

Notas acerca de la voz máximas de la experiencia en Chile

Notes regarding the voice maxims of experience

René David Navarro Albiña*

“No preguntéis por el significado, preguntad por el uso (...) la significación de una palabra es su uso en el lenguaje”

Ludwig Josef Johann Wittgenstein (1889-1951)

I. Palabras iniciales [\[arriba\]](#)

La literatura jurídica, es sin duda prolífica. Más de un autor ha señalado que en ciertos temas, se han vaciado litros y litros de tinta tratando de explicarlos. No ocurre lo mismo con las llamadas máximas de la experiencia. Si bien (como se expondrá más adelante) resulta paradigmática en esta materia la obra del jurista alemán Friedrich Stein, no es menos cierto que Stein escribió en 1893.

¿Qué son las máximas de la experiencia?, es una pregunta similar a ¿qué es el derecho?, y esta última, es una de las preguntas más odiosas y de mayor complejidad. Una de sus complejidades, estriba en suponer un ser, una ontología del Derecho. Supondría buscar la esencia del Derecho, tratando de establecer su género próximo, y sus diferencias específicas.[1]

“Las máximas de la experiencia” o “máximas de experiencia”, es una frase formada por palabras.[2] Las palabras, no son unívocas. Es más, la mayoría de las veces son ostensiblemente polisémicas, multisémicas, equívocas, heterosignificativas, no unívocas: ¿qué entendemos por máximas de la experiencia cuando tratamos de definir las?, ¿estamos hablando de lo mismo o estamos en la Torre de Babel, tratando de alcanzar lo inalcanzable y para colmo de males en idiomas distintos?

Sebastià Serrano[3], expresa (sin equivocarse) que lo más característico de la vida humana es la omnipresencia del lenguaje (y el Derecho es también un lenguaje). El universo lingüístico nos envuelve de tal forma que no podemos salir de los límites que nos impone. No lo podemos observar desde fuera porque el más allá del lenguaje es impensable. Lo pensable, y comunicable, lo es desde el lenguaje.[4] Toda actividad artística, científica, cotidiana, es esencialmente lingüística. Su actividad científica, conducirá a la elaboración de teorías (y una teoría es un constructo lingüístico).[5]

No podemos -por ahora- definir las máximas de la experiencia. Digamos -siguiendo en este punto a Cáceres y haciendo un paralelo con la “gran interrogante” que se plantean todos los juristas- que la pregunta ¿qué es el derecho? es la fuente principal de nuestra incapacidad para comprender con claridad lo que se quiere decir cuando se habla de Derecho, así como de los infructuosos debates iniciados hace siglos e incluso milenios alrededor de la problemática en cuestión.[6] La voz derecho es contraintuitiva, porque el Derecho y los derechos no se ven, no se sienten, no se huelen, ni paladean: el derecho se intelectualiza; ¿sucederá lo mismo con la expresión máximas de la experiencia, independientemente del contenido a que hace referencia?

Cáceres Nieto, parafraseando a Wittgenstein, nos invita a sustituir la pregunta ¿qué es el Derecho?, por ¿qué significa la expresión Derecho?. Así las cosas, podríamos hacer lo mismo, y sustituir la pregunta ¿qué son las máximas de la experiencia? por ¿qué significa la expresión máximas de la experiencia?

Hablamos de la polisemia insoslayable en cualquier palabra, y siendo “máximas de la experiencia” un sintagma o grupo de ellas, evidentemente, en tanto palabras no debieran escapar a este fenómeno y (prima face) debiésemos afirmar que se le han atribuido múltiples significados paralelamente a la evolución de nuestro pensamiento, y particularmente junto con la evolución del pensamiento jurídico.

Provisionalmente diremos que las máximas de la experiencia, son una de tantas herramientas humanas. Y, como toda herramienta, ésta puede utilizarse para muchos fines. Una herramienta es un medio, no un fin en sí mismo.

Pueden incluso, sustituirse ambas interrogantes iniciales, vale decir, qué es y qué significa, por la pregunta ¿para qué sirven las máximas de la experiencia?

Esta última pregunta, es aparentemente más simple de responder, puesto que las máximas de la experiencia sirven como uno de los factores a considerar dentro del sistema de apreciación (forma de conocimiento y valoración) de la prueba denominado sana crítica.

El presente trabajo, pretende dar una apretada reseña respecto de lo expuesto por la doctrina, acerca de las máximas de la experiencia o máximas de experiencia; también entregar nuevas visiones acerca de la temática, y finalizar con los fallos de los tribunales que la han conceptualizado. Las llamadas máximas de la experiencia, están concebidas como uno de los criterios que permiten al juez apreciar la prueba rendida en juicio, conforme la sana crítica. El otro criterio, viene constituido por las reglas de la lógica, y algunas legislaciones (como la chilena) agregan como factor el conocimiento científicamente afianzado. De esta suerte, la sana crítica, sería el sistema de apreciación de la prueba (distinto al calificado por Devis Echandía[7] como de la tarifa legal) basado en las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, (y también) en el conocimiento científicamente afianzado.

No es objeto del presente trabajo, dar cuenta ni de las reglas de la lógica, ni del conocimiento científicamente afianzado. Sólo se hará un sumario relato de las nociones de máximas de la experiencia y, a continuación muy brevemente, del sistema de la sana crítica, como modelo de apreciación de la prueba.

Alvarado Velloso,[8] señala que el sistema convictivo tiene dos subsistemas, el primero del íntimo convencimiento (propio de los jurados y los arbitradores), y uno segundo, en el cual se explica razonadamente el camino o íter del pensamiento del juez en la tarea de tomar una decisión, el cual se conoce como sana crítica o de apreciación razonada, y lo define como aquél que emplean los jueces de derecho y los árbitros en los juicios arbitrales.

Agrega que el sintagma sana crítica (reglas de la sana crítica), debutó como método de apreciación de testimonios en el artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 (tomada del anterior Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado español). En esa legislación histórica, se trataba de eliminar las operaciones aritméticas que

debían hacer los jueces al contar y sumar personas que declaraban en un mismo sentido y reemplazarlas por operaciones de razonamiento mental basado en la lógica y en las observaciones que nacen de la experiencia personal del juez, confirmadas por la realidad. Con el tiempo -explica Alvarado- los autores primero, y las legislaciones después, extendieron estas reglas a la apreciación de todo medio confirmatorio.

II. Sentido natural y obvio de máximas de la experiencia [\[arriba\]](#) [9]

La palabra máxima, proviene del latín medieval, y sería sinónimo de sentencia, de regla. En su primera acepción, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española (DREA) señala que máxima es “una regla, principio o proposición generalmente admitida por quienes profesan una facultad o ciencia”, en una segunda, máxima es una “sentencia, apotegma o doctrina buena para dirigir las acciones morales”. La tercera, expresa que máxima es una “idea, norma o designio a que se ajusta la manera de obrar.” Un apotegma, es un dicho breve y sentencioso; dicho feliz, generalmente el que tiene celebridad por haberlo proferido o escrito algún hombre ilustre o por cualquier otro concepto.

Por su parte experiencia, en este orden de ideas es la “práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo”, y también, el “conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas.”

