

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Desencuentros entre teorías y prácticas probatorias. Insumos para repensar la formación de abogados y jueces

*Desencontros entre teorias e práticas probatórias.
Elementos para repensar a formação de advogados e juízes*

*Disengagement between theories and probative practices. Ideas to rethink
the professional training of lawyers and judges*

Mauricio Pino Yancovic 

Universidad de Chile

Rodrigo Coloma Correa 

Universidad Alberto Hurtado, Chile

RESUMEN Esta investigación aborda el problema de la brecha que se produce entre lo que ofrecen los textos académicos sobre derecho probatorio y los aprendizajes que esperan obtener de ellos, tanto jueces como litigantes. Para la detección del estado en que actualmente nos encontramos, se da cuenta de un estudio de casos mediante el uso de entrevistas semiestructuradas aplicadas a jueces, litigantes y académicos. Entre los resultados más relevantes destacan: i) distintas perspectivas acerca de lo que es posible lograr con la prueba en los procesos judiciales, especialmente si las pruebas de un juicio pueden efectivamente determinar aquello que ha ocurrido en el pasado; y ii) tipos de producción académica esperada por jueces y abogados, quienes buscan un enfoque práctico, es decir, presentación de casos judiciales concretos con estrategias para su gestión. Estos resultados conducen a repensar la manera en que los jueces, litigantes y académicos se relacionan; y sobre todo, cómo debieran concebirse los procesos de formación de quienes en el futuro llegarán a participar en dichas comunidades.

PALABRAS CLAVE Comunidades disciplinarias, derecho probatorio, formación de abogados, uso de textos probatorios, investigación acción colaborativa.

RESUMO Esta pesquisa aborda o problema da lacuna que ocorre entre o que os textos acadêmicos sobre direito probatório oferecem e as lições que eles esperam deles, juízes e litigantes. Para a detecção do estado em que estamos atualmente, é apresentada uma seleção de resultados de entrevistas semiestruturadas aplicadas a juízes, litigantes e acadêmicos. Entre os pontos mais relevantes estão: i) perspectivas diferentes sobre o que pode ser alcançado com evidências em processos judiciais, especialmente se a evidência de um julgamento puder determinar efetivamente o que aconteceu no passado; e ii) tipos de produção acadêmica esperados por juízes e advogados, que buscam uma abordagem prática, ou seja, apresentação de casos específicos com estratégias para sua gestão. Os resultados levam a repensar a maneira como juízes, litigantes e acadêmicos se relacionam discursivamente; e, acima de tudo, como devem ser concebidos os processos de formação daqueles que no futuro participarão dessas comunidades.

PALAVRAS-CHAVE Comunidades disciplinares, lei de estágio, formação de advogados, uso de textos probatórios, pesquisa-ação colaborativa.

ABSTRACT This research addresses the gap between the expectations of judges and litigants about the academic literature on evidence law, and what this literature offers them. For the current state of the art, a case study was conducted using semi-structured interviews with judges, litigants, and scholars. The most relevant findings are: i) different perspectives about what is possible to achieve using evidence in judiciary procedures, especially, if the evidence of a trial can effectively determine what happened in the past; and ii) the types of academic knowledge expected by judges and lawyers, from practical stances, they expect in the literature the description of concrete trials cases with strategies to address them. These findings allow for rethinking how judges, lawyers and scholars narrow to relate with each other. Mostly, findings provide insights to address how to conceive professional training for who will participate in these communities.

KEYWORDS Disciplinary communities, lawyers training, evidence law, analysis of evidence texts, collaborative action research.

Introducción

La enseñanza del derecho está fuertemente comprometida con la comunicación de aquello que se plantea en sus textos disciplinarios. En ello se deja entrever la expectativa de que un buen dominio de lo que en tales textos se dice es condición necesaria (aunque no suficiente) para el desarrollo de competencias relevantes en un adecuado desempeño profesional. El estudio de los textos y de las particularidades de las comunidades que los producen, constituye —entonces— un elemento de elevada importancia para repensar las prácticas pedagógicas que cabe estimular en un determinado subsector del campo jurídico.

El foco de atención de este artículo es el ámbito de la prueba y, más concretamente, las particularidades que presentan en los textos que son producidos en ese

contexto; ello en cuanto señal de lo que requiere ser aprendido por los estudiantes de la carrera de derecho. La profundización de lo que se debe hacer en el campo recién señalado es útil, pues históricamente los asuntos de razonamiento probatorio han sido, en gran medida, abandonados al autoaprendizaje de los futuros abogados bajo la errada creencia de que se trata solo de una forma de pensar propia del sentido común (Twining, 2002). Dicho panorama desde hace algún tiempo ha venido cambiando, y ya se puede hablar de una protodisciplina del derecho probatorio que requiere de pistas claras acerca de cómo se deben generar aprendizajes significativos para los estudiantes.

El problema en concreto que guía esta investigación es la disonancia entre el lenguaje usado en los textos de académicos de jueces y de litigantes cuando abordan diversos asuntos de prueba. El *desencuentro lingüístico* redundante en que, por una parte, la teoría no contribuye suficientemente a la optimización de los recursos probatorios en el contexto de los litigios; y, por la otra, las prácticas no alimentan adecuadamente a las teorías. Los desencuentros van aún más lejos, ya que al interior de las propias comunidades no se observa un nivel básico de alineamiento. Así, Coloma (2016a), en un análisis de 63 artículos académicos indexados, distingue tres subcomunidades de producción académica en el ámbito del derecho probatorio (procesalistas, teóricos y dogmáticos sustantivos). Su investigación concluye que existe una baja producción académica de carácter incremental, esto es, un escaso uso del conocimiento que antecede para el fortalecimiento o hallazgo de nuevas ideas (Coloma, 2016a: 52). El trabajo de cada autor presta atención preferente a su propia disciplina de origen.

Las disonancias sugieren discrepancias entre quienes producen el conocimiento y quienes lo practican. En este sentido, al constatar una diferencia entre teóricos con procesalistas y dogmáticos sustantivos, lo más probable es que exista una brecha aun mayor entre quienes publican textos académicos y quienes producen alegatos y sentencias en los procesos judiciales. Al respecto, Coloma (2016a: 52) indica que lo buscado por abogados y jueces en textos de especialistas es un set de herramientas útiles para solucionar problemas prácticos respecto de los cuales las disposiciones del legislador suelen decir bastante poco.

Con el propósito de orientar la formación de abogados y jueces, en este artículo se analizan las características y posibles razones de la disonancia detectada entre el campo académico y el ejercicio práctico en el área del derecho probatorio. Para ello, se presenta un estudio cualitativo exploratorio (Ragin y Amoroso, 2011) que tiene por objetivo describir las expectativas y valoraciones de jueces, litigantes y académicos sobre el uso de textos teóricos para hacer frente a los desafíos de la práctica ante los tribunales de justicia y, de la mano de ello, su contribución a la formación de futuros abogados. En primer lugar, se indaga sobre las expectativas que jueces, litigantes y académicos tienen sobre el razonamiento ideal que debiese ser realizado en las sentencias a la hora de valorar pruebas. En segundo lugar, se explora cómo los jue-

ces y litigantes valoran y usan las propuestas académicas para interpretar disposiciones normativas que conciernen a cuestiones probatorias, y, sobre todo, para atribuir significado a las pruebas disponibles en los juicios. En tercer lugar, se formulan un conjunto de propuestas para la formación pedagógica de abogados en el ámbito del derecho probatorio que buscan favorecer la futura inserción en el campo de trabajo, haciéndose cargo de paso de las particularidades disciplinarias detectadas.

Anticipaciones sobre distintas aproximaciones al razonamiento probatorio

Los resultados de esta investigación indican que, en derecho probatorio, los jueces aspiran conocer, a través de las pruebas rendidas en un juicio, aquello que efectivamente habría ocurrido en el pasado. En cambio, los académicos entienden que las pruebas de un juicio no permiten conocer lo que efectivamente ocurrió en el pasado, sino que favorecen una reflexión sobre el presente. Estas diferencias entre mirar hacia el pasado y hacia el presente anuncian también posiciones epistemológicas distintas. Los litigantes son más difíciles de encasillar, lo que no es de extrañar por el carácter eminentemente estratégico de su rol. Por una parte, en cuanto proponen que la finalidad del juicio es la reconstrucción de lo sucedido, los litigantes se acercan a los jueces en su aproximación hacia el pasado. Por la otra, son reacios a hablar de verdades absolutas, ya que intentan maximizar las posibilidades explicativas según la prueba disponible, privilegiando una reflexión sobre el presente (Twining, 2006).

