

EL SENTIDO COMÚN Y LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA*

The common sense and experiential knowledge

SEBASTIÁN SANDOVAL AYALA**

Universidad Alberto Hurtado

Resumen

Este artículo busca establecer la relación que existe entre la noción de sentido común y la noción de las máximas de la experiencia. El punto de partida de la argumentación es la definición de sentido común de Clifford Geertz (1999) y la definición de máximas de la experiencia de Coloma y Agüero (2014). Se argumenta que no es posible asimilar el sentido común y las máximas de la experiencia porque ello conduciría a considerar —al valorar la prueba—, prejuicios y sesgos culturales jurídicamente inadmisibles. La conclusión sostiene que las máximas de la experiencia son razonamientos que el juez construye depurando el conocimiento social que está en el sentido común para hacerlo coherente con las exigencias del derecho.

Palabras clave

Sentido común, máximas de la experiencia, razonamiento probatorio.

Abstract

The present work pursues to establish the correlation existing between the notions of common sense and experiential knowledge. The starting point is the definition of common sense made by Clifford Geertz (1999) as well as the definition of experiential knowledge by Coloma and Agüero (2014). This paper argues that it is not possible to assimilate common sense and experiential knowledge, because that would lead to consider —when assessing the evidence— legally inadmissible prejudices and cultural biases. The conclusion sustains that experiential knowledge are reasonings that the judge builds by refining the social knowledge contained in common sense to endow it with coherence with the requirements of law.

Key words

Common sense, experiential knowledge, evidential reasoning.

1. Introducción

Durante los últimos años, la sana crítica ha sido objeto de múltiples discusiones entre juristas que apoyan o critican tanto sus fundamentos como su operatividad en el plano judicial. Parte importante de las críticas toman como punto de partida la indeterminación de las disposiciones que regulan la materia. En general, estas disposiciones suelen hacer referencia a tres límites o criterios que representan ciertas exigencias de racionalidad mínima: los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados¹. En el derecho chileno, el legislador ha enunciado estos criterios en distintos cuerpos normativos pero no los desarrolla.

Para que estas disposiciones puedan operar de manera efectiva como cláusulas de racionalidad, deben ser reconstruidas por la dogmática y la jurisprudencia. De acuerdo con este

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación FONDECYT N°1221269, "Aproximación a un modelo retórico-discursivo para las sentencias que razonan con normas indeterminadas", cuyo investigador responsable es el profesor Claudio Agüero San Juan y del cual el autor es investigador asociado.

** Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Correo electrónico: s.sandovalayala@gmail.com.

¹ BENFELD (2020), p. 71.

presupuesto, la tarea de los jueces y juristas es integrar el derecho formulando pautas de razonamiento, criterios de fundamentación o límites epistémicos a partir de la disposición que fija la sana crítica. En este orden de ideas, el presente trabajo es un ejercicio que propone adscribir a la expresión “máximas de la experiencia” un significado más preciso y, entonces, formular un conjunto de pautas o guías de razonamiento que puedan ser útiles para mejorar la calidad epistémica de la valoración probatoria.

Esta tarea enfrenta una dificultad inicial. La expresión ‘máxima de la experiencia’ que usa la legislación ha sido reconstruida como una designación de un conjunto variopinto de reglas de razonamiento informal, vulgar, popular, general o cotidiano, a los que habitualmente se designa como “sentido común”². Esta conexión entre el sintagma ‘máxima de la experiencia’, que usa la ley, y el sentido común mencionado por diversos juristas ha sido objeto de controversia. Hay quienes la defienden³ y también hay quienes la critican⁴. Quienes sostienen que la reconstrucción de las palabras del legislador, como una expresión del sentido común, conduce a un callejón sin salida, afirman que la idea misma de sentido común genera más indeterminación y no es adecuada para limitar la labor epistémica del juez al valorar la prueba. Para estos autores, el sentido común es un conjunto incoherente e inconsistente de generalizaciones que muchas veces expresan más los sesgos, estereotipos y prejuicios personales del juez que una aproximación adecuada a la realidad⁵. Por ello, no es posible esperar de ese conjunto ningún tipo de límite a la valoración probatoria.

A mi juicio, los críticos de la expresión ‘máximas de la experiencia’, entendida como sentido común, deben afrontar al menos dos problemas. Por una parte, no haber clarificado qué significa que un conocimiento socialmente compartido sea la fuente de las máximas de la experiencia y, entonces, haber olvidado que hay ciencias sociales que se han hecho cargo de reconstruir esos saberes que llamamos sentido común y; por otra parte, su excesiva confianza en la utilidad de los desarrollos epistemológicos de la filosofía de la ciencia natural para modelar las tareas judiciales⁶, excluyendo otras fuentes de conocimiento. El presente trabajo, en cambio, asume que existen ventajas en mantener la expresión si esta es clarificada y reformulada para permitir que cumpla con los objetivos que propone la sana crítica.

Ello exige clarificar qué podemos entender por sentido común. En este trabajo utilizaré la reconstrucción propuesta por Clifford Geertz según la cual se trata de un concepto complejo, que incluye tanto observaciones triviales de la realidad como elementos normativos. Utilizaré esta noción únicamente como punto de partida para establecer algunas complicaciones que presenta esta fuente de conocimiento en el contexto de la valoración probatoria⁷.

Una vez clarificado el concepto, afirmaré que el sentido común no puede ser fuente directa de las máximas de la experiencia, es decir, para cumplir con los objetivos de la sana crítica el juez no puede recurrir al sentido común de forma inmediata, sino que debe necesariamente filtrarlo y hacerlo compatible con ciertas exigencias del derecho. En este sentido, toda máxima de la experiencia es parte del sentido común de una comunidad, pero no todos esos saberes que llamamos sentido común son máximas de la experiencia. El rasgo diferenciador que defiende es la compatibilidad de las máximas con las exigencias del derecho.

² SOTO (2008), p. 63.

³ En el medio nacional han señalado esta conexión COLOMA Y AGÜERO (2014); LARROUCAU (2014); y LASO (2009), entre otros.

⁴ NIEVA (2010), p. 211.

⁵ TARUFFO (2013), p. 74.

⁶ ANDERSON (2015), pp. 330-331.

⁷ Los críticos de la expresión “máximas de la experiencia” no suelen especificar qué noción de sentido común están utilizando, lo que supone una dificultad adicional para el debate que se pretende desarrollar en este trabajo. A modo general, podemos distinguir al menos dos sentidos del término: uno simple y otro compuesto. El primero fue desarrollado por MOORE (1984), según el cual una proposición pertenece al sentido común cuando resulta ser evidente u obvia (p. 49), por ejemplo, si se sostiene que “existo” y “estoy escribiendo este texto”. La segunda es más compleja e involucra no solo descripciones triviales o evidentes sobre la realidad sino que también elementos normativos que posibilitan un juicio culturalmente situado. La mayoría de las críticas que se revisan más adelante pueden vincularse con esta segunda noción de sentido común y, en particular, con alguna de las cuasicalidades que desarrolla Clifford Geertz. En lo que sigue, usaré la reconstrucción propuesta por este autor.

Para fundar esta tesis, este artículo procede en cuatro pasos. El primero elucida el concepto de sentido común a partir del trabajo del antropólogo Clifford Geertz⁸. El segundo paso es definir las máximas de la experiencia. Usaré como punto de partida el trabajo de Stein (1988) y el de Coloma y Agüero (2014) para formular una concepción alternativa. El tercer paso consiste en establecer una relación entre el sentido común y las máximas de la experiencia. Sostendré, en este punto, que las máximas de la experiencia son un producto de la actividad judicial, por medio de la cual el juez depura el sentido común y construye una máxima que le permite valorar la prueba. Esto genera dos consecuencias: el sentido común no es sinónimo de máxima de la experiencia y el sentido común es solo una fuente mediata de las máximas. Así, entre el sentido común y las máximas de la experiencia se ubica un proceso de construcción normativa que debe realizar el juez en orden a filtrar aquellos elementos presentes en el sentido común pero que no son jurídicamente admisibles. Caracterizaré esta postura utilizando el concepto de “sentido común ilustrado” y estableceré una serie de pasos que el juez debe seguir para establecer una máxima de la experiencia a partir del sentido común. Finalmente, el cuarto paso sistematiza las conclusiones de la investigación.

