



**Evidencia, inferencia y prueba**

Jhohesiash Ben Emmanuel Goldstein Summers

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutor, José Luis González Jaramillo

Universidad de Antioquia  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Especialización en Derecho Procesal  
Medellín, Antioquia, Colombia  
2024

<b>Cita</b>	(Goldstein Summers, J, 2024)
<b>Referencia</b>	Goldstein Summers, J. (2024). <i>Evidencia, inferencia y prueba</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
<b>Estilo APA 7 (2020)</b>	



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XVII.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

**Repositorio Institucional:** <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - [www.udea.edu.co](http://www.udea.edu.co)

**Rector:** John Jairo Arboleda Céspedes.

**Decano:** Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

**Coordinador de Posgrados:** Juan Pablo Acosta Navas.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

## Resumen

Con este escrito lo que se pretende es dar un esquema general y a la vez una metodología de aproximación al conocimiento en materia jurídica, nacido de disciplinas no jurídicas, como la inteligencia artificial, incluso la biología o las matemáticas, que expliquen una forma del cómo se llega al conocimiento, en general, y a conocimiento en el proceso como una forma particular de conocimiento, al hablar de conceptos como prueba, indicio o presunción a partir de los elementos de evidencia e inferencia. En él se verá como estos conceptos permiten (re) construir los conceptos fundamentales de la epistemología jurídica, y dan un esquema mental para el operador jurídico, y de paso nos permite pasar por la tradición cultural occidental, en el abordaje de los conceptos fundamentales del pensamiento, aplicados al derecho.

*Palabras clave:* evidencia, inferencia, prueba, inducción, deducción, abducción, sustitución, definición, teleología, ontología, epistemología, epistemología jurídica, conocimiento, fuentes del conocimiento, dialéctica, retórica,

## Abstract

This writing is to provide a mental scheme and at the same time a methodology for approaching knowledge in legal matters, born from non-legal disciplines, such as artificial intelligence, even biology or mathematics, that explain how knowledge is achieved in the epistemology and to knowledge in the process as a particular form of knowledge, when talking about concepts such as proof, sign or presumption based on the elements of evidence and inference. In it we will see how these concepts allow us to (re)construct the fundamental concepts of legal epistemology, and provide a mental scheme for the legal operator, and in the process allow us to go through the Western cultural tradition, in addressing the fundamental concepts of legal epistemology. thought, applied to law.

*Keywords:* evidence, inference, proof, induction, deduction, abduction, substitution, definition, teleology, ontology, epistemology, legal epistemology, knowledge, sources of knowledge, dialectic, rhetoric

## Sumario

Introducción. 1. Concepto de la prueba. 1.1 Conceptos tradicionales de prueba. 1.1.1 Teorías teleológicas de la definición prueba. 1.1.2 Teorías ontológicas de la prueba. 1.1.3 Teorías holísticas. 1.2 Elementos para una definición prueba. 2. Definición: *evidence and inference*. 3. El elemento evidenciarlo de la prueba. 4. El elemento inferencial de la prueba. 5. Aplicación a la legislación colombiana. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

## Introducción

Si se reconstruye analíticamente la actividad judicial, de una forma simplificada, podemos decir que ésta se limita, *ab initio*, a un razonamiento (Gascón, 2012, p. 11), este razonamiento involucra la concatenación de una cuestión de índole ontológica con una deontológica. La cuestión deontológica, es una cuestión jurídica (*Questio Iuris*), entre tanto que, la ontológica es una cuestión de hechos (*Questio Facti*), ambas concatenadas para la toma de una decisión, por ejemplo la sentencia.

Dos problemas surgen al momento de abordar este tipo de esquemas: el primero, relativo a la concatenación de las premisas; y, el segundo, a la consecución de las mismas. Problemas que se traducen en los siguientes interrogantes: ¿cómo construir las premisas ya fácticas o jurídicas? Y, por otro lado, ¿cómo concatenar las premisas ya ontológicas y fácticas descubiertas?

Si descendemos más, observamos cómo se desglosan a su vez cuatro interrogantes básicos: ¿cómo se construyen las premisas fácticas u ontológicas?, ¿cómo se construyen las premisas deontológicas o jurídicas?, y el problema de las combinaciones, ¿cómo se concatena la premisa fáctica u ontológica? y ¿cómo se concatenan las premisas jurídicas o deontológicas?

Centrados pues en la primera de estas preguntas -el verdadero problema del proceso (Taruffo, 2002, p. 12; Gascón, 2010, p. 36) - surge así el modelo teórico traído de la epistemología general, bajo el esquema del “*contexto de descubrimiento*” y el “*contexto de justificación*”

(Herschel, 1851, p. 144; Reichenbach, 1957, p. 6) que ha sido introducido al derecho especialmente en el ámbito de la teoría de la decisión (Gascón, 2010, p. 47; Taruffo, 2002, p. 443) para explicar, por un lado, la “*decisión racional*” y, por otro, el cómo se forman y entrelazan las premisas fácticas que serán la base del razonamiento judicial.

La decisión así concebida se da en dos etapas, una primera, en la que se descubren las premisas (contexto de descubrimiento), y otra, en la que estas premisas se concatenan y justifican (contexto de justificación). Toda decisión, que se considere racional y en general toda fundamentación deontológica desde la razón (Reichenbach, 1967, p. 74) debe ser cimentada jurídica y fácticamente, y esta fundamentación se da a través de premisas fácticas y de premisas jurídicas. La fundamentación fáctica y especialmente el contexto de descubrimiento de la premisa fáctica, (pruebas, evidencias y hechos) es el objeto del presente ensayo.

Se destaca que, la respuesta a la pregunta de cómo construir las premisas ontológicas, debe partir de una definición de prueba que trate de explicar el fenómeno probatorio, definición que en sí misma es una teoría de la prueba y, una teoría epistemológica propiamente dicha, ya que los problemas de la prueba en general son problemas epistemológicos. Se sostiene, entonces, que la teoría de la inferencia basada en evidencia (*the evidence and inference theory*) es más precisa que las definiciones tradicionales de la prueba.

Esta teoría nacida básicamente en la inteligencia artificial y en la medicina, nos trae una definición de prueba que más describe la riqueza de su contenido y de paso explica toda la epistemología jurídica y aun general. Se expone, pues, una definición de prueba con el objetivo de descubrir y controlar cómo se descubren las premisas fácticas en toda decisión que involucre la existencia de hechos como fundamento y, en general, todo esquema de decisión en el que haya hechos como fundamentación para la toma de una decisión.

## **1. Conceptos de la prueba**

### **1.1 Conceptos tradicionales de prueba**

En primera medida, se resalta cómo en la definición de derecho y, en general, en las definiciones, el concepto o término y el objeto designado con la palabra “prueba” se hace sumamente complejo, pues, sumados los problemas propios de la definición en cuanto a tal, se dan

los de la definición de prueba. Definir no es, en este sentido dar fin a la discusión, sino iniciar con esta de una forma más clara. La complejidad de la que hablamos se da, no porque no haya definiciones (tanto de definición como de prueba), sino porque hay demasiadas, empero, no hay “*definiciones estables y rigurosas de los conceptos que se refieren a la problemática de la prueba*” (Taruffo, 2002, p. 439).

Así pues, la falta de precisión en conceptualización rigurosa en la definición de prueba es la antesala de los diversos tratados de pruebas en los archiconocidos capítulos liminares de las obras dedicadas a la materia. El peligro del lenguaje vago estriba en que da origen a ideas falsas (Reichenbach, 1967, p. 21). Es sorprendente y, por demás, de una relevancia autoevidente, que los tratados sobre la prueba no tengan una conceptualización de lo que se debe entender por prueba de forma rigurosa, pensada y debidamente analizada, qué es lo que consideramos que debe hacerse con conceptos fundamentales como el de prueba, cayendo en una petición de principio al examinar este concepto.

Por su parte, el primer y fundamental concepto de la prueba, esto es, su definición, no es rigurosamente abordado, ni se ha dado una definición estable de la misma; empero, por ejemplo en nuestra tradición, todas las obras al iniciar con el “*concepto de prueba*”, al final de las enésimas definiciones dadas los autores prefieren, con un ánimo enciclopédico generan mayor confusión al lector, quien después de la lectura de las más autorizadas citas termina sin tener una idea clara y simple de lo que es la prueba.

