



**Los sesgos cognitivos y la lógica en el razonamiento probatorio de la prueba indiciaria
en el ordenamiento jurídico colombiano**

Ányela Irene Vargas Álvarez

Magíster en Derecho

Yeison Manco Lopez

Director de Investigación

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Posgrados UdeA

Medellín, Colombia

2023

Cita	(Vargas Álvarez, 2018)
Referencia	Vargas Álvarez, A. (2023). <i>Los sesgos cognitivos y la lógica en el razonamiento probatorio de la prueba indiciaria en el ordenamiento jurídico colombiano</i> [Tesis de maestría]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Maestría en Derecho, Cohorte XI 2020 - 2022.

Estado de derecho y justicias.

Centro Investigación Facultad Derecho y Políticas Universidad de Antioquia



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

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

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.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
2. ASPECTOS GENERALES DE LA EPISTEMOLOGÍA.....	5
2.1 Internismo	5
2.2 Externismo	11
2.3 Fiabilismo	14
2.4. Epistemología y Fiabilismo de las virtudes	17
3. LA PRUEBA INDICIARIA O PRUEBA POR RAZONAMIENTO.....	22
3.1. Tipología o clasificación de los indicios.....	27
3.2. Eficacia y existencia probatoria de la prueba indiciaria	30
3.2.1. <i>El hecho indicador debe estar probado en el proceso.</i>	30
3.2.2. <i>La conducencia.</i>	31
3.2.3. <i>Que los indicios sean graves, concurrentes y convergentes.</i>	31
3.2.4. <i>Descartar contraindicios.</i>	33
3.2.5. <i>Infirmación</i>	33
4. LÓGICA FORMAL O INFORMAL EN EL RAZONAMIENTO INDICIARIO.....	35
4.1 Lógica Formal.....	35
4.2 Lógica informal.....	37
4.3 Máximas de la Experiencia.....	41
5. RAZONAMIENTO PROBATORIO	47

5.1	Tipos de razonamiento.....	49
5.1.1	<i>Razonamiento Deductivo</i>	49
5.1.2	<i>Razonamiento Inductivo</i>	52
5.1.3	<i>Razonamiento Abducción</i>	54
6.	SESGOS COGNITIVOS Y FALACIAS ARGUMENTATIVAS.....	61
6.1.	Sesgos cognitivos.....	61
6.1.1.	<i>Sesgo de confirmación</i>	62
6.1.2.	<i>Sesgo de retrospección</i>	64
6.1.3.	<i>Sesgo de representatividad</i>	65
6.1.4.	<i>Sesgo de disponibilidad</i>	66
6.1.5.	<i>Sesgo de anclaje</i>	66
6.2.	Falacias argumentativas.....	67
6.2.1.	<i>Clasificación de las falacias</i>	67
7.	HERRAMIENTAS PROCESALES DE PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN.....	80
7.1.	Reglas de prevención.....	80
7.2.	Medios de impugnación como mecanismos de corrección.....	86
7.2.1.	<i>Recurso de reposición</i>	87
7.2.2.	<i>Recurso de apelación</i>	88
7.2.3.	<i>Casación</i>	90
7.2.4.	<i>Tutela contra sentencia</i>	99

8. JURISPRUDENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	101
8.1. Sala de Casación Civil	101
8.1.1. <i>La prueba indiciaria - prueba indirecta</i>	102
8.1.2. <i>Indicios y contraindicios</i>	104
8.1.3. <i>Prueba indiciaria y carga dinámica en la responsabilidad médica.</i>	105
8.2. Sala de Casación Penal	111
8.2.1. <i>Falso juicio de raciocinio frente al enfoque de género</i>	112
8.2.2. <i>Petición de principio</i>	115
8.2.3. <i>Fuerza probatoria de la prueba indiciaria</i>	116
9. METODOLOGÍA	119
9.1 Enfoque de investigación.....	119
9.2 Tipo de Investigación.....	120
9.3 Método de investigación	121
9.4 Técnica de recolección.....	121
9.5 Instrumentos de recolección	121
9.6 Técnica de análisis	121
9.7 Consideraciones y estrategias éticas.	123
10. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES.....	124
11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES	131

RESUMEN

El presente trabajo de investigación parte de la pregunta problematizadora ¿cuáles son los tipos de inferencia en el proceso de razonamiento que se ejecutan, a fin de establecer los hechos en la prueba indiciaria y los mecanismos de control legal de esta prueba en el ordenamiento jurídico colombiano, en particular, ante la presencia de un sesgo cognitivo? Se abordó con una metodología de enfoque cualitativo desde un análisis conceptual, partiendo de postulados filosóficos y epistemológicos dirigidos al problema de la justificación de la creencia, enfocado en el razonamiento indiciario en relación con su grado de probabilidad y teniendo en cuenta dos dimensiones básicas para este estudio: la normativa y axiológica.

Se abordaron, tanto el internismo como el externismo dada la naturaleza del razonamiento indiciario el cual es de carácter abductivo. Esto llevó al estudio de la lógica informal por la naturaleza argumentativa y de probabilidad en el proceso inferencial; determinando finalmente, algunas reglas preventivas y correctivas que dispone el ordenamiento jurídico para limitar el razonamiento arbitrario del juez, cuando se incurre en sesgos cognitivos y falacias argumentativas en la motivación de la sentencia.

Palabras clave: falacia, indicio, justificación, razonamiento y sesgos cognitivos.

ABSTRACT

This research work is based on the problematizing question: what are the types of inference in the reasoning process that are executed in order to establish the facts in the legal inferences and the mechanisms of legal control of this evidence in the Colombian legal system, in particular, in the presence of a cognitive bias? It was approached with a qualitative approach methodology from a conceptual analysis, starting from philosophical, epistemological postulates directed to the problem of the justification of belief, focused on indicator reasoning in relation to its degree of probability and taking into account two basic dimensions for this study: normative and axiological.

Both internalism and externalism were addressed, due to the nature of circumstantial reasoning, which is abductive in nature. This led to the study of informal logic due to the argumentative nature and probability in the inferential process, finally determining some preventive and corrective rules that the legal system provides to limit the arbitrary reasoning of the judge when cognitive biases are incurred and argumentative fallacies in the motivation of the sentence.

Keywords: fallacy, clue, justification, reasoning and cognitive biases

INTRODUCCIÓN

La discusión en la legislación colombiana vigente respecto de la calidad de la prueba indiciaria (desde su incorporación en los códigos procesales y su extensión jurisprudencial en materia penal en la actualidad¹) y también, su eficacia dentro del proceso, ha sido extensamente ilustrada desde el punto de vista normativo bajo la influencia de autores como Devis (1987, p. 605), Muñoz (1997, p. 199:201), Parra (1997, p. 22), Gianturco (1974, p. 9) al considerar la prueba judicial como argumento o razonamiento y prueba completa, reflejo ostensible en la construcción probatoria del articulado posterior al Código Judicial Colombiano de 1931 (artículos 594, 656 y 662) como por ejemplo el decreto 1400 de 1970 (artículos 187, 248 al 250), ley 600 de 2000 (Artículos 233, 284 al 287), ley 1564 de 2012 (artículos 164, 240 al 242) y de la jurisprudencia en la Corte Suprema de Justicia, en particular, en materia penal, al demarcar la prueba indiciaria como necesaria en el juicio punitivo, pese a que no se encuentre expresamente consagrada por la Ley 906 de 2004.

En este sentido esta investigación se centró en el razonamiento probatorio y sus desviaciones (particularmente por los sesgos), proceso inferencial que comprende el hecho indicador y el hecho indicado desde una dimensión subjetiva, es decir, desde el proceso interno realizado por el operador judicial entre el hecho – base demostrado y la regla de experiencia, lógica o científica (Muñoz, 1997, p. 200:210 y 244), que valora e infiere el hecho desconocido o conclusión, convirtiéndose en una unidad e integralidad cada elemento que configura la prueba (Devis, 1987, p. 601:603), la cual se exterioriza en la motivación del fallo mediante las reglas de la sana crítica (art. 176 CGP) [Dimensión objetiva].

La doctrina y la jurisprudencia han encontrado que es necesario apreciar la construcción teórica en torno a la prueba judicial como argumento o razonamiento, ubicando necesariamente al indicio o prueba indiciaria dentro del ámbito del razonamiento probatorio (Ruíz, 2019, p. 244 y 478) por cuanto se configura como un proceso intelectual del juez que finalmente, se itera, se exterioriza en la sentencia y es controlable sólo gracias a ello.

¹ Por ejemplo, la sentencia SP282-2017, de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia.

Respecto del segundo aspecto, los sesgos, es necesario decir que es gracias a la obra de los psicólogos Kahneman y Tversky que desde los años 70^a ha aumentado el interés en este enfoque, introduciendo la concepción del sistema de los heurísticos y de los sesgos (inicialmente centrado en la economía). En este sentido, explican los autores, el individuo para la resolución de sus problemas se guía por principios generales que ayudan a simplificar la realidad (heurísticos como la representatividad, la accesibilidad, anclaje y ajuste, necesidad de explicación, de confirmación), esto es, la constitución de atajos para la facilidad de toma de decisiones; sin embargo, estos heurísticos pueden conducir a yerros y equívocos, configurando en el sujeto un sesgo en tanto excluyen circunstancias probables que son cercenadas en el procedimiento inferencial del individuo.

Para dimensionar el relevante espectro de aplicación, de las ideas que se están exponiendo, y además apreciar la relevancia de los yerros de dicho proceso inferencial, resulta de interés el tratamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal a través del control y el cargo específico de falso juicio de raciocino² consistente en la pretermisión de las reglas de la sana crítica, las máximas de experiencia, las reglas de la lógica o científicas sobre el asunto objeto de litigio, para terminar, evidentemente, con una grave afectación a la conclusión (SP 2136, 2020).

Considerada la prueba indiciaria como un razonamiento especial de duplicidad que emerge exclusivamente a través de la motivación de la sentencia, se sigue la aclaración de los cuestionamientos o problemas que se abordaron en esta investigación, esto es, cuáles son las modalidades o tipos de inferencia en el razonamiento indiciario y cómo se controlan en

² Conociendo el recurso extraordinario de casación, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (SP 4638 de 2020), sobre el punible de homicidio simple y agravado en calidad de coautoras (material y determinante, respectivamente), la Corte encontró probados seis de once cargos fundados todos en falsos juicios, por vicios o errores de hecho. Sin embargo, al analizar el falso juicio de raciocinio, encuentra la corporación como se afectó la prueba indiciaria a través del uso errado de las reglas de la sana crítica, y a su vez, ésta afectación tuvo la calidad y gravedad para influir en la valoración integral y por tanto en la decisión; entre ellos, el recurrir a la regla de la experiencia según la cual es incapaz de testificar el menor de edad, desconociendo los postulados científicos de la psicología experimental que, “indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos” (SP 3989, 2017). Grave yerro por parte de las dos instancias que al no valorar dicho testimonio condenaron a las encartadas. “Siendo al juez a quien le corresponde –con base en el principio de libertad probatoria– valorar su contenido y establecer sus alcances en conjunto con los demás medios probatorios obrantes en el expediente” (SP 4638, 2020).

el ordenamiento jurídico colombiano, enfocando la problemática puntualmente en las desviaciones contenidas en los sesgos cognitivos.

De otra parte, desde la jurisprudencia como desde la doctrina, no se ha logrado un consenso sobre el tipo de inferencia que se realiza en esta operación; indistintamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (En sentencias SC 5191, SP 2136, SC 2582 de 2020, SC-7274 de 2015, etc.), al hablar de los controles de la prueba indiciaria en el recurso extraordinario de casación, denomina deducción, inducción, o inducción – deducción al proceso inferencial, sin determinar las implicaciones y problemas epistémicos (Raga, 2017, p. 29) que cada uno de ellos conlleva, y que se requiere particularizar para justipreciar esta prueba, máxime si se tiene en cuenta que es disímil el tratamiento de cada una de ellas, por ejemplo: ya sea por la lógica formal, por la lógica informal o por los enfoques que tratan de resolver los problemas de la justificación de las creencias desde el externismo y el internismo; la consecuencia es que se tenga que preguntar cómo se controla la prueba indiciaria en un sistema de libre apreciación de pruebas.

En atención a lo expuesto, se propusieron como objetivos los siguientes:

Objetivo General

Analizar los tipos de inferencia en el proceso de razonamiento probatorio de la prueba indiciaria y los límites configurados por los sesgos cognitivos, así como sus medios de control legal en el ordenamiento jurídico colombiano.

Objetivos específicos

1. Establecer el tipo modal inferencial realizado en la prueba indiciaria.
2. Determinar los problemas derivados de los sesgos cognitivos en la prueba indiciaria.
3. Determinar las reglas preventivas y correctivas de control legal de la prueba indiciaria en el sistema de libre valoración probatoria, en particular, la técnica de casación de la sentencia.
4. Contrastar el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Penal sobre el falso juicio de raciocinio.

Finalmente, para llevar a cabo la investigación la metodología aplicada fue a través del enfoque cualitativo (ver capítulo 9), toda vez que el objeto de estudio se centró en la

exploración y comprensión de los límites del razonamiento indiciario por medio de los sesgos cognitivos; el proyecto parte de un paradigma positivista analítico, es decir, la concepción del derecho como una construcción social, por medio del cual se producen decisiones y conocimiento.

De otra parte, la técnica de recolección de información se fundamentó en la documental, siendo las principales fuentes la doctrina y la hemerografía jurisprudencial. Haciendo uso de la intertextualidad e intratextualidad de los documentos y el análisis de concepto.

En consideración a lo anterior, para el desarrollo de los objetivos propuestos, se desarrollaron siete (7) acápite: Aspectos generales de la epistemología centrado en los problemas de la justificación, particularmente en las posturas externistas e internistas (capítulo 2); La prueba indiciaria su estructura, clasificaciones y elementos de existencia y validez (capítulo 3); en ese orden, se aborda la lógica formal e informal (capítulo 4); para continuar con un acercamiento, a los tipos de razonamiento y los límites a este desde los sesgos cognitivos y las falacias argumentativas (capítulos 5 y 6); finalmente se desarrolla el acápite de las reglas procesales como mecanismos de prevención y los medios de impugnación como medios de corrección; finalizando con un contraste entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil y Penal (capítulos 7 y 8).

2. ASPECTOS GENERALES DE LA EPISTEMOLOGÍA

La prueba en el proceso judicial cumple una función epistémica³ a través de la cual el operador judicial llega al conocimiento – constatación o no – de la causa fáctica para emitir una decisión; de allí se desprende la importancia que para el derecho y para el razonamiento indiciario tiene la epistemología, en un sentido lato (teoría del conocimiento), porque al entender la prueba como fuente de conocimiento, convicción o certeza del Juez, ajustado, este último, a la concepción clásica: una creencia verdadera [que en el caso de las decisiones judiciales se debe hablar de probabilidad y no de necesidad (ver capítulo 5)] justificada; sin embargo, por las complejidades del concepto, esta investigación se centra en las problemáticas de la justificación del conocimiento, particularmente en dos de sus corrientes: la corriente internista y la corriente externista de la justificación epistémica.

2.1 Internismo

La postura internista plantea que responder al problema de cuándo una creencia se encuentra justificada depende de dos factores: primero, un factor positivo, es decir, los estados mentales del sujeto o accesos cognitivos (Grimaltos e Iranzo, 2009, p. 54); siendo así determinante para el individuo⁴ investigador establecer el grado de probabilidad de la justificación. Y segundo, un factor negativo o de cancelación del valor epistémico derivado

³ Taruffo (2022, p. 59 y 169) manifiesta que el fin de la función epistémica de la prueba es lograr el objetivo de la verdad a través de la correspondencia entre el hecho y la realidad – concepción semántica sobre la verdad desarrollada por Tarski (1996). Postura defendida, también por Ferrajoli: “A mi modo de ver, se puede deducir una caracterización semántica adecuada de estos dos conceptos dentro de un modelo ideal de la jurisdicción penal rígidamente cognoscitivo de la definición de verdad elaborada por Alfred Tarski” (2001, p. 48)

⁴ Para esta postura, si se realiza el estudio o análisis de manera diligente y cuidadosa es más probable que sea confiable la justificación, siendo menos confiable si la conducta del sujeto investigador ha sido negligente y descuidado.

de la perspectiva y el acceso cognitivo a las fuentes que determinan su valor. Desde este punto de vista, la justificación debe cumplir con ciertos deberes intelectuales:

El sujeto conocedor debe: evitar la desidia, la pereza o cualquier tipo de negligencia a la hora de descubrir los posibles epistemizadores de nuestras creencias. Y tal cumplimiento, desde esta perspectiva, ligado a una justificación doxástica, es algo que solo puede aseverarse internamente. El sujeto habrá cumplido con sus obligaciones si toma en cuenta las evidencias que posee, algo que solo se determina mediante la reflexión, y por lo tanto la cuestión de la responsabilidad, que parece epistémicamente irrenunciable, es puramente interna. [(Raga, 2017, p.110) Negrilla y cursiva fuera del texto].

En este sentido, se satisface la expectativa de la justificación si se ofrecen las razones suficientes en favor de ella⁵ porque el estatus epistémico depende sólo de los factores internos del sujeto, necesarios y suficientes (perspectiva); toda vez que lo relevante radica en la accesibilidad del individuo por medio de la cual se forma la justificación y se adecua la creencia, lo que implica que esta no sale de la esfera subjetiva del conocedor, es decir, “la idea según la cual el hecho de que la creencia esté justificada o no depende de factores o estados internos al sujeto que mantiene dicha creencia” (Raga, 2017, p. 106).

Ahora bien, el internismo se ha dividido en dos vertientes: por un lado, predominantemente hacia los estados mentales; y, por otro, hacia la accesibilidad. Esta

⁵ Raga lo expresa de la siguiente manera: “la justificación de nuestras creencias depende en parte de la capacidad que tengamos de ofrecer razones en favor de ella” (2017, p. 104)

primera, también denominada mentalismo⁶ considera que el estatus epistémico de las creencias son los estados mentales (Colomina, 2007, p. 42), preferiblemente doxásticos⁷.

Para algunos autores como Alston (1988, p. 270) el mentalismo se simboliza a través de que la justificación de la creencia se basa en otra u otras creencias epistemizadoras del sujeto porque hacen parte del marco mental del sujeto conocedor (doxástico). Sin embargo, para Conee y Feldman (2001, p. 2 y 16), desde un sentido amplio, estiman que las creencias sólo pueden ser justificadas en relación con la vida mental de la persona en particular, lo que implica elementos doxásticos y no doxásticos (recuerdos y percepciones), con esto se significa que los estados mentales del sujeto son los determinantes en la justificación de las creencias⁸, por lo que al hallarse dos sujetos o individuos conocedores, en un momento particular, bajo circunstancias similares, se tendrá como consecuencia la misma justificación respecto de la creencia.

La segunda modalidad, denominada accesibilidad, se preocupa y estudia las formas por medio de las cuales se acceden a los estados mentales del conocedor, toda vez que su punto de partida es: no todos los estados mentales pueden estar sometidos a la introspección o no son creencias o no son de esta naturaleza (Relaciones lógicas o probabilísticas), pero no por ello conllevan a la inaccesibilidad por el sujeto, aunado a que pueden ejercer influencia en la justificación de la creencia. En este sentido, los estados mentales son accesibles cognitivamente (Pappas, 2017, num. 6); así, “el accesibilista no da un estatus especial a los

⁶ Definida por Conee y Feldman (2001, p. 2).

⁷ Stich (1978, p. 499, 505) propuso una distinción intuitiva sobre los estados psicológicos para demarcar un límite entre lo real e interesante de esta manera diferencio entre estados intencionales como los de creencia (doxásticos) y estados que desempeñan un papel en la historia causal próxima de las creencias, aunque en sí mismas no son creencias (subdoxásticos). (Skidelsky, 2007, p. 31:32)

⁸ En esa postura no es relevante la accesibilidad.

estados mentales, doxásticos o no, sino que potencia ese acceso directo o introspectivos a todo tipo de estados del sujeto⁹, por lo que es así consciente de las bases de sus creencias” (Raga, 2017, p. 108).

Desde esta perspectiva, la accesibilidad puede ser simple o de estatus. Es simple¹⁰ cuando solo demanda el acceso de los hechos de la creencia para la conformación adecuada de la justificación mediante la introspección a las características de la perspectiva; es por esta simplificación y carencia de seriedad que ha sido criticada esta postura haciéndola precaria y lábil frente al problema de la justificación, por lo que se ha propuesto mayor rigurosidad al presupuesto de accesibilidad (planteando la segunda modalidad: de estatus), por medio del cual el sujeto debe ser consciente de los elementos que fundamentan la justificación de la creencia y su adecuación (Pappas, 2017, num. 2), esto es, cómo se hila la creencia y la justificación del sujeto conocedor. Esta “concepción se encuentra detrás de la valoración positiva del conocimiento como algo opuesto a la mera suerte epistémica al acertar por casualidad, incluso teniendo creencias verdaderas” (Raga, 2017, p. 108) por lo que su finalidad se direcciona a que el individuo tenga claridad sobre en qué base de la justificación se encuentra fundamentada la creencia y que ésta lo es apropiadamente.

Al respecto, Nozick (1981) representa la modalidad de estatutos referido a la base de lo que se conoce, lo cual se traduce en el siguiente principio de tracking o seguimiento porque cada vez que S sabe que las creencias de $\setminus(p, S)$ rastrean p: “Uno solo sabe P si sabe que sabe P” (p. 181). Esto se representa así (Comesaña y Klein, 2019, num. 3.1):

⁹ Este apartado se corresponde con los postulados de Vahid, (2011), los cuales son citados por Raga para representar la modalidad accesibilista.

¹⁰ Esta postura ha sido criticada por su sencillez lo que la hace precaria y lábil frente al problema de la justificación de la creencia.

S cree p ;

p es verdadera;

si p fuera verdadera, S creería p ;

si p no fuera cierto, S no creería p .

Abordada someramente la postura internista, es necesario asociar este concepto con la prueba indiciaria y el proceso inferencial que se configura entre el hecho conocido – probado en el proceso – y el hecho desconocido o conclusión. Esto porque cuando el operador judicial fundamenta la valoración probatoria de este medio epistémico, el acercamiento que realiza es de naturaleza cognitiva e intelectual.

Así, la justificación se formula desde los estados mentales y en pro de acceder a los mismos a través de unos presupuestos que garanticen que la formación de la justificación sobre la creencia – hipótesis – ha cumplido unos estándares mínimos para garantizar los derechos de los sujetos procesales, procurando que el juez sea consciente del proceso de vinculación entre las premisas y las conclusiones, esto se representa en el tránsito y vínculo entre las máximas de la experiencia al hecho conocido y al *thema probandum*; y, las máximas de la experiencia al hecho que es de interés para el proceso (Ruíz, 2019, p. 476 - 479).

Sin embargo, por medio de esta modalidad no solo es objeto de estudio el razonamiento adecuado en la prueba indiciaria, sino que permite analizar el problema de los sesgos cognitivos¹¹ que, al ser desvíos cognitivos del proceso interno del operador judicial,

¹¹ Como se abordará en el capítulo de sesgos cognitivos y falacias argumentativas, es en la formación de la justificación de la creencia que el operador judicial al hacer uso de atajos mentales o de estimaciones para llegar al conocimiento, pero estas formas de facilitación en los procesos cognitivos pueden estar viciadas y por lo tanto afectar la decisión.

se desarrollan en los estados mentales, es decir, en el proceso de toma de decisiones. Esto porque el sujeto investigador – en este caso el juez – fundamenta aquella en las creencias que posee como individuo, ya sean estas doxásticas o no, en un proceso denominado heurística de disponibilidad, entendido como una respuesta intuitiva que emana de la información previa que posee el sujeto. Pero esas respuestas pueden basarse en creencias erróneas (sesgos) [Kahneman y Tversky, 1974, p. 1124, 1130].

Si se observa el problema de los errores cognitivos desde una postura internista, es necesario hacerlo desde el accesibilismo de estatus, que se compone de presupuestos mínimos para garantizar que el proceso de justificación se ejecute en cumplimiento de unos deberes intelectuales; esto, en el proceso inferencial indiciario se traduciría, entre otras en: que el hecho conocido o proposición se encuentre probado en el proceso (CGP, art. 240), en la aplicación de las máximas de la experiencia adecuada, en realizar un proceso de falsación e infirmación, en determinar el grado de probabilidad, etc. (CGP, art. 176); es decir, en la diligencia y cuidado del juez (CGP, art. 42) en el proceso de construcción del razonamiento.

No obstante, al ser el razonamiento indiciario un proceso interno del juez, no es suficiente por sí mismo el internismo para abordar el problema de la justificación, toda vez que desde una perspectiva epistémica se puede incurrir en una sobre intelectualización de las creencias bases, lo que conlleva, en ocasiones, a fundarse en creencias falsas e irreflexivas con independencia de que se encuentren justificadas, por lo que se incurriría en problemas del conocimiento como los propuestos por los escépticos¹², esto es, la hipótesis no

¹² Los problemas referidos son modos o tropos de Agripa, desarrollados por Sexto Empírico (1993), que a grandes rasgos son: la recurrencia ad infinitum: “es aquel en el que decimos que lo que se presenta como garantía de la cuestión propuesta necesita de una nueva garantía; y esto, de otra; y así hasta el infinito; de forma que, como no sabemos a partir de donde comenzar la argumentación, se sigue la suspensión del juicio” (p. 102); la hipótesis no fundamentada: “se da cuando los dogmáticos parten de algo que no justifican, sino que

fundamentada, el círculo vicioso o la recurrencia ad infinitum, es decir, en la imposibilidad de tomar una decisión en derecho desde la sana crítica. Por esto, para dar respuesta a los cuestionamientos de la postura internista aparece el externismo.

2.2 Externismo

Esta corriente, se centra en la comprensión de los elementos externos que pueden afectar la justificación (perspectiva negativa), y, en la aceptación de la intuición preteórica, es decir, las creencias y el entorno que se vinculan entre sí, influyendo en la creencia (percepción en sentido positivo) [Davidson, 1992, p. 54 - 57]. De esta manera, estudia la dimensión objetiva porque se enfoca en la relación de subordinación existente entre el individuo y su entorno (Putnam, 1984, p. 355 - 356), atendiendo a las características y mecanismos de obtención de la creencia para determinar si se encuentra justificada porque:

La justificación es, en ese sentido, algo externo a la perspectiva del sujeto, que no necesita tener acceso cognitivo a la característica que debe cumplir la creencia para estar justificada. Desde este punto de vista, entonces, lo que justifica la creencia de un sujeto es el mecanismo por medio del cual se obtiene la misma, y no las creencias que el sujeto tenga sobre ese mecanismo o las razones que lo llevaron a que lo adoptara (Raga, 2017, p. 117).

Aunado a lo anterior, la postura que mejor representa la ideología externista es la teoría causal de Goldman (1967, p. 357-372), esto es proceso viable (García y Vásquez, 2012,

directamente y sin demostración creen oportuno tomarlo por convenio” (p. 103); y, el círculo vicioso: “ocurre cuando lo que debe ser demostrado, dentro del tema que se está investigando, tiene necesidad de una garantía derivada de lo que se está estudiando” (103).

5 - 8)¹³ porque convierte el estatus epistémico positivo en una función histórica de la creencia respecto del modo en que se haya configurado (Raga, 2017, p. 118); estableciendo una relación nomológica adecuada entre el sujeto y el mundo para determinar la aproximación de la verdad o fiabilidad del resultado del proceso inferencial.

En este sentido, el externismo trata de dar respuesta a los problemas planteados por el escepticismo al aceptar que el sujeto puede “conocer sin saber que sabe” (Raga, 2017, p. 119) porque el juicio ya no depende del sujeto sino de terceros y de la revisión externa al proceso o a los vínculos establecidas entre el mundo (hechos) y la creencia; así la asociación entre la creencia y la justificación se basa en una relación probabilística dependiente del conjunto de evidencias, por lo que no se determina por los estados mentales (ya sea desde una perspectiva mentalista o de accesibilidad), sino por el alto grado de probabilidad de creencias verdaderas subordinándose a los procedimientos (García y Vásquez, 2012, p. 5).

En consecuencia, para esta corriente, el proceso fiable hace referencia a la operación funcional que forma la creencia con información específica y particular, lo cual es un factor determinante porque la confiabilidad de la justificación (su soporte) se constituye en el mayor grado de probabilidad; así la fiabilidad del proceso se encuentra subordinada a un hecho estadístico dada que para que sea confiable la operación debe producir un porcentaje mayor de creencias verdaderas que falsas. De esta manera se atiende a una perspectiva objetiva en la que carece de relevancia las creencias del sujeto con relación a la fiabilidad del proceso;

¹³ Otra de las vertientes para atender el problema de la justificación ha sido: el rastro a la verdad desarrollada por Nozick en *Philosophical Explanations* (1981) o el funcionamiento apropiado o adecuado propuesto por Plantinga (1993) en su obra *Warrant and proper function*.

por esto, el enfoque se centra entre la relación de verdad y justificación a partir de la vinculación con el estado de cosas (Beddor y Goldman, 2021, num. 1.2.).

No obstante, el externismo enfrenta problemas que debilitan sus bases al carecer de una dimensión subjetiva (García y Vásquez, 2012, p. 10), al afrontar los problemas planteados por el escepticismo como lo es el genio maligno moderno¹⁴ o la clarividencia del caso Norman¹⁵ planteada por Bonjour (1985), puesto que a través del proceso fiable la justificación se encuentre dada pero el conocimiento no.

Dado lo anterior, y de acuerdo con el ligero recorrido por la postura internista y externista, cuando se habla de la justificación, se considera que no hay una independencia entre la dimensión subjetiva y objetiva, es decir, la relación entre la creencia y la justificación no se pueden asumir de manera independiente. De esta manera, se afirma que para el desarrollo de esta investigación se requerirá la convergencia de estas dos dimensiones.

Desde esta perspectiva, y en asocio con la prueba indiciaria, es necesario el internismo porque el proceso inferencial se formula desde los estados mentales del juez, es desde este punto de partida que se configura el razonamiento, el cual se edifica de creencias doxásticas y no doxásticas; pero esta formulación no solo se fundamenta en el proceso intelectual del

¹⁴ Raga (2017) a través de la propuesta de Cohen y Lehner del genio maligno representa los límites de la propuesta externista así: “En un mundo posible en que los sujetos estuvieran sometidos a los engaños del famoso genio maligno, con sus cerebros estimulados para tener las mismas experiencias que nosotros, tendrían evidencias iguales a las nuestras, pero en su caso no indicarían la verdad. Dado que estos sujetos de un mundo posible con evidencias distorsionadas poseen la misma evidencia que nosotros, el estatus de justificación de sus creencias debe ser el mismo que el nuestro (siguiendo la intuición antes mencionada de que dos individuos mentalmente semejantes lo son también en cuanto a su justificación). Por lo tanto, el proceso fiable y la justificación parecen ir por caminos separados” (p. 122).

