



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

TÉCNICAS DE LAS AUDIENCIAS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

UN TEXTO PARA DEBATE

República de Colombia

TÉCNICAS DE LAS AUDIENCIAS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

UN TEXTO PARA DEBATE

**PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

**ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”**

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la JUDICATURA
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
“Rodrigo Lara Bonilla”



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

ORLANDO ENRIQUE PUENTES

TÉCNICAS DE LAS AUDIENCIAS
EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

UN TEXTO PARA EL DEBATE

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

© ORLANDO ENRIQUE PUENTES
© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7
www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: mayo de 2006
Segunda edición: septiembre de 2008, con un tiraje de 2.500 ejemplares
Diseño de Carátula: Stephan Acuña Aguirre
Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego
Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia
Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000.
www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre magistradas, magistrados, jueces, juezas, empleadas y empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor, el doctor Orlando Enrique Puentes, que con gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

El módulo Técnicas de las Audiencias en el Sistema Penal Colombiano, que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del juez o jueza, en cuyo contenido el lector encontrará los siguientes temas: i) La audiencia de legalización de la captura, imputación y eventual fijación de medida de aseguramiento; ii) Teoría del caso; iii) El alegato de apertura; iv) El alegato de conclusión; v) El interrogatorio; vi) Las preguntas; y, vii) El contrainterrogatorio.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la rama judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos.

Posteriormente, el texto entregado por el autor fue enviado para su revisión por los magistrados, magistradas, juezas y jueces que participaron en el proceso, que leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Orlando Enrique Puentes complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los jueces y juezas colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que la Corte Suprema de Justicia ejerce.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez y la jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*: más de mil jueces, juezas, empleadas y empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso como de cualificación de las servidoras y los servidores públicos.

Es *integral*, en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo *se basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelantan para el progreso de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial se hacen teniendo en la mira un progreso sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial, ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de las y los administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, que requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo*, diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización, es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los jueces, juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* (“learning societies”), *organizaciones que aprenden* (“learning organizations”), y *redes de aprendizaje* (“learning networks”)¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en su devenir histórico, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: a) nivel individual; b) nivel organizacional; c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes busca convertir esa información y conocimiento personal en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales y contribuyen al proceso de creación de *lo público* a través de su apropiación social, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que, alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a su solución. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagogas vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Asimismo, participó la Red

de Formadores y Formadoras Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 150 magistrados, magistradas, juezas, jueces, empleados y empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. Reunión inicial. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Etapa II. Estudio y análisis individual. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluída en los materiales educativos. Asimismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a estos.

Etapa III. Investigación en subgrupo. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio, junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Etapa IV. Mesa de estudios o conversatorio. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y, a partir de estos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Etapa V. Pasantías. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto

directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.), bajo la orientación y evaluación de los magistrados y magistradas, jueces y juezas, titulares de los respectivos cargos.

Etapa VI. Aplicación a la práctica judicial. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Etapa VII. Experiencias compartidas. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Etapa VIII. Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Etapa IX. Seguimiento y evaluación. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de magistrados y magistradas de las Altas Cortes y de los tribunales, de los jueces y juezas de la República y expertos y expertas juristas que ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata, entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan la temática de determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitan el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortalecen la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema o acceder a diversas perspectivas.

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96, pisos 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL	9
TÉCNICAS DE LAS AUDIENCIAS EN EL SISTEMA PENAL	
COLOMBIANO: UN TEXTO PARA EL DEBATE	23
1. La audiencia de legalización de la captura, imputación y eventual fijación de medida de aseguramiento	28
2. Teoría del caso	32
3. El alegato de apertura	34
4. El alegato de conclusión	35
5. El interrogatorio	36
6. Las preguntas	38
7. El contrainterrogatorio	40
BIBLIOGRAFÍA	43

TÉCNICAS DE LAS AUDIENCIAS
EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

UN TEXTO PARA EL DEBATE

TÉCNICAS DE LAS AUDIENCIAS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

UN TEXTO PARA EL DEBATE

Orlando Enrique Puentes¹

*“Nos leemos unos a otros como libros, aprendemos
unos de otros como una segunda lengua.
Justamente debido a este modelo comprendemos
el pasado de los hombres”.*

A. Danto

La implementación del Acto Legislativo número 03 de 2002 se empezó a realizar a través de la Ley 906 de 2004 (Código Procesal Penal), de aplicación progresiva en el país. Fenómeno que ha logrado que surja una gran preocupación por las técnicas de las audiencias características del sistema acusatorio. En especial, el énfasis ha sido sobre las técnicas del juicio oral, en desmedro de las actuaciones en audiencias distintas a la de juzgamiento. Grave asunto en la medida en que las expectativas sobre el sistema es que más del ochenta por ciento de los casos no lleguen a juicio, es decir, la mayoría de los casos se resuelven en momentos diversos sin que hasta el momento se hallan desarrollado trabajos sobre el punto.

