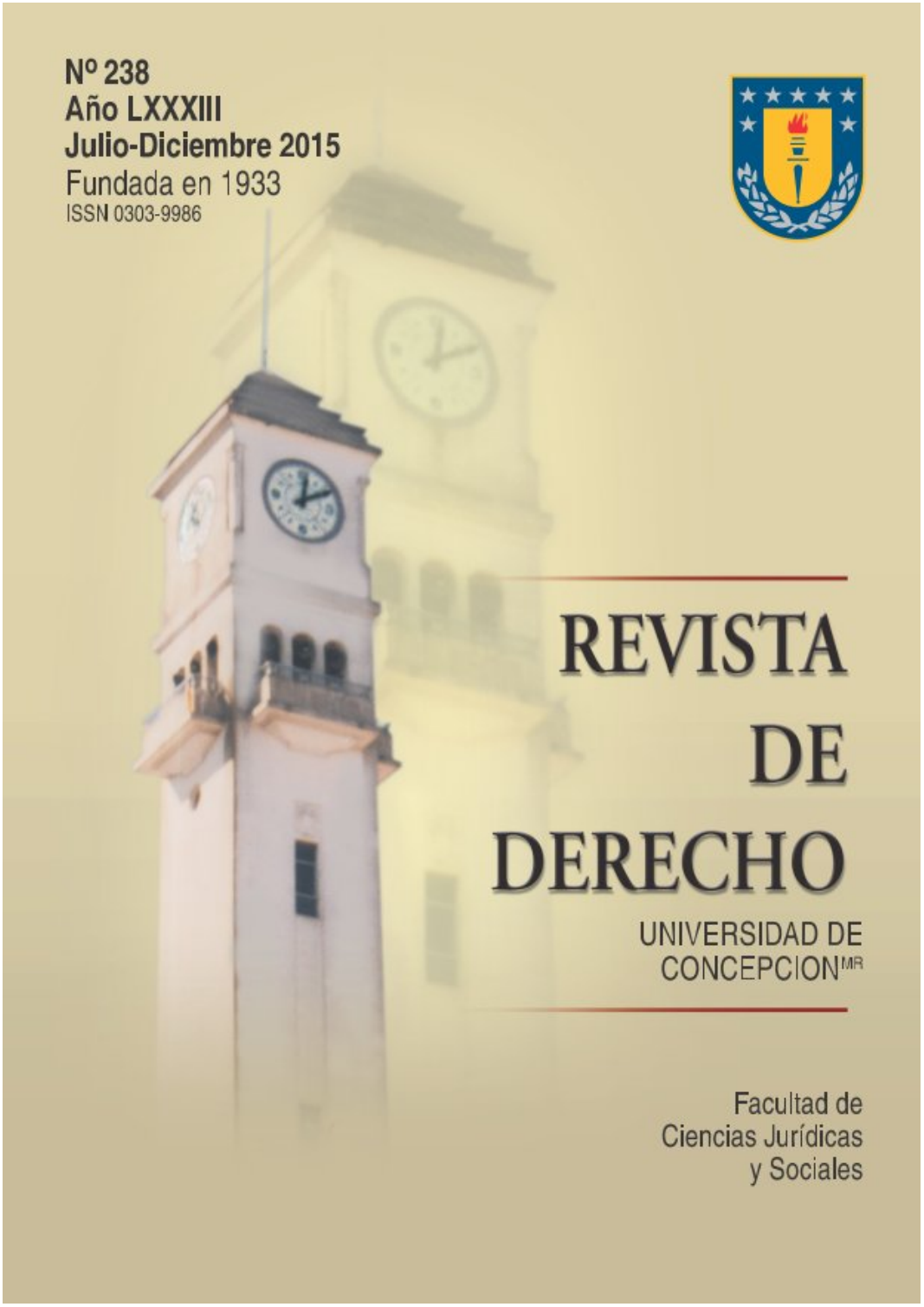
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 238 (julio - diciembre) 2015: 7-36 ISSN 0303-9986

SANA CRÍTICA Y PRESUNCIÓN JUDICIAL

FREE EVALUATION OF EVIDENCE AND JUDICIAL PRESUMPTION

JORGE LARROUCAU TORRES*
Profesor de Derecho Civil,
Universidad Católica del Norte
Coquimbo – Chile

RESUMEN

La sana crítica es sinónimo de convicción judicial en la justicia civil chilena, al menos desde comienzos del siglo XX. Durante más de cien años la academia no cuestionó esta conexión entre valorar la prueba y convencerse de los hechos, sino que la extremó al entender la valoración como un asunto de psicología judicial. Este artículo propone comprender el uso de parámetros externos a la convicción del juez –ciencia, experiencia y lógica– en sintonía con el esquema de las presunciones judiciales, ya instalado en la práctica chilena desde el siglo XIX. Esta idea se ilustra por medio de ejemplos que son típicos de la justicia patrimonial y familiar,

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción; Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica del Norte, Coquimbo. Dirección postal: Facultad de Ciencias Jurídicas, Larrondo 1281. Correo: jorge.larroucau@ucn.cl. Este trabajo fue discutido en dos seminarios durante octubre de 2015: uno celebrado en la Universidad Católica del Norte, en Coquimbo, gracias a la invitación de Carlos Del Río, y otro en Puerto Varas, coordinado por Lorena Lemunao, magistrado del Primer Juzgado de Letras de Puerto Varas, para la Asociación Nacional de Magistrados. Le agradezco a ambos la posibilidad de discutir esta propuesta y a quienes con sus comentarios me permitieron revisar algunas de sus ideas. El artículo es parte de un proyecto financiado por un Fondecyt Regular (Nº 1140986: "Conceptos fundamentales del derecho probatorio en Chile", 2014-2016) del cual el autor es un investigador asociado. Artículo recibido el 8 de septiembre de 2015 y aceptado para su publicación el 13 de noviembre de 2015.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

e ilumina un problema central dentro del Derecho probatorio: el vínculo entre valorar y asignarle peso a la información que se recopila en un proceso judicial.

Palabras clave: Sana crítica, convicción, Justicia civil chilena, Presunciones judiciales.

ABSTRACT

The free evaluation of evidence is synonymous with judicial conviction in Chilean civil justice, at least since the beginning of the 20th century. For more than a hundred years the academy of Chile did not question this connection between assessing the evidence and being convinced of the facts, but instead went beyond, seeing this assessment as an issue of judicial psychology. This article proposes understanding the use of parameters other than the conviction of the judge –science, experience and logic– in tune with the framework of the judicial presumptions already in use in Chilean practice since the 19th century. This idea is demonstrated using typical examples of patrimonial and family justice, and sheds light on a fundamental problem within the evidence law: the connection between assessing and giving weight to information that is gathered in a judicial process.

Keywords: Free evaluation of evidence, conviction, Chilean civil justice, Judicial presumptions.

"And the unseen is proved by the seen"
(Walt Whitman)

I. CULTURA DE LA CONVICCIÓN

La conexión entre sana crítica y convicción da cuenta de una de las actitudes más arraigada en la cultura judicial chilena. Los hechos probados son los que el juez ha creído que son verdaderos. Este puente entre creencia y valoración de la prueba es lo que está detrás del uso que los jueces civiles –no solo ellos, pero es a la justicia civil a la que se refiere este trabajo– han dado a la sana crítica, al menos desde inicios del siglo XX: una herramienta para tomar decisiones epistémicas con severas deficiencias a la hora de motivar el fallo. En otras palabras, los jueces chilenos han usado su convicción para decidir cuáles son los hechos del caso sin comunicar cuáles son los fundamentos de sus creencias y esa actitud, a pesar de poner en riesgo la legitimidad de la administración de justicia, no suele ser cuestionada por las Cortes.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La propuesta de este trabajo es interpretar el contenido normativo de la sana crítica –como estándar de conducta respecto a la valoración de la prueba– en sintonía con el esquema de las presunciones judiciales instalado en la práctica chilena al menos desde el siglo XIX, pues los elementos de gravedad, precisión y concordancia de ese modelo de presunciones son compatibles con los parámetros de control de la sana crítica –lógica, ciencia y experiencia–. Ambos modelos ofrecen criterios que son externos a quien toma la decisión sobre los hechos.

1. Parámetros externos e internos

Conviene comenzar este análisis con una cita a *La ciencia jovial. "La gaya scienza"*, donde Friedrich Nietzsche[1] notaba, en 1882, que "las convicciones no tienen derecho de ciudadanía en la ciencia", ya que "solo cuando se deciden descender hasta la modestia de una hipótesis, de un punto de vista experimental provisorio, a una ficción reguladora, se les puede permitir la entrada e incluso un cierto valor dentro del reino del conocimiento –aun cuando sea con la limitación de quedar colocadas bajo la vigilancia policial, bajo la policía de la desconfianza" (V § 344). El punto que enfatizaba Nietzsche era bastante claro: como la ciencia es tal porque dispone de parámetros de verificación independientes de (las preferencias de) quienes trabajan en ella no tenía ningún sentido hablar de convicciones científicas. Si ello es así, entonces la tendencia de los jueces de invocar su convicción cuando juzgan los hechos requiere una explicación, ya que las circunstancias que ellos deciden aluden a cuestiones como la posesión de un terreno, el (in)cumplimiento de un contrato o los daños que sufre una víctima, o sea, a temas cuya verdad o falsedad es independiente de lo que crea quien toma la decisión. La verdad o falsedad de los enunciados sobre esos hechos depende de lo que es el caso.

La respuesta más sencilla frente a este hábito de usar la convicción al decidir sobre los hechos sería concluir que el Derecho no es una ciencia –al menos no en el sentido en que la física y la química han llegado a serlo–, sino una disciplina en que los referentes para decidir asuntos de esta clase son internos y, por lo mismo, un lugar en donde las convicciones mantienen un "derecho de ciudadanía". Una respuesta de esta índole, no obstante, no es admisible a estas alturas. Durante el siglo XX la disciplina jurídica se aproximó cada vez más al principio de verificación de las ciencias, lo que volvió sospechoso el uso de la convicción. Ella pasó a estar, en la imagen de Nietzsche, "bajo la policía de la desconfianza", de un modo tal que el influjo que ha tenido la promesa de las

[1] NIETZSCHE, Friedrich, *La ciencia jovial. "La gaya scienza"*. Trad. José Jara, Ediciones Universidad de Valparaíso, 2013 (1882).