2. El sentido común

Desde la antropología, Clifford Geertz ha ensayado una reconstrucción del concepto⁹. Según el autor, en un primer momento el sentido común —en adelante SC para abreviar—, contiene ciertas aprehensiones objetivas de la realidad que es conocida directamente por los sentidos. Así, son afirmaciones de sentido común descripciones de conocimientos triviales como “el fuego quema”, “el agua moja”, “el aire es invisible”, las que pueden enunciarse sin altas exigencias argumentales. Asimismo, el SC parece formar un conjunto de juicios o decisiones sobre tales aprehensiones o conocimientos, de forma que se configura un saber coloquial, una suerte de sabiduría o cultura popular que sería apta para guiar nuestra conducta. Si sabemos que el fuego quema, podemos decir que “no debiésemos jugar con él”. Por esta razón, señala Geertz, una persona que ignora este saber común tropieza constantemente con la cotidianidad, es decir, jugará con fuego y, tarde o temprano, se quemará.

Cuando se predica que Fulano tiene sentido común no solo nos referimos a que esa persona utiliza sus sentidos o sus conocimientos para aproximarse a la realidad, sino que los usa de forma juiciosa. Lo que queremos decir es que Fulano es capaz de anticiparse a los fenómenos mundanos (y a otros no tan mundanos) y reaccionar en consecuencia. Por ello, la persona con SC sale de su casa con un paraguas si el día está nublado, usa guantes antes de realizar labores de bricolaje o jardinería y mira hacia ambos lados de la calle antes de cruzarla.

Según la reconstrucción propuesta por el autor, el SC se compone de dos nociones relacionadas entre sí. Por una parte, de un conjunto de saberes que gozan de una alta aceptabilidad por parte de una comunidad y, por otra, de un conjunto de juicios construidos sobre esos saberes y que nos permite calificar la conducta de las personas como juiciosa o prudente (cuando se corresponde con el SC en tanto conjunto de saberes) o imprudente (cuando se aparta de estos conocimientos)¹⁰.

Para determinar entonces qué relación existe entre el SC y las máximas de la experiencia es necesario caracterizar este conjunto de conocimientos y determinar qué problemas puede presentar. Para Geertz, en tanto conjunto de saberes, el SC forma una narración totalizadora de la realidad y, en este sentido, rivaliza con otros relatos más sofisticados como el relato científico. Si es de SC afirmar que un amanecer es “la salida del Sol por el este”, sabemos, gracias a la

⁸ GEERTZ (1994), p. 107.

⁹ GEERTZ (1994), pp. 93-116.

¹⁰ Puede ocurrir que el conjunto de saberes socialmente aceptados no parezca coincidir con la conducta de una persona juiciosa, de tal forma que se produciría una especie de conflicto entre ambas nociones del término. Estas situaciones son explicadas por Geertz en razón de la asistematicidad de este tipo de conocimiento. En ocasiones, el SC está compuesto por saberes antagónicos o rivales que pueden motivar dos conductas contrarias. La conducta de una persona puede ser calificada como concordante con una parte del SC, pero discordante con otra.

ciencia, que nuestros sentidos nos engañan, ya que es el movimiento de rotación de la Tierra lo que genera el amanecer. Y para estos engaños el SC carece de respuesta. Junto a esta dimensión totalizante de la realidad, a juicio de Geertz, el SC presenta cinco cuasi cualidades: (a) Naturalidad, (b) Practicidad, (c) Transparencia, (d) Asistematicidad y (e) Accesibilidad.

La naturalidad es aquel rasgo que permite sostener que el SC es un conocimiento con cierto aire de obviedad, como si lo que describiese fuese siempre inherente a la situación, como si fuese natural que las cosas terminasen tal como han terminado¹¹. Esto no implica que se trate de un cierto tipo de naturalismo filosófico o de buscar en la naturaleza la razón de las cosas. Sino que, el relato construido, por muy fantástico que sea, se considera como obvio y, entonces, como una incuestionable verdad que se ha de aceptar. No se le estudia ni se le cuestiona, solo cabe actuar en consecuencia.

La practicidad es aquella cuasicualidad del SC en cuya virtud su seguimiento evita el proceso de toma de decisiones. Cuando una persona se aparta del SC puede verse enfrentada a consecuencias desagradables. La persona que juega con fuego se acaba quemando y quien sale sin paraguas en un día nublado queda empapado por la lluvia. Para evitar estas consecuencias el SC permite orientar la conducta bajo cierto automatismo frente a lo mundano, evitando resultados sorprendidos. Nótese, en todo caso, que es el SC el que otorga practicidad a las cosas y no a la inversa. Lo práctico, en este caso, puede ser la adoración de una deidad, la creencia de que las islas se forman por la lucha ancestral entre dos serpientes o la creencia en un ente salvador y redentor de pecados. No se requiere que, en los hechos, ocurra algo útil que justifique nuestro relato. Se trata de algo útil solo porque nuestro relato así lo constituye.

La tercera cuasicualidad del SC es la transparencia. El SC nos permite (creer que podemos) entender el mundo. Las cosas importantes están ahí, a la vista y al alcance de todo aquel que quiera mirar. El mundo es simple, no complejo¹². “El mundo es lo que las personas sencillas y despiertas creen que es” y no otra cosa. Esta propiedad se opone a la opacidad de la ciencia, ya que según el SC no hay un saber que valga la pena descubrir por medio de la aplicación de complicados métodos o luego de años de estudio.

La cuarta cuasicualidad del SC es su asistematicidad. En palabras del autor, “la sabiduría del sentido común es descarada y condenadamente ad-hoc”¹³. El SC no pretende ser coherente, ya que se trata de un relato fragmentario que se reproduce a sí mismo solo en determinadas circunstancias. Para el SC no hay problemas en afirmar A y -A al mismo tiempo. Así, si alguien afirma que “a quien madruga, Dios le ayuda”, no habrá restricciones para sostener que “no por mucho madrugar amanece más temprano”. Ambas afirmaciones, que aconsejan cursos de acción en sentido contrario, son acertadas desde la perspectiva del SC y esta contradicción no tensa ni desvirtúa el conjunto del conocimiento.

La quinta cuasicualidad del SC es su accesibilidad. Esta consiste en la asunción de que cualquier persona con sus “facultades razonablemente intactas puede llegar a conclusiones de sentido común”¹⁴. No se trata de un saber de difícil acceso, sino que está ahí, disponible para quien quiera encontrarlo o descubrirlo. Esto implica que no se requieren habilidades ni facultades demasiado sofisticadas: se trata de algo familiar, un aprendizaje que cualquiera puede y podría aprehender.

La conclusión a la que arriba Geertz es que el SC no corresponde a un conocimiento liberado de propensiones y prejuicios, todo lo contrario. Se trata de un conocimiento lleno de presunciones sobre el mundo con el que nos relacionamos¹⁵. Asimismo, se trata de un conocimiento en constante cambio, no de un acervo fijo y estable¹⁶. La inestabilidad del SC genera problemas para su identificación. En este sentido, Alfred Schutz, nos señala que es

¹¹ GEERTZ (1994), p. 107.

¹² GEERTZ (1994), p. 111.

¹³ GEERTZ (1994), p. 112.

¹⁴ GEERTZ (1994), p. 113.

¹⁵ REYERO (2001), p. 72.

¹⁶ SCHUTZ (2003), p. 261.

posible reconocer diversas zonas del sentido común¹⁷: (a) En primer lugar, existiría un núcleo relativamente pequeño de conocimiento que es claro, nítido y coherente en sí mismo; (b) Rodean a este núcleo zonas de diversos grados de vaguedad, oscuridad y ambigüedad; (c) Siguen otras zonas de cosas que se presuponen, creencias ciegas, meras suposiciones, puras conjeturas, zonas donde bastará simplemente confiar; (d) Hay, por último, regiones que ignoramos por completo. Salvo por los elementos que conforman el primer nivel, no podríamos distinguir con facilidad cuándo un juicio conforma parte del sentido común y cuándo no.

3. ¿Por qué pensamos en clave de sentido común?