Este texto se propone exponer algunas de las técnicas de las audiencias, pero lo hace desde una perspectiva no normativa. El trabajo se construye desde la perspectiva del lenguaje. No pretende, ni puede agotar el tema. De otro lado, la formación en técnicas que se ha impuesto es producto de la cooperación americana a través del Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia - Usaid. La formación en técnicas no ha estado exenta de observaciones que van desde la consideración de que los textos son aleccionadores, pasando por el hecho de que en la formación sobre ellas no se contemplaron problemas jurídicos, incluyendo la visión de que en buena medida esas técnicas, como estrategia, apuntan más al juez lego que al profesional.

1 El autor es abogado, especializado en derecho penal, cursó una maestría en teoría del derecho y tiene estudios de filosofía; fue redactor del “Régimen Penal Colombiano” de Legis Editores S.A., se ha venido desempeñando como formador de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, en virtud del convenio 090 de 2004 celebrado entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Universidad Nacional de Colombia.

Sin embargo, en buena parte las técnicas quedaron incorporadas en el texto de la Ley 906 de 2004. En efecto, el artículo 371 señala el deber de la Fiscalía de presentar la teoría del caso; el artículo 392 contiene las reglas del interrogatorio; el contrainterrogatorio está regido por el artículo 393; las oposiciones en el artículo 395; los alegatos de las partes se encuentran en el artículo 442 y siguientes. Los problemas que se van a explorar se pueden resumir en las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las técnicas?, ¿si estas pueden ser comprendidas como formas de diálogo?, y en consecuencia, ¿si puede hacerse una lectura desde la pragmática de las técnicas, en tanto estrategias comunicativas?

La técnica (*tékhne*) designa un “saber hacer”. Una acción dirigida a obtener los fines deseados. La técnica es el punto más alto de la empiria, no de la ciencia. La técnica como mero instrumento para el logro de fines, como los del derecho penal, que es una herramienta del control social, requiere fuertes correctivos para que eventualmente no se cosifique al procesado. Por ahora, pareciera que la capacitación en las técnicas no ha hecho el suficiente acento en comprenderlas como la posibilidad de interacción en el proceso. Las técnicas de audiencia toman sentido en la medida en que se les comprende como actos de comunicación, en la especificidad de actos de habla (John Searle)², y bajo la comprensión de que son usos realizativos del lenguaje.

Las técnicas son estrategias para usar el lenguaje entendido como sistema semiótico de mediación que nos permite construir la realidad. Ahora bien, el lenguaje, entre otras funciones, tiene funciones realizativas (Austin, John. Cómo hacer cosas con palabras), en las que el usuario del lenguaje no está simplemente describiendo un estado de cosas en el mundo, está realizando una acción, cuando digo “te condeno a p”, no le estoy simplemente informado algo a mi interlocutor, estoy realizando –de ahí el nombre– la acción de condenar. Las funciones lingüísticas realizativas requieren condiciones especiales para su emisión. Austin (1979, 219-220) precisa que “las palabras tienen que decirse en las circunstancias apropiadas”, y de la forma precisa, agregamos. Por ejemplo, no es suficiente que el juez diga “te condeno a p”, sino que es necesario que lo haga en un determinado escenario, rodeado de unas precisas circunstancias. Un fallo o una violación de las condiciones y de la forma da lugar a un infortunio, que puede ser al procedimiento convencional, o en sus pasos, o a las circunstancias de la emisión realizativa.

² SEARLE, John. *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Actos de habla. Trad. Luis M. Valdes Villanueva. Edit. Cátedra. Madrid, 1990.

En otras palabras, estamos ante una interacción mediada por símbolos. Una acción comunicativa. La propiedad que distingue esa acción son las normas o reglas obligatorias de acción que definen formas recíprocas de conducta y han de ser entendidas y reconocidas intersubjetivamente. Este tipo de acción da lugar al marco institucional de la sociedad, aquí al proceso penal.

Según Hassemer (1984) el proceso que requiere el sistema jurídico para hacer efectivas las expectativas debe partir de concebirse como una interacción comunicativa en la que es producido el caso. Escenario en el que juega un importante papel: la comunicación, y se construye mediante los modelos de comprensión escénica. En la teoría escénica del proceso, la comunicación como unidad básica del sistema debe ser comprendida y en ella deben ser tenidos en cuenta varios componentes: el lenguaje, la selectividad y la comprensión.

El lenguaje es un comportamiento social y por ello está sometido a numerosas reglas sociales, no solo a la gramaticales, el lenguaje es un vehículo de ascenso o descenso social y refleja la pertenencia a un grupo, así como la jerarquía dentro de él. Para el jurista es importante tener en cuenta este concepto de lenguaje ya que a través de este se nos transmite la realidad del caso. La selectividad se da porque en un caso se encuentran numerosos datos que son seleccionados conforme a criterios no uniformes, que reflejan los intereses de quien lo construye, en este caso las autoridades son quienes tienen intereses profesionales derivados de la tarea que la ley les impone. En el expediente se reflejan las diferencias del lenguaje y la selectividad entre el caso construido por el jurista o por las autoridades y el construido por el propio sujeto.

Finalmente, la comprensión. Para abordar este concepto se debe entender que el rol personal y la historia vital no pueden separarse radicalmente cuando se trata de modos de conducta práctica. Las experiencias vitales no son meramente privadas, buena parte de ellas se producen ante otros, a quienes se comunican y de quienes se recibe una respuesta: son experiencias comunicacionales. Quien desee comprender solo puede llegar a ