortear un primer obstáculo: la propia cultura jurídica. Dicha cultura, a su vez, ofrece un elenco de conceptos e instituciones que, en algunos casos, son impermeables a las nuevas ideas, precisamente, en cuanto aquellas pueden ir un poco más allá de lo que la tradición afirma<sup>13</sup>.

En el caso del supuesto jurídico y la prueba del hecho comprendido en la clase por él descrita, la idea de reconocerlo como un hecho institucional que torna difusos los contornos entre los hechos y el derecho, se enfrenta a la clásica y muy aceptada distinción (por lo menos a nivel jurisprudencial) entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. Distinción que sirve, precisamente, para distribuir el trabajo procesal en dos direcciones: la prueba de los hechos y el conocimiento del derecho que permite su calificación.

*Quaestio iuris* y *quaestio facti* es una de aquellas distinciones antiguas que aún gozan de pedigrí en la doctrina, pero todavía más en la judicatura. La distinción de origen romano, inscrita originalmente en la discusión sobre los límites del derecho (la naturaleza y los hechos como límite del *ius civile*), desde temprano sirvió para trazar unos contornos precisos, tanto a la actividad del jurisconsulto como a la de los jueces. Así, las denominadas *quaestio facti* no daban lugar a *responsum* ni a *rescriptio*, junto con dejar fuera de las funciones del *iudex* los problemas sobre la prueba de los hechos (por lo menos durante el período clásico). La razón es que, para el jurista romano, el derecho no puede transformar los he-

---

tantes sociales (hábitos, convencionalismos, etc.) HART (2012) pp. 55-58. Véase también, MACCORMICK (2010) pp. 105-108. Sobre la diferencia entre “normas sociales” y “convenciones sociales” se puede consultar también a MARMOR (2009) pp. 1-30.

<sup>13</sup> Sobre la forma en que las tradiciones iusfilosóficas funcionan como barreras de entrada para las nuevas teorías, véase, GARCÍA (2003) pp. 192, 195-199.

chos. Estos son lo que son y, aunque una errónea calificación de los mismos pueda traer aparejada unas consecuencias injustas para las partes, dicha calificación no altera la esencia de lo efectivamente acaecido<sup>14</sup>.

La referida distinción históricamente tuvo, al parecer, mayor relevancia en los sistemas dispositivos y de libre ponderación de la prueba judicial. De ahí que, por ejemplo, su importancia haya decrecido con el advenimiento (siempre en el mundo romano) de los procedimientos post clásicos, en los cuales se advirtió un incremento progresivo de elementos inquisitivos (por parte del juez), unidos a la existencia de pruebas tasadas y presunciones legales<sup>15</sup>.

Con todo, como sea que haya sido el camino recorrido por la distinción entre *quaestio iuri* y *quaestio facti*, ella ha llegado hasta nuestros días sin perder su fuerza conceptual y normativa: para los teóricos de la prueba, la distinción sirve actualmente para discernir los métodos de indagación de las cuestiones ventiladas en un proceso judicial (dogmática jurídica para la interpretación del derecho/criterios epistemológicos para la prueba de los hechos); para los tribunales la separación de ambas cuestiones aún sigue siendo relevante en orden a distribuir de manera clara y precisa el trabajo procesal (corresponde a las partes probar los hechos y a los jueces decir el derecho) y para las partes, la distinción determina la competencia de los diversos tribunales (de instancia y de casación).

Sin embargo, ni en la teoría ni en la práctica resulta tan simple discernir ambas cuestiones. Volviendo al ejemplo con el que iniciamos este artículo (el de los pretendidos insultos que un trabajador profiere a su jefe), podemos distinguir con claridad, por una parte, las acciones que un individuo ejecuta en ciertas circunstancias espacio-temporales (proferir ruidos que al uso significan palabras soeces) de, por otra, el trasfondo institucional en el que las mismas cobran un sentido normativo (Código del Trabajo).

Sería una cuestión de hecho probar que el sujeto T efectivamente profirió un improperio ante el sujeto J; y una cuestión de derecho, por ejemplo, la de interpretar el sentido y alcance del artículo 160 N° 1 letras c y d. De manera tal que la pregunta: ¿profirió el trabajador una expresión soez?, se refiere a una cuestión de hecho. ¿Constituyen las letras c y d del artículo 160 del Código del Trabajo chileno causales para poner justificadamente término al contrato de trabajo?, nos remite a una cuestión de derecho. Mientras que ¿ejerció el trabajador vías de hecho en contra de su empleador o profirió palabras soeces que menoscabaron la honra de su jefe?, ya no es una cuestión de hecho o de derecho, sino mixta. Ahora bien, el problema es que la prueba judicial, precisamente, se encamina a resolver esta última cuestión.

Consciente de esta dificultad, desde la propia tradición racional<sup>16</sup> de la prueba, se han hecho ver algunas de las razones que explicarían los problemas que entraña la referida distinción, aunque sin el propósito de descartarla.

<sup>14</sup> Sobre la poca importancia que dieron los juristas romanos a las cuestiones de hecho (de ahí también el éxito de la distinción entre *quaestio iuris et quaestio facti*), véase MAYER-MALY (1997) pp. 228-229.

<sup>15</sup> Sobre el particular, D'ORS (2008) pp. 63-66; 123, 185.

<sup>16</sup> Tomamos como referente a la teoría racional de la prueba judicial por considerarla la teoría contemporánea más sofisticada epistemológicamente hablando y, por lejos, la que en los últimos años ha ejercido el mayor influjo en este tema tanto en el ámbito del derecho anglosajón como del derecho probatorio continental. Inspirada en las ideas de Jeremy Bentham, la tradición racional de la prueba se caracteriza por un compromiso

Twining y Miers, por ejemplo, afirman que “en ningún caso es fácil determinar las bases conceptuales en las que se asienta la distinción. Hay dos razones principales para ello. La primera es que el derecho trata como cuestiones de hecho, cuestiones que en contextos no jurídicos no son pensadas como tales de manera obvia; la segunda es que los tribunales no han establecido criterios objetivos para determinar si una cuestión es de derecho o de hecho”<sup>17</sup>.

Taruffo ha adicionado otros elementos para explicar lo difícil que es sostener de forma simple la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*. “Esto puede deberse a varias razones. Una razón puede ser que los abogados tienden a hablar mucho más del derecho que de los hechos. Otra razón puede ser que la práctica del *story-telling* jurídico, y del *story-telling* judicial también, tienda a borrar varias distinciones, como aquellas existentes entre hecho y derecho y entre hecho y valor. Una tercera razón puede ser que la distinción derecho-hecho sea un antiguo y eterno problema no solo en los sistemas de *common law*, donde tiene que ver básicamente con la separación de funciones entre el juez y el jurado. Aún en los sistemas de *civil law*, en los que no se conoce el jurado civil y donde la distinción entre derecho y hecho se usa especialmente con el fin de definir los límites de facultades de las cortes supremas, ella resulta confusa y problemática y tiene significados diversos en distintos contextos. Una cuarta razón importante es que definir un ‘hecho’ puede dar lugar a un conjunto de preguntas filosóficas, por lo que uno tiende a dejar a un lado cualquier intento de hablar específicamente de ‘hechos’. No hay que asombrarse, por lo tanto, de que la actual teoría del *story-telling* no considere la distinción entre derecho y hecho”<sup>18</sup>.

