

3.

DERECHO PROCESAL CIVIL

UNA CONCEPCIÓN NO TRADICIONAL DE LA SANA CRÍTICA*

[A non-traditional Conception of Sound Criticism]

Johann BENFELD**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN

Se sostiene que una definición nominal de “reglas de la sana crítica”, compartida por la comunidad jurídica nacional, no es garantía suficiente para su apropiación conceptual o su implementación práctica. Una y otra cosa suponen la capacidad de dotar de un contenido sustantivo a las nociones tradicionalmente incorporadas en la misma y disponer de un método de aproximación que permita la efectiva apropiación de la idea por parte de los operadores jurídicos. Hasta el momento, sin embargo, el concepto

ABSTRACT

It is argued that a nominal definition of the “rules of sound criticism”, shared by the national legal community, is not sufficient guarantee for its conceptual appropriation or practical implementation. Both entail the ability to grant a substantive content to the notions that have been traditionally included in it and to have available an approach method that allows the actual appropriation of the idea by the legal operators. Nonetheless, so far the concept of “sound criticism” has been uncritically captured by notions outside

RECIBIDO el 26 de octubre de 2015 y ACEPTADO el 7 de diciembre de 2015

* Un borrador de este trabajo ha sido leído y discutido por los profesores Eduardo Aldunate y Patricio Lazo. A ellos mis agradecimientos por sus comentarios y recomendaciones.

** Profesor de teoría del derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: johann.benfeld@ucv.cl

de “sana crítica” ha sido capturado acríticamente por nociones del extrarradio jurídico que demandan una aprehensión formal de las mismas de la que no se dispone aún. No obstante ello, una reflexión sobre la propia actividad que realizan los órganos jurisdiccionales, con ocasión de la ponderación de la prueba de acuerdo con la sana crítica, muestra que otra vía de aproximación al concepto (sustantiva y metodológicamente) es posible. En tal sentido, se exploran en este trabajo las nociones de “tacit knowledges” y de “informal learnings” como vías alternativas de acceso al huidizo concepto de “sana crítica” desde el horizonte propio del *éthos* judicial.

PALABRAS CLAVE

Sana crítica – Aprendizaje formal – Aprendizaje informal – Conocimientos tácitos, *Éthos* judicial.

the legal scope that demand a formal apprehension, which is not available yet. However, by way of reflecting on the activity carried out by the legal bodies, in relation to the weight of the evidence as regards to the sound criticism, we can observe that there may be another way to (substantive and methodologically) approach the concept. In this sense, this work explores the notions of “tacit knowledge” and “informal learning” as alternative ways to approach the elusive concept of “sound criticism” from the horizon inherent to the legal *éthos*.

KEYWORDS

Sound Criticism – Formal Learning – Informal Learning – Tacit Learning – legal *éthos*.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Cada vez son más los textos normativo-jurídicos que consagran, en materia de ponderación de la prueba, el principio de la “sana crítica”¹. Progresivamente la excepción se ha transformado en la regla general y, por cierto, hay buenas razones para ello. La celeridad con que la “sana crítica” ha colonizado los textos legales, a su vez, ha propiciado una copiosa literatura teórica y dogmática que ha intentado comprender el alcance del nuevo estatus de este añoso sistema de ponderación de la prueba judicial².

¹ Véanse a modo ejemplar, las leyes números 19.696, 19.947, 19.968, 20.073, 20.087, 20.260, 20.316, 20.322, 20.600 y 20.609.

² Los últimos años han sido especialmente felices para el desarrollo teórico de las cuestiones vinculadas con la “sana crítica”. En tal sentido véase: CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana crítica* (Santiago, Librotecnia, 2008); LASO CORDERO, Jaime, *Lógica y sana crítica en Revista Chilena de Derecho*, 36 (2009) 1; COLOMA CORREA, Rodrigo, *La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica en Revista de Derecho* (Valdivia, 2012); COLOMA CORREA, Rodrigo, *Realmente importa la sana crítica*, en *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2012) 3; COLOMA, Rodrigo - AGÜERO, Claudio, *Fragmento de un imaginario judicial de la sana crítica*

Sin embargo, pese al trabajo científico realizado sobre la noción de “sana crítica”, ésta continúa generando debate tanto entre los teóricos del derecho como entre los operadores jurídicos. Las razones para este estado de cosas son de variada índole: ningún autor ha podido, de momento y dentro del ámbito nacional, señalar cuáles serían efectivamente esas “reglas de la sana crítica”³; los conceptos que tradicionalmente se integran en la noción de “sana crítica” (principios de la lógica; máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados) no han sido debidamente inscritos en el registro propio del sistema de ponderación; no todos los autores están de acuerdo en que exista una clara línea divisoria entre este sistema y el de la íntima convicción francesa o el de la libre ponderación alemana de la prueba; etc.

Paradójicamente gran parte de los problemas discutidos a propósito de la “sana crítica”, pensamos, tienen su origen en la forma en que hasta el momento ésta ha sido entendida. De alguna manera, sobre el sistema ha

en *Ius et Praxis*, 20 (2014) 2; COLOMA, Rodrigo - AGÜERO, Claudio, *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*, en *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2014) 2; LEPIN MOLINA, Cristian, *Breve estudio sobre la sana crítica* en *Gaceta Jurídica*, 319 (2007); LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *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*, en *Gaceta Jurídica*, 294 (2004); MATURANA BAEZA, Javier, *Sana crítica* (Santiago, Thomson Reuters, 2014).

³ En la República Federal de Argentina, en la cual también se consagra el principio de la sana crítica racional en materia de ponderación de la prueba, sí ha existido un intento por delimitar conceptualmente y en un orden de prelación preciso cuáles serían estas “reglas de la sana crítica”. De acuerdo a Midón, en tal dirección han avanzado las investigaciones de Falcón (completadas luego por Rojas), quien señala 9 reglas de sana crítica: *i*) sólo se prueban los hechos alegados en tiempo y forma; *ii*) que sean hechos controvertidos; *iii*) si hay reglas de prueba tasada, ha de estarse a ellas; *iv*) de acuerdo a su fiabilidad es posible jerarquizar los medios de prueba (documental, informativa, confesional, pericial y testimonial); *v*) la naturaleza del hecho ha de ser congruente con la del medio probatorio (determinación paternidad = pericial ADN); *vi*) la ponderación ha de ser siempre de todos los medios de prueba en relación entre sí; *vii*) sólo cuando los medios de prueba recién señalados no sean suficientes habrá que echar mano de las presunciones; *viii*) se debe respetar siempre el principio de la carga de la prueba; y *ix*) el juez ha de articular un relato coherente de los hechos, controlable racionalmente. Resulta interesante que en esta clasificación de las reglas de la “sana crítica” el autor no apele a la fórmula vacía de “principios de la lógica”, “máximas de la experiencia” y “conocimientos científicamente afianzados”, sino que se limite a describir un procedimiento de ponderación, es decir, verdaderas reglas y no principios. Con todo, el trabajo desplegado especialmente por E. Falcón y E. Rojas en tal dirección no puede decirse que sea la opinión mayoritaria sobre el tema. Véase a este respecto MIDÓN, Marcelo, *Derecho probatorio. Parte general* (Cuyo, Ed. Jurídicas de Cuyo, 2007), pp. 164-166.

operado tradicionalmente una doble limitación que ha impedido acceder a un contenido objetivo (aunque no clausurado) del mismo. Por una parte, la noción de “sana crítica” ha sido capturada por ideas exorbitantes al mundo del derecho, por otra, se la ha presentado (por lo menos desde Couture en adelante) como un criterio objetivo de evaluación de la ponderación judicial de la prueba más que como un procedimiento de deliberación racional realizado por una comunidad disciplinar concreta y dentro de en una práctica específica. Sin embargo, aunque hay razones que explican por qué las cosas han ocurrido de esta manera, también existe cierta evidencia de que el derrotero seguido hasta hoy por el concepto de “sana crítica” no ha sido el más adecuado. En lo que sigue de este artículo, intentaremos mostrar en qué momento la idea de “sana crítica” quedó unida a ciertas nociones del extrarradio jurídico (II). Luego veremos las consecuencias de esta estrategia (III). Finalmente exploraremos una forma diversa de comprender la naturaleza del sistema de la “sana crítica” a partir de las ideas de “tacit knowledges” e “informal learnings” en el contexto de la práctica judicial, a fin de determinar si éstas pueden ayudar a comprender, desde otro horizonte, el concepto de “sana crítica” más allá de su definición tradicional (IV).

