

LA PRUEBA Y SUS SIGNIFICADOS

PROOF AND ITS MEANINGS

RODRIGO COLOMA CORREA*

RESUMEN: En este texto se analizan diferentes significados de la palabra “prueba”. Con ello se pretende contribuir al conocimiento del lenguaje probatorio, tal como se usa en los procesos judiciales. Se distinguen cuatro sentidos primarios de la palabra “prueba” y nueve secundarios. Los sentidos primarios son conceptos que enfatizan las funciones de la prueba como soporte, actividad, resultado y experiencia. Los secundarios, en cambio, dan cuenta de una nueva ambigüedad de la prueba en su dimensión de soporte, y de diferentes concepciones acerca de los tres restantes sentidos primarios.

Palabras clave: Significados de prueba, soporte probatorio, actividad probatoria, hechos probados, rendición de prueba.

ABSTRACT: In this paper different meanings of “proof” are analyzed, in order to contribute to evidence’s language understanding, just as it is used in judicial contexts. Four primary meanings of the word “proof” and nine secondary ones are differentiated. The primary meanings are concepts that emphasized proof as support, activity, result and experience. The secondary meanings, by contrast, describe a new proof ambiguity in its support dimension, and different ideas about the remaining three primary concepts of proof.

Keywords: Meanings of proof, evidence support, evidence activity, proved facts, giving evidence.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es contribuir a la depuración del lenguaje básico del que se dispone para abordar cuestiones probatorias; ello por la vía de hacer suficientemente transparentes algunas ambigüedades y desacuerdos en el significado de ciertas palabras claves. Hacerse cargo de ello contribuye a mejorar los intercambios comunicativos que se producen entre jueces, abogados litigantes y académicos cuando realizan tareas tales como: fortalecer o debilitar conjeturas debatidas en los procesos judiciales (puntos de prueba), decidir si se ha superado o no un estándar de prueba al dictar una sentencia definitiva (dar por probado o no un hecho), o bien validar teorías o modelos probatorios cuyas pretensiones son las de ir más allá de lo que ofrece el sentido común. La estrategia que será adoptada

* Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Esta investigación es parte del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1170872 “Prueba de los hechos. Coordinación entre el lenguaje de la teoría y el lenguaje de la práctica”. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago de Chile. Dirección electrónica: rcoloma@uahurtado.cl. Agradezco las pacientes lecturas y valiosas observaciones de Leandro de Brasi, José Manuel Fernández, Renato Lira y Victoria Martínez.

no apunta a sustituir algunas palabras por otras que no se encuentren aquejadas desde un comienzo por tales equívocos¹, sino simplemente hacer explícitos problemas en el vocabulario de la prueba y así evitar, tanto malos entendidos como trabas argumentativas derivadas de las restricciones impuestas por la tosquedad del lenguaje disponible².

Las virtudes que es dable predicar del lenguaje desarrollado en el seno de una determinada disciplina —en este caso el Derecho Probatorio— inciden en lo que sus distintos participantes podrán llegar a hacer³. El foco en este ejercicio de depuración conceptual se sitúa en los significados de la palabra “prueba”⁴. La elección no pareciera requerir mayor explicación⁵, pues además de su reconocida ambigüedad, sus distintos significados impactan, entre otras cosas, en la viabilidad de los compromisos epistémicos asumidos por teorías que buscan optimizar la actividad probatoria (desde determinadas concepciones de la verdad)⁶; y en la relevancia que cabe reconocer a los géneros narrativos a los cuales recurrimos para comunicar que ciertos hechos se encuentran probados (o no probados)⁷.

La trayectoria argumentativa que se traza a continuación identifica cuatro sentidos primarios y nueve sentidos secundarios de la palabra “prueba”. Los sentidos primarios dan cuenta de la ambigüedad (o posibilidades de uso) de la palabra prueba. Los secundarios, en cambio, expresan ya sea nuevas opciones de significación de los sentidos primarios (nuevas

¹ Esto, por cierto, es posible pero se le asocian costos de hacer el lenguaje menos asequible a quienes no dominan la terminología técnica. Los avances tecnológicos y una mayor especialización entre sus cultores, probablemente, forzarán dentro de un tiempo no lejano a dar tales pasos. Por el momento, pareciera que podemos sortear las dificultades con algunos ajustes (o redefiniciones) de aquellos conceptos con los que actualmente contamos.

² En otras palabras, la disponibilidad de un lenguaje más claro (o menos equívoco) debiese contribuir a una mayor eficiencia de la gestión de pruebas de parte de los litigantes, a una mayor legitimidad de la decisión de los hechos en el caso de los jueces y a un mayor poder explicativo y utilidad de las teorías y doctrinas de los académicos.

³ La falta de consensos lingüísticos en la (proto) disciplina del Derecho Probatorio afecta en contra de un mayor desarrollo de sus saberes y métodos. Sobre la situación de los académicos en Chile, ver COLOMA (2016) pp. 50 y ss. Un ejercicio muy ilustrativo respecto a las anunciadas disonancias entre distintos participantes y que atañe al concepto de pertinencia puede verse en DURÁN (2016).

⁴ Tendré en consideración no solo la palabra “prueba” sino otros exponentes de la misma familia, como son “probado” o “probar”.

⁵ La palabra “prueba” y sus derivaciones no agotan la categoría de los términos probatorios. A ella habría que añadir un conjunto de conceptos claves para la construcción de los hechos en un proceso. Entre ellos se cuentan pertinencia, admisibilidad, relevancia, carga de la prueba, estándar de prueba, por nombrar a algunos de los más importantes.

⁶ La comunidad más vistosa en esa dirección es la que Twining ha llamado la “Tradición Racionalista de la Prueba” (TWINING (1994) pp. 32-91) cuya integración no se reduce al mundo anglosajón. En las últimas décadas, aquella ha tenido una progresiva presencia en autores de lengua española (ver BAYÓN (2008) pp. 15 y ss.) y ha influido en muchos trabajos académicos que han sido producidos en nuestro país. Un panorama que se hace cargo de la teorización más reciente en el ámbito del derecho continental fue presentado por Daniela Accatino en las I Jornadas Chilenas de Derecho Probatorio bajo el título “¿De qué hablamos cuando hablamos de concepción racionalista de la prueba jurídica?” (no publicado).

⁷ Entre otros PENNINGTON y REID (1998) pp. 192 y ss.

ambigüedades), o bien concepciones⁸ rivales que pugnan por apropiarse de las posibilidades de uso de los sentidos primarios.

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN CONTEXTUAL QUE RECONOCE LA PLAUSIBILIDAD DE LAS TEORÍAS GENERALES DE LA PRUEBA

Las diferencias entre procedimientos judiciales no obstan a las posibilidades de una terminología probatoria común. En tal sentido, lo que sigue supone la viabilidad de una teoría general de la prueba⁹ que sea lo suficientemente abstracta como para desentenderse de las diferencias locales que, en concreto, se produzcan. Así, será labor de la doctrina especializada hacer las especificaciones que vengan al caso. El punto no debiera suscitar mayores problemas, pues el razonamiento jurídico general (en que, por cierto, se incluyen los problemas de prueba) admite presentarse bajo un esquema unitario que hace posible un análisis común, tal como ocurre con los problemas de interpretación (más allá de las particularidades que vayan construyendo las distintas disciplinas)¹⁰. El presente acápite supone y da cuenta de esta circunstancia¹¹.

En muchos de los escenarios en que cotidianamente nos desenvolvemos es razonable dudar de la fuerza de mensajes formulados bajo el compromiso implícito¹² de representar la realidad¹³. La razón primordial de tales sospechas obedece a que no es trivial conferir el poderoso estatus de “lo verdadero” a piezas de lenguaje de las cuales no visualizamos o no compartimos las razones¹⁴ que les servirían de soporte. En esas circunstancias, los términos probatorios adquieren plena importancia y sentido. Para que tenga sentido hablar de “probar”, de “pruebas” o de “lo probado” debe aceptarse, entonces, la posibilidad de incrementar o reducir las credenciales¹⁵ otorgadas *prima facie* a un mensaje que aspira a validarse. La manera de ha-

⁸ La distinción entre problemas a nivel de conceptos y de concepciones no es totalmente nítida. Los distintos significados de la palabra prueba traen consigo igual número de conceptos. Dicho de otro modo, cada acepción de la palabra prueba se identifica con un concepto, ver MOSTERÍN y TORRETTI (2010). Las concepciones, en cambio, constituyen propuestas de materialización de lo que se encuentra implicado en un concepto, es decir, un solo significado puede estar asociado a diferentes concepciones. Ver, a modo de ejemplo, Rawls respecto a concepciones de justicia. RAWLS (2006) pp. 17 y ss.

⁹ Ver una aplicación de ello en ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015). La idea fue planteada mucho antes por BENTHAM (1843) ch. 1.

¹⁰ Véase, por todos, WRÓBLEWSKI (1974) pp. 41 y ss.

¹¹ Aquello incide en que los ejemplos que se plantearán, en lo que sigue, atañen a diferentes procedimientos.

¹² GRICE (1989) p. 27.

¹³ No profundizaré en las relaciones entre que una afirmación sea considerada como “representativa de la realidad”, “probada” o “verdadera”. Me basta aclarar que no defiendo una concepción fuerte (u objetivista) de las cualidades que debiera contar un enunciado para que se le reconozca como verdadero o representativo de la realidad. De lo que se trata, entonces, es de hacer inteligibles tales discursos a la luz de las posibilidades ofrecidas por la actividad probatoria en un contexto dado. WINCH (2011) pp. 27-29.