Frente a este problema de la prueba y, conscientes de la previsión que se hace desde un ámbito general de la filosofía, de la imprecisión terminológica se llega a la conceptual (Locke, 1959, p. 23). Lo primero que debe hacerse al abordar la prueba es pensar en ¿qué es la prueba? o si se quiere, en el problema de la ontología de la prueba<sup>1</sup>. Lo cual, lleva a iniciar con un análisis – el necesario para la naturaleza de este escrito – sobre la determinación y el concepto de prueba, que nos sirve de modo esquemático para la profundización del concepto de prueba, es decir nos da un esquema básico de lo que es la prueba.

En este orden de ideas, a la indeterminación conceptual previamente referida se une a la indeterminación terminológica. Se observa que, para el mismo fenómeno, se habla de “*confirmación procesal*” (Alvarado, 2010, p. 151) “*probática*” (Muñoz, 1998, p. 30) o de “*ciencia*

---

<sup>1</sup> El problema de la ontología de la prueba está íntimamente ligado al interrogante de cómo obtener o por lo menos decir que una premisa fáctica está fundamentada racionalmente.

*reconstructiva*” (Dellepieane, 2003, p. 10), entre otros, situación que da paso a la anarquía en el entendimiento, en la que se encuentra hoy el fenómeno probatorio. Obsérvese, por ejemplo, que una obra de esencial consulta como la “Teoría General de la Prueba Judicial” en Devis – un clásico en nuestra literatura y doctrina probatoria- contiene en su capítulo II (Devis, 2002, pp 19-40) unas ciento siete (107) definiciones de prueba, sin incluir la “ecléctica” definición “personal” del autor.

De la misma forma, desde la primera obra probatoria colombiana dedicada a la prueba judicial, (Martínez, 1968, p. 216) del año 1876, hasta, por ejemplo de Rojas, (2015, p. 57) o véanse otros autores también recientes (Nisimblat, 2013, p. 213); (Ruiz, 2019, p. 33) o en Delgado, (2022, p. 28), el recurso a la definición de prueba ha consideramos, ha carecido de rigor que creemos debe tener la misma, con las implicaciones que para la comprensión del fenómeno probatorio esto implica. Carencia que no es únicamente en el ámbito nacional, sino en el ámbito de la doctrina italiana (Taruffo, 2002, p. 439), y se extiende en mayor medida a la doctrina europea continental y sus vertientes, y en menor medida en la anglosajona (Schum, 1994, p. 11).

Observando así esta situación y tratando de clasificar las definiciones de prueba, hemos observado que las múltiples definiciones de prueba pueden clasificarse en tres clases: teorías teleológicas, teorías ontológicas y teorías holísticas, teniendo en cuenta que hablamos de acuerdo a los contenidos que trata de usar el concepto.

### ***1.1.1 Teorías teleológicas de la definición de la prueba***

Las teorías teleológicas se caracterizan por definir la prueba, no por lo que es, sino por el para qué es, es decir por su finalidad. Tratando de definir la prueba bajo un esquema más o menos parecido a: “prueba es lo que nos sirve para”. Varias formas conceptuales hay en estas teorías. Dentro de las formas teóricas que se observan al definir la prueba, se destacan las denominadas: **teorías teleológicas epistémicas**, las cuales encierran todas las teorías que definen la prueba como: lo que sirva para llegar al conocimiento, independientemente de qué conocimiento se hable, o de lo que se quiera conocer, e incluso independientemente de lo que se entienda por “lo que nos sirve”.

En virtud de lo anterior, se llaman epistemológicas en forma general, porque ven la prueba como lo que da conocimiento, sabiduría, saber, etc., y más aún como un medio de conocimiento científico. Es decir, estos conceptos obedecen a la teoría del conocimiento, entendida como epistemología, la prueba sería un medio para ese fin de conocimiento. Pertenecen a esta teoría

autores como Carnelutti (1959) cuando afirma que prueba “*es el conocimiento mismo suministrado por el objeto*” (p. 257). De la misma forma, Florián (1962) al decir que la prueba es “*conjunto de motivos que nos suministran conocimiento*” (p. 2); entre otros.

Dentro de estas formas teóricas epistemológicas, se encuentran, a su vez, dos sub-formas teóricas, ambas apelando al objeto de la prueba, hechos como objeto dan lugar a las teorías epistemológicas fácticas, y de las afirmaciones como objeto, que dan paso a las teorías epistemológicas lingüísticas. Así pues, en las primeras, se defiende que la prueba es lo que nos sirve para conocer los hechos, en esta se destacan autores como Devis (2002, p. 21), Lessona (1928, p. 7), Carnelutti (1951, p. 439), Betancur (1982, p. 12); mientras que por su parte, la segunda la prueba será lo que nos sirve para conocer las afirmaciones, entre los autores que la exponen se resaltan Devis (2002, p. 25), Carnelutti (2007, p. 43), entre otros.

Seguidamente, existen otro tipo de teorías conocidas como **teorías teleológicas retóricas**, mediante las cuales se define la prueba como lo que nos sirve para convencer. Es entonces en el marco de estas teorías que se puede ver la prueba como un instrumento de persuasión, de convencimiento, y con ello un fin retórico en el que, la gama de conceptos va desde la persuasión, el convencimiento, la inclinación, hasta el estado de creencia en que se tiene más argumentos para creer o para no. Se mencionan autores pertinentes en este punto, Devis (2002, p. 19), Silva (1963, p. 32), Amaral (1963, p. 16), Kish (1940, p. 197), Schonke (1950, p. 198), entre otros.

Aunado a lo expuesto, estas teorías teleológico-retóricas se pueden manifestar ya en la versión fáctica: lo que nos sirve para convencer acerca de los hechos, las cuales se denominan retóricas fácticas (Aragonese, 1958, p. 493), o convencer acerca de afirmaciones que se llaman por la doctrina retóricas lingüísticas (de estas teorías trata Guasp, 1962, p. 333).

Hay además un tercer grupo de teorías, que se conocen como teorías **teleológicas “existencialistas”**. Si se licencia la expresión, se les llama existencialistas a las teorías teleológicas que definen la prueba como lo que sirva para determinar la existencia o realidad de. Estas pueden distinguirse igual que las categorías descritas anteriormente, en su versión fáctica: lo que nos sirve para demostrar la existencia de los hechos (existencialistas fácticas) o de la existencia de afirmaciones (existencialistas lingüísticas). En este punto, véanse los autores Rocco (1957, p. 181), y Cañón, (2008, p. 4; 2013, p. 4).

Por otra parte, están las **teorías teleológicas verificacioncitas**, las cuales definen la prueba como lo que sirve para demostrar la verdad de. De estas hablan, por ejemplo: Malatesta (1988) al

decir que “*todos los medios por los cuales la verdad llega al espíritu*” (p. 94). Estas teorías, al igual que las anteriores y atendiendo al objeto de la prueba, pueden ser fácticas, según las cuales la prueba es lo que nos sirva para tener la verdad de los hechos. La exponen están Cardozo (1979, pp. 5-6), Carnelutti (1955, p. 44; 2007, p. 48), Lessona (1928, p. 7), Plianol (1964, p. 740), Laurent (según la cita de Lessona, 1928, p. 5), Rocco (1957, p. 181), entre otros; o la verdad de las afirmaciones, de estas se destacan los Carnelutti (2007, p. 43), y Santis (1957, p. 158), Alsina (1942, p. 171).

Por último, tenemos las que hemos llamado **teorías teleológicas certificacionistas**, la cual halla cabida en que otros autores, no viendo en la verdad el fin y con ello la definición de la prueba, nos dicen que la prueba es lo que nos sirve para obtener la certeza. Se destaca aquí Florián (1961), para el cual la prueba es un “[c]onjunto de motivos que producen certeza” ( p. 2). Estas teorías, también como las que se han venido describiendo, pueden versar sobre lo que nos sirve para obtener la certeza de los hechos (fácticas), o respecto de lo que nos sirve para la certeza de las afirmaciones (lingüísticas).