II. LA SANA CRÍTICA Y LOS PRINCIPIOS DE LA LÓGICA, LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICAMENTE AFIANZADOS

El concepto tradicional de “sana crítica” comenzó a adquirir una fisonomía propia a partir del artículo 659 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de España de 1881. Nominalmente, eso sí, la idea ya había sido recogida en la antigua *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, en su artículo 317 (modificado por el 659); y aún antes en el *Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración* de 1846, específicamente en su artículo 148. Sin embargo es el artículo 659 el que por primera vez dejó en claro, en el contexto de la legislación procesal civil española, que la idea de “sana crítica” se vinculaba a un estándar objetivo de ponderación y, por lo mismo, no podía ser reducida a las ideas de “íntima convicción” (“intime conviction”) o “simple ponderación libre de la prueba” (“freie Beweiswürdigung”).

El artículo 659 disponía que: “*Los Jueces y los Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran. Sin embargo, cuando la ley deter-*

*mina el número o la calidad de los testigos como solemnidad o circunstancia especial del acto á que se refiere, se observará lo dispuesto para aquel caso*⁴.

Comentando este artículo, José María Manresa y Navarro, quien fuera uno de los artífices de la ley, afirma que esta disposición vino a modificar el sentido y la interpretación jurisprudencial que se había dado al artículo 317 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 (que había introducido en sede civil la idea de la “sana crítica” a propósito de la ponderación de la prueba testimonial). De acuerdo a esa primera interpretación “era, pues, soberana la Sala sentenciadora para la apreciación de la prueba de testigos, conforme a dicho art. 317 de la ley anterior y a la jurisprudencia en su virtud establecida por el Tribunal Supremo, de suerte que éste se atenía siempre a tal apreciación, aunque comprendiera que había sido hecha con error o ligereza”⁵.

Por el contrario, el artículo 659 de la nueva ley no sólo señaló con mayor exactitud ciertos criterios objetivos de ponderación (razones científicas, circunstancias personales, carácter de solemnidad del acto, etc.), sino que, ya desde la etapa de discusión de la Comisión Redactora, imprimió al concepto de “sana crítica” una orientación objetiva que lo unió para siempre a la idea de pauta racional de ponderación susceptible de ser controlada mediante el recurso de casación. De aquí en adelante estas “reglas de sana crítica son aquellas que nos conducen al descubrimiento de la verdad”⁶. “Son el criterio racional puesto en ejercicio”⁷, a fin de fijar un límite a la arbitrariedad.

El cambio de enfoque contenido en el artículo 659 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española de 1881 constituyó, para muchos, una suerte de nuevo método, inédito en su época, que buscaba en el dominio de la ponderación de la prueba romper los vicios del subjetivismo de la mera persuasión moral de la íntima convicción. En tal sentido, François Gor-

⁴ *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 (Madrid, La Gaceta de Madrid, 1881), p. 576. De alguna manera la idea de sana crítica pasa también a las disposiciones del *Código Civil* español de 1885, el que se remite directamente a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* en lo que a la prueba de las obligaciones se refiere (artículos 1214-1253). Expresamente dicho *Código*, al tratar de las presunciones (artículos 1249-1253), señala que el valor probatorio de las mismas (cuando no estuviere regulado por la ley) será el que se les dé conforme a las reglas de la razón humana: artículo 1253: “*Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*”.

⁵ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada* (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955), III, p. 633.

⁶ MANRESA, cit. (n. 4), p. 634.

⁷ MANRESA, cit. (n. 4), p. 634.

phe afirmó que “encontramos en la ley de Enjuiciamiento civil española de 1881 una sabia prescripción comprendida entre las ideas que hemos expuesto. Se recomienda expresamente a los jueces apreciar siempre el valor de los testigos ‘conforme a las reglas de la sana crítica’ y teniendo en cuenta las circunstancias, y su sentencia puede ser casada si se averigua que no se han conformado a estas reglas (art. 659); disposición que ha derogado a todas las Leyes de las *Partidas* relativas a la apreciación de la prueba de los testigos. Esta prescripción si se aplica con método, puede mejorar el empirismo y la subjetividad de la ‘convicción íntima’, a la vez que hace innecesaria una reglamentación complicada de exclusiones y de tachas de testigos. Pero creemos que hasta ahora no ha sido reproducida en otras legislaciones”⁸.

Unos años más tarde, Couture, siguiendo en esto a Gorphe, afirmó que la sana crítica “configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba”⁹. Esta feliz fórmula, a su vez, expresa las reglas del correcto entendimiento humano que no son otra cosa que la aplicación rigurosa de los principios de la lógica y las máximas de experiencia, en la ponderación de los diferentes medios de prueba. Así, por una parte, “las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica”¹⁰ que ha de respetar los principios de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente y, por otra, en su sentido material “la sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida”¹¹.

La noción de “sana crítica”, como se observa, no siempre ha sido entendida de la misma manera. En ella se ha verificado una suerte de movimiento pendular que la ha llevado desde la más completa libertad de ponderación judicial (primera interpretación del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855) hasta su identificación con principios y conocimientos objetivos de naturaleza científica. Y, en medio de los dos extremos, un breve período de comprensión de la institución como criterio de racionalidad objetiva del actuar de los jueces (primera

⁸ GORPHE, François, *La crítica del testimonio* (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1940), pp. 31-32.

⁹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil* (3^a edición, Buenos Aires, Roque de Palma Editor, 1958), p. 270.

¹⁰ COUTURE, cit. (n. 9), p. 271.

¹¹ COUTURE, cit. (n. 9), p. 272.

interpretación del artículo 659 de la Ley de enjuiciamiento Civil Española de 1881).

Sin embargo, ha sido la idea de Couture la que mayor ascendiente ha ejercido en el ámbito latinoamericano. En nuestro medio, se puede descubrir su huella no solo en la literatura científica especializada, sino también dentro del acervo cultural de los jueces. Así, por ejemplo, el reciente y voluminoso libro de Javier Maturana Baeza, titulado simplemente *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (hasta donde llega nuestro conocimiento, el último que se ha publicado en nuestro país sobre este tema), repite la formulación canónica del concepto (a partir del trabajo realizado por otros autores nacionales) en los siguientes términos: “la sana crítica puede definirse como aquel sistema de valoración de la prueba, en que el juez aprecia libremente la prueba rendida en autos atendiendo a criterios objetivos y sujeto al respeto de parámetros racionales como los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, debiendo fundamentar su valoración exponiendo las razones tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas”¹².

