

LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA SOBRE LA PRUEBA Y SU APLICACIÓN
EN COLOMBIA

ORLANDO ENRIQUE PUENTES

Trabajo de grado presentado para optar al título de máster en derecho

DIRIGIDO POR:

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Facultad de derecho

Bogotá, D.C., 2009

CONTENIDO

0. INTRODUCCIÓN	5
1. LA FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS EN EL DERECHO COLOMBIANO	11
1.1. La apreciación de la prueba	11
1.1.1. La experiencia	16
1.1.2. La lógica	19
1.1.3. La ciencia	25
1.1.4. La sana crítica como cláusula abierta	26
1.2. La aplicación de la sana crítica en las decisiones judiciales	28
2. LOS APORTES CONTEMPORÁNEOS A LA TEORÍA DE LA FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS	43
2.1. La modernidad y las teorías contemporáneas de la prueba	44
2.2. Las teorías contemporáneas sobre la prueba	52
2.2.1. El esquema nomológico deductivo (Ferrajoli)	54
2.2.2. La propuesta probabilística	66
2.2.2.1. El modelo de probabilidad matemática - estadística (El modelo de Bayes)	77

2.2.2.2. El modelo de la probabilidad lógica (Bacon—Cohen)	80
2.2.2.3. La selección de la hipótesis sobre el hecho (Taruffo)	85
2.2.3. Las concepciones coherentistas	92
2.3. Evaluación de las teorías sobre fijación de los hechos	98
3. LA INFERENCIA PROBATORIA Y LOS ESTÁNDARES	
PROBATORIOS EN LA DOCTRINA ACTUAL	107
3.1. La inferencia probatoria	107
3.1.1 Sentido común	114
3.1.2 La experiencia	117
3.1.3 Las máximas de la experiencia	118
3.1.4 La ciencia	119
3.2. Los estándares probatorios	123
3.2.1 ¿Qué es un estándar?	124
3.2.2 La imperfección de la prueba judicial y el estándar	126
3.2.3 La importancia del estándar	127
3.2.4 Los estándares al uso	128
3.2.5 Propuestas de estándar	131

4. ESQUEMA DE UNA TEORÍA SOBRE LA FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS	139
4.1 El problema de la fijación judicial de los hechos	139
4.2 El estatuto de la propuesta	141
4.3 Esquema de una teoría sobre la fijación judicial de los hechos	141
4.3.1 El operador expresara sus conclusiones con apoyo en las nociones de aceptabilidad de una hipótesis	142
4.3.2 El operador hará una exposición completa del razonamiento Probatorio	143
4.3.3 El operador no incurrirá en inconsistencias lógicas	144
4.3.4 El operador utilizara un estándar exigente de prueba más allá de toda duda razonable para condenar	145
4.3.5 El operador hará uso de metodologías inductivas para la Fijación de los hechos	146
4.3.6 El operador hará uso de nociones, criterios y reglas explícitas de carácter científicos	147
4.4 Los estándares probatorios contemporáneos en el sistema de garantías	147
5. CONCLUSIONES	156
6. BIBLIOGRAFÍA	160

0. INTRODUCCIÓN

“Da mihi factum, dabo tibi jus”¹

Las decisiones judiciales constituyen el núcleo de rigurosos estudios en la actualidad. Estos trabajos se hacen desde el marco de la motivación judicial y a partir de los distintos enfoques teóricos que trabajan el tema de la discrecionalidad judicial. Es así como los estudios sobre la motivación judicial se refieren cada día más a la función político legitimadora que tiene en los Estados democráticos para lograr la adhesión pacífica de los asociados a la norma estatal.

Los estudios sobre discrecionalidad judicial centran su interés en asuntos como el límite que tienen los jueces en la toma de sus decisiones, o de cómo sus preferencias morales o políticas se reflejan en los fallos, o en las estrategias de constricción que se han utilizado frente a los operadores judiciales para no quedar sometidos al gobierno de los hombres y sí al de las normas. He ahí su merito y su límite.

A pesar de la importancia de estos esfuerzos, cada una de estas miradas nos deja insatisfechos frente al que llamare el “momento epistemológico” de la fijación de los hechos en la decisión judicial. He utilizado la expresión “*momento epistemológico*” para referirme al momento en que el operador judicial contesta la

¹ “Dadme los hechos y yo os daré el derecho”

pregunta “¿Qué fue lo que paso?”, y, luego, pasa a fijar el enunciado sobre los hechos, que constituye uno de los elementos definitorios de la decisión judicial.

El momento en que el operador judicial configura el enunciado fáctico, que está dado por los sucesos y circunstancias concretas, ubicados en el espacio y el tiempo, del mundo exterior o psíquico que el derecho considera presupuestos necesarios para dar aplicación a los efectos jurídicos previstos en la norma, se da en un ambiente que no es científico; sino en un contexto gobernado por las reglas probatorias contenidas en los ordenamientos jurídicos, junto con las inferencias que realiza el operador judicial. Sin embargo, estos aspectos no son suficientes para dar cuenta de la actividad que realiza el operador en relación con los hechos en el proceso. En efecto, esas inferencias surgen en y con ocasión de la vida en sociedad en concreto del operador judicial. Las reglas probatorias, la inferencia probatoria, que se dan en el mundo de la vida del operador, nos ponen de frente a los problemas que guiaron el presente trabajo, que consisten en determinar en qué grado las distintas teorías contemporáneas se aplican en la decisión judicial en el caso colombiano, o si se quiere señalar de otra manera, sería el de establecer cuál es la recepción de las teorías contemporáneas para fijar el hecho en la práctica judicial colombiana.

Ahora bien, nótese que en el plano de las reflexiones sobre la decisión judicial en el punto de la fijación de los hechos, en los últimos años, sobresalen los trabajos de dos italianos: Luigi Ferrajoli y Michele Taruffo². Ellos han hecho una

² Los trabajos de Ferrajoli y Taruffo más destacados son “Derecho y razón” y “la prueba de los hechos”, respectivamente. No obstante, trabajos como “derechos y garantías” de Ferrajoli y “sobre

renovación de la dogmática probatoria, cuya síntesis y sentido presentaremos más adelante. Los rasgos sobresalientes de sus trabajos están determinados por preocupaciones éticas y epistemológicas que logran articular en propuestas de alto contenido teórico, pues consultan la epistemología al uso en la ciencia contemporánea y en la filosofía de la ciencia y las reflexiones sobre filosofía práctica (moral y política). Lo anterior hace que sus trabajos presenten buenos rendimientos frente a posiciones del realismo ingenuo que confía en que el objeto del conocimiento esta separado del sujeto que conoce y que el conocimiento del objeto no es diferente del objeto a conocer; así, entonces, el conocimiento es una reproducción exacta de la realidad, y si ésta no se conoce en su totalidad es porque faltan elementos de juicio o éstos fueron alterados. Este realismo ingenuo acusa debilidad en su fundamentación.

Los trabajos de Ferrajoli y Taruffo, en particular, han motivado esta reflexión sobre el sistema de prueba de Colombia, del que se puede afirmar que no consulta de manera plena las teorías, ni los estándares probatorios contemporáneos. La tensión entre concepciones pobremente realistas de la prueba y las tendencias actuales es resuelta, en los trabajos de jueces y operadores jurídicos nacionales, a favor de nociones que ya fueron superadas por teorías rivales que han dado un mejor rendimiento, conforme lo veremos a lo largo del texto.

las fronteras” presentan aplicaciones y explicaciones que permiten conocer con mayor precisión los alcances de sus propuestas teóricas.

Superar esta situación, y optar por propuestas mas rentables es el objetivo que nos fijamos en este escrito. De ahí surge el planteamiento de que la definición de los hechos en el proceso judicial conserve, de un lado, los elementos garantistas de Ferrajoli, pues son una importante contribución en la medida en que *“el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción”,* sino sus *“contenidos sustanciales vinculándolos normativamente a los principios y valores inscritos constitucionalmente, mediante técnicas de garantía”*³. De otra parte, al incorporar las nociones de Taruffo sobre la aceptabilidad de una hipótesis que dependerá de su grado de confirmación se opera con una base razonablemente fundada de la decisión que consulta los avances en epistemología y teoría de la prueba, con lo que se disminuye el grado de subjetividad en la decisión, obteniendo así mayores ventajas en relación con la verdad y los derechos y garantías de los asociados.

El presente estudio está organizado en cuatro grandes capítulos. En el primero, se presentará la manera como los altos tribunales del país configuran una teoría probatoria y la aplican para lo cual se examinarán casos resueltos por los operadores judiciales, en los que exponen los rasgos de su teoría probatoria para proceder a fijar los hechos con esas herramientas. En el capítulo segundo, se presentaran los aportes teóricos contemporáneos sobre la fijación judicial de los hechos, a través de un mapeo del tema. En el se verán los contenidos básicos de esas teorías, cuya finalidad es explicar y fundamentar la actividad del operador judicial. El tercer capítulo, se articulará sobre dos problemas concretos que deben ser resueltos por una teoría de la prueba: la inferencia probatoria y los estándares

³ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías: La ley del más débil. Madrid. Edit. Trotta. 1999. Pág. 20

probatorios, en la medida que son asuntos apremiantes en lo político y en lo jurídico, y se concluirá mostrando la tendencia actual en estos dos difíciles aspectos. Finalmente, en el capítulo cuarto se expondrá el esquema de una teoría sobre la fijación judicial de los hechos que pretende cubrir las insuficiencias encontradas y que sea útil como baremo a la decisión sobre los hechos, y en el que se conjuga el contenido ético del garantismo con la fórmula de la aceptabilidad de una hipótesis dependiendo de su grado de confirmación.

Podemos anticipar que la distancia que hay entre las teorías y el uso en la judicatura colombiana y las teorías contemporáneas impide a los jueces obtener el buen rendimiento que ofrecen estas teorías para lograr, por un lado, los altos fines ético – políticos del modelo de Estado que tenemos, y de otro lado, disminuir la subjetividad en la definición de los hechos superando las debilidades tanto del realismo ingenuo nacional, como de la propuesta nomológica – deductiva de Ferrajoli.

Desde el punto de vista metodológico es necesario explicitar la manera como se eligieron las sentencias utilizadas en este trabajo. Se tomaron sentencias en materia penal proferidas por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, del año 2005 porque fue el año de inicio del sistema acusatorio y, en consecuencia, podíamos observar el comportamiento en dos sistemas diferentes.

A través de medio electrónico se tuvo acceso a todas las sentencias dictadas en el año, y el criterio decisorio fue que la decisión se hubiese tomado con base en prueba indiciaria o circunstancial, esto con el propósito de observar, con los mayores elementos posibles el razonamiento del operador judicial sobre los

hechos, asunto que no era visible en las sentencias producto de allanamiento a la imputación o aceptación de la acusación, estipulaciones probatorias, preacuerdos o negociaciones, o de testigos. Una vez que se hizo esta primera selección se procedió a tomar casos paradigmáticos para hacer el análisis. Igualmente, se utilizaron sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, que fueron escogidas bajo el criterio de que su texto definiera de manera explícita puntos o temas vitales para este trabajo.

El resultado del trabajo es una lectura crítica sobre la forma como los jueces en Colombia fijan los hechos del proceso. Si se logra la demostración a cabalidad o no, es algo que dejo al buen juicio del lector. Con la seguridad, de la necesidad de desarrollar nuevos trabajos sobre la actividad de la administración de justicia en la toma de decisiones, particularmente en el tema de la configuración de la premisa fáctica.

1. LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

La Corte Constitucional colombiana afirmó en alguna oportunidad que *“los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”*.⁴ Este enunciado puede ser parafraseado, desde la perspectiva de la fijación judicial de los hechos, con la aseveración de que *“los hechos del proceso son los que los jueces dicen a través de sus sentencias”*. El trabajo de fijación de los hechos en el sistema jurídico colombiano está regido en el campo de la apreciación probatoria por la *“sana crítica”*, que significa que para que el juez señale los enunciados sobre los hechos que le servirán de soporte fáctico a la decisión lo hará a través de *“las leyes de la lógica, la ciencia y las reglas de la experiencia”*. Ahora, el presente capítulo busca demostrar que el sistema probatorio colombiano, en la práctica, va por un camino distinto al que señalan las teorías contemporáneas y, en consecuencia, se pierden sus ventajas o rendimientos epistemológicos y políticos.

1.1. La apreciación de la prueba.

Diferentes ordenamientos nacionales señalan que el juez apreciará las pruebas según las reglas de la sana crítica. Es así como el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil ordena que las pruebas se aprecien en conjunto, *“de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*.⁵ En igual sentido se expresa la Ley 600

⁴ Corte Constitucional. Sent. T – 406/92.

⁵ ART. 187. — **Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades

de 2000 cuando plantea que *“las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*⁶. Las sentencias de las altas cortes colombianas ratifican lo ordenado en los textos legales.⁷ La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia afirmó que *“[h]ace ya más de un lustro que nuestra legislación procedimental penal erradicó el sistema de tarifa legal y de tarifa tasada, mediante el cual el legislador calificaba previamente el valor a dar a cada elemento de juicio; hoy impera el sistema de la sana crítica en la evaluación probatoria”*⁸. En el mismo sentido la Corte Constitucional, que en otros temas, como la tutela contra providencias judiciales, mantiene una fuerte confrontación con la Corte Suprema de Justicia, de manera explícita dijo que *“... que no puede predicar como vía de hecho la interpretación legítima del juez en el plano de lo que constituye la valoración de las pruebas aportadas al proceso, en el ámbito de su*

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.

⁶ Art. 238. **Apreciación probatoria.** *“las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*

⁷ A manera de ejemplo voy a tomar decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores en su Sala Penal, pero el lector puede hacer el ejercicio con otras salas de la Corte Suprema de justicia o con otras cortes.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sent. del 10 de agosto de 1994. M.P. Dídimo Páez Velandia. En igual sentido pueden consultarse las siguientes sentencias, entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sent. del 26 de noviembre de 1992 con ponencia del doctor Edgar Saavedra Rojas, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sent. del 10 de julio de 1996 con ponencia del doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sent. de 24 de junio de 1997, con ponencia del Doctor Fernando Arboleda Ripoll. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. N° 16.472. Fecha: 21/11/2002, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal rad. N° 20.266. Fecha: 06/10/2004

*autonomía como administrador de justicia, pero si bien es cierto que el juez tiene libertad para valorar las pruebas que obren en el proceso dentro de los parámetros de la sana crítica, dicha interpretación debe ajustarse a los supuestos fácticos y a la realidad misma de ellos, de manera tal que no desconozca la realización del derecho material y, por ende, el principio de acceso a la administración de justicia...”*⁹ (El resaltado es del texto original).

De otro lado, en relación con la ley 906 de 2004, que implementó un sistema procesal en materia penal de tendencia fuertemente acusatoria, el sistema de valoración es el de la sana crítica, conforme lo ratificó la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando afirma que

*“[e]n el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las prueba anticipadas, el juez se convierte en el sujeto que percibe lo hincado por las pruebas. Con base en esa percepción el juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004.”*¹⁰

⁹ Corte Constitucional. Sent. T-970-99.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 24468. 30 de marzo de 2006.

Luego, en otro fallo en el que se ocupó del sistema valorativo de la prueba en el sistema acusatorio reiteró que *“[L]a ley 906 de 2004 en lo relativo a los medios de prueba, elementos materiales probatorios y evidencias físicas, no consagra tarifas de valoración probatoria, sino que por el contrario sigue la tradición de la sana crítica y de la valoración pericial dada por expertos en ciencia, técnicas o en arte...”*¹¹

Así, entonces, aún con el paso a un sistema procesal penal de tendencia acusatoria, las reglas de la *“sana crítica”* constituyen la herramienta de análisis que la legislación y la jurisprudencia proporcionan e imponen para apreciar la prueba. Ahora bien, conocer cuales son las reglas de la sana crítica, en la medida de lo posible, y, más importante aún, ver cómo se ponen en juego en las decisiones judiciales, es decir, cómo se usa en la práctica judicial esta herramienta de análisis es la función de éste capítulo.

Se trata, entonces, de explorar la manera como efectivamente el operador judicial determina los hechos, es decir, identificar el momento epistémico central del proceso, pues esta fijación en buena medida determina los principios o reglas jurídicas que lo regularán. Sea el caso, que el operador establezca que el hecho ocurrió, o que la causal de exclusión de responsabilidad existió, o que hay una perturbación mental grave de una persona al momento de la realización de un delito, cada una de esas decisiones tendrá un efecto jurídico determinado.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Casación 29416. Abril 23 de 2008.

La Sala Penal, de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la sana crítica opera como criterio de verdad. De ahí que los medios de prueba deban llevarse al proceso en los términos que señala la ley procesal, *“todo cumplido en forma “sana”, esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables y “crítica”, es decir, con base en los hechos objeto de valoración, que entendidos como “criterios de verdad”, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino “frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos.”*¹²

Para hacer uso de la sana crítica, como criterio de verdad, las cortes colombianas han discriminado las reglas de la sana crítica, venciendo de paso el escepticismo de algunos autores que afirman que *“nadie ha podido establecer cuáles son esas reglas de la sana crítica”*¹³. Es así como las reglas de la sana crítica, afirma la

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Jorge Luís Quintero Milanés. Fecha: 18/05/2006.

¹³ SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América. 1990, Pág. 259

Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, *“acude a los supuestos lógicos, no contrarios con la ciencia, la técnica ni con las reglas de la experiencia, para inferir la solución jurídica que la situación examinada amerita”*¹⁴. De hecho, las decisiones judiciales se ocupan de las reglas de la ciencia, la experiencia y la lógica; incluso llegan a definir las, como se verá a continuación.

1.1.1. La experiencia

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia define la experiencia como *“una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable”*. En la misma decisión extiende la experiencia al *“conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su origen en la costumbre; la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicio, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos”*¹⁵. En otro proceso, la misma Corte, ahora en Sala Penal, expuso sobre la experiencia que *“la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en ésta conllevan generalizaciones, las cuales deben ser expresadas en*

¹⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. N° 20.860. Fecha: 15/09/2004.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. N° 16.472. Fecha: 21/11/2002.

*términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto socio histórico específico”.*¹⁶

Este primer acercamiento a la noción de experiencia evidencia una ambigüedad de la Sala Penal, en la medida en que la experiencia es leída por un lado como dato de los sentidos, y de otra parte, como forma de conocimiento que se expresa en prácticas comprensivas a partir de la formulación de las generalizaciones. Esta ambigüedad permitirá que en oportunidades se argumenten las decisiones en uno de los sentidos de la expresión y en otras circunstancias se utilice la otra posibilidad semántica, con lo que el argumento sobre los hechos se hace de difícil control. Es así como en oportunidades se habla de dato de la experiencia y en otros casos de regla de la experiencia, aspectos diversos entre sí, pues en un caso estamos frente a una percepción sensorial y en el otro nos encontramos ante el conocimiento que se cristaliza en una regla que me permite calcular o predecir consecuencias, a partir de ella.

Igualmente, con el propósito de dar cuenta de la manera como se usa la noción experiencia en la decisión judicial la Sala Penal, de la Corte Suprema de Justicia, se señala el planteamiento de que para que ofrezca fiabilidad *“una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de*

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. N° 16.472. Fecha: 21/11/2002.

*operador lógico, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B*¹⁷, luego se debe incorporar el dato concreto A y podemos derivar la consecuencia.

Para fundar la experiencia la Corte Suprema de Justicia también avanza una teoría del conocimiento y así legitima la experiencia, pues llega a afirmar que *“las proposiciones analíticas que dejan traslucir el conocimiento se reducen siempre a una generalización sobre lo aportado por la experiencia, entendida como el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquéllas desde una perspectiva de racionalidad que las apoya y que llevan a la fijación de unas reglas sobre la gnoseología, en cuanto el sujeto toma conciencia de lo que aprehende, y de la ontología, porque lo pone en contacto con el ser cuando exterioriza lo conocido”*.¹⁸

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. N° 16.472. Fecha: 21/11/2002.

¹⁸Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. N° 16.472. Fecha: 21/11/2002 M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. En esta sentencia se evidencia que la Corte desconoce los modelos epistemológicos surgidos después de los trabajos de Kant. En efecto, en Kant un juicio es analítico cuando el predicado se encuentra contenido en el sujeto, es decir, el enlace del sujeto con el predicado esta dado por el principio de identidad, por ser un juicio a priori, que equivale a decir por fuera de la experiencia. Años después, Heidegger comprende la analítica del ser como la comprensión del ser mediante la abstracción de otros saberes como la biología, la psicología, etc. El rasgo nuclear de la analítica, entonces, es la de ser un juicio por fuera de la experiencia y que se basa en el principio de identidad, tema del que la Corte no se da por enterada y pone de presente su aislacionismo en relación con los avances epistemológicos.

De otro lado, la Sala de Casación Civil de la misma Corte ha expresado un criterio similar sobre la experiencia, con la diferencia que pretende cristalizar esa experiencia en reglas, de ahí que afirme que las reglas de la experiencia son *"aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañen al ser humano y que sirven de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio"*¹⁹

La Corte Suprema de Justicia, entonces, toma partido por nociones del realismo ingenuo que considera que los hechos son tal como ellos son, y que no se encuentran condicionados por categorías, preconceptos e interpretaciones, lo que significa que las cosas significan por si mismas, independiente del sujeto que las interpreta ²⁰

1.1.2. La lógica.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M. P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Fecha 12/03/1998,

²⁰ Un mapa general de las teorías de la verdad puede hacerse desde la siguiente perspectiva: la proposición de la forma "S es P" es la base de las teorías realistas y sostienen que una proposición es verdadera cuando se corresponde con el mundo, con lo que el toque de legitimidad lo da el mundo, sin que haya ningún tipo de mediación. Los pragmatistas sostienen que la verdad es una imbricación entre las teorías y los hechos y cada uno de los extremos trasforma al otro y en esa medida la verdad dependerá de las acciones humanas que se basan en la utilidad de la formulación teórica. A mitad de camino se encuentra Kant Para quien la cosa en si es inaccesible y me remitos a las cosas conforme se me aparecen mediadas por las condiciones trascendentales de posibilidad (espacio, tiempo y categorías). De otro lado, los coherentistas que afirman que una proposición es verdadera en tanto conformidad con otros enunciados del mismo sistema.

Es de resaltar que las cortes colombianas no se quedaron en la simple formulación de un concepto de experiencia, sino que también se han ocupado de los principios de la lógica para lo cual también utilizaron definiciones que deberían servir a los demás operadores jurídicos, en virtud de la función unificadora de la jurisprudencia y del uso de la misma como precedente, para hacer una correcta apreciación de las pruebas. Es así como la Corte Constitucional define la lógica como *“la disciplina que estudia las reglas de razonamiento necesarias para la construcción de cualquier otra ciencia. Pese a la multiplicidad de sentidos con que puede utilizarse el vocablo - lógica formal, lógica material, lógica clásica, lógica deóntica, lógica proposicional, lógica paraconsistente, entre otros -, lo cierto es que la lógica ofrece un sistema de reglas que permite distinguir argumentaciones válidas de las no válidas. En este sentido, la lógica se ocupa exclusivamente del aspecto formal del razonamiento. La observancia de las **reglas de la lógica** no es condición suficiente mas sí necesaria para la existencia de una ciencia”*²¹. (El resaltado es del texto original)

Un elemento de gran interés en la lectura que la Corte Constitucional hace de la lógica es que distingue los principios de la lógica de las aplicaciones de la misma. Con una mirada cuidadosa sobre lo afirmado por la Corte puede afirmarse que los grandes avances de la lógica en el último siglo se deben al surgimiento de nuevos campos de aplicación, y no de que sean lógicas con autonomía. En la lectura de la Corte todas las lógicas operan con los mismos principios, tanto que sostiene la tesis que

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 504 de 1993.

*“es necesario distinguir entre la lógica, entendida como conjunto de principios generales del razonamiento formalmente correcto, y los diferentes tipos o aplicaciones de la lógica a los objetos. **La lógica, en la primera acepción genérica, remite a los principios clásicos de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente** - los tres primeros postulados por Aristóteles y el último por Leibniz -, cuya observancia permite afirmar la verdad o falsedad de un enunciado. En contraste, los diversos tipos de lógica hacen relación a la aplicación de estos principios a diversos objetos, como sucede en el análisis de enunciados descriptivos - lógica proposicional - o bien de enunciados prescriptivos - lógica deóntica –”²². (El resaltado es del texto original)*

Las decisiones de las altas cortes no se han quedado en la definición de la lógica o distinguiendo entre los principios y sus campos de aplicación. Es así como ingresan en el campo de la definición de los principios. Por ejemplo, sobre el principio lógico de no contradicción afirman que *“una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo”*²³. Sobre el principio de tercero excluido y principio de no contradicción no solo lo definieron, sino que muestran su relación de complementariedad en la labor de apreciación de la prueba cuando afirma que *“en materia probatoria, lleva a la conclusión de que uno de los dos testimonios (o grupo coincidente de testimonios) debe tener mérito probatorio. Es un axioma ontológico: Premisa mayor: el testimonio de X no prueba el hecho; premisa menor; el testimonio de Y es contrario; conclusión de modo necesario: éste -el de la premisa menor- debe probarlo, como*

²² Corte Constitucional. Sentencia C- 504 de 1993.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. N° 16.325. Fecha: 14/03/2002

que no pueden ser contradictorias las dos premisas” (*principio lógico de no contradicción*).”²⁴ (El resaltado es del texto original).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia hace uso del principio de razón suficiente para respaldar sus conclusiones a partir de unos datos que transforma en premisas. Como ocurre cuando afirma:

“El citado axioma -principium rationis sufficientis- ha dicho la Sala, consiste en que para aceptar como verdadera una enunciación, debe estar sustentada en una razón apta o idónea que justifique el que sea de la forma que en que está propuesta y no de manera diferente; este principio se refiere a la importancia de establecer la condición o razón de la verdad de una proposición.

En otras palabras, el principio de razón suficiente está referido al fundamento del juicio acerca del cual se busca predicar su veracidad; concierne de manera directa al soporte del objeto de conocimiento o al cimiento de los enunciados que se predicán del objeto de conocimiento, diferenciándose así de los otros principios universales de la lógica -de identidad (“a”, es “a”), no contradicción (“b” no es “no-b”), y tercero excluido (“c” es forzosamente “d” o “no d”)-, pues éstos se refieren a la forma correcta de razonar desde un punto de vista estrictamente formal, para extraer conclusiones válidas de lo que ya es conocido

La anterior distinción es fundamental, pues si bien los otros principios estatuyen algo sobre la verdad del juicio, nunca aluden al objeto en si, ni a la situación de los juicios a los que aquél se refiere, sólo establecen reglas de razonamiento aplicables por necesidad, sin importar su contenido. Esto no sucede con el principio de razón suficiente que recalca en el problema de la veracidad de las premisas, como presupuesto indispensable para obtener una conclusión correcta.

Por lo tanto, la función o rol del comentado principio, de modo general, es dirigir el pensamiento en la búsqueda de lo que no conoce, de donde resulta entonces que la

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Rad. N° 4.978. Fecha: 05/05/1999.

razón de un juicio o de un enunciado es "suficiente" cuando basta por sí para servir de apoyo a aquél, es decir, cuando no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente verdadero; en cambio es "insuficiente", cuando por sí sola no alcanza para fundamentar el enunciado, sino que necesita ser complementada con algo para que se tenga por verdadera la proposición.

*En materia procesal, la aplicación del anterior principio implica que la razón de suficiencia de un fallo debe buscarse en el apoyo o fundamento material de sus enunciados, lo que equivale a decir, en las pruebas y, en consecuencia, la postulación del principio estudiado se traduciría en que las pruebas en las que se basan las conclusiones de una sentencia, sólo deben dar fundamento a esas conclusiones y no a otras."*²⁵

En otro proceso reitero la noción anterior al afirmar que

"...para considerar que una proposición es completamente cierta, debe ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene como verdadera, esto es, que tanto en la ciencia como en la actividad cotidiana no es posible aceptar nada como artículo de fe, sino que es necesario demostrarlo y fundamentarlo todo.

El cumplimiento de esta ley confiere al pensamiento calidad de demostrado y fundamentado y, por lo mismo, constituye una condición necesaria de la exactitud y de la claridad del pensamiento, así como de su rigor lógico y de su carácter demostrable.