Por otro lado, el panorama se complejiza, cuando se observan las combinaciones de las teorías descritas de manera precedente. A modo de ejemplo, se ven en Álzate (1944, p. 12), formas retóricas verificacionistas fácticas, con base en las cuales la prueba es lo que nos sirve para convencer de la verdad de los hechos (también descritas por Devis, (2002, p. 23), o retóricas certificacionistas fácticas, en las cuales, la prueba es lo que nos sirva para convencer de la certeza de los hechos), como se ve, por ejemplo, en Betancur (1982, p. 19); o se pueden observar, para complicar más la situación, teorías certificacioncitas verificacioncitas lingüísticas al respecto, Carrara (1957) expresa que, “en general se llama prueba todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición.” (p. 381), sin especificar a qué se refieren esas proposiciones.

Así las cosas, es claro que las combinaciones pueden resultar muy complejas y, en realidad hacer una descripción exhaustiva no solo resulta demasiado larga, sino además “*aburrida e inútil*” (Taruffo, 2002, p. 440). Lo que se pretende aquí no es mostrar las posibilidades (más de 46 posibilidades existentes en los autores), sino evidenciar la profunda variedad – y con ella vaguedad y ambigüedad – de definiciones y con ellos, de concepciones, por ocuparse de este, propiamente, lo que es prueba.

En línea con lo esbozado, la primera y más importante crítica a estas definiciones – a todas las teleológicas – es la que sostiene que en realidad no definen nada. Nótese que se inicia con la promesa sobre la definición de qué es la prueba y nos termina diciendo para qué es.

Se considera entonces que este es un yerro metodológico muy común en el derecho y en otras ciencias, el que consiste en que se inicie mostrando qué es una institución y se termine diciendo para qué es, a este salto ilógico se le denomina *falacia teleologicista*, según se inicia hablando de juicio ontológico y se termina en un juicio teleológico, con lo que se está soslayando, cuando no ocultando, el problema planteado.

En materia de las pruebas se nos inicia diciendo qué es la prueba y se nos termina – de buena o de mala fe – diciendo para qué sirven. El tema del para qué, es un tema independiente del qué es la prueba misma. La teleología ha de deslindarse de la ontología, y por ello para la definición de lo que es prueba no se ha de atender al para qué es la misma.

Por otra parte, estas teorías, aunque inician en un plano ontológico, es decir, con la promesa de lo que es la prueba, su teleologicismo las lleva necesariamente a tener el objeto determinado de la prueba, al tener como fin los hechos, las afirmaciones o las afirmaciones o negaciones fácticas etc., lo que no es objeto de una ontología de la prueba y es ajeno a una definición de lo que esta es por ser problemas de finalidad. En suma, todas las teorías teleológicas caen en una petición de principio, pues inician prometiendo una cosa (qué es la prueba) y terminan hablando de otra cosa (su utilidad).

### ***1.1.2 Teorías ontológicas de la prueba***

En relación con lo expuesto, y tratando de sobreponerse a las críticas previamente formuladas se encuentran una serie de teorías que, dejando de lado el problema de la teleología, definen la prueba en un plano estrictamente ontológico. Parten estas versiones de lo que es la prueba y la prueba jurídica en sí misma, independiente de sus fines, las cuales se pueden resumir en **teorías fácticas, teorías mediáticas** (del medio), **teorías del objeto, instrumento, resultado**, entre otras.

Por su parte, **las teorías fácticas** definen la prueba ya como un acto (sosteniendo que la prueba es un acto y en derecho, sería un acto jurídico), de las cuales habla por ejemplo Devis (2002, p. 19) y Guasp (1962) para el cual “*el acto o serie de actos procesales*” (p. 333); o bien se habla de la prueba como un hecho (que en materia jurídica sería hecho jurídico), en este sentido se

refieren los autores Bentham (1971, p.21) y, una larga tradición continuada por Dumont (1847, p. 16), pasando por Malatesta (1988, p. 22), Carnelutti (1955, p. 201), entre otros.

Cabe entonces resaltar que se confunde en estas teorías el probar con la prueba. Es indudable que probar es un acto, pero la prueba no es un acto, es el resultado de un actuar, pero no se reduce a un acto y menos a acto jurídico procesal. Ver la prueba como acto es como confundir la actividad con el resultado de la misma, lo cual es inaceptable a menos que sea una sinécdoque.

Por otro lado, no se delimitan ese acto en forma exhaustiva y caracterizada qué clase de acto es la prueba, se nos habla de prueba sin remitirse a otro tipo de actos (por ejemplo, los actos jurídicos sustanciales o más aun los actos jurídicos procesales, de parte, del juez de terceros de auxiliares, etc.), y qué característica específica tiene el acto probatorio y con ello no hace diferencia de si es acto sustancial, procesal o más aun de ser cada uno de estos que características específicas tiene para distinguirse de los demás actos en general y jurídicos en particular, en una verdadera intromisión del derecho probatorio y de la prueba en materia sustancial y procesal sin una delimitación clara. .

Por su parte, otras versiones de definición de prueba establecen que **la prueba es un medio**, las que se denominan **teorías mediáticas**, según estas, la prueba es un medio para un fin. Sostienen estas versiones, Lessona (1928, p. 79), Rocco (1957, p. 181), Fenech (1960, p. 574), Rossemberg (1955, p. 200, Alsina (1963, p. 161) y Silva (1963, p. 32), entre otros; en general, todos los que dicen y dan entre las acepciones que tratan de definir lo que es prueba, la acepción de la prueba como medio y más aún como medio de prueba. Partiendo de una verdad autoevidente, la naturaleza mediática de la prueba en el proceso, se confunde en estas definiciones la prueba misma con el medio de prueba, por un lado y por otro, no pueden definir la prueba si no se remiten a elementos teleológicos, y no hay claridad teórica en si la prueba es un medio para el proceso –es decir, medio respecto a qué- o la naturaleza de la prueba como medio en sí mismo.

En efecto, una cosa es que la prueba sea un medio – y precisamente esta naturaleza instrumental es la que ha llevado a la falacia teleológica- y otra cosa que se confunda con un medio y más aun con un medio de prueba. La prueba es un medio en el proceso, se usa para los fines del proceso, independientemente cuál sea el fin que se crea tener la prueba y el fin del proceso, pero esto no define lo que es prueba a ciencia cierta, pues no se nos da más características de qué clase de medio es y qué se entiende por medio y, más aún, medio de qué o para qué.

Este yerro se extiende de manera general cuando se observa que, si bien la prueba es un medio – precisamente un medio de conocimiento- confundido con un medio de prueba, lo cual es completamente diferente. Son inaceptables estas teorías, por cuanto al decir que la prueba es un medio necesariamente, cuando no se remite en el teleologicismo, se queda a medias porque no se nos dice de que es medio. De la misma forma, las teorías que la definen **como objeto**, por ejemplo, a nivel nacional, Álzate (1944, p. 12) habla de objetos cosas, rastros, etc., o Carnelutti (1959, p. 257), entre ellos los que define prueba como vestigio, huella, marca, etc.

Esta vertiente teórica es inaceptable por no definir lo que es la prueba en realidad, sino que hacen una remisión a géneros superiores, sin diferenciar específicamente la prueba de esos géneros; y más aún al confundir la prueba con el indicio, con el objeto sobre el cual recae el razonamiento, cuando no se le reduce a evidencia. Así cuando no hay una ampliación de lo que es prueba – objeto sin más- se da una reducción al limitar la prueba a unos objetos en particular, - con relevancia jurídica o los datos a los sentidos- como la evidencia. Es la crítica que hace Perelman (1989, p. 34) de no reducir la verdad – y con ella la prueba a evidencia; por otra parte, estas teorías llevan necesariamente al teleologicismo al decir que es un “objeto para”, sin al fin decir qué es la prueba y, más aún, confundido la prueba en su ser con el objeto de esta.