Por su parte, la jurisprudencia nacional parece compartir sin reserva las ideas antes expuestas. Debido a su número, sin embargo, resultaría imposible repetir todas las sentencias judiciales en las cuales nuestros tribunales recogen y hacen suyo el concepto de sana crítica tal como lo hemos presentado. Por lo anterior baste señalar sólo a modo ejemplar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia número 7.310 de 2010, redactada por su actual presidente el ministro Sergio Muñoz.

Este fallo, que simplemente recoge la noción canónica del criterio de la sana crítica, contiene en su considerando sexto una formulación del concepto de sana crítica, concepto que luego desarrolla mediante el examen de las diferentes manifestaciones legislativas del mismo y sus características propias: los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Todas estas ideas son, por cierto, cuidadosamente explicadas en el fallo.

El concepto que ofrece esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia es el siguiente: “*La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden en la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es, el mérito*

¹² MATURANA, cit. (n. 2), p. 107.

*que puede incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que sucedieron los hechos. En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, por ello es que son variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos*¹³. Más adelante volveremos sobre este fallo de la Corte Suprema de Justicia.

Esta forma de comprender el concepto de la sana crítica por la doctrina y la jurisprudencia, vinculándolo a cierto tipo de conocimientos científicos y a las máximas de la experiencia, ha producido como efecto una suerte de acuerdo tácito en cuanto a la definición nominal de la institución. En otras palabras, los autores, los jueces y los abogados nacionales entienden que la sana crítica es un sistema de ponderación racional de la prueba rendida en autos, que exige del órgano decisor una justificación de la valoración en términos lógicos, de acuerdo a la experiencia común y a los conocimientos generalmente aceptados por la comunidad científica. Pero, la forma en que la teoría y los operadores jurídicos se han apropiado del concepto, a su vez, ha producido dos tipos de problemas: uno de carácter sustantivo y otro de naturaleza metodológica.

III. LA APROPIACIÓN TRADICIONAL DEL CONCEPTO DE “SANA CRÍTICA”.

PROBLEMAS

Las cuestiones sustantivas que suscita la noción de sana crítica se relacionan con el carácter indeterminado del concepto mismo y de la interpretación que ha de darse a sus ideas estructurales (principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados). En la literatura especializada nacional existe un conjunto de estudios encaminados a resolver tales cuestiones. En todos ellos se advierte un cierto aire de familia, puesto que todos parten de la noción tradicional de “sana crítica”¹⁴. Sin embargo, al momento de delimitar conceptualmente el sentido y alcance de las ideas de principios lógicos, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados es posible advertir algunas variaciones sobre el tema que merecen atención.

¹³ Corte Suprema, rol: 7.310 -2010, considerando 6º.

¹⁴ Una selección de definiciones equivalentes de la “sana crítica” en nuestra doctrina puede consultarse en LEPIN, cit. (n. 2), pp. 9-10.

En lo que a la lógica concierne, junto a las reproducciones un tanto literales de la fórmula canónica que vincula a la “sana crítica”, sin mucha crítica, a los principios lógicos de identidad, no contradicción y tercero excluido, es posible encontrar alguna discusión sobre el tipo especial de “lógica” congenial con este sistema de ponderación. Así, alguno ha propuesto incluso el abandono (por lo menos parcial) de la lógica monotónica para explorar los beneficios de una aproximación lógica no monotónica o, incluso factual, a la noción de “sana crítica”¹⁵. Los comentarios sobre las máximas de la experiencia, a su vez, siguen encontrando su punto de partida en las obras de Stein y Walter¹⁶, y respecto de estos textos no van mucho más allá. Finalmente, los llamados “conocimiento científicamente afianzados” también han sido objeto, en el último tiempo, de alguna interesante reflexión que ha pretendido, por una parte, una clarificación conceptual de los mismos y, por otra, poner de manifiesto las promesas incumplidas del concepto como componente de la idea de “sana crítica”¹⁷. No es el objeto de este ensayo analizar detalladamente el tratamiento que han recibido las ideas estructurales del concepto de “sana crítica” y, por lo mismo, no diremos mucho más sobre esto. Sin embargo, conviene advertir tres cosas sobre este tema. Prácticamente todos los autores que se han hecho cargo de la interpretación del concepto de “sana crítica” han entendido que el mismo remite a un conjunto de conocimientos objetivos e independientes de la actividad de ponderación de los jueces, de manera tal que la actividad que éstos realizan puede ser enjuiciada (y eventualmente reconducida) por tales conocimientos, los cuales funcionan como verdaderas categorías intelectuales de validación del razonamiento y la actividad judicial. Aunque nominalmente el concepto de “sana crítica” ha adquirido con los años unos contornos precisos, sus notas constitutivas siguen presentando problemas de interpretación que, de momento, no han podido ser solucionados. Finalmente, parece advertirse en los autores nacionales una tendencia a extender los límites de operación de la sana crítica más allá de la mera actividad de ponderación de la prueba. Esto explica por qué razón muchas veces la discusión sobre la noción de “sana crítica” se inscribe en el registro de la fundamentación de las sentencias judiciales tanto del derecho como de la apreciación y ponderación de los hechos probados¹⁸.

¹⁵ Véase LASO, cit. (n. 2), pp. 146-153.

¹⁶ Véase STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973); y WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba* (Bogotá, Temis, 1985).

¹⁷ Véase COLOMA Y AGÜERO, *Lógica, ciencia y experiencia*, cit. (n. 2).

¹⁸ Véase LÓPEZ DÍAZ, cit. (n. 2).

Esta forma de comprender el concepto de “sana crítica”, a su vez, ha determinado el método de apropiación del mismo. Así, como esencialmente las ideas de “principios de la lógica”, “máximas de la experiencia” y “conocimientos científicamente afianzados” remiten todos a una base de cognición objetiva y verificable, también la forma adecuada de apropiarse del concepto ha seguido el mismo derrotero. En palabras muy simples: las ideas estructurales del concepto de “sana crítica” son susceptibles de ser aprendidas de la misma manera en que se estudia cualquier tipo de conocimiento formalmente establecido como tal.

Llegados a este punto, eso sí, el escenario tampoco es más alentador. Si la posibilidad de apropiación del concepto por parte de los jueces pasa, necesariamente, por un período de instrucción formal (aprendizaje sustantivo), la verdad es que dicha formación en nuestro medio no existe. En efecto, ni en la formación inicial de los abogados¹⁹, ni en la instrucción especial de los futuros jueces, ni en los cursos de especialización y actualización de los magistrados en ejercicio²⁰ encontramos una formación de carácter

¹⁹ Aunque teóricamente de acuerdo con los “Criterios para la evaluación de la carrera de derecho” establecidos por la Comisión Nacional de Acreditación el año 2007, podrían existir una serie de cursos de formación inicial en estas materias (específicamente relacionados con las competencias y habilidades que se espera deban adquirir los futuros abogados. En especial aquella que señala que él o ella: “Tiene conocimientos y criterios básicos en el área de las ciencias sociales y las humanidades que le permiten una comprensión del Derecho y su trascendencia social, así como del ejercicio de las diversas profesiones jurídicas. Posee habilidad para expresarse en forma oral y escrita con dominio del lenguaje jurídico. Posee habilidad para argumentar y razonar jurídicamente. Es capaz de analizar y resolver situaciones jurídicas, con un adecuado manejo de las fuentes, identificando los hechos relevantes, las normas y principios aplicables, y dando una solución al problema planteado. Es capaz de discernir y hacer valoraciones éticas con relación a normas o situaciones específicas y frente a posiciones o soluciones jurídicas. Es capaz de realizar un análisis filosófico e histórico de las fuentes y principios del ordenamiento jurídico nacional, y compararlos con otros sistemas jurídicos, en sus aspectos generales”); históricamente las escuelas de derecho han optado por un diseño curricular rígido y centenario centrado en los cursos de dogmática jurídica. Véase a este respecto GUZMÁN B., *La enseñanza del derecho. Historia y perspectivas*, en *Anales del Instituto de Chile*, 25, *Estudios: La educación superior en Chile* (Santiago de Chile, 2005-2006), II, p. 338.