¹⁵ Bonjour (1985) en *The Structure of Empirical Knowledge* (p. 41 - 45) presenta una objeción a la postura externista, afirmando que “la confiabilidad externa objetiva no es suficiente para contrarrestar la irracionalidad subjetiva” (p. 41), para representar esto lo hace a través del caso Norman quien es un clarividente confiable, afirma que el presidente se encuentra en la ciudad de New York sin poseer pruebas a favor o en contra. Siendo esta afirmación cierta derivada de la clarividencia de Norman.

operador judicial sino que se encuentra vinculada a la creencia del sujeto y la relación con el entorno, toda vez que no es ajeno al razonamiento probatorio y menos aún al indiciario la influencia de los factores externos en la consecución de la conclusión, la cual se construye a partir de reglas de la experiencia, científicas y lógicas, de un hecho probado y en atención a las construcciones sociales denominadas normas, tanto sustanciales como procesales, así como de la interpretación de los enunciados y proposiciones a través de un lenguaje natural.

Así, el control en la prueba indiciaria se hace a partir de la motivación de la sentencia que es la forma en que el juez exterioriza el proceso intelectual, por medio del cual formula el razonamiento; este, debe seguir unos requisitos en su formación para determinar la confiabilidad de la decisión, los cuales son dados por el ordenamiento jurídico como la sana crítica, la valoración razonada de las pruebas, la aplicación de la norma sustantiva, la determinación de medios de confirmación probatorios, entre otras. Es por esto, que a través del control de la decisión judicial se puede determinar si el razonamiento indiciario es correcto y justifica la hipótesis o si por el contrario se incurrió en un error, ya sea de carácter formal o fáctico. Este último, puede ser configurado por los sesgos cognitivos ya sea por la omisión, adición o sobrevaloración de la máxima de la experiencia, la regla lógica, la ley científica o del hecho base o conocido dentro de la estructura de la prueba indiciaria como una forma de motivar la falsa creencia.

2.3 Fiabilismo

Esta propuesta, desarrollada por la postura externista, se abordará para tratar el problema de la justificación de las creencias respecto de ¿qué es una creencia justificada?, precisando que, aunque se van a mencionar algunas vertientes, se hará énfasis en el *fiabilismo*

de las virtudes por cuanto acoge la postura interna y externa del sujeto frente a la justificación y el proceso inferencial.

Este modelo fue propuesto por Alvin Goldman (1979) quien propuso la confiabilidad de los procesos “*fiabilismo simple*” como un mecanismo para responder a la pregunta de ¿qué es una creencia justificada?, argumentando que la justificación está determinada por la *fiabilidad* de los procesos que la causan (p. 94 - 101), que intrínsecamente tienen un alto grado de relación con la verdad y que proponen entender la confianza como frecuencia, esto es, con relación a lo que ocurre en el entorno o realidad, o como propensión (cuando se refiere al mundo real y a otros posibles). Con estos primeros desarrollos, se hace una ruptura de los enfoques epistémicos porque se configuran las creencias en un proceso inferencial en el que la concepción de la justificación es un producto de la historia de los procesos cognitivos del sujeto.

No obstante, esta modalidad simple, se ha visto en contratiempos para explicar la seguridad y confiabilidad de los procesos y la creencia justificada¹⁶, por lo que se han propuesto variantes al planteamiento inicial, incluso por el mismo Goldman (1992) a través de la *fiabilidad en dos etapas* o también conocida como *fiabilidad de lista aprobada* denominada por Fricker (2016, p. 3). Esta forma de fiabilidad se enfoca en las atribuciones de la justificación que son otorgadas por los sujetos comunes, la cual se desarrolla en dos fases; la primera o preliminar se conforma a través de la formación de opiniones sobre la

¹⁶ Se hace referencia al problema propuesto por Bonjour, a través del personaje llamado Norman – clarividente confiable – que no posee evidencia o razones de su condición psíquica -: Un día, la facultad de clarividencia de Norman genera en él la creencia de que el presidente se encuentra actualmente en la ciudad de Nueva York, pero sin una experiencia similar a la percepción que lo acompaña, solo la creencia en sí misma. Intuitivamente, dice – Norman no tiene justificación para sostener esta creencia -. Sin embargo, la confiabilidad del proceso parece implicar lo contrario. Dado que el poder de clarividencia de Norman tiene una alta proporción de verdad, la creencia de Norman sobre el presidente debe estar justificada. Así que el fiabilismo parece equivocarse en esto. (Beddor y Goldman, 2021)

confiabilidad o no en la construcción de las creencias, por medio de la observación o inferencias para determinar los antecedentes de los procesos de estudio en relación con el mundo real, esto quiere significar que se formula una lista mental de los pasos que son fiables o no. La segunda etapa consiste en los juicios sobre las creencias particulares y la lista aprobada (Beddor y Goldman, 2021), en el que se evalúa si el proceso ejecutado por el investigador se fundamenta en la lista; si es así, se considera justificada la creencia; si por el contrario, al contrastar la información se verifica que el proceso incurrió en un ítem de la lista no aprobada, se entenderá como no justificada.

Otros autores han propuesto el *fiabilismo indexical*¹⁷ para dar respuesta a los problemas escépticos, el cual consiste en la distinción de que un proceso puede ser confiable por medio de dos formas, Sosa (1993) lo simboliza en el siguiente planteamiento: “Supongamos que habitamos el mundo real (@), y estamos evaluando un sujeto “S” que habita en otro mundo Ws. Entonces, hay dos cosas diferentes a las que podríamos referirnos cuando decimos que el proceso de formación de creencias de “S” es confiable: podríamos querer decir que es confiable en relación con @, o podríamos significar que es confiable en relación con Ws” (Beddor y Goldman, 2021, num. 2.2.).

De otra parte, Lyons (2011) propuso el *fiabilismo deíctico* por medio del cual se emplea la estrategia de una semántica bidimensional para resolver los problemas planteados frente al escepticismo del nuevo genio maligno, por lo que se procede con la distinción de dos formas en que un proceso puede ser confiable; Jack Lyons, sostiene que las inferencias

¹⁷ Esta propuesta surge como respuesta al planteamiento de Cohen y otros autores, del genio o demonio maligno moderno, la cual expone la hipótesis de que un genio maligno crea percepciones no verídicas de objetos sensoriales en la mente de los sujetos de ese mundo. Esto conlleva a que las percepciones – aunque cualitativamente idénticas a las de nuestro mundo – sean falsas en el mundo creado por el demonio maligno.

sobre las creencias, de quien está sometido al nuevo genio maligno, se forman de igual manera en procesos condicionalmente seguros y fiables, lo cual está bien desde un punto de vista epistémico, contrario a lo considerado por otros, que estiman que esas creencias formadas en ese panorama, son inocentes o excusables. Otra propuesta generada ha sido de tipo psicológico, por lo que este autor (Lyons) siguiendo a Beebe (2004), resalta que hay tipos de procesos psicológicos relevantes configurados por algoritmos que procesan la información, los cuales son relativizados por variables psicológicas que afectan a su vez el procesamiento de la información.

Sin embargo, para este proyecto, se considera que es acertado, el *fiabilismo de las virtudes* como teoría de la justificación de la creencia, al abordar aspectos de la dimensión objetiva como subjetiva.

2.4. Epistemología y Fiabilismo de las virtudes

El *fiabilismo de las virtudes* tiene como punto de partida el fiabilismo de los procesos, en tanto que se cimienta en el concepto de *competencias epistémicas* (o virtudes) es decir, la disposición para lograr un objetivo, siendo una aptitud del sujeto investigador para llegar a un resultado determinado (Sosa, 2014, p. 60 - 74). Es así como, se habla de competencia por su disposición al éxito de una manera confiable cuando se ejecuta o realiza la labor; pero en atención a que los partidarios de esta modalidad entienden que “el conocimiento implica algún tipo de relación explicativa entre tener una creencia verdadera y el ejercicio de una competencia epistémica” (Beddor y Goldman, 2021, num. 4.1.).

Desde esta metodología, las virtudes son indispensables para llegar a la verdad, así las disposiciones o competencias de una variedad específica, existen no solo para evaluar el

proceso de obtención de la justificación (dimensión externa) sino que se preocupa o pretende dar cuenta de la verdad (dimensión subjetiva), de esta manera se distancia de las teorías fiabilísticas tradicionales.

Ahora bien, esta tipología de fiabilismo emana de la epistemología de las virtudes, la cual cobra gran relevancia porque desde esta perspectiva de la justificación de las creencias se abordará el derecho y el razonamiento probatorio (Haddad, 2020, p. 7); sin embargo, se precisa que el estudio epistemológico tendrá un enfoque dual, de una parte, el agente o juez y de otra el sistema que para este caso sería el normativo vigente que rige el derecho probatorio.

En ese orden de ideas, es necesario decir que la epistemología de las virtudes, en su base primigenia, se funda en la estructura AAA¹⁸, esto es, en el acierto con el objetivo de obtener la creencia verdadera (conocimiento); la destreza, respecto de la habilidad o competencia del agente conocedor para llegar a la verdad, la cual es una virtud o disposición epistémica estable; y, la aptitud entendida como el resultado acertado que se da entre la relación del acierto y la destreza¹⁹; Sosa (2014, p. 121 - 158) define esto al hablar del conocimiento como:

(...) creencia apta, es decir, como creencia cuyo acierto (verdad) se debe al ejercicio de una competencia o destreza, entendida esta última como facultad o disposición

¹⁸En su texto original se denominan: Accuracy (Acierto), Adroitness (Destreza) y Aptness (Aptitud), por ello esta estructura se simboliza con AAA.

¹⁹Sosa (2014) lo representa con un símil de tiro con arco (p. 71): “Al igual que las personas realizan juicios con el objetivo de obtener creencias verdaderas, los arqueros disparan sus flechas con el objetivo de acertar en la diana. Y las actuaciones de ambos pueden evaluarse de acuerdo con tres parámetros: según alcancen o no el blanco (acierto); en referencia a la habilidad que el agente muestra en el lanzamiento de la flecha (destreza); y en la medida en que el acierto es el resultado de dicha habilidad (aptitud)” (Modesto, 2019, p. 2)

estable que es, en circunstancias normales, lo suficientemente fiable, pues conduce a, o rastrea, la verdad (Modesto, 2019, p. 4)

Al respecto, explica Modesto (2019) que, para la epistemología de las virtudes, las competencias cognitivas fiables son contentivas de tres funciones: i) una reorientación de la postura externista porque explica la justificación de las creencias desde la capacidad y en relación con la fiabilidad de la competencia sobre la cual se cimienta, de esta manera la justificación se concibe como una “propiedad normativa sobreviniente a la competencia y su ejercicio” (p. 4); ii) Es un criterio diferenciador entre la distinción intuitiva y los aciertos fortuitos (que no forman conocimiento) y la forma de consecución no fortuita de la verdad; y, iii) La adquisición del conocimiento es como un logro del sujeto porque las competencias epistémicas son propiedades del individuo conocedor, por lo que su acierto se debe a él.

Ahora bien, cuando se habla de creencia apta se hace desde el concepto de cognición animal (Sosa, 2014), teniendo en cuenta que el conocimiento del ser humano requiere de una dimensión reflexiva²⁰ [adquisición agencial apta de creencias aptas (p. 5)] y, de una perspectiva epistémica de la confiabilidad de sus competencias en una relación de idoneidad entre una dimensión objetiva y subjetiva para la aplicación de estas.

Lo dicho debe relacionarse con “la epistemología jurídica, *la cual* se centra en la posibilidad de que las decisiones judiciales en materia de hechos sean casos conocidos” [(Haddad, 2020, p. 5) Negrilla y cursiva fuera de texto], aplicando los elementos y características de la teoría del conocimiento al proceso inferencial para determinar que este

²⁰ Ahora bien, cuando se habla del criterio reflexivo se debe entender los juicios como actos introspectivos y libres por los cuales el sujeto se somete a un compromiso racional con la verdad de una proposición, salvo que se dé una suspensión del juicio.

es verdadero o no y con un grado alto de conocimiento. Desde esta perspectiva, se encuentran dos enfoques, uno tradicional cuyo objeto es el sistema y la caracterización de las reglas probatorias con enfoques teóricos como la probabilística, los tipos de razonamiento, la justificación del conocimiento, etc.(dimensión objetiva); y el segundo, el modelo epistémico dirigido al agente, el cual se preocupa por cómo operan dentro del sistema probatorio, estudiando el tipo de operador judicial que se requiere (dimensión subjetiva) para la realización de la tarea epistémica de la decisión judicial.

Con lo dicho, se afirma que el modelo epistemológico apropiado para el razonamiento probatorio e indiciario es el propuesto por la epistemología de las virtudes, toda vez que entiende la necesidad de la convergencia entre la dimensión subjetiva y objetiva del agente conocedor o juez (internismo y externismo).

Se insiste en esto, por la naturaleza intelectual del razonamiento indiciario, es decir, su construcción por procesos cognitivos y estados mentales del operador judicial; sin embargo, el hecho desconocido que se obtiene e interesa al proceso no está determinado solo por el factor subjetivo, sino que, además, influye en este el entorno social y normativo.

Es así como por sí solo, el internismo se encuentra en la imposibilidad de dar una herramienta eficiente para el control de la formación de la justificación; afirmar lo contrario, sería aceptar que la creencia y la justificación pueden ser arbitrarias o razonadas sin que haya manera de determinarlo (como si se estuviera ante la íntima convicción) [Modesto, 2014, p. 14 - 15].

Por esta razón, se hace necesaria la dimensión objetiva, no solo para la vigilancia, a través del fiabilismo de las virtudes, del proceso inferencial indiciario que finalmente se va

a representar a través del lenguaje natural²¹ en la motivación de la sentencia (Perelman, 2007, p. 141); sino también la relación entre el juez y el entorno como factores vinculados reflejados en la decisión; Por esto se insiste, en la postura externista, dado los elementos externos que le son propios al derecho como las normas, la jurisprudencia, doctrina y las necesidades sociales los cuales son parámetros de aplicación e interpretación al momento de la toma de una decisión (Sosa, 2014, p. 202).

²¹ Entendido este desde la lógica informal desarrollado en este trabajo en el capítulo III.

3. LA PRUEBA INDICIARIA O PRUEBA POR RAZONAMIENTO

Se considera preciso mencionar algunos autores en el desarrollo doctrinal de la prueba en general y la indiciaria en este acápite, indicando que se hará omisión de la polisemia y los conflictos entorno a la acepción y concepto de prueba y no se entrará en la discusión de si esta se corresponde con el medio, la fuente, la actividad o el resultado dentro del proceso como instrumento probático que excita al operador judicial y le estimula (Muñoz Sabaté, 1997, p. 272).

Es así que con fines prácticos para esta investigación se partirá de la relación de la prueba y el juez entendida como “Inferencia” (Muñoz Sabaté, 1997, p. 254 - 259), relación a través de la cual se puede reproducir el hecho histórico dividiéndose en dos etapas: i) percepción, que involucra las sensaciones físico y/o químicas y el proceso psíquico del juez que relacionan el conocimiento y el grado de experiencia con el elemento que se le presenta, como si fuera una huella; y de otra parte, ii) valoración, “que no es otra cosa que la operación mental (raciocinio) que se concluye con la afirmación (juicio) de la existencia o inexistencia de un hecho” (p. 187).

Esta concepción conlleva a afirmar como lo han hecho algunos autores²² que la prueba²³, en general, intrínsecamente conlleva un paso inferencial, así sea mínimo de transportar a partir de un hecho conocido un hecho desconocido (Lagier, 2022, 357). Esto

²² Tratadistas como Devis (1987, p. 601) en Teoría General de la prueba judicial; Stein (1999, p. 11) En el conocimiento privado del Juez, Pico (2017, p. 9) en Los indicios en la prueba de la simulación contractual, Ruíz (2019, p. 476) en la prueba como derecho en el Código General del Proceso, Bonnier (1929, p. 465), Gonzalez (2022, p. 357) etc.

²³ Pese a que al inicio de este acápite se precisa que no se abordaran las discusiones polisémicas de la prueba, es necesario, indicar que el objeto de este trabajo se centra en la prueba como una forma de razonamiento y por lo tanto como valoración de la prueba (Ruíz, 2019, p 478).

porque, aunque en la percepción de inmediatez del individuo (o en otros términos inconsciente) se desarrollan procesos y raciocinios sobreentendidos de máximas de experiencia que se sintetizan o permean en entimemas²⁴ de manera que “en la esfera procesal, raras veces se da un solo instrumento y una sola inferencia, sino que aquellos son varios y estas se agrupan formando un haz o concurso inferencial, que permite hablar de una correspondencia lógica estructurada a base de silogismos” (Muñoz Sabaté, 1997, p. 189); es así que el proceso de valoración probatoria y la apreciación de los medios de prueba en conjunto (art. 176, CGP), no es nada diferente al proceso u operación inferencial que se presenta en la prueba indiciaria, es decir, el razonamiento en la valoración de la prueba “es un método típicamente inferencial que discurre siempre desde algo conocido a algo por conocer, con distintos escalones de por medio según la mayor o menor complejidad *de este*” [(Muñoz, 1997, p. 190) Cursiva fuera de texto].

Ahora bien, como se ha enunciado, el indicio (por darle una denominación a la prueba indiciaria en sentido lato), se concibe como un razonamiento especial, como lo ha manifestado Ruiz Jaramillo (2019, p. 476), porque se caracteriza por la constitución de la asociación de máximas de experiencia que parte del hecho–base hacia el *thema probandum* y de las reglas de la experiencia al hecho que es de interés al proceso, así este conjunto de inferencias en vinculación con las generalizaciones o máximas, son las que determinarán la fuerza demostrativa del indicio²⁵, requiriendo una duplicidad en el razonamiento: “*de un*

²⁴ El entimema se puede entender como una forma silogística en las que se omite una de las premisas porque es sobreentendida, por lo que se expresa de manera incompleta a la estructura usual. Es por ello que Cascio los define como “silogismo cuya regla general no se ha lexicalizado porque se considera conocida, evidente, o se da por descontada” (1998, p. 125)

²⁵ Vásquez De Miranda, compila algunas de las definiciones sobre el indicio como indicador de Muñoz Sabaté, Aristóteles y Peirce: “El «índice» -el indicio- nos indica otro u otros hechos -objeto sígnico con el que siempre guarda relación, directa o indirecta. Como señaló Peirce los índices son signos en «interrelación existencial» (Peirce, c. 1903a, 2.248). O, como ha expresado Muñoz Sabaté, «el indicio es una expresión o función sígnica

lado, el argumento que parte de la prueba; y *de otro lado*, el que se construye basándose en el hecho probado para establecer el que interesa al proceso” [(Ruíz, 2019, p. 476) cursiva fuera de texto].

Se insiste en la anterior precisión por los diversos tratamientos que en la doctrina y en la práctica judicial han llevado a una ambigüedad conceptual sobre el mismo, ello porque en ocasiones es confundido, por autores como Bonnier, Lessona, Planiol, Gorphe y Carnelutti²⁶ con la presunción (obedeciendo al principio de identidad).

Lo anterior, quiere decir, al hablar del principio de identidad, que existe tal simultaneidad de percepción entre las tres preposiciones, que no hay necesidad de enunciar sino una sola, que es la conclusión (Fraimarino dei Malatesta, 1981, p. 242); sin diferenciar que el indicio es el raciocinio deductivo (para Dei Malatesta) que se encuentra sometido al principio de causalidad, si se observa desde una perspectiva de lógica formal.

que tiene un fundamento objetivo independiente del sujeto que lo interpreta y guarda una conexión natural con, el objeto a quien sustituye o representa» (1997, p. 168). Para Aristóteles, el índice es aquella cosa cuya existencia o producción lleva en sí la existencia de otra cosa, ya fuera anterior o posterior (Aristóteles, 1998, 11, 27, 70.a, 7-9). No obstante, dicha relación innegable entre el indicio y su representado, no existe consustancialidad, entendida como pertenencia a una misma esencia” (p. 194).

²⁶ La identidad entre presunción e indicio, como lo expresa Muñoz Sabaté se observa en estos autores en sus tratados: Mittermaier en el “*Tratado de la prueba en materia criminal*”, por ejemplo cuando este hace mención a que “la presunción más fuerte se toma de la moralidad del acusado” (1959, p. 445); o Lessona (1942) en su obra *De la prueba en el derecho civil* “Hemos aclarado y demostrado la equivalencia sustancial de las expresiones indicio, conjetura y presunción” (1942, p. 112); o Bonnier (1950) en su *Tratado de las pruebas en el derecho civil*: (...) pero la legitimidad de una presunción tan grave está subordinada a dos condiciones [(...) p. 511]; Lo mismo ocurre en la obra de Carnelutti en *la prueba civil* (1982) y de Gorphe en *la apreciación judicial de las pruebas* (1967). Lo anterior, no es ajeno a las normatividades vigentes, esto se ilustra en la española e italiana, en el primer caso en la Ley de enjuiciamiento civil: “Artículo 386. Presunciones judiciales. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o probado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” y en el caso del segundo, el código civil italiano contempla en el artículo 2729: Presunciones simples. Las presunciones no establecidas por la ley se dejan a la prudencia del juez, el cual no debe admitir más que presunciones graves, precisas y concordantes.

De otra parte, autores como Muñoz Sabaté (1997), explican este fenómeno de sinonimia al considerar que se fundamentan en una concepción estática, al entender la presunción como un hecho que sirve para probar otro hecho y no como un juicio lógico o razonamiento discursivo (p. 237), el cual debe ser abordado no solo desde la lógica sino también desde una perspectiva fenomenológica²⁷ y empírica; ello porque el Juez para su valoración integral del conjunto de medios de confirmación procesal, parte no solo de los hechos probados en el proceso sino que en esa inferencia influyen los criterios empíricos adquiridos por el operador judicial (cultural y socialmente). Es así que, a partir de las máximas de la experiencia se pueden definir y delimitar juicios hipotéticos generales, porque son “independientes del caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, adquiridas mediante la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación se infieren y fuera de los cuales presentan valor para otros” (Muñoz, 1997, p.191); sin embargo, al ser inducciones de una serie de circunstancias singulares, no se puede afirmar la inmutabilidad de las mismas, por lo que en palabras de Mill citado por Muñoz (1997, p. 191), es una generalización aproximativa, que coadyuva a la formación del convencimiento de la existencia o inexistencia de un hecho en el Juez.

Otra postura frente a la prueba indiciaria deriva de Devis Echandía (1987, p. 603 - 607), quien ha insistido en la autonomía e independencia del indicio y en su condición de plena prueba, si se llega al cumplimiento de los requisitos para ello (como se ve reflejado en los últimos plexos procesales civiles, influenciados por sus posturas, el Código de

²⁷ Se dice contener una estructura fenomenológica porque parte (el operador judicial) de una situación neutra, sin criterios apriorísticos construyendo el convencimiento o certeza desde el estudio de los medios de prueba y las inferencias hasta llegar al resultado o conclusión, desde un método inductivo, aprehendiendo la cosa misma (ser) y que en el ordenamiento jurídico se representa mediante el principio de inmediatez, el cual le permite al juez la relación con el objeto de la Litis y su entorno.

procedimiento civil y el actual Código general del proceso), el cual se constituye en una prueba crítico-lógica de doble vía, tanto de inferencia deductiva como inductiva.

Pese a las diferencias conceptuales en las modalidades inferenciales que se observan en el tipo de razonamiento, aplicado al nexo inferencial entre el hecho indicador y el hecho indicado, ya sea este deductivo (si se parte de un análisis desde la lógica formal), el inductivo (en sus modalidades lato y estricto en un nexo de causalidad) o abductivo (hipotético); y en el estudio de estas a partir de la fenomenología, lógica formal o informal, se desprenden los elementos básicos de la prueba indiciaria caracterizada por: i) el hecho indicador (conocido y demostrado en el proceso), ii) del cual se infiere en conjunto con las reglas o máximas de la experiencia, principios lógicos o científicos, iii) la existencia del hecho indicado (desconocido). Al respecto y en concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia de unificación ha concretado los elementos de la prueba indiciaria así:

- (i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos: los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso,
- (ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento,
- (iii) una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar,
- (iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental (Sentencia SU 035, 2018).

3.1. Tipología o clasificación de los indicios

De otra parte, en la doctrina se han preocupado por determinar la tipología de los indicios (Mittermaier, 1959, p. 438), entre ellos se han caracterizado o expresado elementos determinantes para clasificarlos, como, por ejemplo:

1. El tipo de relación. Si se refieren al crimen consumado o a una relación física en conexión con la ejecución del crimen; o pueden ser anteriores al crimen.

2. Mediatos o inmediatos. Dependiendo del número de inferencias necesarias para llegar al hecho desconocido. Son inmediatas si se da mediante una conclusión directa; por el contrario, son mediatas si es necesario acudir a una serie de inferencias en una cascada inferencial.

3. Anteriores, concomitantes y posteriores.

4. Generales y particulares. Dependiendo si se aplican a todos los delitos o a un delito o delitos en particular.

5. Próximos y remotos. Los primeros se corresponden con aquellos cuyo peso y gravedad otorgan un alto grado de probabilidad sobre la ocurrencia o no del hecho. Por el contrario, los remotos son aquellos que fácilmente pueden ser desvirtuados puesto que sus conclusiones pueden ser engañosas.

6. Legales y no legales.

Sin embargo, la doctrina²⁸ y la jurisprudencia²⁹ han coincidido en la clasificación de dos tipos de indicios, derivados de la relación de causalidad o probabilidad:

Indicio necesario. Es aquel que inevitablemente demuestra la existencia o no del hecho investigado, con independencia de cualquier otro medio probatorio. En este orden de ideas, obedece a reglas inmutables, esto es a leyes físicas o de la naturaleza, que son constantes.

Indicios contingentes. Los constituyen las leyes psíquicas y morales, lo que conlleva a un cálculo de probabilidad (lo ordinario) y no como en los necesarios a una relación de certeza (lo constante).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 33793 de 19 de marzo de 2014, expresa:

Los indicios pueden ser: necesarios, cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza o contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. La connotación de necesarios, contingentes-graves o contingentes-leves, no corresponde a nada distinto del control

²⁸ Algunos de los autores que ha clasificado los indicios en necesarios o contingentes son: Alzate “será necesario, porque no puede la mente inducir una causa distinta de aquella que indica ese principio lógico de causalidad necesaria; (...) todos los indicios no necesarios son contingentes” (1981, p. 137); Azula “El necesario es el que irremediamente conduce a una consecuencia. (...) El contingente es el que puede conducir a varios hechos” (1998, p. 294); Devis “la de necesarios, según la que uno solo uno baste para producir el convencimiento en razón de que supone indispensablemente el hecho indicado (...) de causalidad necesaria, o contingentes si apenas constituye una inferencia de probabilidad” (1987, p. 616).

²⁹ Corte Suprema de Justicia ha hecho uso de esta clasificación, entre otras, en las siguientes sentencias SC 3140 de 2019, SC 33793 de 2014, SP 3397 de 2014.

de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción, establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

En esta sentencia se menciona la misma postura por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional al referirse a la doctrina y los derroteros que sirven al juez, como lo son la clasificación de necesarios y contingentes en la prueba indiciaria, siendo los primeros infalibles demostrando la existencia o no de un hecho por medio de una relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho indicado; y, por su parte, los segundos (contingentes), hacen referencia a un vínculo de probabilidad en menor o mayor grado, siendo así graves o leves dependiendo de la relación lógica inmediata entre el hecho indicador y el desconocido.

Finalmente se acude a la división propuesta por el vínculo entre eficacia probatoria y tipificación de los indicios realizada por Juan Igartua (2010, p. 53):

Equiprobables. No constituyen univocidad, son reconducibles a varias hipótesis en el mismo grado de probabilidad.

Orientados. Se relacionan o configuran varias hipótesis alternativas, sin embargo, a diferencia del anterior, hay un grado de probabilidad mayor sobre una de éstas (Probabilidad prevalente).

Cualificados. Acreditan la probabilidad de una hipótesis, sin que se atisbe una

alternativa (Alta probabilidad).

Necesarios. Como se expresó anteriormente, también para Igartua, estos excluyen cualquier posibilidad de hipótesis alternativa, en aplicación de leyes científicas o constatación sin excepción.

3.2.Eficacia y existencia probatoria de la prueba indiciaria

Para la configuración de la prueba indiciaria en el proceso, es decir, su existencia y eficacia probatoria con relación al objeto de litigio, se ejecuta un estudio y análisis al nexo que subyace entre el hecho probado que indica el desconocido o indicado, porque se construye una relación en la que el primero es la fuente de vida del segundo derivado de un razonamiento, siendo así que el hecho desconocido aporta al operador judicial una prueba sobre el *thema probandum*, pero que al ser valoradora debe otorgar una probabilidad alta de que éste (el hecho) existió.

Para este proceso de verificación, el juez debe dar cumplimiento a unos requisitos, a través de un proceso de fiabilidad. De una parte, conlleva el estudio del sistema probatorio aplicado al caso concreto; y, de otra el proceso, interno del juez en el razonamiento probatorio:

3.2.1. *El hecho indicador debe estar probado en el proceso.*

A la luz del artículo 240 del Código General del Proceso (CGP), el hecho indicador o conocido debe estar plenamente probado dentro del proceso; debe ser cierto el hecho en que se funda.

3.2.2. *La conducencia.*

De conformidad con el artículo 168 del CGP, es decir debe ser adecuado para demostrar un hecho objeto del litigio, en atención a una cuestión de derecho respondiendo a tres criterios “(i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba” (Corte Suprema de justicia, AP948, 2018).

3.2.3. *Que los indicios sean graves, concurrentes y convergentes*³⁰.

El legislador ha condicionado la eficacia probatoria de los indicios al conjunto de estos, nótese esto al tenor del artículo 242 del CGP “Apreciará los indicios en conjunto” y al cumplimiento de tres presupuestos la gravedad, convergencia y concurrencia. Es así como al hablar de concurrencia se hace referencia a la coincidencia entre los indicios, “que se ensambren entre sí, de manera a producir un tono coherente y natural, en el cual cada hecho indiciario tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias” (Dellepiane, 1955, p.. 108).