¹⁴ En una persona razonable se advierte una coordinación entre sus actitudes de creer o no creer, por una parte, y las razones que sostienen la creencia, por la otra. En una persona dogmática o ingenua, en cambio, se producen desajustes entre dichos criterios. Ver PEPPER (1942) pp. 11-12.

¹⁵ En principio tales credenciales serían de naturaleza epistémica, pero no siempre es así. A veces los desacuerdos se resuelven, por ejemplo, mediante un ejercicio de poder.

cerlo implica el uso de uno o más procedimientos de contrastación legitimados en contextos relevantes. Una vez sorteados distintos desafíos procedimentales se llegará a un punto en que las dudas quedarán fuera de lugar (el asunto se reconocerá como probado o no probado), al menos para quienes aceptan participar en las respectivas instancias de validación¹⁶.

Un aspecto clave en los procedimientos probatorios se relaciona con la fijación de puntos de apoyo o soportes de lo que interesa dar por probado. Profundizando un poco más, cabe afirmar que las acciones tendientes, ya sea a la confirmación o refutación de lo que se encuentra en entredicho, se explican, en gran medida, por la oportunidad de anclar lo hasta ahora dudoso en soportes que no sean puramente discursivos¹⁷. En ese sentido, con las pruebas se pretenden forjar conexiones más o menos directas entre lo que se sostiene y aquello que se asume indubitado en otros contextos relevantes. Se trata, entonces, de un diálogo con lo que se reconoce como real en entornos extra-jurídicos. Por tanto, el desafío principal consiste en la incorporación de esa realidad en la experiencia procedimental, lo que está influenciado, eminentemente, por aspectos culturales.

Desde hace mucho¹⁸, abrirse a la realidad implica prestar atención a lo que captan nuestros órganos sensoriales¹⁹, como también hacerse cargo de la información que proveen terceros. Así las cosas, la configuración de los hechos es presentada como un tránsito argumentativo entre lo que se percibe sensorialmente y aquello que se comunica discursivamente²⁰. En otras palabras –y en lo que aquí directamente concierne– pretendemos que desde los estímulos sensoriales se pase hacia un discurso sobre conductas jurídicamente relevantes atribuibles a un sujeto. Por supuesto no bastan estímulos sensoriales brutos, sino que se requiere de la mediación de un trasfondo interpretativo asimilado por el sujeto que experimenta. De otra manera, carecerá de significado lo que a él le ocurra a nivel sensorial. Un discurso en extremo minimalista de lo que constituye una experiencia sensorial carece, por regla general, de interés. Se precisa atribuir sentido (arriesgar significados), lo que hará posible transitar por diferentes explicaciones que, por cierto, podrán ser exitosas o fracasar ante el auditorio al que se dirigen. En el caso de lo que aquí importa la atribución de sentido está fuertemente condicionada por lo que se dice en las normas jurídicas y las prácticas procesales asentadas.

La prueba –en sus distintas posibilidades de significación– asume el desafío de integrar lo expresado a través de los discursos y aquello que es captado mediante los sentidos. De lo que se trata es de evitar explicaciones paralelas (la de lo sensible y la de lo discursivo). En conformidad a ello, el éxito rotundo de la actividad probatoria estará dado, en principio, por la eliminación completa de las dudas en cuanto a si una conducta discursivamente

¹⁶ Sobre las diferencias entre aceptar y creer, ver COHEN (1989) pp. 367-389.

¹⁷ Los "coherentistas" también pueden asignar valor a las actividades probatorias, pero no entenderán que con ello escapan de lo discursivo (no importará tanto la experiencia sensorial, como la interpretación que sobre ella se realiza).

¹⁸ Ver LATOUR (2017) p. 15.

¹⁹ Piénsese en los grandes esfuerzos que implicó el destierro de los argumentos de autoridad, tan en boga en el medioevo y su reemplazo por la observación en el mundo de los científicos. Ver, entre otros, HACKING (1975) pp. 31-48.

²⁰ El asunto lo ilustra bien Wittgenstein al sostener: "Un error se convierte de este modo en algo ilícito". WITTGENSTEIN (2000) p. 47c.

comunicada ha ocurrido en el mundo de lo sensible²¹. Un efecto similar también es posible en el caso de que se confirmen las sospechas que dieron origen al desafío, es decir, por el descarte absoluto de aquello que fue sostenido y, en su momento, dudado²². En ambos casos se produce un estado de concordancia entre lo discursivo y lo que, en alguna medida, es calificado como sensorial u observacional. El fracaso, en cambio, lo representa la pervivencia de la sospecha sobre una afirmación, es decir, no se está en condiciones de afirmar que la conjetura era errónea, ni tampoco que era correcta. Por cierto, el éxito o fracaso podrán ser parciales en caso de que las sospechas se reduzcan o incrementen, pero no en una magnitud suficiente como para zanjar el asunto de manera definitiva²³.

Sin perjuicio de lo señalado, lo anterior es altamente problemático a nivel teórico en cuanto a qué es lo que realmente se logra cuando se reconocen concordancias entre lo discursivo y lo sensible. Así las cosas –y a modo de ejemplo– en un campo tan sofisticado como el de las ciencias naturales se habla de la “cuestión abierta” para aludir a las explicaciones concordadas dentro de la respectiva comunidad disciplinaria. Es decir, se reconoce un estatus de interinidad al conocimiento producido, o lo que vendría siendo lo mismo, aquél perdurará como tal mientras no aparezca algo mejor. Los participantes en los procesos judiciales la tienen algo más fácil, pues disponen de herramientas como la cosa juzgada que hace posible clausurar normativamente las incertidumbres que en el futuro podrán aparecer respecto a lo que fue decidido en el pasado. Esto último, por cierto, no equivale a un salvoconducto que lleve a tomarse a la ligera toda la dimensión constitutiva que se encuentra implicada en la derivación de los hechos a partir de la prueba disponible.

2. SENTIDOS PRIMARIOS DE LA PALABRA PRUEBA

Para introducirnos en el estudio de los distintos significados de la palabra “prueba”²⁴ considérese el siguiente fragmento de una carta ficticia enviada por un abogado a su cliente:

“Próximamente se realizará la audiencia de “prueba”. Es importante, entonces, que tengamos una última conversación acerca de la “prueba” que presentaremos. Cumplo con recordarle que el éxito o fracaso en el juicio depende fundamentalmente de si se “prueba” o no el vínculo laboral entre el demandado y Ud. Por cierto, hay otros problemas de “prueba” de los cuales hay que hacerse cargo, como ocurre con el monto de la remuneración o la fe-

²¹ En rigor, esto no se asocia a la certeza sino a la superación de un estándar de prueba. Como se sabe, la incorporación de estos últimos en los sistemas de adjudicación obedece a la necesidad práctica de que los asuntos no pueden permanecer en un estado de indefinición más allá de cierto tiempo.

²² En términos más técnicos, se podría afirmar que se ha resuelto el problema ilocucionario que recaía sobre la fuerza de la afirmación dudosa, pero aún queda pendiente el problema locucionario (¿qué puede válidamente decirse?).

²³ La opción por no dejar abiertos los asuntos más allá de un determinado plazo, ha llevado a los sistemas jurídicos a establecer mecanismos para zanjar los asuntos recurriendo a una cierta manera de distribuir los riesgos de errar (estándares de prueba). El asunto no difiere en todo caso demasiado de lo que ocurre en otros espacios de la vida en que no podemos dilatar en demasía nuestras decisiones.

²⁴ Distinciones con algunos puntos de encuentro respecto de lo que aquí se plantea pueden verse en WRÓBLEWSKI (2008) pp. 233-234; y también en TARUFFO (2002) pp. 439-451. Entre nosotros, ver MENESES (2008) pp. 45-46.

cha de inicio del contrato de trabajo. Respecto a estos últimos estamos en ventaja, pues hay una presunción en nuestro favor por no escrituración del contrato".

En el texto que precede, la palabra "prueba" se usa en sentidos diversos. Del sustantivo "prueba" y de los adjetivos "de prueba" o "probado" emergen los siguientes significados:

2.1. PRUEBA COMO FUENTE DE IMÁGENES SENSORIALES (O EXPERIENCIAS) QUE SE SITÚAN EN LA BASE DE ARGUMENTOS CUYAS PRETENSIONES SON LAS DE FIJAR CONDUCTAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES²⁵

El uso de la palabra prueba en este primer sentido²⁶ se vincula –a lo menos– con las dos exigencias siguientes²⁷. En primer lugar, debe tratarse de "algo" que cumpla la función de fuente o soporte de la facticidad comunicada en un argumento. En segundo lugar, deben vislumbrarse conexiones entre las imágenes sensoriales (o experiencias) comunicadas por la fuente²⁸ y la conjetura sobre conductas jurídicamente relevantes que interesa en el caso. Analicemos brevemente lo que se quiere decir con cada una de esas condiciones.