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ciencias –el principio de verificación– sobre las prácticas jurídicas ha terminado por redefinir a la prueba judicial. Así, por ejemplo, a mediados de los noventa –y en alusión al ámbito angloamericano– Alex Stein acusó a esta aproximación al método empírico en los asuntos prácticos como una de las principales razones para la "ola abolicionista" que arrasaba con las reglas de prueba. Para saber lo que era el caso no se requería de leyes, bastaba con el sentido común del juez:

> "Los avances científicos y tecnológicos atribuibles a este método han fomentado la confianza en las capacidades cognitivas humanas. También han expuesto lo impracticable, sino injustificado, de los postulados metafísicos y de otro tipo de justificaciones del conocimiento. Casi todos los asuntos prácticos han pasado a ser gobernados por la distinción experimental de hipótesis factibles y no factibles. El valor de verdad de las hipótesis formuladas por las personas casi se ha identificado con su valor práctico, i.e., con la posibilidad de testearlas empíricamente. Este inductivismo empírico, frecuentemente tenido como el único racional, ha sido suscrito de forma abrumadora. Lo han adoptado no solo los científicos naturales, sino que también los sociales, los reformistas políticos, y la gente en general. Es el responsable de provocar la postura social descrita como "confianza epistémica".[2]

En la justicia civil chilena, en cambio, la presión de este inductivismo empírico recién ha despuntado durante la última década. Con anterioridad, cabe recalcarlo, la convicción del juez no había sido vigilada ni por la academia, ni por los propios jueces, y ni siquiera por la ley (salvo en ciertos aspectos).

En este artículo (2) se resume el tránsito que ha experimentado el debate interno acerca de la sana crítica, desde una versión que la entiende en términos psicológicos hacia modelos de justificación afines a las prácticas científicas y que promueven –a veces como un mínimo, otras como un máximo– el apego a cánones epistémicos de racionalidad general. Luego, (3) se ofrecen algunos ejemplos de las tres áreas de la litigación patrimonial –propiedad, contratos y responsabilidad–, además de un caso del ámbito familiar, en que los jueces resolvieron problemas complejos vinculados a la valoración de la prueba resistiendo la tentación de usar la sana crítica para invocar sus creencias al decidirlos. La clave para ello, en mi opinión, estuvo en el esquema de las presunciones judiciales, el cual, lo mismo que la sana crítica, descansa en parámetros externos para tomar las decisiones. Por eso que la última parte se destina a (4) argumentar en favor de interpretar la sana crítica

[2] STEIN, Alex, "The Refoundation of Evidence Law", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 1996, Vol. 9, pp. 282-283.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en sintonía con la estructura de las presunciones judiciales, ya que ambas ofrecen un modelo para articular las inferencias que son necesarias para decidir los hechos. Ello permitirá iluminar uno de los debates más interesantes del Derecho probatorio moderno, cual es la conexión entre valorar y asignarle un peso a la información disponible en el juicio.

II. SANA CRÍTICA EN CHILE

El modo en que la Corte Suprema chilena ha entendido la sana crítica durante más de un siglo está claramente resumido en un considerando que se reitera de un modo casi imperturbable en las sentencias civiles:

> "La sana crítica es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio. Es analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están expuestas en la ley. Se trata de un proceso intelectual interno y subjetivo, o sea, es materia de apreciación y por lo mismo de hecho, que corresponde exclusivamente a los jueces del fondo".[3]

Este fragmento, citado gracias al trabajo del profesor Emilio Rioseco, contiene varios elementos cuya discusión no es posible intentar en estas líneas. Aquí solo cabe considerar el enunciado que afirma que la sana crítica es "un proceso intelectual interno y subjetivo" con respecto a la determinación judicial de un hecho. Esta imagen captura muy bien la premisa según la cual existe un vínculo necesario entre la sana crítica y la convicción del juez, una idea que Jeremy Bentham había expresado mucho antes en los siguientes términos:

> "Escoja una entidad real cualquiera, en un punto cualquiera del tiempo y en un lugar cualquiera, y entre su existencia en ese lugar y su no existencia en ese mismo lugar, no hay ninguna *alternativa*, no hay ninguna situación intermedia. Lo que tienen de realidad cualquiera de los siguientes términos *necesidad, imposibilidad, certeza, incertidumbre, probabilidad, improbabilidad, realidad, potencialidad*, es solo una disposición, una persuasión de la mente, por parte de la persona que utiliza esas palabras con respecto al estado de las cosas o de los hechos a los que atribuye esas cualidades".[4]

[3] Corte Suprema, 1º de abril de 1974, *R.D.J*, T. 68, sec. 1ª, p. 76 citado en Rioseco Enríquez, Emilio, *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, 3ª ed., T. II, Nº 694, p. 378.

[4] Bentham, Jeremy, *Teoría de las ficciones*, traducción de Helena Goicochea, Marcial Pons, Madrid-

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La justicia chilena ha sido benthamiana en este sentido. Y también hay un eco benthamiano en la academia cuando se afirma que valorar la información en un juicio es simplemente "un fenómeno mental del juez",[5] una actividad encaminada a lograr su "convencimiento psicológico".[6] La tesis tradicional sobre la valoración de la prueba, entonces, puede resumirse con la siguiente frase: para decidir el caso "la ley exige al juez haber adquirido el convencimiento pleno de la verdad de los hechos".[7] Pero esa idea no deja de sorprender si se la coteja con otro de los lugares comunes en Chile: aquel que afirma que el modelo de prueba vigente en la litigación patrimonial es uno legalmente tasado.

La paradoja de alentar una convicción judicial en el ámbito de una prueba tasada tiene tanto una explicación judicial como otras académicas que paso a referir.

1. Explicación judicial

El Código Civil de 1855 y el Código de Procedimiento Civil de 1903 fueron estatutos que no implementaron un modelo de prueba tasada, sino que hicieron "una aplicación preferente" del mismo,[8] dejando un margen de acción significativo para la sana crítica –y, con ello, para la soberanía judicial–, sobre todo en lo que se refiere a la prueba pericial (art. 425 Código de Procedimiento Civil)[9] y a la decisión ante pruebas contradictorias (art. 428 Código de Procedimiento Civil).[10] Es por

Barcelona, 2005 (1932), p. 99 (destacados en el original).

[5] Zapata, Hernán, "La conciencia como elemento de la valoración de la prueba", *R.D.J.*, 1968, T. 65, p. 55.

[6] Palomo Vélez, Diego, "La prueba en el proceso civil chileno. ¿Una actividad asumida con la suficiente seriedad?", en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Andrés de la Oliva y Diego Palomo, coordinadores, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 254.

[7] Salas Vivaldi, Julio, "La apreciación de la prueba en conciencia y conforme a las reglas de la sana crítica. Una polémica revivida", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1993, Nº 193, p. 119.

[8] Pecchi, Carlos y Maturana, Cristián, "Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil", *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), 2002, Nº 5, p. 43.

[9] Por todas: *Morales con Ilustre Municipalidad de Los Andes*: "Los tribunales deben apreciar la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica, las cuales no se encuentran definidas en los textos legales, pero son considerados como criterios orientadores a que, en la valoración de esa prueba, deben sujetarse los jueces, basándose en los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. La actividad intelectual de apreciación de las pruebas, basada en semejantes pautas de racionalidad y sentido común, se traduce en un proceso interno y subjetivo, que configura una cuestión de hecho, la cual compete privativamente a los jueces de la instancia y no es revisable por medio del recurso de casación en el fondo", Corte Suprema, 16 noviembre 2006, Rol Nº 1726-2006, cons. 5º, LegalPublishing Nº 35534 (Tercera Sala: redacción del Ministro Adalis Oyarzún).

[10] Por todas: *Vargas con Claro y otra*: "El segundo motivo de impugnación consiste en la infracción al artículo 428 del Código de Enjuiciamiento Civil […] al analizar las pruebas contradictorias del

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ello que "en nuestro primer código de procedimiento civil se advierte así una tensión entre una orientación progresista que busca destasar [sic] toda la prueba emulando las tendencias francesa y alemana y una orientación conservadora que recela de la actividad jurisdiccional y, en teoría, pretende mantenerse lo más próxima posible a la legislación española".[11]

Por lo demás, constantemente se han dictado leyes que reconocen a la sana crítica como la forma general de valorar las pruebas, tal como ocurrió, por citar solo dos ejemplos, en la propiedad industrial (arts. 16 y 111 Ley Nº 19.039/DFL Nº 3 de 2006 del Ministerio de Economía) y en el estatuto antidiscriminación (art. 10 inciso 2 Ley N° 20.609 de 2012 o *Ley Zamudio*), y también han habido leyes que ordenaron valorar las pruebas según "la conciencia del juez", como ocurre en la responsabilidad civil por infringir la protección de datos personales (art. 23 inciso 2 Ley Nº 19.628 de 1999).

Desde este punto de vista histórico y normativo, además, cabe recordar que el ingreso de la sana crítica en el sistema legal chileno se produjo en el siglo XIX, en el ámbito criminal, con una ley de amnistía de 1893 (se "amnistía a los individuos del Ejército que sirvieron a la dictadura en los empleos de jeneral o coronel i a los jefes de la Armada que no fueron comprendidos en la lei de 25 de Diciembre de 1891"; "será admisible en ellos toda clase de pruebas i los jueces deberán apreciarlas con sujeción a las reglas de la sana crítica para declarar si han o no incurrido en la pérdida del derecho a esta pensión").[12] Este solo dato, dicho sea de paso, da cuenta de la ostensible debilidad del argumento esgrimido al legislar la reforma procesal penal y excluir a la sana crítica del Código Procesal Penal por su "falta de claridad conceptual" (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia), promoviendo, al mismo tiempo y gracias a una Comisión Mixta en el Congreso el año 2000, uno de los trasplantes legales más notorios de la legislación procesal chilena: el estándar más allá de toda duda razonable para la justicia criminal (aunque esa categoría sí que carecía de una "claridad conceptual" prácticamente absoluta en la cultura interna).