3. Doctrina acerca de las máximas de la experiencia [\[arriba\]](#)

Perfecto Andrés Ibáñez,[10] señala que es imposible hablar de las máximas de la experiencia, sin hacer referencia a la obra de Stein, quien concibió las máximas de experiencia como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. [11] Andrés, cita también a Rosenberg, quien este último considera el juicio de hecho como “una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas”. [12] Andrés Ibáñez, afirma que la máxima de experiencia responde al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal reconsideración de su significación se inscribe con toda autenticidad -añade este autor- en el paradigma de búsqueda de la verdad de los hechos.

Cita este autor también a Foschini, quien expresa “percibido el hecho fuente de prueba, éste permanecería absolutamente carente de significado y mudo, a los fines de la prueba, si no estuviera referido a la experiencia y, más precisamente, subsumido en una máxima de experiencia, porque sólo de ese modo resulta posible obtener el convencimiento acerca de la verdad del hecho diverso que es objeto de prueba”. [13]

Luis Avilés Mellado,[14] señala que la máxima de experiencia no es una ley de modo universal, sino el fruto de una constatación de que ciertos fenómenos se producen de manera regular. Por ello, aquellas que gozan de un alto grado de elaboración y consenso no requerirán prueba, en cambio otras sí podrán llegar a tener esa obligación porque cuentan,

por ejemplo, con escasos datos empíricos. Avilés, agrega que las máximas de experiencia son aquello que une la cadena inferencial del razonamiento probatorio para ir asentando los hechos que se tienen por probados, en otras palabras, el juez siempre irá incluyendo en sus premisas explicativas estas generalizaciones empíricas (máximas).

Las llamadas máximas de experiencia Couture las define como “normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”. [15]

Calamandrei, por su parte las conceptualiza como aquellas “extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública (...) las máximas de experiencia poseídas por él (juez), por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven)”. [16]

Para Héctor Oberg, [17] son elementos comunes de las máximas de la experiencia, los siguientes: 1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

Joel González, [18] expone que -por sus propias características- a las máximas de experiencia no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio; añade que “la máxima *quod non est in actis non est in mundo*” [19] no es aplicable totalmente a ellas ya que implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad.

Döhring, señala que las máximas de experiencia, son aquellas reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, mediante la observación repetida de hechos anteriores a los que son materia de juzgamiento, que no guardan ningún vínculo con la controversia, pero de los que pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga. [20]

Taruffo, [21] ha puesto de manifiesto que -en algunos casos- las máximas de la experiencia constituyen vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, de modo que al menos teóricamente puede ejercerse un control sobre su aplicación en la valoración de la prueba; pero en otros casos expresan únicamente toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, en cuya base está la cultura del sentido común sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico. Incluso (agrega) cuando expresan

tendencias, frecuencias o prevalencias de ciertos fenómenos en determinados contextos, consisten en indicaciones y criterios muy generalizados y vagos, no cuantificables de modo aceptable. Similar visión crítica, tiene María Inés Horvitz,[22] y enfatiza que es particularmente problemático el caso de las denominadas “máximas de experiencia”, señalando que su problema radicaría en que ellas, por definición, expresan nociones de sentido común cuyo único fundamento es el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento. Agrega, que si su significado es incierto o queda liberado a las preconcepciones del tribunal, se puede llegar al subjetivismo irracional, impidiéndose el control externo del razonamiento que funda la decisión; siendo débiles como mecanismos generadores de conocimiento. Remata expresando que su utilización debiera ser muy restrictiva.

4. Las máximas de la experiencia como reglas de la experiencia [\[arriba\]](#)

Michele Taruffo,[23] expresa que la regla de la experiencia es una regla general que se construye inductivamente según la experiencia relativa a determinados estados de cosas, y puede ser empleada por el juez para fundamentar sus razonamientos: siendo una regla general, ella le sirve al juez como premisa mayor de los silogismos en los que articula su razonamiento. Siguiendo a este autor italiano, Orlando Enrique Puentes,[24] señala que la regla de experiencia es un intento de sistematización de la experiencia, que tiene su base en el sentido común. Sin embargo, hay una serie de razones que permiten afirmar que la regla de experiencia, en sentido riguroso, no se ha tenido como elemento estructurante de la inferencia que hace el operador para fijar un hecho en el contexto de un proceso judicial. En efecto (señala este autor colombiano), la noción de regla de experiencia está construida a partir de la noción inductivista de la filosofía europea de la primera mitad del siglo XIX, que ha sido superada por nociones inductivas posteriores como las de Popper o Hempell. De otro lado, se supone una sociedad homogénea que permite que los distintos datos confluyan en una matriz única que les otorgue sentido, lo que evidentemente no ocurre en todas las culturas, ni siquiera en personas de la misma cultura. Además, la inducción fundada en la experiencia no conduce por si sola a formular ninguna regla general, pues el dato requiere de una categorización que es un constructo cultural. Se suma a lo anterior que la experiencia implica una comprensión inductiva borrosa que no puede utilizarse como premisa mayor y por ende silogística, sino que nos enfrentaría a una inferencia probabilística en la que no hay datos concretos y metódicamente extraídos. La inducción -agrega- sólo genera resultados probables, se hace necesario establecer cuál es el grado de probabilidad. Las reglas de la experiencia (máximas de la experiencia las denominan algunos autores) son criterios que ayudan a fijar el grado de probabilidad de que dado un acontecimiento ocurra otro evento. La regla de experiencia es un juicio hipotético sobre la relación existente entre una pluralidad de fenómenos que se ha formulado con fundamento en la observación que de casos particulares que han realizado de manera directa o que han realizado otras personas. Mittermaier[25] expresa: “si nos apoyamos en una serie no interrumpida de experiencias positivas, parécenos que con toda seguridad podemos concluir de un hecho que siempre hemos visto rodeado de semejantes circunstancias a otros hechos que es su correlativo necesario y cuya inexistencia le haría inexplicable.” La inducción nos permitirá manifestar en relación con una probable causa, pero no nos da lineamientos seguros para afirmar la conclusión, pues ésta siempre será como máximo probable.[26]

5. Máximas de la experiencia y sentido común [\[arriba\]](#) [27]

Según Orlando Enrique Puentes,[28] la noción de sentido común es confusa y difusa, y cita a Taruffo, para expresar que podemos aproximarnos al sentido común bajo la idea que son “las condiciones básicas que en la cultura de una época definen lo que se puede decir y pensar, o sea aquellas categorías fundamentales de la cultura que Michel Foucault ha designado con el término episteme”. [29] Agrega que el otro aspecto del sentido común está dado por nociones concretas y variables que una comunidad expresa en las llamadas máximas de la experiencia. En efecto, Taruffo se refiere a ellas como “nociones más específicas y contingentes que sin embargo se suelen expresar en formas de máximas o reglas que se consideran producidas por la experiencia común.” Finalmente, el mismo Taruffo incluye “los datos concretos de conocimientos que constituyen buena parte del patrimonio cultural que se supone propio del tipo ideal del «hombre medio» en cierto lugar y contexto social, y en un dado momento histórico”. [30]

