

garantía¹³⁰. Existen reglas que pueden ser quebrantadas en la actividad de valoración probatoria y que, por lo mismo, están destinadas a gobernar el ejercicio de esas atribuciones que, si bien pudieran ser discrecionales, no generan espacios para el arbitrio.

¿Cuáles son esos criterios? La doctrina coincide en que están dados por las reglas de experiencia, por los conocimientos científicos y por la lógica.

1.1. Las reglas de la lógica¹³¹

Se nos ha dicho que las leyes de la lógica son leyes universales, a priori, que se presentan como necesarias al raciocinio exteriorizado, para asegurarse de su corrección y que están constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y de la derivación. *La coherencia* es entendida como la concordancia que ha de existir entre los elementos del pensamiento, de la que se deducen sus principios formales, o sea: *i. el de identidad*, conforme al cual una cosa sólo puede y debe ser igual a sí misma, lo que significa que si se atribuye a un elemento un contenido determinado, debe mantenerse en todo el curso racional; *ii. el de la no contradicción*, que nos indica que si dos juicios se contraponen, implica que ambos no pueden ser verdaderos, porque una misma cosa no puede ser dos cosas a la vez o algo que es, no puede *no ser* al mismo tiempo, e *iii. el del tercero excluido*, que dictamina que si una cosa sólo puede explicarse dentro de una de dos proposiciones contrapuestas, una debe ser falsa y la otra verdadera, pero no puede haber una tercera posible. A su vez, *la derivación* es concebida como una regla que expresa que cada pensamiento debe provenir de otro con el cual está relacionado, ley de la que se extrae el principio de *la razón suficiente*¹³² según el cual, para ser verdadero, todo juicio necesita de una razón suficiente. En términos más comunes nada es “porque sí”, sino que debe estar suficientemente fundado.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Los Valores...*, ob. cit., pp. 446 y 447.

¹³¹ Con mayores y mejores precisiones, COPI, Irving M., *Introducción a la Lógica*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1995, pp. 321 a 323; RIVANO, Juan, *Lógica Elemental*, Editorial Universitaria, Santiago, 1996, pp. 17-21; DE LA RÚA, Fernando, ob. cit., p. 145-162; COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 144 y 145; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Valoración de la Prueba. Sana Crítica*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2008, pp. 42-51.

¹³² Debe indicarse que los estudiosos de la lógica no mencionan a la razón suficiente como uno de sus principios.

De lo reseñado se sigue que una motivación fáctica puede ser calificada de lógica cuando se sujeta a las reglas para el recto entendimiento humano exteriorizado. Por ende, debe ser coherente (cuando respeta los principios de identidad, no contradicción y tercero excluido), de modo que podrá tacharse de defectuosa si es incongruente, contradictoria, equívoca o ambigua, y, además, debe ser derivada, en términos que se encuentre constituida por inferencias razonables, deducidas de las pruebas y de la sucesión de datos extraídos de las probanzas.

Con todo, la doctrina advierte que la lógica es la herramienta que permite evaluar la validez *formal* de los argumentos, pero no la verdad de las premisas empleadas. En palabras diferentes, permite predicar la corrección estructural de la motivación, examinando los elementos de que está compuesto el razonamiento y la relación que existe entre ellos, sin garantizar el carácter verdadero de las premisas que le sirven de sustento. Dicho de otro modo, esta modalidad de control comprendería la estructura en que ha sido presentada la motivación. La calidad del esquema sólo sería indicativa de su corrección formal, con prescindencia de la sustancialidad o materialidad, de lo acertado o desacertado de lo *que se dice* a través suyo¹³³. Lo que garantiza la lógica es que para el caso que las premisas sean verdaderas, entonces la conclusión también será verdadera, pero no asegura la verdad de las premisas. Consecuentemente, lo que permite dilucidar la lógica es que existe un modo de ordenación de las ideas y de las razones que resulta válido, pero que —en principio— no es necesariamente indiciario de si el contenido de esas razones es aceptable. Una sentencia puede estar fundamentada y, no obstante, puede ser equivocada. Esto que se insinúa tiene que ver con la idea que las reglas de la lógica son de un carácter eminentemente universal y abstracto, de lo que pudiera seguirse que son capaces de funcionar perfectamente con prescindencia de la realidad de lo que se predica por su intermedio. Se ha explicado, en tal sentido, que el silogismo se considera *materialmente verdadero* cuando las proposiciones de que consta sean *realmente verdaderas* y que es *formalmente verdadero*, cuando es *lógicamente correcto*, sin que las proposiciones de que consta hayan de ser de modo necesario verdaderas realmente, concluyéndose —por ende— que puede suceder que un silogismo

¹³³ ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, pp. 8-9 y 13-14.

sea formalmente verdadero (o sea, lógicamente correcto) y materialmente falso¹³⁴. En tal sentido, Manuel ATIENZA destaca que “*Los criterios de corrección de las argumentaciones materiales, o sea, lo que hace que algo pueda considerarse como una buena explicación, justificación, etc., no es, simplemente, que podamos ponerlas en una determinada forma lógica. Lo que importa son los criterios que utilizamos –máximas de experiencia, leyes científicas, reglas de la técnica, principios morales, etc.– y los fundamentos para avalar la verdad –en sentido amplio– de las premisas*”¹³⁵. En ideas similares, COUTURE señala que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia, porque la elaboración del juez puede ser perfecta en su sentido lógico-formal y la sentencia ser errónea, remarcando que la sentencia no se agota en una pura operación lógica, sino que responde además a una serie de advertencias que forman parte del conocimiento mismo de la vida, aludiendo directamente a las reglas de experiencia¹³⁶. En síntesis, la corrección lógica del razonamiento es condición necesaria, aunque no suficiente, de una decisión racional¹³⁷ (aceptable).

TARUFFO indica que las máximas de experiencia no deben confundirse con las reglas de la lógica y de la argumentación racional porque estas últimas no se derivan de la experiencia sino del contexto de los criterios que determinan la corrección del razonamiento. Agrega que las reglas de la lógica no expresan conocimientos sobre los hechos y comportamientos sino que *prescriben* los criterios que deben seguirse para construir un razonamiento lógicamente correcto¹³⁸. NIEVA lo expresa con suficiente claridad. “*Si un juez determina que Cayo murió por asfixia al serle seccionada la tráquea por el reo, está actuando a través de la lógica: Los seres humanos necesitan la tráquea para respirar. Cayo es un ser humano. Cayo murió por asfixia. Ese sería el esquema lógico. Pero tras ese esquema es evidente que subyace una máxima de experiencia que configura la premisa mayor*

¹³⁴ MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Lógica para Juristas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1978, pp. 86-87.

¹³⁵ ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Madrid, 2010, p. 92.

¹³⁶ COUTURE, Eduardo, *Estudios...*, ob. cit., pp. 145 y 146.

¹³⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Del Método Jurídico a las Teorías de la Argumentación*, Anuario de Filosofía del Derecho, vol. III, pp. 168 y 169.

¹³⁸ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre la Justicia Civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 441.

del silogismo, y es la que será analizada en casación: Los seres humanos necesitan la tráquea para respirar"¹³⁹.

Lo que se intenta significar concierne al dilema de cuál sería el espacio o medio de control para el respeto de las reglas de la lógica, si como condición de corrección estrictamente formal de la motivación o como regla de la sana crítica propiamente dicha. El primer escenario implica que debieran analizarse en función del cumplimiento del requisito que prevé el artículo 459 N° 4 del Código del Trabajo, en relación a lo que dispone su artículo 456 en aquella sección que manda "expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas...". Por ende, serían revisables a través de la primera parte de la causal del artículo 478 letra e), dependiendo de la extensión e intensidad que se asigne al requisito de la fundamentación; la segunda modalidad significaría que el control respectivo tendría que hacerse por medio del motivo de nulidad del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo.