---

decidido por la búsqueda de la verdad en sede judicial. De acuerdo a esta orientación del derecho probatorio, averiguar la verdad en un proceso judicial no es solo posible sino justo y necesario. Es posible si la búsqueda de la verdad (entendida como aserción que se corresponde con la realidad) se ajusta a los métodos adecuados para cualquier indagación empírica: estrategias y recursos propios de las ciencias factuales. Es justo y necesario averiguar la verdad de los hechos porque sin verdad no puede haber justicia (la efectiva verificación del supuesto normativo es la condición *sine que non* para la correcta aplicación de la norma). Para comprender las características y los propósitos que inspiran a la teoría racional de la prueba judicial, véase: TWINING (2006) p. 76; ANDERSON; SCHUM y TWINING (2015) p. 116. En el ámbito de la teoría probatoria desarrollada en Chile en los últimos años es fácil advertir la influencia que la tradición racional de la prueba judicial ha ejercido sobre el trabajo de los autores nacionales. Solo a modo ejemplar, rastros de la misma se advierten en: CERDA (2009) pp. 143-164; LEPIN (2007) pp. 7-13; LÓPEZ (2004) pp. 22-27; MATURANA (2014); ACCATINO (2019) pp. 85-102. En un registro un tanto diverso y explorando posibilidades narrativas que vayan más allá de los límites de la teoría cognoscitivista, es posible encontrar los trabajos de Coloma y Agüero. Véase, COLOMA (2012) pp. 207-228; COLOMA (2012) pp. 753-781; COLOMA y AGÜERO, (2014) pp. 375-414. En todo caso no siempre los autores hacen suyos todos los postulados de la teoría racional e, incluso, en ocasiones la influencia de esta teoría se manifiesta en una consideración crítica de la misma. Como sea, es indiscutible la importancia que la tradición racional de la prueba judicial ha tenido para el desarrollo del incipiente derecho probatorio chileno.

<sup>17</sup> TWINING y MIERS (2010) p. 126.

<sup>18</sup> TARUFFO (2007) p. 239. En otro lugar, Taruffo reconoce la peculiaridad de los “hechos” que forman parte del material probatorio en un proceso judicial. “Decir, como se ha indicado, que las narraciones de los hechos no prexisten al proceso, significa que los sujetos que narran los hechos, en realidad, construyen sus narraciones: estas, entonces, son el fruto de actividades, en cierto sentido, creativas, expresadas por los sujetos que las elaboran. Así, por ejemplo, el abogado del actor en el proceso civil selecciona y organiza en un orden narrativo los hechos que sirven para que la petición propuesta al juez parezca fundada, y el ministerio público selecciona y organiza los hechos que sirven para que la acusación parezca fundada. De la misma manera, los defensores del comparente en el proceso civil y del imputado en el proceso penal elaboran narraciones de los hechos que logren que aparezcan infundadas la petición y la acusación”. TARUFFO (2013) p. 19.

Ahora bien, más allá de las dificultades evidentes que entraña la distinción entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho, ella no ha sido descartada por la tradición racional. Probablemente ello se debe a que la referida distinción sirve también, dentro de la teoría, como una marca de delimitación de campo epistémico. Pues una teoría como aquella, que apuesta por una aproximación principalmente epistemológica a la prueba judicial, no está en condiciones de gestionar de manera fácil la idea de supuesto jurídico como hecho institucional que torna difusos los contornos entre los hechos y el derecho y que, por lo mismo, hace necesaria una revisión del concepto mismo de prueba judicial. Un poco más adelante veremos cómo Jordi Ferrer intenta dar respuesta (de forma desagregativa) a esta dificultad.

Sin embargo, aunque la academia ha formulado diversos<sup>19</sup> reparos a la distinción, la judicatura parece mantenerse fiel a la tradición jurídica (romana clásica) en este punto. Cuestión que, a su vez, genera otros problemas. Ya no de carácter teórico, sino prácticos. Esta división entre cuestiones de hecho y derecho lastra, en efecto, a lo menos dos consecuencias prácticas negativas (sobre todo para las partes). La primera, que se vincula con la distribución del trabajo procesal, tiene que ver con la posibilidad de que los justiciables sufran un menoscabo en la justa defensa de sus intereses en cuanto ellos pueden ser en la práctica sorprendidos por una “diversa calificación de los hechos” por parte del tribunal, más allá de toda “prueba”. La segunda, vinculada ahora con la cuestión de la competencia de los tribunales, es que a partir de la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti* se pueden producir prácticas institucionales que afectan la naturaleza de ciertos regímenes recursivos, los cuales ven limitado su campo de aplicación a partir de la referida distinción.

El primer problema ha sido denunciado en nuestro medio por Hunter. La distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, que propicia una distribución de tareas procesales, concibe al órgano jurisdiccional como el referente absoluto del derecho (el derecho lo conoce el juez) y a las partes como las encargadas de suministrar el material probatorio (por lo menos en los sistemas dispositivos). Sin embargo, los poderes exorbitantes del tribunal en orden a corregir, ampliar, enmendar, actuar de oficio, etc., en lo que al derecho toca, le permite en la práctica, incluso sin intervención de parte, alterar los hechos mismos (cambio de calificación) en el proceso<sup>20</sup>.

El segundo problema, a saber, la afectación de ciertos recursos procesales a propósito de la separación radical entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho, ha sido bien

<sup>19</sup> La distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti* no ha sido únicamente criticada desde una perspectiva dogmático-jurídica o epistemológica, sino también política. Alguna autora ha querido ver en la referida distinción, por ejemplo, una estrategia de usurpación de poder por parte de los altos órganos jurisdiccionales (más específicamente la Corte Suprema) a los otros poderes del Estado. Sobre el particular, véase THORNBURG (2020) pp. 160-165.