### *1.1.3 Teorías holísticas*

Para, tratar de superar las anteriores limitaciones de la definición de prueba una larga tradición ha definido, con una intención globalizadora nacida en los estudios de derechos probatorios de Denti (1974, p.26) la prueba de forma tripartita. Al respecto, refiere expresamente Dellepiane (2003) lo siguiente:

Úsase en sentido de medio de prueba para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (...) en segundo lugar entiéndase la prueba como la acción de probar de hacer la prueba como cuando se dice que al actor le incumbe la prueba de los hechos afirmado: actor prueba acciones, por último por prueba se designa también del fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido ante el juez por los elementos de

juicio antes aludidos o sea la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los que recae su pronunciamiento. (p. 7)

Sumado a lo anterior, se destaca que esta tradición se halla ampliamente extendida no solo en la doctrina especializada no interna (Taruffo, 2002, p. 84; Rocco, 1957, p. 161); también en la nacional (Giacomette, 2014, pp. 73-74; Devis, 2002, p. 22, entre otros).

Desde esta óptica hay una visión fáctica, en la que se ve como el acto mismo de probar; una concepción psicológica, en el cual se tiene como el efecto psicológico que se predice en el que va dirigida; y como el medio, como los distintos medios que se usan para la producción de un resultado, como los testimonios, los indicios, los documentos, etc.

Sin embargo, esta definición da elementos para una comprensión del fenómeno probatorio desde una perspectiva tripartita, pero en nada contribuye a una definición de prueba aceptable; pues, inicialmente, confunde la prueba con el efecto psicológico del juez, es decir, la causa con el efecto. Confunde la prueba con el acto de probar cosa que hereda de las teorías del acto en la definición, ya una cosa es la prueba y otra probar; y, por último, confunde la prueba con el medio de la prueba, es decir, el medio con el resultado: al fin, observamos que estas teorías holísticas lo que hacen es heredar todos los problemas que a nivel individual tiene cada una de las teorías que la componen.

## **1.2 Elementos para una definición de prueba**

Se sostiene que todas estas definiciones en realidad no resumen, ni siquiera sumariamente lo que es la prueba, y por ende, las pruebas jurídicas o judiciales, y conducen a una mayor confusión, por cuanto carecen de rigor y son excesivamente numerosas, variables y cuando no, meramente alusivas y evasivas (Taruffo, 2002, p. 439).

En contraposición, una definición de prueba aceptable debe contener, no solo las características de la definición que a nivel general se conoce (Beuchot, 2008, pp. 45-46), es decir, debe ser breve (menor intención para mayor extensión), más clara que lo definido, no puede lo definido entrar en la definición, no puede ser por negación (como se observa muchas veces en los sistemas de regulación negativa de las pruebas) y debe ser convertible lo definido con la definición,

o ley de conversión. Esto, sumado al hecho de que debe tener unas características básicas para poder ser una definición satisfactoria de prueba que abra la puerta desde la definición al estudio del fenómeno probatorio.

En relación con lo anterior, se resalta que, como primera característica, la definición de prueba, debe conectar el plano lingüístico con el ontológico, es decir, debe darse la posibilidad de recorrer de lo lingüístico a lo “real” o tangible y viceversa. Es como un elemento de control de lo afirmado por lo vivido, por la realidad.

Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, la prueba debe ser la conexión entre lo lingüístico y lo mental (psicológico) en una concepción psicológica, si se quiere de la lógica (Tugendath, 1997, p. 15; Perelman, 1989, p. 34). Las aserciones (objeto de la prueba cuando son fácticas) no solo son controlables empíricamente, sino que han de ser controlables de manera lógica y aun psicológica. Así, la prueba debe posibilitar por definición debe conectar los elementos lógicos ontológicos y psicológicos. Desde esta perspectiva la prueba debe concretar lo ontológico lo lingüístico y lo psicológico desde su definición.

Por otra parte, la definición de la prueba debe unir lo ontológico y lo deontológico, (Wigmore, 1923, pp. 1-2) que, a nivel de la decisión jurídica son puntos esenciales de la decisión y en especial la decisión judicial, ya que es el elemento que nos permite sostener que lo afirmado (carga de afirmación) está probado (carga de prueba) y por ello el supuesto de hecho normativo (la fattispecie, o el Tatbestand, tipo) coincide y en qué grado lo hace, con lo afirmado (carga de subsunción), es decir, nos permite unir la prótasis con la apódosis, para la decisión judicial.

Y no solo para la decisión judicial sino en general para toda decisión (la definición de prueba debe ser transdisciplinaria) una definición de la prueba nos debe permitir descubrir hipótesis (contexto de descubrimiento), elegir entre las hipótesis descubiertas (contexto de elección) y justificar las hipótesis elegidas (contexto de justificación) al momento de decidir.

De la misma manera, debe conectar la teoría y la práctica. Quienes a diario nos encontramos con el fenómeno probatorio encontramos que en él hay un continente teórico y uno práctico, y la prueba conecta estos dos continentes de forma que lo que iniciando muy práctico salta a las discusiones teorías y lo que resulta decirse más práctico, en la prueba, resulta ser los más teóricamente complejo.

## 2. Definición: *evidence and inference*

Tratando de dar cumplimiento a estos requerimientos, nace una teoría de la prueba que, no produciendo “literatura sectorial” (Taruffo, 2002, p. 327) han tratado de servir de fundamento para conocimientos, que, por un lado, no pertenecen a la lógica demostrativa, sino a la experiencia empírica, y por otro, nacen para ser aplicados o llevados a la práctica inmediata, como es el conocimiento del derecho; es decir, conocimientos que se basan en pruebas para ser calificados de racionales y los que son base de decisiones que implican consecuencias jurídicas. Nace una teoría de la prueba que en sectores como el de la inteligencia artificial (AI) explica, a nuestro modo de ver, la prueba de una forma más satisfactoria que las tradicionales.

Estas teorías se enmarca bajo un esquema, que define la prueba como una premisa de inferencia basada en evidencia, o más sintéticamente bajo el esquema: “*the evidence and inference*” (P:EI). Prueba es una inferencia basada en una evidencia. (P= I+ E). Esta teoría nace con los estudios de la inteligencia artificial (AI) como un esquema básico de toma de decisiones, y puede ser asimilada epistemológicamente “*fundaherentismo*” en las teorías contemporáneas del conocimiento (Haack, 1997), las cuales se basan en el conocimiento general en evidencia, pero no la limitan a evidencia, sino que la enriquecen con la inferencia.

En el conocimiento se da una fundamentación en la evidencia (fundacionalismo), a partir de la cual se realizan inferencias (coherentismo) creando una fusión entre los elementos inferenciales y evidenciarlos de la prueba; o a teorías epistemológicas tan variadas y heterodoxas que han visto en la evidencia el objeto central de la epistemología general, pero acompañada de inferencias, por ejemplo, con Williamson (2000, pp. 187-188).

En el campo del derecho ha sido vista especialmente por autores como David Schum (1987, 1994) o Twining (2006) y Anderson (2005). La prueba así vista no es una evidencia, como lo ven las teorías mediáticas, arriba descritas, ni mucho menos un dato lógico a secas. La prueba vista es una premisa inferencial, y la inferencia no solo es lógica, controlable por la evidencia y viceversa, conteniendo los dos universos.

Desde este esquema básico se da a sí un doble control y un *feed back* en la prueba; el control que la evidencia da a la inferencia, y que la inferencia da a la evidencia. En este no toda evidencia es prueba, ni la inferencia es prueba, ambas deben darse para que haya prueba ya que por definición

la prueba implica ambas siempre evitando así el estatismo de la evidencia y el diletantismo de las inferencias sin control empírico.

En esta definición el concepto de prueba concreta no solo con lo real o más restrictivamente lo dado a los sentidos, sino con los psicológico y lo lógico de la inferencia conectando campos tan diversos como lo mental, lo lingüístico y lo somático; y elementos como la verdad y la realidad, así como lo empírico de la evidencia y lo teórico de la inferencia, lo normativo – o deontológico- de la inferencia con la evidencia, en un concepto claro y distinto.

En definitiva, la evidencia es lo que nos permite extender nuestro conocimiento, y este solo lo logramos a partir de las inferencias que de él derivemos (Reichenbach, 1967, p. 90), es decir, es una definición que recoge los elementos básicos para una definición de prueba, sin mezclar elementos teleológicos y sin caer en la denunciada falacia teleológica.

