

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Profesora: Constanza Ihnen Jory
Estudiante: Felipe Petri Moreno



Los modelos de razonabilidad dialéctico y retórico al interior del proceso judicial. Una
visión a través de los operadores jurídicos.

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Felipe Andrés Petri Moreno

Profesora Guía: Constanza Ihnen Jory

05 de septiembre de 2023
Santiago de Chile

Índice

Abstract	3
Introducción	4
1. Capítulo primero. Aproximación al concepto de razonabilidad.....	7
1.1. Un panorama general.....	7
1.2. Ideal geométrico.....	9
1.3. Ideal retórico	10
1.4. Ideal geométrico y retórico	14
1.5. Ideal dialéctico	16
1.6. Dialéctica y retórica.....	21
1.6.1. Oposición	22
1.6.2. Predominancia	23
1.6.3. Coexistencia e interdependencia	25
1.7. Pragma-dialéctica: el modelo de discusión crítica y las maniobras estratégicas	26
1.7.1. El modelo de discusión crítica	27
1.7.2. Maniobras estratégicas y descarrilamientos	31
2. Capítulo segundo. Los modelos de razonabilidad en el proceso judicial.....	35
2.1. Prevención.....	35
2.2. Concepciones persuasiva y cognoscitivista de la prueba	35
2.3. La verdad formal y material.....	38
2.4. Concepciones atomista y holista de la prueba	43
2.5. De la carga de la prueba	48
2.6. Volviendo a los modelos de razonabilidad	53
3. Capítulo tercero. Manifestaciones en el proceso laboral.....	56
3.1. Los poderes probatorios del juez laboral	58
3.2. La prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral	63
4. Capítulo cuarto. El proceso como una discusión crítica ¿queda espacio para la retórica?.....	70
5. Conclusiones	78
6. Bibliografía	80

Abstract

El presente trabajo tiene como objetivo dilucidar si tiene algún sentido para el proceso judicial, así como para la conducción de los operadores jurídicos al interior del mismo, analizarlo a través de los modelos de razonabilidad, específicamente en el ámbito de la argumentación probatoria en el derecho laboral. Para ello, en el capítulo primero, se exponen las diversas concepciones de razonabilidad que es posible distinguir históricamente, desde la Grecia Clásica en adelante, se definen en detalle aquellas concepciones de la razonabilidad que resultan de especial relevancia para el contexto jurídico – la dialéctica y la retórica – y, por último, se exploran las posibles relaciones entre ambas. En el capítulo segundo, se exponen algunas de las discusiones teóricas actuales en torno al razonamiento probatorio y se establecen relaciones entre los modelos de razonabilidad dialéctico y retórico. En el capítulo tercero, se exponen algunas de las instituciones comprometidas en el proceso probatorio laboral, y en el capítulo cuatro se explica qué efectos pueden tener los modelos de razonabilidad dialéctico y retórico para el proceso probatorio laboral y la conducta de los operadores jurídicos en ese contexto. Finalmente, en el capítulo cinco, planteamos nuestras conclusiones y futuras líneas de investigación.

Introducción

Desde las primeras aproximaciones que, como estudiantes, tenemos al derecho, rápidamente podemos darnos cuenta de que la ciencia jurídica se encuentra principalmente orientada a la prevención y, fundamentalmente, la resolución de conflictos. Así puede verse claramente cuando en los ramos introductorios se nos enseña que un litigio es “un conflicto intersubjetivo de intereses, de relevancia jurídica”,¹ y que a los abogados se les forma para “poder defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes”.² Aquello aplica especialmente para los intereses de las partes que representan.

Ahora bien, los conflictos de interés pueden surgir por diversas razones, pero pareciera ser que en su dimensión litigiosa, siempre implican una diferencia de opinión. Esta diferencia se formula en términos de qué es lo válido o razonable pretender y decidir para un caso particular. Dar con una solución no es fácil e implica un desafío para todos los operadores del ordenamiento jurídico, principalmente para los abogados litigantes y para los jueces encargados de la resolución del conflicto. El profesor Rodrigo Valenzuela señaló alguna vez que el problema que enfrentan los abogados jóvenes, en la mayoría de los casos, no dice relación con el conocimiento de las normas, sino que con la identificación del problema y con la proposición de mecanismos para llegar a una solución deseable para la parte que representan³. Me parece que los jueces se ven enfrentados a una dificultad similar, al deber entregar una solución al conflicto que no sólo se encuentre en armonía con la normativa vigente, sino que también sea coherente con su visión de lo que es válido o razonable.

¹ Separata profesor Maturana 2015, p. XX.

² Artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales

³ Valenzuela Cori, R., *Decidir Juzgar y Persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado*. Tirant lo Blanch, 2017.

Creo que es aquella confluencia de visiones – respeto de la normativa vigente y efectividad en lo que se busca – donde se encuentra el primer gran desafío que debe enfrentar cualquier operador jurídico – litigantes y jueces – a la hora de ejecutar correctamente sus funciones. Estas dos visiones, como veremos a continuación, pueden conceptualizarse en términos de dos modelos distintos de razonabilidad – uno dialéctico y otro retórico– que concurren al proceso judicial.

El presente trabajo tiene como objetivo dilucidar cuáles son las consecuencias de asumir un determinado modelo de razonabilidad para la concepción del proceso judicial, así como para la conducción de los operadores jurídicos al interior del mismo, específicamente en el ámbito de la argumentación probatoria. La presente investigación se enfoca en los procedimientos laborales regulados en nuestro Código del Trabajo, por ser necesario acotar el objeto de estudio del presente trabajo y por tratarse de materias en que el autor estima tener un mejor grado de conocimiento conceptual y práctico.

Con miras a lo anterior, en el primer capítulo del trabajo se revisa bibliografía especializada sobre el concepto de razonabilidad, a fin de desarrollar nuestro marco teórico. En los capítulos siguientes entregaremos ejemplos concretos en los que distintos modelos de razonabilidad se manifiestan en la práctica. Adelantamos que aquel análisis se enfoca en la relación entre los modelos de razonabilidad que se revisan en el capítulo primero, haciendo especialmente presente que aquellos se manifiestan de diversas formas en las distintas etapas del proceso judicial. Así, en distintos momentos puede existir la predominancia de algún modelo sobre otro, sin embargo la coexistencia de ellos se muestra como una tendencia reiterada pues, según revisaremos, los elementos para sostener una conclusión *razonable* son múltiples y, la aceptabilidad de las posiciones varía según ante quien la estemos defendiendo. En ese sentido, un buen manejo de los modelos de razonabilidad permite sostener una postura

que resista el análisis no solo de la contraparte, sino que del juez, los tribunales superiores y eventualmente la comunidad jurídica. Previo a entrar derechamente en el análisis que venimos prometiendo, es necesario hacer presente que más allá de parecerme que los modelos de razonabilidad, ciertamente existen tensiones entre ellos. Aquello parece salvable en la medida que cada uno de ellos puede tomar mayor preponderancia según el momento o etapa del proceso judicial que sirve de contexto. En las etapas conciliatorias buscaremos un análisis dialéctico mientras que en las fases de discusión ciertamente existe un mayor afán de convencimiento, lo que nos puede acercar hacia la retórica. Por su parte, el juez al dictar sentencia debe ocuparse de entregar un análisis convincente y que a la vez guarde armonía con las reglas procedimentales que le permiten alcanzar aquella conclusión, quizás mostrándose aquel como una de los momentos en que deben armonizarse los modelos.

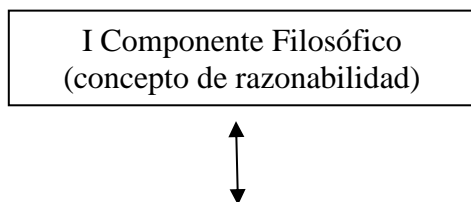
Lo anterior será analizado desde una reconstrucción racional de las reglas que subyacen la práctica judicial y las instituciones de relevancia para el tema propuesto. En ese sentido, la pretensión del presente trabajo es una revisión principalmente descriptiva, pero desde una perspectiva normativa según revisaremos a continuación.

Capítulo primero. Aproximación al concepto de razonabilidad

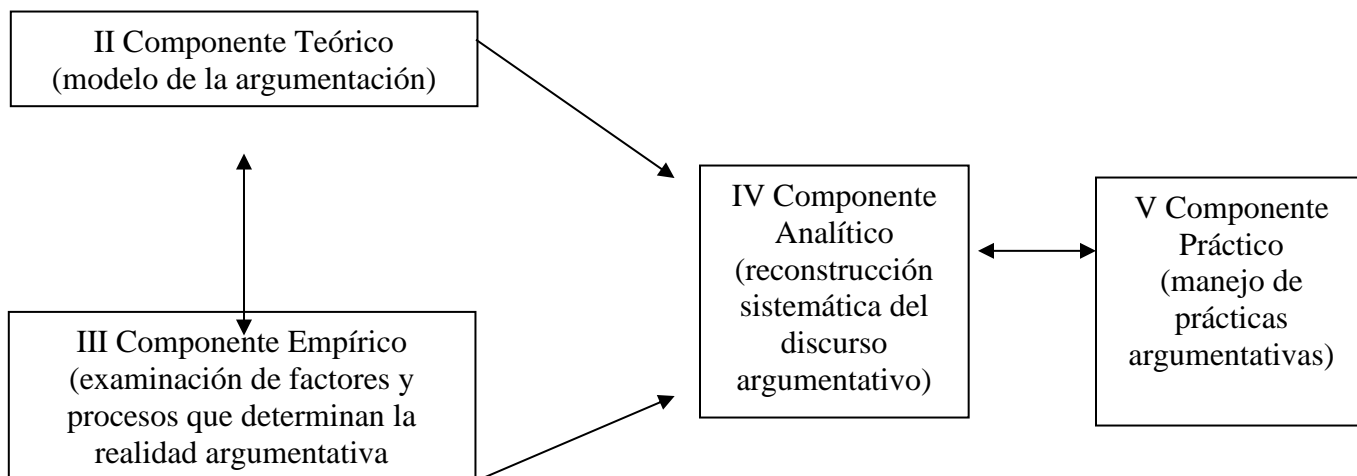
1.1. Un panorama general

En el presente capítulo se exponen tres *modelos de razonabilidad*. En otras palabras, se describen distintas aproximaciones filosóficas a la pregunta sobre cómo determinar si un enunciado, respecto al cual existe una diferencia de opinión, es aceptable. Ahora bien, la forma en que se ha entendido que podemos determinar la aceptabilidad de un enunciado es mediante la evaluación de los razonamientos que se esgrimen a su favor. Cuando se trata de una diferencia de opinión en un litigio, estos razonamientos se expresan a través del lenguaje ya sea escrito u oral. En efecto, la Real Academia Española define “argumento” como la expresión oral o escrita de un razonamiento o idea mediante el cual se intenta probar, refutar o justificar una proposición o tesis. En este sentido, la argumentación es la forma en que se manifiesta el razonamiento en el discurso. Entonces, cuando en el presente capítulo abordamos un determinado modelo de razonabilidad, estamos describiendo una determinada forma de concebir la aceptabilidad de una postura o punto de vista, a la luz de determinados presupuestos epistemológicos y de determinados criterios para definir la calidad o razonabilidad de la argumentación que se ha planteado en su defensa.

En *La teoría de la argumentación: una perspectiva pragma-dialéctica*, van Eemeren explica a través de la siguiente figura los componentes del programa de investigación de la teoría de la argumentación⁴.



⁴ Van Eemeren F., *La teoría de la argumentación: Una perspectiva pragma-dialéctica*, p. 35



Como puede advertirse de esta figura, lo que venimos revisando en el presente trabajo se circunscribe prácticamente de manera exclusiva al punto primero, esto es, al componente filosófico de un modelo argumentativo y específicamente a los modelos de razonabilidad que presupone una teoría de la argumentación.

Sin perjuicio de que al momento de abordar específicamente cada uno de los ideales o modelos de razonabilidad haremos nuevamente referencia al trabajo de van Eemeren, un correcto entendimiento del componente filosófico y particularmente epistemológico puede encontrarse en la obra de Stephen Toulmin *Knowing and acting: An invitation to philosophy* (1976)⁵. Lo anterior porque el autor propone, a través de un estudio histórico de la filosofía occidental, las diversas concepciones de racionalidad que a lo largo del tiempo se han promovido. Sin embargo, luego de analizados los distintos modelos, es claro al concluir que estos son más bien complementarios que competitivos entre sí⁶.

El contenido del trabajo le hace justicia a su título, toda vez que, efectivamente, es una invitación a la filosofía. Creo que al hacerse cargo de qué hemos podido entender por filosofía, cuál es su objeto y especialmente cómo se ha concebido la posibilidad de que los

⁵ Toulmin, Stephen, *Knowing and acting, an invitation to philosophy*, 1976.

⁶ Ibid p. 254

seres humanos alcancemos conocimiento, la revisión de las concepciones de razonabilidad que abordaremos cobra mucho sentido. En efecto, para la resolución de un conflicto, parece ser siempre necesaria la determinación de cómo están razonando las partes, si comparten alguna base y, consecuentemente, si comparten un ideal o estándar de argumento aceptable. A continuación pasamos a exponer los distintos modelos o ideales de razonabilidad, sus principales características e interacciones entre sí.

1.2. Ideal geométrico

La noción de ideal geométrico que adoptaré para efectos del presente trabajo esta conceptualizada por: (i) el supuesto epistemológico de que la verdad es objetiva y se puede conocer; (ii) que la función de la argumentación consiste en justificar suficientemente la verdad objetiva de un enunciado; y (iii) que una argumentación razonable para este modelo es aquella que parte de premisas incuestionables (verdades objetivas) y que se basa, idealmente, en una inferencia deductivamente válida⁷.

Ihnen señala que el modelo geométrico parte del supuesto epistemológico de que podemos acceder a la verdad objetiva respecto de lo que es y de lo que debe ser⁸: “En este contexto epistemológico la función principal de la argumentación es la de justificar suficientemente la verdad objetiva de nuestras creencias, expresadas mediante enunciados. Una argumentación razonable, por lo tanto, será aquella que logre justificar suficientemente la verdad objetiva de un enunciado”⁹.

⁷ Esta conceptualización de los modelos de razonabilidad se apoya en los apuntes del curso “Teoría General de la Argumentación”, dictado por la profesora Constanza Ihnen. Asimismo puede verse Ihnen Jory, C. (2017). "La argumentación en la formación ciudadana". En: M. Figueroa (Ed.), Ensayos sobre el sentido de la educación. RIL Editores.

⁸ (Ihnen Jory, 2017)

⁹ Idem

El modelo geométrico puede verse reflejado en el pensamiento y método Cartesiano¹⁰. En sus *Meditaciones*, Descartes llega a la conclusión de lo que considera una verdad irreductible, esto es, el *cogito ergo sum* – pienso, luego existo – mediante un modelo epistémico basado en supuestas verdades fundamentales. Aquello sirve entonces de base para establecer razonamientos deductivos que tienen como punto de partida precisamente estas ideas verdaderas y necesarias. Más adelante abordaremos las críticas que se pueden efectuar a un modelo de razonabilidad puramente geométrico respecto a su factibilidad. Esto último especialmente atendido el carácter mayoritariamente deductivo de los razonamientos argumentativos, entendiendo la existencia de una idea fundante propende a argumentos del tipo deductivo toda vez que aquella se encuentra aceptada y permite construir desde ella. Desde ya debemos señalar que el ideal geométrico no es en ningún caso el único que utiliza el razonamiento deductivo. La característica esencial del modelo bajo análisis es la idea de que el verdadero conocimiento se construye a partir de fundamentos sólidos –verdades objetivas – y una estructura inferencial fuerte – como una inferencia deductiva.

1.3. Ideal retórico

En términos similares a los que describimos el modelo geométrico, para efectos de este trabajo, entendemos¹¹ por ideal antropológico aquel en que: (i) se entiende que la verdad es subjetiva (y se puede llegar a conocer); (ii) la función de la argumentación consiste en persuadir a una audiencia de la verdad subjetiva de un enunciado; y (iii) una argumentación razonable es aquella que en los hechos persuade a la audiencia a la que se dirige.

Atendida la amplitud y complejidad del concepto *retórica*, hago la prevención de que en términos generales y especialmente para efectos del presente trabajo, tomaré la

¹⁰ Toulmin, Stephen, “*Knowing and acting, an invitation to philosophy*, 1976, pp 79.

¹¹ Ibid, pp. 163-171

conceptualización del modelo antropológico, tal como lo definen van Eemeren & Grootendorst (1992, 2004), y más tarde elaborado por Ihnen (2017) como punto de partida para describir un modelo retórico. Dicho lo anterior, Ihnen plantea que el modelo antropológico parte de un supuesto epistemológico relativista¹². Aquello implica que “sí podemos conocer la verdad, pero no en un sentido absoluto. La verdad de un enunciado puede ser relativa a una comunidad, a una teoría, a cada individuo en un tiempo y lugar determinados, incluso a distintos aspectos de un mismo individuo.”¹³ Entonces, la función de la argumentación consiste en persuadir a una determinada audiencia de la verdad de un enunciado cuya subjetividad se da por descontado.