6. Máximas de experiencia basadas en el *id quod plerumque accidit* [arriba]

Marina Gascón Abellán,[31] ha expresado (a propósito de la inducción como racionalidad del procedimiento probatorio) que en la mayoría de las ocasiones, la reconstrucción de los hechos de la causa exige echar mano de leyes que conectan las pruebas existentes, o sea la información disponible, con una hipótesis sobre esos hechos; es decir, leyes que permiten establecer que, siendo ciertas las pruebas, también lo será la hipótesis sobre los hechos. Ahora bien, pese a la apariencia deductiva del razonamiento, en rigor, su naturaleza es inductiva, y ello porque esas leyes a las que se recurre no son leyes universales sino simples regularidades empíricas que establecen sólo relaciones de probabilidad; o sea, sólo establecen -de acuerdo con nuestra experiencia pasada- que si las pruebas son verdaderas es probable que también lo sea la hipótesis. Si a ello se añade que en el discurso judicial la mayoría de estas regularidades son leyes sociales -por tanto leyes sobre la acción humana “libre”- y, sobre todo, máximas de experiencia basadas en el *id quod plerumque accidit* (lo que sucede más a menudo), entonces la naturaleza probabilística de la implicación se muestra todavía más clara. Ciertamente que esas regularidades empíricas pueden estar más o menos afianzadas y que la probabilidad que expresan puede ser más o menos alta; pero, por más afianzadas que estén y por más alta que sea la probabilidad que expresen, el resultado de una inducción no pasa de ser una conjetura, una hipótesis, es decir, un enunciado que consideramos verdadero aun cuando no sabemos si lo es o no. Ello no significa, desde luego, que no puedan tratarse las hipótesis como verdaderas; es más, hay buenas razones para esperar que el resultado de una inducción rigurosa sea fidedigno. Significa tan sólo que, dado que el conocimiento inductivo es sólo probable, el resultado de la inducción puede ser falso. [32]

7. Máximas de la experiencia como *tópoi* o lugares de la argumentación [arriba]

En este punto del trabajo, seguiremos la obra de Andrés Covarrubias.[33] Este autor, luego de analizar el entimema[34] y el ejemplo,[35] como pruebas comunes de persuasión en el campo de la retórica, aplicables al horizonte de lo razonable, y que, en el caso de la retórica, aproxima la lógica a los sentimientos del auditorio en vistas de la producción de discursos adecuados para la persuasión de los oyentes, pretende considerar ahora “el papel que juegan los *tópoi* o «lugares» en esta teoría de la argumentación persuasiva”. [36]

La “tópica” tiene una función central en la retórica y la dialéctica, en cuanto éstas son facultades discursivas que toman su punto de partida en los *édoxa* (opiniones establecidas

o comúnmente admitidas), ya que los “lugares” nos permiten extraer principios mirando el singular,[37] circunscribiendo de este modo el horizonte adecuado para la consolidación de una lógica de la invención (heurística), lo que implica una elección de los datos adquiridos y por adquirir.

Aristóteles,[38] enseña que los lugares lógicos se asemejan a los lugares conservados en la memoria, y estos, a su vez, permiten un recuerdo inmediato de las cosas mismas. Esta inmediatez es reconstruida técnicamente mediante el ordenamiento de argumentos, definiciones, cosas en que los argumentos inciden más veces y el conocimiento de memoria de las proposiciones, en vistas al logro de una mayor capacidad de razonar, atendiendo a un número limitado de casos generales.

En virtud de tales mecanismos argumentativos, los *éndoxa* podrían ser recuperados mediante un uso razonable de aquellas proposiciones verosímiles que no tienen cabida en el campo de la razón “epistémica” (reglas lógicas pura o abstracta), la que se mueve en el ámbito de las verdades primeras, inmediatas, necesarias y causantes de la conclusión. Ahora bien (enseña Covarrubias), mientras los *tópoi dialécticos* se ocupan -casi exclusivamente- del aspecto lógico-formal en vistas a la construcción de enunciados convincentes, la retórica amplía sustancialmente su función, otorgándoles también la propiedad de la búsqueda de los materiales adecuados para producir persuasión, integrando para esto de un modo sistemático los «lugares propios».

En su obra *La Retórica*,[39] introduce el tratamiento de los lugares comunes a todos los discursos. Estos *tópoi* son tres: lo posible y lo imposible, los hechos (así ha sido, así ha sucedido), y la magnitud (ampliación y disminución). El *estagirita*, ofrece un listado de lugares comunes que permiten la construcción de los entimemas, y luego considera aquellos *tópoi* que intervienen en la formación de los entimemas aparentes. Con estos elementos, el preceptor de Alejandro Magno integra la actividad retórica dentro del marco de la lógica y, mediante esta inclusión, consolida a la dialéctica como modelo de argumentación en el campo de la oratoria.[40]

El lugar común, es un principio general (obtenido por inferencias inductivas) del cual se obtiene la prueba (demostración) para el argumento en el discurso,[41] similar a lo que la doctrina jurídica ha entendido como máximas de experiencia, de donde se podrían obtener los argumentos necesarios para “justificar racional y explícitamente” el íter o camino tomado por el juez para lograr convencimiento (conocimiento racional y plausible) sobre los hechos.

8. Máximas de la experiencia en el esquema de *Toulmin (warrant)* [arriba]

Para acercarnos a Toulmin (y su modelo argumentativo), seguiremos la exposición de la pedagoga venezolana Luisa Rodríguez Bello.[42] Toulmin considera que las argumentaciones cotidianas no siguen el modelo riguroso del silogismo; para ello crea uno adecuado para analizar cualquier tipo de argumentación en el marco de los discursos sociales (conversación, prensa, entrevista, interacción docente-alumno, médico-paciente, abogado-cliente, etc). Un “argumento” es una estructura compleja de datos que involucra un movimiento que parte de una evidencia y llega al establecimiento de una aserción. El movimiento de la evidencia a la aserción es la mayor prueba de que la línea argumental se ha realizado con efectividad. La garantía permite la conexión. Los otros tres pasos del

modelo son el respaldo, el cualificador modal y la reserva. A partir de una evidencia (datos) se formula una aserción (proposición). Una garantía conecta los datos con la aserción y ofrece su cimiento teórico, práctico o experimental: el respaldo. Los cualificadores modales (ciertamente, sin duda) indican el modo en que se interpreta la aserción como verdadera, contingente o probable. Finalmente, se consideran sus posibles reservas u objeciones.[43]

8.1. Aserción (*premisa o tesis*)

Aserción (*claim*), es la tesis que se va a defender, el asunto a debatir, a demostrar o a sostener en forma oral o escrita. Expresa la conclusión a la que se quiere arribar con la argumentación, el punto de vista que la persona quiere mantener, la proposición que se aspira que otro acepte. Indica la posición sobre determinado asunto o materia. Es el propósito que está detrás de toda argumentación, su punto crucial o esencia. Representa la conclusión que se invoca. Una aserción es una propuesta que el argumentador quiere que sea aceptada, aun cuando exprese un juicio que desafía la creencia u opinión ya instalada. Por ello, es imprescindible que siempre esté acompañada de una buena razón (evidencia). Pueden considerarse (sin agotar la enumeración) cinco clases de aserciones: las factuales, las valorativas, las políticas, las de causa y las de definición.[44]

En general, una aserción debe ser controversial (expresa un punto que es potencialmente discutible), clara (expresa con claridad y transparencia lo que quiere decir y evita el uso de términos ambiguos), balanceada (se verbaliza en términos objetivos, neutros, sin revelar tendencias personales o prejuicios), y debiera ser además desafiante.