### **3. El elemento evidenciario de la prueba**

El primer y esencial elemento de la prueba será siempre la evidencia. No obstante, no se puede reducir la prueba a la evidencia, tal como lo hace la tradición racionalista fundamentada, por ejemplo, Pascal (1981, p. 461) y Descartes (1984, p. 62). La evidencia es el elemento que nos conecta con la realidad (o por lo menos con lo exterior). Lo evidente es lo que está dado, en primera instancia, a los sentidos de ahí que sea lo empírico y con ello lo físico con lo que nos conecta la evidencia. Para el mundo jurídico, serán las “cosas” con relevancia jurídica.

La evidencia nos conecta con los problemas fundamentales en la epistemología actual, que van desde la sensación, percepción (Goldstein, 2002, Stanley, 1999) que son esenciales, por ejemplo, para comprender el tema de los testigos y la psicología del testimonio (Manzanero, 2008; Mazzoni, 2010) o de la evidencia física (Anton y Turegano, 2012), hasta los problemas del conocimiento y más generales de la epistemología como lo son el fundamento la validez de las inferencias (no solo deductivas), o problemas como la fiabilidad de los “hechos sensoriales” (Gascón Abellán, 2010, p. 22) que nos remontan a los problemas del origen y esencia del conocimiento mismo (Hessen, 1981, pp. 34-35; Twining, 2006, p. 237).

A nivel jurídico el *elemento evidenciario* de la prueba nos precisa el tradicional y no menos vago “*medio de prueba*”, por el de evidencia<sup>2</sup>, heredando una claridad meridiana que se da en el “*derecho evidenciario*” anglo norteamericano (Giacomette Ferrer, 2014, p. 74), trastocando los cimientos mismos del derecho probatorio el cual pasa, primatemente a ser un derecho de procesamiento de evidencias, de su práctica y exclusión de evidencias y de su tratamiento con fines probatorios y con él a un sistema negativo de pruebas jurídicas (Taruffo, 2002, p. 367).

Pensar la evidencia nos cambia los modelos mentales basados en el métodos deductivos de pensamiento a métodos casuísticos de manejo de evidencia y la misma regulación probatoria empezando por las “*partes especiales*” de la regulación jurídica de la prueba, en el análisis de la investigación, la recolección, la preservación y el procesamiento de la evidencia y con ellos todo lo que está previo a la presentación ante el tribunal, y da paso al estudio del proceso de conversión de la evidencia en la prueba, dando acceso a un modelo probatorio separado del proceso y por ello un modelo probatorio que, *mutatis matandi*, sea aplicable a todo procedimiento, como un sistema probatorio de fijación de los hechos tal como lo plantea Twining (2006, p. 237); y así, cambia por completo la manera de pensar el derecho probatorio y en general el derecho (Twining, 2009).

En fin y desde un punto de vista práctico, nos capacita para entender que lo que se lleva al proceso no son pruebas, al inicio lo que el litigante tiene solo son evidencias – en el proceso cual sea su naturaleza – y lo apartado es solo esto, evidencias, a partir de las cuales se construye la prueba. Abre y posibilita que los abogados, los peritos, los investigadores tengan una función investigativa y amplia el debido proceso probatorio que se extienda a antes de la etapa judicial desde la investigación y con la posibilidad de la investigación con fines probatorios en todo proceso, y el proceso, reivindicando el papel epistémico de los sujetos y órganos de prueba.

#### 4. El elemento inferencial de la prueba

---

<sup>2</sup> El mimo profesor Twininw (2006, p. 193) nos muestra que el concepto de medio de prueba de la tradición europeo continental es lo que los anglosajones llaman *evidence*, “*evidence is a means of proof*” término que es usado ad hoc (Taruffo, 2002, p. 448) por los anglosajones para llamar los que nosotros llamamos medio de prueba. Por otro lado, las terminologías *evidence* no es sinónimo a evidencia en español. Al margen que sea un falso cognado o un falso amigo (Aramburu, 2016, p. 335), lo cierto es que la imprecisión de la palabra española y su sentido tradicional (evidencia es sinónimo de prueba) deriva de la tradición que asimila prueba a evidencia, que de entrada damos como inaceptable porque sería una reducción, que elimina el elemento inferencial de la prueba, esencial para su comprensión.

Pero la evidencia por sí misma no dice nada si no la unimos, a lo que intuitivamente se llama sacar conclusiones, y más técnicamente son inferencias. Las ideas y conceptos que se derivan de la evidencia son con mucho, más que conclusiones, inferencias. El segundo elemento de la definición de prueba que exponemos es el de la inferencia, pero no cualquier inferencia, sino la que siempre está unida a la evidencia. No se ha de confundir inferencia con deducción, inducción, la constitución de hipótesis o abducción y en general con la lógica misma (Pierce, 2012, 235). Inferir es, esencialmente y desde un punto de vista psicológico, unir dos cosas (términos, ideas o conceptos), lo que a nivel lógico sería una unión de proposiciones o epistemológico, como un proceso de “transición o cambio de estados de información, creencia o conocimiento” (Vega, 2011, p. 297-298). La inferencia así vista tiene un aspecto psicológico, lógico y epistemológico.

Una primera forma de unión será - admitiendo por lo menos un realismo crítico, a nivel probatorio (Gascón Abellán, 2012 pp. 23-24) a nivel de la epistemológica general: (Hessen, 1981, p. 73) - la real (ontología)-lingüístico (lógica)-mental (psicológica), base de la inferencia probatoria. Entre tanto que la primera unión, a nivel de la inferencia probatoria, será (sin descartar las otras que no solo son posibles sino necesarias) ontológica-lingüística.

Las primeras formas de unir proposiciones entre sí, con conceptos y con la realidad, son las formas lógicas nacidas con la deducción, la inducción y en términos de Pierce, con la abducción (2012, p. 236). Es bien conocida por la tradición occidental, desde Aristóteles (1988) y toda la tradición de la lógica realista (Tugendath, 1997, p. 13-14) hasta llegar a las lógicas psicologuitas: “*port royal*” (Arnauld, 1987) que los estudios de lógica formal, tradicional o deductiva han mostrado una profunda aplicabilidad para la concatenación de premisas en general y probatorio, razón suficiente para ser una de las primeras formas de inferencia: la lógica deductiva. De la evidencia, *prima facie* se deduce “X” o “Y” premisa.

Las normas de la deducción, tornan así parte del razonamiento probatorio, y unidas a la evidencia forman la prueba. La violación de las normas (las cuales ni si quiera sumariamente es el espacio para tratarlas) de la deducción, genera una inferencia inválida y con ello, si se ha superado positivamente la posibilidad de deducir de la evidencia una premisa (juicio de posibilidad), el no cumplimiento de las normas de la deducción invalida la misma (juicio de validez), por

consiguiente, la premisa que se logre será inválida y sobre la misma no se puede fundar una decisión.

Por su parte la inducción, tratada por la lógica tradicional (Aristóteles, 1982, p. 105<sup>a</sup> - 13) y renacida por el empirismo inglés (Bacon, 1984) y de la tradición racionalista francesa (Pascal: 1981) y actualmente observada en dos grandes vertientes (Cohen, 1977) ya sea de la inducción “*baconiana*” o de hipótesis y la inducción “*pascaliana*” o matemática (Anderson, Schum Twining, 2005, p. 247-261, Twining, 1980, p. 53-54 ) nos permiten una la “lógica inductiva”, nos hace posible inferir inductivamente de la evidencia determinada premisa (juicio de existencia) se podrá ver la forma como la premisa se induce cumpliendo con las reglas de la inducción y de cual inducción en particular se usa (juicio de validez), para poder considerar fundamentada la premisa y ser a su vez fundamento de la decisión, teniendo así una forma más de inferencia, que unida a la evidencia podemos decir que se tiene la prueba de lo que se afirma.

El razonamiento probatorio se ha querido reducir a este tipo inferencia, aduciéndose que el razonamiento probatorio es estrictamente probabilístico. (Anderson Schum, Twining, 2005, p. 246-247). Una visión como esta reduce significativamente los problemas, por lo menos muchos más de los que suponen la misma concepción probabilística de la inferencia, y limitan mucho las grandes posibilidades que da la concepción que presentamos. En efecto, sería esto una limitación de la inferencia a la inducción, o por lo menos de la prueba en su parte inferencial, a la inducción, por cuanto el razonamiento probatorio, aunque ampliativo, limita la imaginación a los casos los cuales nunca serán la totalidad.