Por su parte, la convergencia es la confluencia de los indicios hacia el mismo hecho desconocido por ello “no basta con que los varios indicios concurren a formar un todo armónico, sino que es indispensable que de cada uno de ellos pueda obtenerse la misma inferencia sobre el hecho o la responsabilidad que se investigue” (Devis, 1987, p. 657).

³⁰ El plexo normativo procesal anterior y el vigente imponen como requisitos a la prueba indiciaria a través de su artículo 242 del CGP que: “El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”.

Finalmente se debe precisar sobre el calificativo de gravedad del indicio. En primera instancia es necesario expresar que no hay un derrotero particular para precisarlo, sino que depende de varios factores para calificar su seriedad y convicción (Londoño, 1990, p. 327) como lo son el hecho fuente de origen, la relación o nexo con el hecho desconocido, así como el juicio apreciativo.

Para Taruffo, la gravedad es un concepto vago que hace alusión al grado de aceptabilidad de la conclusión y por lo tanto permite la apertura a diversas orientaciones. De una parte, solo se configuraría el criterio de gravedad, si la conclusión deriva de un hecho conocido de forma cierta y absoluta, como consecuencia única y necesaria, limitando la posibilidad de constituirse como prueba los indicios contingentes. Por otra parte, considera suficiente para el cumplimiento de éste, que el hecho a probar provenga del hecho conocido, pero a través de una certeza razonable.

Por ello, este autor considera que este concepto solo se puede definir desde la naturaleza probabilística de la inferencia:

El concepto de «gravedad» (...) puede definirse únicamente en función de la naturaleza probabilística de la inferencia presuntiva y, por tanto, no puede más que indicar la situación en que ésta atribuye un grado de confirmación a la hipótesis sobre el hecho a probar que la configura como la conclusión más aceptable entre las que pueden ser hipotéticamente obtenidas de la misma premisa (es decir, del «hecho conocido») (2002, p. 475).

3.2.4. *Descartar conraindicios.*

En el proceso de verificación de la eficacia de la prueba indiciaria el operador judicial debe valorar y comparar todos aquellas conclusiones o hechos contrarios mediante la ponderación de los conraindicios, esto es, sobre los hechos investigados de los cuales se infiere una conclusión contraria a la que suministran otros indicios (Devis, 1987, p. 661). En este evento, si no es posible descartarlos razonadamente se desarticulan tanto los indicios como los conraindicios, salvo que el juez cuente con otros medios probatorios que permitan la acreditación de unos y el rechazo de otros.

Este proceso se puede comparar con la infirmación (Muñoz,1997, p. 230; Mittermaier, 1959, p. 368), como un método de verificación con la finalidad de evitar un círculo vicioso en el razonamiento indiciario, es decir, que es a través de este procedimiento que se garantiza la fiabilidad de la inferencia probatoria (Ruíz, 2019, p. 458).

3.2.5. *Infirmación*

La infirmación es el mecanismo de verificación que a diferencia de las ciencias naturales se constituye en el proceso de comprobación, de la presunción, se realiza de él mismo por él mismo; sin embargo, para no incurrir en un círculo vicioso, el investigador, que en este caso es el juez, debe imaginar y plantearse todas las hipótesis posiblemente conclusivas derivadas de los indicios y las posibles disminuciones en el grado de probabilidad de la hipótesis principal o seleccionada inicialmente. Puede observarse entonces, que la infirmación pretende inventariar y someter a una prueba de resistencia todas las conclusiones en un proceso comparativo con la hipótesis o conclusión inicial, con ello se significa que “la actividad inferencial debe acudir, en consecuencia, al método infirmativo, no sentando jamás

ninguna hipótesis sin antes haber examinado las otras (...) fiscalizar las hipótesis a medida que se va avanzando” (Muñoz, 1997, p. 231), así se podrá determinar el grado de probabilidad de la hipótesis principal a medida que se vayan descartando las infirmaciones, o por el contrario reevaluando la misma si se evidencia y soporta en contrapruebas la verosimilitud de la infirmación.

Abordados los elementos y requisitos, someramente, de la prueba indiciaria, es menester abocarse a tres aspectos determinantes de este razonamiento especial: desde qué lógica se debe realizar el estudio -formal o informal-, las máximas de la experiencia como premisa mayor (Capítulo 4) y finalmente los tipos de razonamiento y el que se considera el más apropiado para esta (Capítulo 5), los cuales se desarrollaran en los siguientes capítulos.

4. LÓGICA FORMAL O INFORMAL EN EL RAZONAMIENTO INDICIARIO

Para analizar el proceso inferencial y su razonamiento, es necesario aclarar inicialmente cómo se entiende la lógica y si el objeto de investigación se debe observar desde la formal o informal. En este sentido, se procederá con un breve prolegómeno de estas.

4.1 Lógica Formal

En aras de unificar el lenguaje en la presente investigación, se parte de que la lógica formal es el estudio de las reglas, principios y métodos que son utilizados con la finalidad de determinar si un razonamiento³¹ es correcto o incorrecto (Cohen y Copi, 2013, p. 4). Porque cuando se está en la elaboración del razonamiento se construyen argumentos con el objeto de justificar la creencia y es la lógica la que se encarga de determinar si existen criterios objetivos, de forma y calidad, para responder a la incógnita de si la conclusión es una derivación de las premisas bases o asumidas en ese razonamiento, garantizando de esta forma la correspondencia con la conclusión, ya sea esta necesaria o probabilística.

Lo anterior se evidencia y tiene especial relevancia dentro del proceso jurisdiccional en la sentencia (y en otras actuaciones interlocutorias que requieren decisiones racionalmente justificadas), la cual es objeto de control y debe plasmar los argumentos y el camino que el operador judicial ha transcurrido para llegar a una decisión de fondo.

Ahora bien, cuando se está ante la jurisdicción, se parte de proposiciones lingüísticas (Igartua, 2021, p. 19) – hechos – que son la base hipotética de lo que se prueba dentro del proceso y por lo tanto del razonamiento, toda vez que son afirmaciones o negaciones que se

³¹ Cuando se hace referencia al razonamiento, se hace desde la lógica aristotélica, es decir, “*un discurso (lógos) en el que, sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido, algo distinto de lo establecido*” (Aristóteles, en tratado de la Lógica, p. 90. Ed. Gredos, 2013)

distribuyen en la demanda, en la contestación, en la reconvención, etc., que finalmente a través de la prueba son determinadas como verdaderas o falsas (entendidas estas expresiones desde una relación de probabilidad y no de necesidad).

En este sentido, las proposiciones son el cimiento de los argumentos, porque estos se configuran por un grupo de ellas del cual se derivan y desligan las que le siguen. Es así, que el proceso de relación o vínculo entre las proposiciones es a lo que se denomina inferencia; en este punto es preciso aclarar que no todo conjunto de proposiciones configura un argumento toda vez que, para que este exista “tiene que haber alguna estructura en ese conjunto de proposiciones, una estructura que capture o muestre alguna inferencia” (Copi y Cohen, 2013, p. 7) la cual se sintetiza en dos elementos: *i*) premisa (como aquella proposición base de un argumento que se constituye como fundamento de otra) y *ii*) conclusión (como la proposición que es soportada por las premisas).

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que la lógica formal – deductiva – se enfoca en el estudio, análisis y evaluación de los argumentos desde una transformación del lenguaje natural a un lenguaje artificial³² como traducción al sistema lógico de estudio.

Desde mediados del siglo XIX, entre otros por Bochenski (1981, p. 3 - 14), se ha correlacionando la idea de lógica moderna a la lógica formal constitutiva de tres principios metodológicos: *i*) lenguaje artificial en el que el simbolismo configura la representación de

³² En la lógica formal la validez de la inferencia entre las proposiciones se analiza desde la estructura y forma y no desde su contenido, a partir de dos tipos de proposiciones (afirmaciones que pueden ser verdaderas o falsas): *i*) simples como por ejemplo “Juan vive en Medellín” como se puede observar, este tipo proposición no se puede descomponer en otras proposiciones o *ii*) compuesta, configurada por varias proposiciones simples que se unen entre sí por medio de conectores lógicos, por ejemplo: “Juan vive en Medellín y está casado con Mariana” (Ejemplo adecuados de Introducción a la lógica de Cohen y Copi). De esta manera, se transforma el lenguaje natural al lenguaje lógico a través de letras que se constituyen en variables (símbolos) de las proposiciones simples como lo son, a manera de dechado: *p*, *s* proposiciones simples con valor lógico verdadero y las proposiciones *q* y *r* con valor lógico falso vinculadas por conectores como lo son: \neg no o no es el caso, \wedge y, \vee o, \rightarrow bicondicional, \leftrightarrow si y solo sí, etc. (Cohen y Copi, 2014, p. 304 y ss)

un solo sentido con la finalidad de eliminar los errores o ambigüedades derivadas del lenguaje natural; ii) formalismo; y, iii) objetivismo representativo de que la lógica formal sólo se ocupa de propiedades como la verdad, falsedad, relación de necesidad o probabilidad etc., indicando un sistema cerrado de procedimientos para la determinación de si el razonamiento es correcto o incorrecto (Perelman, 2007, p. 139).

En esta lógica, se parte del principio de identidad, es decir, si Q, entonces es Q, esto es una fórmula que no se puede desconocer en la lógica formal porque de ella derivan las consecuencias de los axiomas, los cuales son considerados como hipótesis verdaderas o primordiales.

En este breve esbozo de los componentes formales, y en particular del lenguaje artificial, se evidencia que se cercenan elementos necesarios para la coherencia de un sistema; Perelman (2007) lo ha expresado así: “Cada sistema formal será limitado en sus posibilidades de expresión y demostración, **porque** una lengua artificial dada, no permite decirlo todo” [(p. 140) negrilla y cursiva fuera de texto], esto lo explica por la incompatibilidad e inadmisibilidad de proposiciones indecidibles³³ necesarias en un sistema coherente.

Lo anterior, da apertura a la necesidad de un sistema que no se oponga al lenguaje natural y sea compatible con estructuras y composiciones no formales o pragmáticas, como lo es el derecho.

4.2 Lógica informal

Con la lógica informal se busca que el lenguaje natural sea una herramienta de la comunicación sensata, bajo unas condiciones metodológicas, para dar de esta manera

³³ Cuando se refiere Perelman a proposiciones indecidibles significa proposiciones que no son susceptibles de ser negadas o demostradas.

coherencia a las mismas a partir de la interpretación de un sentido aceptable desde un contexto semántico, es decir, se encarga de la argumentación y el discurso; por lo que se abandona la idea de la univocidad del sentido de las palabras, en busca de utilidad teórica y práctica; Perelman (2007) ejemplifica esto con la expresión, entre otras, “los asuntos son los asuntos” (p. 140), en este contexto, se puede observar que “asuntos” no tienen un trato de sinonimia dentro del principio de identidad como se desprendería de los diccionarios³⁴; desde esta perspectiva se quiere significar que hay circunstancias en que el texto o la comunicación se debe interpretar de maneras no habituales, esto es por fuera de un contexto literal.

Esto ocurre en los procesos y en el derecho, el juez debe interpretar la norma, la demanda, los supuestos fácticos manifestados en el expediente, ante la ambigüedad o polisemia por medio del lenguaje natural y sus posibilidades de interpretación a través del razonamiento jurídico, obligándose a justificar la elección de una decisión (motivación de la providencia).

En consideración de lo expuesto, se estima que en el derecho y por lo tanto en el razonamiento jurídico y probatorio, se debe acudir a la lógica informal para estudiar y analizar la justificación o argumento, esto porque “justifica la acción, que permite zanjar una controversia, tomar una decisión razonable” (Perelman, 2007, p. 141), se parte no de la demostración correcta o incorrecta sino de plausibilidad mayor o menor del argumento³⁵, en

³⁴ Si se analizara desde la lógica formal, se constituiría una tautología o reiteración derivada de la univocidad del lenguaje.

³⁵ Aristóteles (1997), en el tratado de la lógica, diferenciaba, entre otros, el razonamiento deductivo y el dialéctico: “Hay **demostración** cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; en cambio, es **dialéctico** el razonamiento construido a partir de cosas plausibles. Ahora bien, son **verdaderas** y **primordiales** las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas (en efecto, en los principios cognoscitivos no hay que inquirir el porqué, sino que cada principio ha de ser digno de crédito en sí mismo); en cambio, son cosas **plausibles** las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados” (p. 90).

esta (la argumentación) se busca como objetivo una decisión razonable, admisible y suficiente, sin que se incurra en falacias (errores lingüísticos o de contenido del argumento).

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que la lógica informal parte de tesis fundadas en principios, sentido común, máximas de experiencia, valores, leyes admitidas por una disciplina, etc.; que en principio no son discutidas por el auditorio al cual van dirigidos los argumentos, lo que conlleva a una carga de la argumentación sobre la oposición a estos.

Esto se asemeja a la carga de la prueba, en su dimensión subjetiva, la cual está en cabeza de quien persigue el efecto o consecuencia alegada, mostrar justificada y razonadamente la desviación del estándar, si se asemejan las tesis admitidas a presunciones corresponde, como lo expresaba Day (dependiendo de la época, principios, políticas y valores) [Perelman, 2007, p. 142], que al adherirse a un principio no se debe justificar ese comportamiento, por el contrario, la violación o contraposición requiere ser probada por quien la expone. Lo anterior, impone no solo una evaluación de la eficacia del discurso, el cual se ajuste a la opinión común, requiere de criterios y estándares más exigentes tendientes a la razón, esto es, una argumentación racional.

Desde esta perspectiva, al pensar en la prueba indiciaria, es necesario ubicarse en el paso inferencial entre el hecho indicador y el vínculo con el hecho indicado, razonamiento caracterizado por la duplicidad entre la asociación de las máximas de la experiencia hacia el tema de la prueba y de estas (las máximas) a la conclusión; este razonamiento que parte de probabilidades (ya sean estas mayores o menores y en consideración al estándar de prueba³⁶) [Ruíz, 2019, p. 476], evidencia que el análisis y estudio del razonamiento indiciario, como

³⁶ Será determinante en la valoración de la prueba, así como el grado de probabilidad de esta (en la decisión) el estándar de prueba autorizado por el legislador ya sea probabilidad prevalente o más allá de la duda razonable.

en general del derecho, se debe hacer desde la lógica informal, es decir, desde la argumentación por la imposibilidad de partir de premisas verdaderas, en un sentido fuerte regidas bajo el principio de identidad en una relación de necesidad (Perelman, 2007, p. 140).

Por esto, y en atención a una coherencia en el desarrollo de esta investigación, es menester abordar el concepto de máximas de la experiencia como premisa mayor en la prueba indiciaria, antes de aproximarse al razonamiento. Al respecto, algunos autores consideran que:

“(…) Los vínculos entre las pruebas y las hipótesis a probar, además de legitimar epistémicamente los eslabones de la cadena inferencial, permitan la formulación de hipótesis probables sobre los hechos de la causa. No se trata, por consiguiente, de proposiciones categóricas que se agotan en el esquema “si A, entonces B”, sino más bien de proposiciones que afirman que cuando ocurren eventos del tipo A, los eventos del tipo B ocurrirán “muy a menudo”, “normalmente” o “casi siempre”. Así, por ejemplo, si el punto importante, por tanto, es reconocer que en toda inferencia casi siempre existe una generalización que conecta un hecho conocido a otro desconocido, permitiendo, de este modo, que las diversas cadenas de asociación inferencial estén vinculadas y conectadas con el caso particular” (Beltrán, 2021, s.p.)

4.3 Máximas de la Experiencia

Si bien es cierto, las máximas de la experiencia están dotadas de una larga historia³⁷, fue gracias a Friederich Stein³⁸ que en su ardua labor sistematizó la disgregación en las fuentes precedentes, de lo que se entiende por estas. Desde esta perspectiva (Stein, 1999), las máximas de la experiencia tienen dos dimensiones: i) desde la lógica y, ii) desde su función en el proceso.

La primera de ellas se enfoca en que las máximas son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general porque las mismas se encuentran separadas de los hechos particulares que componen la causa del proceso que es objeto de juzgamiento; sin embargo, pese a proceder de la experiencia, estas no obedecen a casos particulares, sino que, por la reiteración

³⁷ Ramon Beltrán Calpurrafa (2021) en su texto *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa* en sede jurisdiccional, brevemente menciona el recorrido histórico desde la Grecia clásica hasta el siglo XIX con Stein, siendo estas desarrolladas por diferentes autores de manera dispersa en sus textos o registros hasta su compilación en el texto *El conocimiento privado del juez*: “*De hecho, tras ella existe una elaboración antiquísima que se remonta a los albores de la civilización occidental: esto es, aquella que parte con la concepción de prueba como “ars inveniendi”, “argumentum” y “ratio”, que transcurre desde la Grecia clásica hasta el apogeo de la Roma imperial, y que, posteriormente, a través de juristas tales como Aurelius Cassiodorus, Petrus Abelardus y Petrus Hispanus, es transmitida a la cultura medieval propia de los siglos IX al XIII. De este modo, sobre la base de esta larga tradición histórica, interrumpida en el período de la inquisición por el sistema de prueba legal o tasada, las máximas de la experiencia hunden sus raíces en la noción “máxima propositio”, la cual, propuesta originalmente por Boethius (c. 480-524 o 525), supuso comprender que ciertas proposiciones “son universales y de tal modo conocidas y manifiestas, que no requieren prueba y, más bien, son ellas mismas las que prueban en caso de duda [...]”.* De hecho, a juicio de Roger Bacon, “sin la experiencia nada se puede conocer suficientemente”, puesto que “los modos de conocer son dos: la argumentación y la experiencia”. De ahí que, según D’Argens, “para acostumbrarse a formar juicios justos y evidentes, resulte necesario premunir el entendimiento con una cantidad de proposiciones evidentes y generales, tales cuales son aquellas que se llaman máximas o axiomas”. Quizás por ello, en pleno apogeo del humanismo propio del siglo XVI, dirá Duarenus, que existen algunos criterios comunes a nuestra propia naturaleza humana, de gran valor para la decisión judicial, y que atañen al “usus”, la “experientia” y el “mores hominum” en tanto medios necesarios e idóneos para una acertada valoración de la prueba. Puede decirse, por tanto, que el uso de la experiencia como máxima en materia probatoria es un recurso heurístico antiquísimo, que Stein, influenciado quizás por Kant, se dispuso a elevar a una categoría tendencialmente superior y objetiva en aras de racionalizar su singular ámbito de utilización” (s.p)

³⁸ El trabajo de Stein (1999) en su obra “El Conocimiento Privado del Juez” es de suma importancia para el derecho porque traza la estructura que sigue el operador judicial para llegar a decisión o sentencia desde el razonamiento, “*El veredicto del juez es, indefectiblemente, una conclusión que se obtiene a partir de una premisa menor, consistente siempre en un juicio fáctico o de una premisa mayor que bien tiene carácter jurídico – precepto legal – o bien puramente fáctico*” [(p. 15) Negrilla fuera de texto], articulando sistemáticamente las bases de lo que se entiende por juicio fáctico como premisa mayor y que es de aplicación en el razonamiento probatorio por mandato legal (artículo 176 del Código General) a través de la sana crítica.

y aplicación a circunstancias similares, trascienden de la particularidad para tener validez frente a casos futuros (Stein, 1999, p. 24 – 26).

En este sentido, se puede decir que son contentivas de juicios aclaratorios o definatorios aquellas que versan sobre el uso del lenguaje (general o específico) o los significados de las palabras según el lugar o dialecto; y, de otra parte, se constituyen en tesis hipotéticas aquellas que comprenden circunstancias o condiciones (experiencia), reiteradas con un alto grado de probabilidad como consecuencia del mismo fenómeno, a las cuales se llega a través de la inducción.

Desde este punto de vista, es máxima de la experiencia (y no juicio plural) cuando se piensa y establece como regla³⁹, siendo irrelevantes los casos concretos observados para la formación de esta. La máxima se encuentra así por encima de ellos, pues se espera que, en los casos siguientes, aunque no sean observados se produzcan las consecuencias de la misma manera; es decir, se convierte en irrelevante el caso concreto y el número de casos, necesarios observados para su formación. Esto conlleva a que la regla de experiencia solo conservará su validez en la medida en que los casos nuevos no la contraríen y demuestren que esta es falsa e incorrecta. En otras palabras:

“Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que,

³⁹ El término de máximas de experiencia es usado en el presente trabajo como la representación de una generalización contingente, por lo que su utilización se realiza sin las distinciones propias de sentido común, técnica, científica, lógica.

por encima de esos casos, pretender tener validez para otros nuevos” (Stein, 1999, p. 27).

Ahora bien, desde la segunda dimensión, esto es, su función dentro del proceso, se puede subsumir en tres aspectos: i) la valoración libre, por medio de la cual el operador judicial aplica la regla o máxima de la experiencia para determinar la verdad o el convencimiento dentro del proceso; ii) la apreciación libre que se compone de dos objetos: los medios de prueba y los indicios o más concretamente el razonamiento indiciario⁴⁰; y, iii) la imposibilidad, concepto referido a todo hecho que no puede ser verdadero, porque es contrario a una máxima de la experiencia, porque en este caso, quien lo alega, se encuentra con la carga de la contraprueba para probar su dicho, cuando se está ante una presunción o máxima de la experiencia legal.

Desde este punto de partida, es decir, la concepción de las máximas de la experiencia por Stein y dada la importancia respecto de la prueba indiciaria, la sana crítica y en términos generales del razonamiento probatorio⁴¹, se pueden asemejar a las heurísticas (atajos dados por la experiencia para llegar a la toma de una decisión) que constituirán, en los casos en que sean fuente del argumento, la justificación de la providencia adoptada por el juzgador; no obstante, por lo mismo se ha de advertir que su aplicación en el proceso debe estar sometida no solo a aspectos normativos (sustanciales o procesales) sino a un análisis desde la epistemología y la lógica.

⁴⁰ La máxima de la experiencia como nexo entre el hecho indicador y el hecho indicado que es relevante para el proceso.

⁴¹ Beltrán Calpurrafa (2021) Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional: “Se podría sostener, por consiguiente, que todos los instrumentos que el hombre posee para la comprobación y el examen de la verdad, incluido naturalmente el Derecho, requieren de generalizaciones como una forma de procesar información de modo condensada y graduable, de forma tal de atribuir en su respectiva ponderación mayor o menor peso probabilístico” (sp).

Es así que, las reglas de la experiencia son generalidades empíricas inferidas a través del proceso inductivo⁴² que simbolizan o expresan los vínculos entre “los diversos fenómenos empíricos” (Beltrán, 2021, s.p.), a través del lenguaje⁴³, permitiendo concluir que en circunstancias similares las consecuencias serán semejantes, estas generalidades principalmente cumplen la finalidad de sistematizar y estructurar la información, que sirven como predicciones⁴⁴ frente a los datos observados empíricamente como la identificación del conocimiento o percepción del ser humano respecto del mundo desde el factor de probabilidad y no desde la certeza (Beltrán, 2021).

Desde esta perspectiva, el proceso cognitivo realizado por el ser humano y por el juez, sobre la ocurrencia de un hecho determinado deriva en las inferencias dimanadas de otros hechos conocidos; de tal modo que, cuando se habla del tránsito entre hechos probatorios a los hechos a probar se presume esa conexión inferencial. Esto se traduce en “Si yo sé que los acontecimientos como *A* están vinculados de alguna manera con acontecimientos como *B*, ante la presencia de un hecho del primer tipo puedo inferir (que ha ocurrido o que ocurrirá⁴⁵) un hecho del segundo tipo” (González, 2014, p. 80).

⁴² Para Carlos de Miranda (2014), el razonamiento que se presenta es a través de lo que él denomina inferencia presuntiva: “El hecho de observar constantemente que, por ejemplo, *x* e *y* se encuentran relacionados, nos conduce a sostener, como regla, su asociación epistemológica. Esta asociación es ambivalente. Cualquiera que sea el término de la relación que observemos, pensaremos en el otro (lo inferiremos). La reiterada relación entre ambos términos confiere eficacia «indicadora» a ambos. Esta ambivalencia también se da en las relaciones de causalidad, orden, contigüidad y sustancia-accidente”. (p. 191)

⁴³ Al realizar un análisis de las generalidades empíricas este debe comprender no solo los supuestos o premisas fácticas de observación, sino que debe comprender los elementos lingüísticos y semióticos de la comunicación por medio de los cuales se exteriorizan las inferencias o asociaciones.

⁴⁴ Se precisa que no se hace referencia a universalidades o verdades, sino a probabilidades.

⁴⁵ Este conocimiento lo describe González Lagier (2014) como máximas de la experiencia, es decir, se vincula un hecho a una conclusión porque la observación de *x* números de casos previos ha permitido concluir, a través de la inducción, la existencia de una regularidad entre el primero y su consecuencia derivando en un enunciado general probable.

En este sentido, las relaciones entre los hechos es una vinculación epistemológica (De Miranda, 2014, p. 190) porque es a través del proceso de observación que se generalizan las reglas condicionales; así esa reiteración (de la correlación y existencia) de dos hechos, conducen a una heurística en el sujeto, lo que hace que infiera al pensar en el uno o en el otro su existencia⁴⁶.

En el escenario del razonamiento probatorio es necesario partir del artículo 42 y 280 del plexo normativo procesal, esto es, el deber de motivar la sentencia como una representación de las garantías constitucionales del debido proceso⁴⁷, así, a través de un examen crítico informando y de manera precisa con base en las pruebas aportadas, decretadas (de oficio o a petición de parte) y practicadas dentro del proceso conforme con la normatividad vigente, el juez debe explicitar razonadamente los argumentos que utilizó para llegar a la decisión, constituyéndose este deber en la base de control de su operación, y permitiendo a las partes verificar el razonamiento aplicado por el operador judicial y determinar la existencia de un defecto para acudir a los medios de impugnación o al control constitucional.

Lo anterior, al ser observado desde las máximas de la experiencia y la motivación conlleva a afirmar que el análisis probatorio de la decisión no puede hacerse desde una lógica formal de corte deductivo, toda vez que no satisface sus necesidades, como se mencionó en título anterior, por la imposibilidad que representa el punto de partida desde una verdad

⁴⁶ A esto lo denomina De Miranda como el carácter ambivalente de la máxima de la experiencia porque cada término (función de indicador) se relaciona con el otro.

⁴⁷ Ya Calamandrei en su obra *Proceso y Democracia* lo había expresado: “*La motivación constituye el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdicción, (...) se establece como uno de los requisitos esenciales de la sentencia, y para aquellos que pretender ver en el fallo solamente su aspecto lógico, la motivación es la enunciación de las premisas del silogismo que concluye en los puntos resolutive. El requisito de la motivación es considerado tan importante, que se eleva a la categoría de garantía constitucional*” (p. 116).

primordial incontrovertible y el principio de necesidad, aunado a que el control y estudio, no es reductible al juicio sobre si el razonamiento es correcto o no.

Por el contrario, al ser las máximas de la experiencia generalizaciones empíricas se parte de que son enunciados derrotables a partir de la observaciones de nuevos comportamientos que las falsean, desde esta perspectiva de probabilidad, pragmatismo y contextualidad, el análisis de éstas pasa por la epistemología, la normatividad y la lógica informal desde “un nexo relacional que modela los diversos criterios explicativos para una evidencia dada, dependiendo de cómo y bajo qué condiciones se presenta en su sentido empírico y contextual el hecho a probar” (Beltrán, 2021, sp), esto supone someterlas, a su vez a una prueba de coherencia, toda vez que las mismas se constituyen en una regla de decisión “porque estamos seguros de que la adopción como regla de esa máxima de experiencia nos aproxima -en la mayor medida posible- a una conclusión probablemente verdadera” (González, 2014, p. 81).

5. RAZONAMIENTO PROBATORIO

Como se ha mencionado, se parte de un problema de justificación de la verdad en el proceso inferencial de la prueba indiciaria, el cual se manifiesta en la sentencia y en particular en su motivación, por esto se ha afirmado que es conveniente una postura ecléctica entre el internalismo y el externalismo de la teoría del conocimiento⁴⁸, partiendo de un estudio de lógica informal (Ver. Num. 4.1) para determinar la plausibilidad o probabilidad mayor o menor de la conclusión.

Desde este ángulo, es menester precisar dos conceptos para este trabajo, de una parte *razonamiento* y de otra el *argumento*, el primero es el proceso intelectual que realiza el juez para vincular las proposiciones enunciativas o hechos – hipótesis sobre las cuales versará la decisión – y los hechos probados y la conclusión, es decir ese proceso de asociación que es interno del operador judicial, en el razonamiento probatorio se podría decir que es la conexión o nexo entre el *factum probans* y el *factum probandum*, y este se usa “para garantizar el tránsito racional desde el dato probatorio al hecho probado, (...) y para pulsar la fiabilidad del dato probatorio mismo” (Igartua, 2009, p. 126). En otras palabras, consiste en pasar de unos enunciados a otros (Atienza, 2015, p. 1422), esto es la relación que se establece entre la o las premisas y la conclusión.

De otra parte, el argumento como la exteriorización – motivación de la sentencia – en la que se expone ese proceso cognitivo para ser sometido a control, a través del lenguaje natural, informando el razonamiento aplicado y la justificación de la decisión. Esto hace

⁴⁸ Como se concluyó en el primer capítulo de este trabajo, se acoge a una mixtura entre el internismo y el externismo, razón por la cual se opta por seguir el fiabilismo de las virtudes, toda vez que el mismo tiene como punto de partida creencias doxásticas y no doxásticas desde los estados mentales del sujeto conocedor, pero consciente de la influencia del entorno y mundo externo en ese proceso epistémico.

necesario determinar los tipos de razonamientos y precisar aquel que se considera es más ajustado a las necesidades de esta investigación.

Ahora bien, la prueba judicial cumple una función epistémica en el proceso, y aunque tiene diferentes oportunidades⁴⁹, interesa a este trabajo el momento de la valoración probatoria entendida como el razonamiento (inferencia) que estudia y determina la relación entre los hechos probatorios o elementos de juicio que fundamentarán la hipótesis a probar (González, 2014, p. 85). Esto se descompone en tres elementos: la hipótesis, los elementos de juicio y la relación⁵⁰ entre estos dos que permite llegar a la conclusión. Así, el razonamiento probatorio se podría observar desde dos aspectos, uno sustancial y otro inferencial (García, 2014, p. 59 - 64), el primero referido a la relación empírica entre la hipótesis y el elemento de juicio para concluir de este vínculo que probado los elementos de juicio se entenderá con un grado de probabilidad, probada la hipótesis. El segundo aspecto, el inferencial que se refiere al proceso o tipo de razonamiento que se utilizó para llegar a los vínculos y asociaciones entre los hechos probatorios y los hechos a probar.