8.2. Evidencia (*ground, data*)

Una aserción sostiene el punto de vista que un sujeto trata de defender sobre un tema específico. La razón por la cual ella se mantiene está en la evidencia, constituida por los datos o hechos de un caso. La evidencia aporta la razón (información) en la que la aserción se basa. La evidencia está formada por hechos o condiciones que son observables. Puede ser una creencia o una premisa (conclusión) aceptada como verdadera dentro de una comunidad, pero no una opinión. Es el argumento que se ofrece para soportar la aserción (premisa o tesis). Dicho en términos más simples, constituye la “prueba”. Existen evidencias estadísticas, de citas, de reportes, de evidencias físicas, etc. Generalmente, constituye la mayor fuente de credibilidad y deriva también del juicio de expertos, autoridades, celebridades, amigos o de la propia persona. La evidencia es significativa porque establece la base de toda la argumentación. Cualquier fenómeno, anécdota, puede brindar la pauta. La evidencia también puede provenir de un experto o especialista. A la hora de buscar más evidencias para ahondar sobre un fenómeno, se exhorta a trabajar con fuentes primarias. Los números y las estadísticas ofrecen datos que pueden convertirse en argumentos férreos. Sin una evidencia, cualquier aserción (tesis) se invalida o refuta con facilidad. Para el análisis de las fuentes (datos), podríamos plantearnos las siguientes interrogantes: ¿Está la información actualizada?, ¿La fuente es imparcial?, ¿El autor expresa un hecho o una opinión?, ¿Cuáles son las credenciales del autor?[45]

Aserción: Harry es un ciudadano británico (Harry is a British subject); Evidencia: Harry nació en Bermuda (Harry was born in Bermuda, en palabras del propio Toulmin). Otro ejemplo más cercano sería: Aserción: José Rojas es chileno. Evidencia: su madre nació en Chile.

8.3. Garantía (warrant)

¿Y si alguien preguntara y qué tiene que ver que su madre haya nacido en Chile? ¿Por qué de esos datos se extrae tal conclusión (aserción)? Porque existe una garantía que autoriza el paso de los datos a la conclusión basada en un principio o una ley que establece que los hijos de chilenos son chilenos (art. 10 N° 2 CPR). Como se observa, la aserción y la evidencia no son suficientes para establecer una argumentación sólida. Faltan otros elementos que indiquen cómo a partir de una evidencia se obtiene una aserción. Tal elemento es la garantía, que permite evaluar si la aserción se basa en la evidencia, siendo el puente del cual ambas dependen. La garantía refiere a verificar que las bases de la argumentación sean las apropiadas. Brinda la lógica para la transición de la evidencia a la aserción. Justifica la importancia de la evidencia. Por ser la garantía una categoría de la argumentación que establece la relación entre la evidencia y la aserción, expresa el momento en el que la audiencia puede disentir de la conclusión a la cual se quiere arribar: la garantía establece cómo los datos sirven de soporte legítimo a la aserción.[46]

La diferencia entre evidencia y garantía (hechos y reglas) es sólo funcional. La aserción no se presenta derivada de una garantía, sino de una evidencia (datos). La garantía no es una premisa implícita, sino más bien actúa como un supuesto implícito que, en la forma de una regla, sirve tanto a la presente argumentación como a otra para inferir una aserción a partir de ciertos datos. Obliga a que el oyente reconozca la razón para que una aserción derive de una evidencia. Su función es de conexión entre la evidencia y la aserción. La conexión es mental, implica una rápida reflexión. Hay garantías que son específicas para un campo particular de conocimientos, conformadas por un conjunto de leyes, principios, estatutos, fórmulas:

Evidencia: El niño tiene fiebre. Aserción: Tiene una infección. Garantía: la fiebre es un indicio de infección.

Una garantía se expresa mediante una regla o ley que autorice el paso de una evidencia a una aserción.

8.4. Respaldo o apoyo (backing)

La misma garantía también necesita de un respaldo o apoyo que puede ser un estudio científico, la legislación, una estadística, o una creencia firmemente arraigada dentro de una comunidad. El respaldo es similar a la evidencia en el sentido que se expresa por medio de estadísticas, testimonios o ejemplos. Sin embargo, se distingue en que el respaldo apoya a la garantía, mientras que la evidencia apoya a la aserción. El respaldo aporta más ejemplos, hechos y datos que ayudan a probar la validez de la cuestión que se defiende. El respaldo autoriza la garantía y brinda motivos para la validez de un argumento. Asume la forma de una declaración categórica de un hecho. Ayuda a que la audiencia comprenda las razones esgrimidas en la garantía. Es importante porque da credibilidad al argumento. La estadística, los ejemplos y los testimonios sirven de respaldo y generalmente aparecen combinados.

Aserción: la lectura de textos literarios incrementa la capacidad argumentativa de los estudiantes. Data: (a) Los alumnos con buenos hábitos de lectura participan más en discusiones. (b) Las alumnas que leen poemas de amor siempre dan opiniones diferentes.

Garantía: La literatura enseña a pensar (creencia ampliamente aceptada[47]). Respaldo: Los trabajos de Investigador de la Universidad (o Centro) de afirman que la lectura de textos literarios enseña a resolver problemas y obligan al lector a realizar inferencias profundas que luego transfieren a sus escritos.

8.5. *Cualificador modal (modal qualifier)*

El cualificador modal especifica el grado de certeza, la fuerza de la aserción, los términos y las condiciones que la limitan. Es la concesión que se les hace a los otros. Expresa el medio lingüístico mediante el cual la persona revela el modo en el que debe interpretarse su enunciado. En efecto, la certeza con la cual se sostienen los argumentos varía en grado y fuerza, de allí que se hable de conclusiones probables, posibles o presumibles.

La función de un cualificador modal es establecer la probabilidad. Los argumentos cotidianos no pueden ser conceptuados como correctos o incorrectos, pues tal calificación depende del punto de vista que asuma el oyente o lector. De aquí la importancia del cualificador modal a través del cual se expresa la manera en que el hablante manifiesta la probabilidad de su aserción a la audiencia.[48]

La mayoría de los razonamientos prácticos se relacionan con la probabilidad, pues casi siempre hay excepciones, incluso hasta en una ley científica. Por el hecho que la fuerza del razonamiento práctico es relativa, el modificador representa la verbalización de tal fuerza y establece la seguridad que tiene el autor de la generalidad de su aserción. De allí que muchas sean introducidas por palabras como “sin duda”, “probablemente”, que caen dentro de la categorías de adverbios y frases adverbiales con la función de calificar la aserción. En consecuencia, la aserción no es categórica.

8.6. *Reserva (rebuttal)*

Al argumentar, idealmente el argumentador debe anticiparse a objeciones que la audiencia le pueda formular. Debe prever las debilidades y transformarlas en asunto de su propuesta, con lo cual crecerían significativamente las posibilidades de desarrollo argumental de la causa (aserción) que se trata de instaurar. La reserva o refutación es la excepción de la aserción (conclusión) presentada. En el modelo de Toulmin que se ha expuesto, los argumentos no se consideran universalmente verdaderos, por ello estos elementos son claves. Demuestran cómo una aserción puede ser fortalecida por medio de sus limitaciones. Por existir argumentos que pueden bloquear el paso de la evidencia a la aserción, se recomienda pensar en argumentos que puedan contradecir la tesis o punto que se defiende.[49] El respaldo contiene el soporte de la garantía que, cuando se basa en una ley o una teoría puede contener, en sí misma, la reserva o la excepción a la norma. Con ello, se planifica el nivel de aceptabilidad de la propuesta. Expresiones como “a menos que”, “a excepción de” fluyen por la mente del lector/oyente cuando se acostumbra a una lectura crítica, pues la argumentación se caracteriza por la discusión de posibles objeciones y por el encuentro de argumentos contrarios a la aserción que se instaura.