Esta breve reseña del panorama legal sirve de base para recordar algo que

proceso, aceptando como más valedero, un informe pericial evacuado seis años de ocurrido los hechos a otro efectuado meses después y a declaraciones de testigos contradictorias en la causa. Dice la recurrente que de no haberse incurrido en tal infracción, se habría concluido que la extensión dañada sólo afectó una superficie de 0,4 hectáreas fijando la proporción correspondiente del monto. De la redacción en términos facultativos de la norma procesal invocada, se puede constatar que ella no es una ley reguladora de la prueba [de modo que la Corte no revisará la decisión sobre los hechos]", Corte Suprema, 17 julio 2002, Rol Nº 1148-2001, cons. 9º, LegalPublishing Nº 24833.

[11] Benfeld Escobar, Johann, "Los orígenes del concepto de «sana crítica»", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2013, XXXV, p. 582.

[12] Benfeld, cit. (n. 11), p. 570.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fue observado a mediados de los ochenta por el profesor Héctor Oberg y que se refiere a la temprana asimilación que hiciera la jurisprudencia chilena entre valorar la prueba en conciencia y valorarla según la sana crítica. Para los jueces chilenos la valoración en conciencia suponía una "convicción moral íntima" del juez en base a un "conocimiento exacto, razonado y reflexivo de los hechos".[13] En este sentido, como escribiera Mariano Fontecilla en 1960, la valoración en conciencia "en ningún caso es sinónima [sic] de arbitrariedad, ni exime de la obligación de exponer los fundamentos que informan la conciencia para apreciar la prueba, ni tampoco es análoga a la actuación del jurado".[14] La sinonimia judicial entre sana crítica y conciencia –sobre la cual el mismo profesor Oberg aventuró una fecha, el año 1952, aunque no dio razones para ello– sería lo que explicaría que en ámbitos tan relevantes como los procedimientos administrativos la prueba se valore en conciencia (art. 35 inciso 1º, Ley Nº 19.880 de 2003),[15] pues incluso en esos casos el juez debe juzgar en base a creencias justificadas. De allí que, al parecer, incluso en un contexto como el de la justicia civil –plagado de reglas probatorias de origen legal–, la sana crítica terminó siendo un modelo de valoración de pruebas que tiene que ver más con una creencia justificada de parte del juez que con una decisión discrecional o, menos aún, arbitraria.

2. Explicaciones académicas

La tensión entre reglas cuyo peso probatorio viene definido por la ley –el caso más citado es el de la escritura pública (art. 1700 Código Civil)– y un modelo de valoración de la prueba en base a la sana crítica, entendida esta última como un "sistema de persuasión racional" del juez[16] y, como se acaba de indicar, en donde tal persuasión fue vista desde temprano como un asunto psicológico (un ejemplo muy influyente al respecto fue *Iuris dictio*, un libro publicado en 1992 por el juez Carlos Cerda),[17] también fue objeto de análisis por parte de la academia. Quien primero intentó una explicación para esta convivencia entre sana crítica y reglas de peso probatorio fue el profesor Raúl Tavolari, cuando en 1999 acudió a la distinción entre interpretar y valorar la prueba:

[13] Oberg Yáñez, Héctor, "La valoración probatoria en el nuevo procedimiento ante los Juzgados de Policía Local", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1985, Nº 177, pp. 10-11.

[14] Fontecilla, Mariano, "Poder: imperativo y facultades. Apreciación de la prueba en conciencia", *R.D.T.*, 1960, T. 57, p. 155.

[15] Art. 35 inciso 1º, Ley Nº 19.880: "Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia".

[16] Rozas Vial, Fernando, "La prueba", *Revista Chilena de Derecho*, 1982, Vol. 9, Nº 1, p. 93.

[17] Cerda Fernández, Carlos, *Iuris dictio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 251.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> "Toda la actividad que comprende el iter probatorio alcanza su culminación en lo que denominamos la «valoración» de la prueba, esto es, el proceso intelectual por el que el juez da «valor», asigna mérito [a las pruebas, pero dicha labor] requiere de una tarea previa: la prueba debe ser interpretada, esto es, corresponderá al juez dilucidar, antes de dar inicio a la ponderación, qué datos contiene la información probatoria, en otros términos, precisar en qué consiste dicha información".[18]

Según el profesor Tavolari, el razonamiento inferencial del juez tendría lugar solo en la interpretación de la prueba y quedaría, por ese mismo motivo, fuera del control de las Cortes. La valoración de la prueba, en tanto, como trataría de la asignación de "mérito" o peso a una evidencia, sí podría ser controlada. (Con todo, lo que el profesor Tavolari no hizo fue explicar los motivos que justificarían que ese peso lo asigne la ley). Esta distinción explicaría la existencia de reglas como la que define el valor probatorio de una escritura pública:

> "Si la ley puede establecer normas y reglas para la última [la valoración], no es posible hacer lo propio con la primera [la interpretación]: no puede explicarle el legislador al juez cómo debe efectuar una interpretación –en los términos que venimos consignando– de los dichos testimoniales, de la confesión prestada o de peritaje que se evacuara. Puede, en cambio, determinarle el valor que deberá asignar a ese informe pericial o al testimonio".[19]

La libertad del juez para interpretar la prueba resultaba, como se acaba de leer, inevitable: "no puede explicarle el legislador al juez cómo debe efectuar una interpretación".[20]

Las sospechas con respecto a las creencias del juez cuando valora la prueba recién se hicieron explícitas en un artículo de la profesora Daniela Accatino publicado en 2006, que daba cuenta de algunas de "las trampas del subjetivismo", esto es, del peligro que suponía comprender la decisión sobre los hechos como "una especie de epifanía que sobreviene al juez en contacto inmediato con las pruebas y que no es susceptible de racionalización ni de control".[21] El punto central de la crítica era el siguiente: si lo que define a una creencia es que ella le sucede

[18] Tavolari Oliveros, Raúl, "Variaciones sobre la prueba en el proceso (Viejos y nuevos temas probatorios)", *R.D.J.*, 1999, T. 95, p. 38.

[19] Tavolari, cit. (n. 18), p. 39 (n. 33).

[20] Para una reflexión crítica sobre este lugar común: Stein, Alex, "Contra la 'prueba libre'", traducción de Jorge Larroucau, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 2013, Vol. 26, Nº 2, pp. 245 ss.

[21] Accatino Scagliotti, Daniela, "Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2006, Nº 24, pp. 42-43.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a quien la esgrime, entonces su empleo judicial sería "devastador" ya que ningún juez podría justificar el motivo por el cual tiene una creencia.[22] Dicha crítica, aunque pertinente, se fundó en una premisa cuestionable: que las creencias no las escogemos, sino que nos suceden, de modo que no podemos justificarlas ante ningún auditorio.

Sería solo a contar de la primera década del siglo XXI, entonces, que se activarían las alarmas en cuanto a la creencia como un parámetro interno a la hora de decidir acerca de los hechos. Y las dudas, cabe resaltarlo, no se limitaron a la academia sino que también incluyeron a los propios jueces. Hubo varios trabajos liderados por el profesor Rodrigo Coloma en torno a la justicia criminal que así lo revelan. Por ejemplo, en el marco de unas entrevistas a seis jueces, un Ministro sostuvo que ellos "tienen que ingeniárselas para poder calmar lo mejor posible la prueba y buscar de adónde sacar datos para ir construyendo las premisas básicas", mientras que una jueza afirmó que la valoración de la prueba según la sana crítica es, sencillamente, "como una especie de rompecabezas interno".[23] En otra de sus indagaciones, en tanto, un juez descartó los pálpitos como forma de resolver sobre la credibilidad de un testigo, pues "los jueces no somos psicólogos, tampoco tenemos una bola de cristal y la percepción que tú puedas tener es muy distinta a la mía",[24] y otro magistrado se refirió a la valoración de la prueba afirmando que "necesitamos dilucidar ¿desde dónde resuelven los jueces?".[25]

3. Sentido común, motivación y responsabilidad

Las inquietudes recién mencionadas son, a primera vista, extrañas. Si la sana crítica "no es más que la formalización en el ámbito legal del razonamiento de sentido común",[26] ¿por qué un juez estaría intranquilo al tener que usar el sentido común? La respuesta, por cierto, la desconozco. Lo que sí parece claro es el momento en que surgen estas incógnitas en los jueces, y ello ocurre ante el deber que tienen

[22] Accatino, cit. (n. 21), p. 45.

[23] Coloma, Rodrigo; Agüero, Claudio, "Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica", *Ius et Praxis*, 2014, 20, Nº 2, p. 398.

[24] Coloma, Rodrigo, Pino, Mauricio; Montecinos, Carmen, "Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009, XXXIII, p. 332.

[25] Coloma, Rodrigo; Carbonell, Flavia; Alfaro, Christian; Avilés, Luis Francisco; Báez, Danilo; Bugueño, Claudia; Jorquera, Mariela Cristina; Olave, Mauricio, Rivera, Virginia; Soto, Cristián; Toledo, José María, "Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal", *Ius et Praxis*, 2010, 16, Nº 2, p. 26.