<sup>20</sup> Hunter no solo se limita a identificar el problema, sino también a proponer una solución al mismo: “en un sistema ideal el juez debería tener la posibilidad de provocar de oficio el debate preventivo sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho que sean determinantes para la resolución de la controversia. De esta forma, las partes desde sus *parciales* puntos de vista pueden influir en el contenido de la decisión, ayudando a formar la convicción del juez en los aspectos jurídicos relevantes del litigio. Si el juez se aparta del material involucrado en el desarrollo del contradictorio y sorprende con una posición jurídica no discutida ni tratada en el proceso, coarta el derecho de defensa al decidir sin dar la posibilidad a las partes de efectuar sus alegaciones jurídicas”. HUNTER (2010) pp. 215-216. HUNTER (2013) pp. 617-624.

identificado en la doctrina nacional por Del Río. De acuerdo con él, ello es lo que se observa, por ejemplo, a propósito del recurso de casación tanto en el fondo como en la forma. “La cuestión que se describe es la siguiente: en la casación del CPC –como se ha dicho–, la infracción de las reglas de la sana crítica no es una infracción de ley sino de una manera indirecta o refleja, en cuanto no es una norma probatoria de carácter preceptivo, con lo cual no concurren jamás en ella los rasgos distintivos de lo que es una norma reguladora, tal como ha sido considerada de forma invariable por la propia doctrina de la CS. En efecto, si ese fuera el caso, las reglas de la sana crítica se acabarían confundiendo con las criticadas normas reguladoras de la prueba, propias del sistema de prueba legal y tasada. De esta forma, aquella infracción no encuentra lugar en la casación en el fondo. Pero tampoco encontrará acomodo claro en la casación por quebrantamiento de forma, dado que este otro medio de impugnación tampoco fue diseñado pensando en un procedimiento con régimen de valoración judicial de sana crítica, sino en uno inicialmente legal y tasado”<sup>21</sup>.

Así las cosas, bien puede ocurrir (y ocurre) que las partes en un proceso judicial no solo sean sorprendidas por una posición jurídica no discutida ni tratada en el proceso, sino que también sean privadas de la posibilidad de ejercer de manera exitosa ante el máximo tribunal de justicia los recursos de casación debido a que la Corte Suprema considera que el juez de instancia es libre (en un sentido fuerte) al momento de valorar (calificar) la prueba rendida en autos.

Como afirma Del Río la reluctancia del máximo tribunal se debe, en parte, a no considerar la valoración conforme a la sana crítica comprendida dentro de las reglas reguladoras de la prueba, como si la cuestión de la valoración de la prueba quedara únicamente circunscrita a la *quaestio facti*, respecto de la cual el juez goza de un amplio grado de libertad (limitada formalmente por la vacía fórmula canónica de los componentes de la sana crítica). Sin embargo, en realidad lo que ocurre es algo muy diverso: la valoración de la prueba de acuerdo con la sana crítica se realiza siempre en un contexto normativo (desde la propia determinación del supuesto de hecho, pasando por la consagración de medios de prueba, excepciones explícitas o implícitas, hasta las condiciones de aplicación, y un largo etc.). Ello es así, porque la prueba en sede judicial no es nunca solo prueba de hechos brutos sino de la ocurrencia del caso institucional previsto por la regla de derecho como supuesto de consecuencias normativas.

#### IV. DESAGREGACIÓN Y AGREGACIÓN DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL *ITER* PROBATORIO: DOS ESTRATEGIAS PARA EXPLICAR EL FENÓMENO PROBATORIO JUDICIAL

El hecho de que la **cuestión fáctica** no pueda dissociarse del todo de la **cuestión jurídica**, ya porque la actividad probatoria está condicionada por normas, ya porque en la práctica los límites entre ambas cuestiones (de hecho y de derecho) son difusos, redundan en

<sup>21</sup> DEL RÍO (2019) p. 94. El caso ejemplar con el que iniciamos este trabajo, con todo, muestra que el problema que advierte Del Río a propósito de los recursos de casación (forma y fondo) se hace también extensivo al régimen recursivo de nulidad contemplado en otros dominios procesales.

que las estrategias únicamente epistémicas para resolver la cuestión de hecho parecen no ser suficientes para dar por verificado el supuesto jurídico contenido en la norma, que es, a fin de cuentas, lo relevante en un proceso judicial. Esto, por cierto, no significa que la distinción deba ser abandonada; aunque sí moderada. Así, “sin perjuicio de que la demarcación de estos planos procesales depende de cada sistema jurídico, la *cuestión fáctica* sobre los hechos consiste en establecer dentro de lo posible lo que sucedió, entendido ‘lo posible’ tanto en sentido epistémico como normativo (ya que la prueba está condicionada por normas); mientras que la *cuestión jurídica* consiste en determinar qué consecuencias prescribe el derecho para ellos”<sup>22</sup>.

Ahora bien, ¿cómo se articulan los aspectos normativos dentro del *iter* probatorio? es la cuestión a resolver a fin de comprender de manera adecuada qué significa ponderar la prueba libremente<sup>23</sup>. Bayón, refiriéndose a este punto ha identificado, por lo menos, dos nudos de problemas a los que una teoría (más comprehensiva) del derecho probatorio debiese dar respuesta. “El primero (el de la “valoración racional de la prueba”), exige precisar, más allá de la afirmación genérica de su naturaleza inductiva, cuál es la estructura de las inferencias probatorias (esto es, del enlace –cuando no está determinado por el derecho– entre hechos con valor probatorio y hechos a probar) y cuáles son los criterios que determinan la aceptabilidad de las conclusiones de dichas inferencias. El segundo bloque de cuestiones es el que tiene que ver con la relación entre el fin de la averiguación de la verdad y otros fines diferentes y con los modos concretos de promover cada uno de ellos que se consideran más adecuados”<sup>24</sup>.

Dentro de la propia tradición racional de la prueba judicial no existe un consenso en torno a estas cuestiones. Sin embargo, sí se advierten algunas estrategias de solución<sup>25</sup>. En este trabajo nos concentraremos únicamente en dos que, a falta de un nombre al uso, deno-

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ-TOUBES (2019) p. 14.

<sup>23</sup> Sobre las cuestiones epistemológicas involucradas en la prueba judicial, el moderno derecho probatorio aceptando (en términos generales) la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, ha contribuido a suministrar los insumos epistemológicos necesarios para la prueba de los hechos desde una perspectiva racional y científica. En tal sentido los esfuerzos desplegados por la tradición racional del derecho probatorio resultan de una importancia indiscutida. Y, por cierto, no es poco lo que ha ganado el derecho probatorio en esta empresa.

<sup>24</sup> BAYÓN (2010) pp. 9-10.

<sup>25</sup> Dejamos de lado en este lugar la “solución abolicionista”, inscrita también dentro de la tradición racional. De acuerdo a los abolicionistas, el propio Bentham entre ellos, habría que suprimir las normas que regulan la prueba judicial pues ellas, por su propia naturaleza, siempre han de entorpecer la búsqueda de la verdad. Y siendo la verdad la condición de la justicia, sin verdad el derecho se muestra impotente para la realización de su único cometido. Para Bentham, desde una perspectiva epistemológicamente empírica (los hechos como punto de anclaje científico), la prueba judicial constituye prácticamente el núcleo de todo proceso judicial. Pues, “cuando un particular se dirige a un juez, es para reclamarle una decisión, que no puede sino referirse a un punto de hecho o a un punto derecho. A un punto de hecho, cuando se trata de saber si estima que el hecho que se le somete es verdadero o no; en ese caso la decisión no puede tener otra base que la prueba”. Y luego, “así, pues, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”. Y para concluir, “la exclusión de toda prueba sería la exclusión de toda justicia”. BENTHAM (2008) pp. 12, 13, 400. En un contexto más actual y dentro de la tradición del derecho continental una idea equivalente se puede hallar en Sentis Melendo: “Derecho y probatorio, ese sustantivo y ese adjetivo, son términos antagónicos. La prueba es libertad; y en el momento en que el derecho intenta someterla a normas rígidas, deja de ser prueba, para convertirse, si no en una caricatura, en algo que ya no es prueba”. SENTÍS (1979) p. 336.

minaremos estrategias desagregativas y estrategias agregativas<sup>26</sup>. Ambas estrategias reconocen la incidencia que tienen los aspectos normativos en la prueba judicial, aunque difieren en cuanto a la importancia que ha de dárseles.