Los jueces, a pesar de estar conscientes de las dificultades que supone decidir hechos con datos incompletos, sesgados y contradictorios, tienden a adoptar una perspectiva epistemológica optimista, en términos de que el producto que ellos generan admite ser evaluado desde la perspectiva de la verdad. Así, el conocimiento es el resultado de una actividad intelectual realizada por distintos sujetos que participan en un proceso judicial. Algunos se hacen responsables del suministro de información que se sitúa en la base del razonamiento, y otros les atribuyen significados que validan o desechan una conducta del pasado (que, en un comienzo, no pasaba de ser una conjetura). Los académicos y litigantes parecen más preocupados por el presente, ya que primarían los discursos que se construyen durante el juicio; en vista de ello, la atención a los argumentos y pruebas que sustentan las posiciones es prioritaria. Aquello puede asimilarse a posiciones epistemológicas constructivistas donde los significados consensuados son producto de complejas negociaciones discursivas (Schwandt, 2003). Cabe hacer notar que esta reconstrucción debe ser considerada con cautela. En cada uno de los grupos señalados existen divergencias importantes respecto a estas cuestiones epistemológicas que no han sido profundizadas por este estudio. Como se verá, la muestra es muy pequeña como para generalizar sus resultados sobre toda la población de jueces, litigantes y académicos.

Una segunda diferencia radica en el tipo de producción académica útil para jue-

ces y litigantes, y su distancia con la que es generada por los académicos. Tal como señala Coloma (2016a), se corrobora que jueces y abogados esperan producciones que tengan un enfoque práctico sobre el derecho probatorio. Idealmente, se debieran presentar casos concretos y estrategias para abordarlos; ello con miras a que puedan ser utilizados como ejemplos al servicio de situaciones que se enfrentan en la práctica. Lo expresado constituye una interesante sugerencia para la formación pedagógica de futuros abogados, a partir del análisis concreto de casos que efectivamente han ocurrido. Al contrario, los académicos parecen tener una audiencia que considera a los jueces, y, principalmente, a estudiantes y otros académicos, que no comparten el lenguaje de la práctica, y suelen ser más atraídos por la rigurosidad teórica.

En este sentido, podría sostenerse que los académicos tienen lealtades que compiten. Por un lado, está la pretensión de reconocimiento de parte de otros académicos y de sus estudiantes, en la medida que todos desean que se les reconozca en una comunidad disciplinaria. Para ello, deben comunicar que son capaces de ir más allá de lo que espera el pensamiento estándar de los abogados en el campo de trabajo específico. Por otro lado, aspiran a influir y aportar en la práctica cotidiana de los jueces y litigantes, lo que los compele a hacerse cargo de asuntos de detalle y a usar un lenguaje cuya comprensión no implique un esfuerzo superior para conseguir sus objetivos. Esto se visualiza en la existencia de distintos géneros narrativos, como manuales, artículos de investigación en revistas especializadas o comentarios de sentencias.

El conocimiento más depurado respecto de las particularidades de los distintos grupos de participantes en asuntos de índole probatoria da lugar a recomendaciones para la formación de futuros jueces y litigantes, y para el acercamiento de quienes se sitúan actualmente en distintos escenarios. En efecto, destaca la expectativa de que se produzcan contenidos que, aun siendo teóricamente rigurosos, se sustenten en prácticas concretas, sea para gatillar reflexiones o bien para proveer de herramientas que permitan gestionar asuntos puntuales de casos estandarizables. Con todo, el rol que debe tener la institución universitaria en la formación de profesionales del derecho (Benfeld, 2016) se puede verificar a través de la lógica de la responsabilidad social universitaria (Zolezzi Ibarcena, 2010), el enfoque de desarrollo de competencias (Lazo, 2011), la enseñanza legal a través del trabajo clínico (Verona Badajoz, 2016) o el uso de problemas para la identificación y superación de obstáculos epistémicos que restringen el razonamiento probatorio (Agüero y Coloma, 2019). Estos enfoques, con sus propios matices, no se oponen necesariamente entre sí, pero todos destacan la relevancia de la vinculación en la formación de jueces y abogados con su contexto social, a través de un proceso de enseñanza y aprendizaje que sea práctico y reflexivo. En este punto, se aportan algunas propuestas metodológicas concretas que pueden contribuir en esta dirección, considerando la experiencia de programas de formación exitosa para la formación y desarrollo profesional docente, con especial énfasis en la investigación acción colaborativa (Anderson y Herr, 2007; Noffke, 1995).

Metodología

La investigación social¹ se ha empeñado en conocer cómo las personas construyen significados sobre sus propias experiencias (Preissle, 2006). Siguiendo esta perspectiva, este trabajo se ha realizado con diferentes propósitos: identificar patrones comunes sobre un fenómeno social, testear y refinar postulados teóricos, realizar predicciones, interpretar el significado de situaciones sociales, explorar la diversidad en que puede manifestarse un fenómeno social, dar voz o escuchar la voz de aquellos que suelen ser tradicionalmente excluidos, e incrementar conocimientos para producir nuevas teorías. Este trabajo, específicamente, busca identificar patrones comunes sobre un fenómeno social para nutrir una reflexión en torno a la formación pedagógica de abogados en materia de derecho probatorio. Para ello, siguiendo un enfoque constructivista (Lincoln, Lynham y Guba, 2011) se ha realizado un estudio de casos múltiples (Stake, 2005) a través de entrevistas semiestructuradas activas y reflexivas (Holstein y Gubrium, 1995) con quince participantes. Cada uno es identificado como un caso de estudio (cinco jueces, cinco litigantes y cinco académicos).

El enfoque constructivista supone que el investigador es herramienta de su propia investigación: el conocimiento es parte de una construcción y negociación de significados que tiene consecuencias materiales en la vida de las personas (Lincoln, Lynham y Guba, 2011). Entre las diferentes perspectivas para diseñar estudios de casos, en esta investigación se ha optado por el trabajo de Stake (1995) sobre casos múltiples, dado que permite abordar diferentes casos bajo una misma perspectiva analítica. Para el autor, los estudios de casos pueden ser intrínsecos o instrumentales, y tienen por propósito comprender un fenómeno describiendo patrones o temas que le son recurrentes (*issues*). Los estudios de casos intrínsecos se enfocan en conocer en profundidad el desarrollo de cada caso en sí mismo, mientras que los instrumentales buscan indagar en torno a un fenómeno que se materializa o se hace presente de manera específica y peculiar en cada caso. Para este estudio, se ha optado por la posición instrumental, en tanto lo que interesa es conocer qué patrones comunes pueden encontrarse en los distintos casos (académicos, litigantes y jueces) en torno a la disonancia entre el lenguaje que usan los textos académicos y el que usan los jueces y litigantes cuando se hacen cargo de los hechos en los litigios, de modo de proveer de evidencia empírica para nutrir una reflexión en torno a la formación pedagógica de abogados.

Si bien los estudios de casos no permiten realizar generalizaciones teóricas, dado que cada caso es único en sí mismo, pueden ser utilizados con fines teóricos para negar o confirmar ciertas proposiciones teóricas. Para ello, determinados criterios para seleccionar los casos de estudios pueden contribuir a realizar esta vinculación con la teoría (Flyvbjerg, 2006). En este estudio se ha utilizado la inclusión de participantes con diferentes características demográficas. En caso de que existan creencias

similares entre participantes distintos, es posible que entre aquellos que comparten semejanzas, los aspectos comunes se encuentren aún más presentes. Por cierto, esta suposición no garantiza que efectivamente los casos no incluidos compartan semejanzas, pero al menos lógicamente contribuye a este propósito. En la siguiente sección se describen las características demográficas de los participantes incluidos en este estudio.

Participantes

Los participantes fueron cinco jueces, cinco litigantes y cinco académicos. Se seleccionaron casos de diferente género, edad, y años en el Poder Judicial, en el ejercicio profesional o en actividades docentes. Para jueces y litigantes se buscaron participantes en diferentes tribunales (penal, civil y familia). En el caso de académicos, se buscaron investigadores que publiquen textos en derecho probatorio y que pertenezcan a diferentes comunidades disciplinarias de origen. Intencionalmente se intentó identificar entrevistados que hubiesen realizado su formación de pregrado en diferentes universidades. En las **tablas 1, 2 y 3** se describen las características demográficas de los participantes agrupados por rol (jueces, abogados o académicos).