*Esta ley de la lógica encuentra cabal desarrollo en el sistema de la sana crítica que impone al funcionario judicial consignar en las providencias el mérito positivo o negativo dado a los elementos de juicio, puesto que toda decisión, máxime cuando en la sentencia, con claro desarrollo del debido proceso, se deben construir los juicios de hecho y de derecho"*²⁶

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. N° 27690 de 2008

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. N° 27964 de 2008

Las anteriores consideraciones de la Corte en torno al principio de razón suficiente para dar por probado un hecho requieren de una explicitación cuando se trata del proceso penal regulado por la ley 906 de 2004 y sus reformas. En efecto, la figura del allanamiento a la imputación o a los cargos por parte del procesado significa que la razón suficiente para afirmar, por parte de la judicatura, que unos hechos ocurrieron de una determinada manera no encuentra su razón suficiente y eficiente en pruebas practicadas dentro del proceso, sino que la razón suficiente y eficiente es el allanamiento o la aceptación de cargos. En igual sentido, podemos afirmar que la institución de las estipulaciones probatorias, o acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias, implica que el hecho que se pretende establecer con el convenio o acuerdo que defensa y fiscalía hacen en un momento sobre la prueba y el hecho que se va a dar por probado, y si este es aceptado por el juez, tendríamos, entonces, que la razón suficiente para dar por establecido un hecho no es la prueba sino el consenso que se dio entre los adversarios y el visto bueno del juez.

Además, el artículo 369 de la ley 906 de 2004 contempla las manifestaciones de culpabilidad preacordadas, que permite acuerdos de culpabilidad entre la defensa y la acusación para lo que la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere. De igual manera, el artículo 351 de la ley 906 de 2004 faculta al fiscal y el imputado para llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias.

Así, entonces, la razón suficiente para dar por probado un hecho no es solo la prueba, también el allanamiento a la imputación fáctica y jurídica, la aceptación de cargos a la acusación, el preacuerdo y la estipulación probatoria.

1.1.3. La ciencia.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal en su afán de dar contenido a los distintos elementos conceptuales que conforman la sana crítica expresa que ésta se encuentra constituida por las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia. De los tres primeros vimos más arriba las nociones que han construido, ahora se ocupara de dar un concepto de leyes de la ciencia, diferenciándolo de las teorías científicas. En efecto, en ese fallo expreso que

“en tratándose de las leyes de la ciencia, exige al censor diferenciar entre leyes de ciencia y teoría científica, entendiéndose las primeras como aquellas que frente a cualquier examen de comprobación mantienen condiciones de aceptación e irrefutabilidad universal. Ejemplos de ellas son las leyes físicas de la velocidad de la luz en el vacío (299.792.6 K/segundo); la de la gravedad como fuerza de atracción que ejerce la tierra sobre los cuerpos (9.8068 m/s²); la de la rotación de la tierra sobre su propio eje y su traslación alrededor del sol; u otras de ciencias no exactas pero también aceptadas con criterios de constancia universal, como muchas de las que han ido verificando disciplinas como la medicina, la psicología, la antropología, la biología, cítense aquí por ejemplo la composición cromosomática de los humanos, el código genético contenido en el ADN, el

carácter único de las huellas digitales, la circulación de la sangre, la evolución de las especies, etcétera.

Las teorías científicas son en cambio enunciados teóricos que exponen los resultados de un procedimiento científico razonable, y que por ello tienen mayor o menor aceptación, pero cuya comprobación e irrefutabilidad universal es, por lo menos, inconstante, lo que les otorga mayor probabilidad de certeza, pero no condición de validez universal. Son puntos de partida para la investigación científica.”²⁷

1.1.4. La sana crítica como cláusula abierta

Entre los antecedentes legislativos remotos de las reglas de la sana crítica se encuentra la ley española de enjuiciamiento civil de 1885, que en el artículo 317 disponía que “[l]os jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”. Ya en esa época se afirmaba que la disposición era vacía, pues Caravantes, citado por Santiago Sentis Melendo²⁸ como el más calificado intérprete de aquella ley, expresaba que respecto a las declaraciones de los testigos que se dejaba al juez la facultad de formar su criterio respecto de dicha prueba “conforme a las reglas de la crítica racional o de la sana

²⁷ C. S. Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. N° 12.721. Fecha: 16/12/1999.

²⁸ SENTIS MELENDO, Santiago La Prueba. Editorial EJE, Buenos Aires 1990, página 239

filosofía”, pero que, como ya vimos, “ni él —Caravantes—ni nadie ha podido establecer cuáles son esas reglas”.²⁹

Ahora, la posición de la jurisprudencia nacional en materia de apreciación de las pruebas reitera lo dispuesto en los ordenamientos legales, es decir, que el trabajo de valoración de la prueba deberá hacerse con base en los criterios de la sana crítica. No obstante, la disposición legal es una cláusula abierta en la medida en que no fija, ni precisa en qué consiste la sana crítica; además, es un criterio extralegal, lo que ha llevado a las altas cortes a ocuparse del tema para fijar su alcance. Para ello han seguido una estrategia similar entre las distintas corporaciones y salas que las componen. La estrategia pasa por dar un concepto de sana crítica, un concepto de lógica, un concepto de los principios de la lógica, un concepto de experiencia, y luego aplicarlo al caso que se está fallando. Es un procedimiento deductivo.

De otro lado, los pronunciamientos judiciales se mueven en una teoría del conocimiento en la que el objeto de conocimiento y el sujeto están separados, y en esa medida hay un “optimismo epistemológico” a dos niveles: a) en el primer nivel, el sujeto accede al objeto y lo conoce, dependiendo eso si de que sus órganos sensoriales y su capacidad de evocación no estén afectados. Es interesante notar

²⁹ La dificultad para señalar las reglas de la sana crítica ha suscitado diversos ataques, por ejemplo se afirma por parte de Martínez Pineda que “[l]a solución del problema permanece sin satisfacer, por falta de un conocimiento profundo para establecer bases y para la elaboración de normas válidas en un juicio de valor, normas de las que carece la “sana crítica”. Martínez Pineda, Ángel. *Filosofía Jurídica de la Prueba*. Editorial Porrúa. México, 1999, página 99.

que la idea de que el testigo percibe los hechos y los relata, en una especie de intermediario entre los acontecimientos y el conocimiento que el juez obtiene se encuentra desde el texto legal.

En efecto el artículo 404 de la ley 906 de 2004 señala que *“para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”* b) En el segundo nivel, el uso de los principios de la sana crítica es un instrumento seguro para lograr el conocimiento de los hechos que servirán de base para la decisión, pues *“el sistema procesal colombiano de antaño abandonó la tarifa legal de la prueba como medio para demostrar la ocurrencia de algunos sucesos y dio preponderancia al método de la libre valoración(2) , documentado en los principios que orientan la sana crítica -leyes de la ciencia, reglas de la lógica y axiomas de la experiencia.”*³⁰ Una nota especial merece el hecho de que los principios lógicos son definidos en términos de lógica clásica o aristotélica y las otras lógicas, como veremos más adelante, son definidas en términos de objetos sobre los que se aplican los mismos principios.

³⁰ Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 23.290. Fecha 20/02/2008

1.2. La aplicación de la sana crítica en las decisiones judiciales

En esta reconstrucción de los materiales que utiliza la jurisprudencia colombiana resulta insuficiente la simple revisión de los conceptos que se construyen desde las altas cortes para tener una aproximación a la manera como la judicatura se ocupa del problema de los hechos en el proceso. Es necesario para acercarnos a la forma como efectivamente actúan los operadores jurídicos revisar algunos casos resueltos por los tribunales con base en *“la sana crítica”*, y así ver cómo operan esos conceptos.

Precisamente, en sentencia de segunda instancia un Tribunal Superior condena a un celador que se encontraba embriagado y disparó contra un joven y dañó varios objetos de un surtidor de gasolina y luego ataca al celador, quien le pide que modere su comportamiento y coloca su arma atrás de la cintura, según lo afirman distintos testigos. En la sentencia se argumenta que en lo esencial los testigos merecen credibilidad, pero no se la otorga en cuanto a la medida con que según ellos el vigilante les llamó la atención a los muchachos, y en especial al agresor. El argumento de tal descalificación se funda en una máxima de la experiencia de que los celadores (o todas las personas) reclaman en las horas de la madrugada acudiendo *“...a frases de grueso calibre y hasta a acciones físicas que respalden la acción”*. En este caso el Tribunal construye una máxima de la experiencia estrictamente subjetiva, que por lo tanto no es contrastable, pues las personas poseen distinto temperamento y carácter y por tanto diferentes maneras de actuar frente a un determinado estímulo violento, pues las opciones van desde

la respuesta agresiva hasta el huir prudentemente del ataque. Sin que pueda decirse que todos responden agresivamente frente a un ataque.

Pero la anterior no es una interpretación aislada de los hechos, es así como en otra oportunidad se consideró que una persona estaba enterada de la existencia de un proceso en su contra porque se le envió un telegrama a la dirección que el Cuerpo Técnico de Investigación suministró en el proceso y que se incluyó en las órdenes de captura que se libraron en su contra, sin que ninguno de ellos hubiese sido devuelto de donde infiere que se enteró de la existencia del proceso que se le adelantaba y optó por mostrarse remiso frente a él. Lo curioso es que la persona no fue aprehendida por ninguna de las autoridades que recibieron la orden de captura, y en la que se indicaba como residencia la misma dirección en que fue citada la persona a través de telegrama.³¹

Posteriormente, en otro proceso, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, no le da credibilidad a la versión de una persona procesada por portar sustancias psicotrópicas porque *“dentro de la diligencia de indagatoria el procesado adujo que no tenía conocimiento de la sustancia que transportaba, toda vez que los elementos donde se*

³¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal. Radicación: I 5076 2004 9 – 01. Fecha: 26 de enero de 2005

hallaba camuflada fueron entregados por el señor Raúl Camacho, quien le solicitó los llevara como obsequio a un amigo suyo en la ciudad de Miami; para la Sala tal versión se sale de toda lógica, además de hallarse fuera de las reglas de la experiencia. En efecto, desde hace varios años el Gobierno Nacional a través de los medios de comunicación ha lanzado una gran campaña en busca de evitar que personas dedicadas al tráfico de estupefacientes se valgan no sólo de incautos, sino además de personas de bajos recursos económicos, para conseguir que las sustancias prohibidas sean llevadas a países extranjeros especialmente a Norte América y el viejo continente. Entonces para nadie es un secreto, que cuando se realiza un viaje a los Estados Unidos se debe tener demasiado cuidado no sólo con las valijas, las cuales se deben sellar y embalar en el aeropuerto, sino además se recomienda no realizar favores de encomiendas o llevar paquetes, elementos o similares; a no ser que se trate de familiares o personas muy allegadas.”³² En este caso el Tribunal da por sentado que la publicidad logró la transformación de las prácticas sociales a tal punto que ya son una forma estándar de comportamiento. ¿Si así fuera para que insistir con la misma publicidad?

El mismo Tribunal³³, en un proceso por tenencia de precursores para la producción de sustancias sicotrópicas, negó la nulidad por vulneración del

³² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, junio catorce (14) de dos mil cinco(2005), Radicación:10010704001200300059 01

³³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, Bogotá D. C., febrero cuatro (4) de dos mil cinco (2005) Radicación: 11001070400220010237 – 03

principio de investigación integral al afirmar que no era necesaria la declaración de una persona a quien el procesado señaló como el individuo que le dio a guardar, cuatro meses atrás, líquidos embalados en cajas de cartón (siete garrafas de cinco galones), y de quien afirma que una vez le entregó la mercancía, solo tuvo con él comunicación telefónica y no se volvieron a ver. Dice la sentencia que al seguir las reglas de la sana crítica, con el valor demostrativo de los demás elementos de juicio allegados a la investigación para la clarificación de los hechos, sus circunstancias y sus autores se determina que la prueba no era necesaria, pues las circunstancias de modo, tiempo, y lugar en las que el procesado señaló que recibió los elementos no son más que argumentos exculpatorios que riñen con las reglas de la experiencia, pues no es aceptable que por la naturaleza de las sustancias incautadas no hubiera tenido conocimiento de ellas. La decisión aquí supuso una capacidad cognitiva y una competencia clasificatoria en el procesado a partir de las características químicas de un producto, sin que la regla de experiencia nos señale por qué ciertas sustancias deben de ser conocidas por personas cuando no esta demostrado tengan conocimientos de química, y si los tuviese no necesariamente cuenta con los instrumentos técnicos de laboratorio para determinarlos.

En otra oportunidad la judicatura le dio credibilidad total a la confesión que una persona hace en su indagatoria, salvo lo relativo al delito que iban a cometer, pues no acepta que era hurto, sino secuestro: *“Desde luego se aclara que no se les*

*admite que iban a cometer un hurto calificado, sino un secuestro extorsivo, porque como lo anotó el a quo, todo ese despliegue con dos automóviles y policías motorizados, no era para un simple hurto, sino para secuestrar*³⁴, todo sin mayores explicaciones sobre la regla de experiencia utilizada en el caso.

En otras ocasiones la judicatura con el simple enunciado de que una prueba se ajusta a las reglas de la sana crítica sirve para aceptarlo, sin que se diga cuales son esas reglas que justifican la incorporación y credibilidad del medio probatorio. En efecto, en un proceso por homicidio la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá le otorgó credibilidad a un testigo con el siguiente argumento: *“Su declaración es acorde con las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia y las aparentes contradicciones a las que alude la defensa no logran desvirtuar su credibilidad obsérvese como -el testigo uno- en su declaración señala que el autor del hecho tenía una camisa con rayas no se acuerda muy bien, pantalón negro lleno de barro por el juego, color oscuro, una chaqueta en cuero color negro, cabello como si se hubiera rapado y le hubiera crecido y -el otro testigo- señaló que vestía una camisa roja, pantalón azul oscuro (roto) y chaqueta negra de cuero”*.³⁵La sala concluye que debe creérsele al testigo, pero no dice nada de la ciencia, la lógica o la experiencia que utilizó, de ahí que en este caso el discurso

³⁴ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal. Radicación: 2003 00074 01. Fecha: Veintitrés (23) de febrero del dos mil cinco (2005)

³⁵ Tribunal Superior De Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal. M.P. M.P. Julia María Cardona Paredes. Radicación: 11001310400820030122 – 0. Enero veintiocho (28) de dos mil cuatro (2004).

de la sana crítica se torna aparentemente justificador de la decisión, pero en realidad no se expresaron las razones que llevaron a aceptar la prueba y de ella derivar la condena.

En el Tribunal Superior de Bogotá ³⁶se encontró una sentencia en la que se encuentra un gran listado de indicios en contra del procesado. Lo interesante es que de manera juiciosa se expresó en cada indicio la regla de experiencia que constituye la premisa mayor que permite formular el razonamiento completo, incluyendo la fuente de la regla de experiencia, pero al consultar esa fuente nos encontramos que no está respaldada por ninguna investigación de campo. En efecto, al consultar el texto de Yesid Reyes Alvarado, denominado “*La prueba indiciaria*”, en ningún momento se da cuenta de una investigación que sirva de fundamento a los indicios allí presentados.

Dice la providencia lo siguiente:

“Obra contra el procesado los siguientes indicios graves: “El de las manifestaciones posteriores al delito. Regla de experiencia: Cuando después de realizado un hecho la persona desarrolla una serie de actividades que pueden mostrar una relación con ese acontecimiento, se dice que surgen hechos indicadores que permiten la construcción del indicio de

³⁶ Tribunal Superior De Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal. M.P. Juan Iván Almanza Latorre. Radicación: 2004 00095 01. Fecha: Veintidós (22) de febrero del dos mil cinco (2005)

manifestaciones posteriores” (Reyes Alvarado, Yesid. La prueba indiciaria). Para el caso que nos ocupa, la fuga del sitio de habitación. Como hecho indicador, aparece probado: 1.1.) Acta de inspección judicial de la escena de los hechos, donde le Fiscal 295 Delegado ante los Jueces penales del Circuito, a las 21 horas del día 9 de mayo de 2003, con el laboratorio de criminalística, llegó al lugar del crimen. Se consignó: “En este estado de la diligencia se deja constancia que el despacho se traslada a la calle 71A No 27A Sur, lugar de habitación de las personas presuntamente responsables de los hechos, según lo narrado en declaración que antecede....donde no se encuentra ningún morador y la puerta de acceso al mismo se encuentra abierta, dentro de los documentos encontrados están dos fotografías, las cuales corresponden a las fotocopias de las cédulas entregadas a este despacho por personal de la policía que hizo presencia en el lugar de los hechos y correspondiendo a Edilson Martínez Moreno con CC No 14.280.113 de Río Blanco Tolima. Se encontró ropa de hombre y de mujer. (f 3 c1). 2) El hecho indicado es que el procesado Edilson Martínez Moreno fue el probable autor con arma de fuego de las lesiones causadas a Edison Giovanni Gutiérrez y de la muerte de MARIA MERCEDES GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ y el menor RONALD YESID MORA PÉREZ, la noche del nueve de mayo de dos mil tres. 3) La conexión o relación lógica entre el hecho indicador y el indicado y con base en la experiencia, es porque después de cometer los crímenes el sindicado huyó de su casa de habitación, vecina de la familia que con sangre fría mató: iba como el lobo, tras su presa”.

En el análisis que hace el fallo judicial no da cuenta de la frecuencia con que el autor del delito huye de su casa de habitación, sin embargo, el indicio lo clasifica como grave, es decir, como si en la mayoría de los casos fuese así, sin que exista ningún tipo de respaldo investigativo. De otro lado, la metáfora final del lobo tras la presa revela la posición emocional del fallador frente al caso que el comportamiento realizado por el posible autor de delito.

En la misma decisión se construye un indicio grave de presencia de la siguiente manera:

“El indicio grave de presencia en el lugar de los hechos. Regla de experiencia: “la participación en un hecho es identificada con la permanencia de una persona en el lugar donde este tuvo ocurrencia” (Reyes A. Yesid. Obra Citada). Como hecho indicador está probado: 2.1) El testimonio de la señora Rosa Virginia Mora, recibido, momentos después del crimen. Expreso: “Yo ví a un hombre que empezó a disparar por la puerta de entrada, él estaba de una chaqueta negra de cuero y entonces yo lo vi ahí parado y es cuando me metí debajo de la cama...pues fueron muchos disparos y yo solo vi a un hombre” al serle presentada la fotografía donde está el imputado junto a su mujer María Lourdes, contestó: “si señor esa es la persona con la que tuvimos el problema hoy”. PREGUNTADO: Reconoce usted la fotografía del hombre que se le pone de presente. CONTESTO. “Sí a ese hombre lo vi con la señora esa esta mañana en la casa con esta señora”. (Fls 6 y 7 c1). 2.2) En diligencia de indagatoria el sindicado Edilson Martínez, admite que su mujer María Lourdes y él, son los que aparecen en la fotografía y que solo usa una chaqueta la que siempre se la pone. 3) El hecho indicado es que probablemente el procesado Edilson Martínez Moreno, la noche del nueve de mayo de dos mil tres, dio muerte con arma de fuego a la señora María Mercedes Gutiérrez Rodríguez y al menor Ronald Yesid Mora e hirió al joven Edison Giovanni Gutiérrez. 4) La conexión o relación lógica entre el hecho indicador y el indicado y con base en la experiencia, es porque el día de los crímenes el imputado fue visto al medio día en el barrio, y vestía una chaqueta negra, el hombre que agredió a la familia vestía una chaqueta negra y el acusado admite en su injurada que es la persona que está en la fotografía con chaqueta negra y que siempre ha vestido con chaqueta. Por manera que no es cierto que para la citada fecha el acriminado estuviera en la ciudad de Chaparral (Tolima).”

La presencia en el lugar de los hechos está dada porque el condenado fue visto al medio día en el barrio donde ocurrieron los hechos, que era el mismo barrio en el que vivía. Con ese criterio todos los lugareños tienen en su contra el indicio. En este caso tampoco se expresó la frecuencia con que ese evento se da, pues el libro que sirve de fuente señala que el indicio será grave si el hecho indicador se da en la mayoría de veces que se da el hecho indicado.

Otro indicio construido en la sentencia es el de las conductas procesales

“Indicio de las conductas procesales. Regla de experiencia: La principal fuente de este hecho indicador está representada por los comportamientos del sindicado, al presentar una coartada con testigos sospechosos, para tratar de demostrar que no estaba en la ciudad de Bogotá, el día de los crímenes. Como hecho indicador aparece probado: 3.1) Los declarantes Marisol Martínez Moreno, Jairo Hernández Serrato, Margarita Osorio de Moreno y Edilberto Moreno Osorio, familiares del señor Edilson Martínez Moreno, lo ubican en la ciudad de Chaparral, para el día nueve de mayo de dos mil tres. 4) El hecho indicado es que el procesado probablemente, mediante el uso de arma de fuego, dio muerte la noche del nueve de mayo de dos mil tres a la señora María Mercedes Gutiérrez Rodríguez, al menor Ronald Yesid Mora e hirió al joven Edisson Giovanni Gutiérrez. 5) La conexión o ilación lógica entre el hecho indicador y el indicado y con base en la experiencia, es porque no se le puede dar credibilidad a los testigos que sirven de coartada al sindicado al ubicarlo en Chaparral, cuando sucedieron los crímenes. El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, dice: “Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del Juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad e imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación a las partes

o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas". Así tenemos que Marisol Martínez Moreno hermana del sindicado, su esposo Jairo Hernández Serrato, su cuñado; Edilberto Moreno, su hermano y Margarita Osorio, abuela del acusado. Por lo anotado no merecen ninguna credibilidad para la Sala y probablemente como lo dijo el a quo, están incurso en el delito de falso testimonio."

Considerar este indicio como grave sin presentar la frecuencia con que se presenta el hecho indicador frente al indicado constituye una indebida generalización. Finalmente, otro indicio de conductas procesales construido en la decisión es el siguiente:

"Indicio de las conductas procesales. Regla de la experiencia: cuando alguien es sindicado de un delito, en especial un homicidio y un familiar del verdadero responsable ha fallecido, pero vivía en la época del delito, es mala costumbre echarle la autoría al occiso. Como hecho indicador está probado. 4.1) En declaración el tres de junio de dos mil cuatro, en audiencia pública, la señora María Lourdes Avilés González, mujer del procesado, expresó que: "el día de los hechos su esposo estaba en Chaparral (Tolima) y que ella a las nueve de la noche estaba donde su progenitora y allí llegó su hermano Mauricio a quien le decían "Pancho" y su hermano Enrique y le dijeron que tranquila que ellos habían arreglado el problema, porque habían matado a la vieja que se había metido con ella". Agrega que a la familia agredida en ningún momento los amenazó con que ellos eran "paracos" e inclusive ni el barrio sabían que ella era hermana de estas personas. 4.2) Según informe del CTI, de 05 de diciembre de 2003, No 4121 GVCTI, el individuo Mauricio Avilés González, alias "Pancho" fue ultimado el 25 de septiembre de 2003 y con el acta No 4668-1754 se realizó el levantamiento del cadáver y esta diligencia se encuentra radicada con el No 717501 de la Fiscalía Octava Unidad Primera de Vida. 4.3) En escrito fechado 15 de enero de 2004(f 240 c1), María Lourdes Avilés González, solicita al Fiscal que lleva el caso, que las personas que acusan a su esposo sean llamadas a reconocimiento, pues él es inocente. No menciona para nada que el autor de las muertes hubiera

sido su hermano Mauricio. 4.4) El hecho indicado es que probablemente el sindicado Edilson Martínez Moreno, la noche del nueve de mayo de dos mil tres, mediante el uso de arma de fuego, le segó la vida a Mercedes Gutiérrez Rodríguez, al menor Ronald Yesid Mora e hirió a Edison Giovanni Gutiérrez. 5) La conexión o relación lógica entre el hecho indicador y el indicado, es porque probablemente la señora María Lourdes Avilés, cuando presentó el escrito el 15 de enero de 2004, no sabía que su hermano Mauricio hubiera muerto. Cuando se enteró, entonces, sí le atribuyó la responsabilidad penal.” (el subrayado es del texto original)

La regla de la experiencia que afirma que cuando alguien es sindicado de un delito, en especial un homicidio y un familiar del verdadero responsable ha fallecido, pero vivía en la época del delito, “*es mala costumbre*” echarle la autoría al occiso, tampoco se encuentra documentada sobre su frecuencia, o los casos en que ello ocurre. Esta es una construcción *ad hoc* que hace el fallador, pues no especifica de donde obtiene los datos de esa “*mala costumbre*”, no señala frecuencias o investigaciones cualitativas que indiquen que efectivamente es una práctica que configure costumbre. De otro lado, el uso de adjetivos como “bueno”, “malo”, dejan ver las preferencias del sujeto que hace el juicio pero en modo alguno es un elemento externo, sino una valoración que se hace sobre un acontecimiento. Aquí ni el acontecimiento — inculpar un pariente fallecido recientemente— esta documentado, ni el adjetivo justificado o explicado.

Dos casos finales: En un proceso por hurto al momento de construir el indicio en la providencia se dice: “*¿fueron los sindicados los verdaderos autores*

del ilícito? Sí, como muestran las declaraciones, eran personas sumamente necesitadas, de un estrato bajo, encontraríamos en ellos el móvil para delinquir guiados por la necesidad y el apremio.”³⁷ Esta manera de construir el indicio no es casual, en otro proceso se dijo lo siguiente: “Claro es el sindicado en su injurada respecto de que el motivo por el cual en fecha y hora de autos se deslazaba hacia el centro de la capital no era otro que el de conseguir empleo dada la vacancia laboral que atravesaba, situación que configura el móvil que posiblemente lo llevó a atentar contra el patrimonio ajeno como salida fácil para adquirir lo de su manutención”.³⁸ Sin descartar “la personalidad proclive al delito de quien guardaba las placas originales del auto objeto del ilícito, sumándose la tenencia de armas de fuego y municiones en buena cantidad”³⁹

Pues bien, cuando se afirma, conforme vimos, que la responsabilidad de un acusado a partir del hecho de su precariedad económica, es evidente que el juicio llega a conclusiones que exceden las premisas, y a la metodología empírica, que promueven las altas cortes con sus pronunciamientos. Tendríamos, para llegar a la conclusión, que considerar una premisa implícita que expresara algo así como “que las personas pobres delinquen dada su situación económica.” ¿Pero es eso cierto con el grado de generalidad que se

³⁷ Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá. Abril 9 de 1992.

³⁸ Juzgado 4 Penal Municipal de Bogotá. Abril 2 de 1997.

³⁹ Tribunal Nacional. Sentencia del 23 de Noviembre de 1994. Procesado Nelson Vélez

afirma en la sentencia? Y en caso de serlo ¿Qué investigación respalda esa afirmación? Aquí lo que se expresa es un prejuicio de clase económica y social.

En conclusión: Los operadores judiciales, en especial la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha construido toda una teoría sobre la sana crítica. En ella figuran aspectos constitutivos como las reglas experiencia, las leyes de la ciencia, y las leyes de la lógica formal aristotélica. De otro lado, y para destacar, es que los operadores judiciales actúan dentro de un realismo ingenuo en la medida en que consideran en que el objeto del conocimiento esta separado del sujeto que conoce y que el conocimiento del objeto no es diferente del objeto a conocer; así, entonces, el conocimiento es una reproducción exacta de la realidad, y si ésta no se conoce en su totalidad es porque faltan elementos de juicio o éstos fueron alterados. De otra parte, los operadores judiciales han realizado una formalización de la sana crítica al momento en que han optado por un sistema de frecuencia entre el hecho indicador y el hecho indicado para la definición de un indicio como necesario, grave, leve o levísimo. Sin embargo, al momento de definir los aspectos facticos de la decisión los operadores no se percatan que la construcción judicial de los hechos la hacen desde nociones preteóricas de ciencia, que los indicadores de frecuencia no están respaldados en investigaciones, que se construyen en ocasiones con base en prejuicios, en reglas de experiencia ad hoc; y privilegian, sin justificación, reglas de una lógica ya superada por los avances, pues no se utilizan otros propuestas de lógica como son la deóntica, la lógica de cuantificadores, la lógica matemática, las lógicas del tiempo, las lógicas no monotonicas, etc.

Por otra parte, es interesante observar como la prueba indirecta se transforma en las decisiones en una prueba tarifada a través del uso de los criterios presentados por Yesid Reyes Alvarado, en el texto de *“La prueba indiciaria*. En efecto, de manera mecánica se empiezan a utilizar por ejemplo el criterio de experiencia, pero en este criterio se emplean reglas subjetivas o creencias personales del operador judicial que no están suficientemente documentadas. Esto genera dos problemas inmediatos: de un lado la subjetividad presentada como regla de experiencia y de otro lado la construcción ad hoc de una tarifa alejada de los criterios de ciencia que deben orientar la sana crítica, todo alejado de los estándares probatorios y de la noción contemporánea de sentido común y experiencia construidos por la doctrina actual sobre el tema.