Un tipo de estrategia desagregativa la podemos encontrar en la propuesta teórica de Jordi Ferrer. Inscrito dentro de la tradición racional de la prueba judicial, Ferrer reconoce la importancia del derecho probatorio (normas que regulan la prueba). Sin embargo, a fin de conciliar las aportaciones epistemológicas de la tradición racional con las obvias restricciones que existen en los procesos judiciales, propone una distinción analítica (lógica, de acuerdo a sus palabras) del curso probatorio en tres etapas (que, en los hechos, en todo caso, se encuentran imbricadas). En primer lugar, se halla una fase de conformación del material probatorio. Esta etapa está fuertemente regulada por el derecho y en ella (para bien o para mal) es posible encontrar reglas de exclusión (prueba ilícita, por ejemplo), privilegios (el derecho a no divulgar información confidencial que asiste al abogado respecto a su cliente, por ejemplo); plazos para la práctica de las diligencias probatorias, etc. A todas estas limitaciones hay que sumar, también desde una perspectiva normativa, ciertas exclusiones epistemológicamente motivadas: prueba no relevante, impertinente, no contradictoria, etc.

A la fase de conformación del material probatorio le sigue la etapa de valoración de la prueba rendida. Aquí, según Ferrer, no caben consideraciones de naturaleza extra epistémicas. En tal sentido, en esta “reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad”<sup>27</sup>. Y, por ello, lo que corresponde en esta etapa es que el sentenciador asigne un valor probatorio (peso) a las diferentes proposiciones empíricas en competencia en atención a su prueba. De forma tal que, “si el primero de los momentos, la conformación del conjunto de elementos de juicio, acoge la gran mayoría de especificidades jurídicas, este segundo momento (siempre que estemos en el ámbito de la libre valoración de la prueba) es *el* momento de la racionalidad (Thayer, 1898). Se trata aquí, insisto, como en cualquier otro ámbito del conocimiento, de evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis o a su contraria. Si tengo, pues, razón en esto, negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en este *momento*, a pesar de las especificidades jurídicas que puedan regir en el primero y el tercero de los *momentos* de la prueba jurídica, supone necesariamente acoger argumentos escépticos generales ante la posibilidad del conocimiento o, más estrictamente, de la decisión racional”<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Estrategias desagregativas, para efectos de esta investigación, son todas aquellas que trazan una clara línea divisoria entre los aspectos normativos del proceso judicial y los elementos epistemológicos característicos de la prueba de los hechos. Ejemplos de estas estrategias son las teorías propuestas por BENTHAM (2008); LAUDAN (2013); FERRER (2016), entre otras. Estrategias agregativas, por el contrario, son aquellas que buscan armonizar, dentro del iter probatorio, elementos institucionales y epistemológicos. Ejemplo de estas teorías son las de STEIN (2005); FALCONE (2009); GONZÁLEZ (2018), entre otras.

<sup>27</sup> FERRER (2007) p. 47. Confróntese también, FERRER (2016) pp. 147-171. En la misma dirección Marina Gascón afirma que “en un modelo cognoscitivista las únicas valoraciones legales admisibles serían aquellas que constituyan un reflejo de los medios de prueba científicamente contrastados y de su fiabilidad prácticamente absoluta. Simétricamente la ‘libre convicción’, al permitirle al juzgador desligarse de cualquier valoración preconstituida, propicia la averiguación de la verdad”. GASCÓN (2010) p. 141.

<sup>28</sup> FERRER (2017) p. 157.

Finalmente, el *iter* probatorio se cierra con la etapa de decisión. En ella el sentenciador debe decidir si la prueba ha sido suficiente para acreditar el hecho controvertido. Ferrer insiste en que no existe una relación necesaria entre la prueba de un hecho y la decisión sobre si dicho hecho es suficiente para dar por probada la hipótesis más congenial con él. Esta última cuestión (la de la suficiencia) tiene que ver con el estándar de prueba y, respecto a este, nuevamente el derecho probatorio es el elemento rector<sup>29</sup>.

La propuesta de Ferrer, nos parece, responde de manera razonable a las cuestiones levantadas por Bayón. La estrategia de desagregar, por una parte, permite distinguir entre los diferentes criterios de enlace (conceptuales y axiológicos en las etapas de acopio del material probatorio y decisión judicial; e inductivo-empíricos en la etapa de valoración) y, por otra parte, resuelve la cuestión axiológica circunscribiendo el problema de la verdad a la fase de valoración; reservando la primacía de otros valores para las dos restantes etapas (derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales, la autonomía individual, las relaciones familiares, etc.)<sup>30</sup>.

Sin embargo, en la teoría de Ferrer hay algunos flancos abiertos a crítica. En primer lugar, la estrategia de Ferrer nos pide considerar el fenómeno probatorio desde una perspectiva teórica y no como este efectivamente se da en la realidad. De ahí que reconozca que en los hechos todas estas fases pueden estar entreveradas<sup>31</sup>. En segundo lugar, la etapa de valoración de la prueba se presenta ascéticamente depurada de elementos normativo-jurídicos a fin de someter a examen la verdad de las proposiciones empíricas sobre los hechos (brutos) controvertidos. Es cierto que respecto de determinados hechos (circunstanciales) es posible una determinada asepsia: volviendo a nuestro ejemplo inicial, ¿estaba el trabajador en la bodega de la fábrica al momento de producirse el altercado con su jefe? ¿Estaba en la bodega de la fábrica el jefe y otros empleados al momento de producirse el altercado?, etc. Sin embargo, no son estos hechos los relevantes en el proceso, sino si el trabajador en cuestión profirió o no una injuria a su empleador conforme lo previene el artículo 160 n°1 letra d. Pero si esto es así, ¿en qué sentido se puede afirmar que en la fase de valoración (por lo menos del hecho llamado a constituirse en supuesto normativo) no operan elementos normativos (siendo el primero de ellos la regla constitutiva del supuesto de hecho mismo)? En tercer lugar, ¿es posible afirmar que probado que sea el hecho supuesto en la norma (caso), este no vincule la decisión jurisdiccional en la fase de resolución? Ferrer parece estar pensando siempre en la prueba circunstancial respecto de la cual, precisamente por no producir plena prueba, bien puede ocurrir que acreditadas ciertas proposiciones empíricas de ello no se siga la validación de una de las hipótesis en la fase de decisión. Cuestión que no ocurre, con prescindencia del estándar, cuando se ha probado el hecho nuclear del caso previsto en el supuesto jurídico. En cuarto lugar, aunque Ferrer insiste de forma explícita en la necesidad de establecer mecanismos de control de la actividad probatoria del órgano jurisdiccional mediante un examen de la motivación de la sentencia; resulta que su estrategia precisamente descarga al órgano jurisdiccional de todo control en la fase de valoración en

<sup>29</sup> FERRER (2017) p. 158.