Es necesario complementar lo planteado por estos autores sobre la retórica, haciendo referencia a la obra de Aristóteles¹⁴. En el contexto helénico y la tradición principalmente oral, la retórica tenía un papel especialmente relevante en lo público¹⁵. Es interesante recordar que Platón, maestro de Aristóteles, sentía desprecio por la retórica, como puede verse en el *Gorgias*¹⁶. No obstante, aquello debe matizarse pues Platón aceptaba la retórica en la medida que sirviese como instrumento para dar a conocer la verdad¹⁷. Por su parte, Aristóteles ahonda en la retórica con la pretensión de dotar a las técnicas de persuasión de unas formas de razonar propias, y de analizar los diferentes tipos de auditorio ya que este es un factor fundamental en la convicción¹⁸.

¹² (Ihnen Jory, 2017)

¹³ Idem

¹⁴ Aristóteles. (2014). *Retórica* (2a. ed.). Alianza, pp 10. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4286> (Perelman & Lucie, 1989)

¹⁵ Ibid. pp. 15

¹⁶ Platón, *Diálogos II*, Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo. Traducciones, introducciones y notas por J. Calonge Ruz, E. Acosta Méndez, F. J. Olivieri, J.L. Calvo. Editorial Gredos

¹⁷ Fedro, Edición Electrónica de la Escuela de Filosofía de la Universidad ARCIS. Disponible en <https://www.philosophia.cl/biblioteca/platon/Fedro.pdf>

¹⁸ Ibid p. 20

Para Aristóteles, la retórica se define como la facultad de considerar en cada caso lo que puede ser convincente¹⁹. Distingue tres tipos de discursos: (i) discurso público y/o deliberativo, en el foro; (ii) discurso judicial ante tribunales y (iii) discurso epidíctico o de exhibición. Sin perjuicio del abundante contenido desarrollado respecto de cada uno de estos tipos de discurso, me quiero quedar con la idea de que la retórica permite establecer un modelo de razonabilidad en base a la persuasión y a la adherencia²⁰, y que parece oponerse a la concepción geométrica de la existencia de una verdad absoluta, pues *lo razonable* puede variar para cada contexto, inclusive en un mismo contexto, según el caso concreto.

En este trabajo no podemos dejar de mencionar que la retórica experimentó un período de larga decadencia entre los siglos XII y XIX²¹. Durante dicho periodo el estudio de la retórica se centró básicamente en técnicas de estilo para la redacción de un discurso. Esta situación cambia a la par que progresa la desconfianza en la lógica formal, iniciada un siglo antes por Schopenhauer, para quien las leyes o verdades demostradas son convenciones²². Durante la segunda mitad del siglo XX, Perelman y Olbrechts-Tyteca desarrollan *la nueva retórica*, una teoría de la argumentación cuyo principal foco consiste en retomar el arte del convencimiento desde una perspectiva filosófica aristotélica.

Me parece destacable que pese a reconocer la existencia de una arista de la retórica ornamental, Perelman argumenta a favor de su inseparabilidad de la retórica argumentativa pues, para él, “escribir negligentemente significa no apreciar las propias ideas expresadas, del mismo modo que una joya no se guarda en una caja de cartón”²³. El mismo autor señala

¹⁹ Ibid p. 22

²⁰ Esto en realidad es un concepto recogido de Perelman, según pasaremos a revisar.

²¹ Perelman Ch, Olbrechts-Tyteca L, *Tratado de la Argumentación, la nueva retórica*, traducción de Julia Sevilla Muñoz, Biblioteca Románica Hispánica, p. 7

²² González J. *Tratado histórico de retórica filosófica*. Madrid, Ed. Najera 1988. (González, 1988)

²³ Ibid pp 11

que la diferencia entre filosofía y retórica es sólo de grado: mientras que la argumentación retórica está siempre dirigida a un auditorio concreto y particular, al que pretende *persuadir*, la argumentación filosófica se dirige a un auditorio ideal universal al que intenta *convencer*²⁴.

Según González (1988), lo que Perelman ha pretendido con su tratado:

es una ruptura con la concepción cartesiana de la razón y el razonamiento hegemónico en la filosofía occidental hasta hoy, en la que se encuentra descuidada la facultad de ser razonable, de deliberar y argumentar con razones plausibles para conseguir la adhesión del oyente. Descartes desechaba lo probable, plausible, verosímil, como falso porque no le servía para su programa de demostraciones basadas en ideas claras y distintas, un saber construido a la manera geométrica con proposiciones necesarias, capaz de generar inexorablemente el acuerdo, la convicción del oyente²⁵.

Christopher W. Tindale, revisando los postulados de Perelman, señala que la crítica de este autor consiste en indicar como un error el despreocuparse de la adhesión del auditorio a las premisas del discurso. Puesto que nos preocupa la vinculación de una conclusión con su premisa, debemos distinguir la verdad de una tesis de la adhesión a ella. Incluso si una premisa fuera cierta, suponer que sería aceptada y proceder sobre esa base implicaría incurrir en una petición de principio²⁶. Dicho de otro modo, aun asumiendo la veracidad de una proposición, afirmar su adhesión o aceptabilidad por el auditorio significaría afirmar la conclusión que se pretende probar. En ese sentido, Tindale plantea una cuestión que me parece imprescindible, esto es, que aún suponiendo la posibilidad de determinar la veracidad y necesidad de una premisa, es posible igualmente que un auditorio no adhiriera a ella.

²⁴ Ibid pp 16

²⁵ Ibid pp 26

²⁶ Tindale C. *Ways of Being Reasonable: Perelman and the Philosophers*, Philosophy & Rhetoric, Volume 43, Number 4, 2010, pp. 337-361 (Article) (Tindale, 2010)

Entonces inclusive más importante que la demostración de una verdad es el convencimiento y la persuasión de quien nos escucha. En sus palabras:

Success is too often measured in terms of reaching logical “truths” or resolving disagreements. But in the way the reasonable comes alive here, it is the manner in which we hold our disagreements that is influenced by successful argumentation—respectfully, thoughtfully, and with an openness to other perspectives²⁷.

El autor aboga por un modelo de resolución de conflictos mediante argumentación respetuosa, debidamente pensada y con apertura a otras posturas.

De lo anterior me parece necesario recalcar la posibilidad de postular un modelo de razonabilidad basado no en lo evidente, sino en lo verosímil, lo plausible, lo probable y lo convincente. Más allá de las posturas epistemológicas que podamos adoptar cada uno, ciertamente podemos hacer notar desde ya que estos conceptos tienen relevancia al interior del procedimiento judicial, pues si bien se exige la aplicación de un silogismo jurídico - un modelo deductivo de razonamiento - la validación de las premisas fácticas y normativas que sirven de base al silogismo, emana precisamente de cuestiones verosímiles, probables o plausibles sobre las que un juez ha adquirido algún grado de convencimiento.

1.4. Ideal geométrico y retórico

Para explicar el contraste entre estos ideales de razonabilidad, resulta de especial interés lo que plantea Fish:

El contraste entre las dos historias difícilmente puede ser exagerado, porque lo que está en juego no es simplemente una cuestión de énfasis o prioridad (...), sino una

²⁷ Idem

diferencia entre visiones de mundo. La disputa entre el pensamiento retórico y el fundacional es en sí misma fundacional; se trata de un desacuerdo acerca de los componentes básicos de la actividad humana y sobre la naturaleza de la naturaleza humana²⁸.

En contraste con Fish, Perelman concibe a la nueva retórica como una teoría de la argumentación, complementaria a la teoría de la demostración que es objeto de la lógica formal. Mientras la ciencia se basa en la razón teórica, con sus categorías de verdad y evidencia y su método demostrativo, la retórica, la dialéctica y la filosofía se basan en la razón práctica, con sus categorías de lo verosímil, la decisión razonable y su método argumentativo, justificativo²⁹.

En ese entendido, me parece que la oposición podría catalogarse como aparente; sin embargo, es evidente que aquellos autores que abogan por un modelo geométrico, no lo hacen desde una perspectiva científica, sino que filosófica. Por ello que el planteamiento de Perelman es también una declaración en cuanto al modelo de razonar que estima pertinente para un área determinada del saber. No deja de ser importante señalar que un modelo retórico igualmente debe hacer uso de argumentos deductivos pues efectivamente de un enunciado que goce de aceptación se podría razonar “deductivamente”, logrando también adhesión aquella conclusión. No obstante, el retórico no puede aceptar una idea fundacional irreductible y es en ese punto donde ambos modelos realmente contrastan. Aquello puede ser de esencial relevancia pues implica que no solo el razonamiento puede ser atacado, sino que

²⁸ Fish, Stanley (1990). “Rhetoric”. En: Frank Lentricchia & Thomas McLaughlin (Eds.), *Critical Terms for Literary Study* (pp. 203-222). Chicago: Chicago University Press. [Trad. De Mauricio Torres & Constanza Ihnen

²⁹ Parelaman Ch, Olbrechts-Tyteca L, *Tratado de la Argumentación, la nueva retórica*, traducción de Julia Sevilla Muñoz, Biblioteca Románica Hispánica, pp. 7

la premisa de la que emana, pues podría discutirse la “verdad” de los hechos que fundan el razonamiento. Esto me parece interesante por dos razones: (i) porque el modelo geométrico parece limitar en dicha medida el campo de discusión y (ii) porque en los procesos judiciales las discusiones en torno a la verdad de los hechos alegados suele cumplir un rol crucial.

Pareciera ser que en el contexto jurídico y en la defensa de intereses contrapuestos existe una propensión hacia modelos de discusión que escapen a un modelo fundacionalista, que acepte ideas indiscutibles a partir de las cuales sería posible construir conocimiento cierto, pues de lo contrario no cabría la existencia de un litigio en primer lugar. Sin embargo, qué duda cabe que ante la verificación de una determinada premisa el silogismo jurídico ha sido una herramienta predilecta para zanjar discusiones litigiosas. En ese sentido, si bien para el litigante es más factible abogar por la adherencia que por la verificación, por la persuasión que el convencimiento, el conocimiento de ambos modelos de razonabilidad demuestra ser esencial.

1.5. Ideal dialéctico

En términos similares como nos hemos aproximado a los anteriores modelos, el ideal crítico o dialéctico puede ser descrito como sigue: (i) duda que sea posible conocer la verdad objetiva de los enunciados, pero sostiene que tiene sentido hablar de verdad objetiva (como un ideal regulativo), al menos para algunos tipos de enunciados. Dicho de otra manera, si bien no podemos conocerla, con la metodología apropiada, podemos aproximarnos desechando aquello que resulta falso³⁰. Así, por ejemplo, Habermas³¹ sostiene que la verdad

³⁰ (Ihnen Jory, 2017)

³¹ Habermas, J. *The Theory of Communicative Action, Volume 1. Reason and the Rationalization of Society*. Beacon Press, Boston, 1981.

es un ideal regulativo y que un enunciado será verdadero si resulta de un consenso universal racional, sin limitaciones espacio-temporales, bajo una situación ideal de habla (i.e., donde las partes tienen el mismo derecho a participar y están libres de coacción interna y externa). El modelo dialéctico también postula (ii) que la argumentación es un mecanismo discursivo para resolver desacuerdos en torno a la verdad (o aceptabilidad) de un enunciado y (iii) que la argumentación razonable es aquella que las partes involucradas consideran aceptable, luego de un examen crítico intersubjetivo, bajo condiciones ideales de habla. Es necesario precisar que, puesto que en la práctica la situación real de habla no es nunca idéntica a la situación ideal, la razonabilidad de un argumento es siempre gradual, dependiendo de cuánto se acerque la situación discursiva al ideal.

En términos similares al concepto de retórica, la conceptualización de la dialéctica puede remontarse incluso al 400 a. C. y, a lo largo de la historia se han propuesto una gran cantidad de definiciones. Nicholas Rescher hace un resumen de la historia de la dialéctica dividiéndola en los siguientes periodos: (i) Presocrático y los sofistas, (ii) Escuela megárica, (iii) Sócrates y Platón, (iv) la evolución de la dialéctica griega a Aristóteles, (v) estoicos y Epicúreo, (vi) Plotino y el neo-Platonismo, (vii) los escolásticos, (viii) Kant y el Juicio erróneo de la dialéctica, (ix) Fichte y Schelling, (x) Schleiermacher, (xi) Hegel, (xii) Herbart, (xiii) J.S. Mill, (xiv) Marx y Engel, (xv) post marxismo y dialéctica socio-política, y finalmente la dialéctica en el siglo XX³². Sin perjuicio del evidente valor de la recopilación efectuada por el autor, exponemos aquello sólo para enfatizar, por una parte, la diversidad de enfoques que se ha tenido sobre la dialéctica y, por otra, su importancia a lo largo de la historia del pensamiento humano.

³² Rescher N, *Dialectics, A Classical Approach to Inquiry*, Ontos Verlag 2007.

Dicho lo anterior, se hace necesario precisar que, al referirnos al concepto de dialéctica en el presente trabajo, estamos haciendo referencia a su enfoque como modelo de razonabilidad y cómo mecanismo para la resolución razonable de controversias, sin perjuicio de la complejidad del concepto que ya venimos abordando. Así, debemos dejar en claro que las definiciones que se entregan a continuación de *dialéctica* son bastante amplias lo que permite compatibilizar la dialéctica con otros modelos. Por el contrario, si nos enfocamos desde una concepción esencialmente epistemológica de los modelos, se torna complejo compatibilizarlos.

En estos términos, Douglas Walton define a la dialéctica como un mecanismo que, bajo determinadas reglas, permite alcanzar un resultado deseado por las partes de un diálogo. Ese resultado deseado puede bien ser la resolución de un conflicto, como también la evaluación de la validez o aceptabilidad de un argumento. Esta concepción de la dialéctica es posible extraerla de su definición de “diálogo”:

a dialogue (to use our generic term) or a conversation (to use an everyday term) is defined as a goal-directed conventional framework in which two speech partners reason together in an orderly way, according to the rules of politeness or normal expectations of cooperative argumentation for the type of exchange they are engaged in. Each type of dialogue has distinctive goals as well as methods that are used by the participants to achieve these goals together. Thus, the view of rationality expressed here is highly collaborative³³.

³³ Walton D., *The New Dialectic: Conversational Context of Argument*, University of Toronto Press (1998), pp.3

Por su parte, Rescher indica que, en términos amplios, cualquier proceso de interacción a través de un intercambio secuencial y progresivo entre dos partes, puede ser caracterizado como dialéctico³⁴. En ese sentido, al igual que como veníamos viendo en Walton, la dialéctica es más un método o procedimiento a través del cual algo pasa de un estado inicial a otro diverso. Sin perjuicio de lo anterior, el autor, al entregar una definición más acabada, expone lo siguiente:

Dialectics is very much of a two-edged sword. On the one side, it is a conceptual instrumentality for deciding and explaining the development of thought regarding the modus operandi of things. On the other, it characterizes the structure format of a vast variety of natural processes ranging across the spectrum from physical and even cosmological courses of development to the unfolding of events in social, political, and cultural history³⁵.

Es relevante para el presente trabajo, hacer presente que Charles Leonard Hamblin separa la dialéctica de la lógica formal, diferenciando los argumentos *buenos* o *convincientes* de aquellos *correctos* o que emanan de una deducción lógicamente válida³⁶. En ese sentido la argumentación es producida por una persona para convencer a otra³⁷. El autor concuerda con que la dialéctica es de una u otra forma un diálogo regulado, pero pone énfasis en que un modelo de razonabilidad no puede estar únicamente basado en una propuesta geométrica, es decir que parta de una verdad necesaria y de ella se erijan argumentos deductivos únicamente. Lo anterior porque sería un error pensar que un argumento lógicamente correcto

³⁴ Rescher N, *Dialectics, A Clasical Approach to Inquiry*, onto Verlag 2007, pp. 2

³⁵ Rescher N, *Dialectics, A Clasical Approach to Inquiry*, onto Verlag 2007, pp. 10

³⁶ Hablin C. L., *Fallacies*, Methuen & Co Ltd, 1970.

³⁷ *Ibid* pp. 239

necesariamente será convincente³⁸. Aquello igualmente es sostenido por Walton, quien señala:

It follows from this account that a valid argument is not necessarily a good argument, a reasonable argument, or even a persuasive argument, at least in the pragmatic sense of good, reasonable, or persuasive. A valid argument can be used badly, unreasonably, or unpersuasively in dialogue³⁹.

Dicho todo lo anterior, para efectos del presente trabajo me quiero quedar con dos cosas. Primero, que la dialéctica, al menos en la visión presentada por Hamblin, rechaza un ideal geométrico en cuanto si bien es teóricamente concebible la existencia de una verdad objetiva, la falibilidad es el punto de partida, es por ello que no es concebible un modelo de razonamiento estructurado únicamente en la lógica formal y en los argumentos deductivos. En ese sentido Walton hace presente que Aristóteles y también Locke concebían diversas clases de argumentación entre las cuales se encontraban los argumentos deductivos, pero acompañados de otras formas de argumentación razonable. Si bien el primero era el del conocimiento y la ciencia, los demás esquemas argumentativos no quedan fuera de un modelo de razonabilidad⁴⁰.

Segundo, que la dialéctica se estructura como un procedimiento con determinadas reglas y cargas. Esto es sumamente interesante para efectos del presente trabajo pues nos encontramos con un modelo de razonabilidad procedimental. Rescher inclusive se hace cargo

³⁸ Ibid pp. 251

³⁹ Hablin C. L., *Fallacies*, Methuen & Co Ltd, 1970, pp. 9

⁴⁰ Walton D., *The New Dialectic: Conversational Context of Argument*, University of Toronto Press (1998), pp.16-17

de la conceptualización de *la carga de la prueba* y de las presunciones⁴¹, cuestiones de suma relevancia en el procedimiento de resolución de conflictos judicial.