El posicionamiento de "algo" en la base de un argumento es un asunto con hondas repercusiones para validar el punto de vista que se defiende. Así, el consenso en cuanto a que "algo" se sitúa en la base de un argumento, supone un compromiso de no seguir profundizando respecto a sus credenciales para ocupar dicha posición discursiva. En consecuencia, es desde allí donde se edifica el respectivo argumento. Esto repercute en su fuerza y eventual traslado hacia nuevos contextos. El reconocimiento de que "algo" cuenta con las credenciales propias de una prueba, comunica que –al menos parte de ella– no se encuentra abierta a la problematización. En otras palabras, es algo que podemos reducir a imágenes sensoriales o experiencias que cumplen la función de anclar el discurso de los hechos²⁹ en

²⁵ El Diccionario de la Lengua Española de la RAE propone catorce significados de la palabra prueba. De las opciones allí indicadas, se encuentran vinculadas a este primer sentido las siguientes: "2. f. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo" y "3. f. Indicio, señal o muestra que se da de algo". Por su parte, el Diccionario de uso del español de María Moliner ofrece entre los significados de la palabra "prueba": "Cosa con que se prueba o se intenta probar algo: 'Aquí están las pruebas de lo que digo.'"; "Pruebas presentadas o indagaciones hechas oficialmente para probar algo". MOLINER (2016).

²⁶ Para aludir a este sentido de prueba se utiliza, a veces, la palabra "evidencia". Probablemente la razón de la popularización de este uso en épocas recientes se vincula a una conexión más estrecha de sistemas como el nuestro con el *Common Law*, donde la palabra *evidence* da cuenta de este sentido.

²⁷ En el fragmento ficticio que precede, este primer posible significado se encuentra asociado a la oración: "Es importante, entonces, que tengamos una última conversación acerca de la 'prueba' que presentaremos". Con ello se da a entender que en un determinado momento se realizarán acciones tales como, exhibir documentos o interrogar testigos; ello con miras a generar una narrativa acerca de datos sensoriales suficientes para clausurar otras indagaciones orientadas a consolidar o desechar conjeturas sobre conductas jurídicamente relevantes. La noción de medio de prueba no agota este primer sentido de la palabra prueba, pero sí captura el significado de lo que se dice en el fragmento indicado de la carta ficticia.

²⁸ Acorde a lo indicado más adelante las fuentes pueden ser personas u objetos, registros o proposiciones.

²⁹ Es ilustrativo en este sentido el inciso 2° del artículo 297 del Código Procesal Penal donde se indica "El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo". El razonamiento probatorio quedaría desestabilizado si no se hace cargo de por qué ciertas pruebas, en este sentido 1, no son utilizadas para la decisión de los hechos (probados). Así, en el texto de la sentencia deben proveerse razones

el mundo en que cotidianamente participamos³⁰. El punto es importante, pues el lenguaje de la prueba aspira a diferenciarse del lenguaje ficcional³¹. Así, hay afirmaciones admisibles en el espacio de lo ficcional que no lo son cuando se opera en instancias de la prueba. Al contar con pruebas que dependen de lo que se capta por los sentidos las pretensiones de nuestros discursos asumen una cierta forma de compromiso con el lenguaje descriptivo³².

La segunda de las condiciones anunciadas para que la palabra “prueba” sea usada en el sentido de soporte argumental, apunta a que ocupará la posición P en estructuras narrativas de la forma “P demuestra/refuta el hecho H”³³. Algunos ejemplos serían:

- “El testigo T₁ demuestra/refuta que el trabajo fue correctamente realizado”;
- “Este cuchillo con rastros de sangre demuestra/refuta que Colombina fue asesinada”;
- “La afirmación que el testigo T₂ hizo en la audiencia –“Guido me entregaba habitualmente la mercadería que yo solicitaba al almacén Astoria”– demuestra/refuta que Guido trabajaba para dicho almacén”;
- “La enfermedad de Mimí demuestra/refuta que no estaba presente durante la función teatral en la que el embajador fue atacado”.

Los ejemplos precedentes asumen que no basta que en abstracto “algo” se encuentre en condiciones de ocupar una posición de soporte de un argumento. Se requiere, además, que sea posible, en concreto, establecer una forma de conexión respecto de una conjetura³⁴ específica que se busca fortalecer o debilitar. El nuevo sentido que se indica a continuación permite una mejor comprensión de este requisito.

según las cuales la decisión tomada es correcta, pese a existir una forma alternativa de articular datos sensoriales. La manera en que tal exigencia puede ser satisfecha sería desvirtuando las conexiones de la prueba dejada de lado con la conjetura a probar (hay puntos de llegada alternativos que quedan en pie, incluso tomando en serio dicha prueba); o bien, los datos sensoriales comunicados o la narrativa a la que se recurre no se encuentran suficientemente validados (hubo errores observacionales, problemas de memoria, etcétera).

³⁰ Ver HUME (2012) pp. 41-42.

³¹ Ver TARUFFO (2007).

³² Se pregunta Vargas Llosa: “¿Qué diferencia hay, entonces, entre una ficción y un reportaje periodístico o un libro de historia? [...] La respuesta es: se trata de sistemas opuestos de aproximación a lo real. En tanto que la novela se rebela y transgrede la vida, aquellos géneros no pueden dejar de ser sus siervos”. VARGAS LLOSA (2003) p. 21.

³³ Una formulación más completa debiera ser “P demuestra/refuta el hecho H, en conformidad al argumento A”. No se usa tal estructura ya que los abogados y jueces, rara vez construyen sus argumentos como una de las posibilidades, sino como el argumento correcto (o, el mejor).

³⁴ En lo que sigue, la palabra conjetura será utilizada con frecuencia para aludir a lo que se trata de probar en un proceso judicial. Como se sabe, hay procedimientos en los cuales se requiere definir tempranamente dicha conjetura, lo cual sirve de guía a las partes en orden a focalizar aquello que deberán esforzarse por confirmar o refutar. Así, por ejemplo, en el procedimiento civil se habla de una resolución que fija los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos.

2.2. PRUEBA COMO ACTIVIDAD (MENTAL O DISCURSIVA) QUE EXPLORA, CONSTRUYE Y/O CONTROLA RELACIONES POSIBLES ENTRE “PRUEBAS” EN EL SENTIDO 1. Y CONJETURAS SOBRE CONDUCTAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES, CON MIRAS A QUE ESTAS ÚLTIMAS SUSPENDAN SU ESTATUS DE PROVISIONALIDAD TENDIENDO, YA SEA A SU CONFIRMACIÓN O REFUTACIÓN³⁵

Este sentido de la palabra prueba queda claro al analizar locuciones, tales como “estoy probando H”, “así se prueba H” o “has fracasado en tus intentos de probar H”³⁶. Las posibilidades de relación son múltiples. Ellas resultan sostenibles en la medida que sea reconocible un hábito según el cual si se está en un estado de cosas A es legítimo entender que se da (o no se da) también un estado B³⁷. La estructura discursiva estándar, en este caso, sitúa a la palabra prueba como un puente entre³⁸ el soporte (sentido 1) y el resultado (sentido 3), es decir, se habla de que “P prueba³⁹ el hecho H”. Algunos ejemplos serían:

- El hecho delictivo no se prueba (no es susceptible de probar) con un solo testigo.
- Las huellas encontradas en el cuchillo y la declaración de la madre de Tonio prueba(n) que Canio mató a Colombina.

El fracaso de la prueba entendida en este sentido, se encuentra dado por su incapacidad para contribuir al fortalecimiento o a la refutación de la conjetura problematizada⁴⁰. Dicho en otras palabras, la conjetura sobre la cual se lleva a cabo un proceso de demostración/refutación permanece a nivel de posibilidad, sin que se esté legitimado para tomar una decisión al respecto. Como se sabe, la responsabilidad por el inmovilismo de ambas partes o por la irrelevancia de actuaciones con apariencia probatoria se hace recaer, en último término, sobre quienes soportan la carga de la prueba.

³⁵ WIGMORE (1931) p. 8; GONZÁLEZ LAGIER (2018) pp. 16 y ss. En lo que concierne al Diccionario de la Lengua Española de la RAE deben tenerse en cuenta que respecto de la voz prueba se indica como significado posible: “1. f. Acción y efecto de probar” Un cierto parecido de familia se detecta con el siguiente significado: “4. f. Ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultará en su forma definitiva”. Si se explora la voz “probar” aparece como posibilidad adicional: “3. tr. Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos”.

³⁶ En el fragmento de la carta ficticia este posible significado se encuentra asociado a la oración: “... hay otros problemas de prueba de los cuales hay que hacerse cargo, como ocurre con el monto de la remuneración o la fecha de inicio del contrato de trabajo. Respecto a estos últimos estamos en ventaja, pues hay una presunción en nuestro favor por no escrituración del contrato”.

³⁷ Ver HUME (2012) pp. 48-72.

³⁸ Entre los abogados es habitual usar la locución “máximas de la experiencia” para aludir a (algunos de) estos conectores. Quien populariza dicha expresión (Friedrich Stein) no estaba seguro de que fuere especialmente apropiada para comunicar aquello de lo que se pretendía dar cuenta. Es más, él sostiene que para los efectos de abreviación habría preferido, en principio, la locución “premisas mayores”, no obstante se inclinó finalmente por “máximas de la experiencia” en razón de la manera en que se originan (desde la experiencia). STEIN (1973) pp. 21-22.

³⁹ Al confrontarla con la estructura narrativa precedente queda claro que “prueba” en el sentido aquí utilizado es sustituible –al menos en algunas de sus posibilidades– por las palabras “demuestra” o “refuta”.

⁴⁰ Por cierto, esto implica también su fracaso como prueba en el sentido 1, aun cuando podría en dicho caso quedar en pie para servir como prueba respecto de otra conjetura.