Puesto que el tema de investigación se centra en la prueba indiciaria, es necesario precisar que la misma, se entiende como actividad probatoria, por lo que se ubica en el ámbito del razonamiento probatorio; en consecuencia, la motivación (exteriorización del proceso cognitivo) adquiere gran relevancia, porque es a través de ella que se evidencian las

⁴⁹Ferrer Beltrán (2017), considera que la actividad probatoria tiene diferentes fases lógicas en el proceso que pueden concurrir y entrelazarse: “a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos; y c) propiamente, la adopción de la decisión” (p. 154). Artículo La prueba es libertad, pero no tanto.

⁵⁰ González Lagier (2014) plantea que las relaciones o vínculos pueden ser de tres clases: i) según su fundamento, entendido como los elementos “para la corrección del enlace” (p. 89); ii) según su finalidad, esto determinado por el objetivo ya sea epistémico o práctico; y/o, iii) según su fuerza, que se refiere al grado de probabilidad o solidez de las relaciones respecto de la inferencia.

inferencias realizadas por el operador judicial (proceso interno) para optar por una decisión⁵¹, así “más que un razonamiento, el razonamiento probatorio es una cadena de razonamientos” (Hernández, 2014, p. 5) por lo que la decisión judicial debe encontrarse justificada interna y externamente⁵²:

“El juez tiene el deber preciso de extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables. A continuación, sobre la base de estos "datos", debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa. En cierto sentido, lo que no puede ser racionalmente elaborado, no existe a los efectos de la correcta valoración de la prueba” (Taruffo, 2008, p. 26)

5.1 Tipos de razonamiento

En el estudio del proceso inferencial de la prueba indiciaria, es necesario plantear las clases de razonamiento y sus argumentos porque son estos los que dan el parámetro para realizar el control, en este caso, entre los hechos, la prueba y su conclusión.

5.1.1 *Razonamiento Deductivo*

Desde esta perspectiva se pretende explicar y describir las asociaciones o vínculos entre la premisa y validez de la conclusión teniendo como base, premisas universales y verdaderas

⁵¹ Que entre otras debe obedecer a reglas constitucionales y legales como lo son el debido proceso, el derecho a la prueba, la sana crítica, la valoración individual y apreciación en conjunto de las pruebas, preceptos que van encaminados para ejercer límites y control con la finalidad de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos.

⁵² Cuando se habla de esta clasificación de la justificación, se hace desde los desarrollos realizados por Wróblenski (sf, Decisión Legal y su justificación) para este la justificación externa no solo se interesa por la validez del proceso inferencial, sino que se compone de la solidez o fuerza de las premisas; de otra parte explica que la justificación interna, se enfoca en la validez de las premisas fundantes de la conclusión.

por lo que, dentro de esta, se entenderá que la conclusión es verdadera al obedecer al principio de identidad y necesidad. Este ha sido desarrollado principalmente por la lógica aristotélica o clásica y posteriormente por la lógica moderna o matemática.

De acuerdo con lo anterior, el silogismo se estructura a través de un enunciado fundamentado en ciertas proposiciones denominadas premisas de las que resulta probada la proposición – conclusión, la cual no requiere de ningún elemento extraño para obtener la conclusión necesaria. Este se configura bajo tres elementos: i) premisa mayor (contentivo del predicado de la conclusión); ii) premisa menor (contentivo del sujeto de la conclusión); y, iii) conclusión. Al ser las primeras dos juicios (asertórico), deben poderse clasificar como verdaderas o falsas; a la vez que, al ser un medio de conocimiento, su inclinación es proveer un nuevo juicio, inferido este en si un sujeto corresponde con un predicado, que para esta estructura sería la conclusión.

Aristóteles lo sintetiza “Así, pues, llamo silogismo perfecto al que no precisa de ninguna otra cosa aparte de lo aceptado < en sus proposiciones> para mostrar la necesidad < de la conclusión> y llamo imperfecto al que precisa de una o varias cosas más que son necesarias en virtud de los términos establecidos, pero no se han asumido en virtud de las proposiciones” (1998, p. 95).

Ahora bien, desde ese tipo de razonamiento los argumentos se formulan a través de proposiciones categóricas (unidades o partes de un argumento que se traduce en una relación entre categorías) que pueden ser de cuatro clases, genéricamente hablando: i) universales afirmativas, “afirman que la relación de inclusión entre clases se sostiene entre dos clases y dicen que la inclusión es completa o universal” (Copi y Cohen, 2013, p. 215) esto se puede representar en el siguiente enunciado: todos los gatos son animales. ii) universales negativas,

a diferencia del anterior, se niega la inclusión, es decir, el sujeto se excluye del predicado, a modo de ejemplo se representaría en: ningún gato es un animal. iii) particulares afirmativos, este tipo de proposición no afirma la relación de inclusión, sino que se limita a señalar que el sujeto parcialmente podría pertenecer al predicado, ejemplo de ello es: algunos gatos son animales. iv) Particulares negativas, al igual que en el anterior, no se niega de manera universal o general, sino que a través de ella se informa que el sujeto se excluye del predicado o clase, como, por ejemplo: algunos gatos no son animales.

Este vínculo inferencial se caracteriza (Atienza, 2015, p. 1423) porque la conclusión deriva del contenido de las premisas, característica denominada como reflexividad; por la transitividad, porque se infiere la conclusión exclusivamente de las premisas siendo consecuencias del conjunto de estas; y, finalmente la monotonía porque la conclusión o el resultado seguirá siendo el mismo de ese conjunto de proposiciones con independencia de nueva información.

Sin embargo, en derecho este razonamiento no siempre es monótono⁵³ puesto que al añadir nuevas premisas, puede resultar una conclusión disímil a la inicialmente evocada por lo que el razonamiento deductivo no satisface las necesidades desde un contexto social y normativo, esto por dos aspectos principalmente: i) de una parte las premisas base del razonamiento indiciario se fundamentan en hipótesis (hechos) y de máximas de la experiencia, que por su naturaleza desarrollan su solidez en la probabilidad, lo que conlleva a que puedan estar sujetas a cambios por lo que se estaría en la imposibilidad de aplicar los

⁵³ De acuerdo Alchourrón (1995, p. 13), una relación de inferencia deductiva se caracteriza por las propiedades de reflexividad (la conclusión no contiene nada que no se encuentre en las premisas), monotonía (Si se realiza una inferencia de x premisas, no importa que se añadan nuevas, puesto que el resultado no se alterará) y transitividad (Las conclusiones solo se deducen de las premisas).

parámetros formales para determinar la validez del argumento desde este tipo de razonamiento. ii) De otra parte, no es viable afirmar que el resultado del vínculo entre las premisas corresponda con la verdad y que se excluya del estudio elementos interpretativos de carácter interno y externo del investigador.

Al respecto Manuel Atienza expresa:

Tradicionalmente, la lógica se había ocupado de los enunciados descriptivos, y la definición que suele darse (que sigue dándose hoy) de una inferencia válida hace referencia a ello: “si las premisas son verdaderas, entonces lo es también necesariamente la conclusión”. Ahora bien, una norma (un enunciado con función prescriptiva o directiva) no parece que pueda calificarse de verdadera o falsa: será válida o inválida, eficaz o ineficaz, etc.; y, si esto es así, entonces surge el problema de si se puede (o de cómo se puede) aplicar la lógica a las normas. Es un problema complejo y no resuelto aún de manera plenamente satisfactoria (2015, p. 1424).

5.1.2 *Razonamiento Inductivo*

Otro tipo de razonamiento es el inductivo que, a diferencia del deductivo, parte no de una relación de necesidad sino de probabilidad, es decir, es la observación de casos o situaciones, sobre los cuales se generaliza de manera probabilística.

En un sentido estricto, el razonamiento inductivo se fundamenta de la observación de datos particulares con la finalidad de llegar a un resultado - conclusión general desde una asociación de probabilidad aplicable a casos o circunstancias similares. Desde este punto de vista, un claro ejemplo se representa con las máximas de la experiencia que se construyen a partir del examen de un número de casos para formar la regla.

Ahora bien, si se flexibiliza el concepto de inducción en un sentido lato, se podría entender como toda aquella inferencia que no sea deductiva. Sin embargo, al significar que un razonamiento probatorio que no es deductivo es necesariamente inductivo, conlleva cargas imprecisas respecto de su aplicación, en un cúmulo argumentativo preponderantemente débil, que resulta en otro tipo de inferencia.

Gascón Abellán (2013, p. 149) y Atienza (2015, p. 1427) consideran que el razonamiento probatorio se realiza a través de la inducción en un sentido lato porque las premisas base del razonamiento no son universales, implicando esto que la decisión judicial tendrá una fuerza de mayor o menor grado de probabilidad. Desde esta perspectiva, el razonamiento se expresaría a través de:

P1. Premisa mayor, supuesto normativo o cuestión de derecho⁵⁴;

P2. Premisa menor, cuestión de hecho -probados y no probados⁵⁵-;

... *Probablemente*

C. Conclusión probable, decisión judicial o auto interlocutorio que deba ser motivado.

La anterior estructura, se traduce en que cumplidos los requisitos de la norma sustantiva que fundamenta la pretensión o excepción y hallándose probado los mismos es probable que la hipótesis o decisión tenga un alto grado de solidez. Por su parte, Tuzet (2014) lo ejemplifica haciendo uso del modelo teórico y normativo de proceso penal propuesto por Ferrajoli en su

⁵⁴ Respecto de la prueba indiciaria, la premisa mayor puede configurarse por las máximas de la experiencia, las reglas lógicas o científicas.

⁵⁵ Cuando se refiere a los hechos no probados se relaciona el mismo a la carga de la prueba en su dimensión objetiva, toda vez que no encontrado probado un supuesto fáctico a cargo de una de las partes, lleva a que el juez aplique una regla de juicio, desfavoreciendo la pretensión o excepción de quien le incumbía probar.

obra Derecho y Razón, en el que propone un proceso de conocimiento o de verificación, en el que:

(...) la captación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye lo más posible las valoraciones y admite sólo, o preferentemente, aserciones o negaciones -de hecho y de derecho-, de las que se pueda predicar la verdad y la falsedad procesales». El modelo es inductivo puesto que Ferrajoli reconoce que uno de los ineliminables espacios de discrecionalidad judicial es precisamente el de la prueba y su valoración. Normalmente hay más de una hipótesis explicativa de los hechos que se examinan y ninguna de ellas logra imponerse de forma necesaria y exclusiva, por lo que se trata de elegir inductivamente entre hipótesis más o menos probables (2014, p. 140).

Finalmente, para hacer tránsito al razonamiento abductivo, se puede decir que el modelo inductivo ha sido criticado por la dificultad en la verificación del fundamento de su justificación epistémica basado en una única inferencia, y es que a través de este razonamiento no se resuelve el problema de la fuerza demostrativa del argumento (Ruíz, 2019, p. 478).

5.1.3 *Razonamiento Abductivo*

Como se mencionó, se ha cuestionado que las decisiones judiciales, y en particular la prueba indiciaria se base en un razonamiento deductivo o inductivo, debido a que el primero al ser aplicado al derecho se encuentra en la imposibilidad de garantizar la verdad de las premisas; por su parte la inducción no se preocupa por cómo se construyeron las inferencias

para llegar a la conclusión, da por existente las mismas, por lo que no da contestación a la solidez del argumento.

En consecuencia, se ha propuesto como esquema lógico alternativo la abducción⁵⁶, entendida esta como “una inferencia consistente en «pensar hacia atrás», en hacer conjeturas razonables a propósito de unos hechos observados; o sea en preguntarse qué es lo que los explica, por qué han sucedido” (Gascón, 2014, p. 152).

Dicho de otro modo, en relación con la prueba indiciaria, como se anticipó, se trata de un razonamiento asociativo, que en apariencia puede resultar sencillo, pero este se desarrolla en dualidad porque es una vinculación entre diversas inferencias⁵⁷ cuyo nexo se realiza por medio de máximas de la experiencia y el hecho indicador, de allí hace tránsito al tema de prueba nuevamente en una relación de asociación con máximas de la experiencia para concluir en el hecho indicado o desconocido: “en la inferencia indiciaria deben unirse dos razonamientos: el argumento que parte de la prueba, y luego el argumento que se construye basado en el hecho probado para establecer el que interesa al proceso” (Ruíz, 2019, p. 476), se observa así que parte de un hecho conocido (hecho indicador probado en el proceso) hacia algo desconocido (hecho indicado).

En torno a este modelo de razonamiento, se han desarrollado clasificaciones de sus usos jurídicos (Tuzet, 2014, p. 126 - 128); entre las que se encuentran:

⁵⁶ Diversos autores, entre ellos Marina Gascón Abellán (2014, p. 152), atribuyen su desarrollo a Charles Peirce, quien manifiesta que cuando encontramos alguna circunstancia muy curiosa que se explicaría por la suposición de que fuera un caso de cierta regla general, y en consecuencia adoptamos esa suposición. Consiste, en fin, en observar un hecho y aventurar qué es lo que da lugar al mismo (Citado por ésta).

⁵⁷ En el razonamiento indiciario se presenta una cadena de inferencias que se relacionan entre sí para dar vida al argumento, como lo menciona Carlos de Miranda (2014, p. 194), es como un poliedro.

5.1.3.1 Explicativa.

Se formula la hipótesis en una causalidad desconocida, con base en unos efectos conocidos. Si se extrapola al ámbito del razonamiento probatorio, no es otra cosa que, con fundamento en las pruebas, se indague la explicación causal de los hechos acaecidos.

5.1.3.2 Clasificatoria.

Consiste en subsumir un hecho a un concepto jurídico, cuando no se dan las condiciones necesarias y suficientes para aplicarlo, esto es, tiene un carácter conjetural ante la ausencia de estos requisitos.

- a. *Interpretativa*: Se configura con la interpretación normativa y las hipótesis que se derivan de ésta.
- b. *De principios*: Cuando a partir de reglas expresas se infiere un principio general no expreso. “(...) tal principio es objeto de una hipótesis que explica y justifica una serie de reglas expresas”. (2014, p. 127)
- c. *Práctica*: Este tipo de abducción se presenta en la proposición de hipótesis con la finalidad de lograr de la mejor manera un objetivo determinado.

Ahora bien, Carlos de Miranda Vásquez (2014), al analizar la aplicación de la abducción en la prueba indiciaria, para responder si se corresponde con esta clase de razonamiento, lo cataloga en tres tipos (heurística pura, heurística discreta y modus ponens derrotable):

5.1.3.3 Lógica del descubrimiento (Heurística⁵⁸ pura).

⁵⁸ Cuando se hace uso de término heurística en los numerales 5.1.3.3.3 y 5.1.3.4., se realiza desde una concepción en sentido estricto del término, es decir, desde su fuente etimológica y como elemento metodológico de la ciencia en la etapa de descubrimiento. Al respecto Menna (2014) expone que “es un término de raíz griega que significa ‘ayudar a encontrar’, y con el mismo se designa a las orientaciones y criterios que tienen cualidades creativas. (...) sólo las heurísticas en sentido stricto pueden ser consideradas parte de una

Para ello parte de la obra de Peirce, quien desarrolla este concepto, pese a que, en el *Órganon de Aristóteles*, este la había enunciado con la denominación reducción (Aristóteles, 1995, p. 264) o retroducción. Considera éste que se configura en el conocimiento científico en todos los descubrimientos, el cual se estructura así: la premisa menor y conclusión como punto de partida, infiriendo de estas la regla o premisa mayor. Para ello sintetiza este razonamiento en el siguiente esquema (De Miranda, 2014, p. 215):

- Se observa el hecho sorprendente C.
- Pero si A fuera verdadera, C sería un caso normal.
- Por lo tanto, hay una razón para sospechar que A es verdadera.

En esta formulación no se logra determinar el proceder discursivo que lleva al descubrimiento o nueva regla, imposibilitando con esto la aplicación a la prueba indiciaria, se itera ante la incapacidad de dar cuenta del razonamiento, esencial para la valoración y motivación de la providencia, esto se refleja en:

Abducción Radical	Inferencia indiciaria
Alcanza reglas nuevas que explican hechos sorprendentes	Parte de leyes dadas que recogen la experiencia pasada y se asocian con los hechos.

metodología de la ciencia” (p. 68). Por su parte, Aristóteles (1998) al hablar de la fase de descubrimiento informa: “Claro que una ciencia que sólo merece llamarse tal en su camino descendente, en su vertiente deductiva, es una ciencia harto limitada y, sobre todo, dependiente de otro tipo de conocimiento que podríamos llamar (en coherencia con una definición tan estricta de ciencia) «precientífico» y que cargaría con la responsabilidad de la fase «heurística», de hallazgo y elaboración de las nociones previas en cuyo suelo nacerá el árbol del saber apodíctico” (p.303)

5.1.3.4 *Lógica reductiva cotidiana (Heurística discreta)*

La hipótesis se fundamenta en el hecho pasado o antecedente de conformidad con su rastro, esto es, se va hacia atrás, dado un rastro o vestigio (consecuente) se va hacia (retrotrae) la hipótesis o antecedente, siendo posible solo si se dispone de una máxima de experiencia, un esquema de este tipo de abducción se sintetiza así (De miranda, 2014, p. 217):

- (a) Observamos unos hechos {a, b, e, d, e}
- (b) Encontramos encaje a esos hechos en una regla o patrón: p -7 {a, b, e, d, e}
- (e) Concluimos p

5.1.3.5 *Demostrativa (modus ponendo ponens derrotable).*

Cuando se construye la inferencia presuntiva se inicia el proceso con conocimiento de las premisas a utilizar y la conclusión⁵⁹ a la que se va a llegar, en otras palabras, se exterioriza⁶⁰ el proceso cognitivo por el cual se transitó para llegar a la validez de las proposiciones para argumentar que el resultado se corresponde con el tema de la prueba, en una estructura o modelo *ponendo ponens*: *Si P entonces Q*, la cual se representa de la siguiente manera:

$$P \rightarrow Q$$

$$p$$

$$q$$

⁵⁹ Que será sometida a la verificación o falsación en el proceso de construcción inferencial.

⁶⁰ Manifestaciones que se realizan por ejemplo en el libelo demandatario, la contestación, los alegatos por parte de los litigantes y en la motivación de la sentencia por el Juez.

En esta estructura se da una relación de contingencia o probabilidad, toda vez que se trata “de un esquema de argumentación cuyo desenlace es derrotable y refutable” (De miranda, 2014, p. 219). Una representación de lo anterior es:

Hipótesis inicial. Eneas y Dido simularon⁶¹ la venta del apartamento No. 1

P.1: Máximas de la experiencia⁶²: i) falta de capacidad de pago; ii) parentesco; iii) falta de pago; iv) intención de engaño a terceros; v) Conducta las partes contractuales. Cuando se está ante un negocio jurídico de compraventa es de la esencia el precio de la cosa, en este sentido es de fácil acreditación para un negocio jurídico real, acreditar la forma de pago, los recursos.

P.2: Caso: Eneas esposo de Dido simularon la compraventa del apartamento No. 1 de propiedad de ésta, después de que la misma fuera demandada, de esto se dio por probado en el proceso: i) el parentesco de afinidad entre Eneas y Dido mediante registro civil de matrimonio; ii) no se aportó ningún medio de confirmación en el que se evidenciaran la realización de pagos; iii) no se acreditó actividad económica por parte de Eneas; iv) en la declaración de terceros, fue informado que el señor Eneas se dedicaba al cuidado de los hijos no ejerciendo ninguna actividad laboral; v) se aportó copia autentica del proceso por medio del cual se demanda a Dido.

Conclusión: Eneas y Dido simularon la venta del apartamento No. 1

⁶¹ La Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC2906-2021, al explicar la simulación la definen como: “Dos contratantes, para sus fines particulares, se proponen engañar a terceros haciéndoles creer que realizan un acto que realmente no quieren efectuar. Para ejecutar su acuerdo llevan a cabo, exteriormente, el acto ficticio, es decir, declaran querer cuando en realidad, no quieren: y esta declaración deliberadamente disconforme con su secreta intención, va dirigida a engendrar en los demás una falsa representación de su querer (Francesco Ferrara)”.

⁶² A través de las máximas de la experiencia se puede construir, confirmar o refutar la inferencia.

En conclusión, este trabajo asume la postura de Ruíz Jaramillo (2019), en cuanto a que el razonamiento abductivo es el idóneo para realizar el proceso inferencial en la prueba indiciaria, porque⁶³ es una estructura compleja con la capacidad de brindarle al operador judicial las herramientas de clasificación y explicación⁶⁴ de las máximas de la experiencia que tenga a su alcance, así como de determinar la capacidad o solidez (fuerza demostrativa) de la inferencia objeto de examen apartándose de los sesgos cognitivos.

⁶³ Ruíz Jaramillo resalta los beneficios del razonamiento abductivo así: “permite seleccionar las máximas de la experiencia mediante las cuales se construyen las inferencias probatorias y establecer su capacidad suasoria; así mismo, clasificar, interpretar y demostrar los razonamientos que se desprenden de las pruebas, También, facilita explicar la Asociación entre prueba u hechos, como entre estos y los hechos del thema probandum; y desde luego, la asociación entre unos y otros con la generalización del conocimiento humano” (2019, p. 479)

⁶⁴ Tuzet, clasificación según sus usos jurídicos.

6. SEGOS COGNITIVOS Y FALACIAS ARGUMENTATIVAS

Uno de los limitantes del razonamiento indiciario o abductivo, y que es el objeto principal de esta investigación, se funda en los sesgos cognitivos⁶⁵ como mecanismo de desviación al proceso intelectual del juez. Sin embargo, este estado mental del operador judicial de tipo interno no puede ser controlado sino se procede con la representación de esta construcción, en la motivación de la sentencia (proceso externo que estudia la relación nomológica entre el sujeto y el mundo), siendo de mayor peligro la irrupción de las falacias argumentativas.

6.1. Sesgos cognitivos

Ahora bien, fue durante los años 70 que Kahneman y Tversky, partieron del concepto de la racionalidad limitada de Simon⁶⁶ como modelo de selección para proponer una idea propia de esta. Así, para estos autores, muchas de las decisiones acogidas por el individuo se fundamentan en las creencias que posee⁶⁷ el sujeto. A este tipo de juicio intuitivo lo denominaron heurística entendidas como los atajos o procedimientos mentales de estimación, es decir, respuestas intuitivas (Kohan y Macbeth, 2006, p. 59) derivadas de las información o conocimiento con el que cuenta el sujeto. Esta denominación⁶⁸ se debe entender desde un sentido lato, desde el ámbito de la psicología y no es su sentido estricto como parte de una

⁶⁵ Si bien es cierto, en este acápite se hace referencia a los sesgos como límites o restricciones al razonamiento en la prueba indiciaria, es menester precisar que los mismos no son exclusivos de este tipo de razonamiento, por el contrario, como se observa en el sucinto desarrollo de este acápite, los mismo son aplicables a cualquier forma o tipo de razonamiento.

⁶⁶ La Bounded rationality es un modelo de decisión o selección que reconocía límites inherentes al proceso cognitivo por la búsqueda limitada y la capacidad del individuo de cálculo.

⁶⁷ Kahneman y Tversky (1974) “Por lo general esas creencias se expresan en formulas como: pienso que... creo que... es probable que” [(p. 185) traducción propia]

⁶⁸ Menna (2014) diferencia el sentido lato y estricto de heurística así: “*La primera (sentido lato) intenta decir algo acerca de la naturaleza de los descubridores; la segunda –la heurística en sentido stricto–, intenta decir algo acerca de la naturaleza del mundo a descubrir, o sobre la dinámica y estructura de las hipótesis, o sobre sus relaciones*” (p. 75). Negrilla fuera de texto)

metodología en la etapa de descubrimiento - criterios u orientaciones -, lo que denominaba Aristóteles (1998) como precientífica (p. 303).

En este orden de ideas, esas respuestas intuitivas pueden construirse con bases erróneas configurando una desviación en el proceso cognitivo. Esto se evidencia en el razonamiento indiciario con el uso indebido de la máxima de la experiencia, ya porque se ha desestimado la generalidad planteada, ya porque no era aplicable al caso; estos yerros también se pueden observar en el arraigo a una única hipótesis, incurriendo el operador judicial en un defecto fáctico en sentido positivo o negativo para justificar su postura. Es por ello por lo que es necesario referirse a algunas de las formas que asumen los sesgos cognitivos.

6.1.1. Sesgo de confirmación

Es un estado mental en el que el sujeto fija una hipótesis inicial y, ya sea consciente o inconscientemente, al valorar la información sobreestima o resta poder suasorio a los datos (ya sea en su recolección o interpretación), para en su lugar y de manera irracional confirmar su hipótesis o idea inicial.

En muchas situaciones de razonamiento, las personas rechazan el sesgo de confirmación y las pruebas de hipótesis para la obtención de una información real. Los sesgos aparecen, en especial, en los aspectos que son emocionalmente importantes y para establecer las creencias que dan forma a las expectativas de la persona (Nickerson citado por Muñoz, 2011, p. 9).

Una forma de representar este sesgo en el juez es la siguiente:

Supongamos que se inicia un proceso de restitución de bien inmueble arrendado por incumplimiento contractual de cambio de destinación (acordada inicialmente en la

comercialización y preparación de un alimento), subarriendo superior al 50% y reforma del local comercial sin autorización del arrendador.

Se presenta en el proceso la confesión por parte del demandado (arrendatario), se toma la declaración de terceros entre los que se encuentran los subarrendatarios informando forma de pago, área subarrendada (equivalente al 80% del bien) y destinación o actividad comercial, entre las pruebas documentales, se aporta una autorización del arrendador para la reforma o adecuación del inmueble tendiente a la ejecución comercial inicialmente pactada; y, finalmente se anexan seis (6) fotografías en las cuales se representa la división del inmueble ahora en cuatro, destinados cada uno de ellos a una actividad mercantil diferente (Pizzería, venta de celulares, servicio de mensajería, comercialización de paquetes turísticos).

Al momento de tomar una decisión, considera el operador judicial que el arrendatario se encuentra en un estado de debilidad manifiesta e indefensión frente al arrendador por lo que considera que el demandado está llamado a ganar el juicio porque el demandante abusa de su condición privilegiada. Al momento de valorar prueba y decidir basa su motivación en los medios de prueba documentales, afirmando que la autorización que versa en el expediente comprende un ilimitado compendio de facultades para el arrendatario por lo que este podía reformar y subarrendar; informando, además, que las adecuaciones no eran mejoras locativas o suntuarias, sino que se constituían en mejoras necesarias para cumplir con el objeto contractual y destinación comercial, el cual no había mutado. Finalmente, para reforzar su hipótesis, acusa de temeridad al comportamiento del demandante, infiriendo ésta del interrogatorio de parte, conduciéndolo a la conclusión de que el interés de la parte era el reajuste del canon de arrendamiento, sin importar el presunto incumplimiento contractual del arrendatario (redestinación, reformas y subarriendo).

Como se puede observar del ejemplo, el operador judicial en la etapa temprana se formula la hipótesis según la cual “la oposición del arrendatario/demandado esta llamada a prosperar” se evidencia el sesgo de confirmación al valorar las pruebas en su conjunto, pues de ellas da exclusiva preeminencia a las que confirman su postura. Descartando el peso de aquellos medios demostrativos de la probabilidad contraria.

De esta manera, se incurre en defecto fáctico de tipo positivo por dar como probado, sin estarlo la autorización para el subarriendo y reforma. Dando una interpretación errónea y extendida a la autorización otorgada por el arrendador para la adecuación del inmueble objeto de arrendamiento, como facultades ilimitadas al arrendatario.

Con el mismo propósito, tergiversó la valoración del interrogatorio de parte, estableciendo como indicio endoprocesal de temeridad y mala fe del demandante, por contestar, al cuestionamiento, sobre los incrementos anuales al bien.

De otra parte, se configuró defecto fáctico en sentido negativo al no valorar la confesión, la declaración de terceros y los registros fotográficos; y finalmente, en defecto sustantivo por aplicar como supuesto normativo las reparaciones necesarias cuando no era de recibo en el caso expuesto.

6.1.2. Sesgo de retrospección

Se configura en el proceso intelectual cuando se valora la causa fáctica – hechos históricos – desde la consecuencia de estos, considerando que los efectos eran predecibles desde el principio u ocurrencia de los hechos. No es nada diferente a que “una vez el individuo tiene el conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva de manera que el resultado le parece inevitable. El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado” (Muñoz, 2011, p. 6)

Esto suele darse en los procesos de responsabilidad extracontractual por negligencia médica (Páez, 2021, p. 102) cuando el juez se ve influenciado por el daño en el paciente, de modo que entre más gravoso el resultado con mayor severidad se juzga ex post la situación, verbi gracia, los delitos culposos, o cuando se debía someter a un paciente a un intervención menor; y, sin embargo como resultado de esta se configuró la muerte del mismo; o lo que sucede con una falla humana en la maniobrabilidad en un vuelo aéreo comercial cuando puede considerarse que las acciones realizadas por el piloto en el momento de ocurrencia del hecho eran predecibles con base en el conocimiento posterior al accidente.

6.1.3. Sesgo de representatividad

Se fundamenta en un juicio categórico en el que se figura que una cosa, un hecho, una persona pertenece a una categoría por sus características superficiales o sobresalientes, es decir, se clasifica para el objeto, téngase a modo de ejemplo: *x mientras está rindiendo una declaración de terceros ante un juez mostrándose ansioso y frotando sus manos*. Al juez evaluar el testimonio de x lo categoriza dentro de la tipología de un testigo sospechoso y mendaz por su lenguaje corporal, por ser consistente su comportamiento con este tipo de circunstancias. En este caso el operador judicial no tiene en cuenta factores que pueden incidir en el comportamiento del testigo como lo son: que es la primera vez que acude ante la jurisdicción, que puede tener dificultades de comunicación ... y así termina el juez formando su juicio desde la intuición.

Este sesgo se observa de manera notoria en la toma de decisiones en “la interpretación errónea de la evidencia forense” (Páez, 2021, p. 194) porque el valor asignado al medio de prueba sobre pasa su verdadero grado de solidez, fundamentándose en la tasa base y no en la similitud o recurrencia de esta. Por ejemplo: Se encuentra una fibra de una camisa en una

escena de un homicidio, al ser analizada por el laboratorio se dispone que la misma es común y frecuente en la ropa de la población de un rango de edad de 25 a 40 años y que su material no contiene características especiales para discriminarlo por alguna particularidad. Al analizarla con prendas del sospechoso se determina que es consistente con el tipo de material. En este caso, el valor de la fibra encontrada en la ropa del sospechoso no representa un gran valor para el proceso por ser sumamente común⁶⁹ (Ejemplo adaptado de los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales).