Señalado en parámetros de frecuencia, el vicio de falta de logicidad se presenta comúnmente bajo la forma de motivaciones fácticas contradictorias, que al estar referidas a un mismo hecho y al contraponerse, se eliminan recíprocamente; o con la formulación de derivaciones obtenidas de la prueba que revelan la existencia de "saltos" o "vacíos", la falta de eslabones en la cadena de inducciones que invalidan el proceso; o a través de la exposición de inferencias de un modo que resulta ambiguo o equívoco; o en la falta de explicaciones o respuestas para hipótesis alternativas razonablemente posibles y que no han resultado excluidas, etcétera, tornando inconsistente la fundamentación. En casos como éstos, podría concluirse que la sentencia queda desprovista de soporte racional, no es válida. Ese tendría que ser el ámbito inherente para el control que supone la causal del artículo 478 e) del Código del Trabajo.

Pues bien, ocurre que, como actividad racional que es, el proceso que conduce a la apreciación o valoración de la prueba corresponde a un juicio fáctico, cuya premisa mayor debiera estar constituida por la regla de experiencia o por el conocimiento que guía al juez a la obtención de la inferencia. Ello se refleja o tendría que reflejarse en el fallo, básicamente, en la forma de un silogismo, de manera que su estructura debiera presentarse como

¹³⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *El Hecho y el Derecho en la Casación Penal*, ob. cit., p. 153.

expresión de ese método lógico-silogístico¹⁴⁰. El juez puede percibir de las declaraciones de los testigos que éstos aseveran que el demandante estuvo muy triste, decaído, que no quería levantarse y que lloraba todo el día después del fallecimiento de su hijo, pero hasta ese momento el juez sólo tiene que esos testigos *dicen* que el demandante experimentó la congoja y depresión que ellos describen. Que ello sea efectivo, es otra cosa. De tales dichos el sentenciador puede inferir como cierto que el actor tuvo esos padecimientos, porque una regla de experiencia le indica que los padres sufren con la muerte de sus hijos. Por lo tanto, otra manera de entender la incidencia de las reglas de la lógica estaría en considerar que el razonamiento judicial deba ser sometido, además, a un examen de coherencia entre las premisas y la conclusión, vale decir, comprobar si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas¹⁴¹. En suma, la validación de la llamada “justificación interna”, de modo de sujetar la exposición de las razones vertidas a un examen más riguroso, para discernir si la decisión puede ser tenida por correcta o aceptable. Implica examinar, por ende, que la conclusión alcanzada tenga la virtud de corresponder a la consecuencia natural del proceso intelectual desarrollado, como el día que sigue a la noche. En el ejemplo dado, la premisa mayor es la regla de experiencia (los padres sufren con la muerte de sus hijos), la premisa menor, la información que dan los testigos (este padre sufrió con la muerte de su hijo), la inferencia, es la conclusión, el hecho que se da por probado (el actor experimentó ese padecimiento). Por lo tanto, las deficiencias detectadas en la revisión de ese proceso, esto es, cuando la inferencia no sea el resultado “lógico” de las premisas empleadas, podrían cuestionarse a través de la causal del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo. Más adelante reanudaremos el intento de explicar esto.

Sin embargo, es necesario advertir que el análisis del cumplimiento de las exigencias “formales” suele emplearse como un medio aceptado o como estrategia “legítima” para reexaminar y refutar las cuestiones fácticas, como un camino para controlar lo acertado o desacertado de la decisión probatoria, accediéndose con ello a la modificación de los hechos que se ha tenido por probados. En efecto, en parte de la doctrina nacional y en alguna jurisprudencia pronunciada en materias de orden procesal penal, se

¹⁴⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General...*, ob. cit., Tomo Primero, pp. 278-281.

¹⁴¹ ITURRALDE-SESMA, Victoria, *Aplicación del Derecho y Justificación de la Decisión Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 266.

ha señalado que la exigencia de motivación, en su equivalente en el Código Procesal Penal (artículo 374 letra e) en relación a lo previsto en su artículo 297) supone la revisión del soporte racional de la fundamentación fáctica, pero, en lo que interesa, se ha sugerido que ese control no se agota en una cuestión puramente formal sino que permitiría velar por el respeto sustancial de los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados. Por lo tanto, cuando esos límites son rebasados, el tribunal respectivo tendría que anular la sentencia por motivación defectuosa¹⁴². Ese método genera algunos reparos en la doctrina. “*El vicio de la motivación es una etiqueta que cubre todo: errores en la aplicación de las normas, omisiones de motivación, ilogicidades manifiestas, travestismo del hecho, simples críticas del discurso justificativo, verdaderas y propias censuras sobre el mérito*”¹⁴³. Al decir de Jordi NIEVA FENOLL, en situaciones como éstas, se entraría a los hechos “*por la puerta de atrás*”¹⁴⁴ o, recogiendo palabras de CALAMANDREI, –reconocido defensor de la casación en su versión más pura– significaría practicar un reexamen subrepticio del juicio de hecho, bajo lo que denominaba un vicio “*omnibus*”¹⁴⁵. Con todo, son ineludibles dos salvedades que hacen la diferencia. En primer término, que en materia procesal penal prácticamente no existe la posibilidad de dictar sentencia de reemplazo, en términos que no resulta factible la modificación fáctica y, enseguida, que allí no se contempla una causal explícita como la que consulta el artículo 478 letra b) del Código del Trabajo. Si en el orden laboral existe esta causal específica, quiere decir que se ha previsto un mecanismo idóneo para el control fáctico sustancial, de lo que debiera seguirse que no resulta necesario acudir a medios sucedáneos o al subsidio de motivos diferentes. Según veremos, los hechos probados pueden ser directamente cuestionados, sea por un error de logicidad en la inferencia, sea por un mal empleo de la premisa mayor en el juicio fáctico.

¹⁴² Entre otros, HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, Tomo II, pp. 421 y 422; PRAMBS JULIÁN, Claudio, *El Control del Establecimiento de los Hechos en las Sentencias Penales*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2005, pp. 372, 375, 387 y 388; CORTÉS M., Gonzalo, ob. cit., pp. 224-226.

¹⁴³ LATTANZI, G., “La Corte di Cassazione tras vecchio e nuovo processo penale”, citado por IGARTÚA, Juan, ob. cit., p. 158.

¹⁴⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *El Hecho y el Derecho...*, ob. cit., p. 217.

¹⁴⁵ CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil*, ob. cit., Tomo III, p. 378.

1.2. Las máximas o reglas de experiencia

Constituye a estas alturas casi un lugar común la ya clásica definición entregada por Friedrich STEIN (*“Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*), quien precisa también que, como toda proposición obtenida de la inducción, una máxima de experiencia no es más que un valor aproximado a la verdad y que, como tal, sólo tiene vigencia mientras nuevos casos observados no muestren que la regla empleada hasta entonces era falsa¹⁴⁶.

A partir de las lecciones del profesor alemán puede ensayarse que las máximas de la experiencia corresponden al conocimiento que se tiene de lo usual, de lo acostumbrado, que provienen de lo que suele acontecer en la realidad. Actúan como tesis hipotéticas en el sentido que, frente a determinados supuestos o condiciones que se repiten, es dable esperar que se produzca el mismo fenómeno. STEIN explica que cuando el juez recibe el material probatorio simplemente está al inicio de su actividad. No tiene más que materia prima en espera de la sentencia definitiva, porque le resta todavía la apreciación de esas pruebas, el enlace de los hechos probados con los supuestos de hecho, la comparación del hecho que ha obtenido con el supuesto de hecho contemplado en la ley. Agrega que el veredicto del juez es indefectiblemente una conclusión que se obtiene a partir de un juicio fáctico sustentado en una premisa mayor. Destaca que esa premisa mayor es raramente expresada de un modo explícito y que eso habría sido causa que la teoría de la prueba no se hubiere ocupado de ella. Ejemplifica que la frase *“este testigo no es digno de crédito debido a su parentesco con la parte”* corresponde a una conclusión de una premisa mayor: *los parientes no suelen ser muy fiables, sino que declaran a favor de los parientes*. COUTURE, transitando por la senda que trazara Stein, define las llamadas máximas de experiencia como *“normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de*

¹⁴⁶ STEIN, Friedrich, *El conocimiento Privado del Juez*, Editorial Temis S.A. Colombia, 1999, pp. 27 y 37.

la misma especie"¹⁴⁷. Podría entenderse entonces que las máximas de la experiencia están asociadas a lo verosímil, a lo habitual. Responden a criterios de normalidad. Desde esa perspectiva, se presentan como vinculadas al *sentido común*, de momento que se identifican con aquello que acontece regularmente o que es posible que suceda y que pertenecen a categorías de conocimientos compartidos de manera que cualquier persona pueda entenderlos y asumirlos como aceptables. En materia probatoria actúan como criterios de inferencia tanto para valorar un medio de prueba en particular como para relacionar los distintos elementos de prueba disponibles respecto de alguna de las hipótesis sujeta a confirmación. Es preciso remarcar que se trata de generalizaciones empíricas obtenidas de lo cotidiano, de conocimientos comunes alcanzados en determinado tiempo y lugar, de modo que pueden estar sujetas a variación. Enseguida, cuando *no* es la ley la que las establece, la inferencia que se obtiene de ellas (el hecho que se busca averiguar) opera por inducción. Por lo tanto, no entrega un conocimiento seguro o certero sino que sólo probable.