1.6. Dialéctica y retórica

A lo largo de los anteriores apartados hemos podido abordar distintos modelos de razonabilidad constatando sus diferencias. Sin perjuicio de lo anterior, es importante hacer presente que pese a que hemos revisado tres modelos (i) lógico geométrico, (ii) retórico o antropológico y (iii) dialéctico o crítico, es difícil pensar y sostener que una versión pura de estos pueda ser ejecutada en la práctica cuando una persona expone su pensamiento bajo el prisma de un modelo de razonabilidad.

En este punto es necesario considerar lo señalado por Frans Van Eemeren⁴², quien citando a Toulmin⁴³ indica que el modelo geométrico se ve enfrentado a un problema esencial que él llama *regresión infinita*, por el cual el punto de partida desde el que se puede aplicar la lógica cartesiana deviene en arbitrario o bien es dejado a la intuición intelectual o a la experiencia⁴⁴. Por su parte el modelo antropológico deviene en un relativismo extremo pues las posturas pueden sostenerse únicamente en su aceptación empírica. Así, Van Eemeren sostiene que es necesario distanciarse del justificacionismo, de la demostración y del mero consenso, para avocarse a la discusión sobre las bases de lo *generalmente aceptable* o bien de lo que podemos establecer como punto de partida. Aquello es el fundamento de la teoría de la pragma-dialéctica que abordaremos posteriormente⁴⁵.

⁴¹ Rescher N, *Dialectics, A Clasical Approach to Inquiry*, onto Verlag 2007, pp. 30

⁴² Van Eemeren, F. *Strategic Maeneuvering y Argumentative Discourse*

⁴³ Toulmin, S. *Knowing and Acticng, an invitation to Philosohpy*

⁴⁴ Van Eemeren, F. *Strategic Maeneuvering y Argumentative Discourse*, pp. 31

⁴⁵ Idem

Sin perjuicio de lo anterior, Van Eemeren es claro en señalar que en la práctica comunicativa las personas no solo deseamos que el otro entienda lo que planteamos, sino idealmente que aquello produzca un efecto en el otro y que en definitiva desencadene una acción o respuesta positiva⁴⁶. A mi juicio, corresponde entenderlo en los términos explicados por Van Eemeren en el sentido de que aquello es un reconocimiento de la necesidad de incluir elementos perlocutivos en el modelo de razonabilidad de una teoría de la argumentación, pues aquellos son los idóneos para producir los efectos deseados por el interlocutor, de ahí la importancia del término *maniobra estratégica* en cuanto enuncia la intencionalidad detrás del acto ilocutivo⁴⁷. Creo que en ese sentido puede ser útil tomar en consideración elementos retóricos, pues el conocimiento del auditorio es precisamente esencial para dicha finalidad. Dicho lo anterior, me interesa efectuar una revisión de cómo se ha entendido generalmente esta relación entre dos modelos de razonabilidad previo a adentrarnos a la propuesta de integración de la pragma-dialéctica. Respecto de lo anterior existen distintas posturas que recogeremos en los siguientes sub-puntos.

1.6.1. Oposición

El artículo de Erik C.W. Krabbe, publicado en el libro de Van Eemeren y Houtlosser⁴⁸, titulado “Meeting in the House of Callias, an Historical Perspective on Rethoric and Dialectic” comienza enunciando la concepción clásica de antagonismo entre retórica y dialéctica. Señala que la dialéctica es la práctica y la teoría de la conversación mientras que la retórica se avocaría a los discursos⁴⁹. En ese sentido, la primera estaría destinada al ámbito

⁴⁶ Ibid pp 37.

⁴⁷ Ibid pp 42

⁴⁸ Van Eemeren F. y Houtlosser P. *Dialectic and Rhetoric, The Warp and Woof of Argumentation Analysis*.

⁴⁹ Ibid pp 29

privado, mientras que la segunda a lo público. Krabbe señala tempranamente que los ámbitos de las disciplinas en estudio muchas veces se superponen y ve la posibilidad de un beneficio recíproco.

Teniendo presente la oposición, indica que el antagonismo parece haber iniciado en razón del desprecio demostrado por Platón hacia la retórica. Así se evidencia en *Gorgias* donde Sócrates denuncia la retórica como el arte de halagar y la grandilocuencia. Posteriormente procede a indicar cuatro diferencias entre retórica y dialéctica clásica: (i) el objeto, la dialéctica trata las conversaciones y la retórica los discursos; (ii) la composición y tamaño de los grupos de personas que intervienen; (iii) el objetivo o finalidad – la dialéctica buscaría la verdad mientras que la retórica la persuasión - y (iv) las materias abordadas, en cuanto la dialéctica sería universal y abstracta, mientras que la retórica se avocaría al caso concreto. Me parece sumamente interesante el análisis que realiza Krabbe en la arista práctica de ambas disciplinas pues lo basa en una revisión de *Callias* en que el sofista Protágoras discute con Sócrates⁵⁰. Las conclusiones que extrae el autor me parecen relevante pues evidencian el uso de ambas artes durante el discurso/conversación que sostienen ambos personajes (supuestamente avocados únicamente a una de ellas). En ese sentido la coexistencia de ambas y la dificultad de que estas se manifiesten de forma pura en los actos de habla.

1.6.2. Predominancia

Otra aproximación respecto a la relación entre retórica y dialéctica puede encontrarse en el trabajo de Hanns Hohmann “Rethoric and Dialectic, Some Historical and Legal

⁵⁰ Idem pp 37.

Perpectives”⁵¹. El autor indica que existe una tendencia generalizada a enfatizar las características negativas de la retórica y las positivas de la dialéctica. Sin perjuicio de lo anterior, estima Hohmann que la retórica es perfectamente utilizable para el bien y que muchas veces se la entiende como una disciplina auxiliar de la dialéctica⁵². Aquello puede explicarse en términos sencillos como una conceptualización en que la dialéctica sirve para alcanzar un resultado deseado y posteriormente la retórica puede auxiliar respecto a como presentar aquel para que sea aceptado.

El autor es enfático en la necesidad de superar la división artificial entre ambas disciplinas y en la importancia de integrarlas. Postula que en la concepción Aristotélica de la retórica y dialéctica no se visualiza la oposición comúnmente entendida:

both are concerned with such things as are, to a certain extent, within the knowledge of all people and belong to no separately defined science. A result is that all people, in some way, share in both; for all, to some extent, try both to test and to maintain an argument and to defend themselves and attack⁵³.

Es importante hacer presente que Hohmann igualmente expone la contrapartida de lo anterior. En efecto, señala que Cicerón concebía la dialéctica como una herramienta para la retórica.

Cicero's instrumental view of dialectic was not a mere personal idiosyncrasy is shown by the fact that in Roman education dialectic was treated as a propaedeutic subject, following the basic study of grammar in the trivium, but followed by the more

⁵¹ También recogido en Van Eemeren F. y Houtlosser P. *Dialectic and Rhetoric, The Warp and Woof of Argumentation Analysis*. A partir de la página 41.

⁵² Van Eemeren F. y Houtlosser P. *Dialectic and Rhetoric, The Warp and Woof of Argumentation Analysis*., pp 41.

⁵³ Ibid pp. 43

advanced pursuit of rhetorical training. This instrumental view does, however, not entirely preclude considerable respect for dialectic, which is expressed in Cicero's observation in his *De Finibus*, a slightly earlier work than the *Topica*, that dialectic "encompasses at once the entire science of discerning the essence of a thing, and of judging the qualities of a thing, by means of rational argument and disputation"⁵⁴.

Lo anterior tiene bastante sentido considerando que el rétor romano, fiel a sus tiempos, estaba esencialmente enfocado en lo público, y la retórica es la herramienta idónea para transmitir las ideas a través del discurso.

Finalmente, Hohmann hace presente la importancia de un estudio acabado de ambas disciplinas y enfatiza la interdependencia que existe entre ambas. En ese sentido pareciera ser que pese a las diversas formas en que se han entendido ambas ramas en la literatura y a través del tiempo, existe un reconocimiento de parte de diversos autores respecto a la necesidad de superar las aparentes contradicciones y jerarquías.

1.6.3. Coexistencia e interdependencia

Dado lo que venimos expresando en los dos apartados anteriores, parece que la adopción de un modelo de razonabilidad puro, tanto en lo teórico como en lo práctico debiera ceder ante la coexistencia y enriquecimiento recíproco. En la gran mayoría de los casos, los actos de habla no son puramente ilocutivos, por el contrario, suelen ser perlocutivos en cuanto tienen por objeto producir algún efecto más allá de la comprensión del significado del acto ilocutivo. Creo que hacen sentido las ideas anteriormente expuestas en el entendido que un acto de habla debe necesariamente tener un fundamento que apela a la razonabilidad (más allá de la concepción que se adopta en aquel respecto) pero a su vez debe ser capaz de producir en sus

⁵⁴ Ibid. pp. 44

receptores una actitud positiva hacia el mismo. En este orden de ideas, la retórica puede complementar el conocimiento obtenido a través de la dialéctica en consideración al auditorio a la cual se dirige⁵⁵. Pero desde otro punto, una persona solamente es capaz de persuadir a otra si hablan el mismo *lenguaje*⁵⁶. En ese sentido, la dialéctica hace las veces de suplemento para la retórica toda vez que permite que dos personas alcancen un entendimiento y sobre ese entendimiento pueda darse lugar a la persuasión:

Effective persuasion must be disciplined by dialectical rationality. In this way rhetorical evocation turns dialectic away from regressive abstraction, and the disciplined voice of dialectic turns rhetoric away from vicious relativism.⁵⁷

En mi opinión, la forma moderna en que esto se ha logrado de una forma deseable es el modelo de discusión crítica y el concepto de maniobra estratégica que plantea la pragma-dialéctica.

1.7. Pragma-dialéctica: el modelo de discusión crítica y las maniobras estratégicas

Como primera aproximación, debemos señalar que los principales autores vinculados con la teoría pragma-dialéctica son Frans van Eemeren, Rob Grootendorst y Peter Houtlosser. La pragma-dialéctica se estructura como una teoría del discurso argumentativo. Es necesario hacer presente que existe una teoría pragma dialéctica estándar y una extendida. A continuación se entregan las características esenciales de la pragma dialéctica estándar y se agrega como punto final de este capítulo el concepto “*maniobras estratégicas*”, el cual por cierto, es el principal elemento diferenciador entre ambas. En efecto van Eemeren y Houtlosser indicaron que:

⁵⁵ Van Eemeren, F. *Strategic Maeneuvering y Argumentative Discourse*, pp. 73

⁵⁶ Ibid pp 75

⁵⁷ Leff, M. *The Relation Between Dialectic and Rhetoric in a Classical and a Modern Perspective*

The extended theory should offer a theoretical perspective on argumentative discourse that enables a systematic reconstruction of such discourse which takes into account not only the ways in which dialectical reasonableness is, or is not, maintained in the discourse, as the pragma-dialectical standard theory does, but also the ways in which attempts at being effective are made in the discourse⁵⁸.

De momento me interesa destacar tres conceptos: (i) la argumentación como un acto de habla, (ii) el modelo de discusión crítica o pragma-dialéctico, y (iii) las maniobras estratégicas y los descarrilamientos. Para van Eemeren, la argumentación:

es un conjunto de actos comunicativos e interactivos cuyo objeto es resolver una diferencia de opinión con el interlocutor, al presentar una constelación de proposiciones de las cuales se puede hacer responsable el argumentador, de forma que el punto de vista en cuestión sea aceptable para un juez racional que juzga razonablemente⁵⁹.

Esta definición nos da algunas luces de la orientación pragma-dialéctica en cuanto mecanismo de resolución de conflictos (diferencias de opinión). Me parece interesante también la noción de que los intervinientes tienen responsabilidades y cargas y que introduzca la noción de un juez racional. Estos elementos indudablemente acercan el modelo de razonabilidad a un proceso judicial.

1.7.1. El modelo de discusión crítica

⁵⁸ (van Eemeren, *Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse. Extending the pragma-dialectical theory*, 2010)

⁵⁹ *Ibid*, pp 22

Para van Eemeren, la argumentación surge cuando una diferencia de opinión quiere ser resuelta a base de razones. En dicho proceso, las personas involucradas en la diferencia de opinión deben cumplir con diferentes etapas: (i) la confrontación, (ii) la apertura, (iii) la argumentación y (iv) la conclusión. Estas son las etapas del modelo ideal de discusión crítica. Una característica de éste es que la argumentación es al mismo tiempo un proceso y un producto. El proceso se lleva a cabo cuando los participantes se involucran en las etapas de la discusión: exponen sus desacuerdos, se comprometen a participar en la discusión, intercambian razones, críticas o preguntas y, finalmente, deciden si consiguieron un acuerdo o no. El producto de la argumentación es, en cambio, el proceso inferencial que relaciona dos proposiciones bajo el supuesto de que una es justificación suficiente para la otra. Es claro que la argumentación como producto surge durante el proceso de la argumentación, pero esta distinción conlleva implicaciones normativas porque la argumentación se puede calificar como buena o mala en ambos niveles⁶⁰.

Ahora bien, el modelo ideal de discusión crítica es la base que sostiene a la teoría estándar. Para cada una de las etapas de la discusión crítica, se especifican reglas, las cuales establecen los movimientos argumentativos que los participantes pueden y deben realizar para resolver su diferencia de opinión. El propósito de dichas reglas es simplemente asegurar que los participantes puedan alcanzar sus objetivos de manera eficiente y consensual⁶¹.

Puede advertirse de lo anterior que el modelo requiere de diversas herramientas para lograr su objetivo esencial, este es, la resolución razonable de una diferencia de opinión. Aquello se vincula con lo que ya veníamos expresando anteriormente respecto a la

⁶⁰ Lomelí Hernández, *Reseña de Frans H. van Eemeren (2020). La pragma-dialéctica como teoría de la argumentación*, Revista Iberoamericana de Argumentación, p. 153.

⁶¹ Idem.

coexistencia e interdependencia de la dialéctica y retórica que el propio van Eemeren aborda respecto a las maniobras estratégicas. Siempre es necesario mantener un estándar de razonabilidad, pero no es suficiente pues los actos de habla tienen también un objetivo perlocutivo, en el caso de la argumentación, el de convencer a la contraparte.

Volviendo a las reglas para la discusión crítica. Rob Grootendorst y Frans van Eemeren definen estas señalando que:

las reglas del procedimiento de discusión pragma-dialéctico se refieren al comportamiento de personas que quieren resolver sus diferencias de opinión por medio de una discusión crítica. Debido a que aquí nos preocupa el comportamiento deliberado, o la “actuación”, para la que los actores tienen una cierta responsabilidad, las reglas aplican para los actos que los discutidores realizan. En las discusiones exteriorizadas que nos preocupan, estos actos consisten, ante todo, en actos de habla⁶².

Estas reglas se pueden resumir de la siguiente forma⁶³:

- Regla 1 de la libertad: Las partes no deben impedirse unas a otras presentar puntos de vista o ponerlos en duda.
- Regla 2 de la carga de la prueba. Una parte que presenta un punto de vista está obligada a defenderlo si la otra parte le solicita hacerlo.
- Regla 3 del Punto de Vista. El ataque de una parte en contra de un punto de vista debe referirse al punto de vista que realmente ha sido presentado por la otra parte.
- Regla 4 de la relevancia. Una parte sólo puede defender su punto de vista presentando una argumentación que esté relacionada con ese punto de vista.

⁶² Agudelo M, Sebastián, & Trujillo Amaya, Julián Fernando. (2009). REGLAS PARA UNA DISCUSIÓN CRÍTICA. *Praxis Filosófica*, (28), 195-228. Revisado el 08 de enero de 2023

⁶³ Idem

- Regla 5 de la Premisa Implícita. Una parte no puede presentar algo falsamente como si fuera una premisa dejada implícita por la otra parte, ni puede negar una premisa que él mismo haya dejado implícita.
- Regla 6 del punto de partida. Ninguna parte puede presentar falsamente una premisa como si fuera un punto de partida aceptado, ni puede negar una premisa que representa un punto de partida aceptado.
- Regla 7 del esquema argumentativo. Una parte no puede considerar que un punto de vista ha sido defendido concluyentemente si la defensa no se ha llevado a cabo por medio de un esquema argumentativo apropiado que se haya aplicado correctamente
- Regla 8 de validez. En su argumentación las partes sólo pueden usar argumentos que sean lógicamente válidos o que sean susceptibles de ser validados explicitando una o más premisas implícitas
- Regla 9 de Cierre. Una defensa fallida de un punto de vista debe tener como resultado que la parte que lo presentó se retracte de él y una defensa concluyente debe tener como resultado que la otra parte se retracte de sus dudas acerca del punto de vista
- Regla 10 de Uso. Las partes no deben usar formulaciones que resulten insuficientemente claras o confusamente ambiguas y deben interpretar las formulaciones de la parte contraria tan cuidadosa y tan exactamente como les sea posible.

Como venimos señalando, estas reglas guardan relación con la esencia de la discusión crítica, que en definitiva tiene como principal objetivo la resolución razonable de una controversia o diferencia de opinión. Me parece relevante sistematizarlas en los términos precedentes pues, por una parte, permite ilustrar el trabajo por estructurar un sistema armónico destinado a una finalidad específica y, por otra, porque demuestra otro de los

elementos importantes de la teoría pragma-dialéctica, esto es, que está basada en la buena fe y en la cooperación de las partes.