<sup>30</sup> FERRER (2017) p. 156.

<sup>31</sup> FERRER (2017) p. 154.

virtud de la radical separación entre las cuestiones de hecho y derecho. Y, en tal sentido, la asignación de valor probatorio a ciertas proposiciones empíricas en un régimen de libre valoración de la prueba quedaría fuera, por ejemplo, del régimen recursivo casacional (como lo ha observado Del Río). En quinto lugar, al confinar la valoración de la prueba a una fase intermedia entre la conformación del material probatorio y la decisión sobre el mismo, Ferrer parece afirmar que la valoración racional de la prueba es previa a la decisión sobre la misma, cuestión que resulta altamente problemática: ¿acaso no constituye la decisión la expresión de la valoración misma con todos los aspectos normativos que ello supone? Finalmente, aunque se trata de una cuestión terminológica, el uso restrictivo que hace Ferrer del concepto racional (en clave empírica, propia de la tradición racional de la prueba judicial) es un tanto desorientador. ¿Quiere decir aquello que la fase de acopio y la de decisión no son racionales o lo son en un sentido diverso de la racionalidad probatoria? Si ello es así, encontrándose limitada la fase de valoración por la de conformación del material probatorio y no siendo esta (la valoración) vinculante en la fase de decisión, resulta que la racionalidad probatoria tiene un muy limitado alcance en la prueba judicial como un todo.

En fin, hay como decimos ciertos flancos abiertos a crítica en la propuesta de Ferrer, aunque sin duda se trata de un aporte valioso para la comprensión del fenómeno probatorio y de sus disímiles elementos (derecho y hechos).

Siempre dentro de la teoría racional es posible, con todo, hallar otra estrategia: la agregativa. Esta, nos parece, está bien representada por la propuesta de Daniel González Lagier. Esta propuesta, al igual que la desagregativa de Ferrer, intenta dar respuesta a la cuestión planteada por Bayón (entre otros) sobre cuál es la estructura de las inferencias probatorias y cuáles son los criterios que determinan la aceptabilidad de las conclusiones de dichas inferencias. Sin embargo, a diferencia de Ferrer, González piensa que la cuestión de la valoración de la prueba judicial (en un sentido general) no puede ser explicada única y exclusivamente desde una perspectiva epistemológica (más precisamente, a través de inferencias empíricas). Ello debido a que en la fase de valoración de la prueba es posible distinguir diversas estrategias o insumos teóricos que los jueces usan efectivamente en contextos normativos como garantías de sus deducciones con consecuencias jurídicas. Estas garantías pueden ser, por lo menos, de tres tipos diversos: inferencias inductivas propiamente tales; normas jurídicas que inciden de manera directa en la prueba bajo la forma de presunciones, y conceptos que influyen en la calificación de los hechos.

Así las cosas, puede funcionar como garantía de la deducción algún criterio empírico inductivo. En materia de derecho de familia, un buen ejemplo de esta estrategia se encuentra en la determinación científica de la paternidad. En estos casos el juez puede, mediante el informe de las pruebas de ADN, arribar a una conclusión cuya garantía es precisamente una inducción empírica (artículo 199 del Código Civil de Chile).

En otros casos, sin embargo, el vínculo entre los hechos y las normas ha sido resuelto por el propio legislador. Esto es lo que acontece, por ejemplo, con las presunciones. El mismo artículo 199 dispone, por ejemplo, que la negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen (pericia de ADN) hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda. En este caso es el derecho el que resuelve el problema del enlace entre los hechos y el supuesto jurídico, pues la garantía inferencial

consiste en una norma de origen legislativo o jurisprudencial que establece que, si se verifican los hechos previstos en el supuesto, entonces se debe dar por probada la hipótesis. Por lo mismo, según González Lagier, este tipo de enlace puede denominarse **normativo**.

Por último, es posible que el juez atribuya consecuencias normativas a unos ciertos hechos mediante una vinculación (o garantía) conceptual. Vale decir, hay un concepto (que generalmente será de carácter difuso o indeterminado) que le permite al juez decidir si los hechos acreditados o presentados por las partes pueden o no ser calificados conforme a los elementos del concepto a fin de ser introducidos como supuesto fáctico de la norma jurídica. En este caso, “la conexión viene establecida por una definición o regla conceptual, que establece que los hechos del tipo de los descritos en la hipótesis ‘cuentan como’ (esto es, son subsumibles en) una cierta categoría de hechos (una acción, una intención, una relación causal, etc.). En estos casos, lo que está en juego no es tanto la ocurrencia o no de un determinado hecho, sino su ‘interpretación’, es decir, su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos”<sup>32</sup>.

En consecuencia, la ponderación de la prueba judicial puede tener diversas garantías: unas serán de naturaleza inductivo/empíricas que él no duda en calificar como de sana crítica propiamente tal; otras serán de naturaleza normativo jurídicas, estas son las presunciones (sobre todo las de derecho); y finalmente existen también enlaces conceptuales. Generalmente estos dependerán de manera determinante del contexto normativo mismo.

Ahora bien, volviendo a nuestro ejemplo (caso laboral), para nosotros resulta claro que en la especie estamos en presencia de una conexión de naturaleza conceptual. Esto quiere decir que el conjunto de elementos probatorios aportados por las partes es susceptible de ser subsumido en la hipótesis normativa en la medida en que se aproxime al contenido del concepto (en este caso el de injuria). En este sentido, como dice González, no es tan importante la efectiva ocurrencia o no de unos hechos brutos (la obscenidad proferida por el trabajador), sino la definición misma del concepto (y su interpretación), pues a fin de cuentas es esta y no los hechos la que permite la subsunción de un determinado conjunto de proposiciones fácticas dentro del supuesto. Y en este caso, qué duda cabe, el sentido mismo del concepto (injuria) depende en buena parte del contexto normativo.