Dependiendo de la posición del hablante, la función de la prueba como actividad será diversa. En el caso de los abogados, lo que preferentemente se busca es persuadir a un auditorio (el tribunal) en orden a que la conjetura sobre la que se discute sea acogida o rechazada. Así, el éxito o fracaso se mide principalmente por la influencia ejercida sobre el órgano decisor. En el caso de los tribunales esta actividad es eminentemente constitutiva, pues de lo que se trata es de pasar desde un estado conjetural hacia un estado de hecho probado o no probado⁴¹ que es, precisamente, a lo que refiere el tercero de los sentidos primario de la palabra “prueba”. El auditorio –en este último caso– es amplio, pues refiere a distintos lectores de las sentencias⁴².

2.3. HECHO “PROBADO” COMO ESTATUS ATRIBUIDO A UNA CONJETURA SOBRE CONDUCTAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES, EN LA MEDIDA QUE SE RECONOCE QUE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA FUE SUPERADO⁴³

Este es el sentido que asume la palabra “prueba” o sus derivaciones cuando se habla de que “H está probado”, o se dice que “H no logró demostrarse”⁴⁴. Las condiciones de éxito de este sentido de prueba suponen el cumplimiento de requisitos institucionales en orden a que aquello que en su momento era solo una conjetura sea ahora considerada como un hecho probado⁴⁵ o refutado. El fracaso estaría dado por la persistencia de un estado de incertidumbre o indefinición respecto de la conjetura que se trata de probar o refutar⁴⁶. En el mundo de los abogados⁴⁷ esto no es un problema dado que los tribunales están obligados

⁴¹ La circunstancia de que las pretensiones son constitutivas no debe entenderse en términos de que las reacciones de distintos auditorios no importen. El éxito o fracaso de las pretensiones constitutivas depende, en último término, de una cierta forma de reaccionar por parte de los destinatarios de la decisión (operan como si el hecho se encuentra probado o no probado). VARGA (1995) p. 137.

⁴² El lenguaje utilizado en las sentencias provee de algunas señales en orden a que los lectores que principalmente son tenidos en cuenta por el decisor para los efectos de redacción del respectivo texto son los tribunales superiores y los abogados de las partes. En casos de alta repercusión pública el universo de lectores preferentemente considerados se expande, por ejemplo, a los académicos y a los periodistas. En el caso de las partes, los jueces –probablemente– cuentan con que los respectivos abogados oficialarán como “traductores”. Ver COLOMA (2010) pp. 939-946.

⁴³ Podría añadirse también el caso de las conjeturas refutadas. He preferido no hacerlo, para no provocar confusiones. En el Diccionario de la Lengua Española de la RAE puede tenerse en cuenta la siguiente opción que ofrece la palabra “prueba”: “12. f. Der. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”. Aun cuando la definición resulta circular, se ajusta, mejor aún, la voz “hecho probado”: “1. m. Der. hecho que como tal se declara en las sentencias”.

⁴⁴ En el fragmento imaginario de la carta que se incorpora al inicio, este sentido estaría representado en la oración: “Cumplo con recordarle que el éxito o fracaso en el juicio depende fundamentalmente de si se prueba o no el vínculo laboral entre el demandado y Ud.”.

⁴⁵ Hay ocasiones en las que, sencillamente, se pasa a hablar de los “hechos”, en lugar de la locución “hechos probados”. He definido hechos como “un artefacto lingüístico que adscribe (1) acciones u omisiones jurídicamente relevantes sobre uno o más sujetos, (2) y que habiendo sido sometido a un proceso de comprobación/refutación (3) ha superado el estándar de prueba institucionalmente establecido”. COLOMA (2017a) p. 89.

⁴⁶ El fracaso del que se habla sería un fracaso ilocucionario, en el sentido de que pese al proceso realizado no se está en condiciones de abandonar un lenguaje de incertidumbres (“puede que sí”, “es probable que no”) que –al menos en el contexto de la adjudicación– se entiende como inútil para imponer cargas u otorgar beneficios.

⁴⁷ Con la palabra abogado se alude –en casos como este– no solo a quienes defienden los intereses de las partes, sino también a jueces y académicos.

—por aplicación del principio de inexcusabilidad— a decidir sobre aquello que en un primer momento presentaba la fisonomía propia de una conjetura.

Un elemento clave para entender correctamente lo que se quiere decir con la locución “prueba como resultado”, es el estándar de prueba. Una conjetura deja de ser tal cuando al momento de clausurarse institucionalmente la discusión a la que se ha dado lugar, quien se encuentra en posición de zanjar acerca del nuevo estatus de la conjetura toma posición, ya sea en orden a que fue demostrada o a que no lo fue. En el primer caso, no hay razones para seguir sospechando acerca de lo que en ella se sostiene; en el segundo caso, las sospechas siguen abiertas, pero se ha acabado el tiempo para seguir argumentando.

Los estándares de prueba sirven para operar bajo la estructura binaria representada por las categorías: “probado”, “no-probado”. Como se sabe, dependiendo del procedimiento judicial del que se trate, las exigencias para dar por probado serán mayores o menores. Aquello, no debiera llevar a la perplejidad, dado que de lo que se trata cuando se sostiene por un órgano dotado de autoridad —como lo es un tribunal— que H^{48} se encuentra probado, es que H puede usarse para atribuir una conducta jurídicamente relevante a un determinado sujeto S . Así, sobre S se podrán imponer cargas u otorgar beneficios, según se encuentre establecido en el ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva del análisis del lenguaje, aludir a la prueba en este sentido otorga otras posibilidades vinculadas, por ejemplo, a la obtención de ventajas desde una perspectiva eminentemente retórica. Así las cosas, las partes, a menudo, usan este sentido de prueba en sus discursos con fines de persuasión. Más aún, cualquier lector de sentencias podrá recurrir a este sentido de prueba con miras a fijar su punto de vista acerca de si la conjetura fue demostrada o refutada. Por cierto, en estos dos últimos supuestos no se producen repercusiones institucionales. Algunos ejemplos de las posibilidades recién indicadas serían:

- “Está probado que Guido trabajaba para el almacén Astoria” (sentencia del tribunal).
- “Si se considera lo que dijeron los cuatro testigos presentados por esta parte y, a la vez, que la coartada de la defensa carece de apoyo más allá de las escasamente convincentes palabras de la acusada, cabe afirmar que ha sido probado que Mimí participó en el atentado al embajador” (alegato de abogado/comentario de lector de sentencia).

⁴⁸ H es el punto de llegada al que se pretende arribar en un discurso probatorio. En los procesos judiciales H se elige en virtud de las conexiones que resultan posibles con la norma o subsistema normativo a aplicar. Las formas de llegar a H son múltiples. Así, el caso de la inasistencia a la función de teatro se puede probar porque Mimí estaba en otra ciudad, porque ella no aparece en ninguna de las pantallas que registraban los distintos lugares del teatro, etcétera.

2.4. PRUEBA COMO EXPERIENCIA CONTROLADA DE PRESENTACIÓN/PRODUCCIÓN DE OBJETOS, IMÁGENES O NARRACIONES QUE SIRVEN DE SOPORTE A ARGUMENTOS QUE FORTALECEN O DEBILITAN CONJETURAS SOBRE CONDUCTAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES⁴⁹

La palabra “prueba” puede, por último, ser entendida como una experiencia, como una puesta en escena, como un laboratorio social o –dicho en términos menos metafóricos– como un espacio institucionalmente legitimado para la producción de información útil para demostrar o refutar conjeturas sobre conductas jurídicamente relevantes. Las locuciones “término de prueba”, “audiencia de prueba”, “recepción de la causa a prueba” o similares dan cuenta del sentido aquí aludido⁵⁰. Las condiciones de éxito de las pruebas en este cuarto sentido suponen que la experiencia institucionalmente regulada resulta útil para la construcción de los soportes (sentido 1) de un resultado (sentido 3) que se ha hecho derivar de una actividad de demostración o a refutación de una conjetura (sentido 2). El fracaso, por su parte, estaría dado por la negativa a considerar que la experiencia resultó apta para la producción de insumos probatorios⁵¹.

Este sentido de prueba se encuentra estrechamente vinculado al sentido 1, de manera tal que, desde cierta perspectiva, podría sostenerse que solo se encuentra legitimada como soporte argumentativo aquella prueba producida en las audiencias que para tales efectos son realizadas⁵². La construcción de un espacio institucional de rendición de prueba es una característica identitaria de los procesos judiciales y que –según se sabe– determina, en una importante medida, lo que se reconoce como constitutivo de un soporte de los discursos probatorios⁵³. Esto resulta clave para no dejar abierto los problemas sobre los cuales discute a la espera de nueva información o del perfeccionamiento de lo que ya se dispone⁵⁴.

Los sistemas jurídicos disponen, entonces, de una serie de reglas que apuntan a que el proceso de generación de soportes probatorios y (parte de) la actividad probatoria misma

⁴⁹ En el Diccionario de la Lengua Española hay que tener en consideración la voz “recibir a prueba” “1. loc. verb. Der. Abrir el período del juicio en que los interesados han de proponer y practicar sus justificaciones o probanzas”. Mucho más directo aparece el segundo sentido de la palabra “prueba” en el Diccionario de uso del español de María Moliner es: “Acto en que las partes presentan las pruebas relativas a los hechos que se debaten en un juicio” MOLINER (2016).

⁵⁰ En el fragmento imaginario de una carta que se incorpora al inicio, este sentido estaría (obviamente) representado en la oración: “Próximamente se realizará la audiencia de prueba”.