Siguiendo a Stein, CARNELUTTI refería que la inferencia efectuada en la prueba indirecta se traduce en un silogismo donde la libertad del juez está en la elección de la *norma* o premisa mayor a partir de la cual podrá deducir el hecho a probar, precisando que esa *norma* pertenece a todos los campos: al saber técnico o al de los conocimientos comunes, al de la psicología o al de la economía, añadiendo que de la mayor o menor seguridad de la regla de experiencia empleada, depende precisamente el mayor o menor fundamento de la conclusión, es decir, el grado mayor o menor de verosimilitud del hecho aceptado por el juez¹⁴⁸. A su turno, DÖHRING expresaba que la regla de experiencia no es una simple conexión de acontecimientos vividos, toda vez que ellos sólo constituyen el material del cual se deriva una regla, por abstracción. Agregaba que el "averiguador" saca el resultado, haciendo una síntesis de los eventos anteriores y así llega a formar una aserción que pretende ser válida para casos posteriores similares y de la cual pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que investiga. Planteaba también que la fuerza de convicción de la regla de experiencia reposa en la expectativa de que las observaciones coinciden-

¹⁴⁷ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos...*, ob. cit., p. 189.

¹⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco, *La Prueba Civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 63-67.

tes, hechas en situaciones similares, serán nuevamente avaladas por los hechos¹⁴⁹.

COUTURE en su obra ya citada, da como ejemplo que un demente no puede ser testigo porque la experiencia demuestra que frecuentemente dicen despropósitos y que no existe garantía de que sea apto para decir la verdad¹⁵⁰; o, como decía BENTHAM, que la disposición a creer es el estado habitual, de modo que para no creer hace siempre falta una objeción, una razón especial, añadiendo que se cree en el testimonio humano por la misma razón que se cree en la materia, es decir, en virtud de una experiencia general confirmada por la de cada individuo. Explica que, dentro de esas razones para descreer en un testimonio, está la improbabilidad de los hechos alegados, esto es, aquellos que sean contrarios al curso natural de las cosas, precisando que *“si el hecho afirmado le parece (al juez) incompatible con aquel conjunto de hechos cuya existencia le asegura su experiencia personal, el hecho afirmado deberá ser incluido por él en la categoría de los hechos increíbles”*¹⁵¹. (Sobre esto último, un apunte al pasar. Esos hechos frecuentemente son confundidos en los recursos con la lógica, aduciéndose que tal o cual hecho asentado en el fallo no es “lógico” o que resulta “ilógico”, cuando lo que se quiere significar es que son “imposibles”, “increíbles” o contrarios a la normalidad).

En lo que se refiere a la caracterización o descripción de las máximas de la experiencia, nuestra doctrina ha señalado ciertos elementos comunes. A saber: *“1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico. 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica. 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los*

¹⁴⁹ DÖHRING, Erich, *La Prueba. Su práctica y apreciación*. Traducción de Tomás Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, p. 324.

¹⁵⁰ COUTURE, Eduardo, *Estudios...*, ob. cit., vol. 2, p. 147.

¹⁵¹ BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Obra Compilada de los Manuscritos del autor por E. Dumont, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídica Europa-América, 1971, volumen I, pp. 38 y 43.

mismos, y van a tener validez para otros nuevos. 4º Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida (Carnelli), y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar. 5º Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia"¹⁵².

Suele presentarse al sistema de tarifa legal en contraposición absoluta a la sana crítica. Ha de indicarse a ese respecto que muchas de las normas de prueba tasada no eran (o no son) otra cosa que reglas de la experiencia, criterios de racionalidad o de sentido común, elevadas a la categoría de normas legales, en la medida que respondían a parámetros de valoración extraídos de lo que ocurre con frecuencia o de la observación de la realidad. En ese orden de ideas, MONTERO AROCA asevera que la prueba legal que hoy defiende la doctrina se justifica en la seguridad jurídica (como sería el caso del valor de la escritura pública, de una inscripción conservatoria, por ejemplo), explicando que la valoración probatoria se resuelve en un silogismo en que la premisa menor es la fuente/medio de prueba, la premisa mayor una máxima de experiencia y la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretende probar. Agrega que en el sistema de prueba legal la máxima de la experiencia viene establecida por el legislador como un método para conseguir certeza, remarcando que responde a un criterio de normalidad jurídica derivado del "*id quod plerumque accidit*" (las cosas que ocurren con frecuencia). Concluye, entonces, que lo característico del sistema de sana crítica es que el silogismo que resuelve la valoración probatoria está dado por una premisa mayor (la máxima de experiencia) que es determinada por el juez, lo que conduce a una valoración motivada, razonada y responsable¹⁵³.

Sin ir muy lejos, podría agregarse como criterios de racionalidad o de experiencia, entre otras posibilidades, que para valorar la credibilidad de un testimonio debiera tenerse en cuenta que lo común o frecuente es que esté mejor informada una persona que ha presenciado un hecho, respecto

¹⁵² OBERG, Héctor, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 178 (julio-diciembre 1985), pp. 54 y 55.

¹⁵³ MONTERO AROCA, Juan, ob. cit., pp. 598-601.

de quien sólo ha recibido esa información de terceros; que se ajusta a lo esperable y aceptable otorgar un peso probatorio mayor a quien explique los motivos en virtud de los cuales ha tomado conocimiento de los hechos sobre los que declara, con preferencia de aquél que no lo haga; que deba prevalecer la declaración de quien aparezca mejor informado por su capacidad para proporcionar detalles de contexto, situación o lugar, relativos a los sucesos de que da cuenta, por sobre el que no sea capaz de entregarlos; que incide en la credibilidad y valoración de las declaraciones la posibilidad que estén confirmadas por otras declaraciones o antecedentes. Acontece que lineamientos similares son los que se contienen en los artículos 383 y 384 del Código de Procedimiento Civil (bajo las fórmulas de “dar razón de sus dichos”, “estar mejor instruido de los hechos”, “de ser contestes”, “más conformes con otras pruebas”, etcétera). De un modo muy semejante, para los fines de valorar la prueba personal en sana crítica (declaraciones de testigos, de peritos y de parte), Jordi NIEVA expresa que lo que debe ser objeto de valoración es lo dicho por el declarante y no su persona y que, para esos fines, las circunstancias que puede controlar un juez están dadas por la aplicación de algunos parámetros o derroteros a seguir, entre los que menciona la coherencia del relato, su contextualización y las que denomina “corroboraciones periféricas” (que asocia a la eventualidad de que existan otros datos que corroboren los dichos y que, indirectamente, acrediten la veracidad de la declaración)¹⁵⁴.

Una interesante sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia se refiere a las reglas de experiencia, de un modo que pudiera clarificar lo que procura indicarse:

“...7.1. ...En igual sentido (esta Corte) dijo: Recuérdese que la regla de la experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que se llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable. (...) Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en ésta generalización, los cuales deben ser expresados en términos racionales para fijar reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y factibilidad, en

¹⁵⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 222-226.

un contexto socio histórico específico. En ese sentido, para que ofrezca credibilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia da A, entonces sucede B... ”.