El discurso de SC obedece a la necesidad que tenemos de relacionarnos con el mundo que nos rodea con cierta seguridad, de lo que se sigue un conjunto de presunciones sobre cómo funcionan las cosas y cómo actuar en concordancia¹⁸. Podemos sostener que el SC constituye una heurística, en tanto nos ofrece explicaciones simplificadas de la realidad y nos permite responder de forma eficiente ante situaciones cotidianas e incluso ante situaciones no previstas¹⁹. Las respuestas que encontramos en el SC suelen estar basadas en juicios simples de relación causal.

Esto resultará más claro con un ejemplo. Pensemos en un alumno que reprueba un examen de matemáticas. Probablemente, el conocimiento experto sea capaz de representar la situación a partir de múltiples factores que explican, pero también complejizan, el fenómeno: la falta de preparación previa del alumno solo es uno de entre muchos factores y algunos de ellos podrían incluso escapar al control del estudiante, por ejemplo, una mala relación con sus compañeros de curso, problemas domésticos, falta de atención de los docentes, un colegio mal equipado o problemas psicosociales podrían explicar el fracaso escolar en matemáticas. La respuesta de sentido común es, en cambio, mucho más simple: el joven ha reprobado porque no estudió lo suficiente. Si estudiase más, podría aprobar.

La explicación de SC puede ser, desde el punto de vista técnico, un error. Ignora por completo muchos de los posibles factores que contribuyeron a generar el fenómeno analizado y, sin embargo, conlleva un gran acierto: permite reaccionar en poco tiempo y sin necesidad de realizar mayores gastos en encontrar la causa del problema. Así, el SC entrega un claro marco de actuación: el joven deberá estudiar más si quiere aprobar. La pauta de actuación construida a partir del SC suele ser adecuada para la gran mayoría de los casos, pero puede llegar a fracasar ante los escenarios más complejos.

La experiencia juega aquí un rol fundamental. Probablemente quien recurre al SC ha tenido la oportunidad de vivir situaciones semejantes y las ha sorteado aumentando el tiempo de estudio. O, a la inversa, sabe que muchos de los que reprueban estudiaban poco tiempo. Quizá ha escuchado que quienes han tenido éxito al enfrentar el examen de matemáticas han dedicado muchas horas de trabajo, entre otras ideas semejantes. Nótese que toda esta información circula de forma más o menos libre en la sociedad, porque el conocimiento de SC suele ser público o accesible.

La dependencia de la experiencia explica los límites del SC. Las personas que se guían por el SC pueden llegar a cometer errores en la persecución de sus objetivos porque este conocimiento nos entrega una visión resumida de la realidad que funciona por analogía. Entonces, cuando el problema que debe resolverse es solo en apariencia similar al que ya hemos resuelto exitosamente, el SC fallará. La realidad es compleja con independencia de nuestra

¹⁷ SCHUTZ (2003), p. 260.

¹⁸ Daniel Kahneman sostiene que las personas operan con dos sistemas de pensamiento, denominados sistema 1 y sistema 2. “El Sistema 1 opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario”, mientras que el sistema 2 “centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos”. Las operaciones del Sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse. Usualmente las personas nos movemos en el sistema 1, que es nuestro sistema por defecto. El sistema 2 es mucho más costoso en términos evolutivos, pues requiere de mayor tiempo para funcionar. El sentido común, en tanto heurística, constituye un tipo de pensamiento habitual del sistema 1. Es intuitivo, rápido y nos permite actuar de forma eficiente. KAHNEMAN (2015).

¹⁹ MONTALVO (2005), p. 196.

necesidad de simpleza y la multiplicidad de causas que contribuyen a la producción de un fenómeno no es completamente procesada por el SC. Por esta razón, es posible, aunque no habitual, que un estudiante que aumente sus horas de estudio para intentar aprobar un examen de matemáticas, vuelva a fracasar.

El conocimiento afianzado en el SC no guarda una relación fuerte con la veracidad de sus premisas²⁰. Lo importante para este tipo de saberes es que nos permite interactuar con la realidad de forma tolerable, adecuada a las capacidades de las que disponemos y, por ello, es usual que el estatus de verdaderos que podría eventualmente reconocerse a algunos de sus enunciados, sea negociado. De esta forma, aunque las creencias afianzadas en el SC gozan de una presunción de veracidad dentro de la comunidad, ellas no son necesariamente verdaderas por el solo hecho de pertenecer a este acervo. Ahora bien, quien cuestione las premisas que forman parte del SC de una comunidad emprende un viaje cuesta arriba. Ese ejercicio de cuestionamiento o crítica exige bastante energía, datos y el transcurso del tiempo para surtir efectos.

4. La calidad e injusticia epistémica del sentido común

La calidad epistémica de los juicios fundados en el SC es cuestionable. El uso del SC como fuente de conocimiento implica ciertas dificultades: (a) Se trata de un tipo de conocimiento que no guarda un compromiso directo con la verdad; (b) Es un conocimiento que puede ser asistemático, por lo que bien vale para justificar una conducta, así como su contraria, y (c) Pueden existir problemas para identificar sus elementos, de manera que no siempre podemos asegurar que una premisa es (o no) de sentido común. Parece claro que estas dificultades pueden llegar a constituir un obstáculo epistémico para el juez que pretende valorar la prueba con ciertas pretensiones de racionalidad. De esta forma, la relación entre la sana crítica y el sentido común puede llegar a ser compleja, sobre todo ante escenarios en que las generalizaciones de sentido común no expliquen de manera adecuada la ocurrencia de los hechos.

Otro conjunto de problemas asociados al SC se refiere a la (in)justicia epistémica. Este término denota la existencia de sesgos y prejuicios que afectan a una persona en su condición de sujeto de conocimiento²¹. Un tipo específico de injusticia epistémica es la injusticia testimonial, la que opera cuando se otorga a un hablante una credibilidad disminuida en su relato con base en prejuicios sociales tales como la clase, raza, género, ideología, religión u otros por el estilo²².

En la medida en que el SC está orientado a la practicidad tiende a reproducir los prejuicios existentes en una sociedad determinada. Si una sociedad es calificable como machista, el SC correspondiente contendrá, por ejemplo, prejuicios que sobrevaloren la credibilidad de los relatos de los hombres e infravaloren los relatos de las mujeres. La valoración de la credibilidad de un relato conforme al SC, en este contexto social, tendrá un sesgo desfavorable hacia las mujeres vulneradas. En este sentido, Martha Noya, a propósito de un estudio sobre los sesgos de género que afectan a los jueces en Bolivia, ha señalado que “El estudio ‘La sana crítica del juez en la aplicación de justicia a casos de violencia contra las mujeres’, pone en tela de juicio el sistema de apreciación y valoración de la prueba para las resoluciones del juez, en una sociedad donde la lógica, la experiencia, el buen sentido y el entendimiento del juez, están absolutamente permeados por una cultura patriarcal y machista que rige el momento de dictar sentencias dando lugar al sesgo de género en la aplicación de justicia”²³.

La valoración de la prueba basada en las máximas de la experiencia podría llegar a reproducir esta clase de sesgos y, por tanto, podríamos cuestionar si este tipo de conocimiento

²⁰ MONTALVO (2005), p. 194.

²¹ FRICKER (2007), p. 17.

²² GONZÁLEZ (2015), p. 53.

²³ NOYA (2016), pp. 7-8.

es jurídicamente admisible. Con ello, no quiero decir que el SC se agote en un conjunto de prejuicios inadmisibles para valorar la credibilidad de un relato. Por cierto, gran cantidad de saberes de SC no generan este tipo de problemas y son completamente aptos para ser integrados a la tarea de la valoración probatoria. El punto que pretendo sostener es que algunas de estas generalizaciones pueden formar parte del SC, sobre todo cuando la sociedad adolece de vicios como los señalados. Para estos casos, es necesario poner énfasis en el rol del juez al momento de construir una máxima de la experiencia.

5. ¿Qué son las máximas de la experiencia?

No hay muchos trabajos que definan con claridad qué son las máximas de la experiencia —en adelante ME para abreviar— indiquen cómo identificarlas y cómo operan en el razonamiento judicial. En general, hay dos modos de reconstruir las ME. Un primer modo de reconstruir este concepto se basa en la noción de generalización. Un claro ejemplo de este enfoque es el trabajo de Stein quien señala que las ME “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”²⁴. Se trata, por tanto, de generalizaciones útiles para valorar la prueba y que gozan de cierta aceptabilidad.

