

PENSAR LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROBATORIO*

[Thinking the teaching of Evidence Law]

RODRIGO COLOMA CORREA**

CLAUDIO AGÜERO SAN JUAN***

DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI****

VICTORIA MARTÍNEZ PLACENCIA*****

VALENTINA VARGAS SEPÚLVEDA*****

I. INTRODUCCIÓN

RESUMEN

Los objetivos de este artículo son la identificación de los principales problemas que afectan la enseñanza del derecho probatorio y la propuesta de estrategias que permitan superarlos en un curso de pregrado. La metodología seguida para tales efectos considera el análisis de algunas particularidades del derecho probatorio que lo diferencian de otras disciplinas en que el aprendizaje de reglas ocupa una posición primordial. En el derecho probatorio el papel de las reglas es minimalista y, a contrario, asume un papel especialmente relevante el aprendizaje de conceptos básicos disciplinarios

ABSTRACT

The aim of this paper is to identify the main problems affecting evidence law's teaching, and propose a set of strategies to overcome them in an undergraduate course. The methodology to achieve these goals includes the analysis of some peculiarities of evidence law that distinguish it from other disciplines in which learning rules occupies a pivotal position. On the contrary, in evidence law rules play a minimalist role; learning basic disciplinary concepts and the strengthening of argumentative strategies are particularly relevant. Given this characteristic a list is made of what should

* Este trabajo presenta resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1170872 "Prueba de los hechos. Coordinación entre el lenguaje de la teoría y el lenguaje de la práctica".

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

*** Doctor en Ciencias Humanas de la Universidad Austral de Chile. Profesor de la Universidad Alberto Hurtado. Santiago - Chile. Correo electrónico: aguero.claudio@gmail.com

**** Doctora en Derecho de la Universidad de Granada. Profesora de la Universidad Austral de Chile. Valdivia - Chile. Correo electrónico: daccatino@uach.cl

***** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Alberto Hurtado. Profesora de la Universidad Alberto Hurtado. Santiago - Chile. Correo electrónico: vmartinez@uahurtado.cl

***** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Alberto Hurtado. Santiago - Chile. Correo electrónico: valentinapaz.vargas@gmail.com

y el fortalecimiento de estrategias argumentativas. Dada esta característica se hace un listado de aquello que debiera ser abordado en un curso especializado y se presentan dos experiencias que acentúan las diferencias respecto de otros cursos de la carrera de derecho. Los resultados obtenidos dan cuenta que los problemas principales de la enseñanza del derecho probatorio son el «error en el foco» y la «imposibilidad metodológica». Se hacen propuestas acerca de cómo ambos problemas podrían ser abordados en la carrera de derecho.

PALABRAS CLAVE

Derecho probatorio – disciplinas jurídicas – metodología de enseñanza – aprendizajes significativos.

be addressed in a specialized course and two experiences are presented that accentuate the differences with respect to other courses. The results obtained show that the main problems of evidence law's teaching are “error in the focus” and “methodological impossibility”. Proposals are made about how both problems could be addressed within the undergraduate programme.

KEY WORDS

Evidence Law — legal disciplinar — teaching methodology — evidence learning.

RECIBIDO el 30 de octubre de 2018 y APROBADO el 21 de enero de 2019

Los asuntos de prueba hacen colapsar modelos tradicionales de enseñanza del derecho¹.

Así, una serie de prácticas frecuentes en las escuelas de derecho se revelan impotentes para hacer frente a demandas formativas de quienes prontamente deberán hacer cosas con pruebas en contextos judiciales².

¹ Los modelos de enseñanza del derecho han experimentado importantes cambios desde hace algún tiempo, en la mayoría de las universidades chilenas. Así, el estereotipo del profesor que se desentiende de los procesos mentales del estudiante, en términos de serle absolutamente indiferente la manera en que reciben los mensajes que se comunican, ya no representa lo que ocurre en las facultades de derecho. Éstas deben hacerse cargo de estudiantes cuyas experiencias previas heterogéneas imposibilitan la clase magistral en un estado más o menos puro, tal como podía operarse antaño sin grave daño. Ver COLOMA, Rodrigo – AGÜERO, Claudio, *Los abogados y las palabras. Una propuesta para fortalecer competencias iniciales en los estudiantes de derecho*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 19 (2012), 1, pp. 39-69. Sin perjuicio de lo señalado, es indudable que aún queda mucho por hacer en orden a que las prácticas pedagógicas sean realmente funcionales al desarrollo de las competencias que serían de esperar que se desarrollen para una adecuada inserción en el campo de trabajo de los futuros abogados. Ver BENFELD, Johann, *La discusión sobre la enseñanza del derecho en Chile dentro del nuevo paradigma universitario: una tarea pendiente*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 23 (2016), 1, pp. 143-171 y 166.

² Nos referimos, primordialmente, al parafraseo de textos normativos como resultado de aprendizaje digno de promoverse; la clase magistral como estrategia

La buena pedagogía –¿qué duda cabe!– supone maximizar la delicada ecuación entre resultados y posibilidades. En pocas palabras, deben conseguirse los mejores resultados de aprendizaje (habida cuenta las finalidades perseguidas) y, a la vez, debe hacerse un uso altamente eficiente de los recursos de los que se dispone. La realidad muestra que la relación entre resultados y posibilidades no es pacífica. Es preciso hacer renunciass³. Los extremos que rivalizan están representados por las siguientes posiciones⁴:

i) Los resultados de aprendizaje se reducen a lo que actualmente se considera posible⁵ enseñar por una institución concreta que opera bajo un conjunto de restricciones. Se subordinan, de esa manera, los resultados a los recursos que, en un momento dado, se encuentran disponibles (metodologías asentadas, claustro académico, infraestructura, material pedagógico, etcétera). El problema de esta opción radica en la parcial inutilidad de los aprendizajes producidos. Así, por ejemplo, aquello que se llegará a dominar no, necesariamente, será lo más útil para desenvolverse eficientemente en el campo de trabajo al que se pretende acceder en el futuro⁶;

ii) Los resultados de aprendizaje pretendidos se determinan según lo que sea más útil para el futuro desempeño de los estudiantes en un campo de trabajo relevante, sin asumir las restricciones en los recursos pedagógicos.⁷ Esta alternativa implica desentenderse del marco de posibilidades en que se opera para efectos de generar aprendizajes. El problema de esta opción radica en la imposibilidad –la llamaremos metodológica– para alcanzar los resultados aprendizajes definidos. Los métodos disponibles dentro del profesorado no siempre son los más aptos para producir determinados

pedagógica preferencial para comunicar saberes; y el convencimiento de que no es responsabilidad de las escuelas de derecho hacer explícitas las conexiones entre lo teórico y lo práctico. Estas formas de operar, en todo caso, no son siempre bien vistas, según se expresa en la nota precedente.

³ Esto último ocurre con la enseñanza de los problemas de prueba.

⁴ Estas posiciones difícilmente se presentan en sus formas más puras.

⁵ El significado de posible en esta oración es restrictivo. Refiere a aquello que no implica un cambio relevante en el *modus operandi* de la institución. Así, no hay cambios en los procesos de selección de académicos, en metodologías de enseñanza y evaluación, etcétera.

⁶ El conjunto de aprendizajes que se espera producir en los estudiantes debiese ser evaluado a la luz de lo que, probablemente, harán en el futuro. Así la perspectiva de un juicio crítico no es eminentemente cuantitativa. El problema principal de los aprendizajes fomentados por una formación más tradicional es la falta de adaptación a entornos cambiantes. Este aspecto, en específico, no será tratado.

⁷ La acepción de recursos pedagógicos es muy amplia. Da cuenta de las condiciones generales para el aprendizaje.

aprendizajes y, a la vez, no siempre se cuenta con la voluntad, ni con los recursos requeridos para perfeccionarlos o bien, sustituirlos⁸.

Por muchos años, las escuelas de derecho han evitado hacerse cargo del problema que antecede. En ellas se eluden preguntas acerca de lo que conviene que aprendan los estudiantes teniendo en cuenta su futuro desempeño en un campo de trabajo dado⁹. A la vez, no fuerzan en demasía sus métodos con el fin de adaptarlos a lo que se espera sea aprendido. El primero de los problemas puede denominarse «error en el foco»; el segundo, «imposibilidad metodológica». Ambos problemas inciden especialmente en la enseñanza del derecho probatorio.

El «error en el foco» se manifiesta en que los aprendizajes se orientan eminentemente hacia lo que se dice en las reglas probatorias y no, por ejemplo, a la argumentación o toma de decisiones probatorias. Aquello no es de extrañar, pues las reglas resultan fácilmente domesticables recurriendo a la dinámica de la clase magistral¹⁰ e incluso a modalidades más activas de interacción, como la clase socrática, pero que no alcanzan a ser funcionales a la producción de aprendizajes complejos¹¹. El resto de los asuntos de prueba –que no son pocos– se abandonan al sentido común¹² y a lo que la vida profesional cotidiana o las futuras prácticas en contextos laborales enseñarán a quienes al día de hoy se desempeñan como estudiantes¹³.

La “imposibilidad metodológica” en asuntos probatorios es especialmente visible en aquellas experiencias en que las escuelas de derecho intentan ir más allá de lo que dicen las disposiciones normativas o la dogmática que se les asocia. Así, por ejemplo, se abordan problemas de valoración de la prueba y de uso de estándares probatorios, sin abandonar

⁸ Quienes operan desde este extremo no padecen de errores en el foco. Así, son capaces de identificar razonablemente las necesidades para ingresar a un campo de trabajo. Sus déficits apuntan a que no saben cómo llegar al estado de cosas pretendido. Hay una brecha, entonces, entre lo que exige la teoría (pedagógica) y lo que permite la práctica (pedagógica).

⁹ En rigor, no se trata de que no se hagan preguntas, sino que no las enfrentan de una manera suficientemente profunda.

¹⁰ Ver LAZO, Patricio, *Formación jurídica, competencia y métodos de enseñanza*, en *Ius et Praxis* 17 (2011), 1, pp. 249-262 y 254 y SOLARI, Enzo, *El currículo chileno de estudios jurídicos*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 39 (2012), pp. 703-734.

¹¹ Por aprendizajes complejos entendemos aquellos que suponen el dominio de diferentes variables bajo una estructura que no es puramente agregativa, sino que implica una labor integradora.

¹² TWINING, William, *Taking facts seriously*, en TWINING, W., *Law in context: Enlarging a discipline* (Oxford, Clarendon Press, 1997), pp. 89-109.

¹³ COLOMA – AGÜERO, cit. (n. 1).

métodos de enseñanza y/o de evaluación tradicionales¹⁴. Aquello redundaría en que los estudiantes no serán capaces de ir mucho más allá de lo que ya están en condiciones de hacer en contextos en los que basta operar bajo el sentido común¹⁵.

La escasa problematización de lo que vale la pena enseñar se explica por las estrechas relaciones históricamente existentes entre saberes asentados en comunidades de especialistas y aquello que se aborda en los planes de estudios. En tal sentido, hasta hace pocos años no parecía haber muchas dudas respecto a que lo que debía enseñarse en una asignatura cualquiera era definido por los textos canónicos de la comunidad disciplinaria¹⁶ respectiva, independientemente de su usabilidad. No es de extrañar, entonces, que las asignaturas suelen tener la misma denominación que la disciplina de la cual se hacen preferentemente cargo¹⁷. Bajo esa lógica los objetos de estudio suelen reducirse a lo que teóricamente se encuentra más o menos firme dentro del sector disciplinario respectivo. Nada más, ni nada menos.

La redefinición de resultados de aprendizaje que satisfagan las expectativas de participación eficiente en un campo de trabajo marcado por el uso de pruebas en contextos de litigio constituye un problema acuciante. El surgimiento de la proto-disciplina¹⁸ del derecho probatorio se explica, en parte, por ello. En ella se propende a un diálogo entre la dogmática, la epistemología y la teoría de la argumentación¹⁹. Sin embargo, hasta la fecha, el derecho probatorio no ofrece un conjunto de saberes y de métodos que cubran sistemáticamente distintos problemas asociados a los usos de las pruebas en contextos de litigio. La diversidad de perspectivas redundaría en que la elección, producción y análisis de pruebas suele representar una tarea

¹⁴ Otra opción es que al enseñar cómo valorar la prueba se abran espacios de conversación en que no se ofrecen directrices claras acerca de lo que se espera sea aprendido y, así, se caiga en la dinámica del *todo vale*.

¹⁵ Los estudiantes disponen de heurísticas adquiridas en contextos distintos al de su formación como abogados. Estas si bien le permiten resolver problemas (son útiles), favorecen que se opere desde un conjunto de sesgos que determinan la adopción de una cierta posición. Sobre esto se volverá al final de este artículo.

¹⁶ Ver COLOMA, Rodrigo, *Las disciplinas jurídicas y su reinvencción*, en *Ius et Praxis* 22 (2016), 2, pp. 253-289, y BENFELD, cit. (n. 1).

¹⁷ En las últimas décadas se advierte un cambio en este asunto de las etiquetas.

¹⁸ Decimos proto-disciplina dado que no se trata de una disciplina suficientemente asentada.

¹⁹ Una propuesta de delimitación de lo que se entiende por derecho probatorio puede verse en COLOMA, Rodrigo, *El derecho probatorio y su torre de babel. Sobre citas en revistas indexadas*, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* 29 (2016), 2, pp. 35-58 y 36-39.

mucho más compleja que, por ejemplo, la identificación e interpretación de textos normativos relevantes para un caso concreto²⁰.

La enseñanza del derecho probatorio, para no caer en el problema del «error en el foco», debe preocuparse de identificar aquello que vale la pena enseñar. La manera en que aquello se logra implica cuidarse de aproximaciones reduccionistas que vuelcan exageradamente su atención hacia cuestiones que atañen a la identificación de disposiciones normativas, al dominio de saberes dogmáticos o al manejo fluido de jurisprudencia. Hay particularidades del campo de trabajo que hacen ineludible operar como experto, por ejemplo, en asuntos de sana crítica o de uso de estándares de prueba. Para ello es insuficiente el solo dominio de textos. El asunto, por cierto, no termina ahí. Si se asume que lo que debe enseñarse es lo útil para desenvolverse en un campo de trabajo, deben también abordarse seriamente los problemas asociados con la «imposibilidad metodológica». Un punto especialmente desafiante al respecto lo representa la circunstancia de que en un curso de derecho probatorio funciona muy mal la creencia (o presuposición) de la tabula rasa. Los estudiantes habitualmente se enfrentan en sus vidas cotidianas a asuntos de prueba y –salvo que se les fuerce a salir de sus espacios de confort– transferirán esas mismas categorías al contexto jurídico. El problema es que tales categorías no siempre funcionan bien en el campo de los juristas.

De lo expresado cabe concluir que es menester diseñar, ejecutar y evaluar un conjunto de actividades pedagógicas que se alejan de lo usualmente observado en otras asignaturas del plan de estudios de la carrera de Derecho. Para tales efectos, daremos cuenta de dos experiencias formativas en el pregrado que se alejan de la metodología de enseñanza tradicional al momento de abordar los problemas de prueba.

II. AJUSTANDO EL FOCO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROBATORIO

1. *Algunas imposibilidades de uso categorías abstractas*

Las cuestiones probatorias difieren de otras que también importan a los futuros abogados y jueces. Las discusiones y, en general, las preocupaciones en lo que concierne a cuestiones probatorias –salvo, tal vez, en el mundo de los académicos– suelen ser mucho más prácticas que teóricas, o si se prefiere, más concretas que abstractas. La explicación parece sencilla. A lo que se necesita hacer frente es a casos concretos que se discuten en

²⁰ Aquello, en parte, puede ser un problema contingente que obedece a un desarrollo avanzado de muchos ámbitos de la dogmática que permite a jueces y abogados el uso de saberes y de métodos suficientemente asentados en la cultura jurídica.

los tribunales de justicia. Para ello, la clave pareciera estar en la elección adecuada de un punto de llegada (hechos que se darán o no por probados), de un punto de partida (pruebas que servirán para dar por probados o no probados los hechos) y de una trayectoria argumentativa que conecte los referidos puntos de partida y de llegada (construcción de discursos y uso de generalizaciones)²¹. Todo ello pareciera forzar a una metodología del caso a caso. Así las cosas, los asuntos de prueba parecen manejables, en la medida que se opere desde las analogías o de las semejanzas con situaciones de la vida cotidiana.