Instrumentos

Para la producción de información se realizaron entrevistas activo-reflexivas semiestructuradas individuales a cada participante (Holstein y Gubrium, 1995). El entrevis-

Tabla 1. Datos demográficos de los jueces

Edad (años)	3 entre 41 y 50 años 2 sobre 51 años.
Género	3 Femenino 2 Masculino
Promedio de años en el Poder Judicial	22 (variando entre 19 y 25 años)
Promedio de años en el cargo actual	13 (variando entre 8 y 18 años)
Formación de Pregrado	1 Universidad Austral de Chile 2 Universidad de Chile 1 Pontificia Universidad Católica de Chile 1 Universidad de Concepción
Formación de Postgrado	1 Magister 1 Doctorado
Programa de Formación en la Academia Judicial	3 Participaron 2 No participaron

Tabla 2. Datos demográficos de los litigantes

Edad (años)	3 entre 31 y 40 años 1 entre 41 y 50 años 1 sobre 51 años
Género	2 Femenino 3 Masculino
Promedio de años en el cargo	13 (variando entre 4 y 30 años)
Formación de Pregrado	1 Universidad de Chile 1 Pontificia Universidad Católica de Chile 1 Universidad Católica de Temuco 1 Universidad Adolfo Ibáñez 1 Universidad de los Andes
Formación de Postgrado o postítulos	1 Diplomado 2 Magister 1 Estudiante de Magister

Tabla 3. Datos demográficos de los académicos

Edad (años)	3 entre 31 y 40 años 2 sobre 51 años
Género	2 Femenino 3 Masculino
Promedio de años en el cargo	9 (variando entre 1 año y 20 años)
Formación de Pregrado	2 Universidad de Chile 1 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2 Universidad Diego Portales
Formación de Postgrado	3 Doctorado y magister en el extranjero 1 Doctorado y Magister Nacional 1 Magister en el extranjero

tador y entrevistado son asumidos como sujetos que interactúan abiertamente, aunque guiados temáticamente por una pauta flexible. La pauta de entrevista constaba de tres partes. La primera correspondía a un guion temático orientador con un conjunto de preguntas claves. Este guion tenía tres formatos con objetivos muy similares, cada uno dirigido al rol de la persona que sería entrevistada (juez, litigante y académico). La segunda parte correspondía a la resolución de un caso, donde los entrevistados podían aplicar los conceptos propios del razonamiento probatorio, con el objetivo de analizar cómo los participantes llevan a la práctica sus creencias. Finalmente, se contaba con tres preguntas de alternativas y dos de escala Likert (con respuestas de escala de 1 a 4), mediante las cuales los entrevistados develaban sus posiciones ante lo que consideran son características de un buen razonamiento probatorio.

Procedimiento

La pauta de entrevista fue diseñada en conjunto por los dos autores de este artículo

y posteriormente fue probado con un juez para revisar su utilidad, la validez de su contenido y desambiguar algunas expresiones que pudieren resultar oscuras. Esta experiencia permitió realizar leves modificaciones, referidas a la redacción de preguntas y a algunas reformulaciones para facilitar la comprensión de esas preguntas y del caso que se presenta en la segunda parte de la entrevista.

Una vez validada la pauta de la entrevista, los jueces, litigantes y académicos fueron invitados a participar en el estudio mediante correo electrónico. Luego que aceptaran participar, dos psicólogos (de los cuales uno es el primer autor de este texto) se contactaron con ellos para acordar una fecha, horario y lugar para la entrevista. La mayoría de estas entrevistas se realizaron en las oficinas de los participantes. Antes de comenzar cada entrevista, el entrevistador procedió a leer el consentimiento informado, donde se señalan los términos de confidencialidad, los objetivos e hipótesis de la investigación. Las entrevistas fueron grabadas y luego transcritas para ser analizadas.

Análisis

Para analizar las entrevistas transcritas se realizó un análisis de contenido, donde se consideró el texto *bruto*, el que fue agrupado según significados comunes en conjuntos homogéneos bajo códigos. Los códigos fueron construidos en concordancia al enfoque de la investigación, concluyendo en conceptualizaciones mayores (categorías) que operaron como reglas descriptivas que justifican su agrupamiento (Mayring, 2004).

Un problema de las investigaciones que operan bajo el análisis de significados es su rigurosidad o validez de sus inferencias. Considerando que el sujeto que produce los datos participa con sus propias interpretaciones en la construcción de significados sobre el objeto estudiado, desprendiéndose de la clásica división entre el sujeto y el objeto de investigación, se ve sometido a una serie de sesgos que se deben reconocer (Schwandt, 2003, 2007). Para abordar estos sesgos se dispone de una serie de estrategias para analizar la rigurosidad y calidad de las interpretaciones y así resguardar la calidad del análisis (Díaz-Bazo, 2018). En este estudio se aplicó la estrategia de credibilidad, pues el proceso de codificación se realizó de manera independiente entre los dos psicólogos, quienes luego cruzaron, discutieron y acordaron las codificaciones realizadas. Además, se ha aplicado la estrategia de transferibilidad, ya que se considera la manera en que los resultados de este estudio pueden aplicarse a contextos similares, especialmente en materia de derecho probatorio. Toda la información producida se encuentra en un proceso iterativo de trabajo junto al segundo de los autores, quien pudo revisar y hacer sugerencias que permitieran dar mayor rigurosidad a las inferencias producidas.

Siguiendo a Stake (1995), se recurrió a citas textuales relativamente extensas en la

presentación de resultados de un estudio de casos. Ello contribuye a que los lectores puedan emitir sus propios juicios en torno a las interpretaciones que se hacen en los estudios de casos, permitiendo que estas sean validadas o desacreditadas. A pesar de todas estas estrategias, las interpretaciones de este estudio podrían adquirir aun mayor calidad si fuesen auditadas por un tercero, aplicando el criterio de confirmación, especialmente de algún investigador que no haya sido un participante activo en la producción y análisis de la información.

Resultados

A partir del análisis de contenido se han elaborado dos categorías principales para representar los principales resultados y patrones (*issues*) que emergen a partir de los casos estudiados: 1) los hechos del pasado en los jueces y el presente discursivo de los litigantes y académicos; y 2) los casos perfectos de los académicos y la cotidianeidad imperfecta de los jueces y litigantes.

Los hechos del pasado en los jueces y el presente discursivo de los académicos

En general no existen discrepancias entre jueces, litigantes y académicos respecto a que, para dar probado un hecho, debe superarse cierto estándar de prueba previsto en un procedimiento (Coloma, 2016b). No obstante, existen diferencias respecto a lo que constituye un buen sistema probatorio.

Los jueces, en general, comparten que un buen sistema probatorio favorece conocer el pasado, debido a que su labor es determinar cómo sucedieron las cosas que *realmente* ocurrieron. Para ello, consideran pruebas y puntos de vista rivales que se presentan en un juicio. La atribución de valor a las pruebas intenta ser independiente de los discursos que los abogados presentan. Esto se vuelve claro cuando se les pregunta bajo la lógica de un continuo (la escala Likert indicada en los instrumentos de 1 a 4) en relación con lo siguiente: ¿Un buen sistema probatorio favorece conocer el pasado o hacer competir puntos de vistas rivales? Las respuestas se inclinan por el pasado, o la utilización de pruebas que permitan conocer el pasado, como la mejor opción (1 o 2).

A continuación, dos citas que reflejan esta posición:

Pero para mí, lo importante es que la prueba me lleve a determinar qué fue lo que ocurrió, porque nosotros actuamos en base a hechos ocurridos, no se habla de hechos [del] pasado, [sino que se busca determinar] lo que más se acerque a la verdad de esos hechos [que han ocurrido]. El cómo compitieron los [puntos de vista] rivales para mí no tiene relevancia (Juez 1).

Conocer el pasado, porque finalmente lo que me interesa es saber cómo fueron las cosas. En realidad, no me interesa saber cómo compiten los rivales o quién llega con

la mejor prueba. La técnica adversarial que hace competir me parece satisfactoria como lo que se hace en otros países; en cambio acá es mucho mejor que mi adversario no lo sepa (Juez 2).

En este aspecto, hay una aparente contradicción que es interesante tener en consideración para los efectos de contar con mayor claridad respecto de las expectativas que sobre sí mismos tienen los jueces cuando deciden los «hechos probados» (o «no probados»). Por una parte, según se ha visto previamente, los jueces tendrían la expectativa de conocer el pasado, no satisfaciéndoles en cambio la perspectiva según la cual estarían, lisa y llanamente, dirimiendo una competición. Así las cosas, el compromiso que parecen asumir es muy fuerte, similar a la verdad por correspondencia. Por otra parte, la visión que tienen los jueces de los académicos los define como demasiado perfeccionistas en sus reconstrucciones; la vida —sostienen los primeros— es mucho más compleja de lo que ellos presentan en sus artículos.

Una perspectiva realista aconsejaría, entonces, conformarse con la utilización del sentido común, lo cual incidiría en que las decisiones de los jueces tienen que ajustarse a las restricciones que delimitan su ámbito de operación (y, en consecuencia, parecieran esfumarse las expectativas fuertes del conocimiento del pasado). El asunto se asemeja a lo que Owen Barfield (2015) muestra como una inconsistencia de los científicos cuando dan cuenta de sus prácticas. Por un lado, reconocen el estatus de «meras hipótesis» de las teorías con las que operan y que no deben ser tomadas de manera muy literal, sino más bien como formas de «salvar las apariencias». Por la otra, en sus declaraciones públicas hablan de que los descubrimientos de la ciencia poseen «alguna forma de validez absoluta».