Una tercera forma de razonamiento, como lo es el de la abducción, retroducción o construcción de hipótesis propuesto por Pierce, (2012, p. 233-246 ) que aplicadas a las pruebas nos dan resultados verdaderamente satisfactorios aunque parciales, que si bien no es posible ni si quiera, someramente tratar aquí, han sido resaltados en el contexto de descubrimiento como razonamientos que mejor que otros se adaptan la formulación de hipótesis (piénsese en las teorías del caso penal) dirigidas a “descubrir los hechos” (Taruffo 2002 : 444), o los razonamientos tipo Shylock Holmes, que nos son otra cosa que hipótesis.

La abducción así resulta una forma de inferencia que después de ser posible, partiendo de la evidencia, es fundamento de una decisión siempre y cuando sea válida, es decir dé una nueva

hipótesis o idea, constituyéndose en otra forma de inferir que es no solo posible, sino también útil, en la construcción de la premisa fáctica de la decisión. Y es que la hipótesis o idea resultante, como mejor explicación, tendrá la fuerza de ser confirmada por la evidencia, o confirmación empírica y de allí podremos decir que hay una prueba por cualquier modalidad de abducción (Thagard propone por ejemplo tres formas, 1986, 136). Cuando por este tipo de inferencia se introduce una idea nueva, “en términos epistemológicos, es un modo inferencial cuyo rol central es la generación de nuevas hipótesis explicativas, tanto en la ciencia como en la vida cotidiana” (Ramírez, 2010, p. 1). Esta idea al ser confirmada por la evidencia, es decir, una hipótesis confirmada y respaldada empíricamente, diremos que hay prueba y de allí que la abducción sea componente definitivo de la inferencia que define la prueba en uno de sus continentes y sea un elemento de constitución de la prueba.

Las formas tradicionales de inferencia arriba expuestas, no la limitan sino que son instrumentos útiles para la constitución de la prueba cuando son basadas en la evidencia, pero concebir la inferencia limitándolas a las mismas, como por ejemplo lo hace (Pierce, 2012, p. 236), es un error, por lo menos en cuanto a lo que a la inferencia probatoria se refiere, pues es limitar la inferencia a unos mínimos aspectos de sus posibilidades y de las posibilidades que da a la prueba y limitar las posibilidades mentales a solo posibilidades lógicas. Al lado de estas formas monoléticas, encontramos formas de inferencia también válidas en la constitución de la prueba y por ende del componente fáctico de la decisión, como lo son las dialécticas, las argumentativas o retóricas, las heurísticas y las erísticas, entre otras, que constituyen formas propias de inferencia que son al igual que las tradicionales, bases, no solo útiles, sino necesarias en el razonamiento probatorio a nivel de la construcción de la prueba en su segundo elemento de definición, la inferencia, tal como está concebida.

La dialéctica en sus formas tradicionales como una forma del principio de contradicción (Heráclito, 1981, p. 326; Aristóteles, 2012, p. 168; 1982, pp. 89,100-105) y los posteriores desarrollos de Hegel aplicadas al ser y especialmente a la ciencia (2011, p. 226) nos muestran una evolución que ha pasado de ser un acápite del principio de contradicción, una parte de la lógica al lado de la gramática y la retórica, a ser un elemento definitivo de la ciencia. Lo dialéctico es un momento esencial de la ciencia afirmativa y por ello lo dialéctico constituye el alma móvil del proceder científico hacia adelante y es el único principio que confiere conexión inmanente y necesidad al contenido de la ciencia, del mismo modo que en él reside en general la verdadera y no extrínseca elevación sobre lo finito. (Hegel, 2005, p. 85) lo que hace que no pueda haber ciencia y con ello conocimiento sin contradicción, sin dialéctica. Este concepto que se ve afianzado por el materialismo (Marx-Engels, 1974, p. 61) y han constituido un entramado de leyes y de condiciones validas que han sido, son y serán aplicados a la ciencia de las pruebas de forma no solo útil y necesaria sino como elementos esenciales por definición tal como la concebimos. La dialéctica con sus leyes y postulados (Gortari, 1959, p.p. 44,76; Maltsev, 1966, p.106.) se expresa por los conceptos de contradicción y negación los cuales son perfecta y necesariamente aplicables a las pruebas y máxime en las pruebas jurídicas con los principios de contradicción, y defensa de rango constitucional. El componente dialéctico de la inferencia probatoria abre la posibilidad de la contradicción, la maleabilidad y con ello la posibilidad que una evidencia sea o no prueba que fundamente una aserción, es así como la inferencia dialéctica se constituyen en una forma más de inferencia para la constitución de la prueba y como a partir de la evidencia, es posible dialécticamente constituir inferencias, (juicio de posibilidad) a partir del *rose* de la contradicción, y por otro lado de ser acordes con las leyes de dialécticas, ésta inferencia podrá constituir una verdadera premisa para componente factico de la decisión.

Con la dialéctica se hace a partir de la contradicción. La contradicción, principio fundamental de las pruebas, que en términos de la epistemología general no es otra cosa que la posibilidad de estar en el error o falsabilidad (Popper, 2005, p. 17) implica que haya posibilidad de confrontar y contradecir la prueba, la evidencia aportada y con ella la posibilidad de inferir lo contrario a lo que infiere la parte o contraparte. En esa contradicción esta la esencia misma de la inferencia dialéctica y con ella de la síntesis. Para que haya prueba debe haber contradicción no se concibe, por lo menos en la actualidad, prueba sin contradicción, sin defensa sin antítesis y la base de las contradicciones es la dialéctica que enriquece la inferencia probatoria de una forma que se hace parte de la misma por definición (Lefevre, 1970, p. 15). Contrariedad y contradicción que son ínsitos en el debate probatorio y son por definición parte de la prueba.

Otro tipo de inferencia en la retórica. El papel de la retórica, con los estudios de Perelman (1989); Toulmin (1958) a nivel general y de los de Alexi (1989); Atienza (2005); García Amado (1988) entre muchos otros en el ámbito deontológico, que pueden, *mutatis mutandi* aplicarse a los componentes facticos del proceso. Ésta larga tradición nacida, *estricto sensu*, en el *corpus* Aristotélico (Retórica, 1990; 1982) extendida por Cicerón (2002) y Quintiliano (2000) no solo es posible y útil, sino necesaria tanto en el contexto de justificación, como en el de descubrimiento de la prueba. Hay posibilidad de inferencia argumentativa, (piénsese en la *inventio* retorica) nacido del silogismo retórico que, sin pretender la característica de necesidad y de irreductibilidad del tradicional silogismo formal, nos muestra que también en los hechos, y no solo el derecho necesita ser argumentado y por ello la premisa fáctica de la decisión debe recibir también elementos argumentativos y si se quiere retóricos que la enriquezcan. La intención de convencer, de usar argumentos que lleven a la creencia de determinada tesis y por ello del discurso persuasivo, a partir de las evidencias nos permiten observar una forma de inferencia que, también basada en la

evidencia, parte del objetivo de convencer de determinada visión e interpretación, y allí entra la hermenéutica que, no solo se usan en los razonamientos probatorios, sino que son necesarios para la aplicación del derecho y para el ejercicio cotidiano del mismo, máxime cuando se consideran los auditorios. Ya sea en cuanto a los modelos clásicos, por ejemplo los presentados por Cicerón o por Quintiliano a nivel formal y material de la lógica, o modernos, como los de Toulmin, o a las consideraciones de orden metodológico, como en Perelman, a partir de las evidencias se pueden inferir premisas que obedecen a esquemas más retóricos que de las tradiciones lógicas formales, basados en la elaboración de argumentos, siempre a partir de la evidencia, que conduzcan o tenga como intención exclusiva las formas del discurso de índole retórico o la intención de convencer.