Es interesante que el presente modelo de razonabilidad ha sido presentado como el modelo más idóneo para la evaluación de argumentos al interior del procedimiento judicial⁶⁴. Señalo lo anterior pues a mi entender inmediatamente surge la duda respecto a si las partes involucradas en un litigio están dispuestas a acatar las anteriores reglas y a cooperar armónicamente para la averiguación de la mejor solución. Aquello no significa que la evaluación que realice el juez no pueda tener en consideración la negativa de las partes de ajustarse a las reglas de una discusión crítica, sin embargo las sanciones y condiciones para que ellas se hagan efectivas pueden verse afectadas precisamente por la configuración del procedimiento judicial y sus características específicas según materia. Volveremos sobre estas dudas en los capítulos siguientes al revisar las instituciones procesales.

1.7.2. Maniobras estratégicas y descarrilamientos

En una medida no menor, van Eemeren se hace cargo de la eventual posibilidad de que las partes de alejen del modelo de discusión crítica planteando el concepto de maniobras estratégicas de la siguiente forma:

Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse is a study aimed at extending the standard pragma-dialectical theory of argumentation by integrating insight concerning the intended effectiveness of argumentative discourse into the theoretical framework of analysis and evaluation⁶⁵.

⁶⁴ (Feteris, Dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation, 2000)

⁶⁵ Van Eemeren, F. *Strategic Maeneuvering y Argumentative Discourse*, pp.22

El autor hace presente que el modelo de razonabilidad debe optar por un ideal predominantemente dialéctico:

[I] consider it necessary to distance the pragma-dialectical argumentation theory from the justificationism of the geometrical and anthropological conceptions of reasonableness. Instead, I opt for what Toulmin (1976) calls a “critical” conception of reasonableness, which focuses not on demonstration or consensus but on discussion. In contradistinction to protagonists of the geometrical approach, who are predominantly product-oriented logicians, and protagonists of the anthropological approach, who are process-oriented rhetoricians, protagonists of a critical approach are predominantly procedure-oriented dialecticians⁶⁶.

El autor también deja claro que el racionalismo crítico debe entenderse en el sentido de la dialéctica socrática⁶⁷. Finalmente también indica que debe entenderse pragmático en un sentido utilitarista⁶⁸ pues el modelo está orientado a solucionar controversias.

En cuanto a la efectividad, debemos retomar la distinción entre los actos de habla ilocutivos y perlocutivos. Para la pragma-dialéctica, la argumentación, en tanto acto de habla, está intrínsecamente vinculado con el acto perlocutivo de convencer. En ese sentido van Eemeren señala que desde una perspectiva retórica, la efectividad consiste en levantar los argumentos que mejor puedan satisfacer a la contraparte⁶⁹. La reconstrucción pragma-dialéctica y su justificación se ven entonces complementados por una visión retórica de la argumentación y el convencimiento. Para van Eemeren, la argumentación es razonable cuando ésta es adecuada para cumplir su cometido (problem validity) y además admisible

⁶⁶ Van Eemeren, F. *Strategic Maeneuvering y Argumentative Discourse*, pp.31

⁶⁷ Ibid. pp 32

⁶⁸ Ibid pp 34

⁶⁹ Ibid pp 44

para las partes en disputa (intersubjective validity). De esta forma, cualquier jugada argumentativa que vaya en contra de alguno de estos dos puntos será una falacia⁷⁰:

La pragma-dialéctica apela a un solo principio para decidir si un movimiento argumentativo es falaz o no. Si un movimiento argumentativo viola alguna de sus reglas para la discusión crítica, dicho movimiento es falaz. Este punto es el aspecto más elegante de la teoría porque es capaz de explicar por qué movimientos argumentativos fundamentalmente distintos pueden ser falaces apelando a la misma razón. Esto es posible porque las reglas para la discusión crítica incluyen puntos que competen a la argumentación como proceso y otras que refieren a la argumentación como producto.

De lo anterior y, para efectos del presente trabajo, creo que es importante quedarnos con al menos tres ideas:

- (i) Es importante entender que la teoría pragma-dialéctica como modelo de razonabilidad se encuentra del lado de la dialéctica y de lo que Toulmin llamaría filosofía crítica. Sin perjuicio de lo anterior, la teoría recoge enfáticamente la importancia de obtener una respuesta del interlocutor e idealmente la aceptación de los puntos de vista que se levanten. En dicho contexto, reconoce la importancia de la retórica y de su idoneidad para obtener el convencimiento que puede enmarcarse en un acuerdo para la solución de un conflicto.
- (ii) El modelo pragma-dialéctico es un modelo procedimental, según el cual para la adecuada solución de un conflicto se debe pasar determinadas etapas y seguir las reglas de una discusión crítica.

⁷⁰ Lomelí Hernández, *Reseña de Frans H. van Eemeren (2020). La pragma-dialéctica como teoría de la argumentación*, Revista Iberoamericana de Argumentación, pp 153

- (iii) Finalmente, es especialmente relevante para el análisis jurídico que pretendemos efectuar en el siguiente capítulo que las falacias pueden no solo afectar la racionalidad del punto de vista que se promueve por la parte correspondiente a la vez que el correcto entendimiento por la contraparte y el juez, sino que también puede producir una infracción del procedimiento, especialmente de uno justo y racional.

2. Capítulo segundo. Los modelos de razonabilidad en el proceso judicial

2.1. Prevención

En el capítulo anterior, he intentado entregar un panorama de los modelos de razonabilidad geométrico, retórico y dialéctico. Respecto de este último, profundizamos en la teoría pragma-dialéctica y el modelo de discusión crítica que aquella plantea. En el presente apartado revisaremos cómo los modelos retórico y dialéctico de razonabilidad parecen estar a la base de las principales discusiones en materia probatoria. En ese sentido se revisan las concepciones persuasiva y cognoscitiva de la prueba, la concepción atomista y holista y, posteriormente, las nociones relativas a la carga de la prueba. Finalmente, revisaremos cómo las instituciones propias del procedimiento probatorio en materia laboral, especialmente las facultades probatorias del juez y la prueba indiciaria, pueden entenderse teniendo en consideración lo ya revisado respecto del modelo retórico y el dialéctico.

2.2. Concepciones persuasiva y cognoscitivista de la prueba

Previo a entrar de lleno en la discusión que indica el título de este apartado, debemos recordar que los modelos de razonabilidad están íntimamente vinculados con la epistemología, es decir con el modo en que se entiende la naturaleza, posibilidades y límite del conocimiento empírico. Lo anterior cobra relevancia porque las concepciones de la prueba cognoscitivista y persuasiva difieren en la relación que postulan entre los conceptos de prueba y verdad.

Marina Gascón distingue una concepción epistemológica de la prueba que denomina *objetivismo crítico* y que define como sigue:

objetivismo porque entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente; crítico porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. O sea, se trata de una

epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo⁷¹.

La autora señala que la concepción de la prueba que deriva de esta epistemología es la cognoscitivista y a su vez, plantea que la prueba en el procedimiento judicial es un instrumento de conocimiento y que se encuentra encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos⁷². Es importante notar que la autora sigue una corriente doctrinal respecto a la prueba en que el fin último de aquella es la averiguación de la verdad⁷³.

Por otra parte, también identifica un segundo modelo epistemológico que denomina “constructivista” o “persuasivo” y que define en los siguientes términos:

[el modelo persuasivo] entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, que la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto no cabe hablar de un <<conocimiento objetivo>>; o si se quiere, la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido. La adopción de una epistemología constructivista en el proceso de prueba se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades prácticas del proceso⁷⁴.

Gascón entiende que aquella epistemología es concordante con un modelo del proceso judicial probatorio cuyo principal objetivo no es la averiguación de la verdad, sino que la

⁷¹ Gascón M. *La Argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima – 2003, primera edición pp 351.

⁷² Idem

⁷³ Al respecto, Taruffo M. 2008, Ferrer J. 2021, González D. 2003, Accatino D. 2019, Carbonell F.2011, entre otros

⁷⁴ Gascón M. *La Argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima – 2003, primera edición pp 352.

solución práctica del conflicto y la celeridad en la persecución de aquel objetivo. La autora inclusive señala que “estas propuestas alimentan una concepción persuasiva de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable”⁷⁵. Cierra su definición planteando que ni siquiera es posible la revisión de si el conocimiento del juez al valorar la prueba es correcto o equivocado pues importa determinar únicamente el convencimiento del juez, cuestión que es solo compatible con una concepción irracional de la prueba⁷⁶.

La caracterización recién expuesta me parece importante abordarla desde dos perspectivas. En primer lugar, resulta interesante que el modelo cognoscitivista es intuitivamente asimilable a un modelo de razonabilidad dialéctico. En efecto, se asemeja a lo ya desarrollado en el capítulo primero en cuanto a que la dialéctica se vincula con un modelo epistemológico en que, si bien es conceptualmente posible una verdad objetiva, es dudoso que tengamos en la práctica acceso a aquella. Por otra parte, el modelo persuasivo o constructivista se asemeja al ideal retórico. Lo anterior especialmente porque la verdad dependería del contexto y el objetivo principal del proceso probatorio sería obtener la persuasión.

Sin embargo, y en segundo lugar, al menos en la concepción que plantea Gascón, me parece que un modelo probatorio constructivista se aleja de la retórica desde el momento en que se plantea como un modelo que imposibilita la revisión crítica del conocimiento del juez, y en este sentido, como un modelo irracional de la prueba. Si bien la retórica se ha entendido en ocasiones únicamente como una herramienta lingüística para la obtención del convencimiento (v.gr., Platón), como revisamos ya latamente, la retórica también se ha

⁷⁵ Idem

⁷⁶ Idem

entendido como una concepción de racionalidad. En ese sentido, la profesora Flavia Carbonell, al revisar las nociones de auditorio en Aristóteles y Perelman, señala que:

para poder definir un argumento como correcto, el auditorio a quien va dirigido o a quienes éste pudiera afectar tiene que estar en condiciones de aceptar las consecuencias; desde una perspectiva sutilmente diferente, deberán preferirse aquellas decisiones o interpretaciones que pudieran contar con el apoyo de la mayoría de la comunidad jurídica racional.⁷⁷

Entonces, si bien la verdad es contextual y la finalidad es esencialmente persuasiva, necesariamente hay un ejercicio racional en el discurso retórico. Como adelantamos en el primer capítulo, la retórica plantea la posibilidad de alcanzar la verdad, pero en términos subjetivos o contextuales. De ahí, que sobre esa verdad aceptada ante un auditorio determinado es que necesariamente debe desarrollarse una actividad racional. En mi opinión aquello enriquece el debate pues también es necesario entregar elementos racionales para alcanzar esa verdad en el contexto determinado. Otra cosa es que existan posteriores dificultades para evaluar la calidad de los argumentos empleados en dicho contexto pues no necesariamente emanaran desde una noción fácilmente objetivable. De ahí la importancia de la construcción de las nociones de los distintos tipos de auditorio y de lo tópico, pues aquellas son las nociones que permiten evaluar críticamente desde una perspectiva retórica.

2.2.1 La verdad formal y material

Previo a abordar las siguientes concepciones que existen respecto a las instituciones en materia probatoria, cabe detenerse brevemente en el objeto mismo de la prueba. Vinculado con el punto anterior, es necesario preguntarse nuevamente si con la actividad probatoria

⁷⁷ Carbonell F., *Aproximación a la noción de auditorio y de aceptabilidad racional*, Revista Escuela de derecho Año 6, número 6, 2005, p. 136.

pretendemos obtener el convencimiento del juez, o si aquella actividad tiene por objeto la averiguación de la verdad. Ahora bien, si adoptamos esta última postura, amerita también determinar a qué nos referimos cuando hablamos de verdad. Esto último porque una comprensión de ella es esencial a la hora de establecer una epistemología determinada y, según venimos desarrollando, poder vincular la persuasión y la averiguación de la verdad con los modelos retórico y dialéctico de razonabilidad.

Daniela Accatino señala que la concepción racionalista ve en la prueba un instrumento de conocimiento, una actividad encaminada a averiguar la verdad sobre los hechos litigiosos, entendida ésta bajo una noción correspondentista⁷⁸. En términos sencillos, si concebimos que el objeto de la actividad probatoria es determinar la verdad de los hechos (más bien, de las afirmaciones que las partes formulen sobre los hechos⁷⁹), debiéramos entender el concepto de verdad como correspondencia con la realidad objetiva⁸⁰. Quienes están por una concepción racionalista de la prueba sostienen que al ser la realidad objetiva una cuestión difícilmente alcanzable, los argumentos en materia probatoria serán esencialmente inductivos. Aquello implica necesariamente que a través de la prueba podemos establecer grados de probabilidad de que una determinada aseveración sea verdadera o correspondiente con la realidad, sin embargo no podemos tener certeza de ello.

Al respecto, Daniel González Lagier postula que la validez que concedamos a la inferencia probatoria depende de cómo la clasifiquemos dentro de los tipos de argumentos

⁷⁸ Accatino D. *Teoría de la Prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?*, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, 2019, pp 3.

⁷⁹ Al respecto puede encontrarse un amplio desarrollo en González Lagier D. *Hechos y Argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, pp 18-21.

⁸⁰ Aquí nuevamente Podemos discutir sobre la posibilidad de la existencia de aquella realidad objetiva y sobre la posibilidad de alcanzarla, cuestiones que dependen eminentemente de la posición epistemológica que adoptemos.

que distinguen los lógicos. Estos suelen trazar una gran división entre argumentos deductivos y argumentos inductivos.⁸¹ Lo anterior tiene sentido si se concibe la deducción como un tipo de razonamiento en el que la verdad de las premisas es condición suficiente para la verdad de la conclusión⁸². Por su parte, en la inducción, la verdad de las premisas no implica necesariamente la verdad de la conclusión, pero puede constituir un motivo racional para aceptarla. El autor distingue entre inducción ampliativa e inducción probabilística. La primera corresponde a la concepción general o común de inducción, esto es, la obtención de una conclusión de carácter general, a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares⁸³. La segunda plantea un grado de probabilidad de la correspondencia de la conclusión, pero sin suponer un ejercicio inferencial desde instancias particulares a una conclusión general⁸⁴. Finalmente el autor agrega un cuarto tipo de argumento que denomina abductivo. Señala que aquel razonamiento se produce cuando “conocemos la regla y el resultado”, y “podemos inferir el caso por medio de una abducción. En la abducción razonamos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla (universal o probabilística) que suponemos correcta.”. Es importante tener presente que de este tipo de razonamiento tampoco se sigue una conclusión necesariamente verdadera (ni siquiera cuando la regla es universal)⁸⁵, sino sólo una convicción que puede ser más o menos razonable.

⁸¹ González Lagier D. *Hechos y Argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, pp 36

⁸² Es interesante considerar que algunos postulan que esto no implica un argumento para determinados de modelos de razonabilidad pues una deducción no aporta mayores antecedentes a la discusión, toda vez que es solamente la consecuencia lógica de las premisas ya existentes.

⁸³ González Lagier D. *Hechos y Argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, pp 37

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Ibid.* pp 38 y 39.

Lo anterior me parece importante en derecho, especialmente en materia probatoria, porque cuando las partes intentan probar la verdad de sus enunciados, siempre está en juego algún grado de incertidumbre, y los razonamientos probabilísticos permiten establecer en determinado grado la verdad de los enunciados conforme a cierto umbral de suficiencia. En ese sentido, la utilización de argumentos de tipo deductivo no garantiza necesariamente la verdad de la conclusión, pues la conclusión es verdadera a condición de que las premisas sean verdaderas⁸⁶. Lo anterior sin embargo no es correcto en el proceso judicial pues la verdad a la que apuntamos difiere de una noción objetiva de la realidad. En ese sentido, desde una perspectiva objetivista crítica no se espera que las partes logren establecer la verdad objetiva de los enunciados, sino el que están probados en cierto grado que se considera suficiente. Para los objetivistas críticos el modo de lograrlo sería una discusión crítica o modelo de discusión preestablecido; para otros será el grado de adhesión que generen en su auditorio.

Ahora bien, se ha planteado como alternativa para no abordar la dificultad que implica establecer un concepto de verdad como objetivo de la actividad probatoria la distinción entre verdad formal y material⁸⁷. En esta dicotomía, la verdad material sería aquella como correspondencia con el mundo, mientras que la verdad formal, procesal o forense, sería aquella que se obtiene del proceso como actividad probatoria⁸⁸. Esta distinción ha sido duramente criticada en doctrina. Ya Carnelutti señalaba que “en realidad es fácil observar

⁸⁶ Gascón M. *La Argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima – 2003, primera edición pp 357

⁸⁷ Ferrer Beltrán, J. “*Prueba y verdad en el derecho*, Filosofía y Derecho, Marcial Pons, segunda Edición, 2005, pp 61.