Diversos autores han planteado dudas respecto a la calidad epistémica de estas generalizaciones. A su vez, es usual que esta valoración se contraste con la calidad epistémica de los conocimientos científicamente afianzados, cuya valoración suele ser alta. Ángel Martínez Pineda, por ejemplo, ha sostenido que “las máximas de la experiencia nada tienen de jurídico y, por lo tanto, carecen de aptitud para la valoración de la prueba, ya que debe entenderse que la experiencia es un conjunto de aciertos y de fracasos, empíricamente considerados”²⁵.

En un análisis histórico, Jordi Nieva nos recuerda que, en sus orígenes, las máximas de la experiencia “intentaban dotar de un cierto cientifismo a las herramientas esenciales de la libre valoración de la prueba”. En la actualidad, continúa, “ya no podemos refugiarnos en algo tan sumamente vago para eludir dar motivos del juicio probatorio. Las ciencias han avanzado lo suficiente como para poder dar razón de aquello que impulsa a un juez a creer o no en un caso concreto”²⁶.

Del mismo modo, Michele Taruffo ha sostenido que las ME constituyen una “masa indefinida, confusa e incoherente de nociones que a veces tienen un contenido verdadero, pero muchas veces no lo tienen y expresan solo prejuicios de distintos tipos y convicciones comunes pero infundadas”. A esto agrega que “parece evidente que cuando es posible aplicar conocimientos científicos válidos y confiables, estos evitan la necesidad de recurrir a las inciertas y dudosas nociones del sentido común”²⁷.

El asunto se complejiza aún más si nos cuestionamos cómo ingresa este tipo de conocimiento al proceso judicial. A diferencia de los conocimientos científicamente afianzados que muchas veces se integran al debate mediante un peritaje que puede ser discutido o incluso contrastado con peritajes contrarios, las máximas de la experiencia no cuentan con expertos que nos indiquen en qué consiste el saber común. Es el juez quien integra las máximas de la experiencia al momento de valorar la prueba, muchas veces sin explicitarlo y, por tanto, sin posibilidad de debate sobre el punto.

A mi parecer, estas críticas solo son correctas si aceptamos dos presupuestos: (1) que las máximas de la experiencia son elementos de juicio; y (2) que estos elementos de juicio se identifican con el sentido común. Ambos presupuestos obedecen a un enfoque metodológico respecto de la finalidad que cumplen las máximas de la experiencia en el marco de un sistema

²⁴ Véase STEIN (1988), p. 27.

²⁵ MARTÍNEZ (1995), citado en BARRIOS (2003), p. 125.

²⁶ NIEVA (2010), p. 211.

²⁷ TARUFFO (2013), pp. 74-75.

de libre valoración probatoria. En este sentido, las críticas revisadas plantean que, si las ME son elementos de juicio que coinciden con alguna noción de sentido común, entonces fracasan: no logran atribuir racionalidad al proceso de valoración probatoria. El principal problema de estas críticas es que no son claras respecto del segundo presupuesto, es decir, no especifican qué significa sentido común ni cómo se relaciona este sintagma con las máximas de la experiencia.

Para solventar estas críticas, propongo un enfoque diverso: clarificar la relación que existe entre las ME y el SC atendiendo especialmente a la función restrictiva de las reglas de la sana crítica. Si entendemos que las ME pueden ser útiles a la tarea de limitar la valoración de la prueba, entonces su uso no puede consistir en la utilización inmediata del sentido común por los problemas ya enunciados. Parte de estos problemas pueden ser descartados mediante un ejercicio de redefinición según el cual se especifiquen las tareas que debiese desarrollar un juez que opera con este concepto. Desarrollaré estas ideas en los apartados siguientes.

Antes de proseguir, es necesario revisar la segunda forma de reconstruir las ME; esto es como normas culturalmente situadas. En el ámbito nacional, Coloma y Agüero (2014) han construido una definición recurriendo a dos criterios: las experiencias (individuales y colectivas) y los conocimientos (privados y públicos). Esta doble distinción genera cuatro casos posibles: (a) Experiencias individuales y conocimientos privados; (b) Experiencias colectivas y conocimientos privados; (c) Experiencias individuales y conocimientos públicos y (d) Experiencias colectivas y conocimientos públicos. A juicio de los autores, las ME solo son aquellas normas que “se construyen a partir de experiencias colectivas y de conocimiento público. El carácter colectivo de la experiencia permite considerar que las directrices son pautas de inferencia que no se agotan en los casos singulares. El carácter público, a su vez, permite invocar un grado de inercia argumentativa que incide en no tener que justificar el uso de la generalización en caso de debate”²⁸. El foco del trabajo de Coloma y Agüero está en la aceptabilidad de las ME como normas situadas culturalmente de tal manera que las ME gozan de inercia argumentativa debido al carácter colectivo (de las experiencias) y público (del conocimiento). Con todo, la definición citada parece acercar los conceptos de ME y SC de tal forma que la doble exigencia (experiencia colectiva y conocimiento público) resultaría en un tipo de conocimiento que cumpliría con las cinco cuasicalidades señaladas por Geertz. De esta forma, la naturalidad, practicidad, transparencia, asistematicidad y accesibilidad serían predicables no solo sobre el SC sino también respecto de las ME.

En términos generales, la propuesta de Coloma y Agüero (2014) tiene la virtud de poner el foco en las máximas de experiencia como normas culturalmente situadas, de manera que una máxima de la experiencia nacional puede ser, de este modo, distinta a una que se produzca en territorio extranjero. Piense, por ejemplo, en las máximas que utilizamos al valorar la conducta de los órganos o agentes del Estado encargados de la protección de la población ante desastres naturales como terremotos o tsunamis. Dado que existen experiencias colectivas que permiten un conocimiento público sobre algunas notas características de estos fenómenos, podemos sostener la existencia de un saber local que genera pautas de comportamiento aceptables y diferentes de las que acontecen en otras localidades.

Con todo, el concepto resultante no parece ser demasiado útil para el objetivo de limitar la valoración probatoria puesto que se condice con la noción de sentido común. Tampoco parece ser claro en relación con las tareas que debe desarrollar un juez que opera con las máximas de la experiencia para fundamentar una decisión sobre los hechos. Para resolver estos problemas creo que es necesario practicar un enfoque operativo que ponga énfasis en las tareas del juez frente a un conocimiento que, pese a gozar de aceptabilidad social, adolece de importantes problemas epistémicos. Por ello, ensayaré un camino alternativo según el cual las ME guardan solo una relación mediata con el SC, pero no se condicen con éste.

²⁸ COLOMA Y AGÜERO (2014), p. 691.

6. ¿Cuál es la relación entre SC y máximas de la experiencia?

El razonamiento probatorio se desarrolla a partir de generalizaciones. Una generalización es un juicio comparativo a partir de la observación de ciertas propiedades presentes en un grupo determinado, que presumimos válidas para una categoría más amplia. Muchas de las generalizaciones que los jueces utilizan constantemente para confeccionar una ME provienen desde el SC, de tal forma que este es una pieza esencial para comprender el razonamiento probatorio²⁹. Una primera aproximación a la relación entre estos conceptos nos indica entonces que el SC es una fuente (probablemente la más extensa) de conocimientos que permiten confeccionar máximas de la experiencia.

Usualmente, el recurso al SC no resulta problemático. Muchos de estos conocimientos gozan de aceptabilidad porque están basados en juicios certeros sobre la realidad y resultan además útiles para valorar la prueba. Piénsese, por ejemplo, en el testimonio de un sujeto que dice poder identificar, sin temor a dudas, a un sospechoso que habría observado alejarse rápidamente desde el lugar de los hechos, en actitud sospechosa y a altas horas de la noche. El testimonio puede verse debilitado porque presumimos que, en condiciones normales, durante la noche existe poca luz y ello aumenta las probabilidades de que cometamos un error al identificar a una persona.

Ahora bien, el SC no es un acervo social uniforme, identificable y que conduzca a una única respuesta posible. Como hemos visto, se trata de un conjunto de creencias, juicios y decisiones heterodoxo difuso e incluso, en ocasiones, incoherente. Esta caracterización del SC nos permite enfatizar la existencia de algunos problemas relativos a la elección de las generalizaciones que se utilizarán para valorar la prueba. El primero de estos problemas se refiere a que no siempre resulta claro qué conocimientos provienen del sentido común y qué conocimientos no. El segundo se refiere en cambio a la asistematicidad de este acervo. Dado que no se trata de un conjunto necesariamente coherente de saberes, es posible que convivan, al interior del SC, afirmaciones contradictorias.