En el caso de los litigantes, parecen posicionarse entre los académicos y los jueces, todos menos uno selecciona la opción 2. Los litigantes describen cómo las pruebas permiten reconstruir lo que ha ocurrido en el pasado, pero les parece imposible que se pueda lograr una copia *verdadera* de lo que ha ocurrido: siempre las pruebas serán mediadas y nunca podrán determinar lo que realmente ha ocurrido en el pasado. Tal como señala el siguiente litigante:

Porque al final lo que se busca en el juicio no es la verdad absoluta, lo que se busca en un juicio es la reconstrucción lo más fielmente a partir de la reconstrucción de los hechos probados, [no es posible dar cuenta de] lo que realmente sucedió porque el juez no es un investigador privado [...] [El sistema probatorio] es una reconstrucción de los hechos que están siendo controvertidos y [permite] guiar al juez a determinar con mayor exactitud [sobre] lo que realmente pasó (Litigante 5).

En general los académicos tienden a alejarse de la idea de que los jueces busquen determinar que ha ocurrido en el pasado. Consideran que los jueces no deben ser «historiadores», pues conocer el pasado es una «utopía» y la averiguación de la «ver-

dad» no es su cometido (Ginzburg, 2016; Davis, 1984). Al contrario, cuando se interroga a los jueces sobre qué consideran una buena decisión de los hechos afirman que esta desentraña lo que realmente ocurrió mediante una justificación argumentada y coherente de las pruebas sobre los hechos.

En palabras de dos magistrados:

Una buena decisión sobre los hechos] desentraña lo que realmente ocurrió, porque la decisión de los hechos es una decisión que se basa en una suerte de reconstitución histórica del hecho, con base en el medio de prueba. Eso siempre hay que tenerlo presente. En mi percepción, cuando la decisión es buena es porque ha logrado, a lo menos, aproximarse a esa verdad histórica y desentraña lo que realmente ocurrió, y las responsabilidades (Juez 3).

Si yo me hago cargo en cada prueba de las cosas buenas y las cosas malas que tienen hago una evaluación y pondero, digo, me voy quedando con esta información por esta razón, yo creo que esa es mi manera de convencerlo que me tomé en serio esto [...] o debo abrir mi mente y decir «cómo cada una de esas piezas... si puedo o no encajarlas respecto del puzle». Si algo no puede encajar no me atrevo ni a decir que es mentira. Lo que voy a decir es que no es congruente con el resto y voy a decir simplemente que tiene menos valor; que puede ser por diversas circunstancias (Juez 4).

Los académicos, por su parte, discrepan en este punto y consideran que un buen sistema probatorio se hace cargo del material probatorio relevante:

En el contexto jurídico, los hechos están determinados y limitados a partir de la invocación que se haga de esto por parte de las partes, sobre todo de la forma que puedan ser acreditadas en el proceso, o sea, si un hecho efectivamente haya sucedido de una forma determinada u otra. Pero si las partes lo acreditan de una forma, finalmente se dará por acreditado eso, independiente de cómo haya sucedido el hecho en la realidad. Y es algo muchas veces que escapa de la función del tribunal. El juez no es un historiador al momento de resolver sobre este tipo de cuestiones. Los elementos probatorios con los que cuenta son limitados, son argumentos parciales expuestos por las partes. En ese sentido, me parece que la mejor reconstrucción de lo que ocurrió, a partir de lo disponible, efectivamente [está en] las pruebas rendidas. Pruebas con la que cuenta el tribunal (Académico 2).

Estas diferencias reflejan posiciones ontológicas distintas entre jueces, litigantes y académicos. Los jueces tienen una posición que podríamos llamar, para estos efectos, mecanicista. El vocablo *mecanicista* resalta la invisibilización de la participación del sujeto en los resultados que se presenta. Mediante ella pareciera suscribirse aquel viejo deseo de comprender la subjetividad humana sin sacrificar la objetividad del conocimiento (Skolimowsky, 2016). Por otro lado, los académicos y litigantes parecen más cercanos a una posición constructivista, donde la representación de aquello que

ocurre en el juicio es una edificación material constituida por descriptores sobre el mundo (pruebas), sin ser el mundo real. Consideran que aquello que se representa tiene intereses específicos que obnubilan y hacen inaccesible apropiarse de aquello que verdaderamente ocurrió en el pasado (Schwandt, 2003).

La discusión trasciende, por cierto, al campo del derecho probatorio. Así, la diferencia entre una representación del mundo que presenta lo que efectivamente ha ocurrido en él y la edificación de una imagen del mundo, que podría ser o no lo que es, es abordada por Derrida (1989: 91) a propósito del trabajo de Heidegger cuando señala la equivalencia entre la acepción del latín *repraesentatio* y la del alemán *vorstellung*. *Repraesentatio* apunta a aquello que se repite o retorna, y *vorstellung* evoca un actuar, un hacer presente. De ahí que se explica la noción moderna alemana de *vorstellen*. La representación trabaja en una duplicidad: por un lado, *trae* aquello que no está, hace que se presente algo frente al ser en tanto presencia e imagen; y al mismo tiempo *de-vuelve* algo, en el sentido que repite una imagen que no estaba presente.

Pues bien, los jueces parecen adscritos al sujeto de la modernidad según el cual las imágenes adquieren una propiedad independiente y ajena a los individuos. Justamente, el sujeto de la modernidad inaugura el campo de los objetos en la medida en que es sujeto de esos objetos y objeto en tanto sujetos: «Es, pues, solo en la modernidad (cartesiana y poscartesiana) cuando el ente se determina como objeto ante y para un sujeto en la forma de la *repraesentatio* o del *vorstellen*» (Derrida, 1989: 90). En este sentido, los sujetos de objetos pueden recordarse entre ellos como si fuesen imágenes sin ser cuerpos, sin notar que todo este ejercicio de imaginación es propio de un sujeto (que construye estas imágenes). Sin embargo, los académicos y litigantes parecen estar más de acuerdo en que lo que se debate en un juicio son representaciones sobre un pasado que es imposible reconstruir y que es este debate, como una batalla de imágenes, y no la realidad del pasado, sobre la que se puede deliberar.

Los jueces que participaron de este estudio parecen razonar sobre el pasado como arqueólogos o historiadores, utilizando las pruebas y registros del presente para leer lo que ha ocurrido, mientras que litigantes y académicos parecen detectives, preocupados de resolver el caso del presente. Elucubrando sobre esta diferencia, se puede señalar que la posición constructivista supone que los significados son parte de una compleja negociación, mientras que la mecanicista tendería a ser menos flexible para admitir que los hechos podrían ocurrir de manera distinta a como efectivamente ocurrieron en el pasado. No obstante, tanto jueces como académicos, respectivamente, consideran que son las pruebas las que deben utilizarse para leer aquello que ocurrió, o lo que da contenido a los discursos que se construyen sobre algo que pudo (o no) haber ocurrido.

Dos categorías que resultan ilustrativas para comprender ambas perspectivas son las de seguridad y de responsabilidad cognitiva (Pepper, 1942). Los jueces tendrían una inclinación hacia la seguridad cognitiva, es decir, sus mayores esfuerzos apuntan

a que en el corto y mediano plazo no aparezca nueva información que ponga en tela de juicio la decisión que hayan tomado. Vistas así las cosas, no es de extrañar que entiendan que su tarea está fuertemente atada a lo que es una reconstrucción estable del pasado y que el auditorio al que se están dirigiendo es uno concreto que estará dispuesto a leer sus sentencias. En cambio, los académicos entienden que su tarea se encuentra comprometida con la responsabilidad y con el objetivo de sacar el mayor rendimiento posible al material probatorio disponible, es decir, habida cuenta del contexto en que se están desempeñando, sugerir los cursos de acción que maximicen aquello que se encuentra disponible.

En rigor, estas diferencias no resultan particularmente sorprendidas dadas las funciones probatorias que les son asignadas a los distintos participantes en los procesos judiciales. Ya hemos hablado de la perspectiva estratégica de los litigantes. Los jueces, por su parte, deben clausurar los problemas que les son presentados mediante decisiones dotadas de definitividad. Como lo destacaron hace ya tiempo Alchourrón y Bulygin (1991), ambas son categorías que es preciso no confundir, pero eso no es óbice a que el estatus de *definitivas* que es atribuido a las decisiones impone una presión adicional a los jueces. En efecto, el futuro puede resultar bochornoso si se detectan fallas de conexión entre lo que dijeron y lo que pueda ser afirmado desde otras disciplinas que buscan producir conocimientos. Así, entender que están comprometidos con la verdad constituye un buen antídoto frente a las disonancias cognoscitivas.

El caso de los académicos implica un análisis fino acerca de las posibilidades que ofrece el entorno, por tanto, debieran estar especialmente atentos a que sus propuestas resulten practicables en el momento en que son planteadas; a la vez, deberán contar con un nivel suficiente de abstracción como para dar cuenta de un espacio suficientemente amplio de su campo de trabajo (Coloma, 2017).