Cuando se parte de la base que el enlace, por lo menos en este caso, es de naturaleza conceptual, resulta más simple explicar por qué el tribunal *a quo* y *ad quem* pudieron tener, legítimamente, una interpretación diversa a la del demandado (calificación) sobre unos mismos hechos brutos. El tribunal de instancia, a nuestro entender, valoró la prueba de manera racional, pero la determinación de la aptitud del conjunto probatorio para garantizar la verificación del supuesto lo llevó, de manera legítima y racional, en una dirección diversa de las pretensiones del empleador. Ahora bien, la no calificación de injuria o vía de

---

<sup>32</sup> GONZÁLEZ (2018) pp. 16-18. Este trabajo de González puede ser considerado una exposición refinada de las ideas que este autor ha desarrollado durante los últimos años. Véase también, GONZÁLEZ (2003) pp. 17-26; GONZÁLEZ (2003) pp. 35-50; GONZÁLEZ (2005), pp. 231. En estos dos trabajos, González realiza un fino análisis desde una perspectiva epistemológica de lo que constituiría garantías deductivas e inductivas. No viene al caso que aquí detallemos las “reglas de sana crítica” que desde esa perspectiva es posible identificar. Aunque sí debemos hacer notar que el análisis que efectúa González sobre el particular es de un indudable valor y, por cierto, podría constituir un precioso insumo para el razonamiento judicial.

hecho en la especie, nos parece, se explica por el contexto normativo en el que el tribunal debe atribuir un sentido normativo al concepto injuria, atribución de sentido que, a su vez, en buena medida depende de los principios rectores de la rama, en nuestro caso ejemplar: el principio tuitivo del trabajador<sup>33</sup>.

Un poco más arriba hemos adelantado que, a nuestro juicio, la estrategia que denominamos en este trabajo como “agregativa” tiene mayor rendimiento explicativo del régimen de ponderación conforme a la sana crítica. Para entender esta afirmación es necesario que volvamos sobre algunas de las ideas que hemos desarrollado en esta investigación.

Si el razonamiento que hemos realizado hasta el momento es correcto, entonces resulta que los hechos a probar en un determinado proceso judicial no se limitan a los hechos brutos. Estos, aunque imprescindibles, son únicamente una condición necesaria mas no suficiente de la prueba judicial. Para que la prueba tenga lugar, más bien, se debe verificar el supuesto normativo y este es un hecho institucional. Que el supuesto normativo (o más precisamente, el caso que cae dentro de la clase comprendida en el supuesto) sea un hecho institucional significa que su significación depende en buena medida del conjunto de reglas constitutivas que llamamos derecho.

Ahora bien, llegados a este punto cabe preguntarse, entonces, cómo ha de ser el tránsito desde el hecho bruto afirmado a través de una proposición empírica por una de las partes a la prueba de la ocurrencia del hecho institucional. O, si se prefiere, qué tipo de garantía ha de exhibir el órgano decisor para justificar su decisión en orden a dar por probado un conjunto de proposiciones empíricas en desmedro de otro.

Si se insiste en la separación entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*, entonces la garantía o enlace puede ser una generalización empírica. Un poco en esta línea parece avanzar la estrategia de Ferrer. Pero ya hemos advertidos los inconvenientes a los que esta táctica debe hacer frente. Por el contrario, si se acepta que la prueba judicial se halla indisolublemente ligada a la idea de hecho institucional, entonces la mera generalización empírica (incluso en la fase de ponderación de la prueba) no resulta suficiente para describir lo que efectivamente allí está ocurriendo.

González Lagier, a diferencia de Ferrer, a nuestro modo de ver, advierte con mayor claridad la naturaleza del problema. Por ello, dentro de las garantías por él propuestas dos de tres son de carácter institucional: enlaces normativos y enlaces conceptuales. Estos enlaces socaban, a su vez, tanto los cimientos de la distinción entre hechos y derecho como algunos de los supuestos de la teoría racional (como, por ejemplo, que la prueba judicial está circunscrita solo a la averiguación de la verdad de los hechos).

Ahora bien, la tesis de González Lagier no solo tiene mayor fuerza explicativa teóricamente hablando, sino también en la práctica forense. Ello, porque da cuenta de mejor forma de las particularidades probatorias de los diferentes procedimientos en que opera la sana crítica (prueba racional o prueba libre). En todos ellos, sin excepción, la existencia de enlaces normativos, pero sobre todo conceptuales, explica la mayor o menor facilidad (o dificultad) de las partes para probar sus posiciones. Aunque no es el objeto de este trabajo, es posible adelantar una idea sobre esta última afirmación: cuanto más robustos sean los

<sup>33</sup> Sobre el particular, véase, ARELLANO y BENFELD (2017) pp. 12-22.

principios sustantivos rectores de una rama y los enlaces conceptuales a ellos asociados, la denominada ponderación conforme a la sana crítica se modulará (ante unos mismos hechos brutos) de manera diversa. En este sentido, por ejemplo, el principio de protección al trabajador ejerce un grado no menor de presión normativa sobre la interpretación del 160 N° 1 letras c y d del Código del Trabajo; del mismo modo que el principio del interés superior del niño, niña y adolescente ejerce presión normativa sobre el artículo 199 del Código Civil (en cuanto a la presunción) y dicha presión en uno y otro caso influye en la calificación de los hechos brutos probados.

Sin embargo, no todo es alabanza para la propuesta agregativa de González Lagier. Aunque esta, por cierto, resuelve muchas de las críticas que hemos dirigido a la teoría de Ferrer, no está libre de reparos. En primer lugar, aunque es cierto que en la valoración de la prueba intervienen diversos tipos de enlace (empírico-inductivos, normativo-jurídicos, conceptuales-deductivos), no resulta para nada claro que aquellos enlaces que no corresponden a inferencias empíricas constituyan en propiedad una valoración de la prueba. Más bien alguien podría afirmar que allí donde esos enlaces intervienen no ha habido prueba alguna (salvo la del hecho basal de la presunción o del concepto, respecto del cual el enlace será inductivo-empírico). En segundo lugar, al complejizar la fase de valoración de la prueba con insumos metaepistémicos de carácter normativo-jurídicos, resulta que (por lo menos en dos de los tres tipos de enlace) no habrá diferencia alguna entre ella y la decisión propiamente tal. Pues, por ejemplo, aplicada una presunción legal ¿en qué sentido la decisión podría apartarse de dicha valoración? En tercer lugar, al introducir como uno de los posibles enlaces una regla conceptual, resulta que lo determinante de la prueba en estos casos no será la prueba del hecho sino la interpretación del mismo. Pero incluso aceptando que la interpretación de los hechos es posible, resulta que ella es una idea ambigua. “Pues, interpretar hechos en el ámbito jurídico puede significar principalmente dos cosas: a) calificarlos o valorarlos a la luz del derecho e identificar la norma aplicable cuyo supuesto de hecho los incluye; o b) analizarlos o valorarlos a la luz del conocimiento extrajurídico (lógica, ciencia, experiencia, etc.) y establecer si son o no similares a otros hechos, en particular a los que son objeto de las normas jurídicas. El primer tipo de interpretación de hechos es una evaluación jurídica, equivalente a la interpretación de las normas orientada al caso e indistinguible de ella (veremos esto luego). El segundo tipo es una evaluación extrajurídica, aunque previa a la calificación jurídica y orientada hacia ella”<sup>34</sup>. Ahora bien, si ello es así, resulta que en la primera acepción de “interpretar hechos” no hay prueba alguna de los mismos, sino interpretación jurídica de las normas. En la segunda acepción, a su vez, solo hay prueba de los hechos de acuerdo a criterios inferenciales empíricos. Con lo que, a fin de cuentas, la idea de enlace conceptual no tiene un gran rendimiento teórico ni práctico.