2. LOS APORTES CONTEMPORÁNEOS A LA TEORÍA DE LA FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS

Este segundo capítulo se ocupará de las distintas teorías sobre la fijación de los hechos en la decisión judicial que han surgido en los últimos años, luego de que en el primer capítulo se presentó la manera como los altos tribunales del país configuran una teoría probatoria para fijar los hechos y la aplican. En efecto, de manera precisa, se presentará el esquema nomológico deductivo, los modelos probabilísticos, en la versión de probabilidad matemática o estadística (bayesiana), la probabilidad lógico (baconiana) y la selección de la hipótesis sobre el hecho (Taruffo); para terminar con la propuesta coherentista. El texto hace un mapeo de todas ellas y desde allí, al final del capítulo, se indica el sentido de la reflexión contemporánea. Esta reconstrucción se hará indicando los rasgos sobresalientes de cada modelo, sin olvidar, desde ahora, que son eso: modelos teóricos que pretenden dar cuenta de una realidad y que de manera simultánea quieren fijar reglas para la actividad reconstructiva de los hechos y de las prácticas reales de los operadores jurídicos. Los modelos sirven de guía para determinar de manera aproximada cuál es el modo como los operadores judiciales fijan los hechos que sirven de base fáctica a las decisiones judiciales.

La prueba en el proceso judicial pretende que los supuestos de hecho estén suficientemente demostrados para derivar la consecuencia jurídica prevista en la norma, pues los sistemas jurídicos contemporáneos procuran direccionar la conducta de los asociados para lo que describen las conductas prohibidas, obligatorias o permitidas acompañadas de un elemento motivador que es la

sanción. Si, hipotéticamente, la aplicación de la sanción se dejara librada a la suerte, sin importar si la conducta descrita se cumple o no, se suprimirían las razones para actuar conforme lo señalara la norma jurídica⁴⁰, y la incertidumbre sería el regulador de la vida en sociedad.

2.1. La modernidad y las teorías contemporáneas de la prueba:

El esquema nomológico deductivo, los modelos probabilísticos, y las propuestas coherentista tienen un tronco común, que les da su aire de familia, y que podemos fijar en los trabajos de Francis Bacon sobre el método científico en el texto del *“Novum Organum”*⁴¹ y en los trabajos de Isaac Newton sobre *“Los principios matemáticos de la filosofía natural”*⁴². Luego, en el siglo XVIII, el periodo de la *“ilustración”*, que puede ser condensado y definido, como el siglo de la razón, pero la razón de que trata este siglo tiene una diferencia específica frente a otros momentos en que se pretende singularizar una época o la actividad a través del sustantivo *razón*. El racionalismo del siglo XVIII, que sirve de base a los modelos

⁴⁰ Jorge Luis Borges en *“La lotería de Babilonia”* imagina un juego en el que al azar se asignan premios y *“castigos”* para todos los habitantes de Babilonia, pues si sólo se entregaran premios su virtud moral sería nula pues no se dirigirían a todas las facultades del hombre: únicamente a la esperanza. Así, relata el personaje de Borges, las costumbres de la comunidad están saturadas por el azar. Para mayor información confróntese con las obras completas de Jorge Luis Borges, Buenos Aires, Emecé Editores. 1974.

⁴¹ BACON, Francis. *Novum Organum*. Trad. Clemente Balmori. 2ª edición. Buenos Aires. Edit. Losada. 1961.

⁴² NEWTON, Isaac. *Principios matemáticos de la filosofía natural*. Trad. Antonio Escohotado. Madrid. Edit. Tecnos. 1987.

probatorios, recoge el ideal del método de la ciencia natural de su tiempo, por eso recurre a las reglas y métodos propuestos por Newton, al que le suma la experiencia filosófica de origen cartesiana.⁴³

Este racionalismo construye un método que es diferente del que se implantó en Europa continental en el siglo XVII, que pretendía la constitución de grandes sistemas filosóficos, y en los que la única explicación consistente estaba dada por la rigurosa deducción sistemática y la derivación de conclusiones a partir de postulados. Era un modelo deductivo que es lo que *“se consigue cuando, mediante el método de la demostración y de la consecuencia rigurosa, se enlazan a la certeza primordial, de manera mediata, otros principios y, por la vía del desencadenamiento, se recorren todos los eslabones de lo cognoscible...”*⁴⁴ En oposición a éste modelo filosófico de la deducción, surge el método de Bacon y Newton que no parte de premisas dadas, sino del análisis que *“no comienza colocando determinado sitio, determinados conceptos generales para abrirse camino gradualmente, partiendo de ellos, por medio de deducciones abstractas, hasta el conocimiento de lo particular, de lo fáctico; su pensamiento se mueven en la dirección opuesta. Los fenómenos son lo dado y los principios lo inquirido.”*⁴⁵

⁴³ Cfr. NOUSS, Alexis. La modernidad. Trad. Mari Carmen Gallegos. México. Edit. Publicaciones Cruz O. 1997.

⁴⁴ CASSIRER, Ernst. Filosofía de la Ilustración. Trad. Eugenio Imaz. Primera reimpresión. Bogotá. Fondo de Cultura Económica. 1994.

⁴⁵ Ibídem. Pág. 22

Francis Bacon aporta un modo de apuntalar la base teórica, y una metodología sobre la cual cimentar los enunciados sobre el mundo. Bacon diseña las tablas de presencia, ausencia y grado que le permitían registrar sus observaciones sobre el mundo y a partir de esas observaciones, sistemáticas y reproducibles por otro investigador, hacer las inferencias (inducción) para obtener paso a paso las leyes o principios que regulan los fenómenos físicos.

“Ni hay ni puede haber más que dos vías para la investigación y descubrimiento de la verdad: una que, partiendo de la experiencia y de los hechos, se remonta en seguida a los principios más generales, y en virtud de esos principios que adquieren una autoridad incontestable, juzga y establece las leyes secundarias (cuya vía es la que ahora se sigue), y otra, que de la experiencia y de los hechos deduce las leyes, elevándose progresivamente y sin sacudidas hasta los principios más generales que alcanza en último término. Esta es la verdadera vía, pero jamás se la ha puesto en práctica.”⁴⁶

Bacon anota la necesidad de un método riguroso que permita establecer leyes a partir de la experiencia, que es amplia y caótica, con el propósito de evitar las divagaciones del investigador y que todo responda a una finalidad o plan previamente definido, es así como propone las tablas de descubrimiento. Bacon propone tres tablas en su método inductivo: “la tabla de presencia”, “la tabla de ausencia” y “la tabla de grados”. En la primera se hace una relación de los hechos donde aparece la naturaleza estudiada, en ella se anotaran la mayor cantidad

⁴⁶ BACON, Francis. *Novum Organum*. Barcelona: Orbis. Aforismo 19.

posible de características o rasgos definitorios para lograr así el compendio más completo posible que pueda darnos la experiencia. En la tabla de ausencia se registran hechos donde la naturaleza estudiada no se presente, pero las características registradas deben ser similares a los recogidos en la primera tabla, lo que permite eliminar aquellos casos donde se pueda contraponer un caso negativo. En la tercera tabla —de grados— se registran los casos en donde la naturaleza crezca o decrezca, a partir de la idea de que la forma es la misma cosa que la ley: “... la forma del calor o la forma de la luz es una misma cosa que la ley del calor o la ley de la luz.”⁴⁷ La inducción permitirá, entonces, estudiar y comparar cada uno de los resultados de las tres tablas. Bacon señala que

*“A más, como el número, y he dicho casi el ejército de hechos, es inmenso y está disperso hasta el punto de confundir la inteligencia, nada hay que esperar de bueno de las escaramuzas, de los movimientos ligeros y de los reconocimientos hechos a derecha y a izquierda por el espíritu, a menos que no obedezcan a un plan y estén coordinados en tablas especiales de descubrimientos, bien dispuestas y en cierto modo vivas, en las que vayan a reunirse todas las experiencias relativas al objeto de investigación, y que el espíritu se apoye en esas tablas bien ordenadas que preparan su trabajo.”*⁴⁸

De otro lado, en criterio de Bacon, no debe existir prisa de pasar a nuevas investigaciones. Es necesario dar reposo a la búsqueda y reflexionar sobre lo

⁴⁷ BACON, Francis. *Ibídem.* Libro II Aforismo 17

⁴⁸ BACON, Francis. *Ibídem.* Aforismo 102.

obtenido con el método positivo y formular las respectivas leyes o constantes que arroja la observación documentada y luego aplicarlo a hechos nuevos.

“Pero después de haber tenido a la vista un número suficiente de hechos metódicamente encadenados o agrupados, no conviene pasar en seguida a la investigación y descubrimiento de nuevos hechos o de operaciones del arte; cuando menos, si se pasa no conviene reposar el espíritu en ellos. No negamos que, cuando los conocimientos de todas las artes estén reunidos en un solo cuerpo, y ofrecidos así al pensamiento y al juicio de un solo hombre, se pueda, aplicando las experiencias de un arte a los otros, hacer muchos y nuevos descubrimientos, útiles a la condición y bienestar del hombre, con la ayuda únicamente de esa experiencia que llamamos escrita; pero de todos modos se debe esperar de esa experiencia mucho menos que de la nueva luz de las leyes generales, inducidas legítimamente de esos hechos según un método positivo, leyes que, a su vez indican y designan una multitud de hechos nuevos. El verdadero camino no es llano, tiene bajadas y subidas: sube primero a las leyes generales y baja en seguida a la práctica”⁴⁹.

La otra vertiente esta conformada por el pensamiento de Descartes que contribuyó a la formación del espíritu científico con el discurso del método en el que se señalaron una serie de preceptos para la dirección del entendimiento en asuntos filosóficos. Es así como se formulan cuatro preceptos: el primero señala “no aceptar nunca cosa alguna como verdadera que no la conociese evidentemente como tal”, es decir, que se presentase de manera “clara y distinta, que no tuviese ocasión alguna de

⁴⁹ BACON, Francis. *Ibíd.* Aforismo 103.

*ponerla en duda". El segundo precepto cartesiano consiste en "dividir cada una de las dificultades que examinase en tantas partes como fuera posible y como se requiriese para su mejor resolución". En tercer lugar, Descartes presenta el "conducir ordenadamente mis pensamientos, comenzando por los objetos más simples y fáciles de conocer para ascender poco a poco, como por grados, hasta el conocimiento de los más complejos", y, por último, "hacer en todas partes enumeraciones tan completas y revistas tan generales que estuviese seguro de no omitir nada."*⁵⁰

Entre el pensamiento de Bacon y el de Descartes hay elementos comunes que inauguran una nueva forma de pensar. Su común inconformidad con las formas anteriores de pensamiento que se expresa en la formulación de nuevas maneras de abordar y comprender el mundo, que se concreta en la creación de métodos que faciliten la aprehensión racional del mundo. Elementos comunes como la idea de partir de los *"elementos más simples para ascender poco a poco"*, en Descartes, que mantiene algunos rasgos comunes con la idea de Bacon de iniciar las investigaciones registrando hechos para después agruparlos hasta llegar a establecer las leyes que los regulan, muestran algunos aspectos afines que marcaran la manera posterior de pensar, y que es muy distinta al deductivismo anterior. Otra preocupación común es su afán de explicar el mundo de ahí que los métodos propuestos siempre recalcan sobre aspectos de la estructura del mundo, en otros términos existe, lo que hoy llamamos, una gran preocupación por la construcción de la ciencia.

⁵⁰ DESCARTES, René. Discurso del método. Traducción Antonio Rodríguez Huéscar. Barcelona Ediciones Orbis. 1983. Pág. 62

Es en esta línea de pensamiento que los modelos que se van a analizar presentan un aire de familia. Los modelos buscan el registro de hechos y a partir de ellos formular principios o leyes, que se obtienen inductivamente. Como resultado se tiene, entonces, que todos los modelos buscan el registro de hechos más que de creencias o concepciones, *ídolos* diría Bacon, y a partir de ellos formular hipótesis que deben ser contrastables. En pocas palabras, los modelos que se presentan son hijos de la modernidad filosófica inaugurada por Bacon y Newton.

No obstante lo anterior, y la importancia que el desarrollo de esos métodos ha tenido en distintos aspectos de la actual vida en sociedad, lo cierto es que los hechos en la decisión judicial pueden ser determinados con la ayuda de modelos teóricos que responden a otras tradiciones. Que se insertan, por ejemplo, en epistemologías inquisitivas que se caracterizan por una concepción no formalista o convencionalista del delito, sino que están estructuradas sobre nociones ontológicas o sustancialistas de la infracción penal. De ahí que el comportamiento criminal es visto como una conducta inmoral en si misma, y el infractor es leído como un sujeto perverso. Otro aspecto de la epistemología inquisitiva es el decisionismo procesal entendido como la decisión que se hace sin verificación empírica de los supuestos normativos para derivar la sanción. Ferrajoli considera que *“[é]sta susceptibilidad se manifiesta en dos direcciones: por un lado, el carácter subjetivo del tema procesal, consistente más que en hechos determinados en condiciones o cualidades personales del autor, como la pertenencia del reo a tipos normativo de autor, o congénita naturaleza criminal o peligrosidad social; pero, por otro lado, se manifiesta también en el carácter subjetivo del juicio, que, en ausencia de referencias fácticas*

exactamente determinados, resulta basado en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho.”⁵¹

Otra manera de fijar los hechos en la decisión judicial es desde el realismo ingenuo. En él se supone la división de lo mental y lo físico, que es una distinción de carácter inmediato e intuitivo. En lo mental encontramos las creencias, los sueños, deseos, intenciones e imágenes del mundo, que tienen como rasgo común su no-espacialidad y su no-materialidad. Lo físico está dado por las distintas cosas que tienen como rasgo la espacialidad y la materialidad. Esta distinción entre lo mental y lo físico forma parte de la herencia dualista cartesiana que distinguió entre *res extensa* y *res cogitans*. Aquí, en esta propuesta teórica, lo mental tiene la propiedad de reflejar lo físico y el conocimiento humano resulta ser una representación de la *res extensa*, y entre más fiel sea la representación que la mente hace de lo externo mayor es el grado de conocimiento. Determinar si nuestras representaciones internas eran exactas a los objetos fue el problema que dio origen a la teoría del conocimiento de cuño cartesiano, y que tuvo como criterio definitorio las “*ideas claras y distintas*”. Esta noción realista no considera que el objeto de la ciencia o de predicación sea un constructo humano, sino que el conocimiento es un simple reflejo del mundo.⁵²

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta. 1995. Pág. 42

⁵² La metáfora del conocimiento como reflejo se la debo a Richard Rorty en su texto “la Filosofía y el Espejo de la Naturaleza”, en el que Rorty afirma que “[r]esulta bastante plausible la imagen de que la filosofía antigua y medieval se ocupa de las cosas, la filosofía del siglo xvii al xix de las ideas, y la filosofía contemporánea ilustrada de las palabras” (página 242)

2.2. Las teorías contemporáneas sobre la prueba

Decíamos al comienzo, que la fijación de los enunciados sobre los hechos es un elemento estructural en la decisión judicial. De ahí que la denominada premisa fáctica del argumento judicial señale en buena medida la consecuencia jurídica de la decisión, pues solo en tanto se constituya el supuesto fáctico puede, de manera correcta, derivarse el efecto jurídico que la decisión fijara para las partes. Es por eso que uno de los momentos epistémicos clave del proceso judicial se da en el instante en que el operador judicial define los hechos para la toma de la decisión, pues la manera de definir los hechos señalara, necesariamente, la consecuencia jurídica. El otro momento nuclear de la decisión judicial esta dado por la fijación de la premisa normativa, es decir, de la regla o principio jurídico que regulara el caso, punto sobre el que el texto estará en silencio, pues no es ese el objetivo de estas reflexiones

Esta labor de fijación de los hechos que hace el operador judicial ha sido comparada con el trabajo del historiador y del detective y así dar cuenta de la real actividad del operador judicial. Pero, y este es el momento de formularnos algunas preguntas, ¿estas ofertas teóricas dan cuenta de la real actividad del juez en Colombia? ¿Significa que los jueces nacionales construyen efectivamente la premisa fáctica bajo alguna de esos modelos? Esos son los asuntos de los que nos ocuparemos a continuación, previa exposición de los modelos que se han creado para dar cuenta de la premisa fáctica de la decisión judicial.

La decisión judicial, al igual que la historia, se tienen que relacionar con hechos ocurridos en el pasado. Estos saberes tienen como propósito establecer lo que ocurrió en el pasado, pero acceder a un objeto de estudio que está en el pasado es posible solo a través de medios indirectos. Una manera de acceder al pasado es por ejemplo el testimonio, el documento, el indicio. En la historia y la decisión judicial un problema común es el de la credibilidad de esa fuente. Muy distinta es la posición del científico frente a la estructura del mundo físico, pues éste científico experimenta, luego registra, y nos da un procedimiento o protocolo de manera que cualquier otro científico puede reproducir lo hecho por el primero de ellos. En la historia y en el proceso judicial no tenemos las posibilidades de reproducir ese pasado, no hay un protocolo que permita regresar al pasado. De ahí que puede no haber acuerdo sobre el pasado porque no se tienen los mismos testimonios, ni se tienen necesariamente los mismos indicios para contrastarlos con el testimonio. Esta relación indicio / testimonio es difícil pues su estructura y rasgos son diferentes, pues el indicio, en resumen, es localizado (la huella) y construido (lo que indicara), en tanto que el testimonio se presenta (a juicio) y se crítica.

Los modelos que a continuación se presentan han surgido en el interior de saberes distintos al derecho, pero han llegado a él para contribuir a responder la pregunta *¿qué fue lo que pasó?* que el operador judicial debe responder para poder fundar su decisión. Estas propuestas de solución son producto de saberes disímiles pero que confluyen en la idea de averiguar por hechos ocurridos en el pasado. Es así como el modelo nomológico deductivo es una propuesta desde la historia, los

modelos probabilísticos son formulados desde las ciencias positivas, y los modelos coherentistas desde la filosofía de la ciencia.

2.2.1 El esquema nomológico deductivo (Ferrajoli)

El modelo se presenta por primera vez en un artículo llamado *“la función de las leyes generales de la historia”*⁵³ de Hempel, publicado en el año de 1942. El modelo nomológico deductivo, que fue bautizado por Dray⁵⁴ como *“Covering Law Model”*, afirma que ofrecer una explicación es subsumir lo que queremos explicar bajo una ley general. Significa lo anterior que la explicación se presenta con la forma de un argumento deductivo, aunque su origen sea inductivo, en el que la premisa mayor es una ley general y la conclusión será, entonces, el enunciado que señala el acontecimiento que queremos explicar. En consecuencia, es necesario que en las premisas se encuentren las leyes generales que expresan regularidades empíricas. De igual forma, se deben indicar los antecedentes del fenómeno que se va a explicar. Por lo tanto, un acontecimiento queda explicado cuando es cubierto por una ley empírica y sus antecedentes que son las causas. A este modelo se le llama también modelo hipotético–deductivo, con el propósito de expresar que las premisas son hipótesis producto o resultado de la experiencia.

⁵³ HEMPEL, C. G. La explicación científica. Buenos Aires: Paidós. 1979

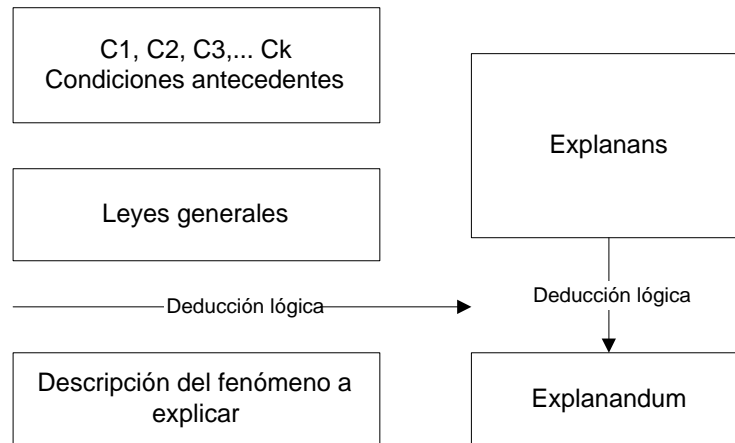
⁵⁴ DRAY, W., Laws and Explanation in History. London: Oxford Univ. Press, 1957

En el texto *“estudios sobre la lógica de la explicación”* de Hempel y Oppenheim, se encuentra el esquema básico de la explicación, en los siguiente términos: *“[d]ividimos una explicación en dos elementos constitutivos principales: el explanandum y el explanans. Entendemos por explanandum la oración que describe el fenómeno a explicar (no el fenómeno mismo) y por explanans la clase de oraciones que se aducen para dar cuenta del fenómeno.”*⁵⁵

Una aproximación gráfica al modelo, para aumentar su comprensión, es posible a partir del esquema que diseñaron sus creadores Carl Hempel y Paul Oppenheim⁵⁶, que es el siguiente:

⁵⁵ HEMPEL Carl y OPPENHEIM Paul. *Studies in the logic of explanation*, Philosophy of Science (1948). Hay traducción al castellano en el texto *“La explicación”* de BAKKER Gerald y CLARK Len. Madrid: Fondo de Cultura Económica. 1998. Pág. 106 y siguientes.

⁵⁶ HEMPEL Carl y OPPENHEIM Paul. *Ibidem*. Pág. 106 y siguientes.



El esquema requiere algunas precisiones para su facilitar su interpretación. El *explanandum* es el acontecimiento que se va a explicar. El *explanans* lo conforman los eventos que se invocan para dar cuenta del evento que se va a explicar, y esta constituido tanto por la exposición de las condiciones antecedentes del fenómeno, como por las leyes generales que lo regulan. Finalmente, tenemos el proceso mental de tipo deductivo que permite hacer el transito del *explanans* al *explanandum*. En estas condiciones y bajo esos presupuestos se considera que un determinado fenómeno queda explicado.

La explicación científica tiene otras exigencias o requisitos que debe satisfacer para que sea sólida. Estas exigencias son las condiciones lógicas y empíricas de la adecuación: Las condiciones lógicas de la adecuación son:

“(R1) El explanandum ha de ser consecuencia lógica del explanans. Dicho de otra manera: el explanandum debe deducirse lógicamente de la información que contiene el explanans, pues de otro modo el explanans no constituiría base adecuada para el explanandum.

(R2) El explanans ha de contener leyes generales, y éstas deben ser realmente necesarias para ellas derivar el explanandum (...)

(R3) El explanans tiene contenido empírico, es decir, debe ser capaz, al menos, en principio, de comprobación mediante experimentación u observación” (...)

La condición empírica de la adecuación significa que:

“(R4) Las oraciones que constituye el explanandum deben ser verdad. Es evidente que, en una explicación sólida, las afirmaciones que constituyen el explanandum han de satisfacer una serie condiciones de corrección fáctica. Pero podría resultar más adecuados estipular que el explanandum debe verse confirmado en sumó grado mediante todas las pruebas pertinentes de que se disponga, más que ser verdadero.”⁵⁷

Finalmente, las cuatro condiciones anteriores se aplican a la predicción y a la explicación científica. La idea central es que si se da primero el *explanandum* o fenómeno que se describe y luego se da el conjunto de afirmaciones que

⁵⁷ HEMPEL, Carl y OPPENHEIM, Paul. *Ibidem*. Pág. 108.

constituyen el explanans estamos frente a una explicación. Ahora bien, si primero se dan las proposiciones del *explanans* y luego ocurre el *explanandum* estamos frente a una predicción.

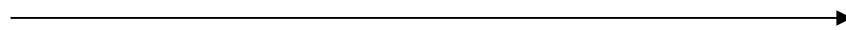
El esquema nomológico deductivo ha sido tomado por distintos teóricos del derecho probatorio para intentar dar cuenta del enunciado relativo a los hechos, es decir, de la manera como los operadores jurídicos deben transitar un camino inferencial para llegar a fijar la premisa sobre los hechos. Es así como Luigi Ferrajoli considera que el mejor camino para obtener criterios de decisión o justificación en relación con los hechos, en un proceso de corte garantista, es el que ofrece el modelo nomológico deductivo de la explicación causal. En efecto, Ferrajoli afirma que “*[s]egún este esquema la inferencia inductiva que permite ascender desde los hechos que se han de explicar o explanandum a los hechos que son su explicación o explanans, se justifica porque puede ser invertida en una inferencia deductiva, que permite descender del explanans al explanandum gracias a la inclusión en las premisas explicativas de leyes o generalizaciones empíricas aceptadas como verdaderas conforme a la experiencia pasada.*”⁵⁸

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* Pág. 141

El esquema propuesto por Ferrajoli para el modelo nomológico deductivo, y pretende, además, explicar la inferencia judicial sobre los hechos que sirven de base a la decisión judicial, es el siguiente:

(1) H es verdadera

(2) Cada vez que H es verdadera, también P es verdadera



(3) P es verdadera

Ferrajoli explica el esquema de la siguiente forma: *“Diremos, por tanto, que la descripción de los hechos y las condiciones iniciales (1) forma la explicación causal o explanans, o más toscamente la causa, de la que se deduce la –o que se induce de la – descripción del hecho que se ha de explicar o explanandum, o más toscamente del efecto (3), gracias a la ley empírica (2) que liga los dos tipos de acontecimientos.”*⁵⁹

Es significativo que Ferrajoli afirme que el modelo nomológico deductivo cumple la función de criterio de análisis sobre una hipótesis explicativa, a tal punto que la explicación si bien no permite demostrar la verdad, sino solo confirmar, puede servir de criterio para apoyar la falsedad de una hipótesis explicativa. De

⁵⁹ Ferrajoli, Luigi. *Ibidem*. Pág. 142

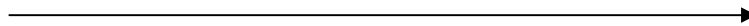
ahí que afirme que el modelo *“nos suministra un criterio, además de para confirmar las explicaciones también para invalidarlas y, por tanto, para decidir, conforme a argumentos deductivos del tipo modus tollens, cual de entre varias hipótesis explicativas debe ser descartada como falsa.”*⁶⁰

Los argumentos de Ferrajoli pueden ser esquematizados de la siguiente manera:

Esquema 1

(1) Cada vez que H es verdadera, también P es verdadera

(2) P es falsa

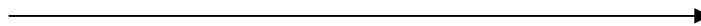


(3) H es falsa

Esquema 2

(1) Cada vez que H es verdadera, también P es falsa

(2) P es verdadera



⁶⁰ Ferrajoli, Luigi. *Ibidem*. Pág. 142

(3) H es falsa

Los dos esquemas dan cuenta de argumentos deductivos validos por *modus tollens*⁶¹. En ellos la regla de inferencia aplicable a las proposiciones condicionales señala que al negar el consecuente, se puede negar el antecedente condicional. En otras palabras, la regla de inferencia permite pasar de dos premisas: una de ellas proposición condicional y la otra una proposición que niega el consecuente a una conclusión que niega el antecedente. Vale la pena destacar que en esa medida la información o dato probatorio que se agregue aumenta la plausibilidad del argumento, pero no puede llegar nunca a la certeza total; en cambio, cada dato que no se acomoda o va en dirección opuesta constituye una refutación. En consecuencia, estamos en presencia de un sistema de verificación o refutación, pero no frente a un modelo de descubrimiento.

En los sistemas probatorios, de carácter acusatorio, su estructura lógica deja en manos distintas cada uno de los momentos. En efecto, una hipótesis acusatoria

⁶¹ El *modus tollens* recibía en el medioevo el nombre de "*modus tollendo tollens*", que se caracteriza porque parte de un enunciado condicional (si p, entonces q), y en la segunda premisa se niega el consecuente ($\sim q$), la conclusión será negar el antecedente del condicional ($\sim p$).

- 1) Si p entonces q
- 2) $\sim q$
- c) $\sim p$

se estructura sobre el *modus ponendo ponens*⁶², en tanto que la hipótesis de la defensa descansa sobre el tipo *modus tollens*.

La hipótesis acusatoria deberá, entonces, aportar pruebas o datos que confirmen su hipótesis junto con las máximas de la experiencia que permitan superar el dato para llegar a la conclusión. A su vez, la defensa ha de invalidar las hipótesis acusatorias con contrapruebas alternativas o bien quebrando la regla de experiencia de la acusación, o eventualmente el dato.

Por tanto, las conclusiones que se obtienen con el uso del modelo nomológico deductivo no producen verdad, pues ello implicaría que en las premisas se encontrara una ley o regla de carácter universal que convertiría el argumento en uno de carácter deductivo. Las premisas que configuran las leyes en el argumento nomológico deductivo son simplemente probables, y en esa medida, la conclusión forzosamente es probable, pues ninguna conclusión puede ser más extensa que las premisas, es decir, el grado de probabilidad de la conclusión será tan alto como el grado de probabilidad más bajo de las premisas.