[26] Laso Cordero, Jaime, "Lógica y sana crítica", *Revista Chilena de Derecho*, 2009, Vol. 36, Nº 1, p. 162.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de incluir el "razonamiento lógico" de la valoración de la prueba en la motivación de la sentencia definitiva.[27] Este ha sido uno de los aspectos más acentuados por la literatura chilena dedicada a la prueba judicial. Por ejemplo, en 1979 Lilian Salgado escribía que la sana crítica "requiere en la sentencia de diversos elementos como cultura, preparación y experiencia, que son precisamente la contrapartida del sistema"[28] y, treinta años más tarde, el juez Rodrigo Cerda volvía a indicar que en la sana crítica "existe libertad de medios y libre valoración de la prueba por parte del juez, pero sujetándolo a estándares generales de racionalidad",[29] que son los que habilitan a las Cortes para controlar tales decisiones.[30]

Es ante el deber de justificar la valoración de la prueba, entonces, que se gatilla la perplejidad del juez. De hecho, cabe recordarlo en esta parte, cuando en Inglaterra se dejaron atrás las ordalías y se optó por juzgar los hechos en base a un jurado, se hizo de ese modo porque se trataba de una forma simple de resolver conflictos en base al sentido común ("era la voz del barrio, el sentido de la comunidad, el mejor informado sobre lo que había ocurrido"),[31] pero se eximió al jurado de tener que justificar sus decisiones. (Con todo, también vale la pena advertir que en los Estados Unidos, que es donde el derecho a un jurado aún tiene un correlato en la práctica, el juez puede obviar la decisión del mismo cuando ella no tiene "una base probatoria legalmente suficiente").[32]

[27] Peñailillo Arévalo, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 19; también sostienen que la sana crítica implica un deber judicial de motivar la sentencia: Avilés Mellado, Luis: "Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, Nº 4, pp. 189-194; González Castillo, Joel; "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", *Revista Chilena de Derecho*, 2006, Vol. 33, Nº 1, pp. 102-104 (reimpreso en: "La sana crítica y la fundamentación de las sentencias", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 2014, Nº 235-236, pp. 285-288); Lepin Molina, Cristián; "Breve estudio sobre la sana crítica", *Gaceta Jurídica*, 2007, Nº 319, pp. 11-13.

[28] Salgado Fernández, Liliana, *La prueba: Objeto, carga y apreciación. Comentarios de jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 69.

[29] Cerda San Martín, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2009, p. 28.

[30] Por todos: Rodríguez Josse, Cristián, "Límites del control de la valoración judicial de la prueba en el sistema de la sana crítica", *en Leturia*, Francisco (editor), Justicia Civil y comercial: una reforma Ediciones LYD, Santiago de Chile, 2011, pp. 289-293.

[31] Chase, Oscar, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, traducción de Fernando Martín Diz, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011 (2005), pp. 65-69, 86, 178.

[32] *Rule* 50 (a) (1), *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses (1938): "(1) *In General*. If a party has been fully heard on an issue during a jury trial and the court finds that a reasonable jury would not have a legally sufficient evidentiary basis to find for the party on that issue, the court may: (A) resolve the issue against the party; and (B) grant a motion for judgment as a matter of law against the party on a claim or

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En definitiva, ha sido solo durante la segunda década de este siglo que en la academia se ha profundizado acerca de lo que implica un modelo de libre valoración de la prueba independiente de la psicología del juez. Para ello se ha recurrido a disciplinas como la epistemología y la filosofía de las ciencias. De esta última yo mismo aludí a la inferencia a la mejor explicación como una fórmula que le puede indicar al juez cómo motivar su valoración (cómo motivar, no con qué motivar): ella sugiere identificar las narraciones que compiten en el juicio y decidir cuál de todas ofrece una mejor explicación del conflicto en base a criterios de consistencia, simplicidad, coherencia con las creencias de trasfondo, consiliencia y la ausencia de premisas *ad hoc*, entre otros aspectos.[33] La justicia del trabajo, por ejemplo, utiliza un modelo que es afín a esta aproximación.[34]

Al respecto, el profesor Claudio Agüero ha precisado que al hablar de "explicación" judicial no se quiere decir "explicación científica", sino que explicación como sinónimo de argumentación, o bien, de narración. El mismo profesor Agüero propuso usar en lugar de explicación la categoría de comprensión y dejar la explicación para los casos en que se predicen hechos futuros –como en ciertos juicios de libre competencia–, en el entendido que esa predicción es algo marginal en el trabajo del juez ("el sentido y el valor cultural de las sentencias judiciales están en su significado memorativo").[35] Se trata, en buenas cuentas, de una propuesta que invita a acercar las ideas de explicación y comprensión en la decisión judicial sobre los hechos discutidos: "el juez no (solo) busca las causas de las acciones que juzga, sino que desarrolla ejercicios explicativos y comprensivos conjuntamente y […] la síntesis de estos procesos es escrita solo para hacer público el proceso decisional y para incrementar la repercusión de lo resuelto en las esferas públicas de la sociedad".[36]

El profesor Coloma, en tanto, ha sido quien más confianza ha depositado

---

defense that, under the controlling law, can be maintained or defeated only with a favorable finding on that issue".

[33] Larroucau Torres, Jorge, "Hacia un estándar de prueba civil", *Revista Chilena de Derecho*, 2012, Vol. 39, Nº 3, pp. 798-803.

[34] Art. 456, Código del Trabajo de 2003: "El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. (2) Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador". Lo mismo ocurre en otro escenario relevante: los Juzgados de Policía Local (art. 14 inciso 2, Ley Nº 18.287).

[35] Agüero San Juan, Claudio, "Una crítica al modelo de la narración judicial como explicación científica", *Ius et Praxis*, 2014, 20, Nº 1, pp. 242-244.

[36] Agüero, cit. (n. 35), p. 248.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

hasta la fecha en la epistemología, al sostener que la sana crítica adquiere sentido en "el poder en los sabios y en la mayoría". Por un lado, él entiende a la sana crítica como un modo de "distribuir responsabilidades por la elección de reglas que validan 'hechos' en un juicio" y, en lo que respecta al sistema jurídico, asume que tal "responsabilidad por lo que es señalado en las reglas de validación de 'hechos' se hace recaer en los cultores de disciplinas socialmente reconocidas en la producción de conocimientos".[37] De esta manera, como la sana crítica –en su argumento– supone una "distribución del trabajo de producir conocimientos" ella mantiene a flote los argumentos de autoridad, lo que iría en directo beneficio de la administración de justicia: "La sana crítica al aprovechar los avances de quienes operan desde fuera de las fronteras reservadas a los abogados y a los jueces, es apta para provocar una mayor satisfacción respecto de las conclusiones extraíbles a partir de la prueba disponible en los procesos judiciales".[38] Con todo, uno de los desafíos que esta lectura debe enfrentar es el peligro que se difumine la distinción entre opinar sobre un hecho (lo que hace un experto o un testigo) y decidir un hecho (lo que hace un juez).

En definitiva, si bien la "policía de la sospecha" –una parte de la academia y algunos jueces– ha cuestionado el uso de la convicción judicial tras el modelo de la sana crítica, no parece que las creencias hayan perdido (todavía) su carta de ciudadanía en la práctica judicial. Tal como se lee, por ejemplo, en *Asociación de canalistas del embalse Pitama con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S. A.*,[39] un caso de responsabilidad civil medioambiental en que una empresa que se adjudicó la concesión de una autopista afectó un embalse aledaño mientras construía la obra, en la Corte Suprema chilena convergen dos ideas que tal vez sean antagónicas en torno a la sana crítica: por un lado, la que afirma que "las reglas de sana crítica imponen mayor responsabilidad a los jueces" (en la línea de lo dicho por el profesor Coloma) y, por otro, la que insiste en que los jueces deben motivar sus decisiones con lo que les ha "provocado la convicción en el establecimientos de los hechos" (en la línea de lo que ha defendido el juez Carlos Cerda).

En el contexto de esta práctica, el sentido en que se asume una responsabilidad mediante (o en medio de) creencias es algo que la academia tendrá que dilucidar.[40]

[37] Coloma Correa, Rodrigo, "¿Realmente importa la sana crítica?", *Revista Chilena de Derecho*, 2012, Vol. 39, Nº 3, pp. 755, 775-776.

[38] Coloma Correa, Rodrigo, "La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica", *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 2012, Vol. XXV, Nº 2, pp. 212, 225.

[39] Corte Suprema, 20 abril 2011, Rol N° 396-09, cons. 11º, LegalPublishing N° 48603.

[40] Cuando Per Olof Ekelöf abordó este problema, comenzó por defender que la valoración de la prueba requiere un análisis pieza por pieza de la información disponible y también de un examen de las relaciones entre esos mismos datos –de la fuerza combinada de las pruebas vistas como partes de una

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Un camino promisorio a este respecto, sugerido por el profesor Johann Benfeld, apunta a explorar el uso de conocimientos tácitos y el aprendizaje informal en la toma de decisiones judiciales sobre los hechos desde el punto de vista de la comunidad que realiza dicha tarea.[41] En esa senda, y en otras que se puedan abrir, sugiero tener siempre en cuenta la carga de trabajo de los jueces de instancia –las mentadas "metas de gestión"–, pues no funciona de igual modo un modelo de valoración de la prueba en manos de un juez que tiene que decidir cientos de casos, que sí debe resolver miles en un año.

A continuación se citan casos de la jurisprudencia chilena en donde el razonamiento del juez siguió el esquema de las presunciones judiciales –precisión, gravedad y concordancia– para seleccionar la regla de experiencia en base a la cual se decidieron los hechos. Por cierto, un rasgo común a todos estos ejemplos es que en ellos los jueces no podían echar mano a la sana crítica (porque la ley no la reconocía para el caso concreto). Lo que se espera mostrar con esto es que el modelo de las presunciones judiciales se alinea de buena forma con una concepción de la sana crítica anclada en parámetros externos de decisión.