⁸⁸ Idem

que la verdad no puede ser más que una, de forma que la verdad formal o jurídica o bien coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o diverge de ella, y no es más que una no-verdad”. En esta misma línea apunta una de sus frases más famosas: “la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad”.⁸⁹ A mi juicio, la crítica de Carnelutti evidencia una cuestión trascendental y esto es que la verdad procesal no puede distinguirse conceptualmente de la verdad material pues no puede existir al interior del proceso una pretensión de probar algo distinto a la correspondencia con el mundo. Ferrer, luego de presentar las críticas a la noción de verdad formal, plantea diversas alternativas para dar respuesta a la dificultad que implica establecer la verdad como objeto de la prueba: (i) la prueba como fijación de los hechos; (ii) la prueba como convicción del juez acerca de los hechos; (iii) la prueba como certeza del juez acerca de los hechos y (iv) distinguir entre tener por verdadero y ser tenido por verdadero⁹⁰. Si bien Ferrer se detiene sobre cada una de dichas alternativas y entrega sus críticas respecto de cada una, me detendré únicamente en esta última alternativa pues me parece interesante para efectos de lo que venimos abordando con relación a retórica y dialéctica. Ferrer indica respecto a ella que:

Una proposición p es verdadera sí, y solo sí, sea el caso que p. Esta es la clásica noción de verdad como correspondencia. En ese sentido la verdad de la proposición p que se menciona en el enunciado probatorio está probado que p no depende en absoluto de lo que decida el juez que emite enunciado probatorio en su decisión. Lo que sí depende del juez o el tribunal que decide el caso, es considerar a p como verdadera. Esto es, el juez puede tener a p por verdadera en su decisión, a la luz de los elementos de juicio aportados

⁸⁹ Ibid pp 63, Ferrer citando a Carnelutti

⁹⁰ Ferrer Beltrán, J. “*Prueba y verdad en el derecho*, Filosofía y Derecho, Marcial Pons, segunda Edición, 2005, p. XX.

al expediente judicial para probar la verdad de la proposición, e incorporarla como tal a su razonamiento decisorio, o no tenerla por verdadera⁹¹.

Ferrer hace presente que en esta decisión de tener por probada una proposición pueden tener injerencia elementos ajenos a la correspondencia, tales como un mandato legal⁹². De ahí que la formulación debiera ser que existen elementos de juicio suficientes para tener por probada p. Esta concepción me parece relevante pues se corresponde con la noción de probabilidad de verdad que se puede alcanzar mediante los razonamientos inductivos y abductivos y de la mano de ello pueden conceptualizarse diversos estándares de prueba o de suficiencia para tener una proposición por verdadera. Dicho ello, esta noción también nos permite volver sobre el rol de la dialéctica y la retórica, pues la crítica esencial sobre esta noción de verdad formal es que implica una renuncia a la búsqueda de la verdad. Si bien las concepciones dialéctica y retórica que venimos abordando no dicen relación con encontrar una verdad única y absoluta, sí nos permiten entender esta noción de que un hecho puede ser tenido por probado y que aquello puede establecerse en base a la verdad como correspondencia. Esto lo señalo porque, ya sea a través del convencimiento del auditorio o bien del establecimiento de un mecanismo crítico para alcanzar el consenso, nos permiten entender que en un espacio determinado, algo pueda ser tenido por verdadero (como correspondencia) o en caso del procedimiento probatorio, pueda ser tenido por probado.

2.3. Concepciones atomista y holista de la prueba

Teniendo en consideración lo expuesto en el punto anterior, podemos entrar derechamente a una discusión que a mi juicio evidencia la importancia de los modelos de razonabilidad al

⁹¹ Ibid pp 74

⁹² Idem

interior del proceso judicial. Según se expone a continuación, las concepciones holista y atomista dicen relación con el razonamiento probatorio, específicamente si aquel debe efectuarse mirando el material probatorio como un todo o, por el contrario, cada medio de prueba en particular. Lo anterior tiene un impacto en el relato que se efectúa al tenor de los medios disponibles en el proceso y cómo aquel se puede enfocar según las concepciones que tengan tanto el juez como las partes de la actividad probatoria. Esto último tiene efectos prácticos a la hora de construir la teoría del caso. Sin perjuicio de que a continuación ahondaremos en ello, la elección de un modelo atomista podría implicar el desglose de la tesis que se pretende probar en sus requisitos, para luego buscar los medios que permitan dar por acreditados cada uno de ellos y en consecuencia obtener una decisión favorable. Un modelo holista podría enfocarse desde otra verdad, buscando elementos de prueba que acreditaran la verosimilitud del relato y en consecuencia la coherencia de que los elementos que llevaron a las consecuencias que se pretenden probar son plausibles y consecuenciales.

La profesora Accatino entrega definiciones y caracterizaciones de las teorías en estudio. Respecto a la teoría holista estándar, *story model* e inferencia de la mejor explicación señala:

Presentada inicialmente como una concepción descriptiva de los procesos psicológicos de decisión acerca de las pruebas y, en particular, acerca de la formación del veredicto de los jurados (...) Esta concepción se conoce como *story model*, dado que su tesis central es que los jurados imponen una organización narrativa a la información obtenida del proceso, mediante la construcción de uno o más relatos en

los que se establecen relaciones causales e intencionales entre los eventos que constituyen el caso que es objeto del proceso⁹³.

Se recalca la importancia del relato; su plausibilidad, integridad, consistencia y coherencia determinan la aceptación. La autora igualmente hace la precisión de que:

en otros trabajos, sin embargo, la teoría es defendida también desde una perspectiva normativa fuerte, referida a los requerimientos de la racionalidad epistémica. Es el caso de un trabajo de Pardo y Allen donde, precisamente frente a la objeción que reduce el alcance del modelo de la plausibilidad relativa a una mera descripción de las prácticas efectivas de decisión, que podría por consiguiente ser descartada desde el punto de vista normativo (“tanto peor para esas prácticas”), señalan que “las inferencias basadas en consideraciones explicativas podrían resultar *justificadas*, también, y de hecho más que las conclusiones generadas a través de una aproximación probabilística⁹⁴.

Podemos adelantar que esta última noción atomista me parece idónea para efectos de la evaluación del razonamiento probatorio y en definitiva de los respectivos modelos de razonabilidad que se aplican a este. Señala Accatino expresamente que:

las contribuciones de una perspectiva holista no se reducen, sin embargo, a la advertencia de la “necesidad psicológica” de los relatos para la comprensión de las pruebas y *a la explicación de las ventajas retóricas de las estrategias de tipo narrativo utilizadas tradicionalmente por los abogados litigantes*. Las concepciones holistas del razonamiento probatorio también iluminan algunas cuestiones

⁹³ Accatino D. *Atomismo y Holismo en la justificación probatoria*, ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 26.

⁹⁴ *Ibid.* p. 32

significativas desde el punto de vista de una teoría normativa de la justificación de las decisiones probatorias⁹⁵.

Aquí la autora vuelve sobre la plausibilidad, coherencia e integración de los medios de prueba, primeramente desde una perspectiva epistémica y luego como estándar de justificación del razonamiento

Como reacción al *story model*, se ha señalado que la apreciación holista de la prueba tiende a generar una sobrevaloración de las pruebas que favorecen al relato que comienza a emerger como el más coherente. En este sentido, la incorporación de una nueva prueba que refuerce la impresión de coherencia puede modificar la percepción de las pruebas que antes han sido conocidas, a través de una reinterpretación que atenúe las dudas que inicialmente hubieran podido suscitar⁹⁶. Esta es una suerte de prejuicio a favor de las pruebas que confirman el relato que va siendo percibido como más coherente (*confirmation o coherence bias*)⁹⁷. A mi juicio, efectivamente la persuasión y adhesión respecto de un relato se ve afectada por elementos adicionales a las pruebas rendidas en juicio. Es por ello que es posible pensar que ante un juez que se encuentra convencido respecto de una teoría del caso, y que luego debe justificar aquella mediante un juicio racional, se ve atraído por las pruebas que den mayor fuerza a aquel relato. En ese sentido en el proceso cognitivo se produce un sesgo de confirmación que puede afectar la racionalidad en la evaluación de la prueba, y en consecuencia, es posible que los buenos relatos primen por sobre los relatos verdaderos. Lo anterior no sería normativamente aceptable en un procedimiento justo y racional.

⁹⁵ Ibid pp 34

⁹⁶ Ibid, citando a Simon, Dan, 2004: “A third view of the black box, cognitive coherence in legal decision making”. *The University of Chicago Law Review*, 71, 2, pp. 511-586.

⁹⁷ Amaya, Amalia, 2013: “Coherence, evidence, and legal proof”. *Legal Theory*, 19, 1, pp. 1-43.

Es por ello que se plantea el atomismo como un análisis de las pruebas para una teoría de la justificación probatoria que resulte epistémicamente rigurosa y apropiada a los rasgos característicos de la prueba en el contexto jurídico y que pueda, por tanto, constituir un modelo idóneo para guiar la deliberación judicial⁹⁸. En definitiva aquel consiste en la evaluación individual de cada medio de prueba, especialmente en cuanto a su procedencia y valor que aporta como elemento destinado a conocer la verdad de los hechos relevantes al interior del proceso. En ese sentido se trata de un modelo de motivación que exige justificar sus juicios acerca de la fiabilidad de las pruebas, haciéndose cargo de los argumentos críticos, y dar cuenta de las razones que justifican el descarte de las hipótesis alternativas que se hayan propuesto en el proceso respecto de algún hecho principal⁹⁹. La naturaleza adversarial de los litigios propende a que un modelo atomista tenga lugar, especialmente porque en un proceso las partes tiene la carga de probar distintos hechos. Aquello en definitiva significa que debieran suscitarse debates específicos respecto a cada hecho que se intenta probar y no necesariamente respecto del relato completo de cada parte. En palabras de la autora:

la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas, refleja adecuadamente el carácter relacional de la justificación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado por *todas* las pruebas admitidas y practicadas en el proceso y constituye el necesario correlato de la garantía de un proceso contradictorio¹⁰⁰.

⁹⁸ Accatino D. *Atomismo y Holismo en la justificación probatoria*, ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 17-59

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Accatino Daniela *La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico*, Revista de Derecho Vol. XIX – N°2 Diciembre 2006, pp. 9-26.

Volveremos sobre esto en el análisis de las manifestaciones en materia laboral. Es necesario mencionar que Accatino no postula la aplicación exclusiva de la teoría atomista de la prueba, sino que la inclusión de concepciones atomistas dentro de la evaluación holística de la prueba¹⁰¹.

En relación a la presente discusión, nuevamente podemos ver la división entre dos teorías que se relacionan con un modelo de razonabilidad determinado. En efecto, la teoría holística de la prueba dice relación con la construcción de un relato, su coherencia y la adhesión que aquel puede lograr. En este sentido se acerca al modelo retórico. Es importante notar, no obstante, la necesidad de entender el modelo holista desde una perspectiva epistemológica y normativa, que otorgue un rol importante a los razonamientos probabilísticos. Por el contrario, una concepción atomista de la prueba, si bien puede reconocer la importancia del relato completo, crea necesariamente espacios de discusión crítica. Podemos adelantar que pese a que la moderación de la discusión crítica generalmente queda entregada como preminencia al juez y no a los abogados, la valoración de los medios de prueba individualmente considerados es precisamente un espacio para que los abogados discutan críticamente respecto al valor probatorio que cada medio puede aportar en la averiguación de la verdad al interior del proceso.

2.4. De la carga de la prueba

La carga de la prueba no tiene un significado unívoco. Según señala Jordi Nieve, se trata de una expresión que condensa diferentes ideas que no tienen tanto que ver entre sí como se piensa.¹⁰² Señala el autor que en la Edad Media se construyó el concepto de *onus probandi*

¹⁰¹ Accatino D. *Atomismo y Holismo en la justificación probatoria*, ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 17-59

¹⁰² Nieve Fenoll, Jordi, Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado (Julio 2020). InDret, Vol. 3, 2020, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3963856>

que asienta la idea de que cada litigante poseía la carga de probar lo que afirmaba para tener una expectativa de ganar el proceso¹⁰³. Así, se ha señalado que el demandante debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, y por el contrario, el demandado aquellos hechos impositivos, extintivos y excluyentes de dicha pretensión. El autor atribuye a esta noción clásica la denominación de carga subjetiva de la prueba y la distingue de la carga objetiva. Esta última, originalmente denominada carga material o carga de averiguación, designa no al litigante que debe probar un hecho, sino directamente a los hechos que deben ser probados en el proceso para poder emitir el juicio. La carga objetiva de la prueba consistiría en determinar, no a qué litigante le es más fácil probar un hecho –esa es la carga subjetiva–, sino a qué parte perjudicará la falta de prueba de un hecho¹⁰⁴.

En Chile la concepción tradicional del *onus probandi* pareciera estar contenida en el artículo 1698 del Código Civil en cuanto dispone que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Ciertamente aquella norma, al igual que la concepción tradicional de la carga de la prueba, puede llevar a injustos, o bien a consecuencias indeseables, en un procedimiento que tiene por objeto la averiguación de la verdad. En efecto, la norma en comento pone en una posición desmejorada a quien no cuenta con los elementos de prueba necesarios para poder acreditar los hechos que sostienen su pretensión. Misma problemática se presenta cuando quien tiene la carga de la prueba no tiene los conocimientos o medios técnicos para acreditar los hechos, y también cuando los hechos en sí mismos son de difícil prueba porque no dejan huellas fehacientes o se encuentran muy alejados en el

¹⁰³ Idem

¹⁰⁴ Idem

tiempo¹⁰⁵. Un ejemplo paradigmático de lo anterior se presenta en el procedimiento laboral pues muchas veces el trabajador no tiene acceso a los documentos que regulan la relación laboral o no tiene los antecedentes técnicos de la empresa que permitan probar su punto. Ejemplos concretos de esto puede ser un prestador a honorarios que pretenda acreditar la laboralidad de la relación, cuestión que quedaría tradicionalmente a su carga considerando que es quien eleva una proposición. Claramente aquel no contará con un contrato de trabajo, un registro de asistencia ni otros antecedentes que puedan facilitarle probar aquello. Un ejemplo de lo segundo podría ser el caso de un trabajador desvinculado por necesidades de la empresa, que debe acreditar que el estado económico financiero no es tal para ejecutar la terminación del contrato por dicha causal. Aquello implicaría tener los balances o estado resultado, ambos documentos que por regla generalísima no estarán a su disposición.

A mi juicio, queda tácito que, en un proceso adversarial, quien no tiene la carga de probar, aún cuando dispone de los medios de prueba para el esclarecimiento de los hechos, tiene severos incentivos para no presentarlos cuando la consecuencia de que los hechos no se tengan por probados es que obtendrá una sentencia favorable. En ese sentido la estrategia judicial puede consistir en no aportar antecedentes al proceso. Aquello evidentemente afecta el acceso al conocimiento de los hechos al que puede acceder el juez, más aún en un procedimiento gobernado por el principio dispositivo.

Frente a esto, existen diversas reacciones críticas en la doctrina. Jordi Nieva se manifiesta derechamente en contra de mantener el concepto de carga de la prueba en los

¹⁰⁵ En este sentido Hunter Ampuero I. *Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 22, N°1, 2015, pp. 209-257.

procedimientos modernos¹⁰⁶. Señala que la eliminación de aquella institución “es una simple consecuencia del sistema de libre valoración, en el que se espera de las partes que colaboren con el juez en el esclarecimiento de los hechos, y no solamente que aporten medios de prueba que les beneficien, como ocurría bajo el dominio del sistema de prueba legal. Y es que finalmente el proceso, en nuestra época, se ha convertido en lo que nunca debió dejar de ser: un espacio que ponga al juez en las mejores condiciones para recibir las alegaciones de las partes y la prueba de los hechos, valorándolos libremente sin recurrir a los atajos de la carga subjetiva de la prueba, que muchas veces provocan resultados absurdos¹⁰⁷.

Otra opción pueden encontrarse, por ejemplo, en lo que señala Iván Hunter respecto a las *dificultades probatorias*. El autor plantea mantener la institución de la carga de la prueba, pero establecer: (i) exenciones probatorias, (ii) alteraciones de la carga de la prueba (basadas, por ejemplo, en la normalidad como criterio de asignación y la teoría del daño desproporcionado (*in re ipsa loquitur*)) y (iii) la prueba prima facie basada en la verosimilitud¹⁰⁸. Una reacción similar puede encontrarse en uno de los trabajos recientes de Jordi Ferrer quien señala:

La participación de las partes es imprescindible, como ya se dijo anteriormente, pero sus intereses no tienen porque coincidir con la averiguación de la verdad ni con la

¹⁰⁶ En todos aquellos en que se haya incluido la libre valoración de la prueba. Es importante destacar que el procedimiento civil en Chile es uno de los pocos que aún mantiene la prueba legal tasada.

¹⁰⁷ Nieva Fenoll, Jordi, Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado (Julio 2020). InDret, Vol. 3, 2020

¹⁰⁸ Hunter Ampuero I. *Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 22, N°1, 2015, pp. 209-257

implementación de las políticas públicas a través del proceso, lo que hace necesario equilibrar la balanza con poderes probatorios del juez¹⁰⁹.

El autor menciona como algunas de las posibles facultades que podrían entregarse al juez: (i) la capacidad de intervenir en la práctica de la prueba, (ii) la capacidad de indicar a las partes lagunas probatorias, (iii) disponer la incorporación de pruebas no solicitadas (prueba de oficio), (iv) alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba y (v) decidir las hipótesis fácticas que tiene por probadas¹¹⁰. Volveremos sobre estas en el capítulo siguiente, específicamente en el procedimiento laboral.

Respecto a la dicotomía entre mantener la institución de la carga de la prueba en los procedimientos modernos, juega un rol fundamental el fin epistémico que se le asigna al proceso. Cabe destacar que los autores citados concuerdan en que el objeto del proceso es la averiguación de la verdad. Ahora bien, la eliminación de la institución, según plantea Nieva, efectivamente pudiera apuntar hacia un proceso en que las partes efectivamente entreguen la totalidad de los medios de prueba que se encuentren en su poder y que en definitiva aporten al juez la mejor posibilidad de resolver con un conocimiento tan completo como sea posible de los antecedentes fácticos. Aquello de alguna forma supone que las partes actuarán siempre de buena fe en el proceso o bien implica establecer mecanismos que permitan asegurar aquella conducta. Por el contrario la posición de Hunter y Ferrer, parece ser más cercana a los modelos que tenemos actualmente, manteniendo el tipo de sanciones que existen frente a la no aportación de la prueba. Pese a que los modelos de discusión crítica (no solo los judiciales) contemplan la existencia de la carga de la prueba¹¹¹, pareciera ser que

¹⁰⁹ Ferrer Beltrán J. *Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, pp 97.