⁶² El *modus ponendo ponens* se caracteriza porque parte de un enunciado condicional (si p, entonces q), y en la segunda premisa se afirma el antecedente (p), la conclusión, entonces, consistirá en afirmar el consecuente del condicional (q).

- 1) Si p entonces q
- 2) p
- c) q

Una dificultad que ofrece el modelo nomológico es que de premisas verdaderas es posible obtener conclusiones falsas. La afirmación la podemos ilustrar mediante un ejemplo de Karl Popper quien pasa de premisas verdaderas a conclusiones falsas. Señala Popper que podemos tener una generalización, como por ejemplo: *“cada vez que a un hilo se le aplica un peso superior a su resistencia entonces se rompe”*, pero deberíamos considerar la inversa también como ley general: *“cada vez que un hilo se rompe, entonces le ha sido aplicado un peso superior a su resistencia.”* Sin embargo, esta segunda generalización es falsa porque el hilo puede romperse gracias a la acción del fuego o de una tijera. En conclusión, las reglas científicas o empíricas no cubren la totalidad de los acontecimientos, y en esa medida, las conclusiones que podemos obtener son simplemente probables. En lo jurídico, por ejemplo, se dice que del hecho de tener objetos que provienen de la comisión de un delito, se infiere que su tenedor es partícipe del mismo. Generalización que no es cierta porque se pueden tener los objetos por compra o encargo de cuidado. No hay posibilidad de regla empírica que cubra todos los casos de tenencia de objetos provenientes de un comportamiento desviado.

En síntesis, no hay duda de que el modelo nomológico deductivo ofrece una explicación satisfactoria de cómo se justifican las leyes empíricas, pues las demostramos a partir de la deducción que hacemos desde las leyes generales, *“de cobertura”*; sin embargo, a pesar de su claridad en ese punto, el modelo es blanco de críticas que sostienen que es insuficiente para dar cuenta de la explicación, pues el modelo limita su utilidad a la justificación de leyes experimentales. En otros

campos su utilidad es restringida porque no se pueden construir leyes a la manera de los saberes empíricos. Las dificultades del modelo se agravan frente a investigaciones originales, en la medida en que hay una diferencia entre conocer el *corpus* de una ciencia y “hacer” ciencia. La investigación original no puede partir de leyes ya fijadas porque, en la medida de su originalidad, hasta ahora se hace la investigación para fijarlas. Estas observaciones condujeron a la formulación de que hay dos lógicas distintas: Por un lado, la lógica de la justificación, que queda cubierta por el modelo nomológico deductivo y, de otra parte, la lógica del descubrimiento.

El modelo conforme lo explica Ferrajoli pretende que los enunciados que hacemos sobre el mundo sean verdaderos en la medida en que en el mundo existe tal estado de cosas; es decir, que exista una correspondencia entre el enunciado lingüístico y el mundo. Podemos denominar a esta teoría como una teoría que predica el optimismo epistemológico. Empero, cuando el teórico acepta que los seres humanos tenemos algunas limitaciones e incorporamos elementos para la comprensión del mundo como las categorías, entonces, hablamos de un optimismo moderado en epistemología. En efecto, las categorías entendidas como conceptos puros del entendimiento a la manera de Kant, y que, en consecuencia, solo es posible la experiencia conforme a esas categorías, pues las categorías actúan como reglas que sintetizan la diversidad dada en el espacio y el tiempo, bajo el principio de la autoconciencia. Si el fenómeno a comprender está marcado por las categorías lo que comprendemos de él es parcialmente lo mismo que hemos puesto en él, por ende el predicado definitivo de cómo es el mundo no es posible, pues siempre

estará mediado para nuestra comprensión por las categorías, es decir, por el sujeto cognoscente.

Una consecuencia de lo anterior es que los resultados de la actividad desarrollada en un juicio con el propósito de probar los enunciados fácticos que se hacen en él están mediados por el impacto que tiene el sujeto en la construcción de esos fenómenos. Los enunciados sobre el mundo están, entonces, afectados por las condiciones de posibilidad del conocimiento humano. En esa medida el enunciado sobre los hechos puede ser falso, es decir, que no hay un estado de cosas en el mundo que se corresponda con el enunciado. Por lo tanto, el modelo *“se orienta a la averiguación de la verdad procesal empíricamente controlable y controlada, aunque necesariamente reducida y relativa”*⁶³

Más aún, desde la perspectiva del lenguaje tenemos que cada lenguaje fija sus criterios de realidad, pues responden a formas de vida concretas, por lo tanto el lenguaje configura su sentido en la relación con la conducta de los hablantes. Las cosas del mundo no se perciben simplemente. Cuando las hallamos las categorizamos lingüísticamente y las convertimos en objeto de enunciados. Los objetos son pensables si y solo si los colocamos en una determinada configuración mental. Hay que donarle sentido al objeto, diría un fenomenólogo. Así las cosas, el modelo presenta límites y es una concepción tan susceptible de críticas como las otras, pero en su favor se afirma que es el modelo que mejor se acerca a la

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Pág. 540

concepción de los operadores jurídicos en el sentido de que uno y otro tienen la pretensión de que sus enunciados tienen algún grado de correspondencia con el mundo. Además, *“permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y éste en contraste con todas las pruebas disponibles”*⁶⁴

2.2.2. La propuesta probabilística.

David Hume en la *“Investigación sobre el conocimiento humano”* explicaba la probabilidad cuando afirmaba que

*“al estar determinados por costumbre a trasladar el pasado al futuro en todas nuestras inferencias, cuando el pasado ha sido absolutamente regular y uniforme, esperamos el acontecimiento con la máxima seguridad y no dejamos lugar alguno para la suposición contraria. Pero cuando se ha encontrado que efectos distintos siguen de causas que, al parecer, son exactamente iguales, todos estos efectos han de presentarse a la mente al trasladar el pasado al futuro, y deben entrar en nuestra consideración cuando determinamos la probabilidad del acontecimiento.”*⁶⁵

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem*. Pág. 67

⁶⁵ HUME, David. *Investigación sobre el conocimiento humano*. Madrid: Alianza editorial. 1988. Pág. 82

La idea de Hume nos señala los rasgos principales del pensamiento inductivista. Por un lado, una experiencia pasada; además, una hipótesis de cómo será el futuro, junto a una inferencia, y, finalmente, un resultado que es solo probable. La inducción como razonamiento ha generado múltiples trabajos para explicarlo. No es este el lugar para dar cuenta de ellas y de sus límites: simplemente presento la estructura para observar luego si efectivamente las decisiones judiciales satisfacen las exigencias de este tipo de razonamiento, o si por el contrario se introducen otros elementos en la construcción judicial, por ejemplo de carácter psicológico. En otros términos, determinar si hay o no de psicologismo en la decisión judicial.

Ahora bien, el problema que quiere resolver la inducción consiste en la determinar la posibilidad de establecer la verdad de los enunciados universales basados en la experiencia. El asunto no es fácil porque ya Kant⁶⁶ había señalado que todos los juicios empíricos son sintéticos, es decir, amplían el contenido del sujeto, pero carecen de universalidad y de necesidad en sentido estricto. En otras palabras, si la síntesis o adición se justifica por la experiencia no habrá posibilidad de proposiciones que extiendan nuestro conocimiento de manera universal y necesaria.

⁶⁶ KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Quinta impresión. Traducción de Pedro Ribas. Madrid: Alfaguara. 1998.

Para acercarnos al problema de la probabilidad en el derecho, y concretamente, en la construcción del enunciado fáctico o si se quiere a la premisa fáctica se impone precisar algunos elementos indispensables para su comprensión.

En primer lugar, debemos tener una noción mínima y funcional de lo que es un argumento, para lo que adoptaremos la siguiente definición: *“un argumento es cualquier conjunto de proposiciones de las que se dice que una se sigue de las otras, que pretenden apoyar o fundamentar su verdad”*⁶⁷. La estructura del argumento se encuentra compuesta por premisas y conclusión. Ninguna proposición por sí misma, en forma aislada, es una premisa ni una conclusión. Ahora bien, debemos tener en cuenta que hay ocasiones en que las premisas o las conclusiones son implícitas. El contexto del discurso facilita la omisión de algunos de los elementos estructurales del argumento, pero pueden ser reconocidos con relativa facilidad.

Tradicionalmente, los argumentos se dividen en dos tipos diferentes, deductivos e inductivos. *“De un argumento deductivo se afirma que la conclusión se sigue de las premisas con necesidad absoluta e independientemente de cualquier otro hecho que pueda suceder en el mundo y sin admitir grados; en contraste, en un argumento inductivo se*

⁶⁷ COPI, Irving y COHEN, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa. 1997. pág. 21

afirma que la conclusión se sigue de sus premisas solamente de manera probable, esta probabilidad es cuestión de grados y depende de otras cosas que pueden o no suceder.”⁶⁸

Un ejemplo tradicional de argumento deductivo:

- 1) Todos los hombres son mortales
- 2) Sócrates es hombre
- C) Por lo tanto, Sócrates es mortal

No obstante, el problema que nos interesa es el de la inducción que consiste en preguntar ¿cual es la justificación lógica de los enunciados universales acerca de la realidad? Ya Moritz Schlick afirmaba que: “...*un autentico enunciado tiene que ser susceptible de verificación concluyente*”. En otras palabras, un enunciado debe ser verificable si tiene la pretensión de ser un enunciado, de lo contrario será un pseudo enunciado. Posición cercana a la del primer Wittgenstein, quien afirmaba que un enunciado que pretende ser un enunciado sobre el mundo y esta sin verificar es un sinsentido.

⁶⁸ COPI, Irving y COHEN, Carl. *Ibidem*. Cit., pág. 74

Ahora bien, los hechos de un proceso, así como las teorías, nunca son verificables de manera empírica. No es posible el uso del método experimental. Son hechos del pasado, y este como diría Borges es “irrevocable”, pero además irrepetible. Las proposiciones que se refieren a los hechos pasados si bien no son de forma empírica verificables si son susceptibles de contrastación, de ahí que sea posible su refutación por vía de la experiencia. En materia judicial la hipótesis vencedora ha de ser aquella que se confirme a través de un medio de contraste o prueba empírica. En todo caso se objetara que no hay decibilidad concluyente, pero ese era el obstáculo que Hume ya avizoraba y es que no es posible pretender que los enunciados científicos empíricos tengan la nota de la irrevocabilidad, pues son contingentes. En pocas palabras, es necesario y posible construir otro criterio cercano a las concepciones popperianas de la ciencia: la falsación.

En el siglo XX se realizaron varios intentos de construcción de una lógica inductiva recurriendo al cálculo de probabilidades. La teoría de la probabilidad fue un tema que les interesó de manera especial a los miembros del Círculo de Viena, en particular de Rudolf Carnap⁶⁹ que aspiraba a construir *“una teoría general de la confirmación de hipótesis de cualquier tipo por evidencias de observación, basada en la probabilidad lógica”*⁷⁰, que tenía la pretensión de dar una base empírica a leyes y teorías científicas, es decir, para proposiciones de carácter universal; sin embargo,

⁶⁹ CARNAP, Rudolf. Autobiografía intelectual. Trad. Carmen Castells. Paidós. Barcelona. 1992

⁷⁰ AISA MOREU, Diego. El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial. Prensas Universitarias en Zaragoza. Zaragoza. 1997. Pág. 68

el proyecto carnapiano no fue exitoso, pues el mismo Carnap señaló que el grado de confirmación de una ley L respecto a una evidencia finita E es igual a cero y consideró que en la mira de propósitos prácticos de predicción era suficiente saber la probabilidad lógica de una instancia aplicada de la ley. En otros términos, *“sustituyó el problema de la confirmación de una ley por el de confirmación de una instancia y de una instancia cualificada en la misma”*⁷¹. Popper en *“la lógica de la investigación científica”* se ocupa del problema de la inducción que puede formularse bajo el interrogante de *“cómo establecer la verdad de los enunciados universales basados en la experiencia — como son las hipótesis y los sistemas teóricos de las ciencias empíricas—. Pues muchos creen que la verdad de estos enunciados se sabe por la experiencia; sin embargo, es claro que todo informe en que se da cuenta de una experiencia no puede ser originariamente un enunciado universal, sino solo un enunciado particular”*⁷². Popper considera que el principio inductivo como el medio por el cual la ciencia define la verdad o falsedad es una expresión inexacta, *“pues no le es dado a la ciencia llegar a la verdad o a la falsedad... más los pronunciamientos científicos pueden alcanzar únicamente grados continuos de probabilidad, cuyos límites superior e inferior, inalcanzables, son la verdad y la falsedad”*⁷³. Empero, Popper formulara un método distinto, como es el de la contrastación empírica de la hipótesis o falsación que significa que una teoría es correcta cuando resiste las contrastaciones empíricas o experimentos dirigidos a demostrar su falsedad.

⁷¹ AISA MOREU, Diego. *Ibidem*. Pág. 45

⁷² POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Madrid. Tecnos. 1992. Pág. 28

⁷³ POPPER, Karl. *Ibidem*. Pág. 29

Lo cierto es que por lógica inductiva ya no se entiende aquel sistema de pensamiento que establece reglas a partir de enunciados observacionales, asociado al empirismo clásico que sostenía que un saber que tenga las pretensiones de ciencia debe descansar en enunciados observacionales. Tampoco es un sistema de pensamiento que pretenda confirmar teorías a partir de observaciones. En la actualidad, y para efectos de este escrito, vamos a comprender por lógica inductiva *“aquella teoría lógica que se ocupa de averiguar el grado de confirmación, de soporte o apoyo evidencial que tiene una hipótesis en relación con una evidencia”*⁷⁴.

Ahora bien, de regreso al tema de la decisión judicial, la corrección de la fijación de los hechos por parte del operador judicial un judicial estará determinada por la confirmación por vía inductiva. Ahora bien, los enunciados sobre el hecho histórico, si bien es cierto no son deducibles de otros enunciados singulares o que muestren regularidades (normalmente), sí pueden entrar en contradicción con estos últimos. Vale decir, el enunciado judicial no puede ser verificado de manera empírica, pero sí puede entrar en oposición con otros enunciados singulares establecidos o que indican regularidades. En caso de que eso ocurra el enunciado resulta falseado y no pueden aceptarse. Además, el proceso metodológico para hacerlo es mediante el *modus tollens* de la lógica clásica, que expresa que una vez refutado el consecuente, entonces resulta de paso refutado el antecedente. Un caso característico es la afirmación de que si el sospechoso tiene rastros de sangre de la víctima en sus ropas fue quien le causó las

⁷⁴ AISA MOREU, Diego. Ob cit. Pág. 68

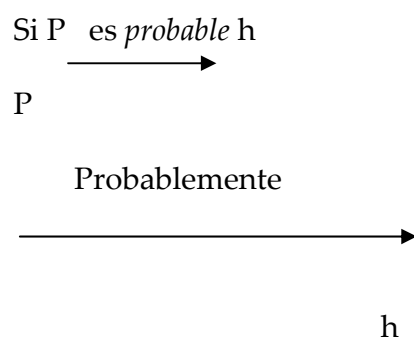
lesiones, pero al encontrarse que esos vestigios de sangre no pertenecen a la víctima se concluye, entonces, que el sospechoso no fue quien la atacó.

Un aspecto que refleja el carácter probabilístico de la decisión judicial son las denominadas pruebas directas o deductivas y las indirectas o inductivas. Esta distinción tiene relevancia epistemológica y se basa en el procedimiento que el juzgador debe realizar para estructurarlas. La prueba directa es un procedimiento de verificación de enunciados fácticos, con base en la observación que hace el juzgador. La prueba deductiva es un procedimiento de verificación de enunciados que se basa en una inferencia deductiva a partir de otras aserciones verificadas. La prueba indirecta o inductiva es un procedimiento de verificación de enunciados con base en inferencias inductivas (probabilísticas) a partir de otras afirmaciones correctamente verificadas.

“La distinción, basada en la estructura lógica de la verificación, tiene también relevancia epistemológica, pues cada una de estos tres procedimientos arroja, aunque sólo sea en principio, una diferente calidad de certeza: certeza absoluta, en la prueba directa y en la prueba deductiva; simple probabilidad, en la prueba indirecta o inductiva. En efecto, aunque las cuestiones lógicas deben ser nítidamente separadas de las cuestiones epistemológicas, es evidente que la calidad epistemológica de las pruebas en sentido estricto (o sea, de los enunciados fácticos verificados) viene en gran parte condicionada por los procedimientos probatorios (o sea, los procedimientos de verificación de los mismos). Que al resultado del procedimiento de prueba directa

debe atribuírsele una calidad epistemológica absoluta es algo fuera de discusión; salvo por supuesto, que se mantengan posiciones de un relativismo epistemológico extremo, en cuyo caso se habrá de estar también dispuesto a asumir las consecuencias irracionales que de ello se derivan. Que se atribuya una calidad epistemológica absoluta a resultados de las pruebas deductivas obedece a que un razonamiento deductivo válido es aquel en que, a partir de premisas verdaderas, se concluyen resultados necesariamente verdaderos. Que el resultado de la prueba indirecta debe ser considerado (sólo) probable tampoco puede suscitar polémica, pues, por grande que sea la calidad epistemológica de las premisas de que se parte, el resultado de una inducción ha de medirse siempre en términos de probabilidad.”⁷⁵

La inducción entendida como la inferencia en el ámbito de lo probable podemos expresarla de la siguiente manera:



⁷⁵ GASCON ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: Marcial Pons. 1999. Pág. 93.

El esquema puede explicarse así: Dado la premisa P es probable que ocurra h. Ha ocurrido P por lo tanto “probablemente” ocurra h.

Es claro que en un argumento en que una de las premisas es solo probable, la conclusión no puede ser sino probable. Pero debe anotarse que su grado de probabilidad no puede ser superior al de las premisas o premisa de menos probabilidad, siguiendo las reglas del silogismo. En otras palabras, el grado de probabilidad de que se de la conclusión es el mismo grado de probabilidad de la premisa de menor probabilidad.

De otra manera, en un argumento inductivo en el que las premisas son verdaderas la conclusión puede ser falsa, pues las premisas solo están incluidas parcialmente en la conclusión. En cambio, en un sistema argumentativo deductivo válido si las premisas son verdaderas la conclusión necesariamente es verdadero.

Este género de asociación entre dos hechos en el que hay una relativa frecuencia entre uno y otro no es ajeno incluso al reino animal. En efecto, Un caballo que ha recorrido con frecuencia un camino se resiste a andar en una dirección distinta. Incluso los animales domésticos esperan su alimento cuando ven a la persona que habitualmente se lo da. Pero sabemos que todas estas burdas expectativas están sujetas a error. Russell nos advierte del riesgo con la metáfora del pollo inductivista. Dice Russell que *“un hombre daba de comer diariamente a un*

pollo, así trascurrió un año, sin embargo un día el pollo ve al hombre y espera su alimento pero ese día el hombre le tuerce el pescuezo y lo sirve de alimento, demostrando que hubiese sido útil al pollo conocer algo sobre inducción"⁷⁶, es decir, sobre la probabilidad de que un fenómeno se presente cuando ocurre otro.

Además, en la medida que hemos tomado conciencia de que la inducción solo genera resultados probables, se hace necesario establecer cual es el grado de probabilidad. Las reglas de la experiencia, máximas de la experiencia las denominan algunos autores, son criterios que ayudan a fijar el grado de probabilidad de que dado un acontecimiento ocurra otro evento. La regla de experiencia es un juicio hipotético sobre la relación existente entre una pluralidad de fenómenos que se ha formulado con fundamento en la observación que de casos particulares que han realizado de manera directa o que han realizado otras personas. En la palabra de Mittermaier: *"Si nos apoyamos en una serie no interrumpida de experiencias positivas, parécenos que con toda seguridad podemos concluir de un hecho que siempre hemos visto rodeado de semejantes circunstancias a otro hechos que es su correlativo necesario y cuya inexistencia le haría inexplicable."*⁷⁷ La inducción nos permitirá manifestar en relación con una probable causa, pero no nos da lineamientos seguros para afirmar la conclusión, pues esta siempre será como máximo probable...

⁷⁶ RUSSELL, Bertrand. Los problemas de la filosofía. Madrid: Labor. 1994. Pág. 61

⁷⁷ MITTERMAIER, Carl Joseph Antón. Tratado de la Prueba en materia Criminal. Bogotá: Temis. Pág. 311.

2.2.2.1 El modelo de probabilidad matemática — estadística (el modelo de Bayes)

No podemos en este punto olvidar otros modelos como la aplicación de métodos o instrumentos matemáticos y los modelos basados en esquemas de confirmación. Entre los primeros se encuentra el “modelo bayesiano” que es una aplicación de la teoría tradicional estadística de probabilidades. En efecto, en esta propuesta la probabilidad de que ocurra A dado que B sucede, es igual a la probabilidad de que B ocurra dado que A sucede, multiplicado por la probabilidad de que ocurra A, y dividido por la probabilidad de que ocurra B.

Para facilitar la comprensión del teorema de Bayes presento una aplicación contemporánea sobre prueba de ADN. La probabilidad de que los vestigios hallados pertenezcan a una persona después de analizados sus marcadores genéticos, sería el producto de aplicación de la siguiente fórmula:

$$P(C) = \frac{P_0 \times P(E/C)}{P_0 \times P(E/C) + (1-P_0) \times P(E/I)}$$

Donde P(C) corresponde a la probabilidad de culpabilidad una vez practicada la prueba científica, P₀ la probabilidad *a priori* de culpabilidad, P(E/C) la probabilidad de la prueba científica dada la culpabilidad y P(E/I) la probabilidad de la prueba científica dada la inocencia. Si partimos, a modo de ejemplo, de que

los marcadores genéticos analizados se repiten conforme al estudio poblacional en un 1% de personas y de que el perito ha atribuido una probabilidad de culpabilidad del 50%, el resultado final sería el siguiente:

$$P(C) = \frac{0'5 \times 1}{(0'5 \times 1) + (0'5 \times 0'01)} = 0'909 = 90'9\%$$

El cálculo de probabilidades obtenido resulta, como se ha señalado, de atribuir una probabilidad *a priori* de culpabilidad del 50% (0'5). Este porcentaje que se atribuye *a priori* puede conducir a engaño, pues si bien es cierto que de existir dos posibilidades (positiva-negativa) aleatorias de resultado, es posible que ocurra tanto una como la otra. La aportación del teorema de Bayes permite afinar el cálculo de probabilidades incorporando información *a priori*, lo que supone un riesgo y la asunción por el Juez de dicha responsabilidad, pues a él corresponde ponderar los indicios y las restantes pruebas concurrentes y sustituir el 50% por una cifra progresivamente más elevada a medida que se incrementan los indicios o

pruebas inculpatorias o rebajarla también progresivamente a medida que disminuyen dichos indicios.⁷⁸

En consecuencia, el aporte del teorema bayesiano a la teoría probatoria permite restablecer el principio de libre valoración de la prueba en toda su extensión cuando parecía que, precisamente, la aplicación de los métodos científicos reducía la capacidad judicial de apreciar críticamente los resultados probatorios, pues es el operador judicial quien deberá ponderar en el modelo las pruebas concurrentes y hacer los respectivos ajustes.

El modelo matemático— estadístico (bayesiano) también ha sido sometido a múltiples observaciones críticas que señalan sus limitaciones. En primer lugar, se dice que el modelo de Bayes señala la frecuencia con que un fenómeno antecede o acompaña a otro, pero no señala su causa. En segundo lugar, la complejidad del modelo hace difícil su manejo. En tercer lugar, las dificultades son enormes en los casos en que debe hacerse pluralidad de inferencias. En cuarto lugar, el modelo es contraitutivo. Finalmente, cuando se trata de prueba científica tiene dos dificultades adicionales: Por un lado, lo relativo a la distribución del factor entre la

⁷⁸ VARGAS, Rodrigo. La prueba de ADN en el Sistema Jurídico Colombiano. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. 2007. Pág. 174

población, y de otra parte, existe un margen de error implícito que no siempre es fácil de medir.

2.2.2.2 El modelo de la probabilidad lógica (Bacon—Cohen)

Otra opción para dar cuenta de la fijación de los enunciados sobre los hechos en la decisión judicial esta dada por el modelo de probabilidad lógica. En este modelo la probabilidad de una hipótesis factual “se apoya en su conexión lógica con las prueba a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis”⁷⁹. En esta propuesta se mide el grado de apoyo a la hipótesis judicial sobre los hechos, o confirmación inductiva, a partir de las pruebas que figuran en el proceso. De ahí que la probabilidad inductiva de la hipótesis judicial esta dada por el hecho de que en el caso que se juzga no concurren circunstancias que excluyan la aplicación de una regla general. Ahora bien, la probabilidad lógica de la hipótesis aumentará o disminuirá con base en el fundamento y grado de probabilidad de las regularidades que conectan las hipótesis y las pruebas que se hayan utilizado en la confirmación. Es así como la probabilidad de una hipótesis será mayor cuando viene confirmada por verificación directa o conclusiones necesarias, que por inferencias de baja o media frecuencia.

⁷⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba. Barcelona. Editorial Marcial Pons. Segunda Edición. 2004. Página 174.

La propuesta de la probabilidad lógica aborda el problema de la prueba desde la perspectiva de la lógica de Bacon que postula que la hipótesis sobre un hecho aumenta su grado de confirmación a partir de los elementos de prueba existentes. La propuesta más notable es la desarrollada por Jonathan Cohen⁸⁰ quien transforma el sistema desarrollado por Stuart Mill, que consiste en contrastar hipótesis bajo controles y eliminar las hipótesis que sean contradichas por las pruebas.

Cohen ha desarrollado un concepto nuevo de probabilidad *“como graduación de la posibilidad de fundar inferencias relativas a una hipótesis fáctica sobre la base de las pruebas disponibles.”*⁸¹ La probabilidad se define, entonces, en *“función del tipo de inferencia que se puede extraer a partir de los elementos disponibles en relación con la hipótesis que se trata de confirmar.”*⁸² Examinar el peso de la evidencia o grado de

⁸⁰ Para ampliar el conocimiento sobre la obra de Cohen puede consultarse la obra de Marina Gascón de Abellán *Los Hechos en el Derecho*. Igualmente, la obra de Michelle Taruffo sobre la prueba, que forman parte de la bibliografía utilizada en este texto.

⁸¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta. 2002. Pág. 226

⁸² TARUFFO, Michele. *Ibidem*. Pág. 226

apoyo de los elementos de prueba a la hipótesis que se quiere confirmar es lo que el modelo busca expresar.

Ese grado de apoyo que las pruebas aportan a la hipótesis o hecho que se quiere probar replantea el problema de la prueba en términos del grado de conexión que hay entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho. *“Esa conexión —dirá Taruffo— determina el grado de apoyo inferencial que corresponde a la hipótesis sobre la base de la prueba, siendo evidente que el incremento de ese grado implica un incremento de las probabilidad de la hipótesis.”*⁸³

Cohen es consciente de que normalmente no se tiene información estadística relevante para determinar la eficacia de la prueba, esto solo ocurre de manera excepcional, por ejemplo en la ya vista prueba de ADN. Esta carencia de información dificulta el uso del cálculo matemático. Los criterios de inferencia que sirven de nexo a los elementos de prueba con la hipótesis que se somete a confirmación son conocimientos no cuantificados, se trata de *“un gran número de common sense presumptions y de generalizaciones extraídas del la experiencia común.”*⁸⁴

⁸³ TARUFFO, Michele. *Ibidem.* Pág. 226

⁸⁴ TARUFFO, Michele. *Ibidem.* Pág. 227

En el campo judicial la inferencia inductiva es del tipo “*Si sucede A normalmente sucede B*”. La expresión normalmente hace alusión a generalizaciones del sentido común, y lo que propone Cohen es que si en un caso particular no concurren circunstancias concretas que eliminen la aplicación de la regla general, ésta debe ser aplicada.

Ahora bien, el operador judicial debe tener en cuenta varios aspectos para dar aplicación al modelo de confirmación de Cohen. En primer lugar, debe examinar el nexo causal (probable) entre la hipótesis y la prueba. Luego el grado de probabilidad de la regla de la experiencia. En tercer lugar, debe considerar que la probabilidad mayor es confirmada por conclusiones no por hipótesis, pues las hipótesis no confirman nada, deben ser demostradas. Además, el operador judicial debe tener en cuenta que la probabilidad disminuye cuando los pasos aumentan la inferencia, pues cada paso tiene márgenes de error que no son despreciables. Finalmente, debe tener en cuenta que a mayor cantidad y variedad de pruebas, mayor probabilidad de que la hipótesis tenga éxito.