III. INFERENCIAS JUDICIALES

El primer caso alude a un problema de posesión y propiedad, mientras que el segundo se refiere a uno de contratos. Si bien ambos son casos en que la mejor prueba disponible debió ser un documento (la inscripción de la cosa en el primero, la escritura de la compraventa en el segundo), cuyo valor probatorio no depende del juez (en el primero se deriva de una exitosa interpretación dogmática/judicial y, en el segundo, de la ley), a pesar de eso en los dos escenarios los jueces

cadena–, pero terminó concluyendo que parece inevitable reconocer que la fuerza probatoria la va a fijar el juez *intuitivamente*, entendiendo por ello no algo *emocional* de parte del juez sino que un cotejo de la información como un todo con las reglas de la experiencia común, EKELÖF, Per: "Free Evaluation of Evidence", *Scandinavian Studies in Law*, 1964, 8, pp. 60-62. Por eso que el juez tiene el deber de comunicar el proceso intelectual por medio del cual decidió los hechos en su sentencia, ya que esta es la única forma en que se puede controlar su decisión. El § 292 de la *Zivilprozessordnung* alemana de 2002 da buena cuenta de esta idea: § 292.1 ZPO: "Libre valoración de la prueba. El tribunal tiene que decidir de acuerdo con su libre convencimiento teniendo en cuenta el contenido íntegro del proceso y el resultado de la realización de las pruebas, para así considerar una manifestación de hecho como verdadera o falsa. En la sentencia debe detallarse los motivos sobre la base de los cuales se arribó al convencimiento judicial", *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, traducción de Juan Carlos Ortiz y Álvaro Pérez Ragone, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2006.

[41] BENFELD ESCOBAR, Johann, "Una concepción no-tradicional de la sana crítica", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2015, Vol. 45, pp. 167-173.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tomaron en cuenta otros datos para decidir si los hechos discutidos –la posesión del terreno y la renuncia de las acciones– estaban o no probados. El tercer juicio es uno de responsabilidad médica en donde la prueba clave fue una inspección personal del juez, un medio propicio a la psicología de quien decide y que basta por sí solo para probar un hecho ("La inspección personal constituye prueba plena en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación", art. 408 CPC). El último caso, en tanto, alude a un conflicto familiar –el término de la vida en común entre los cónyuges– y al modo en que fue resuelto por la justicia civil chilena durante el siglo XX, un ámbito en donde la prueba no se valoraba según la sana crítica, como sí ocurre en la actual justicia de familia (art. 32, Ley N° 19.968 de 2004).[42]

Todos estos fallos demuestran, a mi parecer, que mediante el esquema de las presunciones judiciales se pueden decidir los hechos de un modo semejante al que tendría lugar en un modelo de sana crítica. El título de los apartados sintetiza la máxima de la experiencia que fue inferida/presumida por el juez en cada ocasión.

1. Posee la tierra quien actúa como su dueño

La Corte de Valdivia razonó del siguiente modo en *Inmobiliaria Lomos de Orios y otros con Yáñez y otros* ante el polémico tema de la posesión de inmuebles y del valor probatorio de la inscripción en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces:

> "No resulta posible, pues, afirmar que las inscripciones dominicales vigentes de los actores sean de aquellas denominadas «de papel», puesto que su posesión registral se encuentra respaldada con la posesión material de que dan cuenta las pruebas allegadas al proceso, y no objetadas por los demandados, como, a vía puramente ejemplar, el pago de contribuciones; el reconocimiento estatal de la validez de los títulos, precisamente basado en la existencia de posesión material; el acta de entrega material del inmueble por parte del Fisco, después de una frustrada expropiación; y el hecho de haber

[42] Art. 32, Ley Nº 19.968: "Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. (2) La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tenido un administrador en el predio".[43]

En este caso la Corte de Valdivia no zanjó el debate acerca de la prueba de la posesión de un inmueble con la idea predominante que la inscripción conservatoria es la única evidencia necesaria, sino que valoró también otros datos –el pago de los impuestos, los títulos entregados por el Estado, la presencia de un trabajador que cuidaba el predio– para decidir que era el demandante quien poseía el terreno en la medida en que se comportaba como su dueño. La Corte infirió esta máxima de la experiencia (atrincherada también en el art. 925 Código Civil) por medio de una serie de antecedentes objetivos que permiten una revisión crítica de la creencia del juez, tal como acontece cada vez que se ejerce una acción real.[44] En este sentido, lo que el profesor Fernando Atria señaló refiriéndose a la faceta normativa del problema de la posesión de inmuebles se aplica por igual a su dimensión empírica:

> "Cuando el juez debe elegir entre dos o más interpretaciones plausibles de la ley no puede invocar su propia convicción como fundamento para preferir una de ellas, sino debe dar razones por las cuales las opciones desechadas debían serlo. Al invocar su propia convicción, el juez está tácitamente informando a la parte de que perdió no porque en derecho le correspondía perder, sino porque tuvo el infortunio de que su caso fuera conocido por un juez que es partidario de la tesis que beneficia a la contraparte. Esto puede ser verdad en algún sentido sociológico, pero no en sentido jurídico; y el juez no cumple su deber de fundamentar si apunta a este hecho como fundamento de su decisión".[45]

Bajo un modelo de sana crítica la Corte de Valdivia podría haber llegado a esta misma conclusión afirmando que si el Estado le entrega un terreno a una persona y le reconoce la validez de su título, y además esa persona paga los impuestos del terreno y contrata a alguien para que lo cuide, entonces ella es su poseedora (tiene una cosa determinada y se comporta como su dueña, art. 700 inciso 1º Código Civil), de modo tal que debe tenerse por cierto el relato del demandante ya que la experiencia nos enseña que posee un terreno quien se comporta como su dueño.

[43] Corte de Apelaciones de Valdivia, 04 septiembre 2007, Rol Nº 404-2007, cons. 18º, VLEX-30404736 (redacción del Abogado Integrante Juan Andrés Varas).

[44] Larroucau Torres, Jorge, "Acciones reales y estándares de prueba", *Ius et Praxis*, 2015, Vol. 21, Nº 2, pp. 109 ss.

[45] Atria Lemaître, Fernando, "Derechos reales", *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2004, Vol. 1, p. 41.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. Nadie renuncia a resolver la compra de una cosa totalmente inservible

La Corte de Arica infirió esta regla en *Varela y otros con Servicio de Vivienda y Urbanización I Región*, un caso en que la compraventa incluía una cláusula de renuncia a las "acciones resolutorias" de ambas partes, a pesar de lo cual la Corte estimó que esa renuncia no alcanzaba a las acciones edilicias por vicios redhibitorios porque de lo contrario quien había comprado una casa que fue construida en un lugar inhabitable no podría resolver el contrato. Para inferir esta regla la Corte de Arica se apoyó en esta máxima de la experiencia:

> "Es un hecho notorio y de la causa, la necesidad imperiosa de los demandantes de querer contar con lo que comúnmente se ha llamado «el sueño de la casa propia», de acuerdo a condiciones normales y obvias y con sus construcciones y suelo que reúnan las normas mínimas y elementales de respeto a la dignidad como persona y la buena fe que debe ir inmersa en todo contrato bilateral".[46]

En este mismo sentido, la Corte Suprema, en *Spataris con Sociedad Comercial Automotriz La Portada y otros*, acudió a otra máxima de la experiencia en apoyo de la misma máxima –nadie renuncia a resolver la compra de algo inservible– en un caso en que se compró un vehículo con problemas en su caja de cambios:

> "Existiendo discrepancia entre los contratantes respecto de la veracidad de la renuncia al saneamiento por parte del comprador, los jueces interpretaron dicha estipulación, negándole toda significación por constituir una cláusula de estilo, entendiendo por tales aquellas habituales en los formularios tipo que se usan para convenir algún tipo de contrato y que se insertan en ellos a pesar que no fueron queridas, ni previstas por los contratantes, debiendo en estos casos la solución del intérprete subordinarse a la voluntad común de los partícipes".[47]

Por cierto, este último fallo tuvo el voto en contra de los Ministros Milton Juica y Juan Araya, quienes cuestionaron la decisión de mayoría por "restar mérito probatorio a un documento privado […] legalmente acompañado a los autos, no objetado, y que en consecuencia hacía plena fe respecto de sus otorgantes de la veracidad de las declaraciones que en él se contienen, no pudiendo sustraerse

[46] Corte de Apelaciones de Arica, 10 de junio de 2004, Rol Nº 53-2004, cons. 10º, 12º, 13º y 14º, *Fallos del Mes* Nº 545 (redacción del Abogado Integrante Gustavo Miranda).

[47] Corte Suprema, 25 de julio de 2007. Rol Nº 6658-2005, cons. 10º, LegalPublishing CL/JUR/1458/2007 (Primera Sala: redacción de la Ministra Margarita Herreros).

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el tribunal de las consecuencias legales de la renuncia expresa efectuada por el comprador a las acciones de saneamiento y de sus declaraciones, relativas a que el vehículo se recibía a su entera satisfacción, después de haberlo revisado detenidamente, en el estado en que se encontraba y que él acepta conocer cabalmente conformidad [sic] la propiedad material del presente contrato".[48]

Lo que revela esta sentencia es muy frecuente que ocurra en la práctica judicial: máximas de la experiencia que juegan en favor de ambos litigantes (tanto de la validez como de la invalidez de la cláusula de renuncia a la acción resolutoria, por ejemplo), de modo que el juez debe justificar el por qué se inclinó por una de ellas, ya sea que lo hiciera mediante una presunción elaborada por él mismo o por medio de las herramientas de la sana crítica.

3. Las cirugías plásticas aseguran un resultado satisfactorio para el paciente en razón de sus expectativas

El conocido caso *Wagemann con Vidal*, en que una paciente acordó con su médico una reducción mamaria porque sufría de una gigantomastía bilateral, fue resuelto mediante la máxima de la experiencia según la cual una cirugía plástica debe satisfacer las pretensiones del paciente. Si bien la Corte de Santiago había descartado la responsabilidad civil del médico al considerar, por la vía de la inspección personal del tribunal, que la cirugía había sido exitosa,[49] la Corte Suprema casó en la forma tal decisión al estimar todo lo contrario:

> "Las razones vertidas en el fallo de segundo grado no se orientan a señalar cómo se tienen por probados los hechos que se dan por asentados, sino a los motivos para tener por no justificados los hechos que basan la demanda, cuya materialidad fue percibida en forma directa y testimoniada por el juez en los antecedentes. De allí que, el desatender esa constatación, tenía por básico requerimiento el que con una prueba de igual valuación se demostrara lo contrario. En efecto, la valoración individual y comparativa del medio probatorio «inspección personal del tribunal», debió llevar a los magistrados a reconocer los hechos percibidos directamente por la señora juez que realizó la diligencia en presencia de los representantes de ambas partes, y luego han debido los jueces de la instancia, sobre la base de una ponderación conjunta de los medios de prueba, otorgar mayor preminencia al que su análisis determine, precisando, en su caso, aquel del cual deducen los hechos y al

[48] Larroucau Torres, Jorge, "Vicios, acciones y prueba en la compraventa", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte,* 2015, Vol. 22, Nº 1, pp. 292-294.