²⁰ Dentro de los programas de formación inicial y de perfeccionamiento judicial tradicionalmente ofrecidos por la Academia Judicial de Chile, únicamente el curso del “Juicio como operación intelectual” y el de “Razonamiento jurídico” nominalmente se aproximan a los elementos de la idea de sana crítica. Sin embargo, su contenido tiene otra finalidad: el juicio como operación intelectual “tiene por objeto que los participantes puedan experimentar la forma como se desarrolla la formación de un juicio, como una operación mental común al juicio ético, estético y jurídico. Se comienza con una actividad dirigida a hacer patente como las opiniones subjetivas en

propedéutico o de especialización que pretenda expresamente instruir a los operadores jurídicos en el contenido y aplicación práctica de los conceptos imbricados en la noción de reglas de la sana crítica²¹.

Recientemente Rodrigo Coloma y Claudio Agüero han mostrado que en el imaginario de los jueces nacionales este problema está internalizado. De tal modo que al ser consultados (los jueces que tomaron parte en el estudio) sobre el problema de la falta de instrucción formal en materias de lógica, reglas inferenciales de experiencia y conocimientos científicos generales, de forma bastante unánime, se mostraron a favor de una revisión curricular de los programas de formación de los abogados y de los jueces. Así, “las principales medidas que pueden inferirse de las entrevistas de los jueces son cuatro: *¿*) formar a los estudiantes de derecho en el modelo de

el ámbito de la apreciación artística no excluyen la posibilidad de expresar criterios para juzgar una obra de arte, y cómo, una vez formulados esos criterios, es posible realizar un juicio distinto a la mera verbalización de una opinión de gusto o disgusto. A continuación, se pasa a examinar el origen de los criterios para evaluar la conducta en el plano ético, y las fuentes utilizadas para sostener la vigencia de los criterios, para concluir en el juicio jurídico, en que la construcción de la operación intelectual de juicio consiste en una parte muy importante en la construcción y justificación de la regla decisoria a partir de las fuentes aceptadas por el ordenamiento jurídico vigente en un momento determinado”. Y el curso de argumentación jurídica tampoco ofrece mucho más: “estas sesiones buscan aportar a los participantes el marco teórico básico en el que se desarrolla la justificación de una decisión en el ámbito pragmático del derecho, esto es, en el contexto de decisiones asociadas a consecuencias jurídicas”. En el último año, eso sí, se ha añadido a la oferta de los cursos de formación inicial y perfeccionamiento uno denominado: “apreciación de la prueba y sana crítica”. Aunque aún es muy pronto para ver su real impacto en la práctica. Fuente: <http://www.academiajudicial.cl/wp-content/uploads/fotos/PP-2016-Cuadro-General-de-Cursos.pdf> [Consultado por última vez el 26 de octubre de 2015].

²¹ Todo ello incide, necesariamente, en que los jueces deban dirigir su mirada hacia el extrarradio jurídico-profesional para lograr alguna aproximación conceptual a la idea de “reglas de la sana crítica”. De alguna manera esto lo ha hecho notar recientemente Coloma y Agüero al afirmar que “el principal problema que aqueja a la sana crítica se relaciona con su escasa operatividad en cuanto modelo que reenvía a los jueces a sistemas externos de producción de conocimiento o de legitimación de discursos. Dicho fenómeno es consecuencia de la falta de precisión conceptual acerca de aquellos a lo que se está refiriendo cuando se hace mención a los PL, CCA y ME. Asimismo, la incorporación de los PL, CCA y ME es poco explícita respecto a quiénes están obligando y cuál es el contenido de dicha obligación. Más aún, no están suficientemente resueltos otros problemas asociados, como lo son las tensiones entre distintas generalizaciones disponibles o la distinta fuerza que puede reconocérseles para dar respuesta a un caso concreto. Así, las decisiones probatorias de jueces especializados no parece diferir de las que tomaría una persona mínimamente sensata”. COLOMA Y AGÜERO, *Lógica, ciencia y experiencia*, cit. (n. 2), p. 699.

valoración de la prueba en las universidades y fortalecerlo en la fase de formación especializada en la Academia Judicial; *ii*) asegurar un mejor aporte de los abogados en el proceso judicial; *iii*) rediseñar el proceso de formación de los jueces en el modelo de la sana crítica; y *iv*) reglar de forma más explícita lo que es permitido y prohibido en el modelo de la sana crítica”²².

Pero no sólo los jueces de Coloma y Agüero avanzan en esta dirección; también lo hacen algunos académicos. Nieva enfatiza que “si se consulta el programa de oposiciones de acceso a la judicatura en España, se podrá comprobar cómo la preparación en materia probatoria es muy insuficiente e inadecuada. Se estudian simplemente los temas de la prueba como se solió hacer durante el grado en derecho, es decir, desde un punto de vista solamente procedimental”²³. Luego añade de manera categórica: “no es que, como afirma Muñoz Sabaté, no se explique ‘cómo probar’, que desde luego que es importante, sino que no se explica siquiera cómo valorar los resultados de los medios de prueba. Porque supongamos que se ha llevado a cabo toda esa actividad probatoria de manera correcta. ¿Cómo se valoran los resultados obtenidos? Prácticamente nada de lo que se explica actualmente en la docencia teórica de la prueba en la Universidad se centra en cómo valorar. Como dije, los autores se refugian en las máximas de la experiencia y en el estudio procedimental del medio de prueba. Pero, salvo excepciones, no se va más allá”²⁴. Yendo más lejos aún, Malem Seña dedica todo el capítulo tercero de su libro *El error judicial y la formación de los jueces* a precisar el tipo de conocimiento formal que debiesen recibir los jueces. De acuerdo a este autor, dejando de lado la formación en el conocimiento del derecho propiamente tal (“*iura novit curia*”), los jueces debiesen estar instruidos formalmente en lógica, tener un nivel adecuado de conocimiento de la realidad y un manejo óptimo del uso del lenguaje oral y escrito²⁵.

El conocimiento científico de la lógica, de acuerdo a Malem, le permitiría al juez una correcta justificación interna de sus resoluciones, mediante la adecuada deducción de verdaderas conclusiones a partir de premisas universales (en la lógica deductiva) o particulares (en la lógica inductiva). También, en el aspecto sustantivo del pensar, la lógica podría

²² COLOMA Y AGÜERO, *Fragments de un imaginario*, cit. (n. 2), p. 407.

²³ NIEVA, Jordi, *La valoración de la prueba* (Madrid, Marcial Pons Editores, 2010), p. 152.

²⁴ NIEVA, cit. (n. 23), p. 155. Los comentarios de Nieva son perfectamente aplicables a nuestro sistema de formación de abogados y jueces.