Con todo, de las dos estrategias examinadas (desagregativa y agregativa) nos parece que la última de ellas expresa de mejor manera la relación que media entre los hechos y el derecho en la fase probatoria judicial, toda vez que la multiplicidad de enlaces pone de manifiesto el carácter institucional del hecho a probar (ocurrencia efectiva del caso supuesto en

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ-TOUBES (2019) pp. 10-11.

la norma)<sup>35</sup>. Además, desde una perspectiva funcional, la propuesta de González Lagier se halla más próxima a la forma en que los jueces realmente valoran la prueba. Es muy difícil (salvo en teoría) imaginar a un juez aplicando en su razonamiento probatorio única y exclusivamente estrategias empírico-deductivas, que persiguen la averiguación de la verdad de un hecho, sin atender al contexto normativo en el que dicho hecho es jurídicamente relevante.

## V. CONCLUSIÓN

Llegado a este punto podemos extraer algunas consecuencias de lo que lo que hemos dicho hasta el momento. Es cierto que el supuesto jurídico, en tanto hecho general contemplado en una norma jurídica, no se prueba. Es decir, las partes no deben probar, por ejemplo, que la norma del artículo 160 N° 1 letra d del Código del Trabajo chileno contiene como supuesto la acción de injuriar a otro. Sin embargo, al ser el supuesto jurídico un hecho institucional, la ocurrencia del caso concreto previsto dentro del mismo (el hecho injurioso), demanda una prueba del hecho que supone bastante más que la mera constatación de hechos brutos enlazados causalmente en unas determinadas condiciones espaciotemporales mediante la aplicación de estrategias únicamente epistemológicas.

Los hechos a probar en un caso judicial en particular, en última instancia, cobran sentido única y exclusivamente en tanto sirven para verificar el supuesto jurídico contenido en la norma (o descartar su ocurrencia). De ahí que Bayón tenga razón cuando echa en falta en la teoría racional del derecho probatorio resolver, más allá de las aportaciones de las estrategias epistemológicas de naturaleza empírica, la cuestión sobre la estructura de la inferencia probatoria, sobre todo cuando ella no viene determinada por un enlace jurídico (prueba tasada, por ejemplo). Esta es una cuestión capital para entender la diferencia entre hechos con valor probatorio y los hechos probados por las partes.

Ahora bien, puesto que lo determinante en un proceso judicial son los hechos con valor probatorio (probados por las partes), la llamada *quaestio facti* no puede referirse solo a una cuestión de hecho (en cuanto hecho bruto). Y tampoco puede estar circunscrita solo a la obtención de la verdad de ciertas proposiciones empíricas, pues ella no puede desligarse (por una cuestión de enlace) de los aspectos normativos de la prueba.

En este orden de cosas, lo que aquí hemos llamado teorías agregativas, permiten en buena medida resolver y clarificar estas cuestiones (problemas de enlace y carácter difuso de las cuestiones de derecho y hecho). De ahí que la propuesta de González Lagier, más allá de las críticas que hemos formulado, nos parezca que avanza en la dirección adecuada. En ella la valoración de la prueba aparece modelada por tres diversos tipos de garantías inferencia-

<sup>35</sup> En todo caso, es muy posible que los resultados de uno y otro modelo (desagregativo/agregativo), de aplicarse, no difieran mucho en cuanto a su producto: la valoración misma de la prueba. Sin embargo, nos parece que la gran diferencia que media entre ambos se verifica en la posibilidad de ampliación del régimen recursivo a propósito de la valoración. Ello debido a que González Lagier parece aceptar que dentro de los enlaces usados para valorar la prueba se podrían incluir las normas reguladoras de la prueba judicial (si entendemos, por ejemplo, que las presunciones se inscriben en ese registro). Así las cosas, la estrategia agregativa nos parece más adecuada en orden a atenuar, por una parte, los límites entre las cuestiones de derecho y de hecho (cuestión congenial con el carácter de hecho institucional del supuesto jurídico) y, por otra, a ampliar los mecanismos de control de la fase de ponderación de la prueba judicial.

les: empírico-inductivas (de sana crítica, de acuerdo a su nomenclatura); normativo-jurídicas y deductivo-conceptuales. La importancia que cada una de ellas adquiere en los diversos sistemas y procedimientos, a su vez, probablemente pueda responder (aunque por una vía indirecta) a la otra inquietud que moviliza el razonamiento de Bayón: ¿cómo se articulan y garantizan los diversos valores en competencia dentro de un proceso judicial? Así las cosas, en aquellos procesos en los que la verdad de las proposiciones empíricas sometidas a prueba es lo determinante, las garantías (enlaces que permiten inferencias válidas en el contexto de la prueba judicial) empírico-inductivas prevalecerán sobre las deductivo-conceptuales, en tanto que las normativo-jurídicas estarán reducidas a una mínima expresión. Por el contrario, en aquellos procedimientos en que la averiguación de verdad (como correspondencia con la realidad) no sea el único valor rector (incluso en la fase probatoria), las garantías no empírico-inductivas cobrarán mayor importancia.

En el caso chileno, la forma en que el legislador ha definido en diversos contextos la ponderación conforme a la sana crítica, refrenda las ideas que hemos afirmado. En efecto, compárese las siguientes disposiciones referidas ambas a la sana crítica: El artículo 297 del Código Procesal Penal dispone que “los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. 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. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”. Por su parte el artículo 456 del Código del Trabajo establece que “el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

Como se observa, en materia laboral la norma que regula el régimen de ponderación de la prueba incorpora de manera explícita un enlace normativo-jurídico (deberá expresar las razones jurídicas), cosa que no ocurre en materia penal.

Finalmente, si nuestro razonamiento no está muy desencaminado respecto a cómo las cosas son en realidad (como razonan los jueces en la fase de prueba), resulta que la prueba racional y libre de los hechos (con valor probatorio) es un método que admite cierta modulación. Es decir, no siempre unos mismos hechos probados adquirirán valor probatorio conforme a la sana crítica. Pues ello no depende de la aplicación de un solo tipo de enlace (el empírico-inductivo), sino de la forma en que se organizan y priorizan los diversos tipos de garantías en un procedimiento. Dicha forma, a su vez, muy probablemente estará condicionada por los principios rectores de la rama (ámbito del derecho). De manera tal que, por ejemplo, el principio de presunción de inocencia en materia penal desactiva enlaces normativo-jurídicos (presunciones de responsabilidad; pruebas tasadas, etc.) y limita