⁵¹ Aquello ocurre si la audiencia de prueba es declarada nula o bien, una prueba en concreto es declarada nula.

⁵² Hay excepciones como es el caso de los hechos públicos y notorios, como también en la prueba anticipada. En rigor, esta última podría no entenderse como una excepción, pues se genera en un escenario previo que requiere encontrarse legitimado jurídicamente.

⁵³ La estipulación de un espacio válido para producir pruebas implica modificar las formas de actuación que son propias de la vida cotidiana (más/menos sinceridad de los participantes, más/menos actitudes de sospecha del auditorio, etc.). BERGER y LUCKMAN (2006) p. 41.

⁵⁴ Tversky y Kahnemann usan la sigla WYSIATI (*what you see is all there is*) para dar cuenta de la importancia que asignamos a la información que *tenemos a la mano* cuando razonamos. Es importante, eso sí, tener presente que al depender la producción de las pruebas del impulso de las propias partes, esta clase de sesgos resulta bastante controlada (las partes se preocupan que los datos más útiles sean presentados). KAHNEMANN (2012) pp. 117-121.

sea desarrollado dentro de límites preestablecidos⁵⁵. La palabra prueba también es usada para dar cuenta de ese contexto. Algunos ejemplos serían:

- En la fase de prueba, la demandada ofreció presentar cuatro testigos y tres documentos.
- Se ruega mantener silencio en la sala. En este momento se realiza una audiencia de prueba (cartel colgado en la puerta de un tribunal)

Para simplificar las cosas, en lo que sigue, me referiré a los distintos sentidos indicados usando las locuciones: (2.1) prueba-soporte, (2.2) prueba-actividad, (2.3) prueba-resultado, y (2.4) prueba-experiencia.

3. SENTIDOS SECUNDARIOS DE LA PALABRA PRUEBA

Los cuatro sentidos ya indicados no agotan los usos de la palabra "prueba" en contextos jurídicos. Para disponer de un panorama más completo se requiere pasar a un segundo nivel de significados. Estos nacen tanto de nuevas ambigüedades que tiene la palabra prueba en su sentido primario de soporte; como de las distintas concepciones que se encuentran en competencia cuando se habla de prueba como actividad, como resultado o como experiencia.

3.1. TRES NUEVOS SENTIDOS PARA LA PRUEBA-SOPORTE

Los soportes articuladores de datos sensoriales desde los cuales jueces y abogados confirman o refutan conjeturas acerca de conductas jurídicamente relevantes, son variados. En un estado inicial de producción del razonamiento probatorio con la palabra prueba se alude, simplemente, a objetos o a personas. En estados más avanzados del razonamiento probatorio, la referencia es a piezas discursivas (registros) producidas en instancias institucionalmente reconocidas a tales efectos; como también a proposiciones no problematizadas y que articulan datos sensoriales.

Para entender mejor la ambigüedad de la palabra prueba como soporte, es útil hacer algunas precisiones sobre distintos momentos probatorios. Dependiendo del momento probatorio del que se trate se dispondrá de distintos niveles de validación de las conjeturas o hechos controvertidos (llamémoslos H). Así, en las fases iniciales de un proceso judicial se asume de lleno el estatus conjetural de H; en cambio, en la sentencia se asume que H se encuentra validada o bien, refutada. Acorde a lo expresado, en el momento que precede a la audiencia de prueba, uno de los abogados podría válidamente sostener: "El trabajo se realizó correctamente: en su momento, escucharán al testigo T₁, quien dará cuenta de ello". Sin el ofrecimiento de la declaración de T₁ (que sería prueba como soporte a la que llamaremos P), el hecho (trabajo correctamente realizado), constituiría un argumento escasamente sostenible. En la sentencia, en cambio, no sería una forma correcta de hablar de prueba como

⁵⁵ Un ejemplo interesante de legitimación (en este caso de la TV como medio de comunicación) puede verse en ZELIZER (1997) pp. 260-261.

soporte, si se alude a aquello que sabe el testigo T_1 (deja de ser P). Se requerirá, por tanto, el análisis de lo que efectivamente dijo T_1 (y otras pruebas) en un contexto institucionalmente validado. Acorde a lo señalado, para entender más plenamente el sentido de prueba como soporte es útil distinguir entre las siguientes etapas procedimentales:

Etapas de preparación. Esta fase va desde el inicio del proceso judicial hasta el momento inmediatamente anterior a la rendición de las pruebas en las audiencias previstas para tales fines. Se trata de una fase en que se adopta una serie de decisiones que impactan en el posterior desarrollo del juicio. Más concretamente, aquí se fijan las reglas del juego –en concreto– a las que se deberán someter los participantes. En esta fase se discute ¿qué debe probarse?, ¿quién debe probar? y ¿con qué se probará?

Etapas de producción de pruebas y argumentos. En esta fase se rinden las pruebas y se elaboran las propuestas argumentales de los abogados orientadas a optimizar la posición de sus representados. Lo que en la etapa preparatoria solo constituían datos posibles (las opciones eran muy variadas), en esta etapa pasan a ser datos en concreto: hay una experiencia que los fija. Las tareas claves de esta etapa apuntan, en un primer momento, a la promoción de una cierta forma de intercambio o interacción con los medios de prueba (personas, objetos, etc.) en el escenario probatorio y en un segundo momento, a la atribución de significado a lo que fue constitutivo de la experiencia probatoria (valoración de la prueba). Las preguntas a considerar en esta fase adoptan formas tales como ¿la declaración del testigo requiere de precisiones? o ¿la prueba rendida corrobora o refuta lo que se intenta probar?

Etapas de decisión y justificación. En esta fase el tribunal adopta una decisión en orden a que si lo que se presentó como una conjetura, ahora debe considerarse o no como un hecho probado. A su vez, el tribunal provee razones mediante un texto que sirve para legitimar su elección. Las preguntas a tener en cuenta en esta fase son: ¿la conjetura ha sido probada o refutada con la prueba rendida?, ¿cómo se derivan los hechos probados de la prueba rendida?, etcétera⁵⁶.

Los significados de segundo nivel de la palabra prueba como soporte serían, entonces:

3.1.1. Personas u objetos que proveen –o respecto de los cuales se asume un compromiso de que proveerán– narraciones o impresiones (experiencias sensoriales) que fortalecen o debilitan una conjetura acerca de una conducta jurídicamente relevante (sentido secundario 1)

Para aludir a la palabra prueba usada en este sentido se usa habitualmente la locución “medios de prueba”. Así, por ejemplo, se habla de que: “La parte demandante presentó como prueba tres testigos y un lote de documentos”; o bien “el cuchillo con el que se provocó la herida es una prueba que deberá ser considerada”. Por cierto, hay diferencias en la manera en que los testigos y peritos, por una parte, y los documentos u objetos, por la otra, proveen información, pero nada impide su inclusión en una sola categoría.

Los testigos proveen de relatos de los cuales se espera satisfagan expectativas de comunicación de determinadas experiencias de vida. Los relatos son construidos y, por lo tanto, se ven afectados por una serie de problemas que inciden en su valor probatorio. En

⁵⁶ COLOMA (2017b) y COLOMA (2017a) pp. 86-89.

el caso de los objetos, la sola observación de parte del tribunal debiera resultar apta para la producción de cierta información, habida cuenta del marco interpretativo de quienes lo conforman. Esto último, sin embargo, es discutible. La exhibición de un cuchillo ensangrentado, por ejemplo, resulta inútil para demostrar algo relevante si no se le asocia a un relato que, por ejemplo, lo sitúe en un lugar, informe acerca de su propiedad y/o se haga cargo de las huellas que sobre él persisten. Las diferencias en las formas que abogados y jueces deben extraer información explican los esfuerzos por distinguir entre la prueba testimonial y la prueba real; u otras categorías⁵⁷.

En la etapa preparatoria solo contamos con fuentes potenciales de información, es decir, expectativas en cuanto a que los testigos o peritos harán determinadas afirmaciones conducentes a fortalecer o a debilitar conjeturas. Como no se sabe exactamente lo que efectivamente declararán en la audiencia de prueba, cabría sostener que el testigo o el perito constituyen, a estas alturas, un soporte provisional del razonamiento probatorio. Aquello explica, por ejemplo, que un abogado sostenga en su alegato de apertura que "el acusado entró en la joyería J_1 en el momento M_1 , hecho que será probado por el testigo T_1 ". El aludido testigo asume, entonces, el papel de soporte del razonamiento que se ofrece.

Para entender mejor la categoría de prueba aquí aludida, es útil referir a la distinción entre prueba relevante e irrelevante⁵⁸. Desde cierta perspectiva hablar de prueba relevante es una redundancia y hablar de prueba irrelevante, una contradicción. La relevancia es entendida como una propiedad de las pruebas (en cuanto soportes de argumentos): alude a que fortalecen o debilitan una conjetura. Si algo no fortalece o debilita una conjetura es irrelevante o, lo que vendría siendo lo mismo, no es una prueba. Hablar de prueba irrelevante supone que *prima facie* se estuvo dispuesto a otorgar el estatus de prueba a algo, pero una vez que se le conoció en más detalle no se le considera útil para fortalecer o debilitar la conjetura que interesa. Así las cosas, no es una forma de hablar extravagante sostener que el testigo T_1 , el documento o el arma exhibida constituyen pruebas irrelevantes y, en consecuencia, no se les toma en cuenta para adoptar una decisión.