[49] Corte de Apelaciones de Santiago, 28 enero 2011, Rol Nº 11301-2005, cons. 9° (redacción de la Ministra Rosa Maggi).

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que han otorgado mayor mérito para arribar a su convicción".[50]

En su sentencia de remplazo la Corte Suprema sostuvo que la inspección personal "como medido probatorio, permite tener por justificados los hechos observados directamente por la juez en el cuerpo de la actora".[51]

4. Divorcio "a la chilena"

En 1932, en *Sabioncello con Hausmann*, la Corte Suprema reiteró su tesis según la cual el testimonio de unos testigos bastaba para derrotar a una prueba documental, el acta matrimonial, y de ese modo resolver el problema de la ruptura de un matrimonio en "una práctica jurídica que tanto en Chile como en el extranjero adquirió una indecorosa notoriedad como «divorcio a la chilena»".[52] En los hechos, el actor había presentado una demanda de nulidad ante un Juzgado de Letras de Iquique dado que, en octubre de 1920 y luego de doce años, había retornado a Chile desde Europa junto a su familia y en compañía de una institutriz suiza "que nunca había estado en Chile, y que, habiéndose despertado entre ambos esa efímera simpatía que se despierta entre personas jóvenes, en el curso de una larga navegación, dentro de ese inexperto entusiasmo le dio palabra de matrimonio".[53] El matrimonio tuvo lugar en marzo de 1921, en Antofagasta, luego de lo cual –según contaba el demandante– la mujer partió al día siguiente a Europa, "de donde no ha vuelto hasta la fecha, matrimonio del que, por hidalguía, [el demandante] se excusa de hacer comentarios". Para el mismo actor, "no hay sino dos personas separadas de hecho que viven a miles de leguas de distancia desde el día siguiente de celebrado el matrimonio, sin vínculo moral alguno".

El juez Lamberto Caro acogió la demanda de nulidad y la Corte de Iquique la confirmó. Pero la demandada (!) interpuso un recurso de casación en el fondo en contra de esta decisión por violar el valor probatorio del acta matrimonial cuyo contenido, en tanto instrumento público (art. 1700 Código Civil), debía presumirse verdadero entre los contrayentes. Por ende, como según esa acta ambas partes residían en Antofagasta al momento en que se celebró el matrimonio, este acuerdo

[50] Corte Suprema, 28 enero 2011, Rol Nº 5849-09, cons. 7º (Primera Sala: redacción del Ministro Sergio Muñoz).

[51] Larroucau Torres, Jorge, "¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?", *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 2014, Vol. 27, Nº 2, pp. 49-51.

[52] Samtleben, Jürgen, "«Divorcio a la chilena»: O el matrimonio ante el oficial del registro civil incompetente", traducción de Adriana Aravena, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 2003, Nº 213, p. 105.

[53] Corte Suprema, 28 marzo 1932, *R.D.J.*, T. 29, sección 1ª, pp. 351-356.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sería válido. La Corte Suprema rechazó el recurso y, además, le impuso el pago de las costas a la demandada (y de forma solidaria al abogado que patrocinó el recurso), pues consideró que la regla aplicable al caso era la de la prueba del estado civil (art. 308 Código Civil)[54] y no la del instrumento público (cabe notar que la Sala estaba integrada por Humberto Trucco, quien luego sería su Presidente y haría hegemónica durante casi un siglo su idea de la posesión de tierras en base a otro instrumento público: la inscripción conservatoria). Para la Corte Suprema, entonces, "el certificado de matrimonio no garantiza la verdad de la declaración de los contrayentes en ninguna de sus partes" (cons. 2º), por lo que "los jueces del fondo podían dar valor probatorio, como lo hicieron, a lo declarado por los testigos del demandante" (cons. 4º) ya que "los documentos matrimoniales no son instrumentos públicos para el objeto de establecer ese domicilio" (cons. 6º).

En su comentario a este fallo, el profesor Arturo Alessandri Rodríguez avaló la decisión de la Corte Suprema ya que la jurisprudencia que reconocía esta vía para la nulidad había sido "definitivamente establecida" en la década del veinte del siglo pasado y demostraba que "las costumbres y los hábitos sociales son más fuertes que los textos de la ley". Para Jerzy Wróblewski, en cambio, éste sería un típico ejemplo de una salida que es "pragmáticamente contraria a la institución de la forma [y] la axiología de la forma especial es simplemente la seguridad jurídica".[55]

Lo que ahora interesa destacar es que lo que hizo la Corte Suprema en *Sabioncello* fue presumir que una institutriz que acababa de llegar desde Europa a la zona minera del norte de Chile no tenía residencia en el lugar en donde unos pocos meses después se casó (Antofagasta), sino que en el lugar en donde residía la familia para la cual trabajaba (Iquique), lugares que se distancian entre sí por varios cientos de kilómetros. Esa misma máxima de experiencia podría haberla inferido un juez de familia valorando la prueba según la sana crítica.

IV. PRESUNCIONES JUDICIALES

Nuevamente el trabajo del profesor Emilio Rioseco sirve para conocer lo que la Corte Suprema chilena ha entendido por presunción judicial a lo largo de los años:

[54] Art. 308 Código Civil: "Los antedichos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres, padrinos u otras personas en los respectivos casos, pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes. (2) Podrán, pues, impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata".

[55] Wróblewski, Jerzy, "La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación", en: Wróblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, traducción de Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, Fontamara, México D. F., 2001, Reimpresión 2008 (1981), p. 246.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> "Las presunciones judiciales son los razonamientos por los cuales los jueces del fondo establecen la verdad de un hecho desconocido por la relación entre éste y otros hechos conocidos. En consecuencia, para establecer una presunción judicial se requiere la existencia de un hecho real y debidamente probado que sirve de base para deducirla; un hecho desconocido cuya existencia se pretende averiguar y una relación que es la que determina el juez mediante estos razonamientos. La presunción debe ser grave, o sea que resulte de una deducción lógica que dé la certeza sobre el hecho presunto; debe ser precisa, o sea, que no se preste para deducir consecuencias diferentes a la deducida, y concordante, porque todas las presunciones deben coincidir entre sí dirigiéndose al mismo objetivo".[56]

Este considerando refuerza el argumento del artículo en cuanto a que una presunción judicial, lo mismo que la sana crítica, articula una forma de razonamiento para inferir un hecho desconocido a partir de uno conocido. En otros términos, tanto el esquema de esta presunción –gravedad, precisión y concordancia– como el de la sana crítica –ciencia, lógica y experiencia– instruyen a un juez acerca de cómo inferir, no qué inferir. El argumento no pretende ir más lejos, de modo que en ningún caso niega que la sana crítica efectivamente haya sido un aporte al juicio de hecho como se observa, por ejemplo, en la distinción entre asuntos lingüístico-interpretativos (abordados con las reglas de la lógica) y temas epistémico-culturales (resueltos mediante la ciencia [el conocimiento] y la experiencia [la cultura]).[57] Por el contrario, ha sido precisamente el rendimiento de categorías como éstas –juicios analíticos y sintéticos– lo que justifica la presencia de la sana crítica en el ordenamiento chileno.

Por otro lado, también es necesario aclarar que si bien lo que la Corte Suprema chilena entiende por presunción judicial coincide con la imagen de estas presunciones en el derecho continental, ella podría necesitar de una justificación adicional si se llevase al ámbito de las presunciones legales, tanto de las presunciones de derecho como de las simplemente legales, como la de buena fe o la de inocencia.[58]

Con todo, para el propósito de este análisis basta con asumir que lo propio de una presunción judicial es que ella se basa en reglas de la experiencia humana

[56] Corte Suprema, 24 junio 1970, *R.D.J.*, T. 67, sec. 1ª, p. 219 citado en Rioseco, cit. (n. 3), T. II, Nº 739, p. 405.

[57] Coloma, Rodrigo; Agüero, Claudio, "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", *Revista Chilena de Derecho*, 2014, Vol. 41, Nº 2, pp. 680-692.

[58] Gama Leyva, Raymundo, "Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nº 19, pp. 73-76.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y opera en el momento de la valoración de la prueba, a diferencia de una presunción legal, que no necesariamente refleja una máxima de la experiencia y cuyo momento en el proceso es el de la carga de la prueba. Esta es una distinción habitual en el derecho comparado (la emplea, por ejemplo, la justicia civil alemana)[59] y llevó a Eduardo Couture, en su examen a la regla del *Code* francés que luego recogería el art. 47 del Código de Bello, a concluir que "la presunción legal y la judicial son categorías irreductibles y no parece que puedan reunirse en una definición común".[60]

1. Puentes

La sana crítica y la presunción judicial, entonces, operan en la misma dirección. Ellas sirven para decidir hechos en base a lo que Eduardo Couture llamó –aludiendo a la lógica y la experiencia– "formas de higiene mental".[61] En la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000, por ejemplo, se afirma que presumir implica establecer entre el hecho desconocido y el conocido "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 386.1). Con respecto a ese ejercicio el profesor Josep Aguiló sostuvo lo siguiente:

> "La conexión entre el hecho base y el hecho presunto presupone una regla de presunción; es decir, un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de uno a otro hecho [y] obviamente para que una regla de presunción pueda operar intersubjetivamente como garantía tiene que ser un lugar común, un tópico compartido; lo que los juristas prefieren llamar una máxima de experiencia".[62]

La sintonía entre estas categorías se revela, luego, en que las dos apelan a criterios objetivos (o intersubjetivamente comunicables) para construir este *enlace* o *relación* entre lo conocido y lo desconocido. Ello sugiere que, a pesar de la presentación que hiciera la ley chilena (art. 1698 inciso 2 Código Civil y art. 341 Código de Procedimiento Civil), las presunciones judiciales no son un medio de prueba sino una forma de valorar la prueba ("son una operación intelectual que

[59] Correa Robles, Carlos, "La presunción de hecho como figura jurídica en el derecho procesal civil alemán", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2014, Nº 20, p. 151.