²⁵ MALEM SEÑA, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces* (Barcelona, Editorial Gedisa, 2008), pp. 225-239.

ser una útil herramienta para detectar las falacias propias y ajenas que se puedan verificar en el proceso. Un adecuado conocimiento de la realidad supondría la capacidad de distinguir las diversas situaciones de vida y los conocimientos y factores a considerar dentro de ellas. Así, posiblemente un juez de familia debería recibir una formación inicial en materias de psicología familiar e infantil, mientras que a un juez del trabajo, tal vez, le sería más beneficioso recibir una formación inicial en economía de la empresa y modelos de prevención de riesgos, por ejemplo. Un adecuado manejo del lenguaje a nivel de la práctica judicial sería fundamental tanto para la adecuada comprensión de los textos legales (y extralegales) como para la correcta redacción de la sentencia judicial, “en ambas tareas el juez se comporta como lingüista en el sentido de que realiza análisis y operaciones que normalmente hacen los lingüistas, aunque muchas veces sin poseer los conocimientos lingüísticos necesarios para ello”²⁶.

Pues bien, en todas estas materias el juez podría (o debería) ser instruido formalmente dentro del sistema educacional institucionalizado. Desde esta perspectiva tradicional, en consecuencia, la forma de superar los problemas que conlleva la falta de una instrucción formal y científica que pueda dotar de sentido y utilidad a la idea de reglas de la sana crítica pasa simplemente por una modificación curricular de los programas de formación inicial y de especialización de los jueces.

Llegados a este punto, conviene extraer algunas conclusiones. Pese a los intentos por precisar conceptualmente las ideas estructurales de la noción tradicional de “sana crítica”, de momento ellas siguen bastante indeterminadas. No se trata, por cierto, de la falta de análisis de las mismas²⁷ o de una desprolija comprensión de qué se persigue con ellas²⁸, sino de la impotencia que hasta el momento ha evidenciado la teoría para determinar la forma precisa en que ellas podrían ser operativizadas en el sistema de ponderación de la prueba. Esta impotencia que, a veces, raya en la frustración explica algunas afirmaciones realizadas por quienes han seriamente intentado realizar dicho cometido. Así, por ejemplo, luego de criticar la vinculación del concepto de “sana crítica” a los principios de la lógica tradicional aristotélica (monotónica), Laso termina por decir que la lógica propia de la sana crítica es simplemente la lógica del sentido común²⁹ (no monotónica formal por defecto, o material pero fáctica). Laso, con

²⁶ MALEM, cit. (n. 25), p. 235.

²⁷ Véase MATURANA, cit. (n. 2), pp. 139-275.

²⁸ COLOMA Y AGÜERO, *Lógica, ciencia y experiencia*, cit. (n. 2), pp. 674-679.

²⁹ “La sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, no es más que la formalización en el ámbito legal del razonamiento de sentido común. Nada de especial hay en exigir a los jueces que fundamenten sus decisiones en base a la lógica y la

todo, aún parece operativizar la idea con algún contorno propio; cuestión que no ocurre en la conocida pregunta (un tanto retórica por el contexto) que formula Coloma: ¿realmente importa la sana crítica?³⁰

A su vez, metodológicamente tampoco se advierten medidas en orden a suplir las carencias de instrucción formal de jueces y abogados en la ciencia de la lógica y el razonamiento, aun cuando parece haber un cierto consenso en que ello sería deseable. Sin embargo, aun cuando se suplieran curricularmente tales déficits de formación, esto en nada ayudaría a salvar la cuestión sobre cómo dichos conocimientos serían implementados en la práctica judicial de la ponderación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, sin desmerecer los esfuerzos desplegados por la doctrina y jurisprudencia en orden a esclarecer el sentido y alcance de la idea de “sana crítica” tal vez sea hora de intentar otra vía de acceso al concepto. Eso sí, este nuevo camino no puede construirse sobre la senda transitada hasta el momento. En otras palabras, es necesario abandonar las fronteras tradicionales de la idea de “sana crítica” que la encierran, por una parte, en los “principios de la lógica”, las “máximas de la experiencia” y los “conocimientos científicamente afianzados”, y por otra, que la presentan como un criterio objetivo de evaluación de la ponderación judicial de la prueba más que como un procedimiento de deliberación racional realizado por una comunidad disciplinar (la de los jueces).

Aceptar que es posible abandonar los contornos tradicionales de la idea de sana crítica no supone, necesariamente, reconducirla a un sistema de ponderación absolutamente libre (convicción moral), sino simplemente anclar sus soportes teóricos en conceptos congeniales con la idea de un procedimiento de deliberación racional realizado por una comunidad disciplinar. En tal sentido, nos parece, que las nociones de “*tacit knowledges*” e “*informal learnings*” pueden servir como ideas explicativas de lo que en la práctica realizan los jueces cuando se ven en la necesidad de ponderar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

experiencia, desde que eso es lo que se espera que toda persona racional haga día a día en las más variadas circunstancias de su vida”. LASO, cit. (n. 2), p. 162.

³⁰ Véase COLOMA, *Realmente importa la sana crítica*, cit. (n. 2). De alguna manera Coloma advierte en este artículo la importancia de abandonar el derrotero tradicional de aproximación a la idea de “sana crítica” para que ésta finalmente importe; y por lo mismo uno podría leer (implícitamente) que en la medida en que la sana crítica permanezca en las fronteras tradicionales del análisis de sus ideas estructurales ella, funcionalmente, poco y nada aporta.

IV. UNA APROXIMACIÓN NO TRADICIONAL AL CONCEPTO DE SANA CRÍTICA: CONOCIMIENTOS TÁCITOS Y APRENDIZAJES INFORMALES EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE PONDERACIÓN DE LA PRUEBA

Los términos “conocimientos tácitos” y “aprendizajes no formales” son bien conocidos por educadores, psicólogos y científicos sociales. Mediante ellos se suele designar una constelación de ideas que incluye experiencias individuales, aprendizajes miméticos, prácticas grupales no institucionalizadas y conocimientos intuitivos, ente otros. Dada la gran cantidad de ideas asociadas a estos tipos de aprendizaje y conocimientos, no resulta fácil entregar una definición única de los mismos. Sin embargo, más allá de la nomenclatura con que se los designa o las ideas a las cuales se los asocia, éstos poseen ciertas características comunes a partir de las cuales es posible intentar una definición funcional a nuestro análisis. Dentro de sus características, pensamos, destacan las siguientes: en primer lugar, todos ellos tienen una naturaleza no institucionalizada que puede producirse ya con ocasión de un aprendizaje formal (pero al margen del programa institucional), ya con ocasión de un “aprendizaje que ocurre por la participación de la persona en alguna actividad sin que haya un proceso directo de enseñanza o en el que no existe una intención prescriptiva de enseñanza sino que el proceso de aprendizaje es espontáneo o auto-dirigido”³¹. En segundo lugar, que el aprendizaje no formal y los conocimientos tácitos a él asociados se caracterice por una falta de institucionalización o codificación intelectual, no significa que éste se produzca de manera automática en el sujeto cognoscente. Más bien, son los contextos culturales complejos los que propician en mayor medida la aparición de este tipo de aprendizaje; y entre éstos, merece una especial mención el ámbito profesional y laboral. Los estudios indican, en tal sentido, que los contextos profesionales y laborales demandan un diálogo permanente entre los conocimientos teóricos (formales y no formalmente adquiridos) y las exigencias prácticas, de forma tal que “la experiencia del aprendizaje está fuertemente influenciada por la naturaleza del trabajo y por el flujo de trabajo de la unidad en que los trabajadores operan”³². Así las cosas, aunque las personas no lo adviertan, muchos contextos laborales se constituyen en verdaderas comunidades de prácticas compartidas que generan entre sus participantes un conjunto de aprendizajes y conocimientos altamente significativos, pero informales.