El auditorio que los académicos tienen en cuenta probablemente será de carácter ideal, es decir, no les importan demasiado las mayorías, sino que bastará que algunos colegas especialmente aventajados los desafíen para que entiendan que su tarea no ha sido ejecutada todo lo bien que podría esperarse. En el caso de los litigantes, su rol estratégico incidiría en persuadir a los jueces. En otras palabras, los buenos litigantes ofrecen seguridad cognitiva, aun cuando su rol fuertemente participativo en la construcción de las pruebas les haga conscientes de que el pasado no determina de una manera fuerte lo que llegará a decidirse. La frustración que ellos expresan hacia los textos académicos probablemente derive del hecho de que no advierten que sea consecuencia que ellos deben ofrecer sea extraíble desde la responsabilidad que los académicos entienden que deben garantizar. En el acápite que viene desarrollaremos un poco más esta idea.

Los casos ideales de los académicos, la cotidianeidad imperfecta

de los jueces y la estrategia práctica de los litigantes

En general, los jueces manifiestan aprecio por los textos académicos, pero desde una perspectiva de curiosidad intelectual y más asociada al placer de la lectura. No obstante, la utilidad que tendrían los textos teóricos en derecho probatorio parece ser la de delimitar un escenario que permite incitar reflexiones que tienen luego un efecto práctico, aun cuando no son herramientas concretas de las que los jueces puedan hacer uso. Así, por ejemplo, lo indican dos jueces:

A mí me gustan mucho los *papers*, los trabajos académicos que indagan sobre el problema epistemológico que encierra cada medio probatorio. [...] Para mí son muy interesantes porque vienen a derribar mitos. Mitos con lo que luchamos todos los días (Juez 4).

Entonces los artículos académicos, en mi pensamiento, ayudan a estar vigente en cuanto al derecho, modificaciones legales y cómo se interpreta una norma dudosa. Cuando la ley no es clara obliga al juez interpretarla, pero no a interpretarla a su parecer, a interpretarla de acuerdo [con] la lógica, [con la] jurisprudencia que forma parte de fuente de ley. Los artículos te permiten tener una visión más amplia (Juez 3).

Sin embargo, lo anterior coexiste con una visión crítica sobre la producción teórica respecto a la posibilidad de contribuir al trabajo cotidiano, que sería una expectativa no cumplida para los jueces. En este sentido, tanto jueces como litigantes manifiestan que los textos académicos se basan en *conflictos perfectos*, donde la teoría funciona fehacientemente, dejando de lado los casos de la *vida real*, que corresponderían a aquellos que atienden a diario (Agüero y Coloma, 2019: 23-24). A su vez, comentan que una de sus labores principales es motivar sentencias, tarea a la cual los textos académicos no contribuyen, debido a que se orientarían a desarrollar temas teóricos en profundidad. Aquellas teorías profundas propician reflexiones interesantes, pero inútiles para abordar problemas concretos.

En palabra de dos jueces:

No veo a mis colegas viendo textos de pruebas para efectos de valorar la prueba, sobre todo los compendiosos textos de pruebas que existen [...] Al final del día, nosotros entendemos que el análisis probatorio es mucho más simple, de que está mucho más conectado con el sentido común y eso sumado a la carga laboral que tienen los jueces, dedicarse a estudiar un texto científico perfecto es difícil (Juez 5).

El académico solamente puede «sumar dos más dos cuatro», en su teoría y en la forma que lo exponen también. En cambio, lo nuestro es un análisis real, es un análisis de un caso concreto, no es algo en el aire, en que fluyen estos otros aspectos que yo te decía y que son los principios que inspiran el juicio oral, que es la intermediación,

que es muy importante (Juez 1).

Los abogados tienden a corroborar esta visión de los jueces, señalando que los académicos se han alejado del mundo de la práctica, tomando una distancia tan grande del campo que no hacen una contribución valiosa. Tanto abogados como jueces son de la opinión que los textos académicos requieren conectarse con lo que ellos ven a diario en tribunales, *casos reales*, ya que presentan mucha teoría y poca práctica. Además, plantean que es necesario que estén actualizados. Y proponen enfocarse en temáticas sobre cómo contrainterrogar o presentar prueba nueva.

Sin embargo, los litigantes también señalan que tienen poco tiempo para buscar y leer *papers*, pero que cuando lo hacen, se decepcionan, ya que los encuentran alejados de lo que ellos viven a diario:

Se manifiesta que al terminar de leer dices que este caballero nunca ha litigado [...] este *gallo* de verdad no se ha metido en la cabeza de los jueces para entender como están razonando. Esa es la principal crítica: alejado de la realidad (Litigante 4).

Las percepciones de los jueces son asumidas de manera indirecta por los académicos, quienes manifiestan que cuando escriben un texto sobre prueba de los hechos, identifican a sus estudiantes y otros académicos como sus principales lectores, lo cual podría explicar que utilicen ejemplos *perfectos*, ya que será un material utilizado por jóvenes en proceso de formación que aún no poseen las habilidades para distinguir todos los posibles casos en que su conocimiento podría ser aplicado. Un juez señala:

Los académicos utilizan un lenguaje completamente distinto en temas probatorios. El lenguaje académico es mucho más abstracto que el lenguaje probatorio de los jueces, que es mucho más concreto. Un académico no escribe para el vulgo, un destinatario escribe para un medio académico, las publicaciones que uno hace son evaluadas por pares. Por lo tanto, en quien estoy pensando cuando escribo artículos es precisamente quien me va a evaluar, personas que ejercen académicamente un oficio similar. Un juez nunca está pensando que lo van a evaluar académicos, a lo más está pensando ser evaluado por un juez con una mayor jerarquía, pero que no deja de ser juez. Siendo los destinatarios distintos y los objetos de estudio distintos, naturalmente todo el discurso sobre un caso y en otro tiene que ser muy distinto (Juez 5).

Al respecto, un académico explica que los temas que aborda en sus textos aún no están desarrollados en Chile, por lo que un objetivo sería generar un debate en torno a esos temas con la finalidad de producir un conocimiento para el futuro, que luego se pueda transmitir a la práctica. Así las cosas, no es del todo útil al contexto actual de los jueces. Por ello, también su audiencia ideal está en el ámbito de la academia, lo que exige una revisión bibliográfica rigurosa y una redacción que permita la publicación de sus textos en revistas científicas. En este sentido, los académicos buscan

redactar textos sobre casos ideales que les permitan educar a estudiantes y convencer a otros pares, recurriendo a extensas revisiones bibliográficas y usando tecnicismos. Tal como señala un académico, cuando redacta un texto para la academia y no para los jueces:

Cuando pienso en un académico, mi otro interés —aparte de la claridad— es ser exhaustivo en el tratamiento de la información que manejo, sobre todo de las fuentes bibliográficas y fuentes jurisprudenciales. Eso tiene mucha relación con la escuela en la cual yo estudié en mis estudios doctorales. En Alemania, los cinco años que estuve, me acostumbré a escribir de una forma exhaustiva agotando las fuentes disponibles, explicándolas y sistematizándolas y construyendo a partir de eso. Reconstruyendo una discusión ya existente y aportando un poco más a esa discusión. Cuando un académico lee un trabajo, lo que yo espero... que el mínimo para comenzar a valorar un trabajo consista en que la autora agotó las fuentes y está haciendo un tratamiento exhaustivo del problema y eso es lo que más me importa (Académico 2).

Estas son justamente las barreras que tienen jueces y litigantes para revisar este tipo de textos: un lenguaje poco atractivo o útil para su práctica cotidiana. En síntesis, los académicos parecen abordar exhaustivamente situaciones que un juez podría considerar simples como para prestarles atención o, al contrario, simplifican situaciones altamente complejas para describirlas a una audiencia de estudiantes. Por su parte, tanto jueces como litigantes entienden que deben lidiar con la complejidad y la premura de la cotidianeidad. Estas distancias prácticas pueden ser abordadas en la medida que la producción de saberes académicos se construye considerando rigurosa y seriamente las situaciones prácticas que enfrentan jueces. Acercar estas dos posiciones exige que los académicos tengan mayor presencia en tribunales e incitar a jueces a dialogar y reflexionar sobre sus prácticas de manera más habitual junto a los académicos.

En el fondo, la pregunta que queda abierta es: ¿Cómo los académicos pueden abordar problemáticas cotidianas de los tribunales de justicia, en materia de derecho probatorio, y publicar artículos o libros, que sean de mayor utilidad para una audiencia de jueces?

Discusión: Reflexiones para la formación pedagógica en derecho probatorio

Los resultados de este estudio exploratorio reflejan que existen claras diferencias en la manera de concebir las relaciones entre las pruebas y los relatos que se hacen cargo de ellas, dependiendo de si se trata de jueces, litigantes o académicos. En pocas palabras: existen posiciones epistemológicas distintas. Por un lado, los jueces entrevistados expresan una forma de compromiso con la realidad que podría reconstruirse

como mecanicista, según la cual los medios probatorios son un medio para conocer las cosas que efectivamente han ocurrido en el mundo. Por otro lado, los académicos toman una posición constructivista donde las pruebas son una interpretación de un mundo que se construye a base de estos discursos sobre el cual los jueces deben razonar y decidir. Aquel no es (ni debiese dar cuenta de) un mundo objetivo del pasado.