Cuando el foco de nuestras preocupaciones apunta hacia las semejanzas, es difícil salirse del terreno de lo opinable. Así, se complica, incluso, la evaluación de los aprendizajes. Los intentos por operar bajo categorías amplias suelen generar más sospechas que seguridades²². Salvo que se haga de manera especialmente cuidadosa, prescindir de los detalles implica alejarse de nuestras representaciones acerca de cómo funciona el mundo. En dicho escenario es frecuente que se tome distancia y se opte por mantener a nivel implícito las razones que habitualmente nos llevan a concluir determinados hechos a partir de las pruebas disponibles.

Los litigantes y los jueces enfrentan distintos problemas de prueba sin haber recibido una enseñanza formal al respecto. El fracaso que se avecina se intenta evitar, en la medida de lo posible, recurriendo a la experiencia previa, ya sea propia o bien, de terceros. Metafóricamente podría decirse que se opera como artesanos. Así, será preciso ajustarse a las rutinas asentadas. Solo frente a problemas en la ejecución difíciles e inesperados habrá que servirse de la imaginación y no a una tecnología que ofrezca seguridades de la corrección de lo que se hace.

Si las cosas ocurriesen según se acaba de sugerir, la enseñanza debiera seguir la dinámica propia de las relaciones entre un maestro y un aprendiz. Este último observa la manera en que el primero se enfrenta a distintos desafíos, recibiendo ocasionalmente algunas pistas acerca de cómo llegó a resolverlos. El maestro espera que el discípulo adquiera una destreza que

²¹ Una visión relativamente optimista respecto a la enseñanza de doctrina combinada con estrategias de simulación puede verse en PARK, Roger, *Posner on teaching evidence*, en *Quinnipiac Law Review* 21 (2003) 4, pp. 732-739.

²² La posibilidad de establecer ciertas clases desde las cuales se puede operar difícilmente será exitosa si el foco se pone en lo que es posible discutir en cada caso. Una opción interesante de construcción de categorías corresponde al enfoque ciego en sustancia que puede verse en SCHUM, David, *Classifying forms and combinations of evidence*, en DAWID, P. – TWINING, W. – VASILAKI, D. (eds.), *Evidence, inference and enquiry* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 11-36.

le permita reaccionar el día de mañana tal como lo haría él mismo, incluso si la situación fuere totalmente novedosa.

Acorde a lo señalado, para salir airosos en la interacción con un mundo tan lleno de detalles es menester sincronizar la complejidad de la realidad y la simplicidad de una buena explicación²³. Se debe operar, en la medida de lo posible, sobre la base de un modelo²⁴ que nos ayude a transitar desde las conjeturas hacia los hechos probados (o no probados). La manera que se elija debe satisfacer las expectativas sociales. Los jueces y los abogados deben demostrar, entonces, que su primacía en el campo de trabajo de la prueba de los hechos está suficientemente justificada: ellos deben ser capaces de hacer mejor las cosas que quienes ofrecen operar únicamente desde el sentido común.

2. *Algunas particularidades de la disciplina del Derecho Probatorio a considerar cuando se planifica su enseñanza*

La pervivencia de las disciplinas supone que saberes y métodos asentados en un determinado campo sean traspasados entre generaciones que se suceden. El éxito en ello dependerá –en gran medida– de que el aludido traspaso se realice de una forma más o menos organizada involucrando a un número relativamente elevado de receptores²⁵. En el caso de las disciplinas jurídicas la forma más eficaz de conservación de los saberes y de los métodos que se validan –aunque no la única–²⁶ pareciera ser la formación de pregrado de los futuros abogados.

Cuando hay una identificación fuerte entre lo que ofrece la disciplina y lo que necesita el estudiante de pregrado la aludida tarea opera de manera más o menos fluida²⁷. Hay, sin embargo, campos en que el desarrollo la disciplina y los requerimientos del futuro profesional no coinciden. Un caso que en tal sentido llama la atención concierne a la formación en asuntos de prueba. Por una parte, se trata de una disciplina (o proto-disciplina) en la que no es del todo claro qué saberes, qué métodos e incluso qué sujetos la

²³ SKOLIMOWSKI, Henryk, *La mente participativa* (Girona, Edit. Atalanta, 2016).

²⁴ Sobre un modelo para decidir hechos ver COLOMA, Rodrigo, *Bases de un modelo conceptual para decidir hechos*, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* 40 (2017), pp. 69 – 92, y COLOMA, Rodrigo, *Conceptos y razonamientos probatorios*, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* 30 (2017), 2, pp. 31-56.

²⁵ Sobre las características de las disciplinas jurídicas, ver COLOMA, cit. (n. 16).

²⁶ En el caso de los jueces, tal afirmación debe ser matizada ya que la estructura jerarquizada de los tribunales de justicia, unida a un sentido de pertenencia gremial, favorece otras formas adicionales de transmisión de saberes y de métodos.

²⁷ Se entiende, entonces, que los contextos de producción de aprendizajes para quienes pretenden insertarse en el futuro a un mercado de trabajo dado y los contextos de operación o ejecución de tareas de quienes ya pertenecen a él, son isomórficos.

conforman; y por la otra, el tipo de actividades que se realizan con pruebas difieren bastante de aquellas que se ejecutan con disposiciones normativas.

En cuanto a lo primero, vale la pena llamar la atención en dos particularidades del derecho probatorio que conspiran en que los saberes acumulados alcancen el nivel de completitud y coherencia al que acostumbran los juristas²⁸. Por una parte, las disposiciones de derecho probatorio dan cuenta de un escenario altamente fragmentado. Hay distintos procedimientos que consideran reglas especializadas sobre asuntos de prueba. Pese a que, a veces, son coincidentes (total o parcialmente), las distintas comunidades en sus ejercicios interpretativos no se sienten constreñidas a realizarlos de manera consistente entre sí. Dicho en otras palabras, en ocasiones, los textos interpretados se asemejan muchísimo, pero las deferencias de los intérpretes respecto de la disciplina sustantiva con la que se relaciona –por ejemplo, derecho laboral o derecho tributario–²⁹ lleva a que la tarea encomendada se realice de manera distinta. Por la otra, las disposiciones de derecho probatorio son, a veces, recepcionadas desde otros sistemas jurídicos sin hacerse cargo de los saberes que al respecto se han ido acumulando por parte de la correspondiente cultura jurídica. Un caso reciente es el del estándar de prueba del «más allá de toda duda razonable» que, incluso reconociéndose las dificultades que aún perduran para su aplicación en los lugares de origen, ha acumulado considerables saberes acerca de lo que con dicha locución podría estar significándose. La dogmática local, por supuesto, presta atención a lo que allá se dice, pero lo hace de una manera en que suelen perderse muchos de los matices. Así, se requieren muchos años para ir asentando los conceptos en términos de que la cultura local los trate de una manera suficientemente técnica³⁰.

En cuanto a lo segundo, es útil enfatizar que aquello que los jueces

²⁸ Aquello constituye una expectativa de los cultores de las distintas disciplinas jurídicas. El prestigio de aquellas se hace depender, en una importante medida de que aquello sea logrado.

²⁹ Esto ocurre, sobre todo, si el intérprete proviene de la respectiva disciplina, según es frecuente que ocurra.

³⁰ No podemos hacer referencia completa al problema de los «trasplantes legales». El trasplante exitoso de disposiciones probatorias requiere de apoyos institucionales, recursos e infraestructura EGGERTSSON, Thrainn, *¿Por qué fracasan a menudo los trasplantes institucionales?*, en *Revista Asturiana de Economía* 32 (2005), pp. 9-21, disponible [en línea]: internet: <http://www.revistaasturianadeeconomia.org/raepdf/32/eggertssonRae32.pdf>. La bibliografía indispensable la conforman, a nuestro juicio, los trabajos de WATSON, Alan, *Legal transplants. An approach to comparative law* (Athens, Georgia University of Georgia Press, 1993) y de MATTEL, Ugo – MONATERI, Giuseppe, *Introduzione breve al diritto comparato* (Pavia, Cedam, 1997).

y abogados hacen con las pruebas es muy diferente a lo que hacen con las disposiciones normativas. Cabe sospechar que la relativa calma en las escuelas de derecho, en lo que concierne a la formación en asuntos de prueba, se debe a que las competencias que se esperaba sean desarrolladas, ya se presentan en los estudiantes en un nivel básico (o pre-básico). Esto les permite resolver problemas, aun cuando ello sea con un bajo nivel de justificación. Aquello se explica porque las personas nos vemos expuestas de manera constante a distintos problemas de prueba en contextos no jurídicos y, por tanto, disponemos de una sensibilidad³¹ que nos permite enfrentarlos de una manera que, en principio, no parece abiertamente errónea.

Conforme a lo expresado –y a modo de ejemplo– vale la pena llamar la atención en la sana crítica. Las disposiciones que establecen el modelo de la sana crítica son bastante escuetas. Basta un par de oraciones para someter a los jueces a una metodología de trabajo que dista mucho de la que a ellos resulta usual, esto es, la de la aplicación de reglas. Con la sana crítica lo que se dice a los tribunales es que ellos deben hacerse responsables de identificar (o imaginar) trayectorias argumentativas entre las pruebas rendidas y la conjetura que se trata de probar. La responsabilidad se traduce en la construcción de un texto en que aquellas deben ser (más/menos) explicitadas en forma consistente con ciertas limitaciones inferenciales. Concretamente lo que se les pide a los tribunales son dos cosas. Por una parte, se les exige que el texto de la sentencia respete principios de la lógica, en orden a que sus saltos inferenciales no vayan más allá de lo que permiten los estándares de prueba. Por otra parte, se les pide que las generalizaciones a las que recurren para conectar pruebas con hechos se encuentren cimentadas en tecnologías reconocidas (conocimientos científicamente afianzados) y/o en la cultura imperante (máximas de la experiencia)³².

Las posibilidades en un escenario de sana crítica como el recién delimitado son enormes. Más que saber qué es la sana crítica lo que realmente interesa es saber hacer cosas con la sana crítica. Esto claramente difiere de lo que, con frecuencia, se espera en un curso de dogmática. Desde la perspectiva de los jueces, hacer cosas con sana crítica supone construir trayectorias argumentativas que conecten las conjeturas sometidas a discusión y las pruebas rendidas. Aquello implica, entonces, atribuir

³¹ La idea de sensibilidad es importante para explicar por qué en ocasiones reaccionamos y otras no, frente a lo que desafía nuestros puntos de vista. Reaccionar siempre ante cualquier desafío es ineficiente, al igual que lo es, no reaccionar nunca NOZICK, Robert, *La naturaleza de la racionalidad* (1ª edición, Barcelona, Paidós, 1995).

³² COLOMA, R. y AGÜERO, C., cit. (n. 1).

significado a las conjeturas³³ y explorar las posibilidades ofrecidas por la prueba rendida.³⁴ Salvo en casos altamente rutinarios esto fuerza a un ejercicio de imaginación desafiante³⁵ que encuentra su punto crítico en el texto de la sentencia en que debieran hacer encajar las diferentes piezas disponibles. Desde la perspectiva de los abogados, hacer cosas con sana crítica se asemeja en parte importante a lo recién expresado. Su diferencia radica en la elección de las pruebas a rendir y en la manera de rendirlas. Ambas estarán determinadas por las posibilidades de construir trayectorias argumentativas con el punto de llegada deseado. Mediante sus alegatos darán cuenta de las conexiones posibles entre las pruebas efectivamente rendidas y los hechos que pretenden se den por probados (o no probados). La falta de neutralidad incide en que el género narrativo que usan suele ser diferente al de los jueces: más persuasivo y menos analítico.

Las expectativas de lograr un mayor rendimiento en la ejecución de las tareas señaladas, hace útil la identificación de heurísticas³⁶ –las que en ocasiones mutan en obstáculos epistémicos– con las cuales se hace frente a dichos problemas. A partir de ello, es más fácil tomar medidas para provocar cambios que permitan una aproximación de especialistas; tal como sería de esperar cuando a los jueces y abogados se les pide que se hagan cargo de ciertos asuntos controversiales³⁷.

3. *¿Qué debiera enseñarse en una asignatura de Derecho Probatorio? El ejemplo de la evaluación de la pertinencia*

Si tomamos en serio el problema del «error en el foco» es necesario (al menos) esbozar aquello de lo que se supone debe hacerse cargo una asignatura

³³ Esto se traduce, por ejemplo, en la reconstrucción del texto de la conjetura en nuevos textos que den cuenta de sus distintas partes. En lenguaje wigmoreano se trata de pasar desde el «probandum» final a «probanda» penúltimos ANDERSON, Terence – SCHUM, David – TWINING, William, *Análisis de la prueba* (Madrid, Editorial Marcial Pons, 2015).

³⁴ Esto implica hacer juicios acerca de la relevancia, credibilidad y fuerza probatoria de la prueba rendida ANDERSON – SCHUM – TWINING, cit. (n. 32).

³⁵ Sobre la imaginación como elemento de la racionalidad, ver NOZICK, R., cit. (n. 31).

³⁶ Respecto al significado de heurística, dice Kahneman que “se trata de un procedimiento sencillo que nos ayuda a encontrar respuestas adecuadas, aunque a menudo imperfectas, a preguntas difíciles. La palabra tiene la misma raíz que *eureka*”; KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio* (1ª edición, Buenos Aires, Editorial Debate, 2011), p. 133.

³⁷ En un texto que próximamente será publicado, los dos primeros autores de este texto profundizan en el concepto de obstáculo epistémico en el contexto de un curso de derecho probatorio.

natura de derecho probatorio. Una aproximación útil a dicho problema debiera llevarnos a poner atención en el campo de trabajo de jueces y litigantes concerniente a los problemas de prueba. En términos muy simples, podría sostenerse que los jueces deben decidir hechos y justificarlos; los litigantes, por su parte, deben definir estrategias probatorias, gestionarlas y convencer a los tribunales que den por probados ciertos hechos. Si estamos en lo correcto un concepto clave en el campo de trabajo que concierne a los problemas de prueba es el concepto de hechos (o de hechos probados) pues determina el punto de llegada de la actividad que requiere ser desplegada, tanto por jueces como por litigantes.

Los hechos probados nos resultan útiles pues permiten adscribir conductas jurídicamente relevantes a uno o más participantes en un proceso judicial. No es cualquier hecho el que interesa a los jueces y a los litigantes, sino los que, por una parte, resultan potencialmente atribuibles a un sujeto que participa en un litigio; y por la otra, se relacionan (subsumen) con normas jurídicas. Así las cosas, un juez y un litigante deben –de partida– ser capaces de realizar lo que en jerga jurídica se llama una evaluación de «pertinencia».

El juicio o evaluación de pertinencia requiere poner en movimiento una competencia de interpretación de textos normativos, pues en ellos se estipulan consecuencias a la realización de determinadas conductas. A pesar de la complejidad que puede representar la interpretación, constituye una actividad que los estudiantes debieran ser capaces de realizar sin mayores problemas, pues constituye el foco preferente de las disciplinas dogmáticas. Así, si el caso es de aquellos que se encuentran regulados en el Código Civil, en el Código Penal, o en el Código del Trabajo, bastará remitirse a lo que hacen los civilistas, penalistas o laboralistas, respectivamente. El desafío pareciera ir por otra vía y es que la tarea interpretativa debe vincularse con los relatos que están dispuestos a sostener los participantes en el juicio (demandante/demandado; acusador/acusado). Así las cosas, los litigantes al enfrentarse a problemas de pertinencia deberán hacerse cargo de las posibilidades que ofrece el material probatorio que estarán en condiciones de producir durante el juicio³⁸. Así, se preguntarán, por ejemplo, ¿es sensato interponer una demanda de indemnización de daño moral si lo que estoy en condiciones de probar es que la demandada retrasó en 10 días la entrega de los medicamentos?, ¿no será preferible limitar las pretensiones únicamente a la indemnización del daño emergente? Por su parte, los jueces, deberán preguntarse si ¿habida cuenta de la acción inter-

³⁸ LARROUCAU, Jorge, *La prueba del menoscabo en la justicia de familia*, en VV.AA., *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, Thomson Reuters, 2013). pp. 73-91.

puesta y el relato ofrecido bastará con probar el hecho H_1 , o será necesario además probar el hecho H_2 ?