³¹ MEJÍA, Rebeca, *Tendencias actuales en la investigación del aprendizaje informal*, en *Sinéctica*, 26 (febrero-julio 2005), p. 4.

³² BOUD, David - MIDDLETON, Heather, *Learning from Others at Work: Communities of Practice and Informal Learning*, en *Journal of Workplace Learning*, 15 (2003) 5, p. 198.

Sin embargo, la mayoría de los sujetos “asume que trabajar y aprender son dos actividades separadas y bien distintas que nunca se superponen, mientras que nuestros hallazgos han demostrado siempre lo contrario, i. e., que la mayoría de los aprendizajes laborales ocurren más en el trabajo que fuera de él”³³.

Los estudios muestran, en tercer lugar, que la influencia y alcance de los aprendizajes informales en los contextos culturales complejos se torna aún mayor en aquellas comunidades en las que existe una relación estrecha entre la práctica profesional y la aplicación de conocimientos teóricos. En éstas se verifica diariamente una serie de transacciones entre los conocimientos formalmente adquiridos y las necesidades prácticas no previstas por los mismos. Este movimiento de ida y vuelta entre uno y otro tipo de aprendizaje-conocimiento obliga a los participantes de la comunidad de prácticas a extraer el conocimiento potencialmente relevante de su contexto de adquisición y uso previo; a una comprensión de la nueva situación y al reconocimiento de las habilidades, destrezas y conocimientos necesarios para enfrentar la situación que exige la transformación, con el propósito de integrarlos con otros conocimientos, habilidades y capacidades a fin de pensar, actuar y comunicar una nueva realidad³⁴.

A partir de las características anteriores podemos definir estos aprendizajes informales y conocimientos tácitos como un tipo de aprendizaje-conocimiento no institucionalizado que se verifica con mayor ocurrencia en contextos culturales complejos y cuya finalidad es, las más de las veces, servir de mediador entre los conocimientos teóricos adquiridos de forma regular y las necesidades prácticas no previstas de una situación particular.

Quienes han estudiado las particularidades de los aprendizajes informales y los conocimientos tácitos distinguen los factores que influyen en la producción de estos aprendizajes, el modo en que éstos se verifican y el contenido de los mismos. Como los aprendizajes-conocimientos informales se inscriben dentro del registro de los *cultural knowledge*, su producción está determinada por el contexto dentro del cual se generan. De forma tal que actividades diversas conducen a aprendizajes y conocimientos diversos. Así, no es lo mismo aprender a relacionarse con clientes; estar

³³ ERAUT, Michael, *Informal Learning in the Workplace* en *Studies in Continuing Education*, 26 (july 2004) 2, p. 249. Esta errónea percepción de los trabajadores se debe en parte a que el aprendizaje informal no se ha estudiado en toda su complejidad, pues los discursos tradicionales sobre la cuestión se han centrado en el denominado conocimiento codificado (“codified knowledge”) y no en el conocimiento cultural (“cultural knowledge”), dentro del cual hay que situar al conocimiento adquirido en las comunidades de prácticas compartidas (“communities of practice”).

³⁴ Véase ERAUT, Michael, cit. (n. 33), p. 256.

obligado a trabajar en equipo o tener que desarrollar habilidades de toma de decisión. El modo en que estos aprendizajes-conocimientos se adquieren también puede variar dependiendo de la forma en que el aprendizaje se produce. Uno puede aprender trabajando en grupo; realizando una misma actividad con otros (y aprendiendo de ellos); asumiendo nuevos desafíos que implican la adquisición de conocimiento o, en las actividades que suponen la interacción con clientes, aprender de las necesidades ajenas y del mercado en el cual se pueden satisfacer. Finalmente, lo que se aprende informalmente puede estar constituido por conocimientos teóricos, habilidades o competencias³⁵.

Los conocimientos teóricos se caracterizan por su capacidad de comunicación y, por lo mismo, pueden ser más fácilmente codificados e institucionalizados (“codified knowledge”). Las habilidades, por el contrario, representan destrezas de ejecución o implementación práctica del conocimiento que difícilmente pueden ser adquiridas sin una práctica. Las competencias, por último, pueden ser definidas como “la adecuación de las expectativas de otras personas”³⁶. En términos muy simples, una cosa es saber en qué consisten las reglas del ajedrez; otra es reconocer y saber mover las piezas del juego y otra diferente es jugar bien y ganar una partida.

Conocimientos, habilidades y destrezas, en el contexto que los estudiamos, pueden ser unidos a tres tipos de conocimientos informales: entendimientos tácitos; acciones realizadas en forma rutinaria y reglas tácitas que fundamentan una toma de decisión intuitiva. El entendimiento tácito se caracteriza por tener un componente no-comunicacional y otro epistemológico. El primero se resume en la conocida frase “lo sé, pero no sé cómo explicarlo”³⁷; mientras que el segundo se deriva de la idea de que el conocimiento tácito es aquel que “aún no ha sido abstraído de la práctica”³⁸. En el caso del entendimiento tácito falta un registro conceptual explícito que haga posible la comunicación de la experiencia mediante un vocabulario compartido. Eso sí, no se trata meramente de la falta de una nomenclatura común, sino de la ausencia de “un vocabulario para hablar sobre aspectos de su experiencia (la de aquellos que toman parte en una comunidad disciplinar) que han sido previamente difíciles de discutir y conceptos y teorías que los ayuden a que su experiencia tenga sentido y a entender más claramente asuntos y perspectivas alternativas”³⁹.

³⁵ Véase *ibíd.*, pp. 259, 264, 266-267.

³⁶ *Ibíd.*, p. 264.

³⁷ ERAUT, Michael, *Non Formal Learning and Tacit Knowledge in Professional Work* en *British Journal of educational Psychology*, 70 (2000), p. 118.

³⁸ ERAUT, Michael, *cit.* (n. 37), p. 119.

³⁹ *Ibíd.* p. 120.

En la realización de una rutina, en cambio, es posible encontrar incluso un conjunto de conocimientos de naturaleza procedimental altamente codificados e institucionalizados; pero la propia dinámica de la actividad tiende a “convertirlos en conocimientos tácitos mediante su repetición”⁴⁰. Por último, “el modo intuitivo de cognición descansa más en una primera experiencia que en una teoría o investigación, y hace considerable uso de un conocimiento tácito”⁴¹. En los ámbitos profesionales, la apelación a una respuesta intuitiva se asocia a grados elevados de experiencia profesional; de manera tal que, curiosamente, a mayor experiencia mayor uso de este tipo de conocimientos. Esta idea ha sido bien desarrollada por el llamado “modelo de Dreyfus” que describe cinco etapas de adquisición de habilidades, comenzando por la del aprendiz y concluyendo en la de experto. Dreyfus ha advertido que los expertos resuelven, gracias a su experiencia, de manera rápida y eficiente los problemas nuevos y complejos que se les presentan, porque al tener “bastante experiencia en una gran variedad de situaciones, todas vistas desde la misma perspectiva pero necesitadas de una decisión táctica diferente, el cerebro del experto gradualmente descompone esta clase de situaciones en subclases, cada una de las cuales requiere una respuesta específica. Esto permite una respuesta situacional intuitiva inmediata que es lo que caracteriza la experticia”⁴². Así las cosas, a diferencia de lo que la gente comúnmente piensa, son los expertos quienes, gracias a su experiencia, usan en mayor medida conocimientos tácitos en sus decisiones intuitivas.