[60] Couture, Eduardo, "La cosa juzgada como presunción legal. Nota crítica a los artículos 1349 y 1350 del Código Civil", *R.D.J.*, 1955, T. 52, p. 23.

[61] Couture, cit. (n. 60), p. 32.

[62] Aguiló Regla, Josep, "Presunciones, verdad y normas procesales", *Isegoría*, 2006, Nº 35, pp. 11, 13.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

deberá realizar el juez basándose en un determinado indicio").[63]

Esta intuición está presente en varios de los estudios de la literatura chilena en torno a la prueba judicial. Así, por ejemplo, Jaime Laso en su análisis de la lógica no monotónica o de sentido común como un razonamiento por defecto ("a falta de otros antecedentes pensamos X") observó que había en ella "un parentesco indudable con la noción de presunción".[64] Javier Maturana, en tanto, notó que "las presunciones siguen teniendo vigencia en un sistema de sana crítica, pero sólo como parte del razonamiento lógico del juez y no como un conjunto de normas reguladoras de su valor".[65] Y, en su artículo de 1982, el profesor Fernando Rozas había descrito este nexo entre la sana crítica y la presunción judicial del siguiente modo:

> "El juez, para deducir un hecho que debe probarse, partiendo de un hecho percibido o indicio, debe aplicar las reglas de experiencia común dadas por la observación de lo que comúnmente ocurre y las reglas de la experiencia técnica. Estas reglas en parte se extraen de la observación del vivir y obrar de las personas, y en parte son el resultado de la investigación científica o de una actividad profesional o artística".[66]

La relevancia de potenciar la sana crítica con la presunción judicial se hace ostensible al recordar algo obvio: que "no disponemos de un súper examen que mida la corrección fáctica de cada juicio", pues "si tal examen estuviese disponible, deberíamos vernos tentados a adoptarlo como nuestro proceso para decidir casos".[67] Lo que tenemos, en cambio, son esquemas imperfectos como el de la presunción judicial y el de la sana crítica, que pueden actuar juntos al modo en que ocurre, por ejemplo, en la justicia del trabajo donde, como ya se anticipara, "el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica [y al hacerlo] deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime [y] 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

[63] González Coulon, María de los Ángeles, *La carga dinámica de la prueba y sus límites*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 36.

[64] Laso, cit. (n. 26), p. 148.

[65] Maturana Baeza, Javier, *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 456.

[66] Rozas, cit. (n. 16), p. 105.

[67] Zuckerman, Adrian, "Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure", en Zuckerman, Adrian (editor). Civil Justice in crisis. Comparative prospectives of civil procedure, Oxford University Press, 1999, p. 4.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador" (art. 456 Código del Trabajo de 2003).

Según lo que ha sostenido, entre otras, la Corte de Concepción, "las presunciones son graves cuando los hechos que se deducen son convincentes y concluyentes; son precisas, cuando todas ellas se encaminan a la conclusión que se trata de probar y no adolecen de ambigüedad o vaguedad; son concordantes, cuando guardan relación y conexión entre sí, sin que se adviertan contradicciones que pudieran destruirlas",[68] todas ellas nociones que son transferibles a la valoración de la prueba según la sana crítica. Por supuesto, las categorías de precisión, concordancia y gravedad no son capaces de eliminar por sí solas la dependencia que durante décadas se ha tenido de la convicción judicial para medir el resultado de la valoración de la prueba, ya sea en conciencia o según la sana crítica. Sin ir más lejos, tanto el Código del Trabajo como el fallo de la Corte de Concepción recién citados acuden a la convicción judicial. No obstante, considero que la estructura de la presunción judicial puede contribuir a que se reduzcan los riesgos de arbitrariedad al aportar otros parámetros objetivos que, junto a la lógica, la ciencia y la experiencia, guíen esa decisión.

2. Plena prueba, semiplena prueba

Otra de las ventajas de esta aproximación a la sana crítica desde la presunción judicial es que ella ilumina un problema clave en el Derecho probatorio: la relación entre valorar y asignarle peso a los datos disponibles en un juicio. En efecto, a diferencia del binomio que usara en 1999 el profesor Tavolari –el cual divide entre "interpretar" y "valorar" la prueba de un modo tajante–, este enfoque conecta la valoración con el peso probatorio a través de las figuras de la plena y semiplena prueba. Según el profesor Daniel Peñailillo:

> "Es prueba plena (o perfecta, o completa) la que por sí sola basta para demostrar el hecho de que se trata (para producir convicción en el juzgador). Es prueba semiplena (o imperfecta, o incompleta) la que por sí sola no basta para demostrar el hecho (producir la convicción), y se requiere, por tanto, de la concurrencia de otras pruebas para lograr esa demostración o convicción".[69]

[68] Corte de Apelaciones de Concepción, 31 julio 1984, *R.D.J.*, T. 81, sec. 2ª, p. 81 citado en Rioseco, cit. (n. 3), T. II, Nº 749, p. 410. En los términos de Fernando Rozas, en tanto, que una presunción judicial sea *grave* implica que "del hecho conocido se deduzca casi necesariamente el hecho desconocido", que sea *precisa* "significa que no puede aplicarse a muchas circunstancias" y que sea *concordante* "significa que una presunción no se destruye con otra", Rozas, cit. (n. 16), p. 104.

[69] Peñailillo, cit. (n. 27), p. 34 (n. 49).

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este díptico, según el mismo profesor Peñailillo, es "independiente del sistema de valoración" que se utilice, de modo que puede aplicarse en uno de sana crítica con los matices del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil. De hecho, fue a propósito de este aspecto que el juez y profesor Enrique Paillas consideró que el sistema de valoración de la prueba en Chile se había "transformado", pues si una sola presunción judicial podía ser plena prueba (art. 426 inciso 2 Código de Procedimiento Civil), entonces había desaparecido "el viejo sistema de prueba legal o tasada para transformarse en uno moderno" –de libertad o sana crítica–, debido a que si el juez podía darle valor de plena prueba a su razonamiento inferencial ello suponía "una derogación tácita de las viejas disposiciones, que perdieron su sentido".[70]

La discusión que se ha instalado en la academia a partir de esta posibilidad es la siguiente: ¿Son estas categorías de las presunciones judiciales (plena prueba, semiplena prueba) estándares de prueba para la justicia civil? El profesor Iván Hunter deslizó en una nota al pie que la "plena prueba, semiplena prueba, presunción judicial y base de presunción judicial funcionan como verdaderos estándares de prueba",[71] pero el profesor Claudio Fuentes, en cambio, piensa que figuras como la plena prueba y la semiplena prueba son más bien "autorizaciones o denegaciones destinadas a que el juez pueda o no ignorar cierta información", cuyo fin específico no es el de promover un determinado estándar de prueba sino que "plasmar la intensidad de la orden del legislador acerca de qué información debe ser respetada y cuál puede ser ignorada y bajo qué hipótesis".[72] En este conato hay una puerta de entrada para el uso de las categorías de peso probatorio y estándares de prueba en la justicia civil chilena, lo que representa un ejemplo más del aporte de las presunciones judiciales al Derecho probatorio.

V. CONCLUSIONES

Tanto el modelo de la sana crítica como el de la presunción judicial proveen de formas para articular un nexo o enlace entre circunstancias conocidas y hechos que son desconocidos. Entre las conclusiones del análisis

[70] Paillas, Enrique, *Estudios de derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed. actualizada, 2002, pp. 114-115.

[71] Hunter Ampuero, Iván, "Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 2015, Vol. 22, Nº 1, p. 220, n. 31.

[72] Fuentes Maureira, Claudio: "Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil", en Leturia, Francisco (editor) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Ediciones LYD, Santiago de Chile, 2011, p. 185.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

anterior cabe destacar las siguientes:

1. Podría ser relevante investigar por qué la conexión entre sana crítica y convicción judicial solo se volvió sospechosa en la última década de este siglo. Durante más de cien años –y hoy en día se vuelve a repetir en ciertas ocasiones– la propia jurisprudencia concibió a la sana crítica como un asunto vinculado a la convicción "psicológica" del juez que valora la prueba. Entre todos los problemas que suscita esa idea debe destacarse su frontal colisión con la cláusula legal usada para introducir la sana crítica al sistema chileno, la cual apela a parámetros que son externos a quien juzga los hechos –ciencia, experiencia y lógica– y no internos, como la convicción o creencia del juez, los que, dicho sea de paso, siguen presentes en la tendencia a legislar según modelos de valoración "en conciencia", como en el ámbito administrativo por ejemplo.

2. Esta pugna entre una ley que usa parámetros externos y una práctica que descansa en parámetros internos ha gatillado la queja según la cual los jueces 'hacen cualquier cosa' o 'deciden como quieren' en base a la sana crítica. De este análisis se puede concluir que, en su mejor versión, la sana crítica no pretende abrir una puerta a la emotividad o la arbitrariedad en las decisiones judiciales, sino que, por el contrario, lo que implementa es un estándar de conducta para el juez con respecto a los hechos que se establecen en la sentencia. Queda por dilucidar en qué medida la sana crítica también es un estándar para las conductas de los abogados en relación a la prueba.