4. *Un listado provisional de lo que debiera ser enseñado en un curso de Derecho Probatorio*

Conformar un listado —incluso provisional y minimal— de lo que debiese enseñarse en una asignatura de derecho probatorio es una tarea que exige explicitar los criterios de dicha selección. Las particularidades del derecho probatorio —según hemos visto— inciden en que las disposiciones normativas, la dogmática procesal y las técnicas de litigación no constituyan los criterios directos a partir de los cuales se construye dicho listado. El foco debiera apuntar, en cambio, hacia el contexto social de la certificación de hechos, hacia los conceptos básicos requeridos para operar en el campo de trabajo propio de la validación de los hechos en sede judicial, y hacia las trayectorias o movimientos argumentativos que es necesario desplegar para tomar decisiones fundadas sobre hechos. Abordaremos, brevemente, cada uno de esos puntos.

Para acometer la enseñanza del derecho probatorio es importante tener en cuenta la función social que se asocia a la certificación social del pasado. De lo que se trata, es de tener a la vista cómo las sociedades a través de la memoria, de la historia, del derecho y de otras disciplinas, dan por asentadas ciertas conductas del pasado relevantes para auto-comprenderse³⁹. Al vincular lo que ocurre en los procesos judiciales con lo que ocurre en otros espacios sociales, es fácil aprovechar los conocimientos previos de los estudiantes y comprender mejor cómo usan el razonamiento ordinario para resolver problemas cotidianos. Piénsese, por ejemplo, en la tarea de investigar los orígenes de la propia familia o en la gestión de un conflicto entre amigos, en cuanto suponen reconstruir algún hecho del pasado (y que son análogos a los que se enfrenta un juez o un abogado en un contexto judicial). El discernimiento de la relevancia y la credibilidad de la información proporcionada, por ejemplo, por testimonios; el papel de las generalizaciones sobre lo que normalmente ocurre para inferir conclusiones a partir de datos fragmentarios; el problema de la falta de información y la

³⁹ Estas instancias de certificación social del pasado podrían considerarse, a su vez, como una parte especial de un amplio conjunto de prácticas sociales epistémicas, orientadas a la producción de conocimiento mediante evidencias, que son estudiadas por la epistemología social. Ver GOLDMAN, Alvin, *A guide to social epistemology*, en GOLDMAN A. – WHITCOMB D. (eds.), *Social Epistemology. Essential readings* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 11-37. Son interesantes también las interacciones que se producen entre ellas, como ocurre con la prueba científica en el caso del derecho.

imposibilidad de disolver por completo la incertidumbre; la necesidad de decidir sobre lo que se considera suficientemente acreditado; son cuestiones que se explican fácilmente a partir de experiencias de ese tipo.

Luego habrá que hacerse cargo, eso sí, del salto que supone advertir que el proceso judicial constituye una particular técnica de certificación institucionalizada del pasado. Para ello puede ser útil notar, primero, que el proceso judicial no es, tampoco, la única forma de certificación oficial del pasado⁴⁰. En nuestro país, hay también informes de comisiones investigadoras designadas por la Cámara de Diputados, o informes de las Comisiones de Verdad especialmente constituidas para dar cuenta de las desapariciones forzadas y ejecuciones políticas, primero, y de las torturas y prisión política, luego, ocurridas entre 1973 y 1990.

En el contexto de este entramado social y jurídico más amplio, la prueba judicial se presenta como un mecanismo institucionalizado de certificación, orientado, en muchos casos, a la atribución de diversas clases de responsabilidad y/u obligaciones a individuos determinados. Son peculiares, por consiguiente, los hechos que se trata de probar –hechos que deben concordar con, o ser subsumibles bajo, categorías legales– y también las consecuencias que se siguen de su prueba, así como la valoración social de los riesgos de error involucrados en las diversas decisiones. También lo son las condiciones bajo las cuales se conocen y valoran las informaciones que cuentan como pruebas; condiciones que suponen, por ejemplo, reglas especiales para la producción de ciertas pruebas, reglas de distribución de cargas probatorias y estándares diferenciados de prueba, lo que determina que las maniobras argumentativas⁴¹ no sean siempre coincidentes con las aceptadas en otros contextos.

El derecho probatorio, como disciplina, debe entonces, ser capaz de hacer reflexionar críticamente a los estudiantes sobre las formas de razonamientos comunes a cualquier mecanismo de certificación social de pasado y a la vez, formarlos en el modo específico de pensar y actuar de los abogados. En este punto es necesario introducir una serie de conceptos básicos que

⁴⁰ La historia, por ejemplo, está dispuesta a dejar los asuntos abiertos, en la medida que subsistan las razones para seguir problematizando ciertos acontecimientos traumáticos.

⁴¹ En la pragma-dialéctica se habla de «maniobras estratégicas». De esta manera, se acorta la distancia entre los objetivos dialécticos y los objetivos retóricos. Hablar de maniobras argumentativas en un contexto en que quien opera está abocado a convencer a un interlocutor racionalmente comprometido, parece adecuado VAN EEMEREN, Frans – HOUTLOSSER, Peter, *Más sobre falacias como descarrilamientos de maniobras estratégicas: el caso de tu quoque*, en MARAFIOTI, R. – SANTIBÁÑEZ, C. (eds.), *De las falacias* (Buenos Aires, Biblos, 2008), pp. 37-51.

permiten ejercitar e incorporar de forma paulatina las herramientas que harán posible transitar hacia el *saber hacer cosas con pruebas* en el contexto institucional del proceso. El aprendizaje de los conceptos debe tener en cuenta la manera en que tales conceptos se vinculan intencionadamente en orden a producir insumos argumentativos relevantes para la adopción de una decisión justificada. No se trata, sencillamente, de un conjunto de piezas que conforman una cierta estructura discursiva estándar, sino de instrumentos para la construcción de argumentos.

La introducción de una base conceptual sólida, permite superar formas heurísticas de proceder en el ámbito probatorio que desaprovechan las posibilidades ofrecidas por un sofisticado sistema de certificación social del pasado como lo es el sistema jurídico. Como lo hemos advertido, pese a las semejanzas con los sistemas de certificación del pasado que operan en otros contextos, también es necesario desaprender algunas rutinas propias de contextos legos con miras a un tratamiento que sea más propio de expertos.

Conforme a lo recién señalado, un *index* provisional y mínimo de lo que debieran abordarse en una asignatura de derecho probatorio sería el siguiente:

a) ¿Por qué y para qué probamos un hecho?

La certificación social del pasado en los contextos judiciales

b) Concepto de hecho (probado/no probado)

Límites y posibilidades de los mecanismos de decisión probatoria

c) Conceptos de prueba

Ambigüedades

Tipologías de medios probatorios

d) Pertinencia, relevancia y admisibilidad

Precisiones conceptuales

¿Cómo usar las categorías?

e) Modelos de valoración de la prueba

Posibilidades ofrecidas por la prueba tasada, la sana crítica y la íntima convicción

f) Credibilidad y fuerza probatoria

Análisis de las credenciales de las pruebas

g) Conceptos de carga de la prueba y estándar de prueba

Gestión de la incertidumbre

h) Justificación de la decisión probatoria.

Estructura de un argumento probatorio.

Rol de la narrativa judicial en la sentencia.