Los problemas de indeterminación se suman a los ya mencionados problemas de injusticia y de calidad epistémica. Ello no significa que el SC siempre nos proporcione un conocimiento de baja calidad o que contenga sesgos, prejuicios y estereotipos. Sino más bien que, prevenidos ante esta posibilidad, debiésemos optar por un concepto de máximas de la experiencia que contribuya a enfatizar el rol del juez ante estas posibilidades.

Me parece que esto es posible si concebimos el sentido común como un punto de partida para el trabajo judicial y las máximas de la experiencia como un producto elaborado por el juez a partir de conocimientos socialmente aceptados. De esta forma, las máximas de la experiencia deben ser entendidas como un conjunto de razonamientos que el juez construye desde una selección de ciertos saberes de SC que hay que especificar y ajustar a las exigencias del derecho. Para ilustrar este punto, creo que resulta útil recurrir a la figura del “sentido común ilustrado”.

En las discusiones sobre el tema, la noción de sentido común ilustrado o sentido común crítico constituye una fórmula recurrente que da cuenta de cómo se construye el conocimiento científico en relación con el saber social³⁰. La expresión sentido común ilustrado fue acuñada por el filósofo Karl Popper para designar al sentido común como un punto de partida del trabajo científico. Así, se pregunta Popper “¿Cómo es posible que una cosa tan vaga e insegura como el sentido común nos suministre un punto de partida?” y responde: “Porque no intentamos ni pretendemos construir un sistema seguro sobre esos fundamentos. Todas nuestras suposiciones de sentido común de las que podríamos arrancar pueden ser criticadas y puestas en entredicho en cualquier momento. Es muy frecuente que tales suposiciones sean criticadas con éxito y rechazadas. En tal caso, el sentido común, o bien es modificado tras la corrección, o bien es

²⁹ HOEKSTRA Y BREUKER (2007), p. 281.

³⁰ Me remito aquí a los trabajos realizados por Howard Sankey titulado “Ciencia, sentido común y realidad”, y al de José Aguirre y Luis Jaramillo titulado “La ciencia y el sentido común: por la enseñanza de un sentido común crítico”. SANKEY (2010); y AGUIRRE Y JARAMILLO (2010).

superado y reemplazado por una teoría que, durante un periodo de tiempo más o menos largo, puede parecer a algunas personas un tanto extravagante”³¹.

Este punto de partida da pie a un proceso de refinamiento en donde es posible apreciar cómo el trabajo científico se hace cargo de un problema que no es para nada ajeno al mundo del derecho: la indeterminación del lenguaje. Como señala Ernst Nagel, el conocimiento de sentido común revela dos tipos de indeterminación: (a) Se formula en términos vagos y (b) Los términos del lenguaje ordinario carecen de especificidad. Con lo primero, el autor se refiere a que las cosas designadas por los términos del lenguaje ordinario carecen de límites definidos, de forma tal que el conocimiento de sentido común no nos permite sostener que algo es o no de forma clara. La falta de especificidad, en cambio, se refiere a que los grandes términos utilizados en el lenguaje cotidiano dejan fuera distinciones sutiles, específicas, que permiten explicar determinados fenómenos³².

Mediante la introducción de relaciones sistemáticas entre conceptos, el método científico escudriña el conocimiento de sentido común y lo refina, precisa sus términos, excluye aquellos elementos erróneos, incluye aquellos aciertos del conocimiento social y finalmente ofrece un producto apto para otras operaciones que requieren de mayor precisión. Nada aquí es ajeno al mundo del derecho y a la labor continua de los operadores jurídicos.

El sentido común ilustrado refleja entonces el resultado de una labor ejercida sobre una fuente de conocimiento social, el sentido común. Sobre esta fuente, el rol del científico es el de refinar el conocimiento sobre el cual se trabaja, para lo que debe precisar los términos, excluir aquello que resulte errado y establecer relaciones en razón de su labor específica. En materia jurídica, esta labor recae en el juez³³, quien es capaz de depurar el conocimiento social que se integra al procedimiento a la hora de valorar la prueba.

Entender las máximas de la experiencia como un sentido común ilustrado tendría, a lo menos, cuatro consecuencias en la forma en que entendemos esta institución. A mi juicio, lo dicho implica: (a) Entender las máximas de la experiencia como un concepto profundamente marcado por las expectativas sociales y jurídicas sobre un justo y racional procedimiento; (b) Entender las máximas de la experiencia como un resultado, fruto de una labor argumentativa, y no como un punto de inicio; (c) Entender las máximas de la experiencia como producto de una labor judicial y (d) Entender que la labor judicial exigiría: (i) excluir conocimiento que no cumpla con las exigencias del derecho, (ii) incluir aquel conocimiento que sí responda a tales exigencias, (iii) precisar el conocimiento difuso y (iv) explicitar la máxima de forma que esta pueda llegar a evaluarse.

Cuando señalo que las ME deben entenderse como un concepto marcado por expectativas jurídicas y sociales, me refiero a que los juicios de SC deben ser evaluados por el juez al momento de ser integrados al razonamiento probatorio. En este sentido, no todas las generalizaciones que encontramos en el SC son compatibles con las expectativas sociales y jurídicas sobre una valoración racional de la prueba o bien, dicho de otro modo, existen generalizaciones pertenecientes al SC que son inaceptables.

Diversos autores han abordado la tarea de explicar por qué algunas generalizaciones debiesen ser rechazadas³⁴. Christian Dahlman ha planteado que existen cuatro tipos de generalizaciones que resultan ser inaceptables para el derecho³⁵: (a) Generalizaciones falsas, es decir aquellas que no se condicen con la realidad; (b) Generalizaciones no-robustas o basadas en una clase demasiado heterogénea; (c) Generalizaciones que pueden desencadenar sesgos en quien debe valorar la prueba y (d) Generalizaciones discriminadoras. En este esquema, las primeras tres generalizaciones serían inaceptables desde un punto de vista cognitivo, ya que

³¹ POPPER (1974), p. 42.

³² NAGEL (2006), p. 25.

³³ En rigor esta tarea es compartida con los abogados que representan a las partes. Si ellos pretenden ser exitosos en sus propuestas inferenciales, deberán esbozar en sus alegaciones algunas posibilidades de lo que en definitiva podría llegar a constituir una máxima de la experiencia para el caso en concreto.

³⁴ SCHAUER (2006), pp. 7-25.

³⁵ DAHLMAN (2017), p. 85.

contribuyen a una falsa apreciación de los hechos. La cuarta, en cambio, sería inadmisibles en un terreno moral, debido a que contribuye a perpetuar una situación de injusticia contra un grupo determinado.

La distinción entre generalizaciones aceptables e inaceptables nos permite evaluar las ME como correctas o incorrectas en atención a las expectativas relativas a la valoración probatoria. Una ME incorrecta puede ser entonces definida como aquella que es el resultado de un razonamiento construido a partir de generalizaciones inaceptables. Pero también, y creo que este es un punto poco trabajado a nivel dogmático, podemos calificar una ME como incorrecta cuando no integra un conocimiento extrajurídico que el sistema jurídico manda considerar³⁶.

Es por ello que la labor del juez es aquí doble. Por una parte, tiene un deber negativo consistente en evitar incluir aquellas generalizaciones que, aunque pertenecen al SC, no son aceptables. Por otra, debe incluir aquel conocimiento que las normas jurídicas reconocen como valioso.

7. ¿Cuáles son las tareas del juez frente al SC?

Si las ME son razonamientos construidos por el juez a partir de generalizaciones presentes en el SC, la pregunta que hay que resolver es cuál es la labor del juez frente a este tipo de conocimiento. Lo primero que hay que señalar es que el juez no puede entenderse como quien (únicamente) utiliza un saber común (proveniente de experiencias colectivas y conocimientos públicos). El juez debe tomar el SC y construir una máxima de la experiencia usando el saber común de forma juiciosa³⁷. Esto solo es posible mediante un proceso de depuración en que se eliminen aquellos elementos que resultan incoherentes con las exigencias del derecho e incluyendo aquellos elementos que el derecho manda expresamente incluir. Si el SC incluye, por ejemplo, contenidos machistas, xenófobos o racistas el juez tiene el deber de excluir estos elementos y construir una máxima de la experiencia coherente con el principio de igualdad.