3.1.2. Registros que articulan datos sensoriales producidos en un espacio institucionalmente validado y que se usan para fortalecer o refutar conjeturas (sentido secundario 2)

Se trata de una prueba en la cual se integra la información suministrada y el contexto en el cual esta se rinde (sentido 4). Tras haber ya realizado su declaración, los sujetos (testigos o peritos) pierden interés en cuanto prueba. El foco se redirige hacia lo que se ha registrado como declaración del testigo o perito, sin que quepa desentenderse del contexto en que tal experiencia comunicativa ocurrió. Así las cosas, son de esperar afirmaciones como la siguiente: "El ingreso del acusado a la joyería J_1 en el momento M_1 se prueba por la declaración del testigo T_1 , quien al ser preguntado acerca de ¿cómo lo reconoció?, señaló

⁵⁷ La ambigüedad del término hizo que Wigmore prefiriese hablar de preferencia autóptica. Ver ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015) pp. 131, 449. Un análisis detallado de las distintas posibilidades de pruebas en este sentido v) puede verse en el capítulo III de TARUFFO (2008) pp. 59-108.

⁵⁸ Sobre el concepto de relevancia ver especialmente WILSON; SPERBER (2002), pp. 583 y ss. Sobre las superposiciones y diferenciaciones entre pertinencia y relevancia en la doctrina y jurisprudencia chilenas ver DURÁN (2016).

que estaba a una distancia de 5 metros de la puerta y que le llamó la atención...”. El soporte probatorio es, entonces, una experiencia controlada de producción de información en que importa tanto el discurso que se comunica, como las circunstancias en que se produce.

Tanto el mensaje como el contexto comunicativo se consideran para configurar este sentido vi) de prueba. Al no desentenderse de las condiciones de producción –y, por cierto, de la responsabilidad de su emisor– la prueba admite anclarse con la cotidianidad, es decir, con las experiencias⁵⁹ que cada uno de nosotros entiende como reales⁶⁰. El mensaje –al menos por el momento– no alcanza plena autonomía y necesita fuertemente del contexto de producción. De lo que se dispone es de un discurso que vale en la medida que han participado distintos sujetos (jueces, abogados, testigos, peritos y otras personas presentes en la sala de audiencia).

3.1.3. Propositiones⁶¹ situadas en la base de un argumento que pretende fortalecer o debilitar una conjetura sobre una conducta jurídicamente relevante en un proceso judicial y que se caracterizan por no ser problematizables y por la articulación de uno o más datos sensoriales (sentido secundario 3)

El significado de prueba aquí referido supone una tarea de descontextualización respecto de las condiciones en que la información fue suministrada⁶². De lo que se trata es que el mensaje cumpla el rol de soporte, independientemente de cuál haya sido la forma concreta de producción.

Para entender mejor este sentido de prueba es útil considerar el concepto de hecho público y notorio. Como se sabe, los sistemas jurídicos suelen liberar a las partes de tener que demostrar algunos eventos que la población está de acuerdo en que se produjeron. Así, por ejemplo, si se persigue la responsabilidad de una empresa constructora por el derrumbe de un edificio, no es necesario rendir prueba respecto a que en determinada fecha hubo un terremoto. La sentencia, entonces, no requiere de declaraciones de testigos o peritos, documentos u otras pruebas para reconocer como un hecho el terremoto del 27 de febrero de 2010 en el centro-sur de Chile. Por su parte, el hecho-terremoto puede constituir uno de los soportes que configuran el nuevo hecho “el edificio se derrumbó con un sismo grado 8 en la escala Richter, pese a que según las exigencias municipales debía resistir uno de grado 10”.

Una situación equiparable a la precedente ocurre cuando un hecho –en principio, problematizable por las partes– no genera desacuerdos entre ellas y, por tanto, puede usar-

⁵⁹ SKOLIMOWSKY (2016) p. 411.

⁶⁰ BERGER y LUCKMANN (2006) p. 45.

⁶¹ Para hablar de una proposición no problematizable se requiere de alguna forma de aceptación de que aquello que se comunica representa la realidad. Otra opción habría sido la de hablar de hecho intermedio. Así, en la voz “prueba” incorporada en glosario incluido al final del libro *Análisis de la prueba* de Anderson, Schum y Twining se habla de “cualquier hecho que el tribunal considera como información que puede persuadirlo para alcanzar una creencia razonada sobre un *probandum*. El término se usa, algunas veces, para referirse a los datos probatorios o preferencias autópticas y, otras veces, para referirse a otros hechos que se asumen como comprobados en un argumento”. ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015) p. 449.

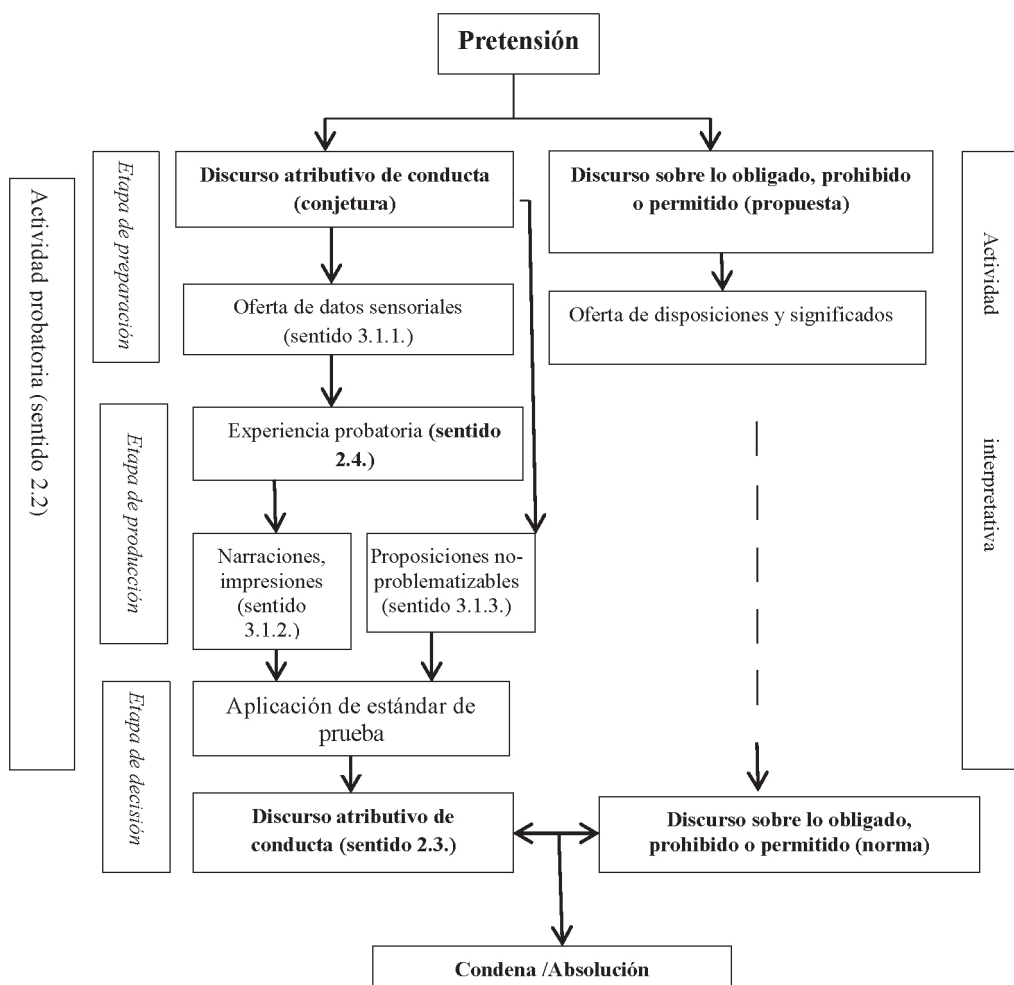
⁶² Latour y Woolgar, a propósito de la formación de los hechos científicos dan cuenta de este fenómeno. En sus palabras: “[...] un rasgo importante de la construcción de un hecho es el proceso mediante el que desaparecen los factores “sociales”, una vez se establece el hecho”. LATOUR y WOOLGAR (1995) p. 31.

se como base para la realización de inferencias, sin hacerse cargo de validar su estatus de hecho. Así, si las partes están de acuerdo en la existencia de un contrato de trabajo, el foco podrá dirigirse de inmediato a la legitimidad del despido u otro asunto sobre el que se discute. En ese caso, la existencia del contrato puede funcionar como soporte del hecho de que “Bob fue despedido sin causa justificada por Ebenezer”.

Una tercera posibilidad es que en una sentencia o alegato se construya un argumento por etapas. En la primera etapa, por ejemplo, se usan exámenes médicos y la declaración de un testigo que indica que Mimí estuvo tosiendo persistentemente durante tres semanas, que bajó de peso, que tenía fiebre que no bajaba de los 38°, que estaba muy débil y tenía escalofríos y que sudaba copiosamente en las noches. Esta etapa concluye con el hecho de que Mimí padecía de tuberculosis. La segunda etapa puede partir del hecho de la tuberculosis y llegar hasta el hecho de que a Mimí le habría resultado muy difícil asistir a una función de teatro sin que se escuchase su tos, como asimismo, habría sido casi imposible que hubiera logrado escapar de un conjunto de guardaespaldas bien entrenados. La última etapa a partir del hecho de que para Mimí era muy difícil asistir a una función teatral y escapar de unos guardaespaldas se podría pasar al hecho de que ella no atacó al embajador.