6.1.4. Sesgo de disponibilidad

Este sesgo consiste en que el ser humano al examinar una circunstancia haga uso de su imaginación o experiencia (a través de ejemplos inmediatos a él) para determinar la probabilidad con la que puede ocurrir este suceso como un medio de facilitación en el proceso cognitivo. Para Kahneman y Tversky “la disponibilidad es una herramienta útil para examinar la frecuencia o probabilidad porque se suele recordar con mayor facilidad y frecuencia los casos de las clases grandes que los ejemplos de categorías menos usuales” [(1974, p. 1127) traducción propia].

6.1.5. Sesgo de anclaje

Se parte de una estimación inicial al cual se le asigna un valor para ajustar dentro de ese enunciado, lo cual provoca que el sujeto de conocimiento al adquirir nueva información la adapte a la estimación genitora. Este tipo de sesgos configuran errores en la medida en que el resultado a que se llega no es similar si se confronta con un estudio paralelo al caso, porque tiende a que los resultados sean disimiles entre los sujetos de conocimiento. Este suele darse

⁶⁹ Ejemplo adaptado de los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales.

en la valoración de la responsabilidad o en pena privativa de la libertad (Páez, 2021, p. 195) se ancla o ajusta para el proceso en la pretensión el valor, por lo general alto, para que el litigio gire en torno a este valor, o cuando el fiscal solicita la pena más alta, de esta manera el rango de condena se cercará sobre estos estimados, afectando la valoración o cuantificación del operador judicial.

6.2. Falacias argumentativas

Como se ha mencionado en diferentes apartados de este trabajo, las falacias son la representación externa de un error en el razonamiento con una apariencia de correcto que tiene por finalidad engañar a quien va dirigido el argumento, por lo que es a través de éstas que se evidencian en la motivación de la sentencia los sesgos cognitivos a los que el juez estuvo sometido en el proceso de la toma de la decisión.

De allí la importancia del estudio de las falacias, puesto que son evitables y controlables en el razonamiento cuando se cuenta con las herramientas para determinar sus tipos de errores en el argumento. Una guía para estudiar las mismas la presentan Cohen y Copi (2013, p. 125).

6.2.1. Clasificación de las falacias

Esta tipología obedece al contenido y al manejo de este en la construcción del argumento que cimienta las proposiciones o premisa del razonamiento por lo que se hará referencia a las falacias más comunes divididas en cuatro (4) categorías que desarrollan a su vez particularidades o subclases de falacias.

6.2.1.1. De relevancia.

Como su nombre lo indica consiste en darle apariencia de importancia a las premisas que no son relevantes para el resultado o conclusión por lo que carecen de asociación entre las proposiciones y la conclusión, esta ausencia de vínculo vicia el razonamiento porque es poco probable que se corresponda con el resultado extraído. Algunas formas en que se presenta esta falacia son:

6.2.1.1.1. *Argumento ad populum.*

También denominado apelación a las emociones porque se construye el argumento fundado en las emociones y no en las razones provocando en quien va dirigido un sentimiento de simpatía o rechazo, un clásico ejemplo son los sentimientos patrióticos o la publicidad porque buscan apelar a este tipo de argumento para justificar los actos⁷⁰, decisiones o buscar el apoyo de la población para sus fines (Vega, sf, p. 42).

Una manera en la cual se evidencia esta falacia en el proceso judicial es a través de la apelación a la misericordia cuando la base de los alegatos o de la sentencia se fundamenta no en el material probatorio obrante en el expediente o en la valoración de los mismos, sino que se busca la simpatía del operador judicial para que se absuelva o condene sin severidad el acto. Lo mismo sucede con la oposición cuando fundan el argumento en las características del individuo (sesgo de representatividad o de grupo) para generar repudio como medio de convencimiento:

Un estudio reciente de Harvard School of Public Health ha mostrado que, en casos de negligencia médica, la suma de la recompensa monetaria para los demandantes

⁷⁰ Cohen y Copi (2013, p. 138) lo ejemplifican con los discursos de Hitler quien persuadía a la ciudadanía alemana a través de la idea de amor a la patria para manipular a la población.

exitosos depende mucho de la naturaleza de la discapacidad que sufrieron por el hecho de que en realidad el doctor haya cometido algún error (Cohen y Copi, 2013, p. 154)

En el ejemplo anterior, se puede considerar la derivación de algunos sesgos como el de retrospección y el de confirmación, puesto que una de las características de ese planteamiento es que no se determina si existe o no negligencia en la praxis del galeno, por lo que se parte de que la hipótesis genitora y que se confirmará por el juez con independencia de su verosimilitud es la condena en responsabilidad, además de que es posible al hacer el examen ex post considerar predecible la consecuencia.

6.2.1.1.2. *La pista falsa.*

Esta modalidad de argumentación se enfoca en desviar la atención del oyente o lector en algún aspecto que por lo general está asociada a la discusión, pero que no es importante para esta (Bordes, 2011, p. 196).

Para ejemplificar esta falacia se retoma el ejemplo del incumplimiento contractual en el contrato de arrendamiento expuesto anteriormente en este acápite, nótese como al argumentar la decisión judicial el juez desvía la atención en la prueba documental “autorización para adecuaciones” (Ver num. 6.1.1.) y de esta manera trata de convencer a las partes que su decisión se encontraba justificada (Cohen y Copi, 2013, p. 155).

6.2.1.1.3. *Hombre de paja.*

Aunque guarda similitudes con la pista falsa, es una forma particular de conducir la argumentación contra el adversario, distorsionando la realidad sobre este.

Un ejemplo de esto se da cuando se hiperboliza una afirmación por parte del adversario: “cobrar impuesto más impuesto no es una opción porque es contribuir a la corrupción enriqueciendo las arcas de los políticos” (Cohen y Copia, 2013, p. 157)

6.2.1.1.4. *Argumento ad baculum*

Conocido también por apelación a la fuerza, como lo indica su nombre es el uso de herramientas o métodos de constreñimiento despojados de razón o justificación para que la conclusión o el acto sea acogido por los sujetos a los cuales va dirigido. Sin embargo, esta tipología no se limita a la fuerza física, hace referencia también a las imposiciones veladas, algunas formas pueden ser:

En una audiencia inicial, cuando se sigue a la etapa de conciliación el juez dice “Me rijo por el imperio de la ley en el que se debe agotar los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y si bien, dotado de la imparcialidad que es un deber legal, insto a la parte demandante para que concilie con el demandado porque puede ser muy desfavorable a él la condena en costas”. En este enunciado, y sin entrar a exponer ningún otro componente hipotético dentro del proceso y si existen medios de control vertical u horizontal, la expresión del operador judicial constriñe al extremo activo de la pretensión a conciliar, de lo contrario será condenado o desfavorecido en sus pretensiones (Bordes, 2011, p. 228).

6.2.1.1.5. *Argumento ad hominen*

El argumento se funda en atacar características del sujeto para desvirtuar su postura afectándolo como persona y no la conclusión que este defiende (Vegas, sf, p. 14). Este se puede representar en dos modalidades: i) ofensivo; y, ii) circunstancial. El primero se encamina a ofender o menospreciar el raciocinio, integridad, entendimiento, inteligencia, seriedad del sujeto, lo cual no es importante frente a la conclusión y su construcción; como consecuencia de esta, se persuade negativamente al receptor de la información provocando la desaprobación del sujeto atacado. La circunstancial ataca el argumento del adversario a través de premisas que conciernen a situaciones personales, conllevando al receptor a

considerar que su argumento no es válido por encontrarse distorsionado debido a su entorno personal.

Una forma de esta falacia se puede observar si se piensa en el juicio por homicidio de Meursault, en el Extranjero de Camus. Él no fue condenado por el acto delictivo, sino por su comportamiento o conducta frente a la muerte de su progenitora; persuadiendo, el ente acusador, al cuerpo colegiado que un hombre incapaz de sentir dolor, por la pérdida materna reflejado en su comportamiento al no expresar este a través del llanto, dormir en la velación e ir de paseo a la playa el día posterior a las honras fúnebres, se debía declarar culpable. Desviando así la atención de la causa fáctica: legítima defensa del personaje.

Ahora bien, cabe precisar que en esta falacia el argumento ad hominem puede estar justificado en algunos casos, esto sucede cuando se está ante un testigo en un proceso judicial, y lo que se pretende es mostrar al juez que el testigo es sospechoso, pero no es solo mediante la aseveración, esto debe obedecer a un juicio razonable; por ejemplo, la contradicción en el testimonio rendido en la inmediatez o mediante el contraste con una declaración anterior, restando credibilidad a sus manifestaciones. Lo mismo ocurre cuando se ataca las circunstancias del testigo; por ejemplo, el parentesco en un proceso de filiación como muestra de lo convenientes que pueden ser para ese testigo los resultados en el proceso (Battú, 2020, p. 66).

6.2.1.1.6. *Ignoratio Elenchi.*

Se presenta cuando la conclusión que se expone no se corresponde con las proposiciones, es decir el sujeto que realiza el proceso inferencial desvía el resultado natural y sustantivo de las premisas (non sequitur, es decir, el argumento dista demasiado de la conclusión, simplemente no sigue las premisas), pese a que “puede parecer plausible; sin embargo, está equivocado porque no defiende la conclusión en disputa, sino alguna otra”

(Cohen y Copi, 2013, p. 164). Un ejemplo es “Juan, dedicado a hurtar teléfonos móviles, al cometer la conducta punible hacia Martha, le ocasiona una lesión fatal en el pecho en medio del forcejeo. Juan es acusado de feminicidio porque el 60% de los delitos contra las mujeres son en razón a su género”.

Si se mira el anterior enunciado el acto delictivo de hurto terminó con la muerte de la víctima, pero de este no se puede inferir que es en razón a ser mujer, sino del forcejeo entre las partes, por lo que el resultado debería constituirse no como un feminicidio sino como un homicidio agravado (art. 104 CP) por la causal segunda.

6.2.1.2. De inducción deficiente.

El yerro se configura en la solidez o fuerza de las premisas, ya sea porque son inadecuadas o porque son irrelevantes, por lo que no son confiables para el argumento (débiles e ineficientes).

6.2.1.2.1. *Argumento ad ignorantiam*

Ante la carencia de proposiciones se afirma que el argumento es verdadero, solo porque no se ha demostrado de manera concluyente que es falso; o, inversamente que es falso solo porque no se ha probado su verdad, en esta falacia no existen herramientas inferenciales que permitan llegar a esa conclusión. Por lo general se da en discusiones que van dirigidas al cambio, un clásico ejemplo de esta circunstancia es la respuesta de los opositores a galileo frente a la imagen de la luna mostrada por su telescopio, para quienes las irregularidades de la superficie lunar no eran más que la representación de una sustancia cristalina, conservan así su superficie perfecta (Cohen y Copi, 2013, p. 171). El argumento planteado por la oposición no era susceptible, en su momento, de ser sometido a la comprobación para determinar su verdad o falsedad.

Ahora bien, en el derecho, y en particular en el proceso penal, se aplica el estándar de “prueba más allá de toda duda razonable”, este consiste en no condenar al acusado si no se puede probar la culpabilidad. En principio se puede pensar que es una falacia *ad ignorantiam*; sin embargo, se presenta una dualidad: i) es justificable siempre que sea un medio para garantizar a los individuos que prevalece la libertad cuando no se obtienen los medios para una sentencia condenatoria, de esta manera se limitan los errores de privar de la libertad a una persona inocente; ii) pero de otra parte, si se utiliza como argumento para restar valor a las pruebas de manera infundada se constituirá en una falacia *ad ignorantium*.

6.2.1.2.2. Falacia ad verecundiam o de autoridad.

El problema con este argumento no es el uso de la autoridad o experto en el tema, toda vez que es importante fundamentar las razones con el apoyo de las opiniones y estudios realizados. Sin embargo, el problema se presenta cuando se trae como experto la opinión de una autoridad sin que lo sea en el área (Bordes, 2011, p. 216).

Al traspolar este argumento erróneo, a la prueba indiciaria se manifiesta, por ejemplo con el uso de una máxima de la experiencia técnica por parte del juez, extraída de un peritaje realizado por un sujeto que no tiene conocimiento en el área. Si un técnico en construcción (operario) rinde un peritaje sobre la estabilidad estructural de un edificio no es la persona idónea para hacerlo, su fundamentación, pese a que se desempeña en el área de la construcción versa en conocimientos empíricos y pragmáticos, no será un experto en los cálculos, diseño, materiales que requiere la estructura. O cuando el operador judicial hace uso de reglas técnicas que ha leído en documentos científicos a conveniencia y no porque realmente obedezcan a razones para el argumento (Battú, 2020, p. 160).

6.2.1.2.3. *Argumento non causa pro causa*

La causa falsa se presenta cuando la asociación inferencial de una causa a un efecto se establece sin que esto sea así, lo que genera un error grave en el razonamiento. Este tipo de falacias se puede dar por medio del *post hoc ergo propter hoc* (después de) o de la pendiente resbaladiza; el primero se configura porque se vincula que la causa de un suceso se relaciona con el periodo en el que ocurre, esto es, que es causa porque se siguió un resultado; por ejemplo, en la responsabilidad subjetiva en el contrato de depósito oneroso: un vehículo automotor es destruido por el derrumbe del techo del parqueadero después de una fuerte tormenta. Afirmar de este enunciado que el colapso del techo del parqueadero fue causado por la tormenta solo porque sucedió concomitante o justo después de la misma, haría incurrir en este tipo de falacia, porque es probable que existan otros factores determinantes en la causa del resultado lesivo, para lo cual se deberá evaluar con una experticia.

La segunda forma o clase de causa falsa, la pendiente resbaladiza, se basa en argumentos que presuponen la predicción infundada de consecuencias más gravosas frente a las propuestas nuevas (Cohen y Copi, 2013, p. 176): frente al debate de la despenalización del aborto la congresista Sara Castellano manifestó: “despenalizar el aborto hasta la semana 24 es legalizar el asesinato” (Arboleda, 2022, pár. 14) sugiere con ello que la decisión de la Corte Constitucional avala el homicidio en cualquiera de sus modalidades. En este caso se extiende y sobredimensiona los efectos de la despenalización del aborto voluntario.

6.2.1.2.4. *Generalización precipitada.*

Esta falacia se relaciona con los sesgos de confirmación (Bordes, 2011, p. 268) y de representatividad o de grupo porque la generalización se fundamenta en la categorización de un objeto o persona con la experiencia del individuo y sus relaciones con un determinado número de casos, se basa en estereotipos injustificados.

Una representación de este error se da cuando la máxima de la experiencia empleada en el razonamiento inferencial por el juez no obedece a los criterios de la sana crítica sino a su conocimiento o experiencia personal sobre una cosa o persona (Cohen y Copi, 2013, p. 178):

Hipótesis de estudio: Medea denuncia a Jason por acceso carnal violento.

Construcción de la máxima de la experiencia: En mi vida (juez) me he relacionado con dos mujeres, las cuales me mintieron y engañaron; en consecuencia, todas las mujeres son mendaces.

Conclusión Medea es mujer por lo tanto miente.

6.2.1.3. De presuposición.

La desviación surge con la sobreestimación de las premisas dependiendo la inferencia “de suposiciones no justificadas” (Cohen y Copi, 2013, p. 151).

6.2.1.3.1. Falacia de accidente.

Es la aplicación de generalizaciones a casos concretos sin el debido cuidado, y argumentando con ellas para estos, aunque no los cubran. Como se mencionó en el capítulo tercero, las máximas de la experiencia, judiciales o legales, son juicios hipotéticos que formulan reglas o generalizaciones empíricas, fundadas en un vínculo o relación de probabilidad, lo cual implica no solo la derrotabilidad a las cuales pueden ser sometidas, sino que no son universales (Battú, 2020, p. 72). Esta falacia se representa así:

Por mandato legal (art. 214 C.C.) se presume que hijo nacido, en el término igual o superior a 180 días, dentro del matrimonio o unión marital de hecho, es del cónyuge o compañero permanente; sin embargo, la misma no goza de universalidad. Atendiendo a esta presunción legal, en proceso de filiación, el juez por defecto fáctico negativo prescinde de la

prueba de ADN practicada en la cual reporta la no coincidencia del parentesco, declarando vencido al demandado en el proceso.

6.2.1.3.2. *Pregunta compleja.*

El cuestionamiento encierra, mediante un velo, la conclusión o resultado para que se presuponga este, es decir, la finalidad de la pregunta no va dirigida a la consecución de una respuesta distinta a la oculta en ella. Este fenómeno es observable en el proceso en el interrogatorio de parte:

¿Puede informar a este despacho, cómo su patrimonio no reporta incremento o liquidez con la venta del inmueble a su hermana, porque en realidad obedece a una simulación?

6.2.1.3.3. *Petición de principio.*

A diferencia de las falacias que hasta el momento se han expuesto, que se fundan en premisas irrelevantes, la petición de principio hace uso de premisas que son relevantes y por lo tanto son válidas, pero resultan insustanciales para el argumento porque en el intento de justificar la conclusión se encuentra encubierta la o las premisas, lo que conlleva a que no se argumente quedando en un vicio circular (Battú, 2020, p. 77; Cohen y Copi, 2013, p. 183; Vega, sf, p. 50).

En el siguiente ejemplo se presenta una petición de principio porque se parte de una explicación retórica infundada que no ha sido comprobada con la presuposición de que el operador judicial ya está viciado con los sesgos cognitivos:

1. Siempre que el juez se equivoca en el fallo es porque ha incurrido en un sesgo cognitivo.

El juez se equivocó en el fallo

Por lo tanto, el juez, incurrió en un sesgo cognitivo.

2. Las decisiones que toma el juez siempre son justas.

El juez a proferido sentencia judicial.

La sentencia judicial es justa.

6.2.1.4. De ambigüedad.

Se presenta cuando se hace uso ambivalente del lenguaje o expresiones en el argumento con un significado en la premisa y otro en la conclusión, en el que es de gran relevancia, pero se utiliza con diferentes significados.

6.2.1.4.1. Equivocación.

Se usa la palabra en distintos apartes con significados diferentes, esto se representa cuando es disímil entre la premisa y la conclusión. Una forma de representarlo es, por ejemplo, si durante el desarrollo de esta investigación se ha afirmado que la prueba indiciaria es una actividad probatoria, por lo tanto, la palabra prueba se corresponde con resultado, pero en las conclusiones no hago referencia a este sentido, sino al medio, de modo que se presenta una falacia por equivocación (Cohen y Copi, 2013, p. 187).

6.2.1.4.2. Anfibólica

El problema o yerro se basa en la construcción gramatical de la premisa porque la proposición es indeterminada por la falta de precisión en las palabras utilizadas para su formulación, lo que se traduce en que el espectro de interpretación lleve a entenderla como verdadera en un contexto y falsa en otro (Bordes, 2011, p. 177).

6.2.1.4.3. Acento

En ocasiones para interpretar el argumento es necesario hacer un análisis del contexto en que se construye, puesto que puede suceder que al extraer parte de un texto se descontextualice o distorsione el significado del argumento.

Una forma de visualizar esta figura es en la motivación de la sentencia, cuando el juez valora el contenido de un contrato y solo para conveniencia de su hipótesis extrae contenido deformando la voluntad verdadera de las partes.

Como se expresó al inicio del capítulo, el razonamiento indiciario se encuentra sometido a factores internos del juez, porque es a través de las creencias doxásticas y no doxásticas que formula la construcción inferencial a través de las máximas de la experiencia en la duplicidad del razonamiento (del argumento que parte del hecho probado y del hecho indicador al hecho desconocido), es en esta parte que el estudio de los sesgos cognitivos adquiere relevancia porque en los estados mentales del sujeto de conocimiento se configuran estas distorsiones; sin embargo, no es suficiente en sí la postura internista para estudiar los límites a los que puede estar sometido el razonamiento porque resulta poco probable acceder a las conexiones intrínsecas del operador judicial; y, que éstas no se encuentren relacionadas con el entorno; de allí la necesidad de la postura externista de la justificación, porque el entorno y la relación con el individuo hacen parte de la construcción del conocimiento.

Esta relación nomológica entre el sujeto y el mundo en la prueba indiciaria es susceptible de someterse a un proceso de fiabilidad a través del estudio de la motivación de la sentencia, que de una parte exterioriza los estados mentales o cognitivos que el operador judicial ejecutó vinculándose, a su vez, con la construcción social y externa que representa la norma (procesal y sustancial), las máximas de la experiencia como proposiciones o premisas de la conclusión a la cual está sometida la decisión judicial; y, el proceso y el lenguaje por medio del cual se expresa la argumentación; es así, que en esta etapa – en la motivación de la sentencia – se puede evaluar si el razonamiento se encuentra sometido a una desviación (sesgo) representada a través de una falacia argumentativa.

De allí la importancia de establecer la postura de justificación epistémica (internista y externista) y el tipo de razonamiento que se considera adecuado para el razonamiento indiciario, el cual se estima es el abductivo por la naturaleza del proceso inferencial indiciario el cual parte de una hipótesis inicial para concluir la existencia o no de un hecho desconocido que es importante para el proceso. Sin embargo, por la relación de probabilidad que encierra el proceso judicial y los vínculos inferenciales no es susceptible que se formule desde una lógica formal, el derecho constantemente está cambiando y está sometido a la interpretación y cambios sociales no solo por la dogmática jurídica sino por la jurisprudencia, lo que es incompatible con el lenguaje artificial y la imposición limitante en el significado característico de la lógica formal.

7. HERRAMIENTAS PROCESALES DE PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN

Desarrollado en los capítulos precedentes los aspectos generales de la epistemología, haciendo énfasis en la postura externista por cuanto la norma como factor externo incide en la decisión. En la prueba indiciaria, así como la tipología abductiva de la misma se hace necesario recurrir a las reglas legales y constitucionales, por medio de las cuales se establecen un mínimo de requisitos que debe seguir el juez, para garantizar una decisión idónea y de esta manera, garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de los sujetos que acuden a la jurisdicción.

7.1.Reglas de prevención

El constituyente primario a través de los diferentes estatutos procesales ha consagrado presupuestos y deberes para el operador judicial con la finalidad de garantizar el debido proceso; lo que intrínsecamente implica que el razonamiento indiciario no solo debe cumplir con los estándares y compromisos del razonamiento abductivo, sino que además debe estar acorde con estas reglas procesales. En consideración a esto, se hará una breve recopilación de lo que se considera son las normas indispensables en cada proceso para garantizar la toma de la decisión. Iniciando por la etapa preliminar compuesta por los factores previos y concomitantes a la sentencia y a los autos que requieren motivación.

Lo primero que hay que advertir, es el carácter fundamental del derecho al debido proceso consagrado en la Carta Política en el artículo 29, que no sólo configura una protección a la aplicación de normas, el actuar procedimental y el ejercicio de las funciones de las autoridades judiciales y administrativas, entre otras; sino que se traduce en el derecho fundamental a la prueba (Ruiz, 2019, p. 171). Por lo tanto, cuenta con mecanismos de

efectividad para el cumplimiento de éste, por lo que el juez tiene el deber de decretar, practicar y valorar, ya sea a petición de parte o de oficio, todos aquellos medios de confirmación procesal que le permitan llegar a la certeza sobre los supuestos fácticos que componen el litigio. Es así como el Código General del Proceso contempla, entre otros, los criterios que se procederán a enunciar.

Como desarrollo de este derecho, el legislador procesal en el artículo 375 del CPP dispuso la pertinencia de la prueba; y, en el 164 del CGP consagró el principio de la necesidad de la prueba, en virtud del cual todas las decisiones judiciales deben estar fundadas en los medios de confirmación procesal idóneos, útiles, conducentes y oportunamente allegados al proceso garantizando que su obtención no va en contravía del debido proceso. Como se denota, el artículo 164 desarrolla una acepción relacional (analítica y argumentativa) del principio de necesidad de la prueba, como un presupuesto para decidir sobre la causa fáctica (Ruiz, 2019, p. 113: 116); esto, porque la prueba o medio de confirmación procesal cumple una función epistémica de asociación entre la prueba y la verificación, esto quiere decir que, requiere prueba toda afirmación o negación que sea un enunciado fáctico dentro del proceso.

Este principio, de una parte, obliga al juez a fallar con los elementos epistémicos contenidos en el proceso, lo cual garantiza a las partes, entre otras, pero no taxativamente, la transparencia, imparcialidad, publicidad y contradicción dentro del proceso y a su vez, permite el control concomitante y posterior de las actuaciones de este. Pero, también impone la carga subjetiva de probar a quien tiene un interés ya sea en la pretensión o excepción desarrolladas en el litigio.

Lo anterior, se encuentra relacionado con las oportunidades probatorias (art. 173 CGP) en las cuales se deberán solicitar, decretar, practicar e incorporar los medios de

confirmación procesal en el expediente, por ejemplo: la presentación de la demanda (art. 82), la reforma a la demanda (art. 93), la contestación (art. 96), las excepciones previas (art. 100), la reconvencción (art. 371), los incidentes (art. 127) como los momentos procesales en que las partes pueden aportar los medios de confirmación procesal. De igual manera, el juez puede incorporar pruebas de oficio (art. 161) o imponer la obligación a una de las partes de allegar el medio de confirmación procesal por hallarse en mejor posición -carga dinámica- (art. 167).

Lo anterior, porque si bien la formación de la prueba indiciaria entendida como razonamiento probatorio (Ruíz, 2019, p. 478) se da en la etapa de la valoración probatoria, el hecho conocido si debe estar debidamente probado en el proceso (art. 240 CGP), lo que implica que debió ser oportunamente incorporado en este.

No obstante, si el juez omite las oportunidades procesales para la solicitud, decreto o práctica de la prueba cuando sean obligatorias; o desconoce el principio de inmediación, la parte afectada tiene el derecho de solicitar la nulidad conforme a lo establecido en el artículo 133 numerales 5 y 7 del CGP.

De otra parte, tanto el juez como las partes deberán atender a criterios de pertinencia, conducencia y utilidad (art. 164 y 168 CGP)⁷¹. Esta última, entendida desde una perspectiva de economía procesal; la conducencia, como la idoneidad constitucional que tiene el medio de confirmación para demostrar determinado hecho que interesa al proceso; y, la pertinencia, para que la prueba verse sobre los hechos objeto del litigio (Azula, 2015, p. 72). Además,

⁷¹ Rechazo de plano de las pruebas: El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles. En este caso, mediante la enunciación prohibitiva y excluyente impone criterios frente a la prueba.

convergen la licitud y la legalidad en tanto que, debe estar permitido por la ley y no prohibido por esta (Ruíz, 2019, p. 165).

Ahora bien, antes de continuar, cabe advertir que cada una de estas reglas concurren con los principios generales de la prueba como: la *inmediación*, que impone el deber al juez de practicar directamente las pruebas, lo que garantiza su relación epistemológica entre estas y los hechos (art. 6 CGP); la *concentración*, procurando que se cumpla sin solución de continuidad las diligencias (art. 5 CGP); la *igualdad*, de las partes (art. 4 CGP); la *legalidad*, en cuanto se encuentra sometido al ordenamiento jurídico vigente (art. 7 CGP); la *unidad* (art. 176 CGP), entre otros; como parámetros generales que determinan el actuar del juez y se desarrollan con los preceptos normativos.

De otra parte, a través del artículo 176 del plexo procesal civil, el legislador ha impuesto parámetros para la valoración probatoria:

Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

De esta regla, se desprende el derecho de las partes y el deber del juez, de realizar la valoración probatoria racionalmente⁷². Esto implica, el cumplimiento de presupuestos como la sana crítica y de la motivación de la sentencia por medio de la cual se justifica la relación entre la prueba, los hechos y la decisión tomada. Es así que, la valoración de la prueba es

⁷² Este presupuesto se desprende no solo de la norma procesal contenida en el Código General del Proceso (art. 176) sino que emana de la Constitución Política de los artículos 228 y 230 (Ruiz, 2019, p. 435:437).

contentiva del principio de necesidad de la prueba; el uso de un lenguaje natural y comprensible que permita no solo a las partes, sino a cualquier ciudadano, un fácil entendimiento de la administración de justicia que se está profiriendo en el caso concreto; la integralidad y complemento entre la libertad probatoria (salvo las pruebas tasadas) y la necesidad de la prueba (Fonseca y Piva, 2020, p. 187 – 218); y, finalmente, que el operador judicial no rompa el vínculo, en cada una de las partes del proceso que se encuentre tanto en el decreto como práctica de las pruebas, así como, en las oportunidades procesales para la defensa y contradicción, esto es: principio de inmediación (desde la perspectiva de un sistema de libertad probatoria, toda vez que no tiene sentido en uno de prueba tasada), principio de contradicción y los poderes ex officio del juez (Ruíz, 2019, p. 437).

Sin embargo, es necesario diferenciar la etapa preliminar de interpretación de la prueba respecto a la valoración porque la interpretación hace referencia a las oportunidades o acercamiento que tiene el juez a la causa fáctica y medios de confirmación procesal de manera progresiva, es decir, en la medida en que se van desarrollando en el proceso por lo que puede hacerse y rehacerse impresiones sobre las fuentes epistémicas que versan en el expediente. Por su parte la valoración, se enfoca en la fiabilidad o fuerza demostrativa de la prueba que se descompone en dos etapas, la primera, en la determinación del valor individual del medio de confirmación procesal y la segunda, en la valoración conjunta de todas las pruebas que versan en el proceso, es así que establece la premisa fáctica y determina las cargas procesales de distribución del riesgo y peso probatorio; esto, después de realizar la exclusión de los hechos no probados o insuficientemente probados (Abel, sf, p. 1 - 5).

Siguiendo lo dispuesto por el artículo 176 del CGP, la sana crítica⁷³ es una condición para la valoración de la prueba que consiste en un conjunto de patrones para el correcto entendimiento humano en la valoración probatoria, compuesto por máximas de la experiencia, reglas de la lógica y reglas científicas (Fonseca y Piva, 2020, p. 17; Ruiz, 2019, p. 454); esto quiere decir que el juez no goza de absoluta libertad en la valoración sino que está limitado por la lógica y los compromisos implícitos que conllevan un razonamiento adecuado y correcto; evitando de esta manera, incurrir en sesgos cognitivos reflejados en la motivación de la sentencia a través de las falacias argumentativas.