“...En dicha proyección, las máximas de experiencia pueden ser tenidas como el resultado de prácticas colectivas sociales que por lo consuetudinarias se repiten dadas las mismas causas y condiciones y producen con regularidad los mismos efectos y resultados, al punto que comienzan a tener visos de validez para otros, y a partir de ellas se pueden explicar de una manera lógica y causal acontecimientos o formas de actuar que en principio tengan la apariencia de extrañas o delictuosas...”.

“...Todas las máximas de la experiencia son notorias, y expresan frecuencias de fenómenos (hechos observados) tendencias generales u opiniones; es de este elenco de pautas del sentido común que el juez puede extraer criterios a partir de los cuales es posible plantear inferencias de carácter probatorio. Tales guías del sentido común se expresan de múltiples maneras y abarcan una gran diversidad de situaciones. Estas máximas remiten a criterios de inferencia respecto de los pasos enunciados relativos a hechos; sin embargo, tales máximas han de ser de carácter general y no se deben limitar a ser únicamente expresión de valoraciones, de suerte que no todo razonamiento basado en dichas máximas resulta aceptable. Tales máximas se encuentran asociadas con lo verosímil, que corresponde a lo normal o habitual...”.

“...Dentro del universo de las máximas de experiencia se incluyen también, las que ‘sólo son conocidas en círculos reducidos gracias a conocimientos técnicos específicos en cuanto a principios de un arte o ciencia’, de donde se traduce que por la circunstancia de tratarse de unos órdenes de saber altamente especializados, el juez recurre a la prueba pericial para que sean evaluadas en el caso concreto de que se trate y a partir de los dictámenes proceder a efectuar las inferencias que correspondan.

Aquellas pues, resultan instrumentales y aplicativas como ‘premisas mayores’ con referencia a unos hechos objeto de valoración, y a partir de ellas se pueden construir hipótesis de responsabilidad penal o de exclusión de la misma.

Debe hacerse claridad que las máximas de experiencia entendidas así, no expresan ni reflejan algo en concreto. Por el contrario, por tratarse de generalidades, su función está dada en ser útiles en la aclaración o explicación del por qué de un determinado comportamiento.

Para el caso concreto, no es dable tener como conducta ciudadana generalizada y con ribetes de postulado de sana crítica, lo planteado por el casacionista, pues ello equivaldría a considerar que a las manifestaciones airadas y de rabia de quienes son objeto de atropellos por parte de servidores públicos, les sigue la no credibilidad en la justicia por razones de impunidad, forma de actuar o de reaccionar que de manera singular ocurre, pero que no se puede elevar al estatus de comportamiento colectivo... ”¹⁵⁵.

Para hacer más patente lo que se quiere significar, un ejemplo real, extraído de la práctica laboral, puede ser útil para explicar lo que no se logra con las abstracciones:

– En su demanda la actora dice haber prestado servicios para el demandado, como trabajadora de casa particular, sin contrato escrito, de lunes a viernes (10:00 a 17:00 horas) y sábado por medio (de 10:00 a 14:00 horas), entre el 1 de octubre de 2005 y el 15 de diciembre de 2010, fecha esta última en que habría sido despedida luego que reclamara la escrituración de su contrato y el pago de las remuneraciones adeudadas de los meses de marzo a diciembre de 2010. El demandado niega el vínculo laboral;

– Como prueba para acreditar sus hechos, rinde la prueba siguiente: a) la declaración del cónyuge de la demandante, quien manifestó que ocasionalmente, en unas tres oportunidades, ejecutó labores de jardinero en la misma casa, por lo que le consta que ella también trabajó allí; b) otra testigo, que dice haber concurrido en dos oportunidades a esa casa, donde vio prestando servicios a la actora; c) un certificado de cotizaciones de la trabajadora que evidencia pago de imposiciones por una tercera persona en los meses de septiembre y octubre de 2010;

– En su sentencia, el juez razona del modo siguiente: a) que el primer testigo no le merece credibilidad, porque es el cónyuge de la actora; b) que los dichos de la otra testigo son “vagos” e imprecisos y que, en todo caso, afirma que sólo en dos ocasiones fue al lugar de trabajo de la demandante; c) que el certificado de cotizaciones de la trabajadora evidencia pago de imposiciones por una tercera persona en los meses de septiembre y octu-

¹⁵⁵ Corte de Suprema de Justicia Colombia, Sala de Casación Penal, sentencia de 22 de julio de 2009, radicación N° 31338, Magistrado Yesid Ramírez Bastías. Disponible en www.cortesuprema.gov.co.

bre de 2010, lo que no es concordante con el período y jornada completa durante la cual la demandante asegura haber trabajado para el demandado, y d) que resulta contrario a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia que un trabajador preste funciones durante casi diez meses sin recibir remuneración.

Prescindiendo de la opinión que pueda tenerse sobre el sentido de la decisión, y aunque no hayan sido necesariamente explicitadas, de lo señalado surge que en la valoración de la prueba fueron empleadas reglas de experiencia. A saber: a) que, por los lazos afectivos evidentes, una persona tiende a favorecer con sus dichos a su cónyuge y no a un extraño; b) que la mayor o menor credibilidad de un testigo también está asociada a la posibilidad de haber presenciado un hecho; c) que es un hecho incompatible con la realidad (increíble) que alguien pueda prestar servicios personales de esta clase, a jornada completa y en dos lugares diferentes, al mismo tiempo, y d) que la disposición natural de las cosas indica que este tipo de servicios —de naturaleza remunerada— no se ejecutan en forma gratuita, por lapsos objetivamente prolongados de tiempo (prácticamente 10 meses).

Criterios similares hacen, v. gr., que en materia laboral esté dentro del ámbito de las posibilidades del juzgador hacer que prevalezcan los dichos de los testigos por sobre los instrumentos, porque los registros escritos no siempre reflejan la realidad en cuanto a las fechas de ingreso de un trabajador, del monto verdadero de sus remuneraciones, de los días y horas trabajadas; o que en la valoración de la prueba testimonial pueda imponerse un rigor mayor en el análisis de los testimonios de quienes deponen a favor de la demandada, cuando son dependientes de ella, porque puede ser esperable que procuren no perjudicar con sus dichos a la empleadora, en aras de conservar su fuente laboral, entre muchas alternativas.

En consecuencia, mirado bajo el prisma del recurso de nulidad y de la causal en comento, el control correlativo se orienta a poner “a prueba”, a refutar o, en su caso, a validar las premisas mayores que sustentan el juicio fáctico: las máximas de experiencia. En el ejemplo utilizado, si pueden considerarse como reglas de experiencia las relativas a falta de credibilidad por parentesco, por la falta de calidad epistémica del testimonio, por el carácter increíble del hecho o por la carencia de normalidad del suceso aseverado; enseguida, si ellas son pertinentes al caso y, en fin, si han sido acertadas o si fueron desacertadamente aplicadas.

1.3. Los conocimientos científicos¹⁵⁶

Como lo ha observado la doctrina, el juez es un técnico o experto en derecho, pero respecto de los otros saberes, que se ubican fuera de las fronteras del derecho, dispone únicamente de conocimientos comunes, del entendimiento o cultura media que es generalmente compartida por quienes no profesan una ciencia, especialidad o arte determinado. En el campo del proceso, la prueba científica suele tener una mayor relevancia en los ámbitos del derecho penal. Sin embargo, en las otras áreas son cada vez mayores las situaciones en que los litigantes se valen de pruebas científicas como instrumento para la búsqueda de la verdad y pueden darse situaciones en que ese tipo de medios de convicción resultan decisivos. Si se considera que la ciencia corresponde a una disciplina eminentemente racional, los datos científicos aportados a un proceso debieran imponerse en la formación del convencimiento por el juez, de modo que éste no tendría margen para una valoración “libre”. Por lo tanto, en cuanto límite para la apreciación probatoria, un dato o información científica –validado– no puede ser desatendido por el juez, en el entendido que está avalado por un método que otorga seguridad o suficientes grados de certeza, de manera que una conclusión diferente haría devenir su resolución en arbitraria.