A pesar de que la experiencia de la que se da cuenta según el sentido vi), no pierde toda su relevancia —se puede volver a ella en caso de que el razonamiento sea desafiado— hay un progresivo alejamiento del contexto en que se rindió. Aquello es comprensible, pues se pretende que asuma la fuerza en el discurso probatorio que es propia de “lo dado”. Así, por ejemplo, se habla de que “el elevado nivel de deformación de la carrocería es prueba de que la velocidad de circulación del automóvil era superior al máximo permitido”, o que “el ingreso del acusado a la joyería J_1 en el momento M_1 se encuentra probado dado que allí fue reconocido por quienes circulaban en ese lugar y, además, porque las huellas digitales recogidas son coincidentes con las suyas...”. Claramente el papel que juegan los datos: “el elevado nivel de deformación de la carrocería”, “el acusado fue reconocido por personas que circulaban en el lugar” o “las huellas digitales recogidas son coincidentes con las del acusado” pretende validez sin necesidad de recurrir a la experiencia vivida en el juicio.

Un cuadro que representa lo hasta aquí tratado sería el siguiente (en la columna izquierda se abordan cuestiones probatorias y en la derecha se anuncian algunos asuntos interpretativos):



3.2. DOS CONCEPCIONES RIVALES DE LA PRUEBA-ACTIVIDAD

La prueba como actividad puede ser explicada ya sea como una actividad tendiente a demostrar una conjetura desde las pruebas-soporte (sentido secundario 4); o bien como un desafío entre partes rivales acerca del mejor uso de las pruebas-soporte con miras a confirmar o a refutar una conjetura (sentido secundario 5). Las diferencias entre ambas opciones no son nítidas⁶³. En el primero de los casos la actividad que se lleva a cabo se compromete –en sus versiones más puras– con el desentrañamiento de lo ocurrido. Así, lo que importa es penetrar –de alguna manera– en aquello que podríamos entender como la realidad. Se asume, entonces, un compromiso fuerte con el pasado. En el segundo de los casos, lo que interesa es promover un enfrentamiento entre relatos rivales y seleccionar al que mejor satisfaga las expectativas de conexión entre la conjetura y las pruebas-soporte⁶⁴. Esta concep-

⁶³ FOUCAULT (2010) pp. 35 y ss.

⁶⁴ Las dos posibilidades se ilustran en el siguiente fragmento: “Aunque los procesos judiciales son presuntamente diseñados para la determinación imparcial de los asuntos de hecho, nuestra perspectiva sugiere que los adjudicadores, como la mayoría de la audiencia, juzga la plausibilidad de la historia de acuerdo a ciertas rela-

ción asume que el desafío no debe (o no puede) resolverse mediante una comparación entre lo que se dice y un episodio de la vida, sino a través del análisis de los relatos⁶⁵ o argumentos según criterios de corrección aceptados en una comunidad interpretativa.

Al hablar de la prueba como desentrañamiento de lo ocurrido se privilegian mecanismos que no parecen depender en demasía de las habilidades (retóricas) de los abogados representantes de los intereses de partes, sino de las posibilidades ofrecidas por el mundo en que habitamos en orden a generar conocimiento genuino. Se requiere, entonces, algún grado de optimismo (no tiene por qué ser desbordante) acerca de lo que el razonamiento pone a nuestro alcance. A contrario, en el caso de la concepción de la prueba como desafío se puede mantener perfectamente una postura escéptica, sin perjuicio de lo cual se requiere disponer de alguna forma de ordenación de los argumentos en conflicto, en términos de que uno de ellos sea considerado como superior a los restantes en competencia.

En cuanto a esto último, el fragmento que se reproduce a continuación da algunas luces de lo que se encuentra implicado en la concepción de la prueba-actividad como una forma de desafío: "La lógica en la antigüedad india se desarrolló a partir de la práctica de la discusión, organizada en torno a debates que dirimían cuestiones y que estaban presididos por una asamblea de jueces que dictaminaba el vencedor. Los patrones formales de la inferencia, la reducción al absurdo, los compendios de falacias o pseudo razones, la clasificación de los argumentos circulares y otras estrategias lógicas fueron desarrollándose como consecuencia de la necesidad de decidir un ganador⁶⁶".

3.3. DOS CONCEPCIONES RIVALES DE LA PRUEBA-RESULTADO

Con la locución prueba-resultado se alude, ya sea al estatus de definitividad atribuible a los discursos sobre los hechos una vez que se encuentra agotado el espacio de discusión en el contexto de los procesos judiciales (sentido secundario 6), o bien a una garantía epistémica de la cual serían portadores algunos enunciados que atribuyen conductas a ciertos sujetos (sentido secundario 7)⁶⁷.

Veamos brevemente lo que se encuentra implicado en cada punto de vista. Para quienes se encuentran principalmente comprometidos con el significado de los hechos probados desde la propiedad de la definitividad, habrá que prestar especial atención a las condiciones que deben ser satisfechas por la decisión del tribunal; esto para efectos de que lo que antes solo era una conjetura cuente con las credenciales suficientes para asumir la

ciones estructurales entre los símbolos elegidos, no de acuerdo a la percepción directa de los eventos reales en cuestión". BENNETT y FELDMANN (1984) p. 65.

⁶⁵ Respecto del rol de los relatos dicen Bennett y Feldmann: "En el proceso de tomar incidentes de un contexto social y colocarlo en otro, el actor selecciona datos, especifica la armazón histórica, redefine factores situacionales, y sugiere observaciones desaparecidas. Es decir, él o ella pueden representar un episodio en una versión que confirma su perspectiva tanto durante como después del incidente". BENNETT y FELDMANN (1984) p. 65. Ver también COLOMA (2011) pp. 75-97.

⁶⁶ ARNAU (2008) p. 25.

⁶⁷ Ver ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991) pp. 310-313.

función de “lo dado”. Así las cosas, las reglas aplicadas a los efectos de dar por probada una conjetura son eminentemente constitutivas⁶⁸.

Para quienes sostienen que lo probado depende de “la realidad”, las cuestiones procedimentales no son determinantes del éxito o fracaso de la decisión de dar un enunciado por probado. Lo que importa, a fin de cuentas, es que los jueces apliquen consecuencias jurídicas sobre quienes efectivamente han cometido las conductas que le son atribuidas⁶⁹. Esta concepción –qué duda cabe– parece muy sensata, en la medida que se cuente con garantías de que es posible determinar la conducta que efectivamente fue realizada. En caso contrario, no pasará de constituir una declaración de intenciones dotada, por cierto, de indudables efectos simbólicos sobre los destinatarios de las normas jurídicas.

La distinción entre ambas concepciones no supone una relación entre ellas que sea necesariamente disyuntiva, sino que admite algún nivel de complementariedad. Así, por ejemplo, al hablar de hechos probados o no probados podemos estar llamando la atención acerca de la clausura del debate y del carácter constitutivo de la decisión que así lo estipula. El aporte de la concepción rival pasaría por establecer exigencias sobre el órgano judicial en orden a maximizar las posibilidades de la prueba-soporte y de la prueba-actividad⁷⁰.

3.4. DOS CONCEPCIONES RIVALES DE LA PRUEBA-EXPERIENCIA

Entre los abogados la prueba-experiencia corresponde a algo ocurrido en un contexto artificial de producción de datos que podrán/deberán ser usados en la decisión de los hechos probados. Se trata de una situación especialmente protegida en que las partes rivales juegan un papel protagónico con miras a que aquello que cada una defiende como soporte de un argumento (o como razonamiento) llegue a validarse. Así las cosas, las excepciones serán más bien escasas, en cuanto a que lo que no se produce en ese escenario sea considerado como prueba-soporte. Son excepciones, por ejemplo, la prueba anticipada; la prueba negociada (convenciones probatorias); y los hechos públicos y notorios. La prueba anticipada redundaría en la posibilidad de rendir pruebas en situaciones en que la espera del momento institucionalmente reconocido ponga en riesgo disponer de ella. La prueba negociada hace posible que las partes pacten lo que será considerado como probado. Por último, los hechos públicos y notorios hacen posible que los consensos sociales acerca del pasado sean usados sin necesidad de llevar a cabo un ejercicio reconstructivo.

En términos generales, podría afirmarse que lo que se busca con la prueba como experiencia es poner a disposición de los jueces –y de la comunidad, en general– una situación controlada que valide los insumos probatorios presentados por las partes. Así, cuando se les pregunta a los jueces: –“¿Por qué han considerado las palabras del testigo T como prueba en el sentido i)?”; ellos podrían contestar: –“Porque nosotros las escuchamos de su boca”. La percepción libera, entonces, de demostrar que aquello que se presenta como

⁶⁸ La fórmula (‘X cuenta como Y’, o ‘X cuenta como Y en el contexto C’) da adecuada cuenta de lo que aquí se señala. SEARLE (2001) p. 44.

⁶⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991) p. 313.

⁷⁰ Ver CELANO (1995) pp. 141-153.

prueba-soporte requiere, a su vez, ser probado⁷¹. Más aún, se le podría preguntar a los jueces –“¿Y qué garantía tienen de que el testigo T no les haya estado mintiendo?”; ellos se podrían defender señalando –“El testigo fue juramentado y luego fue contrainterrogado por la contraria. No encontramos nada que nos hiciera dudar de su veracidad”⁷².

Cuando se habla de prueba como experiencia podríamos, entonces, estar refiriendo ya sea a: resultados de una experiencia de producción de insumos probatorios (sentido secundario 8); o bien a condiciones requeridas para la producción de insumos probatorios (sentido secundario 9).