La probabilidad se cuantifica por el "grado de creencia", o “grado de confirmación” de una hipótesis en relación con una información. *“El esquema valorativo del grado de confirmación es el que mejor se adecua a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible. Es cierto que las situaciones con*

que puede encontrarse el juez pueden ser muy distintas, por lo que hablar de “esquema de valoración”, sin más, seguramente constituya una simplificación excesiva. No obstante, esta simplificación permite aquí mostrar más claramente los criterios centrales de aceptabilidad de las hipótesis; es decir, las condiciones que autorizan a considerar verdadera la versión de los hechos que representan.”⁸⁵

En la práctica, una hipótesis se acepta en la medida en que satisface los requisitos de confirmación, no refutación, o mayor probabilidad. Existe confirmación cuando la hipótesis no ha sido rebatida por otras pruebas y las obrantes la confirman mediante un nexo lógico o causal, que es una ley de alta probabilidad o una máxima de experiencia. La no refutación, una hipótesis viene refutada por las pruebas disponibles si éstas se hallan en contradicción con aquélla. Y finalmente, la mayor probabilidad de una hipótesis sobre los mismos hechos, que surge cuando entre hipótesis rivales bien fundadas se privilegia aquella que presente la mayor probabilidad o grado de ocurrencia. En caso de que las hipótesis tengan igual grado o probabilidad de respaldo se acude a las reglas institucionales como el *in dubio pro reo* en el proceso penal o las reglas sobre la carga de la prueba.

2.2.2.3 La selección de la hipótesis sobre el hecho —el esquema de Taruffo—

La teoría que afirma que la selección de una hipótesis sobre el hecho que interesa al proceso depende de su grado de confirmación ha encontrado en

⁸⁵ GASCON ABELLÁN, Marina. *Op. Cit.* Pág. 10

Michele Taruffo a uno de sus mejores constructores. En efecto, en el texto *“la prueba de los hechos”*⁸⁶ se hace una cuidadosa exposición de la teoría, de la que haremos un mapa general e indicaremos su sentido. El punto de entrada es la pregunta que guía el trabajo de Taruffo es la de *“saber si hay identidad o analogía”*⁸⁷ entre la idea de verdad procesal y las ideas que se tienen de la verdad fuera del proceso. Taruffo se inclinará o mejor demostrará que hablar de verdad judicial es un sinsentido, pues *“la verdad judicial de los hechos no es nada distinto que una variante específica de ese problema más general”*⁸⁸ que es la verdad, sobre la que, entonces, tendrá que fijar su posición.

La teoría de verdad utilizada por Taruffo para dar respuesta a sus interrogantes es la concepción semántica de Tarski⁸⁹, que salva la ruptura total entre el lenguaje y el mundo, pues para esta teoría una proposición es válida si y

⁸⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta. 2002.

⁸⁷ TARUFFO, Michele. *Ibidem*. Pág. 24

⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Ibidem*. Pág. 25

⁸⁹ Tarski señala que “el problema principal es el de dar una definición satisfactoria de la noción de verdad”. Tarski propone la tesis siguiente: una oración es verdadera si y sólo si, p., en la que “la equivalencia verdadera es toda equivalencia de la clase en que “p” sea reemplazada por cualquier oración del lenguaje a que se refiera la palabra verdadero, y X sea reemplazada por un nombre en esta oración.” En relación con la idea de verdad semántica en el mismo artículo Tarski explica que la verdad es un concepto semántico porque la “semántica se ocupa de ciertas relaciones entre las expresiones de un lenguaje y los objetos o estados de cosas) a que se refieren esas expresiones”. Para ampliar la comprensión de la teoría semántica de la verdad de Alfred Tarski es útil revisar el texto de *“La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”*, en *“Teorías de la verdad en el siglo XX”*, editada por Juan Antonio Nicolás y María José Frápolli, Edit. Técnos. Madrid. 1997, pp. 65 - 108.

solo si se corresponde con el mundo. Según esta afirmación un enunciado es verdadero cuando describe un hecho que ocurrió, cuando el enunciado se refiere a un acontecimiento del pasado.

Taruffo, luego de fijar el modelo teórico que lo acompañara en su investigación enfrentara la cuestión de si es posible el conocimiento absoluto de los hechos, acompañado por un estado de certeza total en el proceso judicial. La respuesta de Taruffo⁹⁰ es que resulta suficiente una verdad relativa a los medios y relativa al contexto normativo que facilite un fundamento fáctico razonable a la decisión del operador judicial; en otros términos, la verdad es un constructo producto de las evidencias de que se dispone en el momento en que el operador judicial fija los hechos del proceso, que además es aceptable en la medida en que no ha sido refutada por otras evidencia o contrapruebas presentadas en el proceso. En conclusión, una hipótesis es aceptada en tanto esta confirmada mediante la evidencia disponible, sin que exista evidencia que la refute.

La selección de la hipótesis sobre el hecho es *“una elección racional”*, *“que se asume como verdadera porque es más aceptable sobre la base de las pruebas, no significa, por tanto hacer referencia a reglas precisas y estrictamente obligatorias sino a estándares capaces de orientar las elecciones sin determinarlas.”*⁹¹ Esta posición desde lo razonable significa que el operador judicial deberá analizar las distintas evidencias y hacer

⁹⁰ TARUFFO, Michele. *Ibidem*.

⁹¹ TARUFFO, Michele. *Ibidem*. Pág. 294

las respectivas inferencias a partir —y entre— los distintos elementos probatorios e hipótesis sobre los hechos. Los estándares, como veremos más adelante, son instrumentos conceptuales que permiten señalar cuando algo se considera como probado, esto es, cuando la relación entre los datos y la conclusión es aceptable.

La propuesta de Taruffo distingue entre dos situaciones diferentes: en la primera, es aquella en que el operador judicial únicamente *“debe decidirse si una hipótesis es aceptable o no”*⁹², sin que existan hipótesis diversas en conflicto, en este caso estamos en frente a una situación de *“aceptabilidad de la hipótesis”*. En la segunda situación, el operador debe seleccionar *“entre dos hipótesis contradictorias (VX/FX) o incompatibles (VX/VY, pero X/Y incompatibles)”*⁹³ y cada una de ellas ha obtenido diversos grados de confirmación a partir de los elementos de prueba disponibles, este evento es de *“probabilidad lógica prevaleciente”*.

En este punto es necesario hacer referencia a la forma de presentar el grado de confirmación de las hipótesis. En primer término, una escala de 0 a 1 para señalar el valor de cada prueba y otra escala de valores para señalar el grado conjunto de la probabilidad de la hipótesis del hecho, sin fijar un valor tope o techo. Tenemos entonces dos escalas la primera de 0 a 1 y la segunda de $0 \rightarrow \infty$, que se combinan para llegar a determinar la probabilidad del hecho.

Lo cierto es que la práctica jurídica versa sobre hechos complejos y no sobre hechos simples, pues el hecho a probar está constituido por una serie de hechos

⁹² TARUFFO, Michele. Op. cit. Pág. 295

⁹³ TARUFFO, Michele. Op. cit. Pág. 298

distintos, por ejemplo en derecho penal cada uno de los elementos del tipo penal o de la posición de garante, o de competencia de la víctima, o cada uno de los elementos de la causal excluyente de responsabilidad penal⁹⁴. De ahí que se disponga de distintos pruebas que se refieren a cada supuesto de hecho, según el siguiente esquema: $P_1 f H_1$, $P_2 f H_2$; $P_3 f H_3, \dots P_n f H_n$. En donde P significa prueba, H significa hecho, y f la relación funcional entre la prueba y el hecho. Lo anterior no quiere decir que no existan circunstancias o casos especiales en los que una única prueba se refiera a varios hechos, como por ejemplo un contrato escrito de trabajo que evidencia la relación de subordinación, el salario y el horario, entre otras cosas, y cuyo esquema sería el siguiente: $P_1 f H_1, H_2, H_3$.

En este esquema no se aplica la regla de conjunción del modelo de Bayes que obliga a que todas las proposiciones relativas a los hechos, que juzga el operador judicial, sean consideradas como si constituyeran una única hipótesis. Aquí cada proposición relativa a un aspecto constitutivo de los hechos que se juzgan puede tener un valor un grado de probabilidad diferente dependiendo de los distintos elementos de prueba que se tengan. De ahí que *“cuando la hipótesis sobre el hecho es compleja porque versa, en realidad, sobre distintas circunstancias, no hay nada extraño desde el punto de vista cognoscitivo ni contradictorio lógicamente en la posibilidad de que los elementos de prueba disponibles atribuyan grados de confirmación distintos a las diversas subhipótesis que se refieren a cada circunstancia concreta.”*⁹⁵ Taruffo agrega, a renglón seguido, que esas son las circunstancias que habitualmente se producen en los procesos en los cuales se tienen distintas pruebas

⁹⁴ Esta afirmación es extensiva a otras ramas del derecho. Es así como el despido sin justa causa requiere probar la relación de trabajo, constituida por subordinación, prestación personal del servicio, salario y los hechos, o conjunto de hechos, que configuran el despido ilegal.

⁹⁵ TARUFFO, Michele. Op. cit. Pág. 280

referidas a distintos aspectos de los hechos que se están enjuiciando, lo que implica que la decisión tomara en cuenta sólo aspectos probados, aunque en diferente grado de confirmación, y considerara no probados aspectos que tengan un bajo grado de confirmación o que carezcan de él.

Volvamos al problema de la “aceptabilidad de la hipótesis” y de la “probabilidad lógica prevaleciente”. Arriba dijimos que la aceptabilidad es un problema relativo a una hipótesis y que la probabilidad lógica prevalente se refiere a diversas hipótesis frente a un caso. Pues bien, determinar si una hipótesis X es aceptable significa que el grado de confirmación es suficiente, y si ese grado es igual a cero o insuficiente la hipótesis es inaceptable.

Ahora bien, ese grado de aceptabilidad de la hipótesis no es una escala cuantitativa dada de antemano. En efecto, el grado de aceptabilidad se comprende mejor dentro desde la teoría de los conjuntos borrosos que trabaja con conceptos que tienen como rasgo definitorio la vaguedad. Los conjuntos borrosos contienen elementos que no están definidos por una regla que determina si el elemento pertenece o no al conjunto, como es habitual, sino que la pertenencia se determina por grados cuya expresión se concreta en series de números que definen el elemento y le asignan su pertenencia al conjunto. La expresión “es una persona alta” corresponde, por ejemplo, a individuos que miden entre 1,80 y 2,00 metros, o el vehículo iba “rápido” se refiere a velocidades comprendidas entre 60 y 80 kilómetros por hora, etc. En resumen, *“la técnica de la reducción de la vaguedad consiste en delimitar los confines del conjunto vago no sirve únicamente para hacer manejables las nociones vagas en el plano informativo. También es importante en la medida en que permite atribuir significado, y, por tanto, hacer racionalmente utilizables, a*

proposiciones que de otra forma no lo serían a causa de su excesiva indeterminación."⁹⁶ Es necesario anotar que esta delimitación de los elementos que pertenecen al conjunto borroso es estrictamente convencional, pues la escala que se fija parte de los valores (caro/barato), y creencias (lento/rápido) que señala el observador.

La definición del grado de aceptabilidad de la hipótesis que resulta de un sólo elemento, en la escala $0 \rightarrow 1$, debe como mínimo ser igual a 0,5, y a partir de él se puede afirmar que esa hipótesis está razonablemente confirmada. En caso de que el grado es inferior al 0,5 se considera que no es aceptable. De otra parte, la otra escala es de $0 \rightarrow \infty$, y para el caso concreto en que un solo elemento tiene una valoración de 0,5, aunque de manera hipotética puede tener varias unidades, pues no hay límite superior, entonces, ese 0,5 definirá el grado de aceptación. Si hubiese otros elementos que apoyaran la hipótesis se podría tener un valor total expresado en unidades incluso superiores a 1.0, 1.5, 2.0, 2.5... como grados de aceptación de la hipótesis.

De otro lado, tenemos la "probabilidad lógica prevaleciente" que tiene ocurrencia cuando existen hipótesis contradictorias o a lo menos incompatibles. En este caso se trata de un caso de elección racional de una hipótesis entre varias que tienen distintos grados de confirmación, distintos a cero, con base en los elementos probatorios existentes. En este caso *"la elección de la hipótesis que ha de ponerse en la base de la decisión se realiza mediante el criterio de la probabilidad prevaleciente"*⁹⁷, que

⁹⁶ TARUFFO, Michele. Op. cit. Pág. 280

⁹⁷ TARUFFO, Michele. Op. cit. Pág. 298

indica que la selección racional significa que *“debe escogerse la hipótesis que reciba el apoyo relativamente mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles. Se trata, pues, de una elección relativa y comparativa dentro de un campo representado por algunas hipótesis dotadas de sentido, por ser, en distintas formas probables, y caracterizado por un número finito de elementos de prueba favorables a una u otra hipótesis.”*⁹⁸

Un problema que presenta el esquema se da cuando el grado de confirmación de una hipótesis sobre las otras es escasamente superior, bien sea porque ambas hipótesis reciben un grado alto de confirmación, con una pequeña diferencia, o bien sea que el grado de confirmación de las hipótesis es muy bajo. En estos casos es racional escoger la hipótesis que tiene el mayor grado de confirmación, aún en contextos en que este criterio puede ser considerado poco satisfactorio. En ese caso la elección sigue siendo racional mientras no se introduzcan esos otros criterios que hagan satisfactoria la decisión. Sin embargo, cuando la ley fije criterios de elección muy elevados como ocurre cuando se exige que el hecho este probado “más allá de la duda razonable” en cuyo caso la diferencia entre los grados de confirmación debe ser mucho mayor, conforme se demuestra en los apartados 2.2.4 y 2.2.5

2.2.3 Las concepciones coherentistas

Otras manera de comprender la actividad de los operadores jurídicos para constituir el objeto de su enunciado fáctico son las concepciones coherentistas que sostienen la tesis de que la verdad es una relación entre enunciados asertivos, y no

⁹⁸ TARUFFO, Michele. Op. cit. Pág. 299

de esos enunciados con estados de cosas, que corresponde a una teoría de la correspondencia.

Las teorías coherentistas surgen como respuesta a los límites que presentan los enunciados protocolares, entendidos como los enunciados observacionales, directamente contrastables, o si se quiere contrastable empíricamente, pues existen enunciados que no son directamente contrastables que se obtendrían a partir de su coherencia o concordancia con los enunciados contrastables empíricamente. Ahora bien, ¿cómo surgen las teorías coherentistas en el contexto de la epistemología del siglo XX? Obviamente, la respuesta completa requiere varios pasos o momentos para ver el desarrollo de estas teorías.

Wittgenstein en su obra "*tractatus logico-Philosophicus*"⁹⁹ concibió una teoría de la verdad como correspondencia entre lenguaje y estado de cosas. En efecto, afirma Wittgenstein que consideramos que un enunciado es verdadero si existe en el mundo un estado de cosas que ese enunciado describe. Ahora, el mundo está conformado por hechos atómicos que no pueden ser reducidos a otros, son hechos elementales. También están los hechos compuestos que se denominan "hechos moleculares".

Esta estructura se refleja en el lenguaje, pues las proposiciones elementales corresponden a hechos atómicos y las proposiciones moleculares corresponden a

⁹⁹ El *Tractatus Logico – Philosophicus*, nombre que le puso G.E. Moore, en realidad es un juicioso trabajo sobre la proposición, y seguramente éste era el nombre ideal de la obra.

hechos moleculares. Una proposición molecular se construye con proposiciones atómicas. En el *“tractatus”* Wittgenstein sostiene que la proposición lógica no tiene la forma *“S es P”*, que era la forma de la proposición desde la lógica aristotélica, sino que se inclina por aceptar la formulación que había hecho Russell de que la proposición tiene la forma *“aRb”*, a en relación con b, que a partir de entonces se constituye en la forma de la proposición de la lógica de relaciones. En el *“tractatus”* la tarea que se propone Wittgenstein es la de trazar los límites de la expresión del pensamiento, aspecto que se resume en las siguientes proposiciones: Las proposiciones de la lógica son tautológicas pues son siempre verdaderas, las proposiciones de la matemática son ecuaciones porque son pseudoproposiciones, las proposiciones de la ciencia se dividen en dos grupos las particulares que son contingentes y las generales que son esquemas para la construcción de proposiciones, las proposiciones de la ética no son tautológicas como las de lógica, no son contradictorias, es decir, sin sentido y no son contingentes por lo tanto están por fuera del lenguaje.

De otro lado, las proposiciones de la filosofía son contingentes, tautológicas y contradictorias o sin sentido y su método sería “no decir nada más que lo que se puede decir, o sea, proposiciones de la ciencia natural...”¹⁰⁰

Las ideas expuestas en el *“tractatus”* por Wittgenstein fueron aceptadas inicialmente por los miembros del Círculo de Viena; sin embargo, poco a poco

¹⁰⁰ Cfr. Las conclusiones son un resumen esquemático de las proposiciones 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.5 del *Tractatus logico – Philosophicus*, de Wittgenstein, traducido por Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, para Alianza Editorial. 1993.

surgieron algunas dudas por parte de algunos miembros del Círculo. Es así como la ciencia, por ejemplo para Neurath, se entiende como un sistema formado por enunciados de un cierto tipo, y cualquiera de estos enunciados bien pueden compararse o combinarse con cualquier otro enunciado para poder sacar conclusiones o para comprobar si estos son compatibles o no, pero estos nuevos enunciados no se contrastan con un estado de cosas en el mundo, con una "realidad" ¹⁰¹. Este coherentismo puede resumirse bajo la enseña de que toda proposición está justificada sólo en la medida en que pertenezca a una red de proposiciones como la ciencia. Existe, entonces, una fisura entre los enunciados y el estado de cosas, pero no hay forma de explicar con exactitud como se pueden cotejar o comparar unos y otros. Así pues, una estructura que permita comparar un enunciado (lenguaje) con estado de cosas (realidad) es un pseudoproblema en la medida en que pertenecen a universos inconmensurables entre sí.

El otro aspecto que participa en la gestación de las teorías coherentistas es la idea de Wittgenstein de que una proposición que no puede verificarse carece de sentido. En otras palabras, una proposición es una función de verdad de las proposiciones atómicas. En efecto, dice Wittgenstein: "5. *la proposición es una función veritativa de las proposiciones elementales.*" Y más adelante señala:

¹⁰¹ Cfr. El pensamiento de Neurath puede rastrearse en el libro "Teorías de la Verdad en el Siglo XX" de Juan Antonio Nicolás y María José Frápolli. En este texto se hace una selección de escritos de variados autores que luego son presentados a través de diversas líneas de pensamiento, en particular en el artículo de Carl Hempel "la teoría de la verdad de los positivistas lógicos" (página 481) explica de manera amplia el pensamiento de Neurath y en general del coherentismo.

“6.53 el método correcto de la filosofía sería propiamente esto: no decir nada más que lo que se puede que decir, o sea, proposiciones de la ciencia natural —o sea, algo que nada tiene que con la filosofía—, y entonces, cuántas veces alguien quisiera decir algo metafísico, probarle que en sus proposiciones no había dado significado a ciertos signos. Este método le resultaría insatisfactorio - no tendría el sentimiento de que le enseñábamos filosofía-, pero sería el único estrictamente correcto.¹⁰²”

No obstante, las leyes de la naturaleza no son susceptibles de verificación completa, en consecuencia, no son proposiciones a la manera que Wittgenstein pretendía en su *“tractatus”*, sino otro tipo de enunciados. Resultaba, entonces, que la teoría de Wittgenstein era limitada. Las leyes empíricas respondían mejor a la idea de que eran enunciados implicatorios. Concretamente, cuando se hace un enunciado de una ley general se comprueba simplemente examinando el caso particular. Si se dice *“los metales se dilatan con el calor”*, este enunciado se prueba al calentar una barra de hierro y observar que tanto se dilata frente al estado primitivo. En conclusión, los enunciados de leyes generales no operan como funciones de verdad de cierto tipo de proposiciones, sino que funcionan como hipótesis que se van probando.

Por último, cuando existen dos enunciados protocolares (observacionales) contrarios entre si se deja uno de ellos por fuera del sistema de ciencia, y se usa el

¹⁰² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico - Philosophicus*. Traducción Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. Madrid: Alianza Editorial. 1993.

que menos inconsistencias presente con el resto de los enunciados. En consecuencia, los enunciados protocolares dejan de ser el criterio definitorio para establecer la veracidad de una proposición.

Así pues, la concepción coherentista reposa sobre la relación entre signos, y la denominaremos concepción sígnica de la verdad. La crítica que se ha venido desarrollando a esta postura es que en materia judicial al proceso no le interesa la ilación o ausencia de contradicciones o contrariedades entre enunciados, sino que los enunciados se refieran a un estado de cosas extralingüísticas. En efecto, al testigo, se dice, se le pide es que narre hechos externos, y no que construya narraciones coherentes, aunque debe anotarse en que la coherencia puede ser apreciado como criterio de verdad.

De otro lado, acercándonos a los teóricos del derecho, Neil MacCormick sostiene una teoría coherentista de la verdad en el sentido de que la coherencia narrativa es un criterio o test de verdad, sin apartarse de la verdad como correspondencia. En efecto, MacCormick considera que sobre aquellos eventos que no se tenga prueba observacional directa se puede trabajar por vía de coherencia narrativa comprendida como *“la posibilidad directa de explicar la proposición*

controlada dentro del mismo esquema de explicación que da cuenta de las proporciones consideradas verdaderas"¹⁰³

En principio, los sistemas procesales que se configuran solo sobre la base de la resolución del conflicto promueven un modelo epistemológico en el que el enunciado sobre un estado de cosas es estructurado desde esquemas de pensamiento y juicios de valor. Es el caso del *adversary system* o de las llamadas verdades formales en el proceso civil. La clave no es adjudicar una consecuencia jurídica sobre la correcta descripción de cosas ocurridas en el pasado, sino partir de una idea sobre los hechos que sea funcional para la toma de la decisión. Un caso singular es el allanamiento a los cargos de la imputación fáctica en el sistema procesal de la Ley 906 de 2004, pues con una evidencia mínima se acepta el hecho y el juez lo da por constituido, porque no hay pruebas en el sentido técnico del término, y es una construcción funcional para dictar sentencia con unos determinados descuentos punitivos. No hay pruebas porque no se practica ninguna bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción, en la medida en que el imputado renuncia al juicio al aceptar la imputación. Solo hay una aceptación de la imputación y la sentencia debe ser coherente con la imputación y la aceptación, sin importar si efectivamente los sucesos ocurrieron como se afirmó en la imputación y conforme se aceptaron. La consecuencia social

¹⁰³ GASCON ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: Marcial Pons. 1999. Pág. 59.

de la sentencia es inevitable, sin importar que de facto se de el presupuesto de hecho para derivar la consecuencia. En este caso es evidente que el mundo puede ser distinto pero lo hemos configurado funcionalmente para la toma de la decisión judicial.

2.3. Evaluación de las teorías sobre fijación de los hechos

Se afirma que la prueba judicial tiene como finalidad establecer la verdad o falsedad de los enunciados que se hacen en relación con los hechos pertinentes para una causa. Las distintas concepciones de la prueba responden a una teoría epistémica que le sirve de telón de fondo. En principio se podría hablar de una epistemología cognitivista y una persuasiva, que estructuran dos miradas distintas a la prueba judicial.

La noción cognitivista apuesta por la afirmación de que los enunciados se corresponden con el mundo. El cognitivista propone, entonces, una simetría entre el enunciado y los objetos a que se refiere el enunciado. A la base de la tesis se encuentra una concepción semántica de la verdad, una teoría de la correspondencia entre enunciado y referente. Es en ese sentido es una epistemología objetiva y crítica porque adicionalmente sostiene que el conocimiento humano tiene límites. Así las cosas, la prueba es un instrumento de conocimiento, pero el modelo no desconoce que la prueba es una fuente imperfecta de conocimiento, y este es, en consecuencia, meramente probable. Los enunciados

que se hacen sobre un hecho, entonces, pueden ser falsos. Ahora bien, el cognitivismo implica un proceso racional, que no intuitivo, y se puede inferir que es posible hacerlo público y someterlo a control intersubjetivo (fundamento de los principios de publicidad y contradicción de la prueba). Bajo esta noción caen los modelos nomológico – deductivo e inductivistas de distinto orden.

La otra noción sobre la prueba es la concepción persuasiva que surge de una epistemología constructivista, que sostiene que el conocimiento deriva de nuestras formas de pensar. En efecto, un enunciado sobre el mundo se encuentra unido al contexto de comprensión dentro del cual tiene ocurrencia, por lo tanto, el conocimiento objetivo, en términos fuertes, como correspondencia con el mundo, es una ilusión, no solo en materia de prueba judicial, sino que el predicado se extiende en general a cualquier conocimiento racional. En este espacio comprensivo se encuentran las teorías coherentistas. La concepción persuasiva es útil en aquellos modelos procesales en que la apuesta del derecho penal no es de la verdad sino que tiene otras finalidades. Es de buen recibo en la teoría del *adversary system*, o en procesos que son construidos como un instrumento para la resolución simplemente de conflictos. Aquí caben las ofertas que entienden que el objetivo de la prueba es simplemente persuadir para obtener un fallo favorable.

En nuestro medio, donde uno de los fines del proceso es la verdad¹⁰⁴, que constituye una condición de posibilidad del derecho a la justicia y a la reparación, trabaja sobre una noción cognocitivistica de la prueba. Una de las evidencias de que en nuestro medio la concepción dominante es la del cognitivismo es la causal segunda de casación por violación indirecta de la ley sustancial, que se da cuando el operador judicial incurre en errores de hecho por falsos juicios de existencia, de identidad y por violación de las reglas de la sana crítica, que demuestran que no basta la simple persuasión, sino que es necesario la aplicación de razonamientos correctos para dar por establecidos los hechos. Igualmente, se podría invocar la acción de revisión que rompe la cosa juzgada ante la presencia de prueba nueva que demuestra que los hechos tuvieron ocurrencia de una manera distinta a como se considero en la sentencia objeto de demanda. Sin embargo, en nuestro medio, con la Ley 906 de 2004, la tesis cognitivista se presenta de manera débil en la medida en que existe la posibilidad de que el imputado acepte la imputación, lo que le permite al Juez proferir sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas propiamente dichas, en la medida en que estas se practican en la etapa de juicio y esta fase no se lleva a cabo en virtud de la misma aceptación. El sistema permite aceptaciones de imputación, sin que el imputado halla eventualmente cometido el delito o lo haya hecho bajo una causal de exclusión de responsabilidad,

¹⁰⁴ En la actualidad se considera que los fines del proceso penal son la protección de derechos fundamentales del procesado, la protección de las victimas, la verdad, y la justicia. Al último de los fines, la justicia, no es posible llegar sino se cuenta con una aproximación seria a la verdad. Sobre este punto se ha manifestado la Corte Constitucional, y resulta ilustrativo sobre el pensamiento de la Corte la sentencia C – 591 del año 2005.

todo porque para el imputado es mas rentable, obtiene con mayor rapidez la libertad, y por tanto el imputado se encuentra dispuesto a aceptar cargos.

A partir de las consecuencias se aprecian mejor las diferencias entre la concepción cognocitivistista y persuasiva de la prueba, que a partir de las teorías de verdad y prueba que sostienen. En efecto, para la concepción persuasiva es verdadero lo que resulta probado en el proceso y el cognocitivistista acepta que los hechos señalados en la sentencia pueden no corresponder con los acontecimientos efectivamente ocurridos en el ayer. De ahí que se afirme que un cognocitivistista separa los conceptos de prueba y verdad, en tanto que un hombre que trabaja sobre concepciones persuasivas identifica los dos conceptos. Es por esta última razón que Ferrajoli considera que el cognocitivistismo es una actitud epistemológica no dogmática porque *“así como permite pensar que una teoría podría ser falsa incluso si fuera perfectamente coherente y aceptado por todos como verdadera (o verdadera aunque no compartida por nadie y en contraste con otras tesis experimentadas con éxito), igualmente permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles”*.¹⁰⁵

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta. 1995 Pág. 67.