Tal como fue anticipado, el dominio y la capacidad de usar los conceptos que aparecen en el listado propuesto, trasciende el mero conocimiento

del contenido de las disposiciones jurídicas vigentes. Una vez que el estudiante conoce cuáles son las reglas procesales, por ejemplo, respecto de los medios de prueba admitidos en un procedimiento, inmediatamente debe ser desafiado intelectualmente para usar la regla en un contexto de incertidumbre probatoria forzando su argumentación respecto de la solución a un problema jurídico. En este sentido, “el conocimiento de las reglas probatorias y su aplicación son dos cosas muy diferentes (...) ya que su significado e importancia emerge solo en el contexto de un juicio”⁴².

III. DOS EXPERIENCIAS EXPLORATORIAS DE ENSEÑANZA DE DERECHO PROBATORIO

1. *Enseñanza de conceptos, de reglas y de estrategias de formulación de argumentos en un curso de Derecho Probatorio*

Desde el año 2014 se encuentra en vigor un nuevo plan de estudios para la carrera de derecho en la Universidad Austral de Chile. Este incorporó al cuarto semestre un curso obligatorio de derecho probatorio que considera la realización de dos sesiones semanales de 90 minutos cada una. Las asignaturas del nuevo plan de estudios están estructuradas según las competencias que define el perfil de egreso, entre las que se encuentran tres que están relacionadas específicamente con la prueba de los hechos: *i*) distinguir hechos jurídicamente relevantes; *ii*) determinar qué circunstancias de hecho pueden tenerse por probadas conforme a derecho; y *iii*) diseñar una estrategia probatoria. El desarrollo de esas competencias es progresivo a lo largo del plan de estudios.

La formación inicial de esas competencias se realiza en dos cursos del primer año de la carrera; Razonamiento Jurídico y Análisis Jurisprudencial. Tras esos cursos se espera que los estudiantes logren identificar y distinguir las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho en un caso concreto y sean capaces de reconocer, en una sentencia, el relato de hechos probados y los argumentos probatorios que los sustentan. Algo importante que también se espera producir en los estudiantes es una toma de conciencia respecto de la relevancia práctica de las cuestiones probatorias en el ejercicio profesional. Aquello apunta a que en muchos casos la resolución y justificación de las cuestiones probatorias requiere un mayor esfuerzo discursivo que el requerido por las cuestiones de interpretación de los textos normativos (debe aplicarse una metodología que incide en la cons-

⁴² POSNER, Richard, *Clinical and theoretical approaches to the teaching of evidence and trial advocacy*, en *Quinnipiac Law Review* 21 (2001), 4, pp. 731-739 y 731.

trucción de argumentos que implica, por ejemplo, el uso de presunciones o estándares de prueba), como también hay una complejidad particular en los hechos que se trata de reconstruir y en la información que se trata de evaluar. Advertir estos dos puntos es importante para generar una actitud apropiada al momento de enfrentar el curso de Derecho Probatorio; esto es, una actitud abierta a la necesidad de destinar tiempo y esfuerzo para llegar a dominar herramientas conceptuales y argumentativas relativas a la prueba jurídica y, a la vez, una actitud proclive a reconocer que en ese terreno el sentido común con el que en nuestros asuntos cotidianos seleccionamos y analizamos la información necesaria para adoptar decisiones prácticas, es útil aunque insuficiente. Dado que se trata de estudiantes que están comenzando su formación, el desafío en la enseñanza de un curso sobre prueba no es tanto de disolver un posible prejuicio desfavorable hacia tareas distintas a la interpretación y sistematización de textos normativos (que parece asentarse a medida que se avanza en los cursos dogmáticos), sino evitar que se instale la comprensión de la prueba como un asunto que puede entregarse al puro buen criterio del abogado y que no requiere especial preparación ni herramientas de análisis.

El curso de derecho probatorio comprende dos partes. Una primera parte está orientada al dominio de un conjunto de conceptos generales comunes y transversales a los distintos tipos de procedimiento. Se trata de conceptos necesarios tanto para el análisis y la construcción de enunciados de hechos a probar y de argumentos probatorios, como para la sistematización e interpretación de las disposiciones legales sobre la prueba. Un listado no exhaustivo de tales conceptos comprende los siguientes: “hecho jurídicamente relevante”, “prueba”, “inferencia probatoria”, “relevancia”, “credibilidad”, “fuerza probatoria”, “presunción”, “carga” y “estándar de prueba”. Fuera de los anteriores, se consideran también conceptos referidos a los fines del derecho probatorio, como los de «minimización y distribución del riesgo de error», y a los diversos momentos de la actividad probatoria en el proceso, como los conceptos de «proposición», «admisión», «exclusión», «práctica» y «valoración de la prueba», que permiten caracterizar y comparar modelos de regulación probatoria. La segunda parte está dirigida al dominio de las reglas y prácticas probatorias propias del procedimiento civil ordinario⁴³. El presupuesto de este diseño dual

⁴³ Los estudiantes deben haber aprobado el curso de Proceso Civil Ordinario, ubicado en el tercer semestre de la carrera y en cuyo diseño se omite deliberadamente el estudio de la etapa de prueba. Tras cursar Derecho Probatorio, los estudiantes quedan habilitados para inscribir un tercer curso en la línea procesal civil, que se ocupa de los recursos y de algunos procedimientos civiles especiales, y los demás cursos procesales.

es que el dominio de lo que podría llamarse teoría general de la prueba hace posible la comprensión sistemática y la reflexión crítica sobre las varias partes especiales del derecho probatorio. Un primer ejercicio de aplicación de este tipo se realiza en el propio curso de Derecho Probatorio —con respecto a las normas y prácticas probatorias del proceso civil ordinario— dejando el análisis de las otras normas y prácticas probatorias especiales a los cursos que se ocupan de los demás procedimientos, como es el caso del penal, de familia, de consumo y laboral. Además, el plan de estudios considera dos asignaturas de litigación ubicadas en los últimos semestres de la carrera —Litigación Penal y Litigación Civil, de Familia y del Trabajo— en las que se contempla que el estudiante vuelva a ejercitarse en la construcción de relatos de hechos y de argumentos probatorios en contextos procesales específicos⁴⁴.

En el programa del curso de derecho probatorio las dos partes —general y especial referida al proceso civil ordinario— se abordan en forma integrada, de manera que los diversos conceptos probatorios son primero analizados y discutidos de manera general y luego aplicados al análisis de las reglas probatorias del proceso civil y a la resolución o revisión de cuestiones probatorias en casos en los que ellas entren en juego. Se aborda también el problema de cómo el marco regulatorio incide —a través de las normas de carga de la prueba, de las presunciones legales, de las normas de prueba tasada y de los estándares de prueba— en la construcción de los argumentos probatorios. Se espera, entonces, que el estudiante pueda, posteriormente, en los demás cursos procesales, realizar un ejercicio similar de aplicación de ese marco conceptual general para la comprensión de las reglas y prácticas probatorias propias de las diversas clases de procedimientos y su aplicación en la argumentación sobre la prueba.

Los recursos pedagógicos que se utilizan —además de la lectura de partes de libros y de artículos científicos— consisten en ejemplos de escritos procesales y de resoluciones judiciales. Así, a lo largo del curso se analiza un caso civil real que presente cuestiones interesantes y complejas desde el punto de vista de la prueba. El caso se trabaja utilizando materiales incorporados al expediente judicial, para realizar a partir de ellos tanto ejercicios de determinación de hechos a probar (formulación de un auto de prueba) y de argumentación probatoria (formulación de escrito de observaciones a la prueba), como ejercicios de evaluación de la estrategia argumentativa de las partes (demanda, contestación, tachas, escrito de observaciones a la prueba)

⁴⁴ Entre los desempeños esperados en los cursos de litigación se encuentran: ‘proponer una teoría del caso y construir un relato de hechos’, ‘construir argumentos probatorios para sustentar un relato de hechos’ y ‘desarrollar una estrategia para la presentación y el análisis de la prueba en el contexto de una litigación’.

y de las decisiones probatorias del tribunal (auto de prueba, sentencia). La progresión guiada por el expediente judicial permite observar en concreto instancias de aplicación de las reglas probatorias del procedimiento civil.