En resumen, los conocimientos tácitos y aprendizajes informales son frecuentes en las comunidades disciplinares de trabajo. En ellas se intercambian conocimientos, experiencias y se expresan habilidades cuyo contenido cognitivo se traduce en una serie de entendimientos tácitos, acciones rutinarias y respuestas intuitivas por parte de sus miembros. En este sentido, la judicatura, entendida como una comunidad de prácticas compartidas, ha de operar también sobre un conjunto de conocimientos tácitos adquiridos a través de aprendizajes informales que, en su conjunto, configuran su *éthos* propio⁴³. En efecto, la comunidad disciplinar de los jueces posee un contexto discursivo propio (el de las razones del derecho) dentro del cual se verifica un diálogo constante entre sus participantes

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 124.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 126.

⁴² DREYFUS, Stuart, *The Five-Stage Model of Adult Skill Acquisition*, en *Bulletin of Science Technology & Society*, 24 (2004), p. 180.

⁴³ Para un estudio sobre el *éthos* judicial y su relación con el razonamiento legal (en términos sustantivos), véase KHAN, Paul, *Judicial Éthos and Atonomy of Law*, en *Penn State Law Review*, 104 (2005-2006) 4, pp. 935-937.

bajo la forma del control recíproco de las actuaciones (generalmente de naturaleza recursiva). En esta comunidad también hay códigos compartidos (conocimientos tácitos), prácticas rutinarias y un margen para las acciones intuitivas (sobre todo si son propuestas por aquellos miembros más experimentados).

Aunque es imposible determinar, sin un estudio teórico y de campo, cuáles y de qué tipo serían los aprendizajes no formales y los conocimientos tácitos compartidos por los jueces nacionales, creemos que hay, por lo menos conjeturalmente, buenas razones para pensar que éstos, al momento de ponderar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tienden a organizar sus relatos⁴⁴ precisamente en torno a este tipo de aprendizaje-conocimiento. Es decir, aunque los jueces advierten que carecen de una instrucción formal en materia de lógica clásica, reglas de inferencia inductiva y conocimientos científicos, esto no parece ser óbice para ejercer de manera adecuada la labor de ponderación de la prueba de acuerdo a la sana crítica. De hecho, en el estudio de Coloma y Agüero, los jueces entrevistados de forma bastante consistente afirman que dicha falta de instrucción se suple en buena medida por la propia experiencia de los magistrados y por un conjunto de prácticas compartidas por los mismos⁴⁵. En tal dirección, los autores citados realizan el siguiente comentario: “no es claro si las expectativas por un proceso institucionalizado de formación en la universidad y en la Academia Judicial, por una parte, y la valoración de la formación informal como un miembro novel del Poder Judicial, por la otra, están en tensión o son, en realidad, parte de un mismo imaginario sobre las dificultades que es necesario superar para convertirse en juez. Aunque no es el objetivo de la investigación, este punto nos parece

⁴⁴ En este ensayo, entendemos por “relato” o “narrativa judicial” el conjunto de estrategias discursivas “mediante las cuales elementos de información fragmentarios y dispersos, y ‘piezas’ de acontecimientos, pueden ser combinados y articulados como un conjunto de hechos coherente y dotado de sentido” (TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos* (Madrid, Marcial Pons Editores, 2010), p. 48), con el objeto de transformarse en una unidad de sentido independiente de los hechos aunque explicativa de los mismos. A su vez, estas narrativas nutren el “imaginario” judicial de un conjunto de ideas desde las cuales los propios jueces perciben su actividad y la forma en que creen dicha actividad es apreciada por la comunidad política. Para una discusión sobre el real valor de los contextos discursivos en las narrativas judiciales véase ACCATINO, Daniela, *Atomismo y holismo en la justificación probatoria*, en *Isonomía*, 40 (abril 2014), pp. 17-59. En este artículo, Accatino muestra las bondades, pero también las debilidades que presenta el modelo holista de interpretación de la narrativa judicial en lo concerniente a la ponderación de la prueba.

⁴⁵ COLOMA Y AGÜERO, *Fragmentos de un imaginario*, cit. (n. 2), pp. 396-403.

relevante porque es un lugar común en la comunidad jurídica reclamar la formalización e institucionalización de los procesos de aprendizaje sin reflexionar sobre cómo es posible afianzar mejor el *éthos* institucional del Poder Judicial”⁴⁶.

Ahora bien, este *éthos* institucional del Poder Judicial, entendido como una práctica disciplinar, ya no tiene que ver con la aprehensión formal de un conjunto de conocimientos objetivos que han de servir como criterio de validación de una determinada ponderación de los hechos (principios de la lógica máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados) sino más bien con una serie de entendimientos tácitos, acciones rutinarias y respuestas intuitivas por parte de los miembros de dicha comunidad. Y, desde este horizonte, si volvemos sobre el fallo que hemos citado un poco más arriba fácilmente podemos advertir en él algo de ese *éthos* propio de la judicatura. En efecto, el fallo se puede dividir en dos partes claramente diferentes: en un primer momento, el acento está puesto en el conjunto de actividades que ha de realizar el órgano jurisdiccional con ocasión de la actividad procedimental de valoración: “determinar” el valor particular de cada medio de prueba; “precisar” su eficacia, pertinencia, fuerza vinculatoria y proximidad con la verdad del hecho controvertido. “Valorar” de manera conjunta los medios probatorios ofrecidos y rendido y, a partir de allí, “concluir” de manera racional y plausible cómo efectivamente acontecieron los hechos. De esta forma, la acción que realiza el juez al momento de ponderar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica se ve satisfecha en la medida en que claramente aparezca en su razonamiento la forma en que se ha determinado el medio probatorio en atención a la litis, se haya precisado su eficacia y pertinencia, valorado su aptitud para dar cuenta de los hechos y concluido un relato plausible y coherente a partir de todo lo anterior⁴⁷. La segunda parte, por el contrario, afirma que para el cumplimiento del cometido precedente “en ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado”. Aunque claramente en el fallo el acento está puesto en la primera parte (que es la que parece describir un cierto *éthos*) en él se insiste en que lo esencial del criterio es precisamente aquello que se presenta como accesorio (las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados). Así las cosas, lo que es accesorio se vuelve principal y la narración en torno a la

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 394.

⁴⁷ Nótese la similitud de estas reglas con las propuestas por FALCÓN, cit. (n. 3).

sana crítica sigue prisionera de unos conceptos que materialmente poco han aportado en su implementación práctica.

Así las cosas, aunque no es el propósito de este breve ensayo extraer las consecuencias teóricas y prácticas del cambio de paradigma sobre la comprensión y apropiación del concepto de “sana crítica”, sí hemos pretendido ofrecer una vía alternativa de acceso al mismo que, a partir de las ideas de “conocimientos tácitos” y “aprendizajes informales”, pueda ayudar desde otro ángulo a precisar y operativizar las reglas de la sana crítica dentro del registro propio del *éthos* judicial.

V. COMENTARIO FINAL

La forma tradicional de comprender el concepto de “sana crítica”, como una idea compuesta por ciertas nociones estructurales de naturaleza objetiva e independiente de la actividad misma de ponderación (principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados), ha impedido hasta el momento explorar la forma en que efectivamente éste se ha implementado dentro del *éthos* judicial. Esto explica por qué tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han sido muy conservadoras en sus aproximaciones al concepto, limitándose a interpretarlo de manera consistente y regular como un criterio objetivo e independiente de validación racional de la ponderación judicial, susceptible de ser comprendido mediante una adecuada instrucción formal (ya en las escuelas de derecho, ya en la Academia Judicial de Chile).