8.7. *Esquema de Toulmin y las máximas de la experiencia*

Se expresó precedentemente,[50] que la aserción y la evidencia no son suficientes para establecer una argumentación sólida. Faltan otros elementos que indiquen cómo a partir de

una evidencia se obtiene una aserción. Tal elemento es la garantía, parte esencial del argumento, que permite evaluar si la aserción se basa en la evidencia, siendo el puente del cual ambas dependen. La garantía refiere a verificar que las bases de la argumentación sean las apropiadas. Brinda la lógica para la transición de la evidencia a la aserción. Justifica la importancia de la evidencia. Por ser la garantía una categoría de la argumentación que establece la relación entre la evidencia y la aserción, expresa el momento en el que la audiencia[51] puede disentir de la conclusión a la cual se quiere arribar: la garantía establece cómo los datos sirven de soporte legítimo a la aserción. Dijimos también que la diferencia entre evidencia y garantía (hechos y reglas) es sólo funcional. La aserción no se presenta derivada de una garantía, sino de una evidencia (datos). La garantía no es una premisa implícita, sino más bien actúa como un supuesto implícito que, en la forma de una regla, sirve tanto a la presente argumentación como a otra para inferir una aserción a partir de ciertos datos. Obliga a que el oyente[52] reconozca la razón para que una aserción derive de una evidencia. Su función es de conexión entre la evidencia y la aserción.

Evidencia: El niño tiene fiebre. Aserción: Tiene una infección. Garantía: la fiebre es un indicio de infección (Máxima de la experiencia).

Aserción: la lectura de textos literarios incrementa la capacidad argumentativa de los estudiantes. Data: (a) Los alumnos con buenos hábitos de lectura participan más en discusiones. (b) Las alumnas que leen poemas de amor siempre dan opiniones diferentes. Garantía: La literatura enseña a pensar (creencia ampliamente aceptada o máxima de la experiencia). Respaldo: Los trabajos de Investigador de la Universidad (o Centro) de afirman que la lectura de textos literarios enseña a resolver problemas y obligan al lector a realizar inferencias profundas que luego transfieren a sus escritos.

9. Máximas de la experiencia en los fallos de los tribunales chilenos [\[arriba\]](#)

Preferimos en este acápite, hablar de fallos de los tribunales, que de jurisprudencia; habida cuenta a que -creo- no hay jurisprudencia formada acerca del instituto en comento.[53]

En efecto, la voz jurisprudencia no escapa a la heterosignificación, puesto que tiene diversas acepciones, no del todo pacíficas. Una primera aproximación a la voz jurisprudencia, es su origen etimológico.[54] Etimológicamente hablando, jurisprudencia viene del latín *iurisprudentia* (*iuris* = Derecho; *prudencia* = Sabiduría), saber del Derecho, Ciencia del Derecho. Este concepto etimológico, todavía es insuficiente, puesto que en él, se englobaría tanto a la jurisprudencia judicial, como a la científica (doctrina). Es menester (brevemente) aproximarnos a las concepciones técnicas de este término.[55] Una primera acepción técnica (en sentido amplio), de la voz jurisprudencia judicial, es aquella que señala que correspondería al conjunto de principios extraídos de la reiteración durante largo tiempo, de fallos o sentencias pronunciados en un mismo sentido, y por los más altos tribunales de un Estado (en Chile, Corte Suprema y Cortes de Apelaciones del país). Este concepto, es el más conocido por nuestros operadores jurídicos.[56] Una segunda acepción (en sentido restringido), señala que la jurisprudencia tiene que ver con la labor y trabajo práctico de determinados tribunales, cualquiera que sea su jerarquía. Una tercera acepción (en sentido mínimo), asocia la voz jurisprudencia, con el término técnico sentencia judicial, la cual es una fuente formal particular del Derecho, y obligatoria sólo para las partes en conflicto, y el tribunal que la dictó.

En este orden de ideas, en este acápite final relativo a las máximas de la experiencia, queremos ofrecer los siguientes fallos ilustrativos:

“Las máximas de la experiencia son aquellas que pertenecen al acervo o conocimiento común de personas normales, incluyendo las leyes de la naturaleza.” [57]

Sin explicar qué son, ni cuáles son sus requisitos o características, se ha expresado por parte de la Exma. Corte Suprema, en sentencia de fecha 21/09/2009, Rol 5516-2009, en resolución de Recurso de Nulidad (Proceso Penal): “...las máximas de experiencia llevan a concluir, más allá de toda duda razonable, que la intención de los acusados esa madrugada y las acciones que realizaron están dirigidas única e inequívocamente a sustraer especies muebles desde el interior de la casa habitación, ingresando a la misma por una vía no destinada al efecto, sigilosamente y en horas de la madrugada, circunstancias que no parecen relacionarse con la intención de simplemente ocasionar daños, como lo alegó la defensa...”.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de fecha 23/03/2009, Rol 9-2009, expresó: “las máximas de experiencia y las reglas de la lógica demuestran que la demandante, durante la convivencia conyugal y con motivo de dedicarse al cuidado de sus hijos y del hogar, redujo su jornada de trabajo lo que redundó en un desarrollo laboral realizado en menor medida de lo que la demandante quería y podía realizar.”

Con un “ejemplo” la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el 05/10/2007, en Recurso de Nulidad Penal Rol 953-2007, señala: “Una máxima de la experiencia enseña que un delincuente, al caer detenido y percatándose de lo influenciable de la víctima, consigue que otros miembros de su familia o de su grupo delinencial se acerquen al ofendido y le hagan saber las serias consecuencias que le acarrearía su actitud de sindicarse al imputado como hechor del delito. Esto demuestra que no atenta contra las reglas de la lógica el que una persona que ha sido violentada verbalmente y que vive en un círculo al que pertenece el imputado, sienta tanto temor cuando declara en el juicio que preste declaraciones contradictorias -como sucede cuando ha reconocido al imputado a través de fotografías, pero no ratifica sus dichos en el juicio oral-, puesto que se encontraba realmente con pavor al instante de prestarlas.”

Continuando con la “vía ejemplar”, la misma Corte de Valparaíso, en Recurso de Nulidad Penal, Rol 1389-2006, expone: “Es una máxima de experiencia el hecho de que los contactos físicos entre dos personas tienen precisos códigos de licitud o de abuso, que dependen de la edad de los partícipes, de la diferencia de edad que presenten, de las relaciones parentales o funcionales entre ellos, etc., máxima que la mayoría de las personas conoce y comparte.”