Inevitablemente, cuando se habla de conocimientos científicos, se está haciendo referencia a la prueba pericial. Tradicionalmente el uso de las pericias se reducía a las áreas de la medicina, de la contabilidad, de la mecánica, de la ingeniería, pero ahora se les han añadido otras motejadas como ciencias “blandas” tales como la sociología, la psicología, la psiquiatría o la economía, a lo que se agrega la complejidad de no ser infrecuente que las partes presenten, cada una por su lado, dictámenes contrapuestos de especialistas, sobre un mismo punto. El juez no tiene por qué ser un erudito en todas las especialidades y lo más probable es que no lo sea. Sin embargo, ello no significa que deba aceptar sin ningún tipo de cuestionamiento el saber que intenta proporcionársele a través de la pericia. Lejos de ello, debe llevar a cabo un control riguroso del pretendido conocimiento científico, con los

¹⁵⁶ ITURRALDE-SESMA, Victoria, ob. cit., p. 348; TARUFFO, Michele, *Páginas...*, ob. cit., pp. 455-480; GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Sobre la Posibilidad de Formular Estándares de Prueba Objetivos”, en *Proceso, Prueba y Estándar*, N° 2, ARA Editores, Lima, 2009, pp. 33-50; TARUFFO, Michele, *La Prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 97-100.

instrumentos que están a su alcance. En consecuencia, tendría que tomar en consideración aspectos tales como las condiciones de legitimación del perito, su experiencia práctica o ejercicio efectivo de la especialidad sobre la que dictamina, sus antecedentes curriculares, y, en cuanto al dictamen propiamente dicho, debiera efectuar un análisis para definir el grado de aceptabilidad de la metodología empleada por el experto, la existencia de razones en el informe y la admisibilidad de los argumentos con los que justifica sus conclusiones, el grado de seguridad o certeza que el experto asigna a sus resultados, la posibilidad de existir otras hipótesis científicas capaces de refutar la que ha sido propuesta, entre otros lineamientos¹⁵⁷.

2. CRITERIOS DE SANA CRÍTICA PARA LA DECISIÓN PROBATORIA FINAL

En su obra *Los Hechos en el Derecho*, y a partir del modelo de probabilidad inductiva de Cohen, Marina GASCÓN formula un esquema racional de valoración de la prueba. La autora enseña que los esquemas basados en los grados de confirmación de una o de varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer cuál de ellas resulta más aceptable a la luz de las pruebas disponibles, son los que mejor se adecuan a los problemas probatorios de un proceso. Conforme a ello, propone reglas diferentes para la aceptabilidad individual de una hipótesis y para la elección entre varias hipótesis igualmente verificadas. En un acto de nueva osadía, sus ideas pueden resumirse en los términos siguientes:

Una hipótesis es aceptable si ha sido suficientemente confirmada mediante las pruebas disponibles y mientras no esté refutada por ellas. Lo que supone entonces el requisito de la confirmación y la exigencia de la no refutación.

a) *Confirmación individual de una hipótesis*: Es la inferencia que se obtiene de la conexión entre las pruebas y la hipótesis, con una regla de experiencia que permite aceptar la veracidad de esa hipótesis. La entidad de la confirmación está determinada a su vez por algunas condicionantes. A saber: i) el grado de fundamento o de seguridad de la máxima de la experiencia empleada; ii) la calidad de la información de las pruebas utilizadas;

¹⁵⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *La Valoración...*, ob. cit., pp. 285-309.

iii) el número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación (a mayor número de pasos, menor grado de confirmación, lo que se traduce en que las pruebas “directas” tendrían mayor fuerza probatoria que las “indirectas”); iv) la cantidad y variedad de las pruebas que confirman la hipótesis;

b) *La exigencia de la no refutación*: Para resultar aceptable, además de confirmada, la hipótesis no debe estar refutada por las pruebas disponibles. Esto supone, desde luego, otorgar a las partes la posibilidad de destruir la hipótesis de la contraria, lo que se logra mediante un contradictorio.

En síntesis, expresa la autora citada: “*el juicio de aceptabilidad de una hipótesis es un juicio sobre su confirmación y no refutación. De manera que si la hipótesis no es confirmada por las pruebas disponibles, debe abandonarse. Pero si es confirmada, debe someterse aún a refutación, examinando los posibles hechos que –de existir– invalidarían (o harían menos probable) la hipótesis. Si finalmente la hipótesis no resulta refutada, porque no existen tales pruebas, puede entenderse verificada; si por el contrario tales pruebas existen, debe abandonarse*”.

Añade que ante hipótesis equivalentemente confirmadas o no refutadas, para la elección correspondiente se pudiera acudir a criterios extra empíricos como el de la *simplicidad* y el de la *coherencia narrativa*, conforme a los cuales debiera optarse por aquella hipótesis que *naturalmente* pueda explicar el mayor número de hechos y por aquella que sea capaz de explicar *de mejor manera* los hechos. Culmina indicando que puede ocurrir que ninguna de las hipótesis resulte probada o que la probabilidad que resulte de ella sea insuficiente según los estándares institucionales. Como el juez debe resolver igualmente, esa necesidad queda “cubierta” con reglas de juicio tales como el *in dubio pro reo* o de la carga de la prueba¹⁵⁸.

En ideas muy semejantes, Daniel GONZÁLEZ LAGIER postula que la inferencia probatoria puede ser representada de acuerdo con el esquema de los argumentos de Toulmin¹⁵⁹. Como en toda argumentación, aquello que se

¹⁵⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho...*, ob. cit., pp. 155-167.

¹⁵⁹ Para una extensa explicación y visión crítica del modelo de Toulmin, ver ATIENZA, Manuel, *Las Razones...*, ob. cit., pp. 81-104.

necesita fundamentar (los hechos a probar o hipótesis) debe ser apoyado por *razones*, por hechos que den cuenta de la corrección de lo fundamentado (hechos o medios probatorios) e inclusive a veces es necesario explicitar por qué esas *razones* pueden servir de apoyo a la conclusión, lo que se logra a través de una *garantía* que corresponde siempre a una regla, norma o enunciado general (máxima de experiencia) que, a su vez, puede ser sustentada por un *respaldo* que procura mostrar la vigencia de esa regularidad (información que sustenta la máxima de experiencia). Conforme a ello distingue entre *los hechos probatorios* (las razones de la inferencia), *la garantía o conexión* (la máxima de la experiencia) y *los hechos a probar* (la hipótesis). A partir de esas nociones –injustamente resumidas en este trabajo– plantea criterios para definir la validez de la inferencia probatoria. Así, respecto de *los hechos probatorios* sugiere criterios de fiabilidad o precisión (según su carácter directo o inferencial), de suficiencia (pluralidad de hechos probatorios que apunten a la misma hipótesis), de variedad (de medios de prueba), de pertinencia (según la relación que tengan con el hecho a probar). Respecto de la *garantía o conexión*, manifiesta que debe considerarse su grado de fundamento cognoscitivo (por ejemplo, que responda a reglas científicas o conocimientos científicos socializados y ampliamente confirmados y no a generalizaciones apresuradas o prejuicios) y su grado de probabilidad causal (la posibilidad de que a un fenómeno le siga efectivamente el otro). Y, respecto de la *hipótesis*, que no haya sido refutada, que no estén confirmadas las hipótesis derivadas, que hayan sido eliminadas las hipótesis alternativas y, como criterios de elección entre hipótesis con grados de confirmación semejante, los de coherencia narrativa y de simpleza¹⁶⁰.

Por su lado, FERRAJOLI –tras hacer un paralelo entre la verdad procesal fáctica y la verdad histórica– afirma a este respecto que la tarea de la investigación judicial, como la de cualquier otra clase de investigación o explicación, consiste en eliminar el dilema a favor de la hipótesis más simple, dotada de mayor capacidad explicativa y particularmente aquella que resulte compatible con el mayor número de elementos de prueba y de conocimientos adquiridos con anterioridad¹⁶¹.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, ob. cit., pp. 128-141.

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, ob. cit., p. 53.