Los académicos, motivados por el interés de formar futuros abogados y de convencer a sus pares, redactan textos que son calificados, en ocasiones, como poco atractivos e inútiles para los jueces y litigantes. Estas diferencias pueden generar que la producción académica en materia de asuntos de prueba ejerza escasa influencia sobre los jueces, en aras de aprovechar el conocimiento contemporáneo. Ante estas circunstancias, los litigantes cuidan de mantenerse cercanos a los jueces. De hecho, se alejan del mundo académico pues argumentan que no les resulta útil para convencer a los jueces. Sin embargo, la posición de los litigantes no es equiparable a la de los jueces ya que, por su rol estratégico, deben ser mucho más propensos a explorar las distintas posibilidades que les ofrece el material probatorio disponible (y que ellos mismos contribuyen a producir).

El ciclo ideal apunta a que los litigantes desempeñen un rol mediador entre lo que hemos calificado como la seguridad cognitiva anhelada por los jueces y la responsabilidad cognitiva asumida por los académicos, lo cual facilitaría un acercamiento entre ambos lenguajes. Su posición estratégica debiese llevarlos a tomarse en serio la optimización en la producción y el análisis del material probatorio. Esto supone asumir una función de *pivote* que se hace cargo tanto de la responsabilidad cognitiva que los académicos debieran ir demarcando, como también, de suministrar discursos que otorguen mayor seguridad cognitiva a los jueces en el momento en que sustentan sus decisiones. El problema es que los litigantes no advierten que los textos académicos efectivamente puedan contribuir a alcanzar dicho objetivo. En otras palabras: *o los académicos no escriben como debieran o los litigantes no leen como debieran*. Surge, entonces, una pregunta con sentido educativo: ¿Cómo favorecer un acercamiento entre estos lenguajes de modo que la interacción entre ambos persiga el enriquecimiento mutuo?

Algunos autores parece que ya se han encaminado en abordar esta interrogante, especialmente en propuestas para la formación de abogados. Al respecto, Zolezzi Ibarcena (2010) define un modelo de responsabilidad social universitaria. Este enfoque busca una mayor articulación de la formación de abogados con otras disciplinas, el diseño y ejecución de proyectos donde los estudiantes tempranamente se ven conectados con la sociedad, poniendo un énfasis en que la vida institucional universitaria es un importante momento de formación, más allá del trabajo en el aula. Ello, junto a una formación que aproveche nuevas metodologías y tecnologías de enseñanza podría contribuir a una conexión más fluida entre la teoría y la práctica.

Por otro lado, también está el enfoque de desarrollo de competencias, que intenta

que el problema de la formación práctica no sea un asunto de metodologías aisladas que algunos docentes implementan. Al respecto, Lazo (2011) sugiere que se acuerde un modelo teórico de enseñanza compartido para la formación de abogados, el que podría guiarse por el enfoque de competencias, donde se desarrollen competencias transversales y específicas —además de la de participar colaborativamente en la solución de problemas (Ramírez y Luna, 2017)— como:

a) la capacidad de razonar y argumentar jurídicamente; b) ser consciente de la dimensión ética de la profesión jurídica y de la responsabilidad social del licenciado en derecho y actuar en consecuencia; c) capacidad para redactar textos y expresarse oralmente en un lenguaje fluido y técnico, usando términos jurídicos precisos y claros; d) conocimiento sistemático de los principios generales e instituciones esenciales del ordenamiento jurídico.

A su vez, también se ha resaltado la alternativa de fortalecer el trabajo clínico para la formación de estudiantes en derecho. La sugerencia es que las universidades permitan más oportunidades relevantes en materia de formación práctica al servicio de la sociedad. En estos trabajos clínicos, los estudiantes se conectan con poblaciones vulnerables, buscando abordar problemas legales que enfrentan estas comunidades y brindándoles apoyo.

Lo recién expresado resulta viable en la medida que exista suficiente claridad respecto al punto de llegada (¿cómo debiéramos razonar probatoriamente?), pero también, al punto de partida (¿cómo razonamos probatoriamente, en forma previa al inicio de una experiencia concreta de aprendizaje?) (Agüero y Coloma, 2019). Aquello supone un importante esfuerzo para ir complejizando una actividad que desde una mirada superficial solo pareciera depender de la utilización más o menos atenta de lo que sería constitutivo de puro sentido común. Hay herramientas que permiten llegar mucho más lejos y hacer confluir lo que espera la práctica y podría proveer la teoría (Anderson, Schum y Twining, 2015).

A esta diversidad de alternativas nos gustaría sumar la idea de generar procesos de formación con base en la metodología de investigación acción colaborativa. Este tipo de metodología resalta el trabajo práctico de los estudiantes, pero en conexión con actores claves del sistema donde se ejecuta o realiza una investigación en particular; es un proceso cíclico y en constante desarrollo. Se privilegia la construcción de conocimientos situados y conducidos por parte de los propios agentes donde la reflexión en torno a la práctica es lo que constituye la información valiosa para indagar (Noffke, 1995). Es muy relevante que las preguntas que movilizan este tipo de investigación sean generadas por los propios participantes, de modo que sea factible garantizar que sean sus intereses los que primen en este proceso de investigación (Anderson y Herr, 2007).

Este tipo de investigación supone que el conocimiento generado sobre la práctica

es siempre parcial, y aun cuando resulte temporalmente acertado, será incompleto y sujeto a revisión (Ainscow, Dyson, Goldrick y West, 2016). Esto implica que no existe una *receta* para enfrentar los desafíos que emergen de la realidad, más bien las soluciones deben ser producto de una reflexión constante sobre la práctica. Este tipo de metodología puede ser aplicada en distintos niveles de la formación de abogados, dependiendo por cierto de los objetivos de aprendizajes que existan en sus cursos y de la capacidad profesional para poder conducir el proceso de investigación acción para generar una reflexión sobre la práctica. Para esto existen modelos probados en el campo de la formación de profesores que utilizan esta metodología para desarrollar capacidades profesionales que implican superar la dicotomía que sugiere que la investigación debe ser un aspecto independiente a la práctica (Pino, González y Ahumada, 2018). En esta lógica no hay una oposición entre teoría y práctica, dado que se considera que no son mundos separados, sino que conviven y habitualmente se encuentran en la medida en que la teoría debe estar al servicio de resolver problemas prácticos, que a su vez gatillan nuevas reflexiones que pueden generar diferentes tipos de teorías (Fernández y Johnson, 2015).

En el área de la formación de profesores, un modelo interesante de investigación acción es el de *indagación sobre la indagación* que realizan docentes para formar a otros, pero también para indagar sobre sus propios procesos de enseñanza (Cochran-Smith, Barnatt, Friedman y Pine 2009). Este tipo de metodología no solo contribuye a que los estudiantes puedan comprender el valor práctico de las teorías y la reflexión, especialmente cuando está al servicio de situaciones concretas que enfrentan profesionales en la vida cotidiana, sino que también contribuye a que los propios profesores analicen sus supuestos, creencias y prejuicios al momento que conducen procesos de enseñanza (Fernández y Johnson, 2015). Así, el valor de esta metodología es doble, pues permitiría actualizar los procesos de enseñanza y las propuestas pedagógicas que se realizan para la formación de abogados, especialmente en materia de derecho probatorio, y al mismo tiempo puede contribuir a disolver la oposición entre el mundo de la teoría y de la práctica que se ha relevado en esta investigación, facilitando que ambos se puedan nutrir entre sí.

El desarrollo de esta propuesta formativa requiere dos condiciones elementales que debieran estar presentes en el campo del derecho probatorio: «i) un compromiso a trabajar en conjunto entre diferentes personas; y ii) un involucramiento de estas personas con el propósito por el cual están colaborando» (Pino, González y Ahumada, 2018). Así las cosas, un cuestionamiento que surge es si existe una disposición a que el campo de los teóricos afecte de manera más evidente el mundo de los prácticos, y si los teóricos están dispuestos a ceder la rigurosidad académica sobre problemas abstractos o filosóficos, para enfocarse en abordar situaciones prácticas, donde la teoría esté claramente al servicio de dichos problemas (Camilloni, 2019: 19-20). A partir de esto conviene preguntarse: ¿Jueces, litigantes y académicos pueden

estar más asociados?

Una posibilidad es concordar que el campo de la teoría contribuye a generar reflexiones generales, y que debiesen explorarse trayectorias argumentativas explícitas a las que se pueda recurrir al momento de enfrentarse con problemas prácticos, como los que ocupan a jueces y a litigantes (Elgueta y Palma, 2014). Otra alternativa sería concluir que estos son campos que deben mantenerse distanciados, dado que ninguno de ellos se vería beneficiado al comprometerse a aprender en la práctica y en la reflexión con el otro.