Con una ostensible mayor amplitud (y referencia doctrinal), se refiere al tema el mismo tribunal superior precedentemente citado, en fallo de Recurso de Nulidad en materia Penal, de fecha 28/01/2009, Rol 5-2009, en cuyos párrafos se puede leer lo siguiente:

“...es indispensable distinguir el doble papel que cumplen las máximas de la experiencia en la aplicación de la legislación punitiva. En todo caso, urge poner de relieve, preliminarmente, que tales máximas no son nunca toscas generalizaciones basadas en el también rudimentario sentido común, sino reglas extraídas de la observación sistemática de

los hechos del mundo y la conducta del hombre, cuya única diferencia frente a los conocimientos científicamente afianzados reside en la fijeza temporal y espacial de estos últimos sujeta, en todo caso, a los avances de la ciencia, con la consiguiente depuración o superación de las cogniciones que antes gozaban de predicamento entre los especialistas, estabilidad con la que contrasta la contingencia y el margen de relativismo ingénitos a todo juicio sobre el id quod plerumque accidit, es decir, el cómo ocurren regularmente las cosas, abstracción que yace en el fondo de esas máximas. (...) en efecto, la primera función de ellas atañe a una clase particular de los elementos del tipo penal. Se llama elementos del juicio cognitivo a ciertas características típicas sobre las que recae un determinado juicio, que ha de formular el juez con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona (Mezger). Son de esta clase la calidad de falso de un testimonio, lo grave de una injuria, la peligrosidad de un determinado objeto, y otros. Semejantes requisitos, que se hallan entre los normativos y descriptivos de los tipos, se distinguen de los primeros en que la apreciación de éstos demanda un juicio de valor, y de los segundos, en que para el establecimiento de un dato fáctico, como la muerte de un hombre o la apertura de una correspondencia cerrada, basta la formulación de un juicio asimismo fáctico. Podría incluso hablarse de un enlace estructural de ingredientes fácticos y normativos en punto a los elementos del juicio cognitivo, reserva hecha de que el juicio que los constata no contiene valoraciones propiamente dichas, sino reglas oriundas de la experiencia, como antes se explicó (...) la segunda función de las máximas de la experiencia se desarrolla en el proceso penal, en particular, a propósito de la valoración o el examen crítico de la prueba rendida en un pleito, función semejante, aunque no igual, a la que cumple en el proceso la comprobación de los hechos ordenada por los elementos descriptivos de los tipos (Grunhut). A esto se refiere el plexo normativo que forman los artículos 374 letra e), 342 letra c), y 297 del Código Procesal Penal. La libertad en la apreciación de la prueba no es ilimitada; al contrario, su valoración debe concordar con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, por modo que si los omite o vulnera, el fallo está expuesto a ser casado en sede de nulidad.”

La Exma. Corte Suprema, el 25/04/2007, en causa Rol 5638-2005, señala: “(...) la directriz aludida por la parte de las trabajadoras, constituye una de las máximas que informan y sustentan la normativa laboral y que obedecen al ánimo protector con que el legislador ha regulado en este ámbito dado el desequilibrio que existe entre las partes, tanto al momento de contratar, como al enfrentarse en un procedimiento judicial. Así, por ejemplo, ante la posibilidad que el tribunal conozca diversas interpretaciones de un mismo precepto, debe aplicar la más beneficiosa para el dependiente, como ocurre con el principio pro operario o de la norma más beneficiosa. En este contexto, la primacía de la realidad surge como una herramienta en la tarea de apreciar la prueba, ya que a la hora de dirimir discrepancias entre lo que ocurre en la práctica y aquello que surge de documentos o acuerdos de cualquier naturaleza, el principio obliga al Juez de la instancia a otorgarle prioridad a lo que se desprenda de los hechos y evitar, de esa forma, darle valor a instrumentos dirigidos a ocultar o disimular la verdad o a cualquier elemento que simplemente la distorsione. La primacía explicada impone, entonces, el deber de hacer imperar la buena fe en el desarrollo de la actividad contractual y litigiosa de los sujetos de la relación laboral, como uno de los tantos aspectos de nuestro ordenamiento jurídico en el que dicha conducta debe concretarse, pues importa una directriz de carácter general.”

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Santiago, en Resolución de Recurso de Nulidad Penal de fecha 25/05/2006, Rol 811-2006 expresa: “(...) las máximas de la experiencia aconsejaban actuar con prudencia, ya que aparte de esta corazonada de la víctima, no

habían otros antecedentes en el juicio que involucraran al acusado toda la prueba restante es indirecta -salvo que se trataba de un sujeto que tenía malos antecedentes, que era conocido y temido en el barrio por sus vecinos y ubicado por los Carabineros del sector. Demasiado fácil para ser creíble, dirían las máximas de la experiencia, sobre todo teniendo presente que el estándar de exigencia para condenar a un sujeto con prueba indiciaria, por lógica, debiera ser más alto.”

10. Conclusiones [\[arriba\]](#)

De lo expresado en los párrafos precedentes, se advierte y se hace ostensible la necesidad de entregar “seguridad jurídica”, a quienes operan con el Derecho.

Esa seguridad jurídica, vendrá de la mano cuando los distintos actores de la comunidad científica, entreguen una definición, o al menos un concepto del instituto en comento.

El tema de las máximas de la experiencia no es un tema menor, es –junto a las reglas de la lógica, y del conocimiento científicamente afianzado– una de las bases de entendimiento del sintagma “sana crítica”, el cual (este último) constituye el nudo gordiano de la apreciación judicial de la prueba, en varios ordenamientos jurídicos, y dentro de éstos de varios procedimientos.

Con todo, como brevemente se pudo apreciar, es menester contar con estudios, artículos, trabajos de los especialistas, mayores pronunciamientos de los tribunales superiores, para despejar el tema y tratar de dar univocidad.

Finalmente diremos que en futuros trabajos no solamente debiera conseguirse un concepto o definición de máximas de la experiencia, sino que además –y esto es lo más relevante– entregar criterios (límites) para su interpretación y aplicación, diferenciarla de las reglas de la lógica y del conocimiento científicamente afianzado, o bien, mejorar la redacción de nuestros ordenamientos legales, los cuales no buscan otras metas sino que el prohibir el arbitrio judicial, y que cada vez con mayor fuerza, los jueces den razón argumentativa de sus decisiones, no bastan hoy las meras citas legales.

Referencias bibliográficas

Alvarado Velloso, Adolfo, Prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal, Editorial Juris, Rosario, 2007;

Andrés I., Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 12, Madrid, 1992;

Aristóteles, Retórica, Alianza Editorial, Madrid, 2007;

Avilés M., Luis, “Hechos y su fundamentación en la sentencia. Una garantía constitucional”, en Revista de Estudios de la Justicia (REJ) Universidad de Chile, N° 4, Santiago, 2004;

Cáceres N., Enrique, ¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística, UNAM, México, 2000;

Calamandrei, Piero, Estudios sobre el proceso civil, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961;

Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966;

Covarrubias C., Andrés, Introducción a la retórica clásica. Una teoría de la argumentación práctica, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2.003;

Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1970;

Döhring, Erich, La prueba, su práctica y apreciación, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972;

Enrique P., Orlando, La doctrina contemporánea sobre la prueba y su aplicación en Colombia, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009;

Foschini, Gaetano, Sistema del diritto processuale penale (I). Giuffrè, Milán, 1965;

Gascón A., Marina, La prueba judicial: valoración racional y motivación, Universidad de Castilla La Mancha, s/f.;

González C., Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, Revista Chilena de Derecho, Santiago, Vol. 33, N° 1, abr. 2006;

Horvitz L., María, LÓPEZ M., Julián, Derecho Procesal Penal chileno, Vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004;

Mittermaier, Carl Joseph Antón, Tratado de la Prueba en materia Criminal, Editorial Ángel Editor, Bogotá, 2001;

Mondolfo, Rodolfo, Verum factum, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 1971;

Navarro A., René, Derecho Civil Patrimonial. Tomo I, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2011;

Oberg Y., Héctor, “Las Máximas de Experiencia”, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 178, Concepción, 1985;

Popper, Karl, Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1994;

Rickert, Heinrich, Teoría de la definición, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1960, Cuaderno N° 9;

Rodríguez B., Luisa, “El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación educativa”, en Revista Digital Universitaria N° 21, UNAM, México, 2004;

Rosenberg, Tratado de derecho procesal civil, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1955, vol. II;

Samaja, Juan, Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la Investigación Científica, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2004;

Serrano, Sebastià, La lingüística. Su historia y su desarrollo, Editorial Montesinos, Barcelona, 1999;

Stein, Friedrich, El conocimiento privado del juez, Traducción de De la Oliva, Editorial Temis, Bogotá, 1988;

Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, Editorial Trotta, Madrid, 2002;

—Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Editorial Temis, Bogotá, 2006;

Voltaire, Tratado de la tolerancia, Traducción de Ricardo Zelarayán, Editorial Losada, Buenos Aires, 2003.