3. El nexo entre la sana crítica y las presunciones judiciales no solo se aprecia en que ambos acuden a parámetros externos para decidir los hechos, sino que también en que dichos parámetros son, en buena medida, reglas de experiencia. En la segunda parte del artículo se citaron algunas de las máximas utilizadas en la práctica judicial chilena por la vía de las presunciones judiciales para decidir los hechos y que podrían haber sido perfectamente identificadas mediante la sana crítica: "Es poseedor quien se comporta como dueño" (propiedad), "nadie renuncia a demandar la resolución del contrato a quien le vende una cosa inservible" (contrato), "las cirugías plásticas prometen un resultado satisfactorio para el paciente en razón de sus expectativas" (responsabilidad), "los cónyuges no residen en un lugar donde no viven ni trabajan" (matrimonio). Sin perjuicio que estas máximas estén abiertas a ser controvertidas –lo que justifica implementar un adecuado sistema de recursos ante las Cortes–, estos casos sirven para ejemplificar cómo los jueces las seleccionan mediante las presunciones judiciales.

4. Por último, el esquema tradicional de las presunciones judiciales no solo hace ostensible el deber judicial de establecer una relación o enlace entre la información disponible y los hechos que se juzgan, sino que también rescata el vínculo entre valorar y asignarle peso a esa información. Por eso que en el intento de darle un contenido normativo a la sana crítica se debe considerar la

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

experiencia acumulada en torno a estas presunciones a lo largo de los últimos dos siglos de práctica judicial. No es posible, en este momento, anticipar en qué sentido los resultados a obtener mediante la sana crítica podrían ser mejores que los conseguidos con las presunciones judiciales, pero sí está claro que en cualquier caso se trata de evitar que el resultado calce (demasiado bien) con lo dicho por Fernando Pessoa en el *Livro do Desassossego (Libro del desasosiego, 2007)*: "Damos generalmente a nuestras ideas de lo desconocido el color de nuestras nociones de lo conocido [y] con pequeños malentendidos con la realidad construimos las creencias y las esperanzas, y vivimos de las cortezas a las que llamamos panes, como los niños pobres que juegan a ser felices" (66).

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino Scagliotti, Daniela: "Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2006, Nº 24, pp. 39-50.

- Agüero San Juan, Claudio: "Una crítica al modelo de la narración judicial como explicación científica", *Ius et Praxis*, 2014, 20, Nº 1, pp. 221-252.

- Aguiló Regla, Josep: "Presunciones, verdad y normas procesales", *Isegoría*, 2006, Nº 35, pp. 9-31.

- Atria Lemaître, Fernando: "Derechos reales", *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2004, Vol. 1, pp. 21-56.

- Avilés Mellado, Luis: "Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, Nº 4, pp. 177-195.

- Benfeld Escobar, Johann: "Una concepción no-tradicional de la sana crítica", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2015, Vol. 45, pp. 153-176.

- Benfeld Escobar, Johann: "Los orígenes del concepto de «sana crítica»", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2013, XXXV, pp. 569-585.

- Bentham, Jeremy: *Teoría de las ficciones*, traducción de Helena Goicochea, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005 (1932), 215 pp.

- Cerda Fernández, Carlos: *Iuris dictio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, 347 pp.

- Cerda San Martín, Rodrigo: *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2009, 148 pp.

- Chase, Oscar: *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, traducción de Fernando Martín Diz, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011 (2005), 207 pp.

- Coloma Correa, Rodrigo: "¿Realmente importa la sana crítica?",

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Revista Chilena de Derecho, 2012, Vol. 39, Nº 3, pp. 753-781.

- Coloma Correa, Rodrigo: "La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica", *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 2012, Vol. XXV, Nº 2, pp. 207-228.

- Coloma, Rodrigo y Agüero, Claudio: "Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica", *Ius et Praxis*, 2014, 20, Nº 2, pp. 375-414.

- Coloma, Rodrigo y Agüero, Claudio: "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", *Revista Chilena de Derecho*, 2014, Vol. 41, Nº 2, pp. 673-703.

- Coloma, Rodrigo, Carbonell, Flavia, Alfaro, Christian, Avilés, Luis Francisco, Báez, Danilo, Bugueño, Claudia, Jorquera, Mariela Cristina, Olave, Mauricio, Rivera, Virginia, Soto, Cristián y Toledo, José María: "Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal", *Ius et Praxis*, 2010, 16, Nº 2, pp. 3-56.

- Coloma, Rodrigo, Pino, Mauricio y Montecinos, Carmen: "Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009, XXXIII, pp. 303-344.

- Correa Robles, Carlos: "La presunción de hecho como figura jurídica en el derecho procesal civil alemán", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2014, Nº 20, pp. 115-170.

- Couture, Eduardo: "La cosa juzgada como presunción legal. Nota crítica a los artículos 1349 y 1350 del Código Civil", *R.D.J.*, 1955, T. 52, pp. 18-37.

- Ekelöf, Per: "Free Evaluation of Evidence", *Scandinavian Studies in Law*, 1964, 8, pp. 47-66.

- Fontecilla, Mariano: "Poder: imperativo y facultades. Apreciación de la prueba en conciencia", *R.D.T.*, 1960, T. 57, pp. 153-157.

- Fuentes Maureira, Claudio: "Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil", en Leturia, Francisco (editor), *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Ediciones LYD, Santiago de Chile, 2011, pp. 173-205.

- Gama Leyva, Raymundo: "Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2013, Nº 19, pp. 65-89.

- González Castillo, Joel: "La sana crítica y la fundamentación de las sentencias", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 2014, Nº 235-236, pp. 271-292.

- González Castillo, Joel: "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", *Revista Chilena de Derecho*, 2006, Vol. 33, Nº 1, pp. 93-107.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

- González Coulon, María de los Ángeles: *La carga dinámica de la prueba y sus límites*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, 194 pp.

- Hunter Ampuero, Iván: "Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 2015, Vol. 22, Nº 1, pp. 209-257.

- Larroucau Torres, Jorge: "Hacia un estándar de prueba civil", *Revista Chilena de Derecho*, 2012, Vol. 39, Nº 3, pp. 783-808.

- Larroucau Torres, Jorge: "¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?", *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 2014, Vol. 27, Nº 2, pp. 43-79.

- Larroucau Torres, Jorge: "Acciones reales y estándares de prueba", *Ius et Praxis*, 2015, Vol. 21, Nº 2, pp. 109-160.

- Larroucau Torres, Jorge: "Vicios, acciones y prueba en la compraventa", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte,* 2015, Vol. 22, Nº 1, pp. 259-306.

- Laso Cordero, Jaime: "Lógica y sana crítica", *Revista Chilena de Derecho*, 2009, Vol. 36, Nº 1, pp. 143-164.

- Lepin Molina, Cristián: "Breve estudio sobre la sana crítica", *Gaceta Jurídica*, 2007, Nº 319, pp. 7-13.

- Maturana Baeza, Javier: *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, 616 pp.

- Nietzsche, Friedrich: *La ciencia jovial. «La gaya scienza»*, traducción de José Jara, Ediciones Universidad de Valparaíso, 2013 (1882), 385 pp.

- Oberg Yáñez, Héctor: "La valoración probatoria en el nuevo procedimiento ante los Juzgados de Policía Local", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1985, Nº 177, pp. 7-13.

- Paillás, Enrique, *Estudios de derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed. actualizada, 2002, 159 pp.

- Palomo Vélez, Diego: "La prueba en el proceso civil chileno. ¿Una actividad asumida con la suficiente seriedad?", en de la Oliva Andrés; Palomo, Diego (coords), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 353-363.

- Pecchi, Carlos y Maturana, Cristián: "Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil", *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), 2002, Nº 5, pp. 25-45.

- Peñailillo Arévalo, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, 126 pp.

- Pessoa, Fernando (2007), *Libro del desasosiego*, traducción de Perfecto E. Cuadrado, nueva edición corregida y ampliada, Acantilado, Barcelona, 608 pp.

Artículo: Sana crítica y presunción judicial
Revista: Nº238, año LXXXIII (Jul-Dic, 2015)
Autor: Jorge Larroucau Torres

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

- Rioseco Enríquez, Emilio, *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, 3ª ed., T. I (491 pp.) y T. II (463 pp.).

- Rodríguez Josse, Cristián: "Límites del control de la valoración judicial de la prueba en el sistema de la sana crítica", en Leturia, Francisco (editor), *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?* Ediciones LYD, Santiago de Chile, 2011, pp. 271-307.

- Rozas Vial, Fernando: "La prueba", *Revista Chilena de Derecho*, 1982, Vol. 9, Nº 1, pp. 91-109.

- Salas Vivaldi, Julio: "La apreciación de la prueba en conciencia y conforme a las reglas de la sana crítica. Una polémica revivida", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1993, Nº 193, pp. 117-125.

- Salgado Fernández, Liliana: *La prueba: Objeto, carga y apreciación. Comentarios de jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, 146 pp.

- Samtleben, Jürgen: "«Divorcio a la chilena»: O el matrimonio ante el oficial del registro civil incompetente", traducción de Adriana Aravena, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Nº 213, 2003 (1998), pp. 105-109.

- Stein, Alex: "The Refoundation of Evidence Law", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 1996, Vol. 9, pp. 279-342.

- Stein, Alex: "Contra la 'prueba libre'", traducción de Jorge Larroucau, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. 26, Nº 2, 2013 (1997), pp. 245-261.

- Tavolari Oliveros, Raúl: "Variaciones sobre la prueba en el proceso (Viejos y nuevos temas probatorios)", *R.D.J.*, 1999, T. 95, pp. 37-59.

- Wróblewski, Jerzy: "La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación", en: Wróblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, traducción de Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, Fontamara, México D. F., 2001, Reimpresión 2008 (1981), pp. 231-258.

- Zapata, Hernán: "La conciencia como elemento de la valoración de la prueba", *R.D.J.*, 1968, T. 65, pp. 53-63.

- Zuckerman, Adrian: "Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure", en Zuckerman, Adrian (editor), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, 1999, pp. 3-52.