En concordancia con este precepto normativo y el artículo 42 numeral 7° del CGP, se impone el deber de motivación de la decisión judicial que no se agota con la manifestación superflua de los motivos que conllevaron al fallo, exigiendo una exposición razonada de los argumentos que justifican la decisión, es decir, la aplicación de la norma sustantiva y procesal, el proceso inferencial realizado en la valoración en conjunto, la apreciación de las pruebas en forma individual, así como las razones por las cuales se encuentra insuficientemente probado un hecho o la manifestación de la ausencia de demostración del presupuesto fáctico para la aplicación de la consecuencia jurídica buscada, explicando de esta manera la distribución del riesgo y el peso de las pruebas con relación al estándar probatorio⁷⁴.

⁷³ La sana crítica como la conocemos fue una noción desarrollada por la ley de enjuiciamiento civil española de 1855 como un intento intermedio entre el sistema de la libertad probatoria y de la prueba tasada, posteriormente desarrollado por Couture (Fonseca y Piva, 2020).

⁷⁴ El estándar probatorio determina el grado de certeza que requiere el operador judicial para tomar la decisión, esto es, si nos hallamos más allá de la duda razonable la certeza del conocimiento del juez debe estar por encima de cualquier posibilidad que vaya en contravía al principio de inocencia porque este obedece a un criterio en el que priman derechos como la libertad y la vida. Por el contrario, si estamos ante un estándar de probabilidad prevaleciente el grado de certeza o probabilidad no es tan riguroso.

Finalmente, por medio del artículo 242 del Código General del Proceso se condiciona la prueba indiciaria al cumplimiento de tres requisitos: i) la concurrencia referida a la coherencia y coincidencia; ii) la convergencia por medio de la cual el conjunto de indicios se dirige hacia la misma conclusión, iii) y, la gravedad, entendida como la aceptabilidad de la conclusión indicando el grado de probabilidad.

7.2. Medios de impugnación como mecanismos de corrección

Como se ha desarrollado a lo largo de esta investigación el razonamiento indiciario no está exento de someterse a desviaciones o vicios en su formación a través de los sesgos cognitivos, es decir, desde la dimensión subjetiva en el proceso intelectual del juez. Sin embargo, el legislador procesal ha contemplado mecanismos de control a estos yerros, es por esto, que obliga al operador judicial a motivar la sentencia - entendida esta en su dimensión objetiva desde la relación del juez y el entorno - para posibilitar la vigilancia al proceso inferencial a través de los mecanismos de impugnación.

Ahora bien, la impugnación a las decisiones judiciales y la posibilidad de revocabilidad de estas, son el remedio jurídico que el legislador consagró contra las injusticias de las decisiones del juez. Es así como la impugnación es el género y el recurso es la especie (Devis, 2004, p. 505).

Desde esta perspectiva, los medios de impugnación⁷⁵ procesal, son una herramienta de censura por medio del cual las partes procesales buscan la protección de las arbitrariedades en el proceso, las cuales pueden derivar por la omisión, tergiversación, sobrevaloración, rechazo de la prueba, etc., o por la aplicación de un supuesto normativo sustancial no

⁷⁵ Es preciso aclarar que los medios de impugnación tienen por finalidad la rectificación del acto procesal, mientras que la nulidad, tiene por objetivo su invalidación.

aplicable al caso en concreto. En otras palabras, es el derecho subjetivo de las partes procesales para recurrir los errores del juez, toda vez que genera un daño o perjuicio.

7.2.1. *Recurso de reposición*

Lo primero que hay que decir, es que se encuentra regulado en el artículo 318 del Código General del Proceso y sólo procede contra los autos interlocutorios y de sustanciación (salvo que la ley disponga lo contrario) proferidos por el juez para que este revise su actuación con la finalidad de que los revoque, modifique o aclare de acuerdo con los reproches elevados por la parte.

Ahora bien, este recurso horizontal debe interponerse dentro de las oportunidades procesales, es decir, a los tres (3) días siguientes a la notificación del auto o inmediatamente, de manera oral, si se notifica en diligencia o audiencia con la exposición de los motivos de inconformidad; una vez interpuesto se dará traslado a la contraparte según lo dispuesto en el artículo 110 del mismo plexo, para que se pronuncie al respecto y ejerza su derecho de defensa y contradicción. Una vez se agoten estas etapas, el juez se pronunciará mediante auto que confirma, revoca o modifica su actuación.

De otra parte, es menester precisar que este medio de impugnación no procede contra los autos que resuelven el recurso de apelación, de súplica o queja o contra el auto que resuelve la reposición, salvo que sea contentivo de aspectos adicionales y solo versará sobre estos; de igual manera no procede frente a los autos que dicten las salas de decisión (Art. 318, inc. 2 del CGP).

Finalmente, en lo que se refiere al recurso ordinario de reposición, si bien sólo procede contra autos, se hace alusión a este en razón a las providencias que versan sobre la prueba como, por ejemplo, el auto que rechaza la práctica o decreto o el que niega la nulidad procesal o la resuelve; por lo cual no se profundizará en él.

7.2.2. *Recurso de apelación*

La apelación es un recurso ordinario vertical⁷⁶ que procede contra las sentencias de primera instancia y algunos autos interlocutorios⁷⁷ (art. 322 CGP) expresamente consagrados en la ley; por medio del cual se acude al superior jerárquico para que someta a revisión las actuaciones del juez de primera instancia (pero sólo sobre los reparos formulados por la parte - art. 320 CGP) y corrija los errores de este.

Para que sea sometida la actuación al examen por el superior jerárquico, se deben precisar y sustentar de manera concreta los reproches sobre la providencia; porque el *ad quem* sólo puede modificar o revocar lo relativo a los motivos de inconformidad expuestos por el apelante, salvo cuando haya sido apelado por ambas partes o se haya adherido al recurso la contraparte que no apeló, lo cual faculta al superior a resolver sin limitaciones (art. 328 CGP).

En este sentido, la censura se puede basar en una indebida aplicación de la norma u omisión de esta o en el no cumplimiento de las formalidades procesales. Es así que, este mecanismo de impugnación es un acto de parte que requiere de la manifestación expresa,

⁷⁶ A través del recurso de apelación, se desarrolla el principio de la doble instancia el cual se encuentra regulado por el artículo 9 Código General del Proceso y el artículo 29 Constitucional respecto del debido proceso, el derecho de impugnar así como del derecho de contradicción y defensa.

⁷⁷ Si se solicita contra un auto interlocutorio esto puede hacerse directamente o en subsidio del recurso de reposición, pero solo procederá si se confirma la decisión por el juez de primera instancia.

dentro de las oportunidades procesales, del afectado con la actuación para que proceda, es decir, debe ser formulado por quien tiene un interés.

Es por lo anterior, que la alzada, conforme al artículo 322 del CGP, deberá interponerse en audiencia inmediatamente después de haber sido proferida la providencia o dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación por estado si la actuación fue dictada por fuera de diligencia (num. 1), dando cumplimiento a la sustentación de los reproches sobre la actuación, de lo contrario se declarará desierto (num. 3).

Esta carga procesal de sustentación se fundamenta en el sistema de *la pretensión impugnativa*, en la que se limita al superior jerárquico sólo al examen de los reparos concretos porque se conciben estos como pretensiones en contra de la sentencia de primera instancia, la cual se encuentra revestida de presunción de legalidad, es por lo que la sustentación conlleva en sí una carga argumentativa cuya finalidad es precisar los errores de la providencia objeto de estudio (Quintero, 2015, p. 116). Es decir, que la sustentación se divide en dos etapas (siempre que se realice en audiencia): i) con la exposición breve de los motivos de inconformidad frente al fallo, y, ii) mediante la formulación argumentativa y coherente por medio de la cual se presentan los alegatos de manera más amplia sobre el por qué se incurrió en errores en la sentencia.

Aunado a lo anterior, este recurso se puede conceder en uno de tres efectos (art. 323 CGP): i) en el suspensivo, esto quiere significar que se detiene y no se cumple la decisión hasta tanto no se pronuncie el superior o hasta que no se declare desierto el recurso; ii) en el devolutivo y sólo cuando así la ley lo disponga o se solicite por el apelante. En este caso, no se suspende ni el cumplimiento de la providencia ni el proceso ni la competencia del juez de primer grado. Y, finalmente, iii) se puede otorgar en el efecto diferido, esto quiere decir, que

solo se suspenderán aquellas actuaciones que dependan de la actuación apelada, pero, continuará el proceso en lo que no dependa de ella (Prieto y Quintero, 2008, p. 640).

7.2.3. *Casación*

Este recurso en sí mismo no da lugar a una instancia, toda vez que no cuenta con la misma libertad que tiene el juez de conocimiento en primer y segundo grado porque su carácter es limitado; ya que solo se puede acudir a éste por causales taxativamente determinadas por la ley, una vez se hayan agotado los recursos ordinarios y se restringe a ciertos tipos de casos que por su valor o naturaleza justifican la incursión en este medio de impugnación, es por esto que se trata de un recurso extraordinario; lo anterior obedece a que los fines de la casación son defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (art. 333 CGP):

se tramita en razón del interés público que radica en el doble fin que con él se persigue: la defensa del derecho objetivo contra el exceso de poder por parte de los jueces o contra las aplicaciones incorrectas que de la ley hagan y la unificación de su interpretación, es decir, de la jurisprudencia, necesaria para la certidumbre jurídica y para que exista una verdadera igualdad de los ciudadanos ante la ley. (Devis, 2004, p. 514)

En consecuencia con el carácter limitado de la casación, la legislación procesal ha restringido esta a las sentencias de segunda instancia proferidas por los altos tribunales cuando traten de procesos declarativos, a las acciones de grupo dictadas en la jurisdicción ordinaria, a aquellas que liquidan la condena en concreto y a algunos asuntos relativos al estado civil, sólo procederá la reclamación de estado o declaración de las uniones maritales de hecho (art. 334 CGP), teniendo en cuenta el factor de la cuantía (art. 338 CGP) cuando se

trate de asuntos de carácter patrimonial los cuales deben exceder los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 SMLMV). Pero, además, debe incurrir en una o varias de las causales circunscritas en el artículo 336 del CGP, esto es:

1. La violación directa de una norma jurídica sustancial.
2. La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba.
3. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.
4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único.
5. Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados.

La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales.

Es así como, la casación, en sus orígenes, al procurar la unificación del ordenamiento jurídico prescindía de la apreciación de la cuestión fáctica realizada por el operador judicial en la segunda instancia. Sin embargo, por las dificultades entre la separación de la “*quaestio*

facti y la *quaestio juris* como medio para prescindir absolutamente de ella en casación, cuya finalidad es, en última la tutela del derecho objetivo” (Murcia, 1996, p. 336). Es por esto, que respecto a la violación de la norma sustancial el legislador ha planteado dos caminos, la violación directa y la indirecta. La primera, está condicionada a que el juez omita el problema probatorio conllevando esto a que la sentencia se construya sin la aplicación de la norma sustancial que debía emplearse o que aplicando una, le da un alcance que no se corresponde con el caso; por su parte, la violación indirecta es la indebida aplicación de la norma o la omisión de esta generando como resultado una decisión viciada o errada en materia probatoria.

En este sentido, se puede afirmar que existe violación directa a la norma sustancial cuando se incurre en errores de derecho sobre la existencia, la validez o alcance de esta, los cuales tienen fuerza para alterar el fallo. Así se está ante un error *juris* cuando el juez ignora consciente o inconscientemente la existencia de una norma vigente o aplica una derogada. También se incurre en esta causal cuando a pesar de que el operador judicial reconoce la existencia y validez de la norma aplicable al caso, la adapta a una interpretación errada. Calamandrei citado por Murcia (1996, p. 338), representa la violación directa en su obra la casación civil a través de una estructura silogística:

Premisa mayor: se encuentra viciada por una de dos razones, o por la omisión de la norma sustancial o por la aplicación de una norma no vigente, es decir, son errores de existencia y validez; la segunda razón, se encuentra representada en una interpretación equivocada de la norma sustancial.

Premisa menor: El error se presenta en la relación o vínculo (indebida aplicación) entre el supuesto jurídico hipotético y el hecho específico del caso

concreto. Si bien es cierto, los errores derivados de las relaciones entre la calificación jurídica que se debe hacer al caso de estudio y el hecho específico derivado de la norma dan paso a la violación directa, no implica esto que no sea una violación directa a la norma sustancial porque aplica esta causal “cuando el error producido deriva de la indebida calificación o definición jurídica del caso en particular”. (Murcia, 1996, p. 340)

Conclusión, la desviación se presenta sobre la consecuencia jurídica que se le otorga a la inferencia entre el supuesto jurídico perseguido y el hecho específico controvertido.

Ahora bien, por su parte el error *in iudicando* o vicios de juicio conlleva a la violación indirecta de la ley o norma sustancial porque como afirma Calamandrei (1961), cuando se trata del campo probatorio:

Ve en ellas verdaderos y propios *errores iudicando*, denunciables en casación, como casos de error e interpretación de la ley (...); ya que todas las reglas que han subsistido en nuestro proceso como huellas del sistema de la prueba legal, encaminadas a limitar la libertad del juez al admitir los medios de pruebas y a valorar la resultancia de la mismas no están dirigidas a disciplinar la actividad externa del juez en el procedimiento sino a guiarlo en aquel trabajo lógico a través del cual se forma en su pensamiento la sentencia. (p. 307)

Es por lo expuesto que este proyecto se enfoca en la causal 2º del artículo 336 del CGP y la causal 3ª del artículo 181 del CPP de casación o violación indirecta porque cuando se habla de los sesgos cognitivos como límite al razonamiento indiciario, se hace como un

error que afecta a una determinada prueba (indiciaria) en contravía de una norma sustancial y que tiene tal trascendencia que, con su apreciación, omisión o tergiversación tiene la facultad para incidir en la decisión (Corte Suprema de Justicia, 2016, SC 12469, Cons. 4.1.). Y es que como lo manifiesta la honorable Corte Suprema de Justicia⁷⁸ y Calamandrei (1961, p. 307), son vicios de carácter intelectual que se producen en la dimensión subjetiva del juez ya sea porque fundamenta el razonamiento indiciario en un hecho no probado, o que estando probado no tiene el alcance o grado de certeza que le otorga el juez; o por la aplicación de una máxima de la experiencia no aplicable para el caso concreto o de vigencia superada; ya sea porque incurre en un sesgo de confirmación, anclaje o representatividad, lo cual se vislumbra en la motivación de la sentencia por medio de las falacias argumentativas, en el que el error se manifiesta en la indebida apreciación o la falta de esta.

7.2.3.1. Oportunidad y técnica

El recurso extraordinario de casación debe ser presentado dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la sentencia, o contados a partir del día siguiente a la notificación de la adición, corrección o aclaración de esta (art. 337 CGP); en complemento de los requisitos formales y técnicos; Lo primero que hay que señalar es que el examen en casación solo procede sobre los motivos o causales que alega el recurrente, por lo que la parte tiene la carga de alegar todos los reproches de derecho y de hecho sobre la base jurídica esencial del fallo impugnado, de no hacerlo, el recurso se entenderá infundado e inoperante. Es por esto que, se debe encaminar a demostrar que la sentencia impugnada, quebranta el ordenamiento jurídico. Por esta razón, no es suficiente con mencionar los errores del tribunal,

⁷⁸ La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal lo ha expresado, entre otras en las sentencias SP 4638, 4126, 2136 de 2020, etc.; por su parte, la Sala de Casación Civil, ha abordado esto en las sentencias SC 225 de 1999, 7274 de 2015, 12469 de 2016, etc.

sino que debe ser un ataque sistemático a todos los argumentos de la sentencia de tal manera que si prospera se quiebre por falta de apoyadura (Corte Suprema de Justicia, 2018, SC 1916).

En este sentido, algunos de los aspectos técnicos⁷⁹ que hay que tener en cuenta en la formulación de los cargos y la demanda de casación son: i) señalar la ausencia de proposición jurídica sustancial que constituye la violación a la sentencia; ii) no se puede errar en el concepto de violación o causal de casación, es decir, cada cargo debe ser contentivo de una de las formas de quebranto sin la convergencia de otros reproches; iii) no se puede imputar una violación directa de la norma sustancial y distanciarse de la cadena argumentativa sobre la misma, por lo que no se puede entreverar argumentos de una violación indirecta, esto quiere decir que en el mismo cargo no se puede alegar un error de hecho y un error de derecho, aunque el operador judicial hubiese incurrido en ambos yerros; iv) “también peca contra la técnica del recurso el recurrir de que acusando un error de derecho en la apreciación de pruebas, no denuncia como violadas las normas de disciplina probatoria, o lo hace pero desacertadamente” (Murcia, 1996, p. 616); y, v) fundamentar y argumentar en debida forma los cargos formulados

Respecto a la violación directa de la ley sustancial se debe exponer de manera clara los vicios producidos en la valoración jurídica del magistrado en la sentencia. En este sentido, el reparo debe versar sobre la conclusión jurídica y su adecuación a la norma sustancial, esto quiere decir que cuando se plantea no se debe confundir con los reparos a los hechos o a la prueba, lo que conlleva a que el cargo no pueda hacer mención pues su formulación sería antitécnica. Y es que al respecto la Corte ha sido clara en que el reproche fundamentado en

⁷⁹ La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado sobre las reglas técnicas de casación una compilación de las diferentes posturas sobre esta técnica.

esta causal es estrictamente jurídico, por lo tanto, el recurrente acepta los hechos y su estimación en la decisión de segunda instancia.

En este orden de ideas, es necesario por el objeto de estudio centrarse en los cargos de violación indirecta de la ley sustancial configurados por los errores en la apreciación probatoria, para lo cual se seguirán los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia en particular los de la Sala de Casación Penal⁸⁰.

Inicialmente, hay que precisar la distinción que hace esta Corporación entre la apreciación probatoria, que es la aprehensión del operador judicial del contenido objetivo de la prueba; y, es la desviación frente a ese entendimiento lo que constituye la violación; a su vez, la valoración de las pruebas consiste en el proceso intelectual que aplica el juez al analizar la información que emana del medio de confirmación procesal, es decir, el razonamiento. Es así como, en la apreciación se extrae o decanta la información de la prueba y en la valoración se realiza un proceso inferencial para proferir juicios de valor y de esta manera llegar a una conclusión (dar por probado o no las hipótesis fácticas). Esta distinción cobra relevancia, en sede de casación, para diferenciar los errores en la apreciación probatoria los cuales configuran falsos juicios de existencia o identidad; por el contrario, cuando los vicios se encuentran en la valoración provocan un falso juicio de raciocinio, como es el caso de los sesgos en la prueba indiciaria.

⁸⁰ Si bien es cierto la Sala de Casación Civil ha desarrollado el error de juicio por el cargo de violación indirecta se considera apropiado para esta investigación acudir a los desarrollos de la Sala de Casación Penal por la estructuración que ha realizado esta corporación. Por ejemplo, en las sentencias SP 4638, 4126, 2136 de 2020, 32138 de 2012, etc.).

7.2.3.2. *Falso juicio de existencia*

Consiste en la entidad o ser de los medios epistémicos, derivando el error en la observación de este (apreciación de la prueba), ya sea porque tiene por incorporada o existente una prueba sin estar en el expediente pese a que no fue decretada o practicada (suposición) o porque la califica de inexistente, es decir, desconoce por completo una prueba debidamente practicada (omisión). En materia indiciaria, se puede configurar el falso juicio de existencia cuando el hecho base o indicador se soporta en la suposición (Corte Suprema de Justicia, 2006, 20263; 2015, AP 1499; 2022, SP 3882).

7.2.3.3. *Falso juicio de identidad*

Se configura cuando el juez, pese a apreciar la prueba deforma el contenido objetivo o material de esta, ya sea porque cercena, adiciona o tergiversa su contenido por lo que conlleva a que la decisión se funde en una proposición falsa contrario al contenido epistémico de la prueba. El error consiste así en la alteración que el operador judicial ejecuta sobre la apreciación (Corte Suprema de Justicia, 2012, SP 37979; 2020, AP 2298; 2022, SP 3964).

7.2.3.4. *Falso juicio de raciocinio*

Consiste en un vicio en la etapa de valoración probatoria que resquebraja la sana crítica, por lo que impone al recurrente la carga de identificar los medios de confirmación procesal que son objeto de la desviación; la cual debe evidenciar la relevancia y la fuerza para alterar el fallo por ir en contravía de la sana crítica.

En este sentido, cuando se formula el cargo por falso juicio de raciocinio se debe indicar el desconocimiento a los componentes metodológicos de la sana crítica, es decir, porque omitió las reglas de la lógica, las ciencias o las máximas de la experiencia.

Como se observa, los condicionamientos del falso juicio de raciocinio se configuran en el reproche al proceso inferencial o de razonamiento porque la carga argumentativa de la causal de casación (Muñoz, 2016, p. 346 - 347) por violación indirecta, conlleva a que el recurrente manifieste la relación entre la prueba, el error y el razonamiento adecuado que en un examen cuidadoso, diligente y no arbitrario, se produciría en circunstancias normales; esto implica, en el caso de la prueba indiciaria, la exposición del hecho conocido probado, las máximas de la experiencia, las leyes científicas y las reglas de la lógica que, en el deber ser, el operador judicial debió aplicar; y, finalmente el hecho desconocido o que interesa al proceso, mediante la exhibición del razonamiento abductivo; todo esto, en asociación con la norma sustancial indirectamente violada y la capacidad del vicio para alterar el fallo en un sentido sustancialmente opuesto.

Con lo dicho, es de recibo afirmar que mediante este falso juicio se busca un ataque al proceso inferencial desviado que se formó en la dimensión subjetiva del juez; pero esta arremetida no debe basar sus conclusiones en aspectos subjetivos (no es suficiente una confrontación superficial por los desacuerdos sobre la decisión, toda vez que con este recurso no se da apertura a un nuevo debate sino que se evalúan los motivos de inconformidad fundados en las causales legales) porque estaría condenada al fracaso, sino que deben centrarse en la determinación del error y su trascendencia por la grotesca y evidente vulneración a las reglas de la sana crítica (Corte Suprema de Justicia, 2022, SP 3964; 2020, SP 2136; 2017, AP 5615).

Este desarrollo jurisprudencial de la violación indirecta a la ley sustancial que abarca la valoración probatoria, y que por lo tanto incide en la prueba indiciaria, representa la necesidad de los operadores judiciales y de los litigantes por un estudio acucioso de la

tipología idónea de razonamiento para minimizar los vicios y desviaciones; esto, porque si bien se ve una ardua labor por parte de esta corporación (Corte Suprema de Justicia), también se observa que para la misma es indistinto inferir o razonar, deducir lo que conlleva a compromisos epistémicos totalmente disímiles y en algunos casos imposibles de cumplir, como es el evento del razonamiento deductivo y la lógica formal porque la relación que se vierte en el proceso entre las proposiciones enunciativas fácticas, los medios de confirmación procesal y la decisión obedecen a una relación de causalidad y no de necesidad.

7.2.4. *Tutela contra sentencia*

Si bien es cierto, la tutela contra sentencia no constituye un medio de impugnación procesal, si garantiza como última herramienta la protección al debido proceso como un mecanismo excepcional de carácter constitucional y es por ello, que se hará mención de la misma.

En consideración de lo anterior, y en pro de garantizar la seguridad jurídica y la independencia de los jueces, la procedibilidad de esta se condiciona a requisitos y causales específicas que han sido desarrolladas por el juez constitucional (Corte Constitucional, 2015, SU-659). Por lo que, para poder acudir a la acción de tutela es necesario que el asunto a tratar tenga relevancia constitucional, que se haya agotado por parte del accionante los recursos ordinarios y extraordinarios, que se cumpla con el requisito de inmediatez según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; si se trata de una violación de tipo procesal que la misma sea contentiva de una violación a los derechos fundamentales; que los reproches alegados en instancia de tutela hayan sido cuestionados previamente en el proceso judicial, y, finalmente, que la providencia no sea de tutela.

Con lo anterior, queda hacer referencia a los efectos que son de recibo en la acción de tutela y que la Corte Constitucional ha unificado en ocho causales: i) por defecto procedimental, porque el juez de conocimiento desconoce las formalidades y ritualismos procesales; ii) defecto orgánico, consistente en la ausencia de competencia por parte del juez de conocimiento; iii) sustantivo, porque se aplica una norma sustantiva que ha sido declarada inconstitucional o porque contraría la interpretación constitucional que ha sido señalado en control de constitucionalidad; iv) fáctico, porque el funcionario judicial toma la decisión con deficiencias probatorias del proceso, ya sea esto por defecto fáctico positivo o negativo; v) por error inducido; vi) por la falta de motivación en la decisión; vii) por el desconocimiento del precedente constitucional, y, finalmente, viii) por la violación directa a la Constitución (Corte Constitucional, 2005, C 590; 2015, SU-659).

La exposición que se ha hecho en este capítulo es un breve recorrido a los límites que ha impuesto el legislador ante un evento de arbitrariedad de los jueces, no solo a través de etapas preliminares en el proceso como son los estándares de prueba, el deber de motivación, la sana crítica como criterio metodológico razonable de valoración, los requisitos de existencia y validez de la prueba como lo son para el caso de investigación la gravedad, convergencia y concurrencia, sino que además, garantiza los derechos constitucionales y legales a una tutela jurisdiccional y efectiva al debido proceso y al derecho a la prueba a través de remedios o medidas correctivas como lo son los recursos ordinarios y extraordinarios de carácter procesal y la acción de tutela como un mecanismo excepcional de carácter constitucional.

8. JURISPRUDENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

8.1.Sala de Casación Civil

Para esta corporación, la prueba indiciaria ha sido entendida como “un hecho conocido o indicador, debidamente probado, y apoyado en las reglas de la experiencia, de la lógica y de la ciencia, el juez deduce o infiere la existencia de un supuesto fáctico desconocido o hecho indicado” (Sentencia SC 5191, 2020) concepto reiterado a lo largo del desarrollo jurisprudencial de esta sala, en sentencias de SC 6040 de 2001, SC 7274 de 2015, SC 2582 de 2020, ect., que han dado un estudio al indicio en la acción de simulación por tratarse del medio de prueba idóneo que permite traslucir la intención de las partes en la realización de sus negocios jurídicos, a través de un análisis integral en consistencia con la convergencia y concurrencia de los indicios en el proceso, en busca de la determinación de la univocidad o no de los mismos, expresando la necesidad de una relación inferencial de doble sentido deductivo – inductivo, por considerar que:

(...) el método inductivo que auxilia a este medio probatorio, indirecto y complejo, resulta elemento central y trascendente de las investigaciones y valoraciones judiciales, ante la carencia de pruebas directas y el sigilo de quienes actúan movidos con el propósito de fingir y aparentar las manifestaciones de voluntad concretizadas en el negocio jurídico exteriorizado (Corte Suprema de Justicia, 2021, SC 3790).

Postura que ha sido expuesta y desarrollada por el tratadista Devis Echandía (1987, p. 624 - 625) en su obra “*Teoría General de la Prueba Judicial*”, aborda la naturaleza del razonamiento de la prueba indiciaria, considerando que no solo se vale de procesos inferenciales deductivos sino también inductivos en las diferentes etapas inferenciales,

confundiéndose ambos métodos puesto que de una parte es inductiva porque del hecho indicativo o indiciario se concluye la existencia o no de un hecho desconocido; pero de otro lado si se observan las reglas generales de la experiencia o el conocimiento técnico que es base del argumento probatorio, se parte de una generalidad de la cual se deduce el nexo causal entre el hecho conocido (indiciario) y el hecho desconocido por probar, esto es que se deduce porque en el juicio lógico – crítico la inducción y la deducción se confunden.

8.1.1. La prueba indiciaria - prueba indirecta

En este orden de ideas, para la Corte Suprema de Justicia, se comprende el indicio como una prueba indirecta, esto es, como aquella por medio de la cual el operador judicial obtiene el convencimiento, no a través de un contacto sensible o directo, sino que requiere del razonamiento para inferir del hecho o hechos conocidos, debidamente probados, el hecho desconocido. Al respecto la honorable Corte cita a Dellepiane, al referirse a la clasificación de prueba indirecta por la necesidad de “requerir de un hecho intermedio que sirve de antecedente para la acreditación de uno nuevo, el cual se deduce por medio de un análisis lógico o experiencial” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2582, 2020).

En la misma línea, en sentencia SC 3468 de 2020, esta corporación se ha referido al indicio como prueba indirecta en los siguientes términos:

“El indicio como prueba indirecta, no se edifica en la solemnidad o formalidad del hecho indicante, sino en la fuerza o el vigor con que de los elementos indiciarios conocidos y probados, puede llegarse por vía del razonamiento a los hechos desconocidos; aunque por ejemplo de la carencia de solemnidad de un hecho que la reclama, bien puede inferirse la inexistencia del respectivo acto, pero no la posibilidad

de llegar a otras conclusiones, útiles para el convencimiento judicial” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 3467, 2020).

Ahora bien, ya en el año 2015, esta Sala había reiterado la importancia de la prueba indiciaria, al reconocer que:

“(…) es a través de la inferencia indiciaria como el sentenciador puede, a partir de hechos debidamente comprobados y valorados como signos, arribar a conclusiones que no podrían jamás revelarse de no ser por la mediación del razonamiento deductivo. De ahí que a este tipo de prueba se le llame también circunstancial o indirecta, pues el juez no tiene ningún contacto sensible (empírico) con el hecho desconocido, pero sí con otros que únicamente el entendimiento humano puede ligar con el primero” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC-7274, 2015).

En virtud de esto, y de las dificultades que representan las pruebas, denominadas directas por la doctrina, han propuesto un listado enunciativo de los indicios que pueden conllevar a la inferencia de la realización de una presunta simulación; algunos de ellos son las relaciones filiales, de amistad o parentesco, el no pago del precio pactado, el camuflaje de las relación comercial, la conservación de la posesión material de bien, la carencia de capacidad adquisitiva financiera por parte del comprador, entre otros.

En reiteración de la posición de esta corporación, elaborada desde 1977, se ha insistido en la característica suatoria de los indicios que establece el hecho desconocido por la derivación inferencial ejecutada por el Juez, determinada en los supuestos fácticos debidamente probados en el proceso (Corte Suprema de Justicia, 2020), un recorrido sucinto

por este proceso de elaboración de esta Sala se puede observar en la ilación de las siguientes sentencias:

1. En sentencia SC225 del 27 de junio de 1989, ya se hablaba de los errores o límites al razonamiento probatorio configurado en el *error facti*; este versa en el yerro del juicio inferencial o en el examen de los hechos indicadores, dejando así, “de apreciar, tergiversar o suponer los medios demostrativos que dan cuenta de los sustratos fácticos intermediarios, así como cuando el razonamiento deductivo es arbitrario o carente de *sindéresis*”.