* (Copiapó, Chile. 1976). Abogado de la Oficina de Defensa Laboral. Ex Director Carrera de Derecho Universidad de Atacama UDA. Consultor en temas Civiles, Laborales y Procesales. Colaborador de la Revista Latinoamericana de Derecho Social, Universidad Nacional Autónoma de México. Vocal Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social “Guillermo Cabanellas” (2012-2016). Maestrando de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario. r.navarro@navarroalbina.cl. Artículo recibido el 4 de marzo de 2014; admitido el 13 de marzo de 2014.

[1] Desde Sócrates, Platón, y Aristóteles, la temática de la definición, es “tema”. Vide: Rickert, Heinrich, Teoría de la definición, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1960, Cuaderno N° 9, pp. 370 y ss.

[2] Las palabras se dan en el contexto de un lenguaje y una lengua. “(...) la lengua es un miembro pequeño, y sin embargo, se jacta de grandes cosas. ¡Pues qué gran bosque se incendia con tan pequeño fuego! También la lengua es un fuego, un mundo de iniquidad. La lengua está puesta entre nuestros miembros, la cual contamina todo el cuerpo, es encendida por el infierno e inflama el curso de nuestra vida. Porque toda clase de fieras y de aves, de reptiles y de animales marinos, se puede domar y ha sido domado por el ser humano, pero ningún hombre puede domar la lengua. Es un mal turbulento y lleno de veneno mortal. Con ella bendecimos a nuestro Señor y Padre, y con ella maldecimos a los hombres, que han sido hechos a la imagen de Dios. De la misma boca proceden bendición y maldición. ¿Acaso una fuente echa agua dulce y amarga por la misma abertura? (...)” 3ra Carta del Apóstol Santiago.

- [3] Serrano, Sebastià, *La lingüística. Su historia y su desarrollo*, Montesinos, Barcelona, 1.999, p. 16 y ss.
- [4] Serrano ob. cit. p. 11.
- [5] La palabra, era un arma destinada a influir en el pueblo, delante de un tribunal, una asamblea, etc. Un arma decisiva para obtener la victoria en las luchas donde el discurso era decisivo. Gorgias señala: quien posee la palabra, posee la espada. Serrano ob. cit. p. 12.
- [6] Cáceres N., Enrique, *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, UNAM, México, 2000
- [7] Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1970. pp. 95 y ss.
- [8] Alvarado Velloso, Adolfo, *Prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Juris, Rosario, 2007, pp. 181 y ss.
- [9] El Código de Bello, en su artículo 19, inciso primero señala: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.” Con esta afirmación, se explicita la idea que, como el legislador se ha servido de palabras, el sentido de la misma Ley ha de estar manifestado en su propio texto, texto que en teoría, ha sido elaborado con minucioso detalle y rigor por nuestros legisladores. Ahora bien, ¿cuál es el sentido en que deberían tomarse las palabras de la Ley?: es allí donde cobran valor las reglas contenidas dentro del elemento -que Savigny denominó- gramatical. La primera parte del artículo 20 del mismo cuerpo legal, entrega la regla general: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (...).” Durante algún tiempo, se sostuvo que el sentido natural y obvio es el que da a las palabras el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAE). Sin restar mérito a tan prestigioso y útil diccionario, lo cierto es que no sólo allí podríamos rescatar el sentido (por lo demás natural y obvio) de las palabras: podría ser útil cualquier diccionario de relativo prestigio; y también, las usadas en un medio o círculo especial. Posteriormente, se ha señalado que no es obligatorio el uso de este diccionario, sino que también es plausible recurrir al significado que en las circunstancias sociales en que se dictó la Ley tienen las palabras, porque el sentido natural es el que se le atribuye en el medio que se la emplea. Navarro A., René, *Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2011, p. 54 y ss.
- [10] Andrés I., Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 12, Madrid, 1992, pp. 257 y ss.
- [11] Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, trad. De la Oliva, Temis, Bogotá, 1988, p. 27. Cabe hacer notar, que Stein escribió esta obra en Leipzig el año 1893, y fue reimpresa mucho después de su muerte, en la década de 1970, y en sucesivas reimpresiones posteriores. La última traducida al español es del año 1999 de la Editorial Temis. Friedrich Wilhelm Victor Albert Stein (1859-1923).
- [12] Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, Ejea, Buenos Aires, 1955, vol. II, p. 210.
- [13] Foschini, Gaetano, *Sistema del diritto processuale penale (I)*. Giuffrè, Milán, 1965, pp. 414-415.
- [14] Avilés M., Luis, “Hechos y su fundamentación en la sentencia. Una garantía constitucional”, *Revista de Estudios de la Justicia (REJ) Universidad de Chile*, Nº 4, Santiago, 2004, pp. 177 y ss.
- [15] Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 192.
- [16] Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 381.
- [17] Oberg Y., Héctor, *Las Máximas de Experiencia*, en *Revista de Derecho Universidad de*