En cuanto a las formas de evaluación, en las dos ocasiones que ha sido impartido el curso se han combinado controles escritos dirigidos a evaluar el dominio conceptual de los estudiantes –informes de lectura, test y controles– con ejercicios de construcción o análisis de textos jurídicos como los indicados en el párrafo anterior, en forma tanto individual como grupal. La aplicación de esta última estrategia evaluativa ha suscitado algunas dificultades en la definición de los niveles de logro esperados respecto de los productos. Una estrategia a implementar para estandarizar esos criterios –considerando que el número creciente de estudiantes de la asignatura⁴⁵ dificulta la realización de ejercicios no evaluados con revisiones y retroalimentación individualizada– es la construcción de una batería de ejemplos de distintos productos (autos de prueba, escritos de parte, considerandos de sentencias) no exitosos. Aquellos permitirán poner de relieve obstáculos y dificultades habituales en los ejercicios desarrollados por estudiantes, a fin de que presten especial atención a ellos en la realización de los ejercicios evaluados. En este sentido, cuestiones que han resultado difíciles en las primeras versiones del curso, tienen que ver, especialmente, con el grado de concreción apropiado en la identificación de los hechos a probar (se aprecia una tendencia a identificar como hechos a probar los supuestos de hecho abstractos definidos por las normas aplicables), con la dificultad de aplicar en la construcción de argumentaciones probatorias un análisis que considere los diferentes grados de fuerza probatoria de los antecedentes disponibles (se tiende a formular o aprobar la formulación de listas o enumeraciones que no distinguen su diferente peso ni consideran la forma en que se relacionan) y con la tendencia a eludir las posibles objeciones referidas a la credibilidad o fuerza probatoria de algún antecedente, o bien a la existencia de contra pruebas (presentando o aprobando versiones excesivamente optimistas del sustento probatorio de alguna hipótesis). Es posible que las dos últimas dificultades se relacionen con una suerte de obstáculo epistémico frente al margen de incertidumbre inevitable que envuelven las cuestiones probatorias. Tal resistencia explica también, la dificultad para entender que junto con buscar reducir o minimizar los riesgos de error, el derecho probatorio fija márgenes de riesgos aceptables distribuidos entre las partes conforme a criterios de justicia (los que, por ejemplo, en materia penal, justificarían evitar al máximo el riesgo de error

⁴⁵ Subió de 53 estudiantes el año 2015 a 91, el 2016.

al condenar, incluso asumiendo que ello supone aceptar que un mayor riesgo de error al absolver).

Otra dificultad en la implementación del curso que los estudiantes hicieron notar en un focus group es la relación entre aspectos probatorios y procesales de un caso referido a materias sustantivas que aún no habían sido estudiadas (responsabilidad civil extracontractual). Tratándose de una asignatura ubicada en el cuarto semestre de la carrera, se trata de una circunstancia difícil de eludir, ya que la mayor parte de los cursos dogmáticos están ubicados a partir del quinto semestre. Pese a ello, puede enfrentarse a través de estrategias de presentación del caso, que incluyan una sistematización básica del marco normativo sustantivo aplicable. En ese focus group la evaluación general de la utilidad y la coherencia metodológica del curso fue positiva.

2. Enseñanza de asuntos que atañen a lógica de la prueba en un curso de argumentación jurídica

En el último semestre de la carrera de derecho de la Universidad Alberto Hurtado los estudiantes realizan un curso titulado Argumentación y Análisis Jurisprudencial⁴⁶. Se trata de una asignatura estructurada sobre competencias a desarrollar o fortalecer y no, como es usual, sobre contenidos que se deben dominar. Aquello es un aspecto importante, dado que implica frecuentes adaptaciones, en la medida que estas se entiendan útiles para favorecer los aprendizajes. El número de estudiantes inscritos en los últimos 11 años ha fluctuado entre 23 y 60. Los módulos de clases a la semana son dos de 80 minutos c/u, habiéndose optado por unirlos en algunas oportunidades, con el fin de permitir la ejecución de tareas de larga duración. En consideración al nivel de avance de los estudiantes se entiende como saberes previos los correspondientes a todas las asignaturas que le preceden en el currículum de estudios, es decir, hasta el noveno semestre de carrera inclusive⁴⁷. La mayoría cuenta con experiencias previas en el desarrollo de destrezas de litigación y de mediación. Muchos de ellos coetáneamente están realizando un curso de clínicas jurídica en el que deben actuar como apoderados en la defensa de clientes.

Las competencias cuyo desarrollo se compromete están vinculadas a

⁴⁶ El nombre del curso no es especialmente indicativo de lo que se trata. La palabra jurisprudencial genera algunos equívocos. En rigor, sería más adecuado hablar de argumentación y análisis (o razonamiento) en procesos judiciales.

⁴⁷ Así, se parte del supuesto que los estudiantes dominan conceptos, reglas, métodos, etc. de alguien que próximamente se insertará en la comunidad de los abogados. Así las cosas, no se admite como excusa el no haber estudiado una determinada materia, pasando a ser su responsabilidad el dominio de aquella.

la tutela de intereses relevantes de terceros, como también a la adopción de decisiones que imponen cargas u otorgan beneficios sobre terceros. De esta manera, se entienden como aprendizajes claves, algunos tales como, el reconocimiento de la estructura estándar del razonamiento jurídico; la construcción de buenos argumentos en el contexto jurídico considerando las características del auditorio al que se dirigen; el fortalecimiento de la capacidad para identificar errores o debilidades argumentativas en una sentencia y que pudieren dar cabida a su impugnación; entre otros.

En consideración a que la experiencia previa de los estudiantes ha estado mayormente marcada por hacerse cargo de problemas de interpretación de textos, el foco se ha puesto, preferentemente, en problemas de prueba. Así, de lo que se trata es de generar experiencias de construcción y control de argumentos en contextos de litigación. Al asumir esta perspectiva se favorece una clase de análisis que no es exclusivo de los abogados, sino de cualquier sujeto que debe lidiar con asuntos tales como la construcción de inferencias, o bien que tiene que analizar las conexiones entre los datos disponibles y la credibilidad de las fuentes de información.

Los recursos pedagógicos a los cuales se recurre están conformados por casos reales o ficticios que consideran diferentes fases de la argumentación, esto es, corresponden a piezas de información a partir de las cuales se construye un determinado producto argumentativo, como podría ser un alegato, una sentencia, una demanda o simplemente un esquema que represente una estrategia de defensa. También se dispone de sentencias completas, artículos académicos, etc. Por regla general, deben prepararse textos en forma previa a cada clase, los que varían bastante de un año a otro.⁴⁸

Las instancias de evaluación han sido diversas. La regla general ha sido una combinación entre la solución de un problema real o simulado y la construcción de un portafolio. En cuanto al primero, se indica con anticipación la clase de problema que será abordado en una prueba o examen, debiendo el estudiante buscar el material necesario para su preparación. El día de la evaluación los estudiantes llevan todos los materiales que desean y aquellas anotaciones que estimen pertinentes. En ese momento se les presenta el caso respecto del cual deberán tomar decisiones, por ejemplo, elegir la acción que será interpuesta o, si se trata de una sentencia, si acogerán o rechazarán la demanda (o condenarán o absolverán). No toda la información que se presenta es útil para la solución del caso, por ejemplo, hay fragmentos de declaraciones de testigos o documentos que se espera

⁴⁸ En el año 2015 se leyeron artículos de distintos autores y una selección de sentencias. En el año 2016 la mayoría de las lecturas han sido tomadas del libro ANDERSON – SCHUM – TWINING, cit. (n. 32). Cada uno de los estudiantes dispuso de un ejemplar durante todo el semestre.

sean dejados de lado al momento de construir sus argumentos. La duración de un examen puede llegar hasta cuatro horas, lo que no obsta a que el espacio de las respuestas sea limitado (por ejemplo, 4 páginas). En cuanto al segundo, se espera de los estudiantes que construyan uno o más textos jurídicos (demandas, recursos, sentencias, informes en derecho, comentarios a sentencias, etc.) que deberán ir perfeccionando en entregas sucesivas. Se cuenta con experiencias de portafolios individuales y colectivos.