las garantías conceptuales (en la medida que ellas vayan en contra de la presunción). En tanto que el principio tuitivo o de protección al trabajador potencia enlaces conceptuales (de interpretaciones a favor de la parte más débil de la relación) en desmedro de las garantías empírico-inductivas. De ahí que, volviendo por última vez a nuestro ejemplo laboral, aun cuando efectivamente el trabajador profirió un improperio en contra de su empleador (hecho probado) y que dicho improperio (como hemos señalado en la nota 3), desde una perspectiva epistémica no puede ser equiparado a una expresión meramente sarcástica o expresiva, el tribunal de instancia consideró que la acción no se hallaba comprendida en el concepto de injuria (interpretación restrictiva del enlace conceptual). Así las cosas, la sana crítica (o libre valoración racional de la prueba judicial), nos parece, es mejor comprendida cuando se la piensa como un proceso argumental que permite el tránsito de un hecho bruto al caso supuesto en la norma mediante la subordinación de recursos epistémicos a criterios normativos dentro de un determinado proceso judicial.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2019): “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, *Revue*, N° 39: pp. 85-102.
- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret (1958): “On Brute Facts”, *Analysis*, vol. 18, N° 3: pp. 69-72.
- ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William (2015): *Análisis de prueba* (trad. Daniela Accatino, Claudio Agüero, Federico Arena, Flavia Carbonell, Rodrigo Coloma, Juan Pablo Fassnidge y Jorge Larroucau, Madrid, Marcial Pons).
- ARELLANO, Pablo y BENFELD, Johann (2017): “Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 6, N° 2: pp. 3-24.
- AUSTIN, John (2016): *Como hacer cosas con palabras* (trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Barcelona, Paidós).
- AUSTIN, John (2017): *Actos de habla* (trad. Luis Valdez, Madrid, Cátedra).
- BAYÓN, Juan Carlos (2010): “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario d’ Filippo*, vol. 2, N° 4: pp. 6-30.
- BENTHAM, Jeremy (2008): *Tratado de las Pruebas Judiciales* (trad. Manuel Ossorio, Buenos Aires, Valletta Ediciones).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2008): *Valoración de la prueba. Sana crítica*, (Santiago, Librotecnia).
- COLOMA, Rodrigo (2012): “La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica”, *Revista de Derecho de Valdivia*, vol. XXV, N° 2: pp. 207-228.
- COLOMA, Rodrigo (2012): “Realmente importa la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3: pp. 753-781.
- COLOMA, Rodrigo y AGÜERO, Claudio (2014): “Fragmento de un imaginario judicial de la sana crítica”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 20, N° 2: pp. 375-414.

- DEL RÍO FERRETI, Carlos (2019): “Rechazo *in limine* de recurso de casación (art. 782, inciso 2°, CPC), las normas reguladoras de la prueba y la sana crítica”, *Revista Ius et Praxis*, año 25, N° 3: pp. 69-112.
- D’ORS, Eugenio (2008): *Derecho Privado Romano* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- FALCÓN, Enrique (2009): *Tratado de la Prueba Judicial*, Tomo I (Buenos Aires, Ed. Astrea).
- FERRER, Jordi (2007): *La Valoración Racional de la Prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER, Jordi (2016): *Motivación y Racionalidad de la Prueba* (Lima, Ed. Jurídica Grijley).
- FERRER, Jordi (2017): “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. 9, N° 18: pp. 150-169.
- GARCÍA AMADO, Juan (2003): “Filosofía hermenéutica y derecho”, *Azafea Revista de Filosofía*, N° 5: pp. 191-211.
- GASCÓN, Marina (2010): *Los Hechos en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2018): “Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba”, en BENFELD, Johann y LARROUCAU Jorge (edits.), *La Sana Crítica Bajo Sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”, *Jueces para la democracia*, N° 31: pp. 17-26.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, *Jueces para la democracia*, N° 43: pp. 35-50.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2005): *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Lima, Palestra).
- HART, Herbert Lionel Adolphus (2012): *The Concept of Law* (Oxford, Oxford University Press).
- HUNTER, Ivan (2010): “Ius curia novit en la jurisprudencia civil chilena”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIII, N° 2: pp. 215-216.
- HUNTER, Ivan (2013): “Iura novit curia y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho?”, *Revista de Derecho* (Valparaíso), vol. XL, 1° semestre: pp. 617-624.
- KELSEN, Hans (1995): *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Maynez, México D.F., UNAM).
- LASO, Jaime (2009): “Lógica y sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 1: pp. 143-164.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, Error y Proceso Penal* (trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons).
- LEPIN, Cristian (2007): “Breve estudio sobre la sana crítica”, *Gaceta Jurídica*, N° 319: pp. 7-13.
- LÓPEZ, Carlos (2004): “Apreciación de la prueba por la sana crítica y procedencia del recurso de casación en el fondo en los procesos ante los tribunales de familia”, *Gaceta Jurídica*, N° 294: pp. 22-27.
- MACCORMICK, Neil (2010): *Hart* (trad. Juan Manuel Pérez Bermejo, Madrid, Marcial Pons).
- MARMOR, Andrei (2009): *Social Conventions* (New Jersey, Princeton University Press).

- MAYER-MALY, Theo (1997): “De los límites del derecho (ius) y de la ley”, *Persona y Derecho*, N° 36: pp. 228-229.
- MATURANA, Javier (2014): *Sana crítica* (Santiago de Chile, Ed. Thomson Reuters).
- REALE, Miguel (1982): *Introducción al Derecho* (Madrid, Ed. Pirámide).
- RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín (2019): “Interpretación y calificación jurídica de los hechos”, *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, N° XII: 3-31.
- ROSS, Alf (2011): *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba).
- SEARLE, John (1997): *La Construcción de la Realidad Social* (trad. Antoni Dómenech, Barcelona, Paidós).
- SENTÍS MELENDO, Santiago (1979): *La prueba* (Buenos Aires, EJEA).
- STEIN, Alex (2005): *Foundations of evidence* (Oxford, Oxford University Press).
- TARUFFO, Michele (2007): “Narrativas judiciales”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XX, N° 1: pp. 231-270.
- TARUFFO, Michele (2013): *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (México D.F., Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral).
- THORNBURG, Elizabeth (2020): “Derecho, hechos y poder”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 248: pp. 149-167.
- TWINING, William (2006): *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (Cambridge University Press, segunda edición).
- TWINING, William y MIERS, David (2010): *How to do Things with Rules* (New York, Cambridge University Press, quinta edición).
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2017): *Investigaciones filosóficas* (trad. Jesús Padilla Gálvez, Madrid, Trotta).

#### NORMAS CITADAS

- CHILE, DFL N° 1 (30/05/2000), Código Civil.
- CHILE, DFL N° 1 (16/01/2003), Código del Trabajo de Chile.
- CHILE, Ley N° 19.696 (12/10/2000), Código Procesal Penal.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- ÓRDENES CON ELECTRICIDAD *GOBANTES S.A.* (2016): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 11 de noviembre (despido indebido y cobro de prestaciones laborales), Rol N° O-833-2016.
- ÓRDENES CON ELECTRICIDAD *GOBANTES S.A.* (2017): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de abril (recurso de nulidad), Rol N° 630-2016.