- Concepción, N° 178, Concepción, 1985, p. 54.
- [18] González C., Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, Revista Chilena de Derecho, Santiago, Vol. 33, N° 1, abr. 2006.
- [19] Lo que no está en las actas -o en el expediente, o en el proceso- no está en este mundo.
- [20] Döhring, Erich, La prueba, su práctica y apreciación, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 323 y 324.
- [21] Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, Trotta, Madrid, 2002, pp. 208 y ss.
- [22] Horvitz L., María, LÓPEZ M., Julián, Derecho Procesal Penal chileno, Vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 336.
- [23] Taruffo, ob. cit., p. 126.
- [24] Enrique P., Orlando, La doctrina contemporánea sobre la prueba y su aplicación en Colombia, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 118 y ss.
- [25] Mittermaier, Carl Joseph Antón, Tratado de la Prueba en materia Criminal, Editorial Ángel Editor, Bogotá, 2001, p. 311.
- [26] Enrique ob. cit., p. 76.
- [27] Para el DRAE sentido común es el modo de pensar y proceder tal como lo haría la generalidad de las personas.
- [28] Ibid.
- [29] Taruffo, Michele, Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 110.
- [30] Ibid.
- [31] Gascón A., Marina, La prueba judicial: valoración racional y motivación, Universidad de Castilla La Mancha, s/f.
Disponible
en: http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf
- [32] Gascón, ob. cit., p. 7.
- [33] Covarrubias C., Andrés, Introducción a la retórica clásica. Una teoría de la argumentación práctica, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, pp. 43 y ss.
- [34] Entimema: silogismo abreviado que, por sobrentenderse una de las premisas, solo consta de dos proposiciones, que se llaman antecedente y consiguiente; i.e., el sol alumbraba, luego es de día. Vid: DRAE.
- [35] Ya dijimos, que el ejemplo (parádeigma) es la inducción retórica, en parte semejante y en parte diferente de la epagogé dialéctica. La diferencia entre ambas pruebas inductivas radica en que el parádeigma (ejemplo) no establece una relación de la parte con el todo, ni del todo con la parte, ni del todo con el todo, sino de una parte con otra parte, donde una de estas partes es más conocida que la otra. Así el ejemplo no busca realizar inducciones completas (a diferencia de la epagogé dialéctica), las que exigen una alta persuasión para ser aceptadas, sino que por el contrario, el parádeigma (ejemplo) busca producir un vínculo persuasivo, fundado en la semejanza de los casos indispensables propuestos por el orador, para generar rápida y claramente una persuasión. COVARRUBIAS ob. cit., p. 42.
- [36] Protágoras destacó la utilidad de la persuasión, dado el horizonte ambiguo que siempre presenta la realidad. Plausiblemente, esto le hace volverse hacia la consideración de los lugares comunes (tópoi-loci). Los tópoi, en cuanto lugares desde donde atacar y defenderse posibilitan las argumentaciones contrarias, e incluso permiten convertir el argumento más débil en uno más fuerte. Covarrubias ob. cit., p. 23.
- [37] Nótese la similitud con la noción de máximas de la experiencia: extraer principios mirando el singular.

[38] Tópicos 163 b, 16 y ss. Citado por Covarrubias.

[39] Aristóteles, Retórica, Alianza, Madrid, 2007, p. 189.

[40] Covarrubias ob .cit., p. 47.

[41] Paráfrasis de la DRAE.

[42] Rodríguez B., Luisa, “El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación educativa”, Revista Digital Universitaria N° 21, UNAM, México, 2004.

[43] De aquí en adelante seguiremos in extensum el aporte de Rodríguez B., Luisa, ob. cit.

[44] Son aserciones factuales, aquellas que infieren acerca de hechos, condiciones o relaciones pasadas, presentes y futuras. Son aserciones valorativas, las que establecen el valor o mérito de una idea, objeto o práctica, de acuerdo con estándares o criterios suministrados por el argumentador. Los valores son actitudes positivas o negativas hacia hechos, situaciones o maneras de actuar. Se basan en indicadores como “bueno v/s malo”, “moral v/s inmoral”, “positivo v/s negativo”. Las aserciones políticas (también llamadas decisiones a tomar), informan sobre lo que debería hacerse o no, sobre las decisiones a tomar para resolver un problema. Las aserciones causales, expresan el motivo por el cual algo ha ocurrido o habrá de ocurrir, y sus efectos. Por último, las aserciones definitorias, tienen como propósito describir algo, respondiendo a las preguntas tales como: ¿qué es?, ¿cómo es?... Rodríguez B., Luisa, ob. cit.

[45] Rodríguez B., Luisa, ob. cit.

[46] En materia jurídica, garantía refiere a nociones afines en ambas ramas del Derecho. Sin embargo, en la tradición iusprivatista se restringe a los llamados contratos accesorios, esto es, aquellos que (dependiendo de uno principal i.e. compraventa, aseguran su cumplimiento como la hipoteca, la fianza, la prenda, etc.). En la tradición publicista, se vincula al desarrollo del constitucionalismo y de la noción de Estado de Derecho; y también -incluso- como sinónimo de derechos público-subjetivos, ddff, derechos del ciudadano frente al Estado. ¿A qué refiere garantía en el lenguaje? ¿Qué entendemos por garantía, garantías, garantizar? Etimológicamente: en francés garant, y este quizá del franco werênd; y del germánico wërênt, gewâhren, en inglés warrant y también backing. Las nociones llevan también a entenderla en el sentido de: - librar de cuidado o temor; - tranquilizar, infundir confianza; - dejar seguro de la realidad o certeza de algo; - afirmar la certeza de lo que se refiere; - preservar o resguardar de daño; - dar firmeza o seguridad; - apoyo, sostén, protección, respaldo, báculo, bastón (Cfr. DRAE). Con todo, la voz garantía tiene un componente empírico insoslayable, i.e. tiene que ocurrir lo que se dice que ocurrirá. La noción de garantía, ha llevado incluso a afirmar que si los instrumentos (leyes, constituciones, etc.) que consagran “derechos” no se “materializan”, empíricamente: no ofrecen garantía. Dicho de otro modo, la noción de garantía, envuelve un componente más que de validez, de eficacia; lo que conecta al término (garantía) con el Derecho Procesal, refiriéndose aquí a la idea que si un derecho no tiene un proceso para consolidarlo empíricamente, se convertiría en una declaración meramente “programática”: No hay derecho(s) si éste(estos) no están garantizados, no sólo a nivel normativo-declarativo, sino en el plano de su ejecución práctica, y de la normatividad involucrada para hacerlo posible.

[47] ¿Máxima de la experiencia?

[48] En la vida diaria es necesario conocer los tipos de frases modales propias de los diversos tipos de argumentación práctica. Ellos revelan la fuerza de la tesis. Se expresan generalmente a través de adverbios que modifican al verbo de la aserción que se discute o a través de adjetivos que modifican a los sustantivos claves. Algunos modificadores modales son: quizá, seguramente, típicamente, usualmente, algunos, pocos, algunas veces, la mayoría, probablemente, tal vez. El modo del verbo es también un cualificador modal.

[49] Una de las virtudes del aporte de Popper, fue justamente relevar el papel en ciencia del falsacionismo o refutacionismo, como conditio sine qua non del conocimiento científico.

A Popper le preocupan intensamente los límites del conocimiento y sus demarcaciones y en ese plano, nos dice “el conocimiento, especialmente el conocimiento científico, progresa a través de anticipaciones injustificadas (e injustificables) de presunciones, de soluciones tentativas para nuestros problemas, en suma, de conjeturas. La crítica de nuestras conjeturas es de importancia decisiva: al poner de manifiesto nuestros errores, nos hace comprender las dificultades del problema que estamos tratando de resolver.” Popper, Karl, Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico, Paidós, Buenos Aires, 1994.

[50] Véase la nota al pie N° 51 precedente (§8.5).

[51] En un Estado Democrático de Derecho: todos nosotros somos la audiencia.

[52] Los justiciables y la opinión pública.

[53] Sólo haremos referencia a jurisprudencia sentido mínimo.

[54] Según el DRAE, etimología significa origen de las palabras, razón de su existencia, de su significación y de su forma; y también, especialidad lingüística que estudia el origen de las palabras consideradas en dichos aspectos.

[55] Navarro, ob. cit., pp. 44 y ss.

[56] A título de referencias bibliográficas, y de fuentes de investigación jurídica, destacan en Chile la Revista de Derecho y Jurisprudencia Chilenas (R.D.J.), la Gaceta de los Tribunales (Gaceta), y los Repertorios de Legislación y Jurisprudencia Chilenas (Rep.).

[57] Corte de Apelaciones de Concepción, 07/12/2010, Rol 546-2010. Recurso de Nulidad (Proceso Penal).