¹¹⁰ Idem

¹¹¹ En el sentido de defender los puntos que avancen

efectivamente lo que postula Nieva se condice con un procedimiento orientado a solucionar un conflicto de forma racional. Ahora bien, la naturaleza adversarial de los litigios puede llegar a ameritar la existencia de un poder coercitivo de los jueces.

Debemos vincular lo expresado en este apartado con lo que veníamos desarrollando respecto a que el objeto de la prueba es la averiguación de la verdad. Aquí nuevamente la concepción del proceso judicial como un modo de resolución de conflictos se torna mucho más relevante pues si bien, la averiguación de la verdad es el objetivo, no puede dejar de observarse que aquella debe probarse y para ello es necesario contar con los medios. Considerando también que el proceso judicial está orientado eminentemente a la justicia, no solo basta con entender que la racionalidad pueda entenderse desde distintas aristas, sino que se vuelve necesario crear mecanismos idóneos para los intervinientes precisamente puedan aportar hacia la concreción de esta finalidad en condiciones óptimas.

2.5. Volviendo a los modelos de razonabilidad

En el presente capítulo hemos podido revisar algunas discusiones importantes en materia de prueba, a saber: (i) la concepción cognoscitivista y persuasiva de la prueba ; (ii) la distinción entre verdad formal y material; (iii) la concepción holista y atomista y (iv) la carga de la prueba.

Volviendo sobre los modelos de razonabilidad, podemos ver que las definiciones revisadas de los modelos dialéctico y retórico permite darle una capa de profundidad adicional a estas discusiones en materia probatoria. En efecto, si revisamos la diferencia entre la concepción persuasiva y la cognoscitivista podríamos plantear que la primera se asemeja a un modelo retórico, pues centra el objeto de la prueba en el convencimiento del juez y no necesariamente en la averiguación de la verdad entendida como correspondencia. En ese

contexto puede proponerse que la verdad desde un modelo persuasivo se determina en base a lo que el auditorio, en este caso el tribunal, determine¹¹². Por el contrario, un modelo cognoscitivista depende en mucho mayor medida de un procedimiento probatorio que permita encontrar la verdad en correspondencia a lo ocurrido. Los autores que pudimos revisar al respecto parecen encontrarse mucho más cercanos a un modelo de razonabilidad dialéctico o pragma-dialéctico, en cuanto Gascón¹¹³ plantea una epistemología basada en un sistema crítico de revisión de los antecedentes. Aquel depende de reglas que conduzcan en la mayor medida posible a la averiguación de la verdad. Lo anterior es plenamente homologable respecto de la distinción entre verdad formal y material pues como ya vimos la distinción va de la mano con la discusión sostenida respecto al modelo probatorio.

En cuanto a las concepciones holista y atomista de la prueba, pudimos revisar que una concepción holista conversa con un modelo de razonabilidad retórico. El profesor Valenzuela Cori¹¹⁴, ha puesto énfasis en cómo el buen abogado debe contar la historia del caso de la forma más convincente posible y la importancia de entregar un relato que facilite un fallo favorable. Aquello se condice con la concepción holista de la prueba en que *prima story model*, esto es, la historia que cuenta la totalidad de la prueba rendida y si aquella prima sobre otras que se puedan proponer. Por el contrario la construcción de una revisión atomista, es decir, de cada medio probatorio se relaciona con un proceso y a su vez con el modelo de racionalidad dialéctico. El ideal crítico se satisface cuando todos los medios han sido

¹¹² Es necesario volver a hacer presente la prevención realizada en el apartado dedicado a aquella discusión en cuanto en el momento que se postula el modelo Persuasivo como irracional se aleja irremediamente de la retórica como modelo.

¹¹³ ¹¹³ Gascón M. *La Argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima – 2003, primera edición.

¹¹⁴ Valenzuela Cori, R., *Decidir Juzgar y Persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado*. Tirant lo Blanch, 2017.

analizados y en base a ellos puede encontrarse la versión de los hechos con mayor plausibilidad o que mejor se corresponda con la verdad si estamos de acuerdo con lo expresado en el párrafo anterior. No está de más recordar que Accatino plantea que si bien no está necesariamente en contra de la predominancia de las concepciones holistas, es necesario construir un modelo en el que efectivamente se realice una revisión de los medios de prueba individualmente considerados para luego construir el relato. Esto último me parece interesante pues postula un modelo intermedio que se acerca a la pragma-dialéctica y a las maniobras estratégicas.

Por último, respecto a las discusiones relativas a la carga de la prueba, podemos vincularlas con los modelos de racionalidad toda vez que existen quienes proponen la eliminación de la carga de la prueba de modo que las partes aporten la totalidad de sus medios y, en base a ello obtener una decisión del caso con la mayor información posible. Por otra parte quienes dudan de que las partes puedan actuar siempre de buena fe en el procedimiento, intentan establecer herramientas para regular el procedimiento ante las posibles negativas. Aquello parece acercarse más hacia una concepción pragma-dialéctica y a la necesidad de que quien evalúa las argumentaciones cuente con los mecanismos idóneos en caso de descarrilamientos. Asimismo, es importante considerar que el juez no solo debe evaluar la argumentación, sino que debe garantizar que el proceso se desarrolle bajo condiciones óptimas. Volveremos sobre esto al tratar de las facilidades probatorias en materia laboral, pero desde ya debemos hacer presente la idea de que la creación de un sistema probatorio que tienda a la averiguación de la verdad puede no tener buenos resultados si una de las partes no se encuentra en una posición que le permita acreditar sus dichos. Es por ello que el derecho debe tratar de hacerse cargo de las inequidades existentes en la práctica.

3. Capítulo tercero. Manifestaciones en el proceso laboral

Según hemos venido adelantando en los capítulos anteriores, uno de los focos del presente trabajo es revisar las manifestaciones de los modelos de razonabilidad al interior del proceso judicial. Es importante reiterar que el tema ha sido acotado específicamente al ámbito de los hechos, es decir al razonamiento probatorio y a las discusiones que hemos podido exponer en el capítulo precedente. A modo de prevención, es necesario hacer presente que, atendida la extensión de la materia a abarcar en el presente capítulo, se aborda sólo la vinculación entre las discusiones en materia probatoria abordadas precedentemente con el proceso laboral y cómo aquellas discusiones se manifiestan en sus las instituciones propias del derecho laboral. Solo en el siguiente capítulo retomamos la relación entre estos dos ámbitos (prueba y proceso laboral) y los modelos de racionalidad revisados en el capítulo primero.

Teniendo lo anterior en consideración, lo primero que debemos señalar es que el procedimiento laboral en nuestro país es uno de los procedimientos reformados. Aquello se puede ver en que es un procedimiento oral, concentrado, en el que prima el principio de inmediación y existe impulso procesal de oficio por parte del tribunal. Un cambio importante para efectos de este trabajo es el cambio desde un sistema de prueba legal tasada hacia uno en que la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica. En efecto, el artículo 456 del Código del Trabajo dispone expresamente:

El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

Es interesante considerar que el legislador decidió establecer derechamente como sistema de valoración de la prueba la sana crítica, señalándolo de forma expresa en el encabezado de la norma. Lo anterior contrasta con lo que sucede con la norma equivalente en el Código Procesal Penal, que consagra la libre valoración, para luego establecer limitaciones a la convicción en la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Llama también la atención que la norma laboral alude al convencimiento del sentenciador, mientras que la normativa penal alude a la fundamentación de la sentencia y a los medios que permiten tener por acreditados hechos determinados. Asimismo, se extraña en la norma laboral la obligación consagrada en el artículo 297 del Código Procesal Penal relativa a que el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo¹¹⁵. A mi juicio, la referencia a la multiplicidad, concordancia y conexión en el artículo 456 del CT, unida a que la norma se remite al convencimiento del sentenciador, permiten concluir que el sistema de valoración en materia laboral pone mayor enfoque en el relato que puede establecerse mediante la prueba, es decir una concepción preponderantemente holista de la prueba. Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que en materia laboral el artículo 459 del CT regula los requisitos de la sentencia, señalando que deberá contener “4.- El análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación”. En ese sentido, pareciera que toda vez que el legislador ordena un análisis de toda la prueba, no puede descartarse una tesis atomista de la prueba, pero volviendo al artículo 456 que ordena poner especial énfasis

¹¹⁵ Artículo 297, Inciso 2º del Código Procesal Penal.

en la concordancia y conexión, permite entender la importancia del relato para efectos probatorios. En definitiva, si bien estimo que entender la prueba como un todo es esencial, igualmente el análisis específico de los medio no puede dejarse de lado, pues es lo que permite darle sustento al relato.

Por último, y antes de abordar algunas peculiaridades del sistema probatorio en materia laboral, creo que es importante tener en consideración que el principio rector del derecho del trabajo es el principio protector¹¹⁶. De aquel emanan otros sub-principios como (i) *in dubio pro-operario*, (ii) la norma de la condición más favorable y (iii) la regla de la condición más beneficiosa. En ese sentido, el Derecho del Trabajo está orientado a entregar protección al trabajador toda vez que aquel se encuentra en una relación asimétrica con su empleador. Como veremos a continuación, aquello puede tener impacto no solo en la relación sustantiva, sino que en el procedimiento, especialmente con relación al acceso a los medios de prueba, al control de los hechos. Esto tiene incidencia especialmente respecto a la carga de la prueba, pues al ser por regla generalísima el trabajador el sujeto activo en los juicios del trabajo, debe acreditar los hechos que fundamentan su pretensión.

3.1. Los poderes probatorios del juez laboral

En algunas ocasiones, las dificultades probatorias son identificadas previamente por el legislador. Así lo señala Iván Hunter:

Frente a ello, la opción de regular un mecanismo de facilitación probatoria dependerá de razones de política sustantiva. En algunas oportunidades esas facilidades buscarán otorgar protección a las partes más débiles de la relación contractual, a la más

¹¹⁶ Gamonal Contreras S., *Fundamentos del derecho laboral*, quinta edición, 2020, pp. 190

desposeída económica y técnicamente en relación a la complejidad de los hechos. También pueden tener por finalidad aumentar la probabilidad de éxito para el demandante en una determinada pretensión. Las razones que puede tener el legislador son múltiples, generalmente discernidas en base a ciertos bienes o valores que se consideran dignos. Si lo que se pretende es evitar los abusos contractuales, el legislador puede dispensar a la parte teóricamente más débil del contrato¹¹⁷.

En el caso del derecho del trabajo, como veníamos señalando, el correlato del principio protector al interior del proceso judicial, es el establecimiento de algunas facilidades probatorias. Aquellas tienen su fundamento en que el Derecho del Trabajo entiende que el trabajador siempre será la parte más débil de la relación contractual, ya sea porque no tiene el control de los hechos, acceso a los medios de prueba o a los conocimientos técnicos que permitirían acreditar su pretensión si siguiéramos la regla general del *onus probandi*.

Algunas de las manifestaciones de estas facilidades probatorias pueden encontrarse fuertemente en el artículo 429 del Código del Trabajo que en lo pertinente dispone:

El tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio. Decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará mediante resolución fundada aquellas que considere inconducentes¹¹⁸.

Aquí podemos ver, por una parte, que el juez tiene amplias facultades probatorias, tanto para ordenar la producción de prueba al interior del proceso como para dejar fuera

¹¹⁷ Hunter Ampuero I. *Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 22, N°1, 2015, pp. 209-257. Mencionar página exacta.

¹¹⁸ Artículo 429, inciso primero del Código del Trabajo

aquella que estime inconducente. Esto puede entenderse como una consagración epistemológica que permite al juez obtener todos los medios necesarios que estime pertinente para la averiguación de la verdad y también como un relevo para las partes respecto a la carga de la prueba¹¹⁹.

También existen medidas un tanto más sutiles. Un ejemplo refiere a las facultades del juez respecto a la parte que no conteste en tiempo y forma la demanda. Así, el numeral 1) del Artículo 453 del Código del Trabajo dispone: “Cuando el demandado no contestare la demanda, o de hacerlo no negare en ella algunos de los hechos contenidos en la demanda, el juez, en la sentencia definitiva, podrá estimarlos como tácitamente admitidos”¹²⁰. Un segundo ejemplo es la exhibición de documentos que puede decretar el juez. Esta facultad se encuentra consagrada en el numeral 5) del artículo 453 del Código del Trabajo:

La exhibición de instrumentos que hubiere sido ordenada por el tribunal se verificará en la audiencia de juicio. **Cuando, sin causa justificada, se omita la presentación de aquellos que legalmente deban obrar en poder de una de las partes, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria** en relación con la prueba decretada.

Un tercer y último ejemplo podemos encontrarlo en el numeral 3) del artículo 454 del Código del Trabajo, donde se establece una norma similar respecto del absolvente que no comparece a declarar habiendo sido citado:

¹¹⁹ Esto en el sentido objetivo de carga de la prueba por cuanto el tribunal es quien determina los medios necesarios para dar por acreditados los hechos que fundamentan la pretensión.

¹²⁰ Recordemos que la regla generalísima en esta materia es que quien se encuentra en rebeldía se entiende que niega la totalidad de los hechos alegados por la contraria y en consecuencia es carga de la contraparte acreditarlos en el proceso

Si el llamado a confesar no compareciese a la audiencia sin causa justificada, o compareciendo se negase a declarar o diere respuestas evasivas, **podrán presumirse efectivas, en relación a los hechos objeto de prueba, las alegaciones de la parte contraria** en la demanda o contestación, según corresponda.

Ahora bien, las dos primeras de estas facilidades probatorias operan como una facultad del juez para aplicar una sanción. En efecto la redacción de las normas indica que el juez “podrá” dar por probadas las alegaciones de la parte contraria. Las expresadas en la demanda o respecto de los hechos que se hubieren podido acreditar mediante la exhibición de documentos ordenada. Llama la atención tal formulación, a diferencia de la tercera que establece una presunción que suele ser la regla general en la materia. A mayor abundamiento, la facultad queda en el marco discrecional del juez y no entrega luces si aquella puede ser impedida o dejada sin efecto mediante la rendición de prueba en contrario. En ese sentido, si el demandado no exhibe la documentación solicitada, pero ha aportado abundante prueba respecto de los mismos hechos, queda la duda de si el juez de todas formas puede aplicar la sanción. En cualquier caso, a mi juicio, estas normas no aportan valor epistémico al proceso, sino que por el contrario, se alejan de lo que debiera ser el objeto del mismo, esto es, la averiguación de la verdad. Podría argüirse que aporta a la averiguación de los hechos en la medida que constriñe al afectado a efectivamente aportar la prueba que se ha ordenado, sin embargo, el problema no radica en ello, pues con el establecimiento de un indicio (y la respectiva presunción) hubiera bastado para tal finalidad, pues el afectado se vería en la necesidad de aportar prueba en contrario o al menos desvirtuar la presunción. En efecto, el problema es que establece un marco de discrecionalidad que además permite saltarse la justificación posterior que debe reflejarse en la sentencia para dar por probados los hechos.

Por el contrario, el establecimiento de un indicio por parte del legislador aparece como una solución más idónea. Al respecto me parece interesante señalar que la prueba indiciaria se suele llamar también prueba indirecta. Marina Gascón distingue la prueba directa e indirecta señalando: la prueba directa, por versar directamente sobre el hecho que se quiere probar, lo probaría “espontáneamente”, “sin necesidad de raciocinio”. La prueba indirecta o indiciaria, en cambio, por no versar directamente sobre el hecho que se pretende probar sino sólo sobre un hecho circunstancial, para acreditar aquél necesitaría del razonamiento, de la inferencia¹²¹. Así también González Lagier:

La prueba directa es aquella en que la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado; la prueba indirecta o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar¹²².

Sin embargo, ambos autores están de acuerdo en que la prueba directa igualmente requiere la utilización del razonamiento para poder valorarla. Es por ello que la diferencia entre ambas sería únicamente una cuestión de grado, respecto a la cantidad de pasos inferenciales que es necesario hacer en una y otra. En ese sentido, el razonamiento probatorio de la prueba indirecta implica una mayor cantidad de pasos y por consiguiente un mayor espacio de maniobra para el juez. Aquello puede implicar un mayor riesgo de error, pero pareciera que en cuanto la sentencia se encuentre bien fundamentada, no existe realmente un

¹²¹ Gascón M. *La Argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima – 2003, primera edición pp 372.

¹²² González Lagier D. *Hechos y Argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, pp 36, citando a M. Miranda Estampres (1997, pág. 218)

riesgo a nivel epistémico. En este último punto radica la diferencia esencial con los dos puntos anteriores, pues el establecimiento de un indicio, aunque igualmente es una facilidad probatoria, bien puede fundamentarse y el razonamiento quedar plasmado en la sentencia. Aquello por una parte protege la finalidad del proceso y ante el riesgo de error, entrega a la parte afectada la posibilidad de presentar los recursos procesales correspondientes, cuestión que no parece tan factible en los casos anteriores. Esto puede variar en todo caso dependiendo de la concepción de la prueba que abordemos pues en definitiva desde una perspectiva persuasiva en que el juez debe encontrar su convencimiento personal, el ejercicio de sus poderes probatorios es probablemente la herramienta idónea, sin perjuicio de que posteriormente se dificulte excesivamente sino imposible el control sobre dicha decisión. Desde una perspectiva cognoscitivista hace sentido su existencia mientras estos se desarrollen con controles posteriores y publicidad de los razonamientos probatorios que realice el juez en base a estos poderes. Aquí nuevamente es importante distinguir entonces si la verdad que buscamos se refiere a la aceptación por parte del auditorio o bien a la obtenida a través de un procedimiento reglado, pues es en base a estas que se puede evaluar las conclusiones que obtenga el juez en base al ejercicio de sus potestades.