El modelo propuesto por Ferrajoli para la prueba judicial es el nomológico-deductivo de explicación, en la medida que ofrece una garantía epistemológica en comparación con otras formas de decisión, como el decisionismo, que no da cuenta de la racionalidad de la decisión. Éste modelo afirma que para que un enunciado pueda ser considerado una explicación es necesario, en primer lugar, que tome la forma de una argumentación deductiva, cuya conclusión sea el enunciado que designe el acontecimiento a explicar y, en segundo lugar, en el *explanans*, deben estar presentes una o más leyes generales que expresen regularidades empíricas, junto con las condiciones factuales. De este modo, un acontecimiento queda explicado cuando es “cubierto” por una ley y sus antecedentes que son legítimamente causas.” Veamos una aplicación del modelo a un caso hipotético:

Premisa: “El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet, pues quería convertirse en rey de Dinamarca”

Premisa: “Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente”

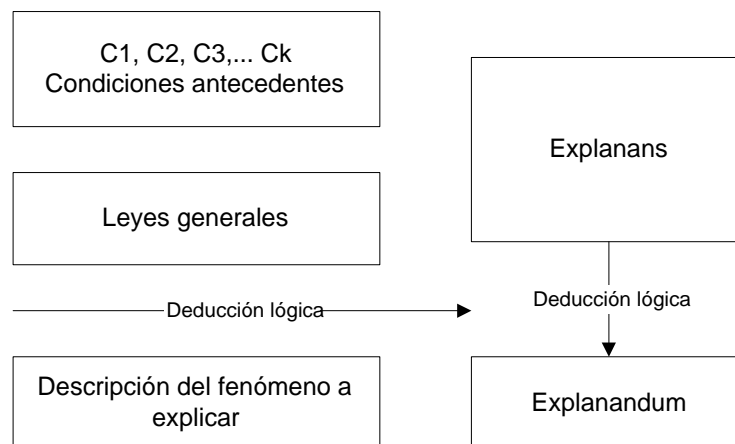
Premisa: “El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”

Hipótesis conclusiva: “El padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre” ¹⁰⁶

¹⁰⁶ Tomo el ejemplo de Marina GASCON ABELLÁN, Los hechos en el Derecho. Edit. Marcial Pons. Pág. 104, quien a su vez lo tomó de H. REICHENBACH, La filosofía Científica. Pág. 259- 260

En otras palabras, el modo como se razona en el caso de Hamlet es el siguiente: se “intenta dar una versión de los hechos que sea explicativa de las pruebas existentes a partir de las pruebas existentes (p) se concluye con un enunciado fáctico sobre los hechos de la causa (h) que constituye una hipótesis explicativa de aquellas.”¹⁰⁷

Revisemos, una vez más, el caso desde la perspectiva del modelo nomológico deductivo, que habíamos compendiado en el esquema que diseñaron Carl Hempel y Paul Oppenheim, que es el siguiente:



Las condiciones antecedentes serían las siguientes premisas:

¹⁰⁷ GASCON ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho. Madrid. Edit. Marcial Pons. Pág. 104

Premisa: "El marido de la madre de Hamlet tenia motivos para matar al padre de Hamlet, pues quería convertirse en rey de Dinamarca"

Premisa: "Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente"

Premisa: "El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud"

El siguiente punto que debemos abordar en el análisis es la "ley general" que me permite ir de las premisas, ahora llamadas condiciones, a la conclusión "El padre de Hamlet no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por Claudio, el marido de su madre." Resulta claro que no hay un enunciado que ponga de presente la "ley general", y tampoco es obvia esa premisa, como para decir que estamos en presencia de una premisa implícita, pero suficientemente conocida por todos y que por razones puramente estilísticas se omite. Sencillamente, la premisa omitida es un pensamiento producto de la vida en concreta. La conclusión se derivó de las premisas expuestas y de esa premisa implícita que expresa una manera de dar sentido al mundo, pero que frente a los modelos expuestos en el capítulo primero es frágil en la medida en que no hay una ley general suficientemente conocida por todos que permita afirmarla de manera necesaria o de alta probabilidad.

El problema toma matices más oscuros en la medida en que cualquiera de los métodos propuestos por los teóricos para determinar la premisa fáctica que

debe acompañar a toda decisión judicial presenta las mismas dificultades. Efectivamente, así como el modelo nomológico deductivo exige que una de sus premisas esta constituida por una ley general, lo cierto es que tampoco esta en condiciones de explicar como el operador judicial la construye.

De otro lado, los modelos inductivistas tampoco están en capacidad de dar cuenta real del razonamiento por el cual se fija el enunciado fáctico, pues se mueven en el ámbito de la probabilidad y en esa medida pueden dar cuenta de la frecuencia con que dado un evento ocurre otro, pero no es capaz de poner de presente la causa del fenómeno. Incluso el modelo formulado por Cohen en el que se afirma que si ocurre un fenómeno A normalmente ocurre B, habrá que decir que ese criterio de normalidad o es normalidad normativa o normalidad estadística, y resulta evidente que no puede ser la normalidad normativa pues esta deriva su validez de una regla jurídica, que no es el caso, y la normalidad estadística nos devuelve en su pureza al problema de la frecuencia.

Los modelos revisados, nomológico deductivo, inductivistas, y coherentistas, son formulaciones desde saberes distintos, pero que contribuyen, al proceso de establecer el pasado que le interesa al derecho. Sus insuficiencias, en el campo jurídico, sólo acusan su origen en la historia, las ciencias positivas y la filosofía de la ciencia.

Por consiguiente, por esta vía no resulta fácil explicar el razonamiento concreto del operador judicial al momento de configurar los hechos que le servirán de base para la decisión judicial. Las propuestas racionalistas que hemos

examinado no son capaces de explicar la manera como ciertamente razona el operador judicial, al punto de afirmar que son modelos normativos que pretender fijar la manera como debe razonar el juez, pero con bajo poder explicativo de la actividad judicial.

Hasta aquí hemos presentado el tema de las distintas teorías sobre la fijación de los hechos en la decisión judicial y hemos realizado una pequeña evaluación de ellos, en el que se aprecia su desarrollo y contenido. En el segundo capítulo procederemos a revisar la inferencia probatoria y los estándares probatorios o mínimos necesarios para tomar una decisión final por parte de los jueces, y así ir completando el mapa de las distintas teorías que pretenden explicar en su totalidad el razonamiento probatorio del operador judicial.

3. LA INFERENCIA PROBATORIA Y LOS ESTÁNDARES PROBATORIOS EN LA DOCTRINA ACTUAL

Hasta el momento se ha presentado la manera como los altos tribunales del país configuran una teoría probatoria para fijar los hechos y la aplican, y luego se hizo un mapeo de los aportes teóricos que se han elaborado sobre la fijación de los hechos en materia judicial y se ha señalado el sentido de la reflexión epistemológica. La idea, en este capítulo, es avanzar una teoría de la prueba que consulte las transformaciones teóricas contemporáneas de la prueba que se presentaron en el anterior capítulo y que sirva de base para la construcción de un protocolo de trabajo que sirva de base para dar paso a los avances probatorios en la valoración de la prueba en el sistema jurídico colombiano. Ahora bien, en éste tercer capítulo de manera específica se trataran dos problemas que debe resolver cualquier teoría de la prueba: Por un lado, la inferencia probatoria y, de otro lado, los estándares probatorios. Estos problemas son apremiantes en lo político y en lo jurídico, pues una decisión adversa con un bajo estándar probatorio pone en tela de juicio el sistema de derechos, libertades y garantías de las personas. Igual cosa, se puede afirmar de medidas judiciales con inferencias erróneas. De ahí que el capítulo estará dividido en dos grandes secciones: en la primera se tratara la inferencia probatoria, y la segunda sección los estándares probatorios son el tema central.

3.1. La inferencia probatoria

La importancia del tema de la inferencia probatoria esta determinada porque los operadores judiciales resuelven una gran cantidad de casos mediante su uso, cualquiera sea el nombre con el que la denomine por los distintos autores, tradiciones o legislaciones. La inferencia es comprendida en este trabajo desde la

perspectiva de la lógica como *“el proceso por el cual se llega a una proposición y se afirma sobre la base de una o más proposiciones aceptadas como punto inicial del proceso.”*¹⁰⁸ El rasgo prevalente de la inferencia en la argumentación fáctica es que se utilizara para llegar a proposiciones que se refieren a asuntos de hecho vinculados con una decisión judicial.

Sin lugar a dudas, en donde mejor se observa la inferencia probatoria, para efectos analíticos, es en la llamada prueba indiciaria o circunstancial, pues es allí donde se evidencia con toda claridad la actividad inferencial que realizan los operadores judiciales. Esto no significa desconocer la utilidad del testimonio y del documento como formas de acceder al pasado, y mucho menos su relación complementaria, como ocurre cuando la veracidad de un testimonio no se pesa por la credibilidad que ofrezca el testigo, según su pasado o sus calidades morales, sino porque al ser contrastado con distintos elementos materiales de prueba, resultan, de manera conjunta, señalando hacia el mismo hecho.

En Colombia el actual sistema procesal penal, que surge de la reforma constitucional del año 2004 que permitió el ingreso de sistemas de carácter acusatorio e implementada a través de la ley 906 de 2004, no se ocupa directamente del indicio, sino de la evidencia entendida como todo elemento que tiene capacidad demostrativa y que es presentado por las partes en el juicio. Ésta evidencia cumple la función de probar o excluir los elementos del tipo penal

¹⁰⁸ COPI, Irving M, y COHEN, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa. 1997. Pág. 19

objetivo, el grado de responsabilidad del acusado, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, las consecuencias del daño causado o cualquier otro aspecto sustancial del debate. Los elementos de evidencia una vez admitidos por el juez adquieren el carácter de prueba. Lo cierto es que el elemento de evidencia o prueba, según el momento procesal, de por sí no dice nada, es a partir de él, mediante inferencia, que el operador llega a determinadas conclusiones. Es así como una huella digital de suyo no expresa nada, pero a través de un proceso inferencial se llega a la conclusión de que la persona que dejó esa marca estuvo en el lugar de los hechos.

La evidencia se clasifica en directa e indirecta o circunstancial, a partir del criterio de los efectos que produce. Es así como la evidencia directa será

*aquella que de ser admitida y valorada por el juez, establece el hecho que se quiere probar sin necesidad de razonamiento adicional. La Indirecta o circunstancial es la que se construye a través de hechos indicadores de los cuales se infiere la existencia de otros, por ejemplo, la inferencia de la probable autoría del homicidio en cabeza de una persona, se puede establecer a partir del hallazgo de manchas de sangre de la víctima en sus prendas. La evidencia circunstancial no solo está basada en una inferencia razonable, sino que en muchas ocasiones parte de determinaciones técnicas y científicas confiables, razón por la cual debe tenerse como prueba en el mismo nivel de valoración de la evidencia directa.*¹⁰⁹

¹⁰⁹ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Bogotá. 2006.

En contraste, la prueba circunstancial o indirecta requiere de un elemento material y a partir de él inferir lo que probablemente ocurrió y nada impide que pueda ser utilizada por el operador judicial para fundamentar una sentencia condenatoria, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal¹¹⁰.

Ahora bien, la inferencia es un proceso mental propio de la lógica, que no opera con hechos, sino con proposiciones¹¹¹ sobre los hechos, pues la lógica se ocupa de los *“métodos y principios que se usan para distinguir el razonamiento bueno (correcto) del malo (incorrecto)”*¹¹². De manera más simple: la lógica tiene por objeto las formas validas del discurso. Por lo tanto, no hay, por decirlo de alguna manera, conexión “lógica” entre los hechos que constituyen el mundo, sino hipotéticas

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sent. Casación 24468 del 30 de marzo de 2006.

¹¹¹ Por proposición entiendo una expresión lingüística que representa una idea o concepto, que puede ser verdadera o falsa. La estructura de la proposición que se utiliza sigue de cerca las ideas de Russell y de Wittgenstein de que la estructura de la proposición es “aRb” (a en Relación con b), que difiere de la noción tradicional de que la estructura de la proposición es “S es P”. En una oración pueden coexistir varias proposiciones y habrá que determinar la relación lógica que hay entre ellas, y a partir del valor de verdad de las proposiciones determinar la corrección o no de lo afirmado.

¹¹² COPI, Irving M, y COHEN, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa. 1997. Pág. 17

relaciones objetivas que los distintos saberes definen en explicaciones causales, estructurales, dialécticas o sistémicas, a menudo vinculas a un determinado modelo matemático. Por lo tanto, entre los eventos del mundo y la lógica no hay nexo lógico, sino una interpretación que nosotros hacemos a través de modelos intersubjetivos, que pueden ser incluso matemáticos como en el caso de la física a través de ecuaciones diferenciales.

En conclusión, lo que existe entre proposiciones que se refieren al mundo es una relación o nexo inferencial entre “proposiciones indicadoras” y “proposiciones indicadas” con base en “proposiciones de experiencia”. En ese sentido resulta inexacta la afirmación que se hace en algunas sentencias de que el indicio esta constituido por un hecho indicador del que “*se infiere lógicamente*” otro hecho¹¹³; como inexacta es, también, la definición legal que afirma que todo indicio ha de basarse en la experiencia y exige un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente” la existencia de otro¹¹⁴, pues, como ya se vio, la inferencia es de proposición a proposición, en la medida en que trabaja con enunciados lingüísticos y no con hechos, pues las relaciones entre hechos son causales y no de carácter inferencial. Distinto es que esas proposiciones tengan la pretensión de referirse a

¹¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. N° 19733. Fecha: 12/04/2004

¹¹⁴ Ley 599 de 2000, art. 284. —Elementos. Todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro. Corte Suprema de Justicia.

un estado de cosas. Las relaciones entre las distintas proposiciones son de carácter lógico y no empírico, por tanto quiebran la metafísica que pretende unir proposiciones con el mundo empírico, es decir, rompe una entrañable, pero inexplicable relación entre el mundo y el lenguaje en donde se le da tratamiento al mundo como si fuera un fenómeno lingüístico, y al fenómeno lingüístico un tratamiento como si fuera el mundo.

Otro aspecto que no se ha estudiado suficientemente en la inferencia jurídica probatoria es la manera como se hace el tránsito de la proposición indicadora a la indicada. En efecto, el principio de publicidad de la prueba obliga a que todos los pasos desde la proposición indicadora a la indicada sean públicos, entre otras cosas, para poder examinar su corrección. El principio de la publicidad de la prueba en materia de pruebas judiciales tiene por finalidad permitir que los intervinientes en el proceso penal tengan conocimiento de la prueba que se utiliza en el proceso. Este conocimiento es capital para poder valorar y eventualmente contradecir la prueba, pues sin conocer el medio probatorio resulta imposible oponerse a ella, o mostrar el error de alguno de sus elementos estructurantes. Esta publicidad de la prueba es sobre todos los elementos que la configuran. De ahí que si se trata del indicio, o en general de una prueba que implica inferencia, es decisión legal que se explicita públicamente esa inferencia, ese razonamiento. Esa inferencia que permite derivar de la proposición indicadora la proposición indicada no siempre se hace explícita, pública. No sabemos si es un proceso inductivo, deductivo, ni la técnica heurística utilizada. Este paso tiene distintas

técnicas como la búsqueda en profundidad, en amplitud, reduccionismo, selección de casos típicos, entre otros, pero de ellos no se dice nada en las decisiones judiciales, con lo que se desvanece la posibilidad de hacer un juicio sobre esta parte de la construcción del razonamiento probatorio.

El indicio o evidencia indirecta, según el *“Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano”*¹¹⁵, pueden ser estudiados conjuntamente como inferencias probatorias. Es el caso de la huella digital en el lugar de los hechos, en donde, en ese momento, el investigador al observarla y evaluar que no corresponde a la víctima puede afirmar que es “evidente” que la persona a la que pertenece la huella digital estuvo presente en el lugar de los hechos. Infiere su presencia a partir de la huella digital. Igual proceso mental realiza el operador jurídico.

El caso de la huella digital nos permite analizar a otros componentes que aparecen en algunas inferencias probatorias como son el sentido común, la experiencia y la ciencia. Determinar su función y límites en la decisión judicial es el propósito de esta sección. La respuesta a estos interrogantes es que son base de la inferencia del operador judicial en diferente grado y presentan limitaciones que deben ser controladas, pues debilitan las conclusiones a las que se llegue a través

¹¹⁵ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Bogotá. 2006.

de su uso. Ahora bien, es cierto que la inferencia del operador jurídico no esta altamente reglamentada, pero el uso del sentido común, la experiencia y la ciencia constriñen o conducen la inferencia y esta, por ende, carga con las virtudes y límites de las primeras. Esta afirmación se enmarca dentro de la idea de que el derecho no puede ser construido como algo autónomo y separado de la realidad social de la que surge y en la que opera, y mucho más si se tiene en cuenta que el operador se encuentra insertado en esa misma realidad social, con sus valores, actitudes, comportamientos y creencias.

3.1.1 Sentido común

La noción de sentido común es confusa y difusa por lo que desistiremos de la idea de dar una definición que satisfaga todas las posibles lecturas y comprensiones del sentido común. Así, entonces, podemos aproximarnos al sentido común bajo la idea que son *“las condiciones básicas que en la cultura de una época definen lo que se puede decir y pensar, o sea aquellas categorías fundamentales de la cultura que Michel Foucault ha designado con el término episteme”*¹¹⁶. El otro aspecto del sentido común esta dado por nociones concretas y variables que una comunidad expresa en las llamadas máximas de la experiencia. En efecto, Taruffo se refiere a ellas como *“nociones más específicas y contingentes que sin embargo se suelen expresar en*

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Bogotá: Temis. 2006. Pág. 110

formas de máximas o reglas que se consideran producidas por la experiencia común.”¹¹⁷

Finalmente, el mismo Taruffo incluye *“los datos concretos de conocimientos que constituyen buena parte del patrimonio cultural que se supone propio del tipo ideal del “hombre medio” en cierto lugar y contexto social, y en un dado momento histórico”¹¹⁸.*

A partir de los distintos elementos presentados por Taruffo podemos concluir que el sentido común opera como una matriz de significados que se construyen en un momento dado, y en una geografía concreta por una determinada comunidad y que se expresa lingüística y comportamentalmente en los miembros de esa *común-idad*. Los acontecimientos operan como significantes que toman sentido a través de esa matriz de significados. Si eso es así podemos afirmar que el sentido común es un orden simbólico que estructura nuestra realidad, pues la realidad está construida simbólicamente, es decir, mediada por el lenguaje. La realidad es la resultante de la mediación de lo concreto con esa matriz de significados. De ahí que "un hombre sólo es rey porque sus súbditos se comportan ante él como un rey". No sólo, entonces, es loco un mendigo que piensa que es rey, sino que también aquel rey que verdaderamente cree que él es un rey.

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. *Ibidem*. Pág. 111

¹¹⁸ TARUFFO, Michele. *Ibidem*. Pág. 111

Puesto que de manera efectiva, este último sólo tiene el "mandato simbólico" de un rey.

El sentido común se evidencia en dos momentos de la actividad del operador jurídico. Por un lado, el operador jurídico al momento de interpretar y aplicar las normas, recurre a unos estándares aceptados por la comunidad jurídica a la que pertenece, como se ve al momento en que se deben resolver problemas de vacíos normativos o redundancias legislativas, en las que el operador opta por criterios analógicos o argumentos a *contrario sensu*, y si de redundancia legislativa se trata hará uso de criterios como el de la regla posterior, la especial, etc., pero si se trata de colisión de principios o derechos hará uso de técnicas específicas que se han creado para esas situaciones, y que forman parte de una tradición jurídica en la que está insertado el operador. De otra parte, el sentido común se expresa al momento de evaluar una prueba, por ejemplo un testimonio en cuyo caso hará uso de criterios extraídos del sentido común más que de las normas jurídicas, como son el estado de los órganos de percepción, las posibilidades de conocimiento directo de los hechos, los antecedentes personales, etc., que configuran una matriz de análisis que no se halla en las normas jurídicas sino en el sentido común.

Ahora bien, *"el sentido común, como quiera que se lo entienda o defina, es vario, heterogéneo, incoherente, histórica y localmente variable, epistemológicamente, dudoso e*

incontrolable"¹¹⁹. Estas observaciones hacen que el recurso al sentido común haya suscitado múltiples críticas para incluirlo como elemento sin control para la construcción de la decisión sobre los hechos, aunque el operador está inserto en ese sentido común.

3.1.2 La experiencia

La experiencia se ha presentado como una variable importante de la labor inferencial del operador jurídico, pues opera como criterio que permite fundamentar una decisión sobre los hechos, que ofrece diversas ventajas sobre el simple sentido común, dadas las limitaciones que este último tiene. Ahora bien, dar una definición de experiencia es arduo, de ahí que al momento de referirnos a ella entendemos que *"se presupone que existan nociones experimentadas por varias personas, que estarían sedimentadas en una especie de patrimonio consolidado de conocimientos, provisto de un grado adecuado de validez cognitiva"*¹²⁰. Puesto que, no obstante, esta experiencia se limita al mundo o cultura en el que se hace la afirmación no agrega nada importante al denominado sentido común, y por ende recalca en la referencia a esa matriz. De otro lado, en las comunidades plurales,

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. *Ibidem*. Pág. 118.

¹²⁰ TARUFFO, Michele. *Ibidem*. Pág. 118.

multiculturalistas el asunto se torna más complejo, pues se debe elegir una experiencia determinada, lo que implica un acto de dominación cultural por parte del operador jurídico. De ahí que la experiencia, pueda concluirse, no aporta nada distinto a lo que aporta el sentido común, es más puede afirmarse que el sentido común se cifra en una experiencia común.

3.1.3 Las máximas de la experiencia

*“La regla de la experiencia es una regla general que se construye inductivamente según la experiencia relativa a determinados estados de cosas, y puede ser empleada por el juez para fundamentar sus razonamientos: siendo una regla general, ella le sirve al juez como premisa mayor de los silogismos en los que articula su razonamiento.”*¹²¹ Taruffo cita aquí la obra “el conocimiento privado del juez” de Friedrich Stein, publicada a finales del siglo XIX, en 1893, como origen del concepto de regla de experiencia.

La regla de experiencia es un intento de sistematización de la experiencia, que tiene su base en el sentido común. Sin embargo, hay una serie de razones que permiten afirmar que la regla de experiencia, en sentido riguroso, no se ha tenido como elemento estructurante de la inferencia que hace el operador para fijar un

¹²¹ TARUFFO, Michele. *Ibidem.* Pág. 126.

hecho en el contexto de un proceso judicial. En efecto, la noción de regla de experiencia esta construida a partir de la noción inductivista de la filosofía europea de la primera mitad del siglo XIX, que ha sido superada por nociones inductivas posteriores como las de Popper o Hempell. De otro lado, se supone una sociedad homogénea que permite que los distintos datos confluyan en una matriz única que les otorgue sentido, lo que evidentemente no ocurre en todas las culturas, ni siquiera en personas de la misma cultura. Además, la inducción fundada en la experiencia no conduce por si sola a formular ninguna regla general, pues el dato requiere de una categorización que es un constructo cultural. Se suma a lo anterior que la experiencia implica una comprensión inductiva borrosa que no puede utilizarse como premisa mayor y por ende silogística, sino que nos enfrentaría a una inferencia probabilística en la que no hay datos concretos y metódicamente extraídos.

3.1.4 La ciencia

La inferencia probatoria también puede recurrir al conocimiento científico con el propósito de señalar los hechos que constituirán la base de la decisión judicial. La ciencia, al igual que las reglas de la experiencia o el sentido común, escapa a la reglamentación jurídica y hace uso de criterios y métodos que son distintos, y específicos para cada saber, frente a los criterios y métodos del derecho para hacer afirmaciones sobre un estado de cosas. Ahora bien, que es lo que debemos comprender como ciencia tampoco constituye un asunto de fácil

definición. En el mundo contemporáneo la idea de la ciencia como explicación que se ajusta al modelo axiomático deductivo surge para la mecánica y se convierte en el prototipo de todas las disciplinas. Heinrich Hertz publica su texto de *"principios de la mecánica"* en 1894, y presenta la mecánica como cálculo axiomático, conforme ya lo había hecho Newton. El merito de Hertz es que a partir de una sola ley fundamental y de los conceptos de tiempo, espacio y masa deduce a partir de las definiciones y demostraciones los otros conceptos de la mecánica como fuerza, energía, movimiento y velocidad.

Luego, en la primera mitad del siglo XX, la idea de ciencia estuvo dominada por la comprensión que tenía el empirismo lógico sobre el tema quienes trabajaron en particular la estructura lógica de las teorías y las relaciones entre los enunciados que describen las observaciones o datos y las teorías que resultaban verificadas o refutadas por esa vía.

La visión contemporánea de la ciencia es la resultante de los trabajos, entre otros, de Sthepan Toulmin, Thomas Kuhn y Paul Feyerabend, en obras tan diversas como *"foresight and understanding"*, *"la estructura de las revoluciones científicas"*, o *"explanation, reduction and empiricism"*. La mayor parte de la investigación científica consiste, desde esta nueva perspectiva, en *interpretar la naturaleza dentro de los términos de un marco teórico presupuesto*¹²². En efecto, la ciencia

¹²² BROWN, Harold. La nueva filosofía de la ciencia. Madrid: Tecnos. 1998.

no se construye a partir del simple paso del dato a la formulación de la teoría como creían los empiristas. Es así como Kuhn¹²³, por ejemplo, afirma que las disputas científicas no pueden resolverse mediante la lógica y el experimento, pues el paradigma científico comprende modos, prácticas, teorías, que una comunidad valida en un momento determinado, y a su vez, afirma que la rivalidad entre paradigmas no puede resolverse simplemente mediante pruebas.

Para comprender a cabalidad la idea de ciencia actual es necesario tener en cuenta algunos aspectos del simposio internacional sobre filosofía de la ciencia de 1969 realizado en la universidad de Chicago, he aquí algunas de sus conclusiones:

- a) *La incongruencia conceptual entre conceptos o principios teóricos y su pretendida fundamentación en observaciones sensoriales directas.*
- b) *La interpretación usual de las reglas de correspondencia, como defunciones operacionales de términos teóricos es insatisfactoria, ya que esas reglas solo vinculan unas palabras con otras palabras y no con la naturaleza.*
- c) *La analogía entre la teoría científica y un sistema matemático puro[...] puede ser engañosa.*
- d) *La aceptación de la lógica del descubrimiento como diferente de la lógica de la justificación y como condición para poder entender el algoritmo de la confirmación, verificación, corroboración o falsación de teorías.*

¹²³ KUHN, Thomas. Estructura de las revoluciones científicas. Bogotá: FCE.. 1997. Pág. 106

- e) *El defecto capital del enfoque positivista fue la identificación de lo racional con lo meramente lógico.*
- f) *La idea de que una ciencia natural no debe ser considerada meramente como un sistema lógico, sino de modo más general, como una empresa racional.*¹²⁴

El conocimiento científico en la actualidad lo constituyen “*las teorías fundamentales que guían la investigación, y con ellas, el cuerpo de leyes, las constantes fundamentales y las observaciones que sean de particular relevancia a la luz de la teoría directriz*”¹²⁵. Estos elementos estructuran los rasgos de la ciencia junto con su temporalidad y falibilidad, es decir, que la ciencia —conocimiento científico— en cualquier época será lo que los científicos, o miembros de la comunidad científica, consideran que es ciencia, pero que posteriormente puede ser rechazado como tal, para darle paso a otra concepción. Esto nos deja de presente el problema de cuando un enunciado del cuerpo de la ciencia es de hecho verdadero o falso. Éste interrogante puede ser enfrentado varias maneras: la primera posibilidad es buscar otra manera de entender el conocimiento científico, segundo continuar con la propuesta del empirismo lógico pero esta opción resulta frágil luego de los simposios de ciencia y trabajos como los de Feyerabend o Kuhn o Toulmin, y la última opción sería entender la ciencia como un conocimiento falible, por ende

¹²⁴ SUPPE, F. La estructura de las teorías científicas, actas del Simposio, Urbana, Illinois, marzo 1969, Madrid: Editora Nacional. 1979.

¹²⁵ BROWN, Harold. La nueva filosofía de la ciencia. Cuarta edición. Madrid: Tecnos. Pág. 200.

temporal, que se estructura dentro de matrices de pensamiento específicas o paradigmas que se caracterizan por consensos racionales.

Para cerrar y a modo de conclusión cito a Stephen Hawking en *“Una breve historia del tiempo”* quien señala que *“una teoría —científica— es buena si satisface dos requerimientos: debe describir con precisión una extensa clase de observaciones sobre la base de un modelo que contenga sólo unos cuantos elementos arbitrarios, y debe realizar predicciones concretas acerca de los resultados de futuras observaciones”*. Sobre el rasgo de provisionalidad afirma que *“[c]ualquier teoría física es siempre provisional, en el sentido que es sólo una hipótesis; nunca puede ser probada. No importa cuántas veces los resultados de los experimentos concuerden con alguna teoría, nunca se puede estar seguro de que la próxima vez el resultado no la contradirá. Por otro lado, se puede refutar una teoría con encontrar sólo una observación que esté en desacuerdo con las predicciones de la misma.”*¹²⁶

3.2. Los estándares probatorios

Para una correcta aproximación a la idea de lo que significa un estándar y los distintos elementos que entran en su configuración esta sección se inicia con una definición comprensiva de lo que es un estándar.