En efecto, una vez que se ha reunido el material probatorio, el juez debe evaluarlo, confrontar recíprocamente los testimonios, las declaraciones de parte, los documentos, las pericias, etcétera, con el objeto de discernir el grado de corroboración o de apoyo empírico que esos elementos, individualmente y en conjunto, proporcionan a las hipótesis en conflicto. FERRER hace notar que la valoración probatoria, por sí sola, no determina la decisión a adoptar. El mayor o menor grado de confirmación de una hipótesis todavía no define –según el autor– el hecho que puede tenerse por probado, porque para ese efecto es necesaria la intermediación de algún estándar de prueba que es el que permite decidir si existe o no una base suficiente para dar por establecidos los hechos¹⁶².

A diferencia de lo que ocurre en materia procesal penal (*“más allá de toda duda razonable”*), el Código del Trabajo no ha hecho una denominación directa del estándar que permita considerar como probada o no probada una hipótesis. Empero, de un modo aparentemente indirecto, ha sugerido al juez lo que pudiera estimarse como un modelo de probabilidad muy semejante al explicado, desde que en su artículo 456 le señala que *“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”*.

En lo inmediato, cabe destacar que, no obstante el carácter aparentemente imperativo de la norma (*“tomará”*), le antecede una expresión y le sigue una frase, que morigeran su tenor (*“En general, ...”* y *“en especial consideración”*). De ello podría concluirse que, en último término, el legislador está consagrando un lineamiento preferente que ha estimado como aconsejable y adecuado para asegurarse de la probabilidad de la conclusión asentada, pero no implicaría un estándar rígido ni menos la indicación de condiciones copulativas para ese fin. Los estándares probatorios tienen que ver con la verificación de dos errores posibles: aceptar como verdadero un hecho que puede ser falso o dar por *no* probado un hecho, en circunstancias que es verdadero. Por lo tanto, la definición pasa por discernir cuál de esos errores se está dispuesto a tolerar, según la relevancia del derecho comprometi-

¹⁶² FERRER BELTRÁN, Jordi, ob. cit., pp. 45-49.

do¹⁶³. Conforme a ello, el estándar puede ser más o menos exigente, más o menos flexible. LAUDAN afirma que los estándares de prueba son locales y dependen del contexto específico, porque no tienen que ver con la credibilidad general (universal), sino con el grado de fuerza probatoria que se demanda en una situación concreta. Tienen que responder a una pregunta “¿Qué debería aceptar como probado?”¹⁶⁴. El Derecho laboral es marcadamente casuístico y difícilmente podría erigirse un modelo único para alcanzar el convencimiento necesario. Enseguida, su razón de ser esencial se identifica con la protección de los derechos de los trabajadores y su justificación primordial está en la falta de paridad en la relación laboral individual. Desde esa perspectiva, habría que entender que los criterios de mayor flexibilidad pudieran imperar en “situaciones límite”, por ejemplo, ante la necesidad del trabajador de probar el hecho del despido cuando la exoneración es negada por el empleador, por las dificultades probatorias evidentes que ello implica (acceso a la prueba, “clandestinidad” o “informalidad” de la exoneración, etcétera); o tratándose de la vulneración de derechos fundamentales, porque normalmente los actos que los generan no son necesariamente visibles, tienen un carácter “*manifiestamente hundido*”¹⁶⁵ o se encubren de modo que no es simple la tarea de elucidar, v. gr., si la decisión empresarial obedece efectivamente a una legítima gestión de su actividad o si, de modo diferente, se trata de meras apariencias bajo las cuales se agazapa la lesión del derecho fundamental. Son los casos “dudosos”. “*No se trata de cualquier hipótesis de duda, ni tampoco de la simple duda, sin más ni más. Sobre el hecho, procesado, no se ha traído prueba directa, asertiva, concluyente. Existen indicios y presunciones. La valoración armónica de tales datos sirve para inclinar al juez a favor de una de las soluciones posibles, en cuanto a la existencia del hecho*”¹⁶⁶. En tales hipótesis un criterio orientador para esos casos es precisamente el que proporciona el artículo 493 del Código del Trabajo, al señalar que para la comprobación del hecho basta la existencia

¹⁶³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Sobre la Posibilidad de Formular Estándares...”, ob. cit., pp. 20 y 21.

¹⁶⁴ LAUDAN, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 110.

¹⁶⁵ UGARTE CATALDO, José Luis, “Tutela Laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, Segundo Semestre 2009, p. 217.

¹⁶⁶ SOMARÉ, José Isidro, citado por PLÁ, Américo, ob. cit., pp. 92 y 93.

“*de indicios suficientes*”¹⁶⁷. Pareciera que, en lugar de una atenuación de la carga probatoria, en esa norma legal se contempla una morigeración del estándar de prueba, porque –a fin de cuentas– el trabajador sigue soportando el peso de demostrar la efectividad de los hechos que configuran la vulneración de su derecho fundamental. La carga de la prueba corresponde a una regla que le indica al juez cómo debe resolver en casos de incertidumbre, una vez culminada la valoración probatoria y cuando el hecho afirmado no ha llegado a ser probado, ni positiva, ni negativamente. Su fundamento es la prohibición del *non liquet*¹⁶⁸, de modo que, aun en ese contexto, de falta de certeza, el juez debe decidir igualmente. En tal sentido, MICHELI aclara que la regla de juicio (carga de la prueba) produce sus efectos cuando la fase probatoria se ha cerrado negativamente, esto es, cuando el juez “comprueba” la insuficiencia de los elementos probatorios¹⁶⁹. El *onus probandi* no resultaría susceptible de reducir, puesto que se tiene o no se tiene el riesgo de no probar un hecho. Lo que podría “graduarse” entonces es el nivel de confirmación exigido para tener por probado o no probado ese hecho, que es cosa distinta. Por lo tanto, al tiempo de aquilatarse el valor y suficiencia de la prueba rendida, el grado de convicción debe “medirse” merced al estándar probatorio pertinente y, con ello, ha de resolverse el verdadero dilema. ¿Qué error estamos dispuestos a tolerar?; ¿que el trabajador pierda un derecho no obstante que es probable que le corresponda o que el empleador obtenga en circunstancias que no debía?

En situaciones como las aludidas, casos “difíciles” o “dudosos”, antes de la aplicación de la regla de juicio, en forma previa a que el asunto pueda ser resuelto por el *onus probandi*, debiera acudirse al *in dubio pro operario*, en términos que la duda pueda ser resuelta a favor del trabajador, como manifestación concreta del principio protector. Empero, cabe señalar que uno de los extremos más polémicos de la regla del *in dubio pro operario*, en que la dogmática no parece estar de acuerdo, atañe precisamente a la

¹⁶⁷ El artículo 493 del Código del Trabajo dispone que “*Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”.

¹⁶⁸ MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, ob. cit., p. 121.

¹⁶⁹ MICHELLI, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, traducida por Santiago Sentís Melendo, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2004, pp. 171 y 172.

posibilidad de hacerla extensiva a la actividad de determinación de los hechos en un proceso jurisdiccional. Se observan posiciones encontradas y, aparentemente, la balanza se inclinaría por negarla¹⁷⁰.

En lo que concierne a los parámetros concretos que enuncia el artículo 456 del Código del Trabajo ("la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice..."), ha de indicarse que, en alguna medida, tales nociones ya habían sido postuladas por BECCARIA quien manifestaba que "*Cuando las pruebas de un hecho dependen todas de una sola, el número de ellas no aumenta ni disminuye la probabilidad del hecho, porque todo su valor se resuelve en el valor de aquella sola de quien dependen. Cuando las pruebas son independientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios se prueban de otra parte, no de sí mismos, cuanto mayores pruebas se traen, tanto más crece la probabilidad del hecho, porque la falacia de una prueba no influye sobre la otra...*"¹⁷¹. Comoquiera que haya sido, la terminología de la parte final del artículo 456 del Código del Trabajo no es desconocida en nuestro derecho, porque condiciones similares a las allí previstas son las que se exigen todavía –en parte de nuestra legislación– para construir las presunciones judiciales¹⁷². La doctrina y jurisprudencia ha definido tales parámetros. Así: a) la multiplicidad es asumida como indicadora de una necesidad de pluralidad y variedad de medios de prueba; b) la gravedad concierne a la circunstancia que ha de existir una relación de causa efecto entre el medio de prueba y el hecho al que conduce; c) la precisión alude al imperativo que el medio de prueba no sea susceptible de más de una interpretación, que sea certero en su significado y que, por ende, no se preste para conducir a conclusiones distintas; d) la concordancia, en el sentido que los medios de prueba deben guiar todos a un mismo objetivo, y e) la conexión, es decir, que los medios de convicción deben estar entrelazados de tal manera que

¹⁷⁰ ACKERMAN, Mario y TOSCA, Diego, ob. cit., pp. 384-387.