Un ejemplo bastante claro de exclusión de conocimiento de SC lo encontramos en la valoración probatoria de los testimonios de mujeres que han sido víctimas de violencia de género. En estos casos, es usual que la declaración de la víctima no sea consistente, sino que varíe durante el desarrollo del proceso. Una generalización de SC para estos casos, pero usualmente aceptada, nos podría llevar a la construcción de una máxima errónea e injusta según la cual el testimonio no consistente de la víctima carece de credibilidad.

La alternativa es la construcción de una máxima alternativa excluyendo un saber que usualmente es aceptable (que los testimonios consistentes en el tiempo gozan de mayor credibilidad que aquellos inconsistentes) e incluyendo un conocimiento experto que permite explicar una situación específica que no se rige por los cánones usuales. Este conocimiento experto sobre la materia es capaz de explicar la ocurrencia de este fenómeno sin desacreditar la aportación de las víctimas en estos casos. Así lo señala el *Cuaderno de Buenas Prácticas para la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias*: “Sobre la valoración de las pruebas en casos de violencia contra la mujer es necesario tener en cuenta, que no siempre aplican las generalizaciones o máximas de la experiencia ya conocidas, como es la permanencia o reiteración en la declaración que se constituye en indicio de credibilidad. En materia de violencia contra la mujer no aplica tal supuesto, dado que la valoración aquí es diferente, porque de conformidad con el ciclo de la violencia, las mujeres víctimas en su mayoría tienden a la retractación ya sea por amenaza, reconciliación, dependencia, etc., por lo tanto, esta conducta no necesariamente invalida la declaración de la víctima”³⁸.

³⁶ Abordar en detalle esta temática excede los objetivos de este trabajo. Con todo, en el apartado siguiente intento dar un ejemplo de esta situación.

³⁷ En este sentido Jairo Parra sostiene que el sentido común “no es homogéneo, ni ordenado y mucho menos claro, pero de ahí hay que sacar las reglas de la experiencia, lo cual supone un trabajo lógico, serio y ponderado del intérprete”. PARRA (2008), p. 49.

³⁸ ARBELÁEZ Y RUIZ (2018) p. 93.

En estos casos, la construcción de una máxima adecuada nos permite entender de mejor manera fenómenos usuales que el conocimiento de sentido común, por su simpleza y practicidad, no nos permite entender. El valor explicativo de una ME es un elemento que nos debe guiar en la tarea de construir mejores máximas de la experiencia.

Revisemos una causa que aporta buenas luces sobre la materia³⁹. En este caso, una médica cirujana interpuso una tutela de derechos fundamentales, alegando que el despido del cual fue objeto tuvo como causa principal que tanto su jefe como otros funcionarios de un establecimiento médico, tomaron conocimiento de su homosexualidad al celebrar un Acuerdo de Unión Civil y publicar dicho suceso en su página de Facebook.

La profesional relata que desde su entrevista laboral y hasta su despido sufrió un constante acoso laboral por parte de su jefe directo, a través de un conjunto de mensajes enviados mediante WhatsApp⁴⁰. Tales mensajes aludían a la esfera íntima de la profesional y rara vez se mencionaban elementos relativos al ámbito laboral. Entre los mensajes, existían opiniones sobre la apariencia física de la profesional que, además, eran compartidas por su jefe a otros profesionales del recinto. En la gran mayoría de estos mensajes, simplemente no hubo respuestas por parte de la trabajadora y, cuando existieron, estas se limitaron a temáticas profesionales referidas al estado de los pacientes, exámenes y otras indicaciones.

Parte de la defensa del hospital se basó en que la profesional guardó silencio y no expresó su malestar de ninguna manera respecto de estos mensajes u otras conductas, ni por WhatsApp ni por medio de los conductos regulares vigentes en la institución. Asimismo, señala que es inverosímil creer que, dado el alto nivel académico de la profesional, esta sintió temor de ser despedida y que este temor haya motivado su silencio. Se señala que la profesión de la actora, médico cirujano, es altamente demandada por el alto grado de preparación que requiere y, por lo mismo, no es posible señalar que la actora hubiese sufrido alguna especie de temor a quedar cesante. En palabras de la defensa, “la mayoría de ellas se reducen a conversaciones entre dos personas adultas, donde no se advierte incomodidad, rechazo o contrariedad por parte de la supuesta víctima de acoso”⁴¹.

Uno de los problemas más interesantes que plantea este caso es cómo valorar la información disponible, tanto los mensajes enviados por WhatsApp como el silencio constante de la profesional, de cara a establecer si existió o no acoso laboral. La tesis de la defensa es aquí un conocimiento que podemos vincular con el sentido común: Si, a una mujer adulta, con alto nivel académico y con una profesión altamente demandada por el mercado de trabajo, se le envían mensajes inapropiados o degradantes, ella hará saber su malestar o incomodidad mediante una denuncia, porque no temerá represalias o ser despedida. Entonces, el silencio de una mujer con estas características es signo de una falta de interés, pero no de rechazo, desagrado o incomodidad con los mensajes.

Esta reflexión inicial permite a la defensa plantear un razonamiento del siguiente tipo:

- Toda mujer adulta, con un alto nivel académico y con una profesión altamente demandada que se sienta acosada denunciará o hará saber su malestar mediante el reclamo correspondiente.
- En este caso, la profesional, una mujer adulta con alto nivel académico y con una profesión altamente demandada, no ha presentado ningún tipo de denuncia ni reclamo respecto de los mensajes.
- Por tanto, no ha existido acoso de ningún tipo.

Desde el punto de vista de la lógica formal, el razonamiento construido por la defensa es correcto. Se trata de un *modus tollens* según el cual, a partir de una relación condicional (si p, entonces q) es posible inferir la negación del antecedente (no p) si se ha negado antes el consecuente (no q). En este caso, la relación condicional plantea que, si existe acoso a una profesional con alto grado de formación académica, esta presentará una denuncia o reclamo.

³⁹ Segundo Juzgado Laboral de Santiago, RIT N° 309-2018, de 7 de junio de 2018.

⁴⁰ Segundo Juzgado Laboral de Santiago, RIT N° 309-2018, de 7 de junio de 2018, considerando 3º.

⁴¹ Segundo Juzgado Laboral de Santiago, RIT N° 309-2018, de 7 de junio de 2018, considerando 13º.

Como estos últimos no han existido, entonces tampoco ha existido el acoso. Si queremos desvirtuar un razonamiento de este tipo la lógica formal no nos sirve como límite epistémico. Por ello, el juez cuestiona el contenido premisa inicial: que toda mujer adulta con un alto grado de formación denunciará las situaciones que perciba como acoso laboral o sexual. Es decir, el juez inicia una reflexión sobre una premisa que parece formar parte del sentido común.

El juez al valorar la prueba recurre a un conocimiento jurídicamente relevante y formula una ME considerando normas del derecho internacional de los derechos humanos y de aportes dogmáticos en el área de la violencia contra la mujer. En la sentencia, se analiza de qué manera afronta el derecho internacional el fenómeno del acoso sexual y la violencia de género como forma de discriminación que afecta desproporcionadamente a las mujeres y que vulnera sus derechos fundamentales. Según esta reconstrucción, una de estas afectaciones se produce por la existencia de “estereotipos o construcciones culturales que categorizan a las personas de acuerdo a determinados rasgos en relación con otros [...] en el caso del acoso sexual operan estereotipos donde se asume lo femenino como objeto sexual, en posición infra ordenada respecto del hombre”⁴².