Esta estrategia, con todo, no ha logrado su cometido. El concepto al uso de “sana crítica” carece de consistencia empírica y, simplemente, refleja la distancia entre la teoría y la práctica. Las ideas estructurales que tradicionalmente se asocian a la idea de “sana crítica” permanecen aún en un grado no menor de indeterminación, pese a los significativos esfuerzos desplegados desde hace algunos años por la teoría. Tampoco se advierte en el horizonte próximo reformas curriculares en los planes de formación de abogados y de jueces, en orden a suplir la falta de conocimientos específicos que el propio imaginario judicial advierte. Por último, ni la teoría ni la jurisprudencia se han hecho cuestión sobre la efectividad de la estrategia escogida: ¿basta la precisión conceptual de la idea y su aprehensión formal para asegurar la operatividad del sistema de ponderación dentro de la práctica judicial?

En este orden de cosas, ensayar una aproximación alternativa al concepto de “sana crítica” puede resultar de gran utilidad. Los conocimientos tácitos y las estrategias mediante las cuales la comunidad disciplinar de los jueces aprende no formalmente una serie de conocimientos puede ser de

gran ayuda para comprender las potencialidades conceptuales presentes en el *éthos* judicial mismo. Obviamente, habría que ahondar mucho más en estas ideas: realizar un sofisticado trabajo de campo que hiciera posible, a partir de una muestra representativa de experiencias y prácticas compartidas, comprender la riqueza conceptual del *éthos* judicial en el que la sana crítica encuentra su implementación.

Ahora bien, desplegar el análisis del concepto de “sana crítica” a partir del *éthos* judicial no supone renunciar a su delimitación formal en los términos tradicionales. De hecho, el trabajo realizado por la doctrina hasta el momento ha sido, sin duda, integrado en la propia práctica judicial como un elemento más de la misma (ya sea de naturaleza constitutiva o correctiva). La comprensión de la sana crítica como una actividad de ponderación (y no como un criterio independiente y objetivo de evaluación) que se verifica dentro de una comunidad disciplinar, que comparte ciertos códigos y prácticas, no supone, tampoco, la validación acrítica del *éthos* judicial mismo. En otras palabras, estos aprendizajes informales y conocimientos tácitos (de los que posiblemente se nutre la práctica judicial) presentan incluso mayores inconvenientes que las ideas clásicas asociadas a la “sana crítica” cuando no son objeto de un análisis riguroso. Así, por ejemplo, específicamente en lo que se refiere a la ponderación de la prueba, estos aprendizajes-conocimientos no formales poseen un alto componente intuitivo que muchas veces proviene de una agregación acumulativa de percepciones episódicas pasadas, que muy fácilmente puede conducir a que “el proceso de agregación no haya estado bajo nuestro control, existiendo el peligro de que nuestra selección e interpretación de la información extraída de dichos episodios esté prejuizada”⁴⁸. Aún más grave, la validación acrítica del *éthos* judicial por la práctica rutinaria de una serie de estrategias, procedimientos y criterios, en el caso de la implementación del sistema de la sana crítica, puede conducir fácilmente a un anquilosamiento de las propias prácticas compartidas. “Las rutinas son muy difíciles de cambiar, no sólo porque implican una evaluación negativa de las viejas prácticas, sino también porque los cambios suponen un período de desorientación, mientras las viejas rutinas son gradualmente desaprendidas y las nuevas gradualmente desarrolladas. Durante ese período, quienes toman parte en la actividad se sienten como inexpertos, pero sin tener las excusas o concesiones habitualmente concedidas a éstos. El temor al cambio descansa así en la pérdida de control sobre nuestra práctica cuando nuestro conocimiento informal cesa de proveernos la ayuda necesaria; siendo también de considerable importancia la dimensión emocional de todo esto. De

⁴⁸ ERAUT, Michael, cit. (n. 23), p. 253.

esta forma, la creencia común de que cambiar es en parte un problema de actitud y un proceso de adquisición de nuevo conocimiento explícito es errónea y falaz⁴⁹.

Por todo lo anterior, aunque afirmamos que es preferible entender la “sana crítica” como una actividad más que como un criterio de evaluación, y que las ideas de “conocimientos tácitos” y “aprendizajes informales” pueden servir para comprender el contenido y la forma de apropiación de la idea a partir del propio *éthos* judicial, esta propuesta no implica abandonar del todo la senda tradicional. Más bien, la aproximación simultánea por estos dos flancos (el tradicional y el que proponemos) puede finalmente producir una feliz comunión entre la teoría y la práctica, haciendo posible que la comunidad disciplinar de los jueces pueda enjuiciar y evaluar sus prácticas compartidas dentro de un esquema objetivo de conocimiento, sin que se confunda lo uno con lo otro.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, *Atomismo y holismo en la justificación probatoria*, en *Isonomía*, 40 (abril 2014).
- BOUD, David - MIDDLETON, Heather, *Learning from Others at Work: Communities of Practice and Informal Learning*, en *Journal of Workplace Learning*, 15 (2003) 5.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana crítica* (Santiago, Librotecnia, 2008).
- COLOMA CORREA, Rodrigo, *La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica*, en *Revista de Derecho* (Valdivia, 2012).
- COLOMA CORREA, Rodrigo, *Realmente importa la sana crítica*, en *Revista Chilena de Derecho* (2012).
- COLOMA, Rodrigo - AGÜERO, Claudio, *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*, en *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2014) 2.
- COLOMA, Rodrigo - AGÜERO, Claudio, *Fragmento de un imaginario judicial de la sana crítica*, en *Ius et Praxis*, 20 (2014) 2.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª edición, Buenos Aires, Roque de Palma Editor, 1958).
- DREYFUS, Stuart, *The Five-Stage Model of Adult Skill Acquisition*, en *Bulletin of Science Technology & Society*, 24 (2004).
- ERAUT, Michael, *Informal Learning in the Workplace*, en *Studies in Continuing Education*, 26 (july 2004) 2.
- ERAUT, Michael, *Non Formal Learning and Tacit Knowledge in Professional Work*, en *British Journal of educational Psychology*, 70 (2000).
- GORPHE, FRANÇOIS, *La crítica del testimonio* (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1940).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La Enseñanza del Derecho. Historia y Perspectivas*, en *Anales del Instituto de Chile*, 25, *Estudios: La educación superior en Chile* (Santiago de Chile, 2005-2006), II,

⁴⁹ *Ibid.*, p. 261.

- KHAN, PAUL, *Judicial Éthos and Atonomy of Law*, en *Penn State Law Review*, 104 (2005-2006) 4.
- LASO CORDERO, Jaime, *Lógica y sana crítica*, en *Revista Chilena de Derecho*, 36 (2009) 1.
- LEPIN MOLINA, Cristian, *Breve estudio sobre la sana crítica*, en *Gaceta Jurídica*, 319 (2007).
- LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *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* en *Gaceta Jurídica*, 294 (2004).
- MALEM SEÑA, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces* (Barcelona, Editorial Gedisa, 2008).
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada* (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955), III.
- MATURANA BAEZA, Javier, *Sana crítica* (Santiago, Thomson Reuters, 2014).
- MEJÍA, Rebeca, *Tendencias actuales en la investigación del aprendizaje informal*, en *Sinéctica*, 26 (febrero-julio 2005).
- MIDÓN, Marcelo, *Derecho probatorio. Parte general* (Cuyo, Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2007).
- NIEVA, Jordi, *La valoración de la prueba* (Madrid, Marcial Pons Editores, 2010).
- STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973).
- TARUFFO, Michele, *simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Madrid, Marcial Pons Editores, 2010).
- WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba* (Bogotá, Temis, 1985).