¹⁷¹ BECCARIA, César, *De los Delitos y las Penas*, Fondo de Cultura México, México, 2006, p. 241.

¹⁷² El artículo 1712 inciso tercero del Código Civil prescribe que las presunciones judiciales deben ser "*graves, precisas y concordantes*", en tanto que el actual artículo 426 del Código de Procedimiento Civil señala que una sola presunción judicial puede constituir plena prueba, cuando a juicio del tribunal tenga caracteres de "*gravedad y precisión*" suficientes para formar su convencimiento.

impongan la exclusión o la depreciación de aquellos medios desconectados o aislados del resto del material probatorio¹⁷³.

Por lo tanto, para tener por probado o no probado un hecho, en la sentencia tendrían que tomarse en consideración los señalados lineamientos de multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión. En síntesis, la correspondiente decisión probatoria tendría que quedar definida por el grado o nivel de confirmación que el material probatorio proporciona a los hechos aseverados por el respectivo litigante.

Del enunciado legal podría colegirse, además, que para formar el convencimiento, la inferencia que surja de la interrelación de los medios (información probatoria) con la regla empleada para la inducción, debe ser preferentemente "*directa*" en el sentido que "*entre el dato conocido y el dato por conocer no debe intercalarse más de una sola inferencia*"¹⁷⁴ y que ella se dirija natural y llanamente al resultado de dar por probado o no probado el hecho o, como reza la norma, "*...de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador*". Estas últimas dimensiones pudieran dar lugar a un error "lógico de inferencia, susceptible de impugnar a través de la causal del artículo 478 letra b) que se examina". Trataremos de incursionar en esos aspectos.

3. EXIGENCIA DE CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL Y EL ROL DEL TRIBUNAL DE NULIDAD

La causal del artículo 478, letra b) del Código del Trabajo ha sido concebida en los términos siguientes:

"Artículo 478. El recurso de nulidad procederá además:

...b) Cuando haya sido pronunciada (la sentencia) con infracción manifiesta de las normas de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica;"

¹⁷³ RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La Prueba ante la Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, Tomo II, Capítulo VI.

¹⁷⁴ SILVA CANCINO, Mauricio, *Las Presunciones Judiciales y Legales*, Editorial Jurídica ConoSur, 2ª edición, Santiago, 1995, pp. 141-146.

Debe recordarse que el propósito de la causal del artículo 478, letra b) es la modificación de los hechos que se ha tenido por probados, pero ello sólo puede tener lugar cuando se incurra en infracciones que, conforme a la ley, pueden dar lugar a una nueva determinación fáctica.

3.1. La infracción de las reglas de la sana crítica: cómo y cuándo puede producirse

Victoria ITURRALDE señala que cualquier razonamiento puede ser analizado desde dos puntos de vista: desde su estructura, examinando los elementos de que está compuesto y la relación que existe entre ellos, y desde su fuerza, analizando en qué medida las premisas del razonamiento son "buenas razones" para apoyar la conclusión. Agrega que en la literatura jurídica estos aspectos del razonamiento son denominados como justificación interna y externa, precisando que a la justificación externa compete el análisis de las razones sustantivas en apoyo de cada una de las premisas que forman el razonamiento judicial, en tanto que la justificación interna tiene por objeto examinar la "coherencia" entre las premisas y la conclusión, comprobar si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas.¹⁷⁵ Por su lado, GUASCH refiere que existe justificación interna cuando la lógica de la inferencia garantiza la conclusión, de modo que la decisión aparece justificada por un silogismo que permite apreciar que, de los elementos de prueba practicados y de las máximas de la experiencia utilizadas, puede inferirse lógicamente la conclusión; mientras que la justificación externa —que liga a casos generalmente complicados— exige justificar las premisas que se emplea.¹⁷⁶

A partir de una noción de "plenitud" de la motivación, que concibe como la necesidad de indicar respecto de cada punto decidido las premisas y criterios que justifican la decisión, TARUFFO distingue también entre justificación interna y externa, expresando que la primera se cumple con la enunciación de las premisas desde las que se formula la decisión; en tanto que la justificación externa exige la convalidación racional de esas mismas premisas y que se traduce en la indicación de las razones en virtud de las cuales ellas pueden asumirse como "buenas". Advierte que puede prescindirse de la

¹⁷⁵ ITURRALDE-SESMA, Victoria, ob. cit., pp. 265 y 266.

¹⁷⁶ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi, ob. cit., pp. 469 y 470.

justificación externa cuando las premisas se apoyan en el sentido común, en cánones de la razón generalmente aceptados y que, de ese modo, el empleo de una máxima de experiencia o de un criterio de inferencia probatorio puede no estar específicamente justificado si pertenece claramente a la “cultura media”, pero debe serlo si diverge del sentido común o de opiniones acreditadas. De ahí que el control de la motivación comprenda *la elección de la máxima de la experiencia*, cuando ella es errada, cuando está superada por la “cultura media” o cuando está contradicha por conocimientos técnicos o científicos, casos en los cuales no puede entenderse como premisa válida para una decisión racionalmente aceptable, porque *“el error en la elección de la máxima introduce una premisa falsa en la justificación de la decisión, lo que equivale a decir que ésta no está correctamente motivada”*. Lo mismo vale, dice el autor citado, para el caso del *uso impropio de la máxima de experiencia*, vale decir, cuando no obstante ser verdadera la máxima, el juez extrae de ella una consecuencia errónea¹⁷⁷. El mismo profesor alerta sobre lo riesgoso e impreciso de la noción de “máximas de experiencia”, por el subjetivismo al que pueden conducir. Con todo, señala que la legitimación para su uso podría encontrarse en dos indicadores: a) la verificación empírica de la admisibilidad de las nociones de experiencia común, sobre la base de los conocimientos científicos disponibles, lo que trae consigo que deban excluirse o desecharse aquellas que estén contradichas por la ciencia, y b) si esa corroboración científica no es posible, el juez puede utilizar las que escoja, pero tras un proceso de control y búsqueda *“dirigido a elegir aquellas nociones que parezcan dotadas de un suficiente grado de admisibilidad y de un adecuado grado de aceptación y consenso general”*, agregando que *“En esencia, lo primero que debe hacer el juez es someter a control crítico las nociones que la experiencia y el sentido común le suministran, verificando el fundamento de aceptabilidad de estas nociones”*¹⁷⁸.

Someramente expuesto, el examen de la *justificación interna* posibilitaría entonces discernir la *corrección lógica* de un argumento, verificando que la conclusión esté de alguna manera presente en las premisas, de modo que éstas conduzcan “lógicamente” a dicha conclusión. En cambio, *la justificación externa* supone *revisar, cuestionar y controlar el soporte de las*

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele, *El Vértice Ambiguo...*, ob. cit., pp. 207-210.

¹⁷⁸ TARUFFO, Michele, *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 129.

premisas. Por lo tanto, un razonamiento estará externamente justificado si y sólo si las premisas son sólidas o correctas.

En consecuencia, al esgrimirse el motivo de nulidad del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo, significaría que la impugnación podría estar esencialmente dirigida a dos extremos de la decisión probatoria: a) el referido a la elección y a la aplicación de los criterios de validación de la valoración probatoria, esto es, a la pertinencia y corrección de la premisa mayor que sustenta el juicio fáctico, sea que se trate de una máxima de experiencia o del conocimiento científico, técnico o jurídico empleado para ese fin. Por lo mismo, la labor del tribunal de nulidad consiste en comprobar la existencia de la máxima de experiencia y calificar si ella ha sido correctamente aplicada al valorar la prueba, y b) el relativo a un eventual error de inferencia, de manera de verificar si cualquier otro juez o persona habría llegado a la misma conclusión del hecho que se ha declarado como probado¹⁷⁹, dentro de lo cual podría entenderse comprendida la desatención de los parámetros de multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión a que se refiere la ley.