En lo que respecta a la formación de estudiantes de derecho en materia probatoria, la comprensión que tienen los diversos actores sobre el fenómeno probatorio influye en el modo de comprender el derecho. La investigación acción colaborativa podría contribuir en esta dirección. El derecho probatorio es un ámbito que tiene relación directa con el territorio en el que se desenvuelven las personas del campo jurídico. En este sentido, la pedagogía del derecho probatorio debe considerar a los elementos (medios probatorios) con los que dialogan las personas. En este sentido, también resulta relevante considerar el rol fundamental que tiene la tecnología en la aproximación de nuevos estudiantes a esta emergente área del derecho.

La utilización de medios tecnológicos atraviesa todos los ámbitos de la sociedad y es mediadora de cualquiera de los roles que desempeñan los operadores jurídicos (juez, fiscal, litigante, académico). La modernización de la enseñanza ha desencadenado efectos simbólicos y culturales que las sociedades comienzan a expresar y, con ello, han detonado paradojas dentro de los procesos de modernización (Díaz, 2017: 79), lo que desemboca en cambios en la forma en que la educación debe ser impartida. Así, la educación digital se vuelve un desafío que es necesario afrontar en el marco del distanciamiento social (Cotino, 2020), y supone un esfuerzo de los profesores en la enseñanza del derecho probatorio. En este contexto, la universidad no puede enseñar algo distinto a lo que será más adelante la realidad profesional del estudiante (Cicero, 2018: 99).

Los académicos deberán actualizarse cuando tengan que elaborar un documento teórico que represente de mejor manera la realidad que implica el estudio del derecho probatorio, evitando que estos mundos parezcan opuestos. Para ello será necesario promover el desarrollo de instancias de aprendizaje que fomenten la creatividad. La indagación colaborativa sobre situaciones prácticas con base en la inserción investigativa de estudiantes en el mundo del trabajo académico y/o cotidiano será un estímulo y exigirá una mayor imaginación en quienes participan en el proceso formativo, una demanda que se hará mucho más evidente para las universidades (Camilloni, 2019: 19-20).

Ciertamente, introducir nuevas metodologías de enseñanza aprendizaje, como la investigación acción, sumado a la constante transformación de la realidad obliga a las personas del campo jurídico a adaptarse al entorno. Esto implica una transformación

del papel del profesor en la explicación de disciplinas emergentes, como el derecho probatorio. La transformación de roles afecta la identidad de la enseñanza, de ahí la persistencia de viejos hábitos y de formas educativas que ya no son defendidas teóricamente (Pérez-Perdomo, 2019). En efecto, la presencia de viejos hábitos supone que la formación de estudiantes en derecho probatorio, que se presentan al estudio con una cierta estrategia dogmática que les facilita hacerse cargo de problemas de prueba en otros contextos, no es fácil de desarraigar. No obstante, con miras a que se pueda llegar más lejos de lo que hace posible esta heurística instalada, es preciso reeducar al estudiante para que sea capaz de recurrir a formas metodológicamente más sofisticadas en la gestión de pruebas y decisión de hechos (Agüero y Coloma, 2019).

La transformación de la realidad implica el establecimiento de una relación más cercana, más horizontal, con los estudiantes, que exige repensar el rol de los docentes. La investigación acción va en esta dirección y afecta la manera en que los profesores se ven a sí mismos y entienden tanto su papel como su relación con los estudiantes (Pérez-Perdomo, 2019: 33). Este tipo de metodologías de enseñanza exige a los docentes fomentar más instancias de aprendizaje colaborativo entre los estudiantes, donde se lleven a la práctica instancias de trabajo cooperativo con base en el análisis de casos concretos y prácticos. La colaboración entre estudiantes es muy relevante porque permite contrastar ideas y maneras de realizar inferencias probatorias a partir de distintos medios de prueba; por esa razón, trabajar colaborativamente no es equivalente a formar grupos de trabajo. Los presupuestos del aprendizaje cooperativo dan la posibilidad de que el estudiante pueda intercambiar reflexivamente con sus compañeros, compartir ideas con los más experimentados y atreverse a plantear nuevas ideas (Martínez, 2017: 118). Este tipo de propuestas también supone reconocer las emociones de los sujetos involucrados en los casos que son estudiados, de las víctimas, de los destinatarios de la norma judicial, del profesor y de los estudiantes en su comprensión (Narváez, 2019: 87). La enseñanza deja de ser una transmisión de contenidos y pasa más a constituirse en una relación pedagógica en pos de generar nuevos aprendizajes.

La labor de los académicos es presentarle al estudiantado una articulación entre el lenguaje técnico propio de su estudio y el lenguaje práctico y cotidiano de los litigantes y jueces. Producto de la masificación del conocimiento científico en la práctica jurídica, el diálogo entre conceptos técnicos y cotidianos demuestra que nos encontramos ante una cultura cotidiana que oscila entre una noción altamente profesional, cada vez más especializada y de carácter intelectual, y otra altamente práctica y social (Díaz, 2017: 79).

Esto resulta esencial para la formación de estudiantes en el campo del derecho probatorio, ya que supone la discusión sobre análisis de casos (Martínez, 2017), que se ven en la práctica que viven los litigantes. Así, el conocimiento de las comprensiones que tienen litigantes, académicos y jueces reduce la brecha entre el conocimiento teórico –el saber qué– y el práctico –el saber cómo– (Becerra, 2018: 144). Incluso

quienes proponen la metodología de la investigación acción en el ámbito de las ciencias de la educación y formación de profesores, plantean superar la dicotomía entre conocimientos (teóricos) y experiencias prácticas, en tanto las prácticas de los profesores tienen supuestos teóricos e incluso ideológicos. La idea es que la investigación acción permita hacer explícitos estos supuestos (Fernández y Johnson, 2015: 97).

Más que dos polos opuestos, podríamos hablar de dos saberes complementarios para el desarrollo que deben adquirir los estudiantes en derecho probatorio. Deben conocer la teoría y, al mismo tiempo, visualizar los problemas cotidianos con los que se enfrentarán en el ejercicio profesional: la teoría al servicio de la práctica, y la práctica al servicio de la teoría, como un continuo y no como una oposición.

Conclusiones

En este artículo se describieron las características y algunas de las razones que generan una disonancia entre la producción de textos académicos en el área de derecho probatorio y su uso por parte de jueces y litigantes.

Una de las primeras diferencias que caracteriza esta disonancia es la posición ontológica ocupada por jueces y académicos. Según se mencionó, los jueces se encuentran en una posición mecanicista de la realidad: consideran que en los juicios se descubre aquello que ha ocurrido en el pasado gracias a la presentación de pruebas que representan y permiten conocer los hechos ocurridos. En el juicio se han presentado versiones distintas de lo que efectivamente ocurrió en el pasado, y es labor de los jueces dirimir cuál es cierta (el *pasado* es fijado como en un libro de historia).

En el caso de litigantes y académicos, predomina una posición constructivista. A diferencia de cuando se está frente a un libro de historia que se hace cargo de versiones distintas, ellos se autoperceben como *participantes y espectadores* de una obra de teatro. Los actores presentes no han vivido las historias que narran, simplemente las están representando, sin que sean presentaciones de algo que efectivamente o necesariamente ha ocurrido en el pasado. Además, consideran que la labor de los jueces no debe ser la de historiadores, sino que deberían actuar como decisores en contextos de incertidumbre, atentos a resolver aquello que se les presenta inmediatamente.

Esta disonancia se ve reforzada por una distancia entre las audiencias de jueces y académicos. En el caso de los académicos, existe un lector ideal de sus textos: otros pares que estarán interesados en elucubraciones complejas, o estudiantes, que necesitan aprender de ejemplos claros para comprender contenidos, sacrificando la complejidad del mundo cotidiano. Esta abstracción genera que los jueces no tengan interés por hacer uso de estos textos, dado que no son del todo útiles para sus prácticas cotidianas. Por lo tanto, hay tensión entre una búsqueda de seguridad cognitiva por parte de los jueces y la de responsabilidad cognitiva de los académicos.

Reconociendo esta tensión, se ha propuesto hacer uso de metodologías de for-

mación de futuros abogados y jueces que permitan acercar sus diferentes ámbitos de acción. En esta línea se propone el uso de la investigación/indagación colaborativa, donde quienes se encuentran en el mundo cotidiano de las prácticas indaguen o propongan temas de reflexión a aquellos que tienen la posibilidad y el tiempo de la revisión teórica, para ponerlas al servicio de las prácticas. Esto permite que la búsqueda de seguridad cognitiva aproveche al máximo el valor que puede entregar la responsabilidad cognitiva, y, a su vez, facilite su comprensión a quienes buscan esa responsabilidad y la necesidad de estar al servicio de las prácticas. Así las cosas, no sería de extrañar que las exigencias propias de una pedagogía bien concebida pasen a constituir una pieza clave para reducir la ancha brecha que hemos detectado entre los distintos participantes del campo de lo probatorio.