CONCLUSIONES

He ofrecido un panorama medianamente exhaustivo de los significados de la palabra “prueba” en el contexto de los procesos judiciales. He distinguido dos niveles de problemas. El primer nivel da cuenta de las ambigüedades de la palabra “prueba”, en cuanto término con significados diferentes. Los participantes aventajados en un diálogo debiesen ser capaces de distinguirlos y llegar a consensos acerca de lo que en cada caso se está tratando de comunicar (independiente de sus preferencias ideológicas, prejuicios, etcétera). Este problema podría diluirse reemplazando la palabra “prueba” por palabras diferentes (en inglés, por ejemplo, la ambigüedad es menor al disponerse de las palabras “*evidence*” y “*proof*”). El segundo nivel de problemas se da principalmente a nivel de concepciones de “prueba”. Los desacuerdos aquí perduran dependiendo de las finalidades que se atribuyen a la prueba. Los argumentos esgrimidos en este nivel no tienen que ver tanto con lo que se está diciendo cuando se usa la palabra “prueba”, sino con las credenciales de un argumento, un objeto o una situación para ser reconocido como prueba.

En el primero nivel es posible identificar cuatro conceptos diferentes a que da lugar la palabra “prueba”. El problema semántico no da lugar a grandes equívocos entre los abogados al momento de identificar cuál de ellos es el que debe ser tenido en cuenta en cada caso. Dicho en otras palabras, no habría problemas a nivel de denotación. La falta de distinciones precisas, sin embargo, podría estar haciéndonos pagar un precio relativamente elevado en lo que concierne a la profundización en nuestros saberes. Al no preocuparnos de trazar de manera suficientemente limpia las fronteras entre las distintas posibilidades que ofrece la palabra “prueba”, nos hemos descuidado de precisar qué podemos esperar de las distintas piezas que conforman el razonamiento probatorio. Hay, entonces, problemas de designación.

El segundo nivel es un poco más difícil de reducir a un esquema unitario. Este nivel da cuenta de que cada uno de los significados de prueba detectados en el primer nivel,

⁷¹ La experiencia sensorial compartida nos traslada a un escenario distinto al que es propio de la prueba. No tiene mucho sentido para nuestras formas de hablar sostener, por ejemplo, “el hecho de que el testigo T haya dicho que Mimí estaba enferma se prueba a partir de que nosotros hemos escuchado al testigo T decir que Mimí estaba enferma”. A pesar de ello, las fronteras con lo que aquí se ha entendido como prueba en sentido i) son, de todas formas, algo borrosas. WITTGENSTEIN (2000) p. 9c.

⁷² Una visión esclarecedora de lo que implica la artificialidad en la producción de los hechos en contextos no-jurídicos puede verse en LATOUR (2008).

pueden ser, a su vez, entendidos de maneras diferentes. En uno de los casos, el concepto de prueba-soporte, puede a su vez ser desglosado en tres sub-conceptos. En los otros tres casos, los problemas obedecen a que entran en pugna diferentes concepciones. Cada una de estas concepciones suele dar espacio a un esfuerzo de teorización importante de parte de los juristas y a tomar posición en cuestiones difíciles de carácter epistémico. Tener claridad acerca del panorama general de los significados de la palabra “prueba” debiese contribuir a una adecuada focalización de lo que se dice cuando se trata de desentrañar lo que está en juego y lo que vale la pena hacer al asumir diferentes desafíos probatorios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991): “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (edits.), *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William (2015): *Análisis de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- ARNAU, Juan (2008): *Arte de probar. Ironía y lógica en la India antigua* (México D. F., Fondo de Cultura Económica).
- BAYÓN, Juan Carlos (2008): “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, 2008: pp. 15-34.
- BENNETT, W. Lance; FELDMANN, Martha S. (1984): *Reconstructing reality in the courtroom. Justice and Judgment in American Culture* (New Brunswick, Rutgers University Press).
- BENTHAM, Jeremy (1843): *An introductory view of the rationale of evidence; For the use of non-lawyers as well as lawyers* (VI Works). Disponible en <https://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-6>.
- BERGER, Peter L. y LUCKMAN, Thomas (2006): *La construcción social de la realidad* (Buenos Aires, Madrid, Amorrortu, 26ª reimpresión).
- CELANO, Bruno (1995): “Judicial decision and truth. Some remarks”, en GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley (edits.), *Cognition and interpretation of law* (Torino, G. Giappichelli).
- COHEN, L. J. (1989): “Belief and acceptance”, *Mind*, vol. XCVIII.
- COLOMA, Rodrigo (2010): “¿A quiénes deben hablar los jueces cuando en sus sentencias dan por probados los hechos controversiales?”, en TAVOLARI, Raúl (coord.), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Tomo II (Santiago, Editorial Puntotex, Editorial Jurídica de Chile).
- COLOMA, Rodrigo (2011): “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”, en BRUNET, Pierre; ARENA, Federico (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- COLOMA, Rodrigo. (2016): “El Derecho Probatorio y su Torre de Babel. Sobre citas en revistas indexadas”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 29, N° 2: pp. 35-58.
- COLOMA, Rodrigo (2017a): “Bases de un modelo conceptual para decidir hechos”, *Doxa*, N° 40.
- COLOMA, Rodrigo (2017b): “Conceptos y razonamientos probatorios”, *Revista Derecho (Valdivia)*, vol. 30, N°2: pp. 35-53.

- DURÁN, Pablo (2016): “El concepto de pertinencia en el Derecho Probatorio en Chile”. Disponible en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egd948c/doc/egd948c.pdf>
- FOUCAULT, Michel (2010): *La verdad y sus formas jurídicas* (Barcelona, Gedisa).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2018): “Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba”, en BENFELD, Johann y LARROUCAU, Jorge (eds.), *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 15-32.
- GRICE, Paul (1989): “Logic and conversation”, en GRICE, Paul, *Studies in the way of words* (Cambridge-London, Harvard University Press).
- HACKING, Ian (1975): *The emergence of probability* (Cambridge, Cambridge University Press).
- HUME, David (2012): *Investigación sobre el conocimiento humano* (Madrid, Alianza, séptima reimpresión).
- KAHNEMAN, Daniel (2012): *Pensar rápido, pensar despacio* (Buenos Aires, Debate, primera edición).
- LATOURET, Bruno (2008): *Reensamblar lo social* (Buenos Aires, Manantial).
- LATOURET, Bruno (2017): “Los amantes de las ciencias”, en LATOURET, Bruno (edit.), *Lecciones de sociología de las ciencias* (Barcelona, Arpa).
- LATOURET, Bruno y WOOLGAR, Steve (1995): *La vida en el laboratorio. La construcción de los hechos científicos* (Madrid, Alianza, 2ª edición).
- MENESES, Claudio (2008): “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *Ius et Praxis*, año 14, N° 2: pp. 43-86.
- MOLINER, María (2016): *Diccionario del uso del español* (Barcelona, Gredos, 4ª ed.).
- MOSTERÍN, Jesús; TORRETTI, Roberto (2010): *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia* (Madrid, Alianza, segunda edición).
- PENNINGTON, Nancy y REID, Hastie (1998): “The story model for juror decision making”, en REID, Hastie (edit.), *Inside the juror. The psychology of juror decision making* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 192-221.
- PEPPER, Stephen (1942): *World Hypotheses* (Berkeley, University of California Press).
- RAWLS, John (2006): *Teoría de la Justicia* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, sexta reimpresión).
- SEARLE, John (2001): *Actos de habla* (Madrid: Cátedra, quinta edición).
- SKOLIMOWSKY, Henryk (2016): *La mente participativa* (Girona, Atalanta).
- STEIN, Friedrich (1973): *El conocimiento privado del juez* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos* (Madrid, Trotta).
- TARUFFO, Michele (2007): “Narrativas judiciales”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20, N° 1: pp. 231-270.
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- TWINING, William (1994) “The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship” en TWINING, William (edit.), *Rethinking Evidence* (Evanston, Northwestern University Press) pp. 32-91.
- VARGA, Csaba (1995): *Theory of the judicial process. The establishment of facts* (Budapest, Akadémiai Kiadó).

- VARGAS LLOSA, Mario (2003): *La verdad de las mentiras* (Barcelona, Santillana).
- WIGMORE, John (1931): *The principles of judicial proof or The process of proof as given by logic, psychology, and general experience and illustrated in judicial trials* (Boston, Little, Brown, and Company, 2ª edición).
- WILSON, Deirdre y SPERBER, Dan (2002): “Truthfulness and relevance”, *Mind*, Vol. 111, julio: pp. 583-632.
- WINCH, Peter (2011): *Ciencia social y filosofía* (Buenos Aires, Amorrortu, segunda edición en castellano).
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2000): *Sobre la certeza* (Barcelona, Gedisa, 2ª reimpresión).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1974): “Legal syllogism and rationality of judicial decision”, *Rechtstheorie*, N° 4: p. 33-46.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (2008): “La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación”, en WRÓBLEWSKI, Jerzy (edit.), *Sentido y hecho en el derecho* (México D.F., Fontamara, 2ª reimpresión).
- ZELIZER, Barbie (1997): “Los periodistas norteamericanos y la muerte de Harvey Lee Oswald: narrativas de auto-legitimación”, en MUMBY, Dennis (comp.), *Narrativas y control social* (Buenos Aires, Amorrortu).