A partir de esas elucubraciones, podría ensayarse –tentativamente– algunas hipótesis de errores o infracciones que pudieran denunciarse a través de esta causal¹⁸⁰:

a) Cuando en la sentencia se invoca y aplica como máxima o regla de experiencia una que no reviste el carácter de tal (v. gr., se trata de meros proverbios, prejuicios, vulgarizaciones de conocimientos pseudocientíficos, etcétera, es decir, meras afirmaciones que carecen de fundamento atendible);

b) Cuando en la sentencia se emplea una máxima de experiencia reconocida como tal, pero que no resulta pertinente al caso;

c) Cuando en la sentencia se emplea una máxima de experiencia “no fiable” por estar falsada por algún conocimiento científico reconocible;

¹⁷⁹ PRAMBS JULIÁN, Claudio, ob. cit., p. 393.

¹⁸⁰ Estas formulaciones reconocen, en su mayoría, posibilidades que ha ido definiendo la jurisprudencia colombiana y otras derivan de lo que ha podido extraerse de literatura consultada.

d) Cuando en la sentencia se utiliza una máxima de experiencia que, aunque pueda aceptarse en esa calidad, está contradicha o refutada por otra máxima de experiencia igualmente válida, y

e) Cuando en la sentencia se deja de aplicar una máxima de experiencia, no obstante que debía ser considerada en la valoración probatoria.

De las posibilidades enunciadas habría que enfatizar los casos en que las conclusiones probatorias derechamente contrarían un conocimiento científico validado y debieran añadirse los defectos de “logicidad” inferencial, a los que se ha hecho referencia, en el entendido que no comportan una deficiencia pura o estrictamente formal, identificable con el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 459 N° 4 del Código del Trabajo, esto es, básicamente, cuando el defecto consiste en que el examen de las pruebas o antecedentes del proceso no conduce lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador. En suma, cuando el error se produce en la derivación.

3.2. *El carácter manifiesto de la infracción*

Por mucho que a lo largo de este trabajo se haya defendido la factibilidad de la revisión de los hechos probados, debe concederse que su eventual modificación –que supone la anulación del fallo– no está concebida en el Código del Trabajo como cosa común ni habitual. Antes bien, responde a una idea de singularidad que se intensifica al estarse en presencia de procedimientos orales, en cuanto se asume en ellos que el *juicio oral* (o la audiencia de juicio) es un mecanismo central para la realización de las garantías del debido proceso, en el entendido que la formación o adquisición del conocimiento está fuertemente determinado por la inmediación, la contradicción y la publicidad, como medios que aseguran la calidad de la información. Por la razón que fuere, el recurso de nulidad no constituye una instancia sino que corresponde a un instrumento dirigido a controlar la legalidad de la decisión adoptada. Por lo tanto, la regla general es que los hechos establecidos en la sentencia del tribunal de base tiendan a mantenerse inalterados, a menos que se haya producido una infracción de las reglas enunciadas. Aun así, no basta cualquier infracción a las reglas de la sana crítica. Por expreso mandato legal resulta indispensable que esa infracción tenga el carácter de “manifiesta”.

De acuerdo con su uso común o frecuente, en su primera acepción, lo manifiesto designa lo "descubierto, patente, claro". El artículo 459 del Código del Trabajo exige que el fallo contenga el análisis de "toda" la prueba rendida y su artículo 456 impone el deber de expresar las razones "jurídicas, y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia" por las que el juez asigna valor o desestima el valor de las pruebas. Sólo una vez explicitados, exteriorizados o conocidos esos motivos, el tribunal de nulidad está en condiciones de examinar si las reglas de valoración evidenciadas en el fallo son correctas o incorrectas y si han sido correcta o incorrectamente aplicadas. Luego, de asumirse que la función del tribunal de nulidad no es valorar nuevamente la prueba sino que verificar la validez, corrección y pertinencia de las reglas de la sana crítica empleadas, y de tomarse en cuenta que ese control ha de efectuarlo a través de la motivación expresada en la sentencia, se tiene que un derrotero posible para entender "lo manifiesto" es que la infracción denunciada deba ser clara, ostensible, evidente, pero no en el sentido de burda o grosera sino en la idea que no precise de elucubraciones, conjeturas o suposiciones alambicadas y que, además, emane del acto escrito que se revisa (la sentencia), que surja de su propio texto, en cuanto elemento idóneo para verificar la vulneración que se denuncia. En jurisprudencia extranjera se ha indicado sobre el particular que "en casos excepcionales, los yerros denunciados, a más de trascendentes, pueden ser calificados de notorios, palmarios o manifiestos, es decir, que su individualización y prueba aflore sin mayores esfuerzos, raciocinios o elucubraciones, al punto que resulte francamente inocultable para cualquiera e imponga el quiebre de una decisión judicial... el recurso sólo está llamado a enmendar aquellos yerros mayúsculos o protuberantes, de cuya existencia nadie pueda dudar y que, por lo tanto, no corresponden a simples disputas de pareceres, puntos de vista o criterios..."¹⁸¹. Podría aventurarse que lo manifiesto se asimila a la doctrina del "absurdo" de la casación argentina. MORELLO asevera que la pretendida soberanía de los jueces y el amplio grado de acción del que estarían provistos para la apreciación de la prueba de los hechos, no son más que aparentes, ya que prevalecen únicamente en la medida que no incurran en absurdo o arbitrariedad, destacando que la evolución jurisprudencial ha sometido al raciocinio de los fallos a un doble tamiz, el clásico –de legalidad– y el de razonabilidad interior de

¹⁸¹ Corte de Suprema de Justicia Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de mayo de 2008, expediente N° 11001-3103-006-1997-09327-01, Magistrado César Julio Valencia, motivo primero, párrafo 4 y 5. Disponible en www.cortesuprema.gov.co.

sus fundamentos o motivos, de modo que de la verificación de las correctas aplicaciones del derecho se pasó a la necesaria revisión del juicio de hecho, en casos de *“error grave y manifiesto que conduce a conclusiones contradictorias e incongruentes, incompatibles con las circunstancias objetivas de la causa”*, precisando que *“la anómala desfiguración de lo probado (absurdo material) y la desvirtuación en concreto de los principios y reglas que deben gobernar el recto desarrollo del pensamiento (absurdo formal), no hacen sentencia”*. El absurdo, subraya, debe ser frontalmente repudiado por el sentido común¹⁸².

3.3. La necesaria influencia sustancial

Este es un presupuesto compartido por todas las causales del recurso de nulidad y ya ha existido ocasión de referirnos a esta exigencia de configuración. Debe reiterarse, en consecuencia, que el error o infracción denunciada ha de tener un alcance o importancia decisiva, en términos que el razonamiento probatorio equivocado tiene que ser determinante, que su eventual corrección sea capaz de cambiar el sentido de la resolución. Señalado en términos diferentes, no existirá esa influencia si merced a la inclusión o exclusión de los hechos que se impugna, el fallo seguiría siendo el mismo.

4. DOS EJEMPLOS DE (EVENTUAL) INFRACCIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

4.1. Primer Caso

Un trabajador, que se desempeña como vigilante en las instalaciones de una empresa de vestuario es despedido por falta de probidad, atribuyéndosele la sustracción de prendas de vestir desde las bodegas de dicha empresa, porque las cámaras de seguridad lo registran saliendo, en horas de la noche y en dos días distintos, desde esas bodegas, portando bolsas y en circunstancias que no le correspondía vigilar ese sector. El trabajador aduce que esas bolsas contenían escombros que había recogido ya que las instalaciones de la empresa habían quedado dañadas producto del terremoto.

Los hechos son prácticamente pacíficos. El juez en su fallo, asienta otros hechos adicionales. A saber:

¹⁸² MORELLO, Augusto M., ob. cit., pp. 347, 352, 361 y 362.