Bajo este marco es que el juez decide valorar el material probatorio explicando el silencio de la mujer que sufre de acoso sexual como una conducta recurrente y para nada extravagante en causas sobre acoso laboral y violencia de género, desestimando la tesis de la defensa. Así, el juez señala: “La extrañeza de la defensa sobre la falta de reacción o denuncia de la víctima tiene una explicación que entronca ya con las dificultades que para un trabajador común en posición subordinada y en necesidad de trabajar le significa reclamar por una situación injusta o por un derecho conculcado durante la vigencia del contrato de trabajo, escenario inhibitorio que, en el caso, se refuerza por la posición particular de la víctima como sujeto de violencia de género en el encuadre de dualidad de poderes a que se ha aludido”⁴³. El límite epistémico que construye el juez es sustantivo, no se refiere a la estructura del razonamiento, sino que, al contenido presentado por la defensa. De esta forma, se depura un sector del sentido común y se lo reemplaza por una observación más adecuada sobre la manera en que reaccionan las mujeres que son víctimas de acoso o violencia sexual en el marco de una relación laboral. La máxima de la experiencia resultante puede ser enunciada del siguiente modo: es normal o habitual que una mujer guarde silencio ante un caso de acoso sexual en el marco de una relación laboral, incluso si posee un alto nivel académico y una profesión altamente demandada por el mercado laboral. De esta forma, la situación descrita por la defensa no puede interpretarse como extravagante o poco habitual.

La construcción que elabora el juez toma en cuenta tanto normas jurídicas de derecho internacional como trabajos de dogmáticos especialistas en la materia, pero tiene un claro fundamento extra jurídico relacionado con investigaciones sobre el acoso sexual en el contexto laboral. Este conocimiento que integra el juez al proceso permite la construcción de un marco explicativo válido para analizar el material probatorio disponible. En este caso, este marco excluye algunas apreciaciones de sentido común que no son aptas para el análisis de la situación, como por ejemplo la tesis de la defensa sobre el mutismo de la actora.

8. Las máximas de la experiencia y la sana crítica

Las reglas de la sana crítica pueden reconstruirse como directrices de razonamiento, pautas de fundamentación o límites epistémicos que permiten dotar al discurso fáctico del juez de cierta racionalidad limitando, al mismo tiempo, su discrecionalidad⁴⁴. Se las considera como un sistema que se ubica a medio camino entre la íntima convicción, un sistema que parece estar dotado de una amplia libertad judicial, y la prueba legal o tasada, en que el valor de los elementos de juicio se establece de manera previa por el legislador disminuyendo la

⁴² Segundo Juzgado Laboral de Santiago, RIT N° 309-2018, de 7 de junio de 2018, considerando 6º.

⁴³ Segundo Juzgado Laboral de Santiago, RIT N° 309-2018, de 7 de junio de 2018, considerando 13º.

⁴⁴ CARBONELL (2018), p. 36.

discrecionalidad judicial. En este sentido, se espera que los jueces puedan construir un discurso sobre la valoración de los hechos que cumpla con ciertas cláusulas de racionalidad mínima⁴⁵.

Los criterios de racionalidad operan de dos formas distintas. Primero, se trata de elementos de juicio que posibilitan uno de los objetivos fundamentales de todo proceso judicial relativo a la prueba: la construcción de un discurso verdadero sobre hechos jurídicos relevantes⁴⁶. Segundo, operan también como elementos de control sobre el discurso fáctico que ha construido el juez⁴⁷. Nos permiten verificar qué elementos de juicio se han integrado a la valoración probatoria, de qué manera han sido considerados, qué límites se han construido y si existe una concordancia con la decisión sobre los hechos. En este orden de ideas, parece claro que la sana crítica recurre a criterios de racionalidad extrajurídicos⁴⁸: los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, los que operan como elementos de juicio y límites infranqueables.

Durante los últimos años, la sana crítica ha sido puesta bajo sospecha. Las disposiciones con las que el legislador ha formulado la sana crítica pueden considerarse indeterminadas. Por ello, no es claro de qué manera estos criterios pueden cumplir con el rol de dirigir y limitar el discurso fáctico de los operadores jurídicos. La indeterminación de estos límites permite dudar si en realidad generan algún efecto en las prácticas judiciales⁴⁹ y si no se trata, en el peor de los casos, de enunciados vacíos de contenido, que simplemente se utilizan para dotar ciertas operaciones de una apariencia de racionalidad inexistente. Lo anterior nos lleva a dudar de que exista algún grado de utilidad en los términos empleados por el legislador para limitar la valoración probatoria, entre ellos, las máximas de la experiencia.

Creo que es posible despejar parte de estas críticas mediante un ejercicio de elucidación conceptual: explicando qué entendemos por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados podemos iniciar un examen crítico de los mismos. Solo una vez que los enunciados son dotados de contenido semántico es posible analizar si subsiste o no algún criterio de racionalidad útil al momento de valorar la prueba. En este trabajo, he mostrado un camino posible de definición que permite utilizar el enunciado “máxima de la experiencia” como un símil de sentido común ilustrado, a partir del cual se pueden reconstruir ciertas pautas de razonamiento que considero útiles para el objetivo de fundamentar la valoración probatoria.

En la mayoría de los casos, la tarea del juez será sencilla: bastará con que utilice ciertos elementos habituales de juicio que permiten explicar conductas o fenómenos cotidianos mediante la integración de un conocimiento que goza de una amplia aceptabilidad social. Pero en otras circunstancias, será necesario desarrollar una serie de tareas para compatibilizar algunas parcelas de ese conocimiento con las exigencias del derecho. La sentencia antes analizada muestra cómo un juez atento puede filtrar elementos de sentido común para posibilitar un mejor análisis de la prueba, integrando un conocimiento extrajurídico que permite explicar una situación de mejor manera.

Con todo, la idea de que un juez pueda detectar sus propios sesgos y prejuicios construyendo una máxima de la experiencia a partir de un análisis crítico sobre el sentido común puede ser cuestionada. Después de todo, la practicidad y naturalidad con la que opera el sentido común lo hacen muchas veces invisible para el operador jurídico, incluso si este opera con las mejores intenciones. Con ello en mente, se podría pensar entonces que este trabajo coloca algunas expectativas desmedidas en la labor judicial.

A ello puedo responder de dos maneras. Primero, que en ningún caso considero que la sola reflexión del juez basta para configurar un proceso de valoración racional de la prueba; considero igualmente necesarios arreglos institucionales que permitan a los jueces fallar mejor sin la necesidad de operaciones complejas. Las reglas de exclusión probatoria, las reglas de

⁴⁵ GONZÁLEZ (2005), p.79

⁴⁶ FERRER (2007), p. 97.

⁴⁷ TARUFFO (2011), p. 422.

⁴⁸ CARBONELL (2018), pp. 39-40.

⁴⁹ COLOMA (2012), p. 754.

inmediación o los procesos de formación académica judicial, son claros ejemplos de que la racionalidad judicial debe estar acompañada de un adecuado marco institucional. Segundo, que la tarea de la dogmática es precisamente ofrecer herramientas conceptuales que permitan a los jueces operar con eficiencia al resolver casos, sobre todo difíciles. Las reglas de razonamiento que se han desarrollado en páginas anteriores pretenden entonces servir de guías o parámetros que ayuden al juez al momento de reflexionar sobre los elementos que integran el razonamiento probatorio en situaciones complejas. Es precisamente en estos casos en que la necesidad de reflexionar sobre las propias pautas de razonamiento se hace necesario.

9. Conclusiones

El sentido común constituye una forma de aprender que nos permite relacionarnos de forma eficiente con la realidad. Mediante su uso nos formamos juicios prácticos sobre cómo funcionan las cosas, cómo enfrentar problemas cotidianos y cómo hacer frente a situaciones no previstas. El sentido común nos permite operar de forma adecuada a los cánones culturales de una sociedad concreta, siguiendo los patrones culturales vigentes en un momento determinado. Su función no es asegurar la verdad teórica ni la justicia de sus premisas, sino únicamente el permitir interactuar con relativo éxito dentro de un marco cultural determinado.

El sentido común, sin ningún tipo de filtro, no es una fuente de información jurídicamente admisible. La razón es sencilla: el sentido común contiene prejuicios, estereotipos y sesgos que no deben servir de base para tomar decisiones judiciales sin mediar un ejercicio de depuración. Por estas razones, las máximas de la experiencia no pueden ser entendidas como un reenvío directo al sentido común de una sociedad. Es más útil concebir las máximas como un sentido común ilustrado, es decir, como un producto de un ejercicio de construcción normativa realizado por el juez.