Estas hipótesis, útiles no solo en el contexto de justificación, sino cómo vemos, son necesarios para formar las premisas en el contexto de descubrimiento. Ellas nos dan instrumentos para no solo ordenar las ideas sino para obtener ideas y de allí obtener una premisa basada en una inferencia que nos permita introducir en el razonamiento probatorio elementos discursivos retóricos sin que ello suponga irracionalidad, a la cual normalmente se asocia la retórica injustificadamente, pero tampoco suponga una eliminación de todo elemento en la inferencia necesaria. Retórica, argumentación y hermenéutica no solo en el contexto de justificación y del plano deontológico del proceso, son elementos esenciales en el plano ontológico y en el contexto de descubrimiento, por cuanto en él hay inferencias que no se pueden explicar sino a partir de postulados retóricos, argumentativos. Elementos, que deben ser cuidadosamente usados, porque pueden conducir a desviar el fin del proceso, y por ello versiones irracionales de la prueba (Taruffo, 2002, p. 331) pero que tampoco se deben desconocer, máxime si consideramos que lo que es objeto de nuestro estudio son básicamente hechos y elementos (evidencias), a partir de los cuales se construyan argumentos de índole retórico, o que obedezcan a la intención de convencer o persuadir

y en especial cuando se considera el auditorio que hay que persuadir de la misma forma que la prueba no se puede reducir a evidencia (especialmente física) y el razonamiento probatorio no se reduce tampoco a lo estrictamente lógico-formal, pues limitar la inferencia a lo formalmente válido sin incluir en ella elementos de retórica “nos parece que es una limitación indebida y perfectamente injustificada del campo en el que interviene nuestra facultad de razonar y demostrar” (Perelman, 1989, p. 32). Lo que se pretende entonces es una “revalorización retórica del juicio de hecho, bajo criterios de aceptabilidad racional” (Catalano, 1996, p. 515).

Por último, hay un gran temor en el uso de los conocimientos privados del juez en el momento de la decisión y de allí que se eleve a principio la prohibición de aplicar el conocimiento privado del mismo (Devis, 2002, p. 22; Midon, 2007, p. 76). Es temor más que al uso de sus contenidos privados, es a los fundamentos de los mismos, lo cual no es otra cosa que los fundamentos de sus inferencias. Reclamamos honestidad con el tipo de inferencia usada, para recorrer el camino de vuelta desde la premisa de inferencia, pasando por la inferencia hasta la evidencia y observar que la inferencia hecha es válida, legítima o por lo menos ha sido obtenida de forma acorde con el modelo de inferencia que se nos dijo se usó para llegar a la conclusión o premisa que se analiza. Esto posibilita el uso de una multitud de formas de inferir adicionales, que no limitan nuestra posibilidad de razonar y de demostrar a unas simples formas de inferencia como lo serían las lógicas formales. Por ejemplo, la analogía, parte de las inferencias argumentativas (Marraud: 2000, p 7); la erística ya como parte de la dialéctica, (Schopenhauer, 2006, p. 14-18), o independiente de la dialéctica, y la misma heurística (Polya, 1945) como inferencias no típicas pero si usadas en el razonamiento diario incluso el judicial.

## **5. Aplicación a la legislación colombiana**

La plasticidad de la definición propuesta permite la aplicación pacífica a la legislación colombiana. Sin la posibilidad de análisis en toda la legislación procesal, es el proceso general (Ley 1564 de 2012) y en proceso penal acusatorio (Ley 906 de 2004) los modelos procesales residuales, para ver la aplicación básica de esta definición que posibilita la mejor comprensión del aspecto factico del proceso.

En materia penal, de acuerdo al principio de inmediación y concentración y contradicción de la prueba ya los estándares epistémicos para el llegar a sentencia de fondo favorable a la pretensión punitiva que se hace más claro la diferenciación entre lo evidenciarlo y lo probatorio, mostrándonos el proceso como la construcción de las inferencias la cuales se concentran en la etapa como lo es al de juicio oral. A lo largo del proceso penal se vienen haciendo inferencias basadas en evidencia, pero las “*grandes inferencias*” – autoría participación y responsabilidad penal- se reservan para el momento del juicio. Están claramente definidas las etapas evidenciarías y probatorias de reconstrucción fáctica en el proceso. Las pruebas (testimonio, pericia, documentos, inspección y referencia) son las puertas de entrada de la multiplicidad de evidencias producidas en el proceso y llevadas al juicio (evidencia física, evidencia digital, evidencias personal etc.) teniendo cada prueba una forma propias de valoración, ajenas a las fórmulas históricas altamente cuestionadas. Con el proceso penal, la mentalidad de diferenciación entre prueba y evidencias y el componente inferencial es relativamente diáfana, cosa no tan clara en materia del proceso general.

El Código General del Proceso (civil, comercial, familia, y agrario) trae, *ex novo*, la alusión la evidencia en el sentido arriba indicado (art. 176, Ley 1564 de 2012) es decir como presupuso de la inferencia y como tal la base de la prueba. No obstante, la piedra angular del derecho probatorio general (el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012) es altamente confuso, confusión que se ha

heredado históricamente ha legado derecho probatorio en el mejor de los casos de sinécdoques. En una amalgama de conceptos (pruebas, medios de prueba, que llamamos técnicamente evidencias, medios de conocimiento) una reinterpretación de este artículo, empero su nominación (medios de prueba) será la que tenga la “piedra de toque” de la epistemología jurídica en el que vemos los “medios de conocimiento”, entre los cuales están las pruebas, los indicios y las presunciones.

Las primeras: inferencias nacidas de evidencias; parte de una reinterpretación de los medios de prueba vistos en clave de evidencias y refiriéndose a ellos como evidencias (las declaraciones – de parte, de terceros, o del perito- las evidencias físicas o digitales, y las evidencias informes) que individuales o combinadas, permiten hacer inferencias (testimonio, pericia, informe, documento, informe, etc.) siendo las formas típicas probatorias reguladas, también las “puertas” – ya directas o por analogía- a través de las cuales ingresan al proceso (en el decreto de pruebas y en su práctica, ya que antes son solo evidencias) la información probatoria del proceso, la cual en el plano evidenciario no es taxativa. Las otras inferencias, las nacidas de hechos probados (indicio) y las que hace la ley (presunciones), al lado de las nacidas de la evidencia son los tres continentes de la epistemología jurídica.

Esta visión supera problemas como el testimonio de parte, de una declaración se puede inferir un testimonio una confesión; permite fortalecer las etapas previas al decreto y la práctica (derecho evidenciarlo, investigación en materia general) permite la valoración individual y conjunta de las inferencias nacidas de la prueba y de las inferencias nacidas de esas inferencias, de acuerdo a la naturaleza de la evidencia de la que nace la cadena de inferencia y no con fórmulas generales por lo general vacías, nos permite hacer revisiones inferenciales y su validez y

legitimidad; y más aún da la posibilidad que en la valoración y motivación se nos diga claramente qué inferencias se hacen y el hilo de estas inferencias para la decisión de fondo.

### **Conclusiones**

Como se puede observar la teoría de la prueba expuesta, desde la perspectiva del *Evidence And Inference*, tal como la anunciamos, comprende una serie de elementos que hacen de la prueba una disciplina en sí misma más amplia y con más recursos que las teorías tradiciones. Así mismo abandonada, por inútiles, por lo menos en el plano ontológico, las definiciones de pruebas tradicionales.

Esta concepción de la prueba modifica las concepciones generales de la decisión al ampliar las posibilidades argumentativas, retóricas, heurísticas, dialécticas etc. que define la prueba y por otra, la teoría misma de la decisión. Y no solo argumentativos sino hermenéuticos, dialécticos, heurísticos, erísticos etc., que abren la puerta a un estudio de los hechos de una forma más amplia y no por ello imprecisa, sino más acorde con lo que en realidad pasa.

Por otro lado, permite una aplicación en el procedimiento diferente y una reinterpretación de las reglas procesales de prueba y de evidencian en el proceso penal – ya consolidada – y por consolidar en el proceso general.

### **BIBLIOGRAFÍAS**

Alexi Robert (1989) Teoría de la argumentación jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales.

Alsina Hugo (1942) tratado de derecho procesal civil. Ediar.

Alvarado Velloso, Adolfo (2010) El Debido Proceso. San Marcos.