3.2.1 ¿Qué es un estándar?

Podemos afirmar que un estándar está constituido por los lineamientos o directrices generales reconocidos por una comunidad experta en una

¹²⁶ HAWKING, Stephen. Una breve historia del tiempo. Madrid: Grijalbo. 1988.

determinada materia. Su origen se encuentra en las distintas prácticas científicas como las ciencias naturales, las matemáticas, los ensayos en medicina, entre otros. Los estándares han sido comprendidos, con base en su función, como un instrumento conceptual que le *“indica al investigador cuando esta autorizado para considerar algo como probado, esto es, cuando la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de una conclusión.”*¹²⁷ Ahora bien, hemos dicho que un estándar requiere de un criterio o tipo de razones que nos llevan a predicar que una conclusión es aceptable; no obstante, los tipos de razones varían de un campo del saber a otro. En efecto, las razones que nos permiten afirmar que la demostración de un teorema es correcta son en todo distintas de aquellas razones que nos llevan a aceptar la conclusión de que un determinado comportamiento moral es correcto, o que nos llevan a asegurar que un específico tratamiento médico es el indicado para un paciente determinado.

Aquí es importante anotar que en los distintos campos en que hacemos afirmaciones que aceptamos o rechazamos, lo cierto es que un elemento común es que le damos aceptación o no a una determinada conclusión o hipótesis, en función o con base en una serie de datos o premisas. Así mismo, la aceptación de la hipótesis no depende exclusivamente de los datos, sino que es necesario

¹²⁷ LAUDAN, Larry. Porque un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Revista electrónica Doxa. N° 28 año 2005.

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0126096345455037652>. Revisada el 28 de noviembre de 2008

que los datos y la conclusión estén unidos por un marco conceptual. Vale la pena aclarar que el marco conceptual opera como un sistema de conceptos que organiza los datos, empero, la idea de marco conceptual en la actualidad no se limita a estas ideas organizadoras, pues implica valores y prácticas efectivas en el mundo social o comunidad científica en que se encuentra insertado.

Con lo anterior no termina el asunto del estándar probatorio. En realidad un estándar debe ser capaz de responder a dos preguntas, Por un lado el interrogante de ¿cuando el grado de justificación es suficiente para aceptar como verdadera una hipótesis?, o si se quiere ¿cual es el mínimo de justificación para dar por aceptable una hipótesis? Y, de otra parte, es necesario, igualmente, señalar ¿cuales son los criterios objetivos que indican que se alcanzo ese grado de justificación? Finalmente, debemos ocuparnos de los rasgos de los estándares al uso en el caso colombiano en materia penal que son el más allá de duda razonable, recientemente incorporado a través de la ley 906 de 2005, y el tradicional de certeza para dictar sentencia de carácter condenatorio.

La respuesta a los anteriores interrogantes deben satisfacer algunas exigencias para que puedan válidamente admitirse. Lo primero es que el estándar sea objetivo, lo que significa que se requiere de un criterio de control, es decir, que una persona distinta al operador judicial pueda realizar un juicio sobre la hipótesis a partir de los rasgos de los datos que la respaldan y del marco conceptual. Un estándar en el que esos rasgos no sean los determinantes

se torna subjetivo, y por lo tanto deja de ser un estándar. Los estándares, por ejemplo en matemáticas, significan que un teorema sólo está demostrado cuando se presentan los pasos de la deducción, y estos carecen de errores, y se llega así a la conclusión de que el teorema es correcto, pero no aceptaríamos como demostración la simple afirmación de un matemático de que está convencido de la verdad de un teorema. Eso es inaceptable, y por ende no vale como prueba. De igual manera, en los saberes no matemáticos el estándar probatorio obliga a una demostración de carácter objetivo, si queremos hablar de un estándar propiamente dicho.

3.2.2 La imperfección de la prueba judicial y el estándar

La prueba judicial tiene como rasgo sobresaliente, frente a otros sistemas de pruebas, que se practica dentro de unas instituciones jurídicas y bajo el arbitrio de unas determinadas reglas. Es así como en la legislación colombiana se regula la aducción y práctica de la prueba en la ley 906 de 2004, por ejemplo el artículo 374 regula el momento en que debe ser solicitada o presentada la prueba, e indica, además, que se hará en la audiencia preparatoria y disciplina, igualmente, su práctica que se realizara es en el juicio oral y público. Del mismo modo, la ley señala que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal, que es la denominada cláusula de exclusión de la prueba, que viene a significar que la verdad no se puede obtener a cualquier precio.

De otro lado, muchas inferencias que realiza el operador judicial están basadas en probabilidades, que descubren frecuencias pero no nexos causales inevitables, o en generalidades, incluso prejuicios. Se trata del sistema de *“nociones, informaciones, reglas máximas, valoraciones, que representan el patrimonio de cultura media que usualmente se designa como “sentido común” (...)*Naturalmente los límites de este conjunto y muchos de los elementos que incluye son vagos, inciertos, variables, mudables y fugaces. Más aún, lo que contiene el sentido común es absolutamente heterogéneo bajo es estatus cognoscitivo de la confiabilidad” ¹²⁸

Lo anterior unido al sistema institucional hace de la prueba judicial una prueba imperfecta comparada con los sistemas de prueba de otros saberes, como la medicina o las matemáticas. La consecuencia es que la prueba judicial no esta en condiciones de suministrar certeza, sino grados de acercamiento a la forma como ocurrieron los hechos que se juzgan. De ahí que el grado de probabilidad alto sea un buen criterio de justificación de una decisión y que el estándar ideal vaya en esta línea.

3.2.3 La importancia del estándar

El estándar cumple una función heurística en tanto sirve de criterio para que el juez formule su valoración final sobre los hechos, y una función justificadora en la medida en que sirve de criterio para reconstruir la

¹²⁸ TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Bogotá: Temis. Pág. 284

justificación de la decisión probatoria.¹²⁹ De otra manera, el estándar le permite al juez saber que debe buscar en cada prueba y así fijar los hechos de la controversia judicial y, de otro lado, permite revisar la construcción que hizo el juez y establecer que tanto se ciñó al estándar o en que medida la fijación de los hechos se hizo mediante mecanismos no controlables, y por lo tanto poco objetivos. En síntesis, el estándar sirve de guía para el operador y para hacer control de la actividad de ese operador, todo en busca de fijar los hechos en los términos más cercanos a su ocurrencia en el espacio tiempo pasado. Es un control a la discrecionalidad judicial sobre los hechos del proceso.

3.2.4 Los estándares al uso.

Los estándares al uso varían de un sistema procesal a otro, y de la materia en que se van a fijar los hechos, bien sean de carácter penal o civil, por ejemplo, los sistemas de rasgo acusatorio, cuando de asuntos criminales se trata, señalan como estándar que el operador este “mas allá de duda razonable”, pero si la controversia es de carácter civil utilizan el de probabilidad prevalente, que se expresa en la formula “mas probable que no”.

Los distintos estándares tienen como rasgo común la pretensión de

¹²⁹ GASCÓN DE ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares objetivos. Revista electrónica Doxa. Nº 28 año 2005.

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0126096345455037652>. Revisada el 28 de noviembre de 2008

orientar al operador judicial en la toma de decisiones sobre los hechos. En todos los sistemas encontramos, entonces, la misma preocupación por eliminar o a lo menos la intención de limitar o controlar la discrecionalidad absoluta del operador para fijar los hechos de la controversia. Una rápida mirada nos permitirá adentrarnos en las dificultades de cada estándar, aunque la preocupación central, y por tanto la extensión estará en el estándar que se expresa en la fórmula *“mas allá de duda razonable”*, pues nuestro enfoque será sobre las decisiones en materia penal a partir de la vigencia del sistema acusatorio en Colombia.

Establecer lo que se quiere significar cuando se habla de que el operador se encuentre *“más allá de duda razonable”* no es fácil. En la tradición anglosajona la comprensión del estándar presenta tensiones difíciles de conciliar. En efecto, al momento en que se instruye a los jurados estadinenses se considera que es una noción autoevidente, sin embargo, la realidad parece indicar lo contrario, pues el significado ha variado incluso en la Corte Suprema norteamericana, pues como señala Laudan *“[a]quello que una vez significo certeza moral y fue relacionado con la epistemología de Locke, ha sido deliberada y lentamente desplumado por la jurisprudencia norteamericana durante el siglo XX y ahora “mas allá de una duda razonable” ha quedado reducido simplemente a “un carecer de toda duda”, esto es, a tener una alta confianza subjetiva. Hoy en día, el punto oficial de la Corte Suprema es que una condición necesaria y suficiente para condenar al acusado en un juicio penal es*

*una creencia firme de la culpabilidad por parte del jurado*¹³⁰ En efecto, en el caso Jackson versus Virginia¹³¹ la Corte Suprema de Justicia insistió que los jurados, para poder condenar a una persona, deben estar en *“un estado subjetivo cercano a la certidumbre”*.¹³²

De manera adicional, tenemos que los académicos tienden a comprender el estándar desde la perspectiva cuantitativa, particularmente en términos bayesianos, por lo que afirman que *“más allá de duda razonable”* implica una probabilidad mayor del 90%. Sin embargo, al revisar detenidamente las decisiones judiciales observamos que los jueces, aún los profesionales, no utilizan de facto un estándar numérico para fundamentar la decisión, con excepción, claro esta, de la prueba de ADN para señalar la paternidad de una persona frente a un niño.

Otro aspecto que viene a completar el cuadro de ambigüedad de la noción es que en nuestro medio *“las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del Juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe. Nótese cómo la práctica*

¹³⁰ LAUDAN, Larry. Porque un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Revista electrónica Doxa. N° 28 año 2005.

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0126096345455037652>. Revisada el 28 de noviembre de 2008

¹³¹ Jackson v. Virginia. 443 US at 315

¹³² LAUDAN, Larry. *Ibidem*.

probatoria se orienta al convencimiento del Juez en torno a los hechos y a las responsabilidades que de ello se derivan, de donde se infiere que la acreditación de los hechos sí ocupa un lugar en el proceso penal y es vinculable a la finalidad de las pruebas.”¹³³

Pues bien, la comprensión del estándar “*más allá de duda razonable*” es muy variable, como hemos visto, pues va desde la *certeza moral*, pasando por un “estado subjetivo cercano a la certidumbre” para llegar a comprensiones probabilísticas superiores al noventa por ciento, y desemboca en nuestro medio, por lo menos en el texto de formación de los jueces en el sistema acusatorio, en el convencimiento del juez en relación con unos hechos.

3.2.5 Propuestas de estándar

Ante las dificultades evidentes que genera el estándar de “*más allá de duda razonable*” se formulan propuestas para construir un estándar que satisfaga las pretensiones de alto grado de acierto, para poder garantizar derechos, y que sea, además, susceptible de ser formulado de manera objetiva para lograr su control.

¹³³ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. 2006. Pág. 110.

Larry Laudan propone los siguientes estándares para tomar decisiones en materia penal:

“(A) Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo.

(B) Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo.

(...)

(C) Resuelva si los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aún ligeramente razonable que usted pueda pensar respecto de la inocencia del acusad. Si ellos lo hacen, usted debe condenarlo. De otro modo, absuélvalo.”¹³⁴

Laudan considera que estos estándares A y B guían al operador a probar rigurosamente la hipótesis acusatoria antes de adoptarla, lo que ocurre cuando tenemos una hipótesis que es muy improbable que fuese falsa. Así, pues, lo que se busca no son pruebas confirmatorias, sino la evidencia de que no se espera que la hipótesis sea falsa. Con relación al tercer estándar, éste pregunta si la prueba presentada por la acusación excluye cada hipótesis plausible de inocencia que se pueda formular.

¹³⁴ LAUDAN, Larry. Op. Cit. Pág. 108.

Un aspecto que no aparece claro en los estándares propuestos por Laudan es porque no se formulan en los términos de la interpretación que el mismo propone. Es decir, el estándar debería preguntar tenemos una hipótesis que es improbable que sea falsa, o se excluye cada hipótesis plausible que se puede formular. Sin embargo, con esta manera de formular el estándar no se avanza demasiado porque el lector puede preguntar, por ejemplo, cuando una hipótesis es improbable y obliga a recurrir a criterios de confirmación o bayesianos.

Otra propuesta de estándar es la que hace Gascón de Abellán. Su oferta teórica requiere fijar previamente algunos aspectos epistemológicos y de política para poder comprenderla y fijar su alcance. En el plano epistemológico la propuesta parte del estándar de probabilidad prevalente, que es el estándar que se utiliza en los juicios civiles, y que señala que una determinada hipótesis "*es mas probable que no*", lo que nos indica que una hipótesis sobre un hecho resulta probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas presentadas sobre el mismo hecho. En el plano político es necesario definir que tipo de error debemos controlar con mayor severidad: a) dar por verdadero lo que es falso, o b) no dar por verdadero lo verdadero, que se reduce a indicar si preferimos un inocente en prisión por un error judicial o preferimos un culpable en libertad. Si consideramos que los intereses afectados en el primer caso merecen mayor protección estatal, entonces, estamos fijando un estándar probatorio alto,

que parece ser la opción que se elige en materia penal, y estamos, de paso, indicando el grado de probabilidad que exigimos en el proceso.

El siguiente aspecto para tener un estándar objetivo parte del análisis de los esquemas de valoración, pues los instrumentos de medición estadístico, como por ejemplo el teorema de Bayes, o formulas similares encuentran obstáculos para ponerlos en practica que van desde la imposibilidad para calcular la valoración subjetiva previa que exige el modelo, la gran complejidad del calculo cuando existen multiplicidad de pruebas, además orientadas en distinto sentido, y dificultades graves frente a principios jurídicos como el de la presunción de inocencia. De ahí que las propuestas hacia la construcción de un estándar objetivo estén encaminadas por la vía de los esquemas de confirmación *“que entienden que la probabilidad de una hipótesis depende del apoyo que le presten las pruebas con las que están conectadas a través de reglas causales. La probabilidad se mide no en términos de frecuencia relativa sino de grado de creencia, apoyo inductivo o grado de confirmación”*¹³⁵

¹³⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Posibilidades de un estándar objetivo. Revista electrónica Doxa. Nº 28 año 2005. <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0126096345455037652>. Revisada el 28 de noviembre de 2008. Pág. 134

Gascón Abellán¹³⁶, por ejemplo, propone el siguiente estándar: Sea la hipótesis de culpabilidad (Hc) y sea la hipótesis de inocencia (Hi), cada una de ellas tiene posibles grados de confirmación, en la que 1 es el grado mayor de confirmación y 0 el menor grado de confirmación, y 05 el grado intermedio, según la siguiente tabla:

Posibles grados de confirmación de Hc:

Sólidamente confirmada Hc -1

Débilmente confirmada Hc -05

Posibles grados de confirmación de Hi:

Sólidamente confirmada Hi -1

Débilmente confirmada Hi -05

Ausencia de confirmación Hi -0

Así es posible construir una escala de estándares probatorios (SP) a partir de menos exigente a más exigente para condenar, según el grado de confirmación de la hipótesis para condenar y de la hipótesis de inocencia, así:

¹³⁶ GASCÓN ABELLÁN, *Ibidem*. Revista electrónica Doxa. Nº 28 año 2005. <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0126096345455037652>. Revisada el 28 de noviembre de 2008. Pág. 136

SP1: Hc-05 exigido Hi -1 (tolerado)

SP2: Hc-05 exigido Hi -05 (tolerado)

SP3: Hc-05 exigido Hi -0 (tolerado)

*SP4: **Hc-1 exigido Hi -1 (tolerado)***

*SP5: **Hc-1 exigido Hi -05 (tolerado)***

*SP6: **Hc-1 exigido Hi -0 (tolerado)***¹³⁷

Ahora bien, como el proceso penal exige una fuerte confirmación de la hipótesis de culpabilidad resulta correcto descartar los tres primeros estándares como criterios para ser utilizados en el proceso penal para imponer condena. El estándar cuatro muestra que la hipótesis de culpabilidad y la de inocencia están confirmadas por lo tanto debe absolverse, pues primaria la presunción de inocencia de manera adicional a la hipótesis de inocencia. El estándar cinco señala que existen algunas pruebas que hacen posible la inocencia pero la prevalencia esta en la confirmación de la culpabilidad, por tanto es racional condenar. Finalmente, en el estándar seis solo hay pruebas que confirman la hipótesis de culpabilidad y habría que condenar.

La construcción de los estándares y la interpretación que presento evidencian que es posible construir estándares objetivos, sin el recurso estadístico o bayesiano, que controlen la subjetividad en la decisión del operador jurídico sobre

¹³⁷ Las negritas son del texto original

los hechos. Se tienen, entonces, una guía de valoración de la multiplicidad de pruebas para la fijación de los hechos. Sin embargo, no se trata de afirmar que la hipótesis de culpabilidad, por ejemplo, esta sólidamente confirmada, es necesario justificar que efectivamente lo esta.

A manera de anticipo de las conclusiones se puede afirmar que la doctrina actual en relación con la inferencia probatoria y los estándares probatorios se deriva de epistemologías críticas que han tomado distancia del realismo ingenuo. En efecto, los estándares son producto de desarrollos de la propuesta probabilística en sus distintas variables como son el modelo de probabilidad matemática — estadística, el modelo de la probabilidad lógica, y la selección de la hipótesis sobre el hecho. En la propuesta contemporánea el conocimiento no es un simple reflejo de la realidad, que por lo tanto significa la separación del sujeto y del objeto, sino que se entiende que las categorías de análisis son un constructo del individuo y como tal impactan en el conocimiento y construcción de la realidad.

De igual manera, luego de revisar la inferencia probatoria y los estándares probatorios en la doctrina actual es necesario cotejarla con los criterios de fijación de los hechos en el derecho nacional. Lo primero que se evidencia es que las decisiones en el el área del derecho penal es que legalmente el estándar para condenar en el sistema de la ley 906 de 2004 es del *“más allá de duda razonable”* la práctica judicial entra en conflicto con este mandato porque las decisiones, como se demostró en el primer capítulo, responden a criterios diferentes que están anclados en la noción de *“certeza”* que se construyo, desde un realismo ingenuo, bajo la vigencia de otros códigos procesales.

Otro aspecto que pone en evidencia la doctrina contemporánea de la inferencia probatoria es que el uso y construcción de los criterios de la prueba indirecta que se presentaron en el primer capítulo, en especial, el criterio de regla de experiencia en la construcción del indicio se hace sin atender criterios actuales *“como datos concretos de conocimientos que constituyen el patrimonio cultural del hombre medio”*, y que en la regla de experiencia, y en general en los distintos componentes de la sana crítica, se satisfagan con el empleo de reglas subjetivas o creencias personales del operador judicial que no satisfacen los exigentes criterios de contrastabilidad para ser tenidos en cuenta a la hora de la toma de decisiones por parte del operador judicial. Así, entonces, los distintos aspectos que constituyen la sana crítica son cubiertos o llenados sin mayor rigor epistemológico. Las reglas de la sana crítica no se satisfacen con construcciones producto de los avances en la ciencia, la epistemología, la inferencia probatoria, o los estándares probatorios.

4. ESQUEMA DE UNA TEORÍA SOBRE LA FIJACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS

El texto ha recorrido la manera como los altos tribunales del país configuran una teoría probatoria para fijar los hechos y la aplican. Luego se hizo un mapeo de los aportes teóricos que se han elaborado sobre la fijación de los hechos en materia judicial y se ha señalado el sentido de la reflexión epistemológica. Posteriormente, se trataron dos problemas específicos que debe resolver cualquier teoría de la prueba: por un lado, la inferencia probatoria y, de otro lado, los estándares probatorios. Pues bien, a continuación se sintetizarán los resultados de las anteriores páginas en una propuesta teórica sobre la fijación judicial de los hechos. Para hacerlo solo conservaremos los puntos más importantes de los conocimientos logrados y la mayor parte de los fundamentos solo se expondrán brevemente, y concluiremos con una propuesta que mantenga los elementos garantistas de Ferrajoli, que supere los límites del esquema nomológico deductivo, lo que se logran incorpore las nociones de aceptabilidad de una hipótesis según su grado de confirmación. De ahí que este capítulo cuarto será construido y comprensible desde los capítulos precedentes.

4.1 El problema de la fijación judicial de los hechos

Fijar los hechos en la contienda judicial no es tarea fácil. Por un lado, las teorías sobre la fijación propiamente dicha no logran dar cuenta exacta de los distintos procesos mentales que lleva a cabo el operador judicial, y ésta actividad a su vez se ve empañada por afirmaciones que no son del todo correctas como

afirmar que un indicio es un hecho del que se infiere otro hecho en la medida en que de un enunciado en realidad se infiere otro enunciado y que este tenga algo que ver con un estado de cosas en el mundo es un problema que no se alcanza a abordar desde la noción que se ha venido utilizando de indicio. La herramienta de la sana crítica que recurre al sentido común presenta dificultades notables pues ésta última noción como se vio es confusa. De otro lado, la experiencia como elemento de la labor inferencial del operador jurídico supone que existen nociones experimentadas por varias personas, que estarían acrisolados en una variedad de patrimonio de conocimientos, que tiene un alto grado de validez cognitiva pero esta experiencia se limita al mundo o cultura del que hace la afirmación, en consecuencia no constituye una adición nuclear al sentido común. A lo anterior se suma la fuerte discusión sobre los estándares probatorios que no son tan evidentes como se supone y que en oportunidades reducen, de facto, la noción de más allá de toda duda razonable a una noción psicológica de seguridad o certeza.

Estas y otras dificultades que seguramente no se abordaron en el texto producen perplejidad sobre los procesos mentales, las teorías con mayor grado de plausibilidad, y el estándar que debe utilizarse para fijar judicialmente los hechos. Esta situación puede solucionarse en parte con la construcción de un esquema que facilite la labor. Es así como con los elementos examinados, siempre susceptibles de controversia o de nuevas miradas, puede de manera coherente fijarse algunas exigencias de fundamentación. Estas exigencias se formulan como reglas mínimas para la fijación judicial de los hechos. Estas reglas mínimas no garantizan la certeza del resultado, pero permitirán predicar o caracterizar ese resultado como racional.

4.2 El estatuto de la propuesta

Un aspecto que debe ser resuelto de antemano es el de señalar cuál es el estatuto de la propuesta contenido en este texto. Pues bien, con el propósito de que los operadores judiciales hagan uso de los avances en epistemología, y se utilice de manera efectiva los estándares probatorios actuales la idea es construir un protocolo de trabajo que sirva de cabeza de playa para darle entrada a estas herramientas conceptuales que permiten una toma de decisiones que aproveche las ventajas de las teorías contemporáneas. No es una propuesta de corte analítico porque no se trata de la estructura lógica en una decisión que fija los hechos, aunque puede utilizarse en ese sentido. Tampoco es una propuesta empírica pues no describe la manera efectiva como se fijan los hechos por parte de una comunidad concreta de jueces.

4.3 Esquema de una teoría sobre la fijación judicial de los hechos.

Los aspectos que constituirán un esquema básico para una teoría sobre la fijación judicial de los hechos son los siguientes:

- El operador expresara sus conclusiones con apoyo en las nociones de aceptabilidad de una hipótesis según su grado de confirmación.
- El operador hará una exposición completa del razonamiento probatorio.

- El operador no incurrirá en inconsistencias lógicas.
- El operador utilizara un estándar exigente de más allá de duda razonable para condenar en materia penal.
- El operador hará uso de metodologías inductivas para la fijación de los hechos.
- El operador hará uso de nociones, criterios y reglas explícitas de carácter científicos.

4.3.1 El operador expresara sus conclusiones con apoyo en las nociones de aceptabilidad de una hipótesis según su grado de confirmación.

La aceptabilidad de una hipótesis según su grado de confirmación es el que mejor responde a los problemas probatorios del operador judicial. En efecto, La existencia de hipótesis enfrentadas sobre los hechos del proceso y la obligación de establecer, con base en pruebas, cual de ellas es la más aceptable debe hacerse con base en el grado de confirmación, pues permite un mejor control de los resultados y supera las limitaciones del modelo nomológico deductivo.

La aceptabilidad de una hipótesis dependiendo de su grado de confirmación significa que el operador indique los criterios que señalan cuando se ha conseguido la prueba de un hecho, es decir, su probabilidad lógica es su grado de confirmación según las pruebas disponibles. Así, entonces, una hipótesis condenatoria se tendrá por confirmada sino ha sido refutada y ha sido confirmada en los niveles señalados en el numeral 2.2.5 que se ocupa de las propuestas de estándar.

La posibilidad jurídica del uso de la probabilidad empieza a darse en la legislación colombiana. En efecto, el artículo 375 de la ley 906 de 2004 dispone que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias que se refieren a la comisión de la conducta punible y sus consecuencias, como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. Luego indica que “[t]ambién es pertinente cuando solo sirve para hacer **más probable o menos probable** uno de los hechos o circunstancias mencionadas, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito” (el resaltado no es del texto original).

4.3.2 El operador hará una exposición completa del razonamiento probatorio.

La completitud del razonamiento probatorio se refiere a que el operador deberá señalar las premisas y conclusiones de manera explícita, así como el marco conceptual o sistema de leyes o principios que permiten relacionar de manera lógica las distintas partes del argumento probatorio. El marco conceptual son “el sistema de conceptos, teorías, hipótesis, y hechos que dan garantía de validez a las premisas mayores de los argumentos mediante los cuales se justifican o refutan afirmaciones (...) El marco teórico presenta el aspecto de principios generales o leyes, mientras que la condición marginal es un aserto referido a un hecho que instancia la ley”¹³⁸. De igual manera, las premisas o datos que sirven de base al razonamiento deben ser explícitos así como su conclusión.

¹³⁸ BAQUERO, Julia y PARDO, Felipe. La argumentación en el texto jurídico. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. 1997.

Esta exigencia busca que el razonamiento sea completo, pero, adicionalmente, se logra que sea público, es decir, conocido por todos los afectados y por lo tanto susceptible de que sea contradicho de manera efectiva, en cualquiera de sus partes: marco conceptual, premisas, conclusión. De esta forma se cumple el mandato garantista de la publicidad de la prueba, tanto en su práctica como en el razonamiento que de manera forzosa debe hacerse para llegar a un enunciado conclusivo.

4.3.3 El operador no incurrirá en inconsistencias lógicas.

La inconsistencia lógica ocurre cuando al enunciar una proposición, teoría o discurso se emplean términos o enunciados incompatibles entre sí. De manera formal se explica mediante la idea de que un discurso **D** no puede contener una proposición **P** y la contradictoria de ella, **no P**, de manera que simultáneamente **P** y **no P**. Equivale a incorporar en el argumento fáctico el principio lógico de no contradicción. La ventaja de incorporar la prohibición de no incurrir en inconsistencias lógicas es que se evitan proposiciones sobre el mundo cuyo significado se excluyan de manera recíproca.

Sea el caso de un testimonio en que afirma *x*, y luego en una continuación del mismo afirma *y*, que se contradice con la primera versión suministrada por el testigo. La existencia de esas dos versiones sólo permite afirmar que hay una inconsistencia. No puede decirse que la primera es falsa y la segunda verdadera o que la segunda sea falsa y la primera verdadera, pues bien puede ocurrir que las dos versiones sean falsas o que la una sea falsa y la otra verdadera. En otros términos, el operador no podrá optar por una de las dos versiones para respaldar su hipótesis, tendrá que recurrir, previamente, a señalar cual tiene mayor

probabilidad de que haya ocurrido para lo que deberá recurrir a los grados de confirmación de la versión que vienen de otros medios probatorios.

4.3.4. El operador utilizara un estándar exigente de *prueba más allá de toda duda razonable* para condenar.

El estándar de prueba que se exige en el proceso penal es el de la *prueba más allá de toda duda razonable*. Este tiene su origen en la historia del proceso penal inglés y pasó luego al sistema penal estadounidense, de donde ha irradiado a los sistemas adoptados en otros países, entre ellos Colombia, que han adoptado sistemas de juzgamiento de rasgos marcadamente acusatorios. La razón principal por la que un sistema penal adopta el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es de carácter ético o mejor por razones ético-políticas. El juez penal condenara al acusado cuando la hipótesis condenatoria tenga un alto grado de confirmación; mientras que el acusado será absuelto en todas las ocasiones en las que existan dudas razonables de que sea inocente, a pesar de la existencia de algunas pruebas en su contra. El estándar probatorio de más allá de duda razonable es alto porque en el proceso penal operan las garantías a favor de los imputados o acusados.