El proceso de filtrado es una tarea judicial pero que depende de un trasfondo cultural. Su objetivo es formular un conjunto de máximas de la experiencia que sean jurídicamente aceptables. Naturalmente, el canon de lo jurídicamente aceptable es difuso, pero es posible comenzar su demarcación recurriendo a ciertos límites como, por ejemplo, el respeto de los derechos fundamentales. Este ejercicio exige compatibilizar las reglas y los principios del derecho con los elementos del sentido común que se necesitan para valorar la prueba.

Aquello supone exigir al juez que realice cuatro pasos. En primer lugar, el juez debe explicitar de forma precisa el conocimiento de sentido común formulando una regla de valoración, por ejemplo: “Urdir una excusa, para justificar una tontería, es cometer otra tontería” o “Mujer, niño y loco no guardan secreto de otro”⁵⁰. En segundo lugar, el juez debe observar la presencia de conocimientos incoherentes con las exigencias del derecho. Así, siguiendo con los ejemplos dados en el paso anterior, podría sostenerse que el primer adagio es coherente con el principio jurídico que prohíbe alegar la propia torpeza o dolo, enunciado en latín como “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, o “*allegans propriam turpitudinem non auditur*”⁵¹, mientras que el segundo resulta prejuicioso y sesgado en contra de las mujeres, los niños, niñas y adolescentes y las personas en condición de diversidad cognitiva.

En tercer lugar, el juez debe corregir el sentido común ajustándolo a las exigencias del sistema jurídico aplicable al caso. Ya que el adagio “Mujer, niño y loco no guardan secreto de otro” es incoherente con el derecho, el juez debe intentar corregirlo. Si esto no es posible, ese saber de sentido común no puede ser usado para valorar la prueba. Así, el juez no puede fundar, por ejemplo, un juicio de baja credibilidad o confiabilidad de un testigo este saber popular como si fuese una máxima de la experiencia perfectamente admisible o idónea. El solo hecho de que un testigo sea mujer, niño, niña, adolescente o una persona con una condición de diversidad cognitiva no puede ser usado como base para formular una máxima de la experiencia que reduzca su credibilidad por ese solo hecho. Para explicar este conocimiento, o bien para crear

⁵⁰ FERNÁNDEZ (2001), pp. 128-137.

⁵¹ DÍEZ-PICAZO (1963), p. 204.

un marco explicativo válido, el juez puede recurrir a un conocimiento extra jurídico, que aporta material valioso para explicar situaciones de desigualdad.

En cuarto lugar, si se ha sorteado el paso anterior, el juez debe reformular el sentido común depurado, configurando una máxima de la experiencia jurídicamente admisible que permita valorar los medios de prueba. Por ejemplo, señalando “el acusado que reconoce su torpeza al actuar, no puede alegar una excusa o disculpa basado exclusivamente en esa torpeza”. Las máximas de la experiencia son entonces, un producto construido a partir del sentido común mediante un ejercicio de construcción normativa y el único modo de controlar esa construcción es que el juez transparente el proceso de elaboración en el razonamiento judicial que funda la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRRE-GARCÍA, JUAN y JARAMILLO-ECHEVERRI, LUIS (2010): “La ciencia y el sentido común: por la enseñanza de un sentido común crítico”, en: *Educación y Educadores* (Vol. 13, Nº 3), pp. 447-494.
- ANDERSON, TERENCE; SCHUM, DAVID y TWINING, WILLIAM (2015): *Análisis de la prueba*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- BARRIOS GONZÁLEZ, BORIS (2003): “Teoría de la sana crítica”, en: *Opinión Jurídica* (Vol. 2, Nº 3), pp. 99-132.
- BENFELD, JOHAN (2020): “La sana crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (año 55, Nº 2).
- CARBONELL, FLAVIA (2018): “Sana crítica y razonamiento judicial”, en: Benfeld, Johan y Larroucau, Jorge (Eds.), *La Sana Crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 35-47.
- COLOMA, RODRIGO (2012): “¿Realmente importa la sana crítica?”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 39, Nº 3), pp. 753-781.
- COLOMA, RODRIGO y AGÜERO SAN JUAN, CLAUDIO (2014): “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 41, Nº 2), pp. 673-703.
- DAHLMAN, CHRISTIAN (2017): “Unacceptable generalizations in arguments on legal evidence”, en: *SpringerLink* (Vol. 31), pp. 83-99.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS (1963): “La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en: *Anuario de Derecho Civil*. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1963-20046500470 [visitado el 2 de enero de 2020].
- FERNÁNDEZ PONCELA, ANNA (2001): “¿Cómo son las mujeres según el refranero popular? (1)”. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/como-son-las-mujeres-segun-el-refranero-popular-1/html/> [visitado el 2 de enero de 2020].
- FERRER, JORDI (2007): *La valoración racional de la prueba*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- FRICKER, MIRANDA (2007): *Injusticia epistémica*, 1ª edición (Barcelona, Herder).
- GEERTZ, CLIFFORD (1994): *Conocimiento Local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*, 1ª edición (Barcelona, Paidós).
- GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (2005): *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, 1ª edición (Colombia, Palestra).
- GONZÁLEZ DE REQUENA FARRÉ, JUAN ANTONIO (2015): “La injusticia epistémica y la justicia del testimonio”, en: *Discusiones Filosóficas* (Año 16, Nº 26), pp. 49-67.

- HOEKSTRA, RINKE y BREUKER, JOOST (2007): "Commonsense causal explanation in a legal domain", en: SpringerLink (Vol. 15), pp. 281-299.
- KAHNEMAN, DANIEL (2011): *Pensar rápido, pensar despacio*, 6ª edición (Barcelona, Debate).
- LARROUCAU TORRES, JORGE (2014): "¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. 27, Nº 2), pp. 43-79.
- LASO CORDERO, JAIME (2009): "Lógica y sana crítica", en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 36, Nº 1), pp. 143-164.
- MARTÍNEZ PINEDA, ÁNGEL (1995): *Filosofía jurídica de la prueba*, 1ª edición (México, Editorial Porrúa).
- MONTALVO RODRÍGUEZ, MANUEL (2005): "Heurística y sentido común", en: *Energeia* (Vol. 4, Nº 1-2), pp. 193-211.
- MOORE, GEORGE [1929] (1984): *Defensa del sentido común y otros ensayos*, 1ª edición (Madrid, Orbis).
- NAGEL, ERNST (2006): *La estructura de la ciencia*, 1ª edición (España, Paidós).
- NIEVA FENOLL, JORDI (2010): *La valoración de la prueba*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- NOYA LAGUNA, MARTHA (2016): "La sana crítica del juez, insana para el ejercicio de los derechos de las mujeres", en: *Revista Boliviana de Ciencias Sociales* (Nº 39), pp. 71-77.
- PARRA QUIJANO, JAIRO (2008): "Razonamiento judicial en materia probatoria", en: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/7.pdf> [visitado el 2 de enero de 2020].
- REYERO GARCÍA, DAVID (2001): "¿Educar bien es de sentido común? Una contribución desde la antropología al pensamiento pedagógico", en: *Ediciones Universidad de Salamanca* (Vol. 13), pp. 69-87.
- SANKEY, HOWARD, 2010: "Ciencia, sentido común y realidad", en: *Discusiones Filosóficas* (Año 11, Nº 16), pp. 41-58.
- SCHAUER, FREDERICK (2006): *Profiles, probabilities and stereotypes*, 1ª edición (Cambridge, Harvard University Press).
- SCHUTZ, ALFRED (2003): *Estudios sobre la teoría social. Escritos II*, 2ª edición (Buenos Aires, Amorrortu).
- STEIN, FRIEDRICH (1988): *El conocimiento privado del juez*, 2ª edición (Bogotá, Editorial Temis).
- SOTO RAMÍREZ, JUAN (2008): "Sentido común y vida cotidiana", en: *Revista casa del tiempo* (Vol. 1, Nº 9), pp. 63-66.
- TARUFFO, MICHELE (2013): *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 1ª edición (México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación).
- TARUFFO, MICHELE (2008): *La prueba*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- TARUFFO, MICHELE (2011): *La prueba de los hechos*, 4ª edición (Madrid, Trotta).

JURISPRUDENCIA CITADA

- G.F.W.N CON COMUNIDAD HOSPITAL DEL PROFESOR (2018): Segundo Juzgado Laboral de Santiago 7 de junio de 2018 (Tutela de derechos fundamentales del trabajo), RIT Nº T-309-2018, en: www.pjud.cl.