- Álzate Noreña. Luis. (1944) Pruebas Judiciales. Librería Siglo XX
- Antón Barbera, Francisco. & De Luis Turegano, Juan Vicente. (2012) Policía Científica. Volumen I 5ª edición. Tirant lo Blanch.
- Aragonese A. (1958) Técnica procesal. Aguijar.
- Aristóteles (1982) II Refutaciones Sofísticas. Traducción de miguel Candel San Martín.. Gredos.
- Aristóteles (1982) I Tópicos. Gredos.
- Aristóteles (1988) Primeros Analíticos. Gredos.
- Aristóteles (1990) Retórica. Gredos.
- Aristóteles (2012) Metafísica. Gredos.
- Arnauld, Antoine (1987) Arte De Pensar O Lógica Admirable. Alfaguara.
- Atienza Rodríguez, Manuel (2005) Las Razones Del Derecho: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bacon, Francis (1984) Novum Organum. Sarpe.
- Bentham, Jeremías. (1971) Tratado De Las Pruebas Judiciales. Ediciones jurídicas de Europa América.
- Betancur Jaramillo. Carlos. (1982) De La Prueba Judicial. 2ª Ed. Dike.
- Cañón Ramírez, Pedro Alejo. (2009) Práctica De La Prueba Judicial, Ecoe.
- Cañón Ramírez, Pedro Alejo. (2013) Teoría Y Práctica De La Prueba Judicial. Ecoe
- Cardozo Isaza, Jorge. (1979) Pruebas Judiciales. Temis
- Carnelutti Francesco (1955) La prueba civil. Arayu.
- Carnelutti Francesco. (1951) Teoria Generale Nel Diritto, como Foro Italiano.
- Carnelutti Francesco. (2007) El Concepto Jurídico De La Prueba, Función Y Estructura De La Prueba. Leyer.
- Carnelutti, Francesco (1959) Instituciones del proceso civil. Editorial Ejea.
- Carrara Francesco (1957) Programa De Derecho Criminal Tm. II. Temis.
- Catalano, Elena Maria (1996) Prova Indiziaria, Probabilistic Evidence E Modeli Matematici Di Valutazioni. En Revista de Diritto Prossuesuale, no 51 Tm. II.
- Chiovenda Giuseppe. (1954 ) Instituciones De Derecho Procesal Civil. Tomo III. Revista de derecho privado.

- Ciceron, Marco Tulio (2002) De La Invención Retórica. El Aleph.
- Cohen Jonathan (1977) The Probable And The Provable. Clarendon Press.
- Delgado Salazar Roberto (2022) Las Pruebas En El Proceso Penal. Ibáñez.
- Dellepiane, Antonio (2003) Nueva Teoría De La Prueba. Temis.
- Denti Vottorio (1974) Estudios de derecho probatorio, Ejea.
- Descartes, Rene (1984) Reglas Para La Dirección Del Espíritu. Alianza.
- Devis Echandia, Hernando. (2002) Teoría General De La Prueba Judicial. Temis.
- Dumont, Ettiene (1847) De Las Pruebas Judiciales Extractado De Los Escritos De Jeremías Bentham. Rodríguez de Rivera.
- Fenech Miguel (1960) Derecho Procesal Penal. Labor.
- Florian Eugenio (1961) Delle Prova Penali., Instituto Editoriale Cisaslpino.
- Florian Eugenio. (1967) Delle pova penali, Istituto Editoriale Ciaslpino, 1961,
- García Amado, Juan Antonio (1988) Teorías de la tópica jurídica. Civitas.
- Gascón Abellán, Marina (2010) Los Hechos En El Derecho. Marcial Pons.
- Gascón Abellán. Marina (2012) Cuestiones Probatorias. Externado de Colombia.
- Giacomette Ferrer, Ana.(2014) Teoría General De La Prueba. Dike.
- Goldstein, Bruce (2005) Sensación Y Percepción. Thomsom.
- Gortary Ely (1959) Introducción A La Lógica Dialéctica. Fondo de cultura económica.
- Guasp Delgado Jaime (1962) Derecho Procesal Civil. Instituto de estudios políticos.
- Haack Susan (1997) Evidencia E Investigación. Tecnos.
- Herschel John William (1851) A Preliminary Discourse Of The Stand Of Natural Philosophy. Spottiswoodeand.
- Hessen, J. (1981) Teoría Del Conocimiento: Espasa-Calpe
- Kisch J. (1940) Elementos De Derecho Procesal Civil. Revista de derecho privado.
- Lefrevre Henry 1970 lógica formal lógica dialéctica. Siglo XXI editores.
- Lessona Carlo (1928) Teoría general De La Prueba En El Derecho Civil. Reus.
- Locke John (1959) An Essay Concerning Human Understanding. New York Dover publications.
- Malatesta Framarino Dei. Nicola (1988) La Lógica De Las Pruebas En Materia Criminal. Temis.

- Manzanero, Antonio L. (2008) *Psicología Del Testimonio*. Ediciones Pirámide,
- Marraud Hubert (2007) *La Analogía Como Transferencia Argumentativa*. Art. de revista *Theoria* Numero 59 pp 167 - 188
- Martínez Silva, Carlos (1968) *Tratado De Pruebas Judiciales*. Ariel.
- Mazzoni Giuliana (2010) *¿Se Puede Creer A Un Testigo? El Testimonio Y Las Trampas De La Memoria*. Trotta.
- Midon Marcelo Sebastián (2007) *Derecho Probatorio Parte General*. Buenos aires. Ediciones jurídicas Cuyo.
- Moacyr Amaral Santos (1963) *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, Editorial max limonad.
- Muñoz Sabatè, Luis (1987) *Estudios de probática procesal*. Barcelona. Librería Bosch.
- Nisimblat Murillo, Nattan (2013) *Derecho probatorio*. Ediciones doctrina y ley Ltda.
- Pascal, Blaise (1981) *Del arte de persuadir*. Alfaguara.
- Pereleman Chaim, (1989) *La Nueva Retórica*. Gredos.
- Pierce Charles Sanders (2012) *Obra Filosófica Reunida Tomo I 1867-1893*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Planiol Ripert (1961) *Tratado Teórico Practico De Derecho Civil*. LA Habana, Editorial Cultural tomo VII.
- Polya George (1945) *How to Solve It*. Princeton University Press.
- Ramírez f. Alejandro (2010) *Abducción Y Prueba*. IV Jornadas "Pierce en Argentina" 26-27 de agosto del 2010.
- Reichenbach Hans (1967) *Filosofía de la Ciencia*. Fondo de cultura económica.
- Rocco H. 1957 *Trattato Di Diritto Prosessuale Civile*. T. II. Uteth.
- Rojas Gómez, Miguel Enrique (2015) *Lecciones De Derecho Procesal, Tomo III, Pruebas Civiles*. Bogotá. escuela da a actualización jurídica, ESAJU.
- Rosemberg Leo 1955 *Tratado De Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Ejea
- Santis Melendo (1957) *El proceso civil*. Ejea.
- Schonke (1950) *Derecho Procesal Civil*. Bosch.
- Schum, David A. (1987) *Evidence And Inference For The Intelligence Analyst*. Vol I. New York London. Lanham.

Schum, David A (1994) *the Evidential Foundation of Probabilistic Reasoning*. A Wiley-interscience publicación, John Wiley & son inc. New York.

Silva Malero (1963) *La prueba procesal*. Madrid. Tomo I Revista de derecho privado.

Stanley, Caren; Ward, Laurence M; Enns, James. T. (1999) *sensación y percepción*. México DF. Macgraw-hill.

Taruffo, Michelle (2002) *La Prueba De Los Hechos*. Trotta.

Terence, Anderson; Schum, David A; Twining, William (2005) *Analysis Of Evidence*. Cambridge university press.

Thagard Paul, Holand John I. Holyoak Keith J. Nisbett Richard (1986) *Induction: Processes of Inference, Learning, and Discovery* MIT Press, Bardford Book.

Toulmin E. (1958) *The Uses Of Argument*, Cambridge, Cambridge university press.

Tugendhat Ernst y Wolf Ursula (1997) *Propedéutica lógico-semántica* Anthropos,

Twining William (2009) *De Nuevo Los Hechos En Serio*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 pp. 317-340

Twining, William (2006) *Rethinking Evidence*. Cambridge University Press.

Vega Reñon, Luis (2011) *La inferencia*. En compendio de argumentación. Trotta.

Viehweg, Theodor (1986). *Tópica y jurisprudencia*. Taurus.

Williamson Timothy (2000) *Knowledge and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.