2. En 1999 (Exp. 00301 - 01), aclara la Corte que la ponderación fáctica de la prueba indiciaria puede ser equívoca bajo dos supuestos: i) por la indebida apreciación de los hechos indicadores (por defecto fáctico en sentido positivo y/o negativo); y, ii) por los defectos en el raciocinio del Juez en la inferencia deductiva, la cual es abierta y notoriamente contraria al sentido común o a las leyes de la naturaleza. Postura preservada por esta corporación en sentencia SC 12469 del 6 de septiembre de 2016.

3. SC7274 del 10 de junio de 2015, por medio de la cual se ratifica el concepto dado en 1996, en el expediente bajo el radicado 24325-01. Las conclusiones a las que llega el operador judicial a través de la prueba indiciaria se perfeccionan por medio de inferencias deductivas derivadas de los hechos probados y valorados en el expediente, tratándose así de una prueba indirecta al carecer de una experiencia empírica con el hecho indicado, “pero sí con otros que únicamente el entendimiento humano puede ligar con el primero”.

8.1.2. *Indicios y conraindicios*

Por otra parte, es preciso recordar la posición de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en materia de conraindicios, así como de los requisitos de validez de la

prueba indiciaria, para ello es necesario remitirse al anterior plexo normativo procesal civil en su artículo 250 (CPC) y el actual Código General del Proceso en su artículo 242, en los cuales se indican la necesidad de convergencia, gravedad y concurrencia de los indicios, es así como “resulta necesario que estas converjan hacia la misma conclusión: esto es, cada una de ellas debe ofrecer elementos de confirmación para la misma hipótesis sobre el hecho a probar” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 2582, 2020).

Al respecto, ante la existencia de indicios y contraindicios, en sentencia de 2009 (00174-01) reiterada por la sala en 2018 (AC1174), es deber del juez determinar mediante un análisis integral qué inferencias tienen un mayor grado de probabilidad o poder persuasivo, en una valoración en conjunto para no incurrir en un error de hecho, ello porque la libertad de valoración del funcionario judicial “no es de tal naturaleza que pueda dejar de ver hechos que aparecen demostrados en el proceso y que ciertamente sirven de hechos indicados de otros” (Corte Suprema de Justicia, 1977), en consecuencia este debe plantear razonada y motivadamente los argumentos y contraargumentos de los indicios acreditados en el proceso, como lo expresa esta corporación en la sentencia SC 033 de 2015.

8.1.3. Prueba indiciaria y carga dinámica en la responsabilidad médica.

En materia de responsabilidad médica, esta corporación ha sostenido sobre las hipótesis indiciarias y la determinación del nexo causal entre el hecho generador y el daño, que es preciso comprender que el nexo causal no se configura como una característica física de los objetos o cosas, sino que por el contrario es un proceso inferencial en una relación de probabilidad entre un hecho ascendente y un hecho consecuente, esto en concordancia con la tesis Duhem-Quine (holismo confirmacional), en otras palabras, la hipótesis se establece mediante un trasfondo observacional de las condiciones cotidianas, como una pauta para

valoración de los hechos indicados o nuevos con la finalidad de obtener una explicación suficiente entre los hechos observados:

“En efecto, el objeto que el fallador pretendía encontrar probado (nexo causal) no es una propiedad de las cosas ni un objeto físico susceptible de demostración por pruebas directas, sino una categoría lógica que permite inferir que entre un hecho antecedente y un hecho consecuente existe una relación de probabilidad porque la experiencia así lo ha mostrado repetidas veces. La observación de regularidades en los acontecimientos cotidianos permite establecer una teoría o hipótesis que, a su vez, sirve de pauta o trasfondo de significado para la valoración de nuevos hechos y para la selección –de entre el flujo infinito de causas– de aquellas ‘condiciones’ que se estiman relevantes en un contexto determinado” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 9193, 2017).

Con relación a las hipótesis indiciarias, exalta la Corte (sentencia SC 9193, 2017) que en los casos de omisión, ante la ausencia de una relación material, la imputación sólo se logra a través de la norma jurídica por medio de la cual se establece ya sea un deber, una garantía, una consecuencia, etc., reiterando la imposibilidad de construcción del nexo causal (en particular en las negligencias o inhibiciones), puesto que desde un sentido naturalista las omisiones son categorías jurídicas ajenas a la experiencia, impidiendo ser causa.

De otra parte, es menester atender a la distribución de la carga de la prueba y los indicios endoprocesales, en este sentido es menester clarificar que el deber – obligación de aportación de prueba (denominado carga dinámica, de acuerdo a la legislación procesal civil en el artículo 167), es una imposición que el operador judicial ordena a una de las partes de conformidad con las condiciones de facilitación y favorabilidad en su posición para aducir el

medio de prueba, ello no como un beneficio o afección al principio de imparcialidad, sino como una garantía procesal frente al estado de incapacidad e indefensión de la otra parte.

En ese sentido, se puede sintetizar este deber – obligación⁸¹ como una manifestación de la justicia distributiva, cuyo objetivo es la búsqueda de la verdad dentro del proceso, y su renuencia conlleva la consecuencia jurídica o sanción de indicio de conducta grave o endoprocesal, el cual se valorará dentro de los parámetros de la sana crítica y apreciación racional:

“Este deber-obligación concretiza un ideal de justicia distributiva cuando autoriza al juez a ordenar el suministro de pruebas a la parte que está en mejores condiciones de proveerlas; no está dirigido al sentenciador al momento de decidir el litigio sino a las partes en las etapas en las que es posible y necesario incorporar al proceso los elementos materiales que se requieren para el descubrimiento de la verdad; y su inobservancia por renuencia de la parte obligada a colaborar con la práctica de las pruebas no apareja la declaración de la consecuencia jurídica que consagra la norma sustancial, sino un indicio de conducta que ha de valorarse desde el punto de vista de la libre apreciación racional de las pruebas (arts. 71-6, 249 CPC; y 78-8, 241 CGP); sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que puede imponer el juez por incumplimiento de sus órdenes (art. 39-1 CPC y 44-3 CGP)” [Corte Suprema de Justicia, sentencia SC 9193, 2017].

⁸¹ Es necesario precisar que en este fallo la Corte Suprema de justicia, en la sala de Casación Civil, incurre en imprecisiones al momento de otorgarle consecuencias al desconocimiento de la carga dinámica, esto porque la asemeja a un deber – obligación lo que conlleva a que la omisión de esta se corresponda con una sanción; pese a lo anterior, la equipara a su vez a un indicio derivado de la conducta de las partes (endoprocesal) cuya consecuencia es grave, sin embargo el cumplimiento o no de la misma no es correlativa a una sanción, esto con independencia de que a la luz de la valoración en conjunto y la reglas de juicio la decisión sea desfavorable a esta.

Lo anterior es de gran relevancia, toda vez que el legislador procesal, si bien contempló la figura de la carga de la prueba, no determinó una consecuencia para su inobservancia, como se puede inferir del Código General del Proceso:

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares (artículo 167, inc. segundo).

Resulta necesario diferenciar entre la carga de prueba y la incorrecta denominación a la que ha dado lugar la legislación y la jurisprudencia anterior⁸² como carga dinámica o dinamización de la carga, ello porque la primera responde a cuestionamientos como el que⁸³ se prueba y el quien soporta la consecuencia de la falta de probanza en el proceso (un pronunciamiento negativo frente al efecto jurídico perseguido y determinado por la ley). Por el contrario, el deber de suministrar las pruebas se refiere a la aducción de pruebas por quien

⁸² Previo a la normativización de la carga dinámica el Consejo de Estado, en materia de responsabilidad extracontractual del estado por responsabilidad médica, desde el año 2007 asumió esta postura, la cual abandonó en los años posteriores por la dificultad de aplicación de esta y la sorpresa, que representaba para la parte que le era asignada esta carga.

⁸³ Este qué se refiere a los supuestos fácticos de la norma sustancial.

está en una mejor posición o condición de hacerlo o por la cercanía de la parte a este o estos medios de prueba;

“La carga de la prueba no sólo se ha confundido con el deber-obligación de aportación de pruebas, sino que a menudo se invoca una supuesta “*distribución o dinamización de la carga de la prueba*” en casos en los que simplemente se trata de demostrar los enunciados fácticos mediante hipótesis indiciarias” [Corte Suprema de Justicia, sentencia SC 9193, 2017].

El análisis inferencial en cumplimiento de los requisitos de existencia y validez de la prueba indiciaria no es una flexibilización a la probanza; por el contrario, es la reiteración de la importancia de este medio de prueba dentro de los procesos en pro de obtener la verdad y garantizar una tutela jurisdiccional efectiva. De la sentencia anteriormente citada, se extrae la necesidad del rigor del razonamiento inferencial en relación con la valoración en conjunto y el deber de motivación del juez:

“La construcción, valoración y contradicción de pruebas circunstanciales, indirectas o inferenciales se rige por las reglas específicas que para esos medios probatorios consagra el estatuto procesal, sin que sea admisible confundir tales operaciones del entendimiento con una especie de flexibilización o atenuación del principio de la necesidad de la prueba, pues siempre que existan hechos probados a partir de los cuales se pueda inferir la presencia de una presunción de hombre o de un indicio para demostrar la existencia de otros hechos que no pueden probarse directamente, las partes podrán sugerir o postular las hipótesis circunstanciales en sus alegaciones finales, y el juez tendrá que elaborar en la sentencia el respectivo razonamiento indiciario o presuntivo, según el caso, para evitar incurrir en un vicio de motivación por

deficiencias en la valoración material de las evidencias”. [Corte Suprema de Justicia, sentencia SC 9193, 2017]

Se concluye así que la carga dinámica de la prueba es una denominación errónea, toda vez que esta figura supondría la facultad del juez y su anuencia para crear o eliminar elementos normativos a su discreción o arbitrio, afectando de esta manera las disposiciones normativas vigentes, el principio de necesidad de la prueba, la coherencia y congruencia del ordenamiento jurídico; concibiendo a su vez una configuración de culpa presunta que afecta al demandado. Es por esto, que la Corte Suprema de Justicia, en sala de Casación Civil ha iterado en la concepción de indicio endoprocesal derivado de la carga de sumministrazione de prueba cuya consecuencia derivará en un indicio grave, el cual será valorado en conjunto con los demás medios de pruebas aportados al proceso, evitando un resultado desproporcionado como la condena en contra de quien desatiende este deber:

“[D]ependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibíd*em); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente

quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de julio 22, 2010).

Se observa que la Sala de Casación Civil ha mantenido una constante respecto de la prueba indiciaria como razonamiento, que principalmente se evidencia en procesos de simulación y en responsabilidad médica. Sin embargo, esta corporación en lo expuesto no se preocupa por los tipos de razonamiento, y es indiferente para ella el proceso inferencial que se lleva a cabo, es decir, si es deductivo, inductivo o abductivo; de igual manera, si bien es intuitivamente tiene conocimiento de la existencia de sesgos como óbices al razonamiento probatorio no ha sido un tema a desarrollar por esta corporación, y ello representa una problemática al momento de valorar la prueba indiciaria porque limita las herramientas propias de un análisis adecuado del razonamiento (Páez, 2021, p. 213).

8.2.Sala de Casación Penal

En esta Sala, para el análisis de valoración en los cargos de casación se han precisado determinados aspectos para el estudio de las causales, ello interesa a este proyecto en lo relativo a los falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio, porque el primero constituye una violación por dos vías: i) por el falso juicio de existencia por suposición al valorar una prueba que no versa en el proceso; ii) o, por omisión en el cual no valora un elemento de juicio aportado al proceso. En el segundo falso juicio⁸⁴, que es el de identidad, puede incurrirse en tres eventos: i) cuando se distorsiona el contenido de la prueba (tergiversación); ii) cuando adiciona inferencia al contenido de la prueba (adición); y, iii) cuando se suprime

⁸⁴ Es importante aludir a la imposibilidad de concurrencia del falso juicio de existencia y de identidad sobre el mismo aspecto, ello porque cuando se ataca un medio de prueba concreto con falso de juicio de existencia, excluye el de identidad porque el primero afirma una de dos hipótesis o se valoró una prueba inexistente en el proceso o no se valoró una prueba incorporada al proceso. Por el contrario, el de identidad indica es la deformación o distorsión de una prueba existente (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP 4638 de 2020)

contenido a la prueba (cercenamiento). Finalmente, el tercer falso juicio conocido como el de raciocinio, es afectado cuando se desconoce una máxima de experiencia, un principio de la lógica o una ley de la ciencia aplicable al asunto objeto de juzgamiento (Auto AP 643, 2020).

8.2.1. Falso juicio de raciocinio frente al enfoque de género

Respecto del falso juicio de raciocinio [(se verifica al desatender el fallador la regla de la sana crítica) Sentencia SP 4638-2020] esta corporación al considerar el delito de acceso carnal violento y enfoque de género⁸⁵ en Sentencia SP 2136 de 2020 ha considerado que es necesario y una obligación en la ponderación y razonamiento probatorio de los elementos de juicio, en lo relativo al testimonio de la víctima, eliminar los estereotipos y prejuicios machistas como criterios de racionalidad. Este enfoque de género en la valoración se explica en 4 aspectos: i) es un mandato constitucional (Artículos 13 y 43), legal (Ley 1257 de 2008, políticas públicas con enfoque de género, Ley 1719 de 2014) y supraconstitucional (los convenios sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y la convención interamericana para prevenir, sancionar, erradicar la violencia contra la mujer) que obliga a todas las instituciones del poder público a cuestionar y coadyuvar a la superación de la discriminación por factores sociales, económicos, familiares e institucionales que han afectado a la mujer; ii) Estos preceptos llaman a las autoridades judiciales⁸⁶ a materializar en sus funciones legales y constitucionales la perspectiva; iii) Es

⁸⁵ En sentencia SP 2136 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, al analizar la absolución de segunda instancia de los imputados, referente a un acceso carnal violento contra mujer por su pareja habitual de relaciones sexuales y el primo de este, el tribunal cercena la declaración de la víctima en la que expresamente manifiesta su no consentimiento para la realización del acto, considerando la no existencia de fuerza o violencia, la dilación en denunciar la comisión del delito, en la carencia de solicitud de ayuda o auxilio.

⁸⁶ La Corte Constitucional lo ha expresado en la sentencia de tutela 338 del año 2018, como a través de la rama judicial se materializa el enfoque de género: “es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que partan de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por

una obligación que tiene cabida en el ámbito de la investigación y en particular en los delitos relacionados con la violencia contra la mujer; y iv) En el ámbito de juzgamiento se debe incorporar el enfoque de género en el razonamiento probatorio, en particular en los casos de violencia intrafamiliar o sexual, para no incurrir en estereotipos de género al momento de decidir.

Ahora bien, en coherencia con lo anterior, la Ley 1719 de 2014, ha dado parámetros o directrices que permiten una disminución en los sesgos o prejuicios en razón de ser mujer al momento del proceso inferencial, indicando además en sus artículos 18 y 19 por ejemplo que respecto del consentimiento este no podrá inferirse por gesto o conducto o por el silencio de la víctima, en igual sentido prohíbe determinar la comisión o no del delito fundamentado en la ausencia de prueba física o fluidos ADN, rastros de espermatozoides, etc. Es así que, para esta corporación:

“Como se ve, fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres” (Sentencia SP 2136 de 2020).

razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad”.

Aplicar por equivoco algunos de estos estereotipos⁸⁷ conlleva a un error de hecho⁸⁸, por lo tanto, la legislación ha ordenado su negativa a la aplicación de estos por tratarse de juicios viciados derivados de la preconcepción machista⁸⁹ sobre el comportamiento que a su parecer debe asumir una mujer frente a las circunstancias de hecho de un acceso carnal o agresión sexual. En consecuencia, sustentar el razonamiento probatorio en estas falacias y sesgos culturales afectan la administración de justicia, porque se abstrae de un juicio justo fundado en el principio de igualdad bajo la modalidad de falso juicio de raciocinio, es por ello que al construir la prueba indiciaria bajo los estereotipos o preconcepciones patriarcales indudablemente se presenta un defecto en el razonamiento. Esto no significa nada diferente a que “los estereotipos de género implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales” (Corte Suprema de Justicia, 2020, SP2136); de esta manera se establecen jerarquizaciones y categorizaciones minusvalorativas en contra de la mujer, distorsionando las impresiones y percepciones en sede judicial basando el fallo no en los elementos probatorios aportados al proceso, sino en creencias y mitos preconstituidos⁹⁰ en la mente del operador judicial, omitiendo los hechos relevantes para el proceso.

⁸⁷ Ejemplo de estos, son algunos enunciados que la Corte Suprema de Justicia ha resaltado para evidenciar el error al fundar la decisión en estas falacias: si no se encuentran evidencia física o fluidos, luego no ocurrió el hecho o no fue violento; si la mujer guardó silencio o no se resistió entonces fue consentido o si el agresor utilizó preservativo, indica ello el consentimiento de la relación sexual; por lo general cuando una mujer dice no en materia sexual, quiere decir sí.

⁸⁸ Se configura el error de hecho en este caso, porque el Juez aprecia elementos de juicio en contravía de las reglas de sana crítica o se realizan inferencias contrarias a estas, dejando de lado la lógica y la ciencia omitiendo así las máximas de experiencia o dando tal calidad a las proposiciones que no lo son.

⁸⁹ En estos, también se incluyen expresiones como mujer mendaz, mujer honesta, de buena reputación, la discriminación fundada en la temprana actividad sexual como parámetro incidente en el fallo, o la incidencia de la vida y comportamiento de la víctima.

⁹⁰ Falsas reglas de experiencia.

De acuerdo con lo anterior, en la misma providencia [SP2136-2020(52897)], esta Corporación en coherencia con su argumentación ha dicho que:

Es que los estereotipos, incluidos los asociados al género, «son elementos cognitivos irracionales» que «poseen pretensiones descriptivas y funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas» (por ejemplo, las mujeres se visten provocativamente para incitar comportamientos sexuales en los hombres), o bien, pretenden «imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado» (verbigracia, las mujeres, si no consienten una interacción sexual, deben oponer resistencia física a su consumación).

Por lo tanto, cualquier razonamiento probatorio, inductivo o inferencial que los replique o afirme (salvo que tenga asidero en su demostración real y concreta en el caso específico, lo cual puede perfectamente suceder), será contrario a la sana crítica, en tanto ésta reclama que los procesos intelectivos y de valoración de la evidencia respeten las máximas experienciales, de las que se apartan los planteamientos sustentados en ideas discriminatorias o prejuiciosas desprovistas de asidero fáctico y empírico.

8.2.2. Petición de principio

De otra parte, es importante señalar la petición de principio como un medio falaz que configura el falso juicio de raciocinio porque es un error del razonamiento que consiste en tratar de probar o demostrar lo desconocido desde sí mismo, esto se traduce en que cada cosa existe si existe cada cosa, entrando en un círculo vicioso en la argumentación, esto se presenta cuando la proposición a ser probada se incluye implícita o explícitamente entre las premisas, es decir, cuando se intenta probar una tesis argumentando la misma tesis a

demostrar, arribándose a la consecuencia de llegar a una conclusión que no encuentra respaldo en ningún medio probatorio, sino en un juicio falaz o mentiroso (Corte Suprema de Justicia, SP 4638, 2020; SP 1119, 2020; SP 091, 2021).

8.2.3. *Fuerza probatoria de la prueba indiciaria*

Ahora bien, en cuanto a la prueba indiciaria, en diversas sentencias (SP 1569 de 2018, SP 4126 y 4638 de 2020, entre otras), la Sala de Casación Penal ha reiterado, que pese a su ausencia en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, hace parte del sistema probatorio colombiano, indicando que la estructura de la misma es la existencia de un hecho indicador debidamente constatado (cuales son las pruebas que lo soportan, así como su valor), de lo contrario pierde toda credibilidad y por lo tanto no puede constituirse como prueba indiciaria. Sobrepasada esta etapa de demostración del hecho conocido se debe emplear la regla o máxima de experiencia⁹¹ que le concede al indicio la fuerza probatoria, manifestando claramente cuál es, para así garantizar el derecho de defensa y contradicción. Finalmente, posterior a realizar el proceso inferencial procede a indicar cuál es el hecho desconocido o indicado, valorando de una parte la máxima de experiencia (que le da fortaleza) y la valoración conjunta con todos los medios de pruebas aportados al proceso, para concluir si se constituye en prueba indiciaria o no.

Se puede afirmar así, que para esta corporación, a partir de la prueba indiciaria se puede fundamentar el fallo (ya sea este condenatorio o absolutorio), siempre que cumpla con la

⁹¹ Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 2 de Noviembre de 2011, radicado 36544), las máximas de experiencia son todas aquellas construcciones teóricas que pretenden ajustarse a la generalidad y universalidad partiendo de la estructura “Casi siempre que pasa A, entonces el resultado es B”, cuya finalidad es servir de fundamento argumentativo, lo que conlleva al deber de encontrarse sustentados en hechos demostrados; significando así que no son irrevocables o desvirtuables.

univocidad y contundencia para determinar la responsabilidad del implicado en la comisión de los hechos punibles objeto de investigación, no obstante, deben estar cimentados en hechos plenamente probados y las inferencias marcadas por la seriedad y razonabilidad a partir de reglas de la sana crítica⁹², pues si solo se trata de probabilidades o meros criterios de quien realiza el análisis, no pueden ser acogidos para fundar una condena, dado que subsistirán en el campo de la incertidumbre o la especulación (Sentencia 4638 de 2020). Sin embargo, para ello debe sobrepasar un juicio lógico integral debido a la naturaleza contingente del indicio (probabilidad) para poder asignarle valor probatorio, ello implica exigirle al juez, como lo determina la sentencia SP 4126 de 2020, citando la postura de la Corte que:

“La contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, porque sólo cuando la balanza se inclina seriamente hacia las primeras y descarta las segundas, puede afirmarse la gravedad de una prueba que por naturaleza es contingente. Rechazar la otra posibilidad lógica que puede ofrecer un hecho indicador, sin cerciorarse de que ella en realidad haya sido objeto de examen y desestimada expresa o tácitamente por el juez, sólo porque éste ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, sería alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria”. (CSJ SP 12/05/04, Rad. 19773).

⁹² Cordón, J (2011), González, D (2004), Ruíz, E. (1989), consideran de gran relevancia la prueba indiciaria como medio de confirmación en los aspectos subjetivos de la conducta delictiva, constituyéndose esta como una herramienta única en la averiguación de tales eventos o circunstancias.

Ahora bien, la prueba indiciaria tiene sus límites en su cimentación desde las garantías legales y constitucionales, es decir, que no se puede rechazar la construcción de un indicio solo porque se basa en una sola fuente prueba o en multiplicidad de medios probatorios que confirman el hecho indicador, lo que no es de recibo es que haya multiplicidad de indicios o contraindicios porque de esta manera perdería la fuerza probatoria. De igual manera no es objeto de reproche que la judicatura en el instante de la producción y construcción indiciaria (decisiones de fondo) se sirva de una prueba (por ejemplo, una declaración), para extraer dos o más hechos indicadores y establecer dos indicios separados (sentencia 32138 - 2012).

Con relación al desarrollo jurisprudencial en Sala de Casación Penal se observa al igual que la Sala de Casación Civil que indistintamente tratan la inferencia como deductiva e inductiva. Sin embargo, el desarrollo de la prueba indiciaria en esta corporación en su sala de Casación Penal, ha sido una elaboración preocupada por el razonamiento y los límites a éste, como se puede evidenciar con el enfoque de género y los delitos de violencia contra la mujer.

De otra parte, es de señalar la concurrencia de este medio de prueba para constituir el convencimiento del juez en materia penal, uso que por el contrario se encuentra sesgado en el proceso civil, que en la mayoría de los casos se aplica para los procesos de simulación y de responsabilidad médica.

9. METODOLOGÍA

La investigación se desarrolló mediante un enfoque cualitativo, de paradigma positivista analítico, a través de la técnica de recolección documental, de acuerdo con los siguientes parámetros:

9.1 Enfoque de investigación

Los aspectos metodológicos del proyecto de investigación fueron abordados desde un enfoque cualitativo, toda vez que el objeto de estudio tiene por finalidad la exploración y comprensión de los límites del razonamiento en la prueba indiciaria a través de los sesgos cognitivos, sin la pretensión de enumerar o lograr una exactitud cuantitativa, centrando la indagación en los fundamentos teóricos y dogmáticos en relación con la normatividad vigente que regula este medio de prueba.

Con fundamento en lo anterior, como técnica de recolección de información se seleccionó la documental bajo la forma de dogmática jurídica (Coing, 1982, p. 245), puesto que el punto de partida fue la normatividad vigente en la legislación procesal, particularmente sobre la prueba indiciaria.

Ahora bien, para abordar los límites y problemas del razonamiento probatorio se hizo necesario hacer uso de la epistemología sin recurrir al referencialismo o filosofía analítica, toda vez que el estudio de los sesgos, así como las herramientas procesales (reglas y medios de impugnación), toman como punto de partida la concepción del derecho como construcción social, a partir del cual se producen decisiones y conocimiento. En este sentido se desarrolla una investigación pragmática normativa, desde el análisis conceptual (Lariguet, 2016, p. 224:234).

Conforme con lo expuesto, por tratarse de una investigación de análisis de la realidad jurídica de la prueba indiciaria, enfocada a los límites del razonamiento probatorio (sesgos) obedeció a la finalidad de comprender este fenómeno y determinar si las herramientas procesales son suficientes o si por el contrario las desviaciones son una constante en el razonamiento.

Ahora bien, partiendo de una investigación jurídica se tuvieron en cuenta dos dimensiones básicas de estudio: la normativa y la axiológica. La primera da cuenta de los preceptos normativos contenidos en el Código General del Proceso, artículos 240 al 242, es decir, la regulación legal y constitucional vigente en el territorio colombiano; la segunda hace referencia a la dimensión valorativa, que para el objeto de estudio se relaciona con la justicia y el derecho fundamental a la prueba.

9.2 Tipo de Investigación

El objeto de estudio hizo uso de un enfoque multimétodico, esto por tratarse de una investigación explorativa en tanto que el problema de estudio es un tema poco abordado por la dogmática jurídica y las investigaciones nacionales.

De otra parte, es explicativa correlacionada con los propósitos explorativos y la interpretación de la realidad jurídica, procurando entender y dar cuenta del fenómeno objeto de estudio, esto es, los limitantes al razonamiento en la prueba indiciaria, junto con las herramientas jurídico-procesales para mitigar las desviaciones, así como analizar la suficiencia de estas o no, para garantizar el derecho fundamental a la prueba y a una tutela jurisdiccional efectiva.

9.3 Método de investigación

Por el objeto de estudio derivado de la normatividad jurídica vigente (en particular de los artículos 240 al 242 del CGP) respecto de los vacíos, impresiones y lagunas en el razonamiento probatorio de la prueba indiciaria se desarrolló desde un método positivista de tipo analítico, esto es, el análisis de la realidad jurídica se realizó desde el lenguaje normativo.

9.4 Técnica de recolección

Se desarrolló la recolección de información documental; ello porque las fuentes de estudios se derivan de libros (doctrina), jurisprudencia (hemerográfica jurisprudencial), audio/videografía (conferencias) y revistas especializadas (hemerográfico), bajo la forma de dogmática jurídica. En esta técnica de recolección se hizo uso de la intertextualidad y la intratextualidad de los documentos.

9.5 Instrumentos de recolección

Como herramienta para la sistematización y ordenación de la información recolectada se hizo uso de fichas y resúmenes bibliográficos, jurisprudenciales y videográficas:

9.6 Técnica de análisis

Como se mencionó en el enfoque (numeral primero de este acápite) se realizó un análisis de concepto en la dogmática jurídica, en la legislación y en la jurisprudencia, sobre la prueba indiciaria, entendida desde la polisemia por las impresiones conceptuales y múltiples usos indiscriminados que giran en torno al vocablo. El análisis inició por los usos desde la norma, la jurisprudencia y la dogmática, con la finalidad de determinar y dar claridad sobre el uso en el cual se desarrolló esta investigación.

De igual manera se realizó un análisis documental a través de la selección de ideas y aportes de las fuentes objeto de estudio (documentos), con el objetivo de interpretar el contenido de estas, es decir, una vez realizada la recolección de la información se evaluó e interpretó los datos.

Este análisis se configuró por tres etapas siguiendo el modelo de subprocesos de Miles y Huberman (2019), los cuales se desarrollaron previamente a la recolección de datos (inmersión primaria de las categorías y niveles de estudio), en el diseño; y, finalmente en la planeación del estudio (determinación del desarrollo teórico - dogmático de los objetivos específicos):

i) Reducción de datos: Determinado por el problema, las categorías de estudio, el marco referencial (conceptual y teórico de la investigación), las preguntas de investigación y la elección de instrumentos de recolección de información (fichas hemerográficas, bibliográficas y audio/videográficas), lo cual permite una sistematización y condensación de los datos de análisis.

ii) Presentación de los datos: Consistente en la sistematización, categorización y ordenación de los datos, lo cual permite realizar las reflexiones e impresiones sobre la información recolectada.

iii) Elaboración y verificación de conclusiones (Resultado): Se constituye por el proceso interpretativo y analítico de los datos presentados, en esta fase se procede a encontrar las similitudes, diferencias y patrones entre los diferentes autores y sus significados.

9.7 Consideraciones y estrategias éticas.

El desarrollo del proyecto se ejecutó con responsabilidad y conducta correcta frente a la investigación, las fuentes documentales y con el investigador, guiado por los postulados de administrar, gestionar y usar con responsabilidad, moralidad, transparencia, racionalidad y eficiencia de los recursos públicos (CEI, UDEA, 2020).

En este sentido, no solo fue un compromiso con los derechos de autor sino con los deberes, reglas y rutinas en la construcción de un proyecto investigativo, que, pese a ser de orden positivista analítico se elaboró con la finalidad de construir conocimiento que sea de beneficio para la comunidad, por ello se tuvo en consideración:

1. Mejorar o ampliar el conocimiento objeto de investigación.
2. La metodología, así como su proceso fue transparente, disciplinada y rigurosa, por ello se trazó un plan de ejecución consistente en el rastreo de información de fuentes confiables, resumen, cita directa e indirecta, interpretación y resumen de los documentos a través de los diversos modelos de fichajes elaborados para tal, a través de los cuales se conservó la información, se respetaron los derechos de autor por medio de ítems como cita en APA textual, parafraseo, principales ideas, en concordancia con la codificación elaborada para cada categoría.
3. La selección de la información se realizó por medio de los parámetros de verificabilidad y confiabilidad. La cual es susceptible de ser contrastada y discutida.
4. Se tuvieron en cuenta los factores de riesgo y beneficio.

10. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

La primera parte de esta investigación se preocupa por asumir una postura epistémica frente al problema de la justificación que sea acorde a las necesidades del derecho y, en particular, al razonamiento en la prueba indiciaria. Es por esto que, se considera como acertada la postura de la epistemología de las virtudes porque como se dijo en el respectivo capítulo, abarca la dimensión subjetiva y objetiva para dar respuesta a la pregunta de ¿qué es una creencia justificada?

Al traspolarlo a la prueba indiciaria, esta se divide principalmente en dos etapas: una interna, que se compone de los estados mentales o procesos cognitivos del juez, que son necesarios para la formación del razonamiento, fase en la cual, el proceso inferencial puede ser adecuado o construido en función de un vicio por sesgos cognitivos; de otra parte, una etapa externa, que principalmente se compone por la motivación de la sentencia porque es a través de esta exposición de motivos y razones que se puede hacer un control de la fiabilidad del proceso de formación entre el supuesto jurídico, la causa fáctica, los medios epistémicos de confirmación y la sentencia; atendiendo a que la formación de la justificación o argumentación de la decisión judicial se encuentra afectada (ya sea en un sentido negativo o positivo) por aspectos internos y externos.

En este sentido, es apropiado manifestar que, entre otros, son factores externos y corresponden a la dimensión objetiva la relación del sujeto con el entorno, que en el caso de la prueba indiciaria no sólo se refleja por el sistema normativo al que está sometida, sino que, además, su construcción depende de factores extrínsecos como lo son las máximas de la experiencia, las leyes científicas y las reglas de la lógica (Sana Crítica). Asimismo, la manifestación del proceso inferencial está sometido a ser comunicado a través de un

simbolismo o lenguaje natural determinado por la interpretación jurisprudencial y dogmática derivado de la construcción social.

Por consiguiente, el control a la justificación de la decisión se hace atendiendo a la confiabilidad que representa, de una parte, el seguimiento a los presupuestos normativos y a la sana crítica; y, de otra parte, a las competencias epistémicas que deben seguirse para garantizar la obtención del razonamiento.

Lo segundo que se debe resaltar, es que en el derecho, las decisiones judiciales y la prueba indiciaria, deben ser estudiados desde la lógica no formal porque son una construcción social cambiante y requieren, a su vez, de la validez de los argumentos que sostienen el razonamiento; lo que implica, que sus fundamentos no son inmutables y su vinculación se da por una relación de probabilidad. Es por esto, que se hizo mención del lenguaje natural toda vez que es una herramienta de comunicación con la capacidad de exteriorizar cualquier idea, sometida a una interpretación, ya sea por la costumbre, la norma, la jurisprudencia, el sentido común, etc., esto en razón a que las expresiones lingüísticas no se corresponden con el principio de identidad, como se requiere la lógica informal.

Si se piensa en el derecho, el deber de motivación de la sentencia es una manifestación de la imposibilidad de aplicar un lenguaje artificial y por lo tanto, un sistema o lógica formal porque la finalidad de esa motivación es que el juez justifique y explique los argumentos que conllevaron al proceso de selección e interpretación para la toma de la decisión; atendiendo a factores jurisprudenciales, constitucionales, legales y dogmáticos, por esto más que un lenguaje natural, es un lenguaje de la argumentación racional que busca brindar parámetros de universalidad (como lo explica Perelman).

De otra parte, es necesario decir que si bien el código general del proceso en el artículo 165 denomina como medio de prueba a los indicios es necesario afirmar que es un error

conceptual, por el afán de seguir la postura de Devis Echandía, sin tener en cuenta que ya para este la prueba indiciaria era actividad probatoria y prueba por razonamiento, continuando con los problemas polisémicos entre prueba, medio de prueba, fuente de prueba, etc. Desde esta concepción, la prueba indiciaria es un razonamiento especial que se compone de dos partes: la primera, que va del argumento como punto de partida hacia la prueba; y la segunda, que se basa en la construcción entre la máxima de la experiencia y el hecho desconocido o que interesa al proceso.

Es por lo anterior, que se considera que el razonamiento adecuado para la prueba indiciaria, es el abductivo porque es una forma de pensar hacia atrás mediante conjeturas o hipótesis razonables sujetas a un proceso de verificación y falsación, toda vez que le otorga herramientas, al juez, de clasificación y explicación de las máximas de la experiencia, reglas de la lógica y reglas científicas determinando, a su vez, la fuerza demostrativa fundamentada en una cadena inferencial argumentativa; facilitando de esta manera, la elección de las máximas de la experiencia, base del razonamiento indiciario y la construcción de la relación entre la prueba y los hechos, las máximas de la experiencia y el tema de la prueba.

Con respecto a los sesgos cognitivos, debe afirmarse que sí constituyen un límite, en sentido negativo, al razonamiento indiciario porque surgen en la dimensión subjetiva o proceso interno del juez, como una manifestación de las desviaciones a las respuestas intuitivas o atajos mentales en la toma de decisión, que condicionan el razonamiento haciendo que éste se fundamente en premisas o proposiciones falsas. Lo que supone que la conclusión o hecho desconocido se encuentra viciado y falazmente argumentado.

En ese sentido, una forma en la que se reflejan los sesgos cognitivos en la prueba indiciaria es por medio de la confirmación o anclaje en el que el juez omite información o valoración de la prueba (individual o conjunta) para mantenerse firme sobre la hipótesis

inicial que considera acertada, esto lo puede llevar a dar por probado un hecho sin estarlo y fundamentar la inferencia indiciaria en él; o, a formar la cadena argumentativa sobre máximas de experiencia revaluadas y no vigentes; o, simplemente a no valorar o inferir el hecho desconocido en el razonamiento indiciario. Otra de las modalidades que ejemplifica los sesgos es el retrospectivo, por medio del cual se vicia el juicio inferencial por considerarse predecible las consecuencias, basándose en los hechos nuevos para proyectar la conclusión hacia el pasado, afectando las premisas base de las generalizaciones de la experiencia o técnicas dadas por la experticia dentro del proceso.

Sin embargo, el control que se puede ofrecer a esta dimensión subjetiva, se insiste, es a través de la motivación de la sentencia (dimensión objetiva) porque es donde se representan los sesgos como falacias argumentativas, las cuales gozan de una apariencia de racionalidad con la finalidad de engañar a las partes hacia quienes va dirigida la decisión, afectando la construcción argumentativa.

De ahí la importancia de profundizar en el estudio de los sesgos como una de las causas del razonamiento erróneo y de las falacias como su manifestación, no solo para la identificación de estas como un mecanismo de control correctivo sino como una forma de prevención para el momento de construcción del razonamiento indiciario, toda vez que permite reconocer los vicios en la toma de la decisión y en la construcción de la justificación.

Por otro lado, al contrastar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en las Salas de Casación Civil y Penal, se observa un esfuerzo de esta corporación por unificar criterios respecto de la violación indirecta a la norma sustancial. Sin embargo, ha sido la Sala de Casación Penal la que ha estructurado los falsos juicios derivados de los errores fácticos en materia probatoria, es por ello que se puede identificar y diferenciar la apreciación probatoria viciada por el falso juicio de identidad y de existencia; y, la valoración probatoria

viciada por el falso juicio de raciocinio, el cual se considera pertinente para la evaluación y estudio del razonamiento indiciario por resquebrajar la sana crítica como una metodología de valoración, lo que está intrínsecamente vinculado con la formación inferencial de la prueba indiciaria.

Es así como por medio de este (falso juicio de raciocinio), se da un medio de control fiabilístico que incorpora el proceso interno del juez y la exteriorización de este en la motivación de la sentencia compuesto por la identificación de falacias argumentativas que finalmente son la representación de los sesgos cognitivos que intervinieron en el proceso de razonamiento del juez.

No obstante, el desarrollo de la jurisprudencia sobre la prueba indiciaria y los vicios por violación indirecta de una ley sustancial es de mencionar, que esta corporación incurre en el uso indistinto de los tipos de razonamiento para referirse a la prueba indiciaria o al razonamiento probatorio, lo que evidencia la necesidad de profundizar por parte de los operadores judiciales y los litigantes en estos componentes epistémicos para no incurrir en una falsa argumentación.

Finalmente, se destaca que el legislador procesal como garante del ordenamiento jurídico ha implementado reglas tanto preventivas como correctivas para limitar la actuación del juez; o, mejor dicho, para circunscribir el razonamiento probatorio en un sentido positivo a condicionamientos que garanticen el debido proceso y a una decisión razonada.

Esto se observa en los principios generales del proceso, en la necesidad de la prueba, en la publicidad de esta, en los requisitos de existencia y validez de los medios de confirmación procesal, así como en los presupuestos para el ejercicio de la valoración probatoria, los cuales obedecen no sólo a una valoración individual, sino en conjunto bajo los parámetros de la sana crítica con la exposición razonada de los motivos que justifican la

decisión judicial. Constituyéndose estas como reglas preventivas de las que se disponen en los plexos procesales para la protección de la tutela jurisdiccional efectiva y del proceso.

Por otra parte, el legislador también ha diseñado mecanismos de impugnación como una manera de remediar los equívocos en los que puede incurrir el juez. Es por esto, que se cuentan con recursos ordinarios y extraordinarios los cuales garantizan el debido proceso y minimizan la vulneración de este.

Lo que se ha tratado de expresar en esta breve exposición de los principales resultados de la investigación, se sintetizan en:

1. La prueba indiciaria es una prueba por razonamiento.
2. La construcción del proceso inferencial se debe hacer a través del modelo abductivo por ser un contraste hipotético que se vincula a través de la probabilidad y busca la solidez de esta por la fuerza de los argumentos.
3. La metodología de examen al razonamiento indiciario se debe realizar bajo los parámetros del fiabilismo de las virtudes, por la convergencia de los componentes internos (estados mentales de juez) y externos (la relación del juez con el entorno social y normativo – en un sentido amplio -).
4. El estudio de los sesgos y las falacias otorgan herramienta para el examen del razonamiento indiciario, en tanto permiten la identificación y selección de los argumentos justificados al dar parámetros de eliminación de las desviaciones intelectuales.
5. El ordenamiento jurídico por medio de los condicionamientos normativos como la sana crítica, la motivación razonada de los argumentos de la decisión, la libre valoración de la prueba, el principio de necesidad de la prueba, y todos aquellos

presupuestos para la formación de la decisión son componentes de reglas garantistas a la tutela jurisdiccional efectiva.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

- Abel, X. (sf). Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. Recuperado de <https://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>
- Alchourrón, C. (2015) "Concepciones de la lógica", en *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7 / p. 11 - 48
- Alfano, M, Greco, J. y Turri, J. (2021). "Virtue Epistemology", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/epistemology-virtue/>>.
- Alston, W. (1988). An internalist Externalism. *Revista Synthese*, Vo. 74, no. 3; pp. 265 – 283. An Internalist Externalism URL: <http://www.jstor.org/stable/20116502> .
- Alzate, L. (1981). *Pruebas judiciales*. Imprenta departamental.
- Arboleda, A. (2022, 22 de Febrero). Ahora los políticos pelean por la decisión del aborto: así reaccionaron. *El Colombiano*. <https://www.elcolombiano.com/colombia/politica/reaccion-de-politicos-a-la-despenalizacion-del-aborto-en-colombia-PD16623059>
- Aristóteles (1998). *Órganon*. Tomo II. Editorial Gredos S.A.
- Aristóteles (2013). *Tratados de lógica*. Tomo I. Editorial Gredos S.A.
- Atienza, M (2015). *Razonamiento jurídico*. Universidad nacional autónoma de México. Tomado de *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen dos.
- Atkinson, David & Peijnenburg, Jeanne. (2017). *Epistemic Justification*. 10.1007/978-3-319-58295-5_2.
- Azula, J. (1998). *Manual de derecho probatorio*. Temis.
- Azula, J. (2015). *Manual de derecho procesal. Pruebas judiciales*. Tomo VI. 4ª. Ed. Temis.
- Battú, N. (2020). *Falacias y manejos falaces con impacto jurídico*. Ediciones UNL. Recuperado de file:///C:/Users/588326/Downloads/falacias_web.pdf
- Beddor, B. y Goldman, A. (2021). "Reliabilist Epistemology", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/reliabilism/>>.
- Beebe, J. (2004). "The Generality Problem, Statistical Relevance and the Tri-Level Hypothesis" Recuperado de: <http://www.acsu.buffalo.edu/~jbeebe2/Beebe%20Generality%20Problem.pdf>

- Beltrán, R. (2021). Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional. *Revista Ius et Praxis* / pp. 136 – 155. Recuperado de <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v27n2/0718-0012-iusetp-27-02-136.pdf>
- Bochenski, J. (1981). The General Sense and Character of Modern Logic. In: Agazzi, E. (eds) *Modern Logic — A Survey*. Synthese Library, vol 149. Springer, Dordrecht. https://doi.org/10.1007/978-94-009-9056-2_1
- Bonilla, E. y Rodríguez P. (2005). Más allá del dilema de los métodos. Grupo norma.
- Bonjour, L. (1985). *The Structure of Empirical Knowledge*. Harvard University Press. Recuperado de https://home.csulb.edu/~cwallis/382/readings/382/bonjour_externalist_13.pdf
- Bonnier, E. (1929). *Tratados de las pruebas en derecho civil*. Vol. 2. (5ª Ed.). Reus.
- Bordes, M. (2011). *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*. Editorial Catedra – Teorema. Recuperado de https://www.academia.edu/49104265/FALACIAS_LOGICAS_y_ARGUMENTACION_INFORMAL
- Brady, M. y Fricker, M. (2016) *The epistemic life of groups: essays in the epistemology of collectives*. Oxford University Press.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Ediciones jurídicas Europa-América.
- Calamandrei, P. (1961). *La casación civil*. Tomo II. Editorial bibliográfica Argentina
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo. 2ª Ed.: Editorial depalma.
- Cascio, V (1998). *Gramática de la argumentación*. Alianza editorial.
- Clavijo Cáceres, D., Guerra Moreno, D. y Yañez Meza, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Grupo Editorial Ibañez – Universidad de Pamplona.
- Codice Civile Italiano. Regio Decreto. Marzo 16 di 1942. Recuperado de <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/codiceCivile>
- Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. 1 de julio de 2012 (Colombia)
- Cohen, C. y Copi, I. (2013). *Introducción a la lógica* (2ª Ed.). Limusa S.A.
- Coing, H. (1982). Historia del derecho y dogmática jurídica. *Revista chilena de derecho*, ISSN 0716-0747, Vol. 9, N° 2, 1982, págs. 245-257. Recuperado de

file:///C:/Users/588326/Downloads/Dialnet-HistoriaDelDerechoYDogmaticaJuridica-2649389.pdf

- Colomina, J (2007). Una crítica a la posición internista del significado. Eikasia. Revista de Filosofía, año III, 13 (septiembre 2007) pp. 39 - 43. Recuperado de https://www.revistadefilosofia.org/revistadefilosofia_old/numero13.htm Comesaña, J. y Klein, P. "Skepticism". (2019). The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/skepticism/>>.
- Conee, E. y Feldman, R. (2001). "Defensa del internalismo". American Philosophical Quarterly. P.P: 1 - 18. Recuperado de http://www.cola.calpoly.edu/~rgrazian/docs/courses/412/FeldmanConee_InternalismDefended.pdf
- Congreso de la República de Colombia (1931). Ley 100 de 1931. Diario Oficial. Año LXVII. N. 21823. 24 de octubre.
- Congreso de la República de Colombia (2000). Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de junio.
- Congreso de la República de Colombia (2004). Ley 906 de 2004. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre.
- Cordón, J. (2011). Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Recuperado de https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110651/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf?sequence=1
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C 590-2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. 8 de Junio de 2005.
- Corte constitucional. Sala plena, Sentencia SU035- 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 3 de mayo de 2018
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia SU 659-2015. M.P. Alberto Rojas Ríos. 22 de Octubre de 2015.
- Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. SC 6040-2001. M.P. Nicolas Bechara Simancas. 14 de Diciembre de 2001
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia número: 20263. [M.P. Yesid Ramírez Bastidas]. 26 de enero de 2006.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia con expediente número: T 4700122130002009-00174-01, [M.P. César Julio Valencia Copete]. 10 de diciembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia con referencia: 11001-3103-029-2000-00855-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. 22 de julio de 2010

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Expediente 36544. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. 02 de noviembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto Interlocutorio. Proceso 37969. M.P. Fernando Albarto Castro Caballero. 17 de Octubre de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 32138-2012. M.P. Javier Zapata Ortiz. 12 de diciembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP33793-2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier, 19 de marzo de 2014

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP282 - 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar, 18 de enero de 2017

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia SC 7274-2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez. 10 de junio de 2015.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia SC 033-2015, M.P. Margarita Cabello Blanco. 15 de enero de 2015

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP 1499, M.P. Leonidas Bustos Martínez. 25 de marzo de 2015.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia SC7274-2015. M.P. Ariel Salazar Ramírez. 10 de junio de 2015

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia SC 12469-2016, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. 6 de septiembre de 2016

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 282 – 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar. 18 de enero de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 3989 – 2017. M.P. José Luis Barceló Camacho. 22 de marzo de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia SC 9193- 2017, M.P. Ariel Salazar Ramirez. 28 de junio de 2017

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP 5615-2017. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. 30 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia AP948-2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar. 7 de marzo de 2018

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 1569-2018. M.P. Patricia Salazar Cuellar. 09 de mayo de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 1916 de 2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. 21 de Mayo de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SP3140-2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 23 de enero de 2019

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP339-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, 12 de febrero de 2020
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto Interlocutorio AP 643 – 2020. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. 26 de febrero de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 1119-2020. M.P. Eugenio Fernandez Carlier. 27 de Mayo de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 2136-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. 1 de julio de 2020

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia 2582-2015. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. 27 de julio de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia 3468-2020. M.P. Hugo Quintero Benarte. 16 de septiembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP 2298-2020. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. 16 de septiembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia SC 3467-2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, 21 de septiembre de 2020

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 4126-2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. 28 de octubre de 2020

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 4638-2020, M.P. Hugo Quintero Bernate. 25 de noviembre de 2020

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 5191-2020. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, 18 de diciembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 091-2021. M.P. Gerson Chaverra Castro. 27 de Enero de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 2906-2021. M.P. Hilda González Neira. 29 de julio de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 3790-2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. 1 de septiembre de 2021.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 3882-2022. M.P. Hugo Quintero Bernate. 26 de octubre de 2022.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 3964-2022. M.P. Gerson Chaverra Castro. 26 de octubre de 2022.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil (2022). Demanda de casación, algunas reglas técnicas – Responsabilidad extracontractual. Serie No. 1. Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/demanda-de-casacion-algunas-reglas-tecnicas/>
- Davidson, D. (1992). *Mente, mundo y acción. Claves para una interpretación*. 1ª Ed. Ediciones Paidós.
- De la Rosa Rodríguez, Paola y Sandoval, Víctor David (2016). “Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio”. *Uni. Externado Cbia*, pp. 141-164. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v37n102.08>.
- Dellepiane. 1955. *Nueva teoría general de la prueba*. Editorial Temis.
- Devis, H. (1987). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. (1ª Ed.). Biblioteca Jurídica Dike.
- Devis, H. (2004). *Teoría general del proceso*. Editorial Universidad.
- De Miranda, C. (2014). *La prueba indiciaria: ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? ¿o inferencia a la mejor explicación?* Editorial Comares. Tomado de *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho* / p. 189 - 232.
- El colombiano. *Ahora los políticos pelean por la decisión del aborto: así reaccionaron*, publicado el 22 de Febrero de 2022. Recuperado en <https://www.elcolombiano.com/colombia/politica/reaccion-de-politicos-a-la-despenalizacion-del-aborto-en-colombia-PD16623059>
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón*. (5a Ed.). Editorial Trotta
- Ferrer, J. (2017). *La prueba es la libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*. *Revista jurídica Mario Alario D'Filippo*..
- Fonseca, I y Piva, F. (2020). *La sana crítica en la valoración de la prueba*. Leyer editores..
- Framarino, N. (1995) *lógica de las pruebas en materia criminal*. Vol I. (4ª Ed.). Temis S.A.
- Fricke, E. (2016). *Unreliable testimony. Goldman and His Critics*, 88–123. <https://doi.org/10.1002/9781118609378.CH5>

- García, J. y Vázquez, R. (2012). Contextualismo, fiabilismo y el problema pirrónico. *Diánoia*, LVII. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=58433557001>
- García, J. (2014). Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en derecho. *Tomado de Prueba y razonamiento probatorio en Derecho* / p. 43 – 80.
- Gascón, A. (2013). *Prueba científica. Un mapa de retos*. Marcial Pons.
- Gascón, M. (2014). Lógica del descubrimiento para la prueba. Editorial Comares. *Tomado de Prueba y razonamiento probatorio en Derecho* / p. 149 – 162
- Gianturco, V. (1974). *Los indicios en el proceso penal*. Ed. Julio Romero Soto.
- Goldman, A. (1967). A causal theory of knowing. *The Journal of Philosophy*, Vol. 64, No. 12 (Jun. 22, 1967), 357-372. Recuperado de https://home.csulb.edu/~cwallis/382/readings/382/goldman_17.pdf
- Goldman, A. (1979). What justifies belief?. Ed. Reidel publishing company. Recuperado de <https://www.andrew.cmu.edu/user/kk3n/epistclass/goldmanjust.pdf>
- González, D. (2005). La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima. *Revista jueces y democracia*. ISSN 1133-0627, No. 50, 2004 / p. 41 – 51.
- González, D (2014). Presunción de inocencia, verdad y objetividad. Editorial Comares. *Tomado de Prueba y razonamiento probatorio en Derecho* / p. 85 – 120.
- González, D (2022). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México / p. 353 – 396. *Tomado de Manual de Razonamiento Probatorio*
- Gorphe, F (1967). *La apreciación judicial de las pruebas*. Editorial la Ley.
- Grimaltos, T. y Iranzo, V. (2009) El debate Externismo/Internismo en la justificación epistémica. En D. Quesada. (E.D). *Cuestiones de Teoría del Conocimiento*. (pp.33-76). Tecnos.
- Haddad, P. (2017). Epistemología de virtudes robusta: sobre los límites y las posibilidades de su aplicación a la prueba de los hechos en el derecho. *Revista hispanoamericana de Filosofía* / pp. 3 – 24.
- Hernández, R (2014). El juez, el científico y la búsqueda de la verdad. Editorial Comares. *Tomado de Prueba y razonamiento probatorio en Derecho* / p. 4 – 32.
- Igartua, J. (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Perú: Palestra – Temis.
- Igartua, J. (2010). *Los indicios tomados en serio*. Esp. *Tomado de Teoría del derecho y decisión judicial*.

- Igartua, J. (2021). Indicios, duda razonable, prueba científica. Tirant lo blanch.
- Juárez, C (2018). Razonamiento lógico necesario para la valoración de la prueba indiciaria en el proceso penal guatemalteco. Revista Auctoritas Prudentium.
- Kahneman, D. y Tversky, A (2007). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. Science, New Series, Vol. 185, No.4157.
- Kohan, C y Macbeth, G. (2006). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina, p. 59.
- Lariguet, G (2016). La investigación filosófica: ¿análisis conceptual versus análisis histórico? Praxis Filosófica Nueva. Recuperado: <http://www.scielo.org.co/pdf/pafi/n42/n42a10.pdf>
- Lessona, C. (1942) De la prueba en derecho civil. Tomo V. Editorial Reus.
- Ley 1719 de 2014. Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. 18 de junio de 2014. D. O. No. 49.186 de
- Ley de enjuiciamiento civil. Ley 01 de Enero 07 de 2000. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Londoño, H. (1990). El indicio grave de responsabilidad. Nuevo Foro Penal No. 49, 327–340. [Editorial Temis](#).
- Lyons, J. (2011). *Circularity, reliability, and the cognitive penetrability of perception*. En E. Sosa (E.D The Epistemology of Perception, Volume 21. (pp. 289-311). Ridgeview Publishing Company
- Menna, S. (2014). Heurísticas y Metodología de la Ciencia. Mundo Siglo XXI, revista del CIECAS-IPN ISSN 1870-2872, Núm. 32, Vol. IX, 2014, pp. 67-77. Recuperado de <https://www.mundosisigloxxi.ipn.mx/pdf/v09/32/06.pdf>
- Mittermaier, C. (1959). Tratado de la prueba en materia criminal. Editorial Reus.
- Modesto, A. (2014). Con pleno conocimiento. Prensas de la Universidad de Zaragoza, p.p. 11 – 29. Recuperado de [file:///C:/Users/588326/Downloads/pdfcoffee.com_sosa-ernest-con-pleno-conocimiento-pdf-free%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/588326/Downloads/pdfcoffee.com_sosa-ernest-con-pleno-conocimiento-pdf-free%20(1).pdf)
- Modesto, A. (2019). Epistemología de virtudes. Enciclopedia de la sociedad Española de Filosofía Analítica. URL: <http://www.sefaweb.es/epistemologia-de-virtudes/>.
- Muñoz, A (2019). Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica. Barcelona: Revista para el análisis del derecho. Universidad Complutense de Madrid.

- Muñoz, M. (2016). La violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en casación penal. *Vniversitas*, 65(133), 139–190. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.vils>
- Muñoz, L. (1997). Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades en el proceso. Praxis S.A.
- Murcia, H. (1996). Recurso de casación civil (4ª Ed). Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
- Normas APA (2020). 7maed. Centro de escritura Javeriano.. Universidad Pontificia Javeriano.
- Nozick, R. (1981) *Philosophical Explanations*. Cambridge University Press.
- Oller (2006). Epistemología e Historia de la ciencia. selección de trabajos de las XVI jornadas volumen doce /p. 440-443.
- Pabón, G. (2007). La lógica del indicio criminal (3ª Ed.). Grupo editorial Ibañez.
- Pappas, G. (2017). "Internalist vs. Externalist Conceptions of Epistemic Justification", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/justep-intext/>>.
- Páez, A. (2019). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. *Uni.Andes. P. epistemología jurídica*. <https://www.researchgate.net/publication/334729071>
- [Parra, J. \(1997\). Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones. Tomo IV. 3ª Ed. Librería del Profesional](#)
- Perelman, Ch. (2007). Lógica formal y lógica informal. *Praxis Filosófica*, (25),139-144. [fecha de Consulta 22 de Septiembre de 2022]. ISSN: 0120-4688. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=209014642009>
- [Picó, J. \(2017\). Los indicios en la prueba de la simulación contractual. Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 3, 2017 / p. 3 – 21. Recuperado de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1328.pdf](#)
- [Plantinga, A. \(1993\). Warrant and proper function. Ed. Oxford university press.](#)
- [Prieto, E y Quintero, B. \(2008\). Teoría general del derecho procesal \(4ª Ed.\). Temis.](#)
- [Putnam, H. \(1984\). El significado de significado. Teorema: Revista internacional de filosofía, ISSN 0210-1602, Vol. 14, N°. 3-4, 1984, págs. 345-406. Recuperado de file:///C:/Users/588326/Downloads/Dialnet-ElSignificadoDeSignificado-2043797.pdf](#)

- Quintero González, A. (2016). El recurso de apelación en el Código General del Proceso: un desatino para la justicia colombiana. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 10(2), 101–124. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2015.0002.02>
- Raga, V. (2017). *Problemas de la teoría del conocimiento*. Ed: Universidad de Antioquia
- Rodríguez, F. (2003). La filosofía del lenguaje: su naturaleza y su contexto. *Diánoia*. vol. XLVIII, núm. 50. México. Recuperado: <https://www.redalyc.org/pdf/584/58405002.pdf>
- Ruíz, E. (1989). Algunas anotaciones sobre la construcción de la sentencia penal desde la perspectiva constitucional. *Boletín No. 1542 del 15 de Octubre de 1989 / pp. 162 – 182*. Recuperado de <https://docplayer.es/55969358-Documentacion-algunas-anotaciones-sobre-la-construccion-de-la-sentencia-penal-desde-la-perspectiva-constitucional.html>
- Ruiz, L. (2019). *La prueba como derecho en el código general del proceso*. Tirant Lo Blanch
- Sexto Empírico (1993). *Esbozos pirrónicos*. Gredos S.A.
- Skidelsky, L. (2007). La distinción doxástico-subdoxástico. *Crítica*, 39(115), 31-60. Recuperado en 18 de septiembre de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-15032007000100003&lng=es&tlng=es.
- Stein, F. (1999). *El conocimiento privado del juez*. Editorial Temis
- Stich, S. (1978). Beliefs and Subdoxastic States. *Revista Philosophy of Science*, 45 (1978) pp. 499-518. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/286486243 Beliefs and Subdoxastic States](https://www.researchgate.net/publication/286486243_Beliefs_and_Subdoxastic_States)
- Sosa, E. (1993), Proper Functionalism and Virtue Epistemology, *Noûs*, 27(1): 51–65. doi:10.2307/2215895
- Sosa, E. (2002). The Place of Truth in Epistemology. Forthcoming in *intellectual virtue: perspectives from ethics and epistemology*. Ed. M. De Paul and L. Zagzebski. (OUP, 2002). Recuperado de: <https://fitelson.org/epistemology/sosa.pdf>
- Sosa, E. (2014). *Con pleno conocimiento*. Prensas de la Universidad de Zaragoza. Recuperado de file:///C:/Users/588326/Downloads/pdfcoffee.com_sosa-ernest-con-pleno-conocimiento-pdf-free%20(1).pdf
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba, artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>

- Tarski, A (sf). La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. Traducción de Paloma García Abad. Recuperado en <https://www.textosenlinea.com.ar/academicos/Tarski%20-%20La%20concepcion%20semantica%20de%20la%20verdad.pdf>
- Tuzet, G. (2014). Razonamiento probatorio: ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? Editorial Comares. Tomado de Prueba y razonamiento probatorio en Derecho / p. 121 – 148
- Vega, L. (sf). Las falacias: una introducción. Recuperado de <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:lvega-falacias/Documento.pdf>
- Wróblewski, J. (sf). La decisión legal y su justificación. Traducción de Diego Mantilla. Recuperado de https://www.academia.edu/30101055/La_decision_legal_y_su_justificacion_Wroblewski_Jerzy
- Zavaleta Rodríguez, Roger (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. Revista Derecho & Sociedad, N° 50 / pp. 197-219