4.3.5 El operador hará uso de metodologías prevalentemente inductivas para la fijación de los hechos.

La necesidad del uso de metodologías inductivistas que permiten llegar a fundar afirmaciones sobre el mundo que tienen un mayor o menor grado de probabilidad conforme a las pruebas disponibles permite examinar el peso de la evidencia o grado de apoyo de los elementos de prueba a la hipótesis que se quiere confirmar. El razonamiento probatorio más frecuente es el inductivo, en la medida

en que la inducción, en términos generales, es la clase de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos definitivos para la verdad de la conclusión, sino que ésta es producto de aquéllas sólo con algún grado de probabilidad.

La prueba judicial de los hechos relevantes utiliza leyes o regularidades empíricas que permiten relacionar las pruebas del proceso con una determinada hipótesis sobre esos hechos; es decir, leyes que establecen que, siendo ciertas las pruebas, también lo será la hipótesis sobre los hechos. Ahora bien, pese a la forma deductiva de esta forma de pensar, en realidad es una forma de razonar inductiva, en la medida que esas leyes empíricas a las que se recurre son leyes de carácter probabilísticas; es decir, señalan que si las pruebas son verdaderas es probable que también lo sea la hipótesis: dado p , entonces es probable que h .

4.3.6 El operador hará uso de nociones, criterios y reglas explícitas de carácter científicos.

Esta regla está íntimamente ligada a la que señala la obligatoriedad de explicitar el marco conceptual. En efecto, el uso de nociones, criterios y reglas explícitas de carácter científicos reduce el margen de subjetividad del operador, pues evita los prejuicios, ideologías, o creencias particulares o recogidas en la colectividad pero que expresan posiciones preteóricas que por lo mismo no constituyen un marco seguro para la toma de la decisión.

4.4 Los estándares probatorios contemporáneos en el sistema de garantías

La comprensión del derecho como sistema de garantías se hará desde Luigi Ferrajoli, para lo que utilizare un artículo suyo que tiene por título *“el derecho como sistema de garantías”*¹³⁹. En efecto, en este ensayo Ferrajoli analiza la crisis del derecho, para lo cual se vale de tres aspectos que la evidencian como son la crisis de legalidad, la crisis del Estado social y la crisis del Estado nacional. Pues bien, la crisis de legalidad se expresa en que el vínculo de los poderes a la ley se ha debilitado y se manifiesta en la ausencia o ineficacia de los controles, cuyo efecto es la ilegalidad del poder. La crisis del Estado social parte de la promesa incumplida de que el *Estado no superara los límites y prohibiciones que tiene para lograr una efectiva tutela de los derechos de libertad que tienen los asociados. Es el límite negativo que le impide al Estado actuar* en detrimento de los derechos de una persona. De otro lado, la crisis del Estado social se manifiesta en que muestra la imposibilidad real del Estado de satisfacer la demanda de derechos sociales. Esta crisis del Estado social se refleja por ejemplo en inflación legislativa.

Además, fuera de la crisis de legalidad y de la crisis del Estado social, vivimos la crisis del Estado nacional que signifique que hay un cambio del lugar de la soberanía, pues esta ya no parece radicar en el pueblo, sino en organismos de carácter técnico, pues en materia de política monetaria o de políticas sociales los Estados están supeditado a otros estamentos.

¹³⁹ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta. 1999. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez.

La crisis del derecho significa, en consecuencia, la crisis el principio de legalidad en todos sus planos. No obstante la gravedad de lo anterior, el riesgo para los derechos se acentúa con la crisis de la razón jurídica, entendida como “[l]a pérdida de confianza en esa artificial reason que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma que es el Estado derecho”¹⁴⁰. Ahora bien, el nuevo reto de la razón jurídica consiste en “configura[r] y construir el derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales”¹⁴¹, lo que se hará a partir de la experiencia del constitucionalismo del siglo XIX.

Abordar la construcción del sistema de garantías es posible en virtud de dos rasgos de las normas jurídicas producidas en la actualidad. El primero, es su carácter positivo, esto es, su carácter de derecho “puesto” o “hecho” por los hombres y como los hombres lo quieren. El segundo rasgo, consiste en que el derecho positivo también está vinculado a condiciones de validez dada por la relación entre la norma y valores éticos, como la dignidad de las personas, la igualdad o la libertad, que se encuentran incorporados en los textos constitucionales. En otras palabras, el derecho debe guardar una relación formal con las reglas que regulan su configuración, y, simultáneamente, deben guardar coherencia con esos valores éticos o sustanciales. La relación de las normas con la normatividad que regulan su producción es tratada bajo la noción de vigencia, y, de otro lado, la relación de las normas con valores éticos sustanciales debe entenderse en clave de validez

¹⁴⁰ Ferrajoli, Luigi. *Ibidem*. Pág. 18

¹⁴¹ Ferrajoli, Luigi. *Ibidem*. Pág. 19

normativa.¹⁴² La consecuencia, es que se regula no solo la forma de producción, sino los contenidos sustanciales de la norma, pues resultan unidos a los principios y valores constitucionales.

Así las cosas, el modelo garantista es la resultante de esta doble sujeción “del derecho al derecho”, que vincula vigencia y validez. Ferrajoli considera que de esta manera se supera la noción kelseniana de validez del derecho positivo sujeta de manera exclusiva a los requisitos formales, y se supera también la noción de que el derecho es racionalidad formal, en los términos de Weber, y que se ve amenazada por la racionalidad material de los fines del derecho. Los derechos fundamentales quedan sometidos, entonces, a una doble protección: de una parte, porque las normas que afecten los derechos fundamentales son invalidas (no tienen validez) y, de otra parte, porque esas normas son afectadas, en consecuencia, por falta de vigencia.

De manera eventual, una norma puede estar afectada porque no guarda coherencia con un derecho fundamental, igualmente, si la norma no mantiene la relación con las formas que regulan la producción del derecho, entonces, esa norma no puede efectivamente regular la conducta intersubjetiva de los asociados. El orden jurídico puede acusar incoherencia por dos motivos: en primer lugar, cuando contraria la prohibición o límite que se impone al Estado para proteger

¹⁴² Ferrajoli, Luigi. *Ibidem*. Pág. 19

derechos de libertad; y en segundo lugar, cuando se omite la creación de normas en oposición con las obligaciones derivadas de los derechos sociales que tiene el Estado. Tenemos, entonces, vicios por falta de coherencia y por falta de plenitud, que son reducibles mediante las garantías. *“Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan...”*¹⁴³ Las garantías exigen, en consecuencia, que el Estado no se limite al respeto de los derechos, sino que es necesario que realice acciones concretas para que las personas puedan ejercer sus derechos.¹⁴⁴

Las garantías exigen que la función del juez se fortalezca, en la medida en que es una función de garantía. El juez estará sujeto a la ley como válida, es decir cómo norma coherente con la constitución, por lo que la interpretación en la ley

¹⁴³ Ferrajoli, Luigi. *Ibidem*. Pág. 25

¹⁴⁴ Resulta pertinente anotar que por ejemplo la Corte Interamericana al referirse a la obligación de garantía señaló que “[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia del orden normativo dirigido a hacer posible cumplimiento de esta obligación, sino comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” Caso Velásquez Rodríguez. Párrafo 66.

debe hacerse con base en significados constitucionales, lo que equivale a decir que debe estar en el mismo campo semántico de los derechos fundamentales y de las normas constitucionales sustanciales. Esto significa que el juez debe garantizar los derechos fundamentales a todos, por igual, y de manera incondicional, incluso, si es necesario, contra la mayoría. Esta manera de actuar por parte de los jueces es la que confiere legitimidad a la jurisdicción e independencia frente a otros órganos como el ejecutivo o el legislativo. *“[É]sta sujeción del juez a la constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionales establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción (...) En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en droits: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, sus garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen”*¹⁴⁵

La función judicial se traduce en un sistema de apoyo de la democracia, pues esta debe garantizar todas las libertades y estas son para todos. La democracia deja de ser una democracia de mayorías y pasa a ser una democracia

¹⁴⁵ Ferrajoli, Luigi. *Ibidem*. Pág. 27

sustancial, en la que el principio de igualdad y el de legalidad se enlazan, junto con la función de averiguar la verdad, como base de legitimidad de la judicatura.

Por otra parte, las garantías se expresan a través de diversas exigencias o principios, entre los que tenemos, entre otros, el principio de jurisdiccionalidad, que implica que *“los derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los responsables de su violación, sea por comisión o sea por omisión.”*¹⁴⁶ Secuela necesaria de la investigación y juzgamiento, característico del principio de jurisdiccionalidad es la de sancionar al autor(es) de la violación y para ello la investigación debe ser realizada con todos los medios legales que se tengan al alcance y dirigida a la determinación de lo que ocurrió.

El garantismo es comprendido como una técnica normativa de protección de derechos fundamentales, que señala obligaciones y prohibiciones a poderes públicos, políticos privados, económicos, de carácter nacional o internacional. El instrumento conceptual que ha construido la doctrina garantista es la *“garantía”* como técnica de resguardo de un derecho subjetivo. De hecho, la técnica de la garantía no es nueva, pues ya en el derecho civil se mencionan las garantías reales, como es la hipoteca, como derecho real que grava bienes inmuebles que quedan

¹⁴⁶ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Madrid. Edit. Trotta. 1995. Traducción. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Pág. 917

sujetos a responder por el cumplimiento de una obligación. No obstante lo anterior, el garantismo ha ido un poco más allá de la noción romanística de garantía al delinear una técnica de protección de derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales se caracterizan por qué son indisponibles e inalienables y son atribuidos por la norma a todas las personas. Estos derechos negativos o positivos, según que la obligación que le corresponde al derecho implique una prohibición o una obligación de hacer. En el caso de la libertad individual existe una clara prohibición para los demás sujetos de derecho de interferir en el ejercicio de la libertad, mientras que en el caso del derecho a la salud los otros sujetos de derecho están obligados a realizar un comportamiento que favorezca ese derecho. En esa medida, se afirma que tenemos garantías positivas y garantías negativas. Ferrajoli denomina a estas garantías como primarias, y denomina secundarias a las garantías jurisdiccionales, que se predicán de la judicatura y que están obligadas a aplicar la sanción cuando las garantías primarias son violadas.

Con el surgimiento del constitucionalismo durante los siglos XIX y XX surgió una noción normativa de validez, que consiste en que una norma es válida en la medida en que guarda coherencia con principios constitucionales o normas de carácter constitucional. La vigencia será el predicado que se hace de una norma en la medida en que se ajusta a las formas de producción normativa de un determinado Estado, en un momento histórico preciso. Ésta doble correspondencia

que debe guardar una regla jurídica para que pueda de manera efectiva ser aplicado en un caso concreto forma parte del garantismo, pues ya no será suficiente el predicado de vigencia sobre una norma para que pueda utilizarse, sino que es necesaria hacer un juicio previo sobre si la norma se adhiere al principio constitucional. Este doble piso, vigencia y validez, constituye un límite al poder, cualquiera sea su tipo.

El Estado en el modelo del estado constitucional creado para proteger y promover los derechos fundamentales puede, eventualmente, violarlos a través del derecho a castigar. Esta situación obliga a un profundo desarrollo de las garantías penales y procesales. En consecuencia, el garantismo construyó las garantías penales sustanciales que son el principio de estricta legalidad, el de lesividad, el de materialidad y, finalmente, el de culpabilidad. También, construyó las garantías procesales como son: el principio de contradicción, el de igualdad entre la acusación y la defensa, la separación de funciones entre la acusación y el juzgamiento, la presunción de inocencia, la carga de la prueba en la acusación, la oralidad, la publicidad, el principio de juez natural y la independencia de la magistratura.

Ahora bien, las garantías y los derechos fundamentales resultan afectados a raíz de las decisiones del operador judicial, y esta afectación debe ser la estrictamente necesaria para el logro de los fines constitucionales que llevaron a la toma de la decisión. De ahí que las decisiones deben tomarse con apego a la prueba que obra en el proceso, pues sin esa base de conocimiento la decisión contraria a la

racionalidad que la debe sustentar. De otro lado, un aspecto clave de la racionalidad de la prueba es que consulte las contribuciones teóricas y epistémicas que la doctrina actual ha construido, pues de lo contrario, los criterios de decisión serán subjetivos, preteóricos, o bajo estándares que presentan serias limitaciones, y que por esa misma razón fue necesario superar con los nuevos aportes teóricos. Así pues, sin racionalidad probatoria, las garantías son un formalismo más, y bajo su peso desaparecen las garantías penales sustanciales y las garantías procesales, y el azar, como en la “Lotería de Babilonia”, regirá las relaciones sociales que el derecho tiene pretensión de gobernar.

5. CONCLUSIONES

El problema que sirvió de guía a la presente investigación fue el de determinar si los operadores judiciales utilizan los aportes contemporáneos a la teoría de la fijación judicial de los hechos, lo que equivale a definir su grado de recensión en las prácticas decisionales por parte de los distintos operadores. La respuesta que evidencia la investigación es que hay una ruptura entre los logros de la teoría contemporánea y las prácticas y conceptos que se utilizan por parte de los operadores. Esta distancia obliga a reavivar las discusiones con efectos prácticos sobre la forma de fijar los hechos en el proceso judicial. Las propuestas garantistas de Ferrajoli y de aceptación de la premisa fáctica según su grado de confirmación

ofrecen formas y metodologías que permiten superar las limitaciones de las prácticas actúales, enmarcadas en un realismo ingenuo. Las discusiones teóricas sobre prueba en materia judicial deben superar la simple dogmática procesal para ingresar en un debate técnico a partir de las teorías contemporáneas. Hacer la discusión desde la perspectiva de los modelos probabilísticas, narrativos y nomológicos deductivos permite incorporar los avances que hay en el tema y así aprovechar el rendimiento que esas teorías ofrecen frente a modelos ingenuamente realistas.

Las propuestas de aceptación de la premisa fáctica según el grado de confirmación o el modelo nomológico deductivo ofrecen garantías de objetividad, y por tanto de respeto a los derechos, que superan las prácticas del realismo ingenuo, que configura la premisa fáctica de la decisión judicial con criterios subjetivos, contruidos *ad hoc*, que supone la división de lo mental y lo físico, y que no considera que el objeto de la ciencia o de predicación sea un constructo humano, sino que el conocimiento es un simple reflejo del mundo, que de manera expresa o implícitamente se encuentra en muchas de las conclusiones que sirvan de base para señalar los hechos que fundamentan la decisión judicial. Estas últimas prácticas no permiten aprovechar lo mejor de las teorías actuales, en detrimento un conocimiento científico —de alta probabilidad— de los hechos.

El estudio de los distintos modelos empezando por el nomológico deductivo, la inducción y el modelo bayesiano, o el propuesto por Cohen son propuestas teóricas que presentan limitaciones. Es así como el modelo nomológico

deductivo no explica como surge esa ley general que se aplica al caso. Los modelos inductivistas hablan en términos de probabilidad. El modelo de Cohen que apuesta por que el momento epistemológico de la decisión judicial esta dado por lo que el Juez considera “normal” enfrenta la dificultad de que no explica de donde el operador judicial toma la idea de normalidad. Así las cosas cada una de las grandes propuestas teóricas ofrece debilidades al avanzar sobre la manera como efectivamente se fijan los hechos en la decisión judicial. No obstante, los modelos inductivistas al estar cerca del modelo de la ciencia contemporánea nos permiten utilizar sus ventajas para el proceso judicial: una hipótesis se tendrá como verdadera en la medida en que se recurre a leyes de rasgos probabilísticos.

Al comparar las decisiones judiciales con los criterios o estándares probatorios encontramos que éstos no se exponen con claridad y su uso riguroso se ve empañado por una retórica sin respaldo en aportes técnicos. Las prácticas probatorias nacionales son anómalas frente a las respuestas de las teorías contemporáneas. Esa ruptura deslegitima la decisión en la medida en que motivación sobre los hechos es más un esfuerzo retórico que la puesta en práctica de las mejores opciones teóricas para fijar los hechos del proceso, pues la subjetividad y las reglas de experiencia individual afectan severamente la decisión judicial. Las providencias estudiadas demuestran la utilización de criterios *ad hoc* que son ambiguos, con nociones de lógica o del indicio que acusan el paso del tiempo y que están superadas por los avances teóricos actuales.

Incorporar el uso de los estándares de manera rigurosa permitiría un mejor control de la actividad de los jueces al fijar los hechos del proceso, pues en la actualidad los operadores judiciales no logran distinguir la diferencia, ni las razones que la acompañan, entre la certeza, propia de otros sistemas, y el estándar de más allá de la duda razonable. La judicatura colombiana, y en especial las altas cortes, no han formulado propuestas de escala de los estándares que sirvan como baremo de control real a las decisiones sobre los hechos del proceso. En éste punto también urge hacer la discusión desde las distintas perspectivas, para crear estándares que de manera efectiva garanticen los derechos sin desconocer las necesidades de sanción características del derecho.

El texto ha señalado las dificultades que presentan las teorías sobre la actividad judicial en relación con la fijación de los hechos que servirán de presupuesto fáctico para la consecuencia jurídica que establecerá el operador judicial. En efecto, la fijación de los hechos del proceso es el momento epistemológico por excelencia del proceso, pues fijados los hechos en la práctica se ha tomado la decisión porque ellos se encuentran cubiertos por una norma que se aplicara y de ella devendrán las obligaciones que el operador imponga a una o todas las partes del proceso. Otros momentos epistemológicos de alta complejidad son los de los llamados “casos difíciles”, y los avances sobre los “métodos de interpretación”, que no fueron objeto de análisis en este trabajo.

Las posiciones garantistas, como las del modelo de Estado que tenemos, en las que no solo se protege el derecho sino que los órganos estatales deben desplegar acciones positivas para lograr que los derechos sean efectivos y no simples enunciados retóricos, requiere, para su realización, la incorporación de los avances teóricos en materia de reconstrucción de los hechos. En éste sentido el esquema de Taruffo, de aceptación de la premisa fáctica según el grado de confirmación, cumple muy bien la función de apoyo al modelo garantista, en la medida que ofrece criterios de objetividad, y de apoyo en el avance científico, que superan las limitaciones que ya acusa el modelo nomológico deductivo, que inicialmente formó parte de la propuesta de Ferrajoli en Derecho y Razón.

BIBLIOGRAFÍA

AÍSA MOREU, Diego. El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial. Zaragoza. Prensas Universitarias de Zaragoza. 1997.

ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997

ARENAS SALAZAR, Jorge. Crítica del indicio en materia penal. Bogotá: Temis. 1988

ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas penales. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 1996.

ARENAS SALAZAR, Jorge y VALDÉS MORENO, Carlos Eduardo. "La Prueba testimonial y Técnica". Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2006.

BACON, Francis. *Novum Organum*. Barcelona: Orbis. 1983

BAKKER, Gerald y CLARK Len. La explicación. Madrid: Fondo de Cultura Económica. 1998.

BORGES, Jorge Luis. Obras completas. Buenos Aires. Emecé Editores. 1974.

BAQUERO, Julia y PARDO, Felipe. La argumentación en el texto jurídico. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. 1997.

BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. México: Siglo XXI. 1986.

BENTHAM, Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales. 2º Edición Buenos Aires: Valletta. 2008.

BACON, Francis. *Novum Organum*. Trad. Clemente Balmori. 2ª edición. Buenos Aires. Edit. Losada. 1961.

BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas. La construcción social de la realidad. Buenos Aires: Amorrortu. 18ª impresión. 2003.

BONILLA CASTRO, Elssy y RODRÍGUEZ SEHK, Penélope. Más allá del dilema de los métodos. Bogotá: Norma. Colección Vitral. 1997.

BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. 2007.

BOURDIEU, Pierre, El sentido práctico. Madrid: Taurus. 1992.

- BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociología del derecho. En “La fuerza del derecho”. Bogotá: Instituto Pensar, Siglo del Hombre. Universidad de los Andes, 2001.
- CASSIRER, Ernst. Filosofía de la Ilustración. TRad. Eugenio Imaz. Primera reimpresión . Bogotá. Fondo de Cultura Económica. 1994.
- COHEN, Jonathan. The Probable and the Provable.
- COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Bogotá. 2006.
- COPI, Irving M, y COHEN, Carl. Introducción a la lógica. Edit Limusa. México 1997.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo. Derecho Probatorio y Pruebas Penales. Bogotá: Legis Editores S. A. 2008.
- DANTO, Arthur. Historia y narración. Barcelona: Paidós. 1989.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 8ª edición. Bogotá: ABC. 1987.
- DRAY, W., Laws and Explanation in History. London: Oxford Univ. Press. 1957
- ELLERO, Pietro. De la Certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. Madrid: Reus. 1968.
- FERRAJOLI, Luigi, «“Magistratura Democrática” y el ejercicio alternativo de la función judicial». En Perfecto Andrés Ibáñez, (ed.), *Política y justicia en el Estado capitalista*. Barcelona: Fontanella, 1978.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta. 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. Madrid: Trotta. 1999. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez.

- FERRER, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. Madrid: Trotta. 2005.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Bogotá: Temis. 1978. Vol. I, 2ª edición, traducción de Simón Carrejo.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Editor. Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2001.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho. Madrid: Marcial Pons. 1999
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba y Verdad en el Derecho. México: Dirección Ejecutiva del Servicio Profesional Electoral. 2004
- GASCÓN DE ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares objetivos. Revista electrónica Doxa. N° 28 año 2005. <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0126096345455037652>.
Revisada el 28 de noviembre de 2008
- GORPHE, Francois. Apreciación judicial de las pruebas. Bogotá: Temis. 2004.
- HABERMAS, Jurgen. La lógica de las ciencias sociales. Madrid: Tecnos. 1988.
- HASSEMER, Winfred. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona: Bosch. 1984
- HEMPEL, C. G. La explicación científica. Buenos Aires: Paidós. 1979
- HEMPEL, Carl y OPPENHEIM Paul. Studies in the logic of explanation, Philosophy of Science (1948). Hay traducción al castellano en el texto “La explicación” de Gerald Bakker y Len Clark. Madrid: Fondo de Cultura Económica. 1998.
- HUME, David. Investigación sobre el conocimiento humano. Madrid: Alianza editorial. 1988.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Los Hechos en la Sentencia Penal. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho, y Política. México: Fontamara. 2005

- INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN. Tesis y otros trabajos de grado. Bogotá. ICONTEC. 132 p. 1996. NTC 1486
- ITURRALDE SESMA, Victoria. Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial. Valencia: Tirant lo blanch. 2003.
- KANT, Inmanuel. Crítica de la Razón Pura. Traducción de Pedro Ribas. Madrid: Alfaguara. 1998.
- KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho. Traducción de Roberto J. Vernengo de la edición alemana de 1960. México: Porrúa. 1995,
- LAUDAN, Larry. Porque un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Revista electrónica Doxa. N° 28 año 2005.
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0126096345455037652>.
Revisada el 28 de noviembre de 2008
- LLEWELLYN, Karl N., «Una teoría del derecho realista: el siguiente paso», en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El Ámbito de lo Jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, 1994.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis Editores. 2000.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Filosofía Jurídica de la Prueba. México. Editorial Porrúa. 1999.
- MAQUIAVELO, Nicolás. El Príncipe. Traducción Helen Puigdomenech. Barcelona: Altaya. 1993.
- MERTON, Robert. Teoría y estructura sociales. México: FCE. 2002
- MITTERMAIER, Carl Joseph Antón. 8ª Edición. Tratado de la Prueba en materia Criminal. Madrid: Reus. 1929.
- MORALES MARIN, Gustavo. Prueba penal y apreciación técnica científica. Bogotá: Gustavo Ibáñez. 2001.

MORENO DURAN, Álvaro, RAMÍREZ, José Ernesto. Pierre Bourdieu Introducción elemental. Bogotá. 1993.

MUÑOZ SABATE, Luís. Técnica probatoria, estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Barcelona: Praxis. 1993.

NEWTON, Isaac. Principios matemáticos de la filosofía natural. Trad. Antonio Escotado. Madrid. Edit. Tecnos. 1987.

NICOLÁS, Juan Antonio y FRÁPOLLI, María José. Teorías de la verdad en el siglo XX. Madrid: Tecnos. 1997.

NOUSS, Alexis. La modernidad. Trad. Mari Carmen Gallegos. México. Edit. Publicaciones Cruz O. 1997.

PARRA QUIJANO, Jairo. "Informe Nacional Sobre los Indicios y las Presunciones", en "Décimas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1986

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Octava edición Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1998.

PELÁEZ VARGAS, Gustavo. Manual de pruebas penales. Bogotá: Wilches. 1981.

PEÑA, Jairo Iván. Prueba Judicial. Análisis y valoración. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2007

POPPER, Karl. La lógica de la investigación científica. Trad. Víctor Sánchez de Zavala. Madrid. Tecnos. 1962

POSNER, Richard, «A pragmatist manifesto», en *The problems of jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press. 1990,

- REYES ALVARADO, Yesid. La prueba indiciaria. 2ª edición. Bogotá: Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda. 1989
- RICOEUR, Paul. Historia y normatividad. Traducción Gabriel Aranzueque. Barcelona: Paidós. 1999
- RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho Probatorio Colombiano. 4ª Edición. Bogotá: Librería El profesional. 1983.
- RORTY, Richard. La filosofía y el Espejo de la Naturaleza. 4ª edición. Madrid: Cátedra. 2001.
- RUSSELL, Bertrand. Los problemas de la filosofía. Madrid: Labor. 1994.
- SCHÜTZ, Alfred y LUCKMANN, Thomas. Las estructuras del mundo de la vida. Buenos Aires: Amorrortu editores. 1973
- SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba, los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América. 1990
- SHAKESPEARE, William. Hamlet. Traducción de Luís Astrana. Madrid: Aguilar. 1987
- TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica, 1944. En NICOLÁS, Juan Antonio y FRÁPOLLI, María José. Teorías de la verdad en el siglo XX. Madrid: Técnos. 1997.
- TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Traductor: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta. 2002
- TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá: Temis. 2006.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Interpretación Judicial. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. 2006

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. 2006.

VARGAS, Rodrigo. En la prueba de ADN en el Sistema Jurídico Colombiano. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura. 2006

SENTENCIAS CITADAS

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 406 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 970 de 1999

CORTE INTERAMERICANA. Caso Velásquez Rodríguez. Párrafo 66.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sent. del 10 de agosto de 1994. M.P. Didimo Páez Velandia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sent. del 10 de julio de 1996 con ponencia del doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sent. del 24 de junio de 1997, con ponencia del Doctor Fernando Arboleda Ripoll.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. M.P. Jorge Antonio Rúgeles. Fecha 12/03/1998.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Fernando E Arboleda Ripoll. Rad. 10818. Fecha: 11/12/1998.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Rad. N° 12.721. Fecha: 16/12/1999.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Fernando E Arboleda Ripoll. Rad. 14263. Fecha: 6/2/ 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Rad. N° 12.238. Fecha: 28/02/2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Rad. N° 16.472. Fecha: 21/11/2002,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Rad. N° 20.266. Fecha: 06/10/2004

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Rad. N° 19733. Fecha: 12/04/2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,. Sala de Casación Penal. M.P. Julio Socha Salamanca. Sentencia 23.290. Fecha 20/02/2008

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Herman Galán Castellanos. Rad. N° 20.860. Fecha: 15/09/2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Rad. 24468. Fecha: 30/3/2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Jorge Luís Quintero Milanes. Fecha: 18/05/2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Rad. N° 27690 de 2008

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Rad. N° 27964 de 2008

Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal. M.P. Dra. María Del Rosario González de Lemos. Radicación: I 5076 2004 9 – 01. Fecha: 26 de enero de 2005

Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal, M.P. Julia María Cardona Paredes junio catorce (14) de dos mil cinco (2005), Radicación: 10010704001200300059 01

Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal, Bogotá D. C., febrero cuatro (4) de dos mil cinco (2005) Radicación: 11001070400220010237 – 03 M.P. Julia María Cardona Paredes.

Tribunal Superior De Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal. M.P. Juan Iván Almanza Latorre. Radicación: 2003 00074 01. Fecha: Veintitrés (23) de febrero del dos mil cinco (2005)

Tribunal Superior De Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal. M.P. M.P. Julia María Cardona Paredes. Radicación: 11001310400820030122 – 0. Enero veintiocho (28) de dos mil cuatro (2004).

Tribunal Superior De Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal. M.P. Juan Iván Almanza Latorre. Radicación: 2004 00095 01. Fecha: Veintidós (22) de febrero del dos mil cinco (2005)

Juzgado 4 Penal Municipal de Bogotá. Sentencia de abril 2 de 1997.

Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá. Sentencia de abril 9 de 1992.

Juez 4 Penal Municipal con Función de Control de Garantías. Audiencia del 26 de abril de 2005 en la radicación 110016000027200500102 por el delito de extorsión en modalidad de tentativa.