Referencias

- AGÜERO, Claudio y Rodrigo Coloma Correa (2019). «¡Ponga atención en los obstáculos epistémicos de los estudiantes! Una clave para enseñar derecho probatorio» *Revista de Derecho* (Universidad Austral), 32: 17-34.
- AINSCOW, Mel, Alan Dyson, Sue Goldrick y Mel West (2016). «Using collaborative inquiry to foster equity within school systems: opportunities and barriers». *School Effectiveness and School Improvement*, 27 (1): 7-23.
- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio Bulygin (1991). «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico». En Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (eds.), *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ANDERSON, Gary y Kathryn Herr (2007). *El docente investigador: La investigación acción como una forma válida de generación de conocimientos*. Buenos Aires: Noveduc.
- ANDERSON, Terence, David Schum y William Twining (2015). *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- BARFIELD, Owen (2015). *Salvar las apariencias*. Girona: Atalanta.
- BECERRA, Katherine (2018). «El desarrollo de habilidades procedimentales en derechos humanos: aporte de la metodología aprendizaje-servicio en estudiantes de Derecho». *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 16 (31): 141-173.
- BENFELD, Johan (2016). «La discusión sobre la enseñanza del Derecho en Chile dentro del nuevo paradigma universitario: Una tarea pendiente». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 23 (1): 143-171.
- CÁCERES, Pablo (2003). «Análisis cualitativo de contenido: Una alternativa metodológica alcanzable». *Psicoperspectivas*, 2: 53-82.
- CAMILLONI, Alicia (2019). «La enseñanza del derecho orientada al desarrollo de la creatividad». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 6 (1): 5-22.
- CICERO, Nidia Karina (2019). «Innovar la enseñanza del derecho. ¿Solo se trata de

- tecnologías de la información y comunicación?» *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 5 (2): 91-109.
- COCHRAN-SMITH, Marilyn, Joan Barnatt, Audrey Friedman y Gerald Pine (2009). «Inquiry on inquiry: Practitioner research and student learning». *Action in Teacher Education*, 31 (2), 17-32.
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2016a). «El derecho probatorio y su Torre de Babel: Sobre citas en revistas indexadas». *Revista de Derecho* (Universidad Austral), 29 (2): 35-58.
- . (2016b). «Los usos de los estándares de prueba: Entre umbrales y prototipos». *Discusiones (Estándares de Prueba)*, 18: 23-57.
- . (2017). «Conceptos y razonamientos probatorios». *Revista de Derecho* (Universidad Austral), 30 (2): 31-56.
- COTINO, Lorenzo (2020). «La enseñanza digital en serio y el derecho a la educación en tiempos de coronavirus». *Revista de Educación y Derecho*, 21: 1-29.
- DAVIS, Natalie (1984). *El regreso de Martin Guerre*. Barcelona: Antoni Bosch.
- DERRIDA, Jacques (1989). *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía*. Barcelona: Paidós.
- DÍAZ, Claudio (2017). «Educación superior en Chile como proceso de modernización». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 4 (2): 64-86.
- DÍAZ-BAZO, Carmen (2018). «Los criterios y estrategias de calidad: lo invisible en la publicación de las investigaciones cualitativas». *Investigación Cualitativa en Educación*, 1: 792-801.
- ELGUETA, María Francisca y Eric Palma (2014). «Una propuesta de clasificación de la clase magistral impartida en la Facultad de Derecho». *Revista Chilena de Derecho*, 41 (3): 907-924.
- FERNÁNDEZ, María Beatriz y Daniel Johnson (2015). «Investigación-acción en formación de profesores: Desarrollo histórico, supuestos epistemológicos y diversidad metodológica» *Psicoperspectivas*, 14 (3): 93-105.
- FLYVBJERG, Bent (2006). «Five misunderstandings about case-study research». *Qualitative Inquiry*, 12 (2): 219 -245.
- GINZBURG, Carlo (2016). *El queso y los gusanos. El cosmos según un molinero del siglo XVI*. Barcelona: Península.
- HOLSTEIN, James A. y Jaber F. Gubrium (1995). *The active interview*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- LAZO, Patricio (2011). «Formación jurídica, competencias y métodos de enseñanza: premisas». *Ius et Praxis*, 17 (1): 249-262.
- LINCOLN, Yvonna, Susan Lynham y Egon Guba (2011). «Paradigmatic controversies, contradictions, and emerging confluences, revisited». En Norman K. Denzin e Yvonna Lincoln (eds.), *The Sage Handbook of Qualitative Research*. Thousand

Oaks, CA: Sage.

- MARTÍNEZ, Odette (2017). «Una experiencia para el desarrollo de actitudes del ‘trabajo en equipos de abogados’ para la litigación oral y escrita a través del aprendizaje cooperativo en la asignatura de Derecho Internacional Privado». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 4 (2): 114-128.
- MAYRING, Philipp (2004). «Qualitative content analysis». *A Companion to Qualitative Research*, 1: 159-176.
- NARVÁEZ, José (2019). «Metodología crítica para la investigación científica del derecho». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 6 (2): 81-95.
- NOFFKE, Sue (1995). «Action research and democratic schooling: Problematics and potentials» En Sue Noffke y R. B. Stevenson (eds.), *Educational action research: Becoming practically critical*. Nueva York y Londres: Teachers College Press.
- PEPPER, Stephen (1942). *World hypotheses*. Berkeley: University of California Press.
- PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2019). «Educación legal y culturas jurídicas: Comparación, trasplantes y resistencias». *Revista Pedagogía y Didáctica del Derecho*, 6 (2): 21-35.
- PINO, Mauricio, Álvaro González y Luis Ahumada (2018). «Indagación colaborativa: Elementos teóricos y prácticos para su uso en redes educativas». En *Informe Técnico Líderes Educativos* núm. 4. Valparaíso: Centro de Liderazgo para la Mejora Escolar.
- PREISSELE, Judith (2006). «Envisioning qualitative inquiry: A view across four decades». *International Journal of Qualitative Studies in Education*, 19 (6): 685-695.
- RAGIN, Charles y Lisa Amoroso (2011). *Constructing Social Research*. Thousand Oak, CA: Pine Forge Press.
- RAMÍREZ, Patricia e Ignacio Luna (2017). «Aprendizaje basado en problemas: Metodología didáctica para abordar la Asignatura de Derecho Procesal Civil». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 4 (1): 189-224.
- SCHWANDT, Thomas (2003). «Three epistemological stances for qualitative inquiry: Interpretivism, Hermeneutics, and Social Constructionism» En N. K. Denzin y Y. S. Lincoln (eds.), *The Landscape of Qualitative Research*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- . (2007). «Judging Interpretation». *New Directions for Evaluation*, 114: 11-25.
- SKOLIMOWSKY, Henryk (2016). *La mente participativa*. Girona: Atalanta.
- STAKE, Robert (1995). *The art of case study research*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- . (2005). *Multiple case study analysis*. Nueva York: Guilford Press.
- TWINING, William (2002). «Taking Facts Seriously». En William Twining, *Law in context* (pp. 89-109). Oxford: Clarendon Press.
- . (2006). «Lawyers’ stories». En William Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VERONA BADAJOZ, Ricardo (2016). «La enseñanza-aprendizaje del derecho de cara al

futuro». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica del Perú), 76: 461-508.
ZOLEZZI IBARCENA, LORENZO (2010). «La responsabilidad social en la formación de los abogados» *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica del Perú), 65: 251-262.

Financiamiento

Este trabajo presenta resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, Fondecyt 1170872, titulado «Prueba de los hechos. Coordinación entre el lenguaje de la teoría y el lenguaje de la práctica», y cuyo investigador principal es Rodrigo Coloma Correa.

Agradecimientos

Agradecemos la colaboración de Javiera Bruna en la aplicación de las entrevistas de la investigación, y de Renato Lira en la revisión final del manuscrito.

Sobre los autores

MAURICIO PINO YANCOVIC es psicólogo, doctor en Políticas Educativas de la Universidad de Illinois Urbana-Champaign, e investigador del Centro de Investigación Avanzada en Educación (CIAE) del Instituto de Estudios Avanzados en Educación, Universidad de Chile. Su correo electrónico es mauricio.pino@ciae.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-4340-7519>.

RODRIGO COLOMA CORREA es abogado, doctor en Derecho, y profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Su correo electrónico es rcoloma@uahurtado.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-3347-7625>.

REVISTA DE PEDAGOGÍA UNIVERSITARIA Y DIDÁCTICA DEL DERECHO

La *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* (RPUDD) es una publicación científica semestral que contribuye a la reflexión multidisciplinaria sobre pedagogía universitaria y didáctica del derecho, para la formación y consolidación de esta área de investigación; así como a la difusión de prácticas innovadoras en la enseñanza-aprendizaje del derecho considerando el contexto nacional e internacional. Es una publicación electrónica internacional con una codirección entre Brasil y Chile.

DIRECTORA

María Francisca Elgueta Rosas
Universidad de Chile

DIRECTOR

Renato Duro Dias
Universidad Federal de Rio Grande, Brasil

SITIO WEB

pedagogiaderecho.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rpedagogia@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipográfica
(www.tipografica.io).