Dado que los productos generados requieren evaluarse utilizando *juicio de experto*, en ocasiones, no resulta del todo claro para los estudiantes el resultado esperado de la aplicación en los instrumentos de evaluación. Para reducir este problema se han perfeccionado los instructivos para la construcción de portafolios, introduciéndose en ellos varios ejemplos. Hay una retroalimentación en las evaluaciones con miras a ir haciendo visibles los aciertos y los errores. Para ello se suele recurrir a la herramienta «insertar comentarios» del procesador de textos, como también se incorporan indicaciones respecto de cada ítem evaluado, o un comentario general.

La circunstancia de tratarse de un curso escasamente comprometido con contenidos —salvo nociones generales de argumentación jurídica— hace necesario contar con una retroalimentación acerca de la utilidad de los aprendizajes. Dado que no se han conservado registros de una experiencia anterior, en el contexto de la elaboración de este artículo se realizó un focus group entre estudiantes que participaron en la asignatura. La discusión fue dirigida por una de las coautoras —quien no tiene responsabilidad alguna en el curso— y participaron cinco estudiantes. La conversación fue guiada a través de nueve preguntas dirigidas a determinar la utilidad de los aprendizajes adquiridos, e identificar los principales problemas de la forma de evaluación, de la carga de trabajo y de la metodología de enseñanza. La evaluación general del curso fue positiva, a pesar de que los participantes constataron las diferencias de un ramo como éste con la mayoría de las asignaturas cursadas en la carrera. Valoraron que el curso se sitúe en quinto año, pues cuentan con los conocimientos y la madurez necesaria para sacar el mayor provecho de este tipo de aprendizaje. Sin embargo, reconocieron la dificultad inicial de comprender el lenguaje y los conceptos técnicos utilizados en el curso, y de ser capaces de aplicarlos en el análisis de sentencias y casos. Respecto de su utilidad, afirmaron que algunos de estos aprendizajes les han servido en experiencias prácticas, como el trabajo en las clínicas jurídicas que cursan en paralelo, e incluso como categorías aplicables a la argumentación en general. Destacaron que estos aprendizajes se complementan con el conocimiento de las reglas sobre prueba aprendidas en cursos previos de derecho procesal, pero que ponen el acento en cuestiones que antes pasaban inadvertidas, como la

argumentación de los abogados y la fundamentación de las sentencias sobre aspectos de prueba. Finalmente, comprendieron que para ganar un caso rara vez se dispondrá de prueba “apabullante”, sino que lo esencial es la argumentación realizada a partir de las (más modestas) pruebas disponibles.

IV. PALABRAS AL CIERRE

1. Las conductas humanas pueden llegar a ser extraordinariamente variadas. A la vez, las alternativas discursivas de las que se dispone para comunicarlas son múltiples. Así, resulta difícil abordar problemas probatorios bajo la rígida forma de interacción del aula de clases con roles y jerarquías claramente definidas. Gestionar problemas de prueba exige mucha creatividad de parte de los agentes. Es ingenuo presuponer que aquella será desarrollada autónomamente por los estudiantes. Se requiere, entonces, una buena dosis de imaginación de parte de quienes asumen el desafío de enseñar lo que puede y debe hacerse con pruebas en los procesos judiciales.

2. El conjunto de las disposiciones jurídicas que tratan de los asuntos de prueba presenta algunas particularidades que las diferencia de las que regulan conductas en materia civil, penal, administrativa o laboral. Las disposiciones probatorias en lo que atañe a asuntos tales como la valoración de la prueba conforme a la sana crítica o que estipulan un estándar de prueba son extremadamente parcas. Los sistemas probatorios –al menos en los aspectos señalados– son deliberadamente abiertos dado que se espera resulten enriquecidos con los avances epistemológicos y tecnológicos provenientes de disciplinas no puramente jurídicas. Así las cosas, resulta escasamente prometedor el diseño de una asignatura de derecho probatorio desde lo que se dice en las disposiciones. Es mucho más interesante, en cambio, determinar los contenidos a partir de conceptos probatorios básicos (en lo posible un modelo conceptual); o bien, desde los desafíos de la argumentación probatoria.

3. Los estudiantes no llegan a un curso de derecho probatorio con sus mentes despojadas. Ellos ya disponen de una metodología que en la vida diaria les permite enfrentar con cierta normalidad los desafíos propios de probar o refutar hechos. El problema es que esa metodología (heurísticas) suele ser ineficiente para abordar la clase de asuntos que se les presentará en el campo de trabajo de la prueba de los hechos en los procesos judiciales. Allí no se trata de operar desde el sentido común. Vale la pena, entonces, prestar atención en los obstáculos epistémicos. Una buena pedagogía no debiera desentenderse de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Terence – SCHUM, David – TWINING, William, *Análisis de la prueba* (Madrid, Editorial Marcial Pons, 2015).
- BENFELD, Johann, *La discusión sobre la enseñanza del derecho en Chile dentro del nuevo paradigma universitario: una tarea pendiente*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 23 (2016), 1.
- COLOMA, Rodrigo – AGÜERO, Claudio, *Los abogados y las palabras. Una propuesta para fortalecer competencias iniciales en los estudiantes de derecho*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 19 (2012), 1.
- COLOMA, Rodrigo – AGÜERO, Claudio, *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*, en *Revista Chilena de Derecho* 41 (2014), 2.
- COLOMA, Rodrigo, *Las disciplinas jurídicas y su reinención*, en *Ius et Praxis* 22 (2016), 2.
- COLOMA, Rodrigo, *El derecho probatorio y su torre de babel. Sobre citas en revistas indexadas*, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* 29 (2016), 2.
- COLOMA, Rodrigo, *Bases de un modelo conceptual para decidir hechos*, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* 40 (2017).
- COLOMA, Rodrigo, *Conceptos y razonamientos probatorios*, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* 30 (2017), 2.
- EGGERTSSON, Thrainn, *¿Por qué fracasan a menudo los trasplantes institucionales?*, en *Revista Asturiana de Economía* 32 (2005), disponible [en línea]: internet: <http://www.revistaasturianadeeconomia.org/raepdf/32/eggertssonRae32.pdf>.
- GOLDMAN, Alvin, *A guide to social epistemology*, en GOLDMAN, A. – WHITCOMB, D. (eds.), *Social Epistemology. Essential readings* (Oxford, Oxford University Press, 2011).
- KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio* (1ª edición, Buenos Aires, Editorial Debate, 2011).
- LARROUCAU, Jorge, *La prueba del menoscabo en la justicia de familia*, en VV.AA., *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, Thomson Reuters, 2013).
- LAZO, Patricio, *Formación jurídica, competencia y métodos de enseñanza*, en *Ius et Praxis* 17 (2011), 1.
- MATTEI, Ugo – MONATERI, Giuseppe, *Introduzione breve al diritto comparato* (Pavia, Cedam, 1997).
- NOZICK, Robert, *La naturaleza de la racionalidad* (1ª edición, Barcelona, Paidós, 1995).
- PARK, Roger, *Posner on teaching evidence*, en *Quinnipiac Law Review* 21 (2003), 4.
- POSNER, Richard, *Clinical and theoretical approaches to the teaching of evidence and trial advocacy*, en *Quinnipiac Law Review* 21 (2001), 4.
- SCHUM, David, *Classifying forms and combinations of evidence*, en DAWID, P. – TWINING, W. – VASILAKI, D. (eds.), *Evidence, inference and enquiry* (Oxford, Oxford University Press, 2011).
- SKOLIMOWSKI, Henryk, *La mente participativa* (Girona, Edit. Atalanta, 2016).
- SOLARI, Enzo, *El currículo chileno de estudios jurídicos*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 39 (2012).
- TWINING, William, *Taking facts seriously*, en TWINING, W., *Law in context: Enlarging a discipline* (Oxford, Clarendon Press, 1997), pp. 89-109.
- VAN EEMEREN, Frans – HOUTLOSSER, Peter, *Más sobre falacias como descarrilamientos de maniobras estratégicas: el caso de tu quoque*, en MARAFIOTI, R. y SANTIBÁÑEZ, C. (editores), *De las falacias* (Buenos Aires, Biblos, 2008).
- WATSON, Alan, *Legal transplants. An approach to comparative law* (Athens, Georgia University of Georgia Press, 1993).