3.2. La prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral

Los indicios en materia laboral juegan un rol importante en uno de los procedimientos más relevantes que se encuentran consagrados en el Código del Trabajo. El procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales consagra una regla en el artículo 493 del citado cuerpo normativo que permite al denunciante acreditar mediante indicios la vulneración alegada, frente a lo cual el denunciado deberá explicar los fundamentos de su conducta. La norma dispone:

Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Esta norma debe entenderse conjuntamente con la consagrada en el inciso primero del artículo 490 que prescribe:

La denuncia deberá contener, además de los requisitos generales que establece el artículo 446, la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamente.

Como señalábamos en apartados anteriores, existen diversas razones para establecer facilidades probatorias en favor de alguna de las partes. En el caso de la tutela laboral de derechos fundamentales, Fernando Pino indica que pueden ser: i) la situación de desigualdad que deriva del trabajo subordinado y sus consecuencias procesales; ii) el carácter intrínsecamente axiológico de los derechos fundamentales, lo que hace todo menos obvia su identificación y determinación; iii) el carácter polimórfico de las conductas vulneratorias; y iv) la aparente legalidad que suelen cubrir estas conductas¹²³. El autor postula que la norma del artículo 493 del Código del Trabajo, es efectivamente una facilidad probatoria. Sin perjuicio de lo anterior, hace presente que respecto a su naturaleza existe amplia controversia en cómo aplica aquella facilidad. El autor detalla mediante abundante literatura, las distintas teorías que se han planteado al respecto, señalando que existen las siguientes opciones: (i) la norma contiene una regla que altera la carga de la prueba; (ii) la norma es una manifestación de la carga dinámica de la prueba; (iii) la norma mandata aplicar un estándar de prueba

¹²³ Pino Henríquez F., *Facilitación probatoria en el procedimiento de tutela laboral*, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 10, número 20, 2019, pp. 78-118.

diferenciado, y (iv) debe operar como una presunción¹²⁴. El autor es partidario de aplicar la norma como una presunción, y con ello el denunciado se vería en la necesidad de derrotar la presunción.

Previo a averiguar derechamente cómo debe entenderse la norma, debemos prevenir que existe una discusión adicional en la doctrina sobre el momento en que debe aplicarse la norma. Se ha planteado que la norma es un requisito de procesabilidad, dado que el artículo 490 mandata a incorporar los antecedentes en que se funda la denuncia. También se ha indicado que el juez debe advertir de la utilización de la norma ya sea al momento de recibir el ofrecimiento de la prueba (audiencia preparatoria) o al momento de su incorporación (audiencia de juicio).¹²⁵ Por el contrario, Cristina Santibáñez ha señalado que, toda vez que el juez no está legalmente autorizado a realizar tal advertencia, si ello ocurre este quedaría legalmente implicado¹²⁶. Por su parte José Luis Ugarte señala que se trata de una regla legal de juicio que no opera, por tanto, ni en la etapa de aceptabilidad de la prueba —audiencia preparatoria— ni en la rendición o incorporación de la prueba —audiencia de juicio— sino que en la etapa de construcción de la sentencia por parte del juez¹²⁷.

Teniendo presente esto último, debo señalar que comparto parcialmente la opinión de Pino Henríquez, en el sentido de que estimo que efectivamente los indicios son hechos o antecedentes en virtud de los cuales, mediante la utilización del razonamiento se puede obtener el conocimiento respecto de un hecho hasta aquel momento desconocido.

¹²⁴ Idem

¹²⁵ Jara Bustos, Francisco. «La facilidad probatoria en el Procedimiento de Tutela Laboral. Constitucionalidad y tramitación procesal». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2010, pp 153-184. Disponible en <http://bit.ly/2slhm2a>.

¹²⁶ Santibáñez Boric, Cristina (2010). «Las cargas probatorias dinámicas». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1 (1): 83-92. Disponible en <http://bit.ly/2PDujws>.

¹²⁷ Ugarte Cataldo José Luis, «Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba». *Revista de Derecho*. 2009, pp 215-228. Disponible en <http://bit.ly/34k0qGt>.

Recordemos que el artículo 47 del Código Civil define las presunciones señalando que: “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”. Por lo que de un hecho base y la aplicación de una inferencia se alcanza el conocimiento de el hecho presumido. Ahora bien, creo que es infructuoso plantear que la prueba indiciaria debe asimilarse a una presunción, pues en ese sentido, la institución no aportaría nada nuevo al procedimiento de tutela laboral. En efecto, lo importante es entender que la prueba indirecta es válida y basta con señalar, como lo hace Gascón, que lo relevante es la calidad epistemológica de los elementos en que se funde el razonamiento¹²⁸. Quizás es incluso mejor mantener las instituciones separadas pues el tenor de la norma del Código Civil, en estricto rigor exige una deducción, mientras que para la prueba indiciaria basta una inducción¹²⁹.

En nuestro ordenamiento, las presunciones están reguladas como medios de prueba, sin embargo, en definitiva no son otra cosa que un ejercicio racional¹³⁰. En ese sentido, el indicio es el hecho o antecedentes que se presenta al juez mediante cualquiera de los medios existentes, que en el caso del procedimiento laboral es absolutamente libre. Ahora bien, interpretar la norma en este sentido es a mi juicio inocuo pues implica que el tribunal gozaría de las mismas herramientas que siempre ha tenido para probar la existencia de la vulneración de derechos fundamentales, pues siempre puede utilizar presunciones. Decir que aplica una presunción es decir que aplica la regla general y hace innecesaria la norma.

¹²⁸ Gascón M. *La Argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima – 2003, primera edición p. 375.

¹²⁹ González Lagier D. *Hechos y Argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, p 35. En ese sentido se señala que la garantía del argumento pueden ser las máximas de la experiencia e incluso el conocimiento del juez.

¹³⁰ Puede ser útil que estén consagradas como medios de prueba porque obliga a pronunciarse sobre ellas en la fundamentación de la sentencia.

Entonces me parece que hay dos formas de entender la norma de manera que tenga alguna utilidad. En una primera interpretación, (i) se puede entender como un requisito de procesabilidad y que una vez satisfecho, el tribunal puede dar por acreditada *prima facie* la vulneración debiendo el denunciado justificar su conducta el denunciado. En este sentido se verifica una alteración de la carga precisamente porque opera una presunción, la cual es esencialmente derrotable. Ahora bien, aquello tampoco cambia radicalmente el panorama pues nuevamente es una aplicación de la regla general. En efecto cuando se presenta una presunción bien fundamentada, es la contraparte la que debe derrotar aquella presunción. La excepcionalidad de este caso es que puede no desvirtuarla sino que justificar su actuar. En una segunda interpretación, ii) la norma plantea un estándar más bajo de convicción para el juez, indicándole que ante la existencia de indicios, se encuentra facultado para dar por acreditada la vulneración¹³¹. Tiene sentido pensar que el legislador establece un estándar más bajo, en virtud del principio pro operario y de los propios fundamentos que señalábamos para establecer una facilidad probatoria en esta materia. Asimismo, tiene sentido pensar que en virtud de aquellos mismos fundamentos el legislador distribuye el riesgo de error en favor del trabajador. En contra de esta tesis se podría señalar que la ley no establece estándares y la convicción es libre según las reglas de la sana crítica¹³², siempre con la obligación de justificar el razonamiento que lleva a la conclusión en el caso concreto.

¹³¹ Así Gamonal Contreras, Sergio (2008). «Prueba indiciaria en el nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales». *Revista Laboral Chilena*, noviembre, 78-81 y Ugarte Cataldo José Luis, «Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba». *Revista de Derecho*. 2009, p. 215-228.

¹³² Al respecto puede leerse Nieva Fenoll, Jordi, Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado (Julio 2020). InDret, Vol. 3, 2020. En dicho trabajo el autor explica detalladamente como es que a su juicio el establecimiento de un estándar de prueba es innecesario e incluso dañino para los fines del proceso.

A mi juicio la forma más útil y que no afecta el debido proceso, es entender la prueba indiciaria como una institución individual que se basa en lo que tradicionalmente entendemos como prueba indirecta. En ese sentido tiene la misma estructura lógica que una presunción, con expresa autorización para que la garantía del argumento sea de naturaleza inductiva y en consecuencia probabilística. Dicho esto, creo que de ahí viene también la necesidad de entender que el estándar de prueba efectivamente puede ser más bajo en cuanto aquella probabilidad puede encontrarse en un porcentaje más bajo que aquel que se necesita por regla general para dar por acreditado un hecho. Sobre la oportunidad, me parece que perfectamente puede aplicarse en la sentencia pues la norma, conocida por todos, expresamente pone en advertencia al denunciado que el juez se encuentra facultado para dar aplicación a la prueba indiciaria. Cuál es estándar de suficiencia y si esto implica una alteración de la regla general en materia probatoria que hemos venido abordando son interrogantes que no me encuentro facultado para responder.

Por el contrario, creo que de lo expuesto pueden extraerse algunas conclusiones interesantes para efectos de este trabajo. En ese sentido, la prueba indiciaria es una concreción clara de que el procedimiento de tutela laboral contiene un ejemplo de facilidades probatorias. A la vez es una muestra de que el legislador laboral parece concebir que el conocimiento de la verdad es algo más bien probabilístico. Corolario de lo anterior es que los indicios deben apuntar a una presunción de la vulneración que se alega y en consecuencia podría concluirse que el denunciante queda revelado de aportar un razonamiento que permita establecer una regla general, sino que puede satisfacer la exigencia aportando un razonamiento generalmente aceptable y que debe ser derrotado por la denunciado aportando prueba en ese sentido.

Esto último que venimos desarrollando es también demostración de que el sistema de prueba en materia laboral es cognoscitivo de hechos y en consecuencia requiere de razonamientos adecuadamente fundados. A mi parecer esta es una materia en que la aceptabilidad pudiera vincularse de mejor manera con una concepción retórica pues el profesor José Luis Ugarte Cataldo en su libro “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador” señala que dichos indicios dicen relación con

(...) hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales. Por ello, la prueba reducida de que se beneficia el trabajador se traduce en la prueba de hechos que generen en el juez una sospecha razonable de que ha existido la conducta lesiva.¹³³.

En ese sentido, la importancia de la prueba indiciaria parece venir dada por como los indicios que proponga el denunciante puedan permitirle al juez concebir la verosimilitud de su ocurrencia. Aquello no quiere decir que posteriormente no deba justificar el razonamiento probatorio según las reglas del proceso laboral, pero sí que la forma idónea en que se presentan los indicios al juez parece ser la búsqueda del convencimiento de este último, sobre la aceptabilidad de la premisa.

¹³³ (Ugarte Cataldo, 2009)

4. Capítulo cuarto. El proceso como una discusión crítica: ¿queda espacio para la retórica?

Previo a entregar las conclusiones del presente trabajo, debemos volver al punto de partida, esto es, intentar explicar cómo el proceso judicial puede entenderse a la luz de los modelos de razonabilidad expuestos en el capítulo primero. A continuación se exponen dos visiones, primero una que permite entender el proceso judicial como un modelo de discusión crítica y luego una visión del proceso desde la retórica. Hecho lo anterior se entregan las conclusiones del presente trabajo, en el siguiente y último capítulo.

En cuanto al proceso como una discusión crítica, Eveline Feteris plantea que el proceso se puede ver desde una perspectiva dialéctica en la medida que se considere a la argumentación legal parte de un dialogo acerca de la aceptabilidad de un punto de vista jurídico. La evaluación se centrará entonces en determinar si el punto ha sido defendido exitosamente de acuerdo a los puntos de partida comunes con observación de determinados estándares de discusión racional¹³⁴. La autora señala que el modelo de discusión planteado por Van Eemeren y Grootendorst introduce una herramienta para el análisis y evaluación de discusiones que ofrece una gama de elementos en la resolución de diferencias de opinión. Así, Feteris señala:

The dialectic part of the theory implies that argumentation is considered to be part of a critical exchange of discussion moves aimed at a critical test of the point of view under discussion. A resolution in such a critical discussion means that a decision is reached as to whether the protagonist has defended his point of view successfully on the basis of commonly shared rules and starting points against the critical reactions

¹³⁴ Feteris E. *Dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation*, Artificial Intelligence and Law 8 · September 2000, pp 115-135.

of the antagonist, or whether the antagonist has attacked the point of view successfully¹³⁵.

La autora hace presente también que es finalmente el juez quien somete la argumentación a una evaluación crítica para determinar si el punto avanzado ha sido defendido correctamente, no solo respecto de las críticas que pueda efectuar la contraparte sino que desde los puntos de partidas del proceso (normas), de los jueces superiores y de la comunidad jurídica¹³⁶.

Feteris lleva las cuatro etapas del modelo de discusión crítica al proceso y explica como aquellas tienen un ideal dialéctico que puede atribuírsele al juez¹³⁷.

Etapa	Contenido	Objetivo	Rol de Juez
Confrontación	Las partes presentan sus puntos de vista en conformidad con las reglas del procedimiento.	Determinar el contenido y alcance de la disputa	Asegurarse que las reglas para la presentación de los puntos de vistas sean cumplidas. Corregir y/o compensar aquel comportamiento de las partes que pudiera impedir el cumplimiento del objetivo
Apertura	Las partes acuerdan los puntos de partida comunes. Dada la naturaleza reglada del proceso, esta parte suele permanecer implícita.	Establecimiento de un punto de partida común tanto en lo legal como en lo fáctico. División de la carga de la prueba	Revisión de que las reglas se apliquen correctamente

¹³⁵ Ibid. pp 117

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Feteris E., *The role of the judge in legal proceedings. A pragma-dialectical analysis*, *Journal of Argumentation in Context* 1:2 (2012), 234–252.

Argumentación	La parte que promueve el punto de vista debe defenderlo. La contraparte puede levantar sus contraargumentos. El juez evalúa la argumentación	Determinación de la aceptabilidad de la argumentación en base a los métodos de evaluación acordados (compartidos)	Revisión de que las reglas se apliquen correctamente. Aquí toma importancia porque evalúa la argumentación
Conclusión	Se debe determinar si el punto de vista ha sido defendido exitosamente.	Decisión respecto al resultado de la discusión, específicamente si el sujeto activo puede mantener su pretensión.	Toma de una decisión bajo las reglas de un debido proceso y las reglas específicas del procedimiento a aplicar.

Tiene sentido pensar en el proceso como una discusión crítica pues varias de las dificultades que puede experimentar una diferencia de opinión fuera del ámbito judicial son zanjadas por las reglas procedimentales. En ese sentido, la fuerza obligatoria de las mismas y el poder coercitivo de los jueces¹³⁸ permiten dar por configurados los puntos de partida comunes para iniciar el proceso de discusión crítica. La existencia del juez presupone la existencia de un tercero imparcial que evalúa la argumentación levantada por las partes y la somete a un examen crítico. Específicamente en materia probatoria, el juez cumple una función de garantía cuando alguna de las partes no se comporta como un participante razonable¹³⁹ en la aportación de los antecedentes necesarios para la averiguación de los hechos necesarios para resolver el conflicto. Como vimos, los sistemas probatorios modernos

¹³⁸ Los jueces tienen facultades disciplinarias respecto de las partes y de los abogados según puede revisarse en el artículo 546 del Código Orgánico de Tribunales.

¹³⁹ Feteris E. *Dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation*, Artificial Intelligence and Law 8 · September 2000, pp 131.

(en mayor o menor medida) han decidido entregar facultades probatorias al juez, pues pareciera que es el único que puede actuar como garante del cumplimiento de las reglas de una discusión racional.

Ciertamente la teoría pragma-dialéctica permea fuertemente como un modelo de razonabilidad para entender la argumentación en el proceso judicial, especialmente para la evaluación de la argumentación que se produce al interior de este.

Pero como señalábamos en el capítulo primero, es sumamente difícil concebir una práctica argumentativa que apele a un único modelo de razonabilidad. El proceso judicial no es la excepción y a pesar de que a mi juicio el modelo de discusión crítica, especialmente cuando se toma en consideración el concepto de *maniobras estratégicas* de van Eemeren, logra explicar correctamente los procedimientos, la retórica no deja de tener una importancia capital para los operadores jurídicos. La noción de auditorio y aceptabilidad racional juegan un rol importante a la hora de estructurar el discurso jurídico. En ese sentido, la profesora Carbonell señala que:

haciendo una primera aproximación, para poder definir un argumento como correcto, el auditorio a quien va dirigido o a quienes éste pudiera afectar tiene que estar en condiciones de aceptar las consecuencias; desde una perspectiva sutilmente diferente, deberán preferirse aquellas decisiones o interpretaciones que pudieran contar con el apoyo de la mayoría de la comunidad jurídica racional.¹⁴⁰

A mi entender, la noción de auditorio de Perelman se puede aplicar de buena manera al proceso judicial, precisamente porque se encuentra acotado a los intervinientes del mismo, a los jueces superiores y la comunidad jurídica en general. Aquello ya es un marco

¹⁴⁰ Carbonell Bellolio F., *Aproximación a la noción de auditorio y de aceptabilidad racional*, Revista Escuela de Derecho. Año 6, número 6, 2005, pp 136.

suficientemente acotado para cumplir la intención de objetivar la noción de auditorio. Así específicamente señala:

El abogado debe lograr la adhesión del juez "mostrándole que tal adhesión está justificada, porque la aprobarán las instancias superiores y la opinión pública. Para conseguir sus fines, el abogado no partirá desde unas verdades (axiomas) hacia otras verdades a demostrar (teoremas), sino de unos acuerdos previos hacia la adhesión a obtener", acuerdos previos que recaerán en los hechos que no sean discutidos, luego en las presunciones, y paulatinamente mientras se avanza en el juicio, sobre valores, jerarquías de valores y lugares comunes que la propia sociedad reconoce.¹⁴¹

Sin perjuicio de esta explicación a través de la retórica, no podemos dejar de hacer presente que las maniobras estratégicas que considera la teoría pragma-dialéctica extendida se hacen cargo de este fenómeno. En efecto van Eemeren y Houtlosser lo abordan a través de la noción de *adaptación a la audiencia*: "the expression "audience demand" refers to the requirements that must be fulfilled in the strategic maneuvering to secure communion, at the point in the exchange, with the people the argumentative discourse is aimed at"¹⁴². En definitiva, el argumentador debe tener en consideración a la persona o grupo de personas a quien se dirige, pues la argumentación debe no ser solamente razonable sino que efectiva. Especial interés reviste respecto de un proceso judicial pues los autores abordan la argumentación trídica, haciendo presente que en muchos casos no solo existe un antagonista, sino que una tercera parte encargada de evaluar la argumentación¹⁴³. Es precisamente a aquella parte a quien es

¹⁴¹ Ibid pp 135, citando a Perelman en La lógica jurídica y la nueva retórica. Primera reimpression. Traducción de Luis Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988.

¹⁴² (van Eemeren, Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse. Extending the pragma-dialectical theory, 2010)

¹⁴³ Idem

necesario convencer y para ello es importante tener en consideración los valores y preferencias que más sentido le pueda hacer. No obstante que aquello forma parte de la teoría pragma-dialéctica, los autores hacen presente que al abordar la adaptación a la audiencia, muchos académicos parten desde una perspectiva retórica. Sin embargo, quizás la diferencia esencial éste en aquello a lo que apunta Tindale: esto es, que para una perspectiva pragma-dialéctica la audiencia no es un sujeto pasivo, sino que participa activamente. Así, desde esta perspectiva, la reconstrucción argumental es dialéctica a pesar de que tome elementos que originalmente podrían ser considerados retóricos.

Creo que ambas corrientes permiten explicar que el juez tampoco está exento de estas nociones, pues para justificar sus sentencias, igualmente debe considerar la aceptabilidad de su decisión en la comunidad jurídica. Como pudimos ver respecto de las teorías holistas de la prueba, la construcción de un relato coherente, plausible y susceptible de aceptación, cobra gran relevancia pues muchas veces las prueba que se aporten al respecto gozan de una mejor recepción si se encuadran dentro del relato al que el sentenciador adhiere. En efecto, pareciera que los procesos racionales en las personas, incluidos los jueces, parten desde lo general y luego encuentran en el proceso elementos que le permitan justificar razonablemente aquella decisión¹⁴⁴. De ahí también la importancia de narrar el caso de forma que tenga sentido¹⁴⁵. La persuasión y la búsqueda de la adhesión al relato juega un rol importante tanto para los abogados litigantes, quienes cuando presentan su caso ante el tribunal deben procurar hacerlo de modo que tenga sentido para el tribunal, de forma que este pueda captar la plausibilidad de la narración. En el ámbito probatorio, las pruebas seleccionadas deben ser concordantes y

¹⁴⁴ Así, García Amado, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Tirante lo Blanch, primera edición, 2017, pp 35.

¹⁴⁵ Valenzuela Cori, R. *Decidir juzgar y persuadir*. Un ensayo sobre la formación del abogado. Tirante lo Blanch, 2017, pp 99

coherentes con aquel relato. Para ello existe un espacio pues como pudimos ver las teorías holistas de la prueba tienen un grado de predominancia, sin perjuicio de la importancia a nivel crítico que puede tener la revisión atomista de los medios de prueba. Por su parte el juez igualmente debe buscar una sentencia que pueda ser aceptada por los jueces superiores y en la comunidad jurídica en general. En efecto, toda vez que es posible afirmar que "un diálogo racional puede también conducir a dos a más respuestas igualmente bien fundamentadas"¹⁴⁶, también puede plantearse que en derecho no necesariamente existe solamente una respuesta correcta¹⁴⁷. Teniendo lo anterior en consideración es que la retórica se presenta como una herramienta relevante para obtener la aceptación, del juez, los tribunales superiores o la comunidad jurídica en general.

Creo que la gran ventaja de la pragma-dialéctica es que, aunque se asocia principalmente a un modelo de razonabilidad dialéctico, recoge elementos que bien pueden ser considerados retóricos en un sentido laxo. Aquello permite que sea más fácil encontrar paralelos con el proceso judicial pues como hemos venido sosteniendo desde el capítulo primero, a mi juicio aparece como una opción adecuada el sostener la posibilidad de que ambos modelos de razonabilidad coexistan y se relacionen en el proceso judicial.

Como pudimos ver, en materia procesal laboral existen diversas instituciones que se vinculan con las discusiones en materia probatoria y a la vez con los modelos de razonabilidad. En efecto, las alteraciones de la carga de la prueba, los poderes probatorios del juez y especialmente la institución de los indicios de vulneración en el procedimiento de

¹⁴⁶ Carbonell Belloio F., *Aproximación a la noción de auditorio y de aceptabilidad racional*, Revista Escuela de Derecho. Año 6, número 6, 2005, pp 164., citando a Aarnio, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991

¹⁴⁷ Carbonell Belloio F., *Aproximación a la noción de auditorio y de aceptabilidad racional*, Revista Escuela de Derecho. Año 6, número 6, 2005, pp 164.

tutela laboral de derechos fundamentales da cuenta de una noción del legislador relativa a la necesidad de construir un modelo judicial crítico y con un garante en el juez. Como pudimos ver, aquello se expresa de buena manera a través del modelo de racionalidad pragmático-dialéctico. Sin embargo, no puede negarse que más allá de la necesidad de que las tendencias modernas en materia probatoria sean ampliar las facultades del juez en materia de prueba¹⁴⁸, la construcción de un relato plausible que permita al sentenciador alcanzar la convicción respecto a lo que fallará en definitiva se plantea como una cuestión esencial a la hora de desempeñarse como un buen litigante. En efecto, más allá de que la fundamentación de la sentencia pueda enriquecerse a través de un modelo de discusión crítica en materia probatoria ciertamente la construcción aceptable para el auditorio en concreto es una herramienta que no puede ser pasada por alto.

Entonces, reiteramos que más allá de que las instituciones analizadas pueden entenderse quizás de mejor manera desde un modelo de discusión crítica en que se establecen reglas de comportamiento y garantes de las mismas, en materia probatoria es esencial construir un relato desde la aceptabilidad. Aquella aceptabilidad en cuanto pudimos ver la relevancia de las teorías holistas de la prueba parece ser lograda de mejor manera ocupando elementos de un modelo de racionalidad retórico.

¹⁴⁸ Ferrer Beltrán J. *Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.

5. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, he intentado entregar una noción sobre los modelos de razonabilidad y cómo estos se relacionan. Pusimos especial énfasis en cómo estos pueden manifestarse en el proceso judicial y las características que adoptan en dicho contexto. Posteriormente, abordamos un área específica del derecho, esta es, la prueba y la argumentación relativa a los hechos. En dicho apartado se revisaron diversas teorías actuales sobre el razonamiento probatorio y nos permitimos aportar una visión desde los modelos de razonabilidad, intentando explicar cómo las diversas posiciones se ajustan en mayor o menor medida a uno u otro sistema. Luego entramos de lleno en las manifestaciones de aquellas discusiones en el procedimiento laboral manteniendo el enfoque en los modelos de razonabilidad y cómo estos permiten entender las instituciones que juegan un rol importante en la decisión de un litigio desde una perspectiva epistemológica y argumental. Las instituciones propias del procedimiento laboral que pudimos revisar dan cuenta de que el legislador ha establecido dos facultades para dar por acreditados los hechos y dos presunciones. Nos quedamos especialmente con las presunciones en materia de tutela de derechos fundamentales, toda vez que el legislador ha establecido un mecanismo para que el denunciante pueda valerse de indicios y en consecuencia de razonamientos inductivos para acreditar – al menos prima facie - la existencia de las vulneraciones que alega. Puede extraerse al respecto la adopción de un modelo cognoscitivo de hechos. Al revisar como deben plantearse aquellos indicios, pudimos ver que deben generar en el juez al menos una sospecha razonable. De ello concluimos que hay un espacio para la retórica¹⁴⁹ al menos en como se postulan, más allá que posteriormente sea evaluados a través de un proceso crítico.

¹⁴⁹ Sin perjuicio de lo revisado respecto de las maniobras estratégicas en cuanto a que la adaptabilidad al auditorio permite cumplir con estos objetivos en términos similares.

También concluimos que, si bien el legislador permite acreditar hechos mediante prueba indirecta que pueda requerir de varios pasos lógicos, ciertamente requiere de la validez de aquellos y en definitiva de una justificación razonable. Entonces si la racionalidad es un elemento esencial para la producción y evaluación de la prueba es definitivamente relevante para el proceso probatorio en materia laboral. Finalmente volvimos sobre los modelos de razonabilidad, para entregar una perspectiva generalizada luego de haber transitado por materias específicas.

De lo anterior me quiero quedar con las siguientes ideas. Primero, que efectivamente los modelos de razonabilidad revisados en el capítulo primero, tienen relevancia y manifestaciones explícitas al interior del proceso judicial, específicamente en el proceso laboral. Segundo, que la revisión de aquellos modelos permite entender de mejor manera el trasfondo de las instituciones en debate y asimismo adelantarse a las consecuencias de optar por una solución en concreto. Por último, a mi juicio el modelo de discusión crítica permite no solo describir el proceso judicial sino que también entregar los lineamientos sobre cómo este debiera conducirse. Sin perjuicio de lo anterior, me parece que la retórica juega un papel desde lo práctico, que nos permite orientar las actuaciones hacia un resultado que consideramos favorable. Esto último no necesariamente desde las reglas para llevar una discusión en términos racionales, sino que derechamente orientado hacia la obtención de un resultado. Creo, sin embargo, que la pragma-dialéctica sabiamente ha sabido incorporar, a través de las maniobras estratégicas, la finalidad perlocutiva de los actos y con ello ciertamente se proyecta como un modelo explicativo y normativo. Si alguna observación se le puede hacer a dicho modelo, al igual que a varias de las teorías de la prueba que se orienten

bajo dicho modelo¹⁵⁰ es que confían ampliamente en los jueces y en su capacidad de plasmar razonamientos no menores en las sentencias que dictan, cuestión que en nuestro país todavía está en pleno desarrollo.

En ese sentido no solo hemos podido ver que tiene sentido dar una revisión a las discusiones en materia probatoria desde los modelos de razonabilidad sino que estos se manifiestan al interior del proceso judicial. Hemos revisado que los modelos de razonabilidad no solo tienen relevancia sino que pueden manifestarse en diversos momentos, así en cuanto a las reglas del análisis probatorio en particular y la posibilidad del juez de hacer uso de sus facultades probatorias ciertamente pueden explicarse aquellas instituciones de mejor manera a través de un sistema pragma-dialéctico. Por otra parte, en cuanto a al análisis holístico de la prueba, hemos podido concluir que conviene entenderlo desde una perspectiva retórica en cuanto el convencimiento que produzca el relato como historia es esencial para su aceptabilidad y para que este resista también el análisis posterior que puedan hacer los tribunales superiores y la comunidad jurídica. Dicho lo anterior pareciera claro que los modelos pueden coexistir al interior del proceso judicial. Sin perjuicio de ello, debemos retomar la idea de que el modelo de discusión crítica pragma-dialéctico tiene una ventaja esencial a la hora de postularse como un modelo que permita explicar el proceso judicial de términos generales pues adopta elementos de ambos modelos de racionalidad.

6. Bibliografía

- Accatino, D. (2006). La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. *Revista de Derecho Vol XIX - N°2*, 9-26.
- Accatino, D. (2014). Atomismo y holismo en la justificación probatoria. *Isonomía*, 17-59.

¹⁵⁰ Teoría de la libre valoración de la prueba, teorías holistas de la prueba y teorías que están por entregar poderes probatorios al juez

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora? *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*.
- Agudelo M, S., & Trujillo Amaya, J. F. (2009). Reglas para una discusión crítica. *Praxis Filosófica* (28), 195-228.
- Amaya, A. (2013). Coherence and evidence and the legal proof. *Legal Theory*, 1-43.
- Aristóteles. (2014). *Retórica*. Editorial Alianza.
- Carbonell Belloio, F. (2005). Aproximación a la noción de auditorio y de aceptabilidad racional. *Revista Escuela de Derecho* (6), 135-172.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 89-108.
- Feteris, E. T. (2000). Dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation. *Artificial Intelligence and Law* 8, 115-135.
- Feteris, E. T. (2012). The role of the judge in legal proceedings. A pragma-dialectical analysis. *Journal of Argumentation in Context*, 234-252.
- Fish, S. (1990). Rhetoric, En: Frank Lentricchia & Thomas McLaughlin (Eds.), *Critical Terms for*. Chicago University Press, 203-222.
- Gamonal Contreras, S. (2008). Prueba indiciaria en el nuevo procedimiento de tutela de derechos laborales. *Revista Laboral Chilena*, 78-81.
- Gamonal Contreras, S. (2020). *Fundamentos del derecho laboral, quinta edición*. Santiago: Derediciones.
- García Amado, J. A. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Gascón, M. (2003). *La argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- González Lagier, D. (2003). Hechos y Argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal. *Jueces para la democracia*, 17-26.
- González, J. (1988). *Tratado histórico de retórica filosófica*. Madrid: Editorial Najera.
- Habermas, J. (1981). *The Theory of Communicative Action. Reason and the Rationalization of society*. Boston: Beacon Press.
- Hamblin, C. L. (1970). *Fallacies*. London: Methuen&Co Ltd.
- Hunter Ampuero, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 209-257.
- Ihnen Jory, C. (2017). La argumentación en la formación ciudadana. M. Figueroa (Ed.), *Ensayos sobre el sentido de la educación*. RIL Editores.
- Jara Bustos, F. (2010). La facilidad probatoria en el procedimiento de tutela laboral. Constitucionalidad y tramitación procesal. *Revista Chile de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 153-184.
- Lagier, G. (2003). Hechos y Argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal. *Jueces para la democracia*, 35-50.
- Leff, M. (2002). The Relation between Dialectic and Rhetoric in a Classical and a Modern Perspective. En F. Van Eemeren, & P. Houtlosser, *dialectic and Rhetoric. Argumentation Library, vol 6*. (págs. 53-64). Springer, Dordrecht.
- Lomeli Hernández, J. A. (2021). Reseña de: Frans H. van Eemeren (2020). La pragma-dialéctica como teoría de la argumentación. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 151-159.

- MacCormick, N. (2007). La Argumentación Silogística: Una defensa Matizada. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 , 321-334.
- Nieva Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *InDret Vol 3*, 404-437.
- Perelman, C., & Lucie, O.-T. (1989). *Tratado de la Argumentación, la nueva retórica*. Madrid: Biblioteca Románica Hispánica.
- Pino Henríquez, F. (2019). Facilitación probatoria en el procedimiento de tutela laboral. *Revista Chile de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 78-118.
- Platón. (s.f.). *Platón, Diálogos II, Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo*. Traducciones, introducciones y notas por J. Calonge Ruz, E. Acosta Méndez, F. J. Olivieri, J.L. Calvo. Editorial Gredos.
- Platón. (s.f.). *Fedro*. Edición Electrónica de la Escuela de Filosofía de la Universidad ARCIS. Disponible en <https://www.philosophia.cl/biblioteca/platon/Fedro.pdf>.
- Rescher, N. (2007). *Dialectics. A classical approach to inquiry*. Frankfurt: Ontos Verlag.
- Santibáñez Boric, C. (2010). Las cargas probatorias dinámicas. *Revista Chile de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 83-92.
- Tindale, C. W. (2010). Ways of Being Reasonable: Perelman and the Philosophers. *Philosophy & Rhetoric, volume 43, number 4*, 337-361.
- Toulmin, S. (1976). *Knowing and acting. An invitation to philosophy*. New York: Collier Macmillan Publishers.
- Ugarte Cataldo, J. (2009). Tutela de derechos fundamentales y carga de la prueba. *Revista de Derecho*, 215-228.
- Valenzuela Cori, R. (2017). *Decidir, Juzgar y Persuadir. Un ensayo sobre la formación del Abogado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- van Eemeren, F. H. (2010). *Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse. Extending the pragma-dialectical theory*. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company.
- van Eemeren, F. H. (2019). *La teoría de la argumentación: Una perspectiva pragmadialéctica*. Lima: Palestra Editores.
- van Eemeren, F. H., & Houtlosser, P. (2002). *Dialectic and Rethoric. The Warp and Woof of Argumentation Analysis*. Amsterdam: Springer-Science+Business Media, B.V.
- Walton, D. N. (1998). *The New Dialectic: Conversational Contexts of Argument*. Toronto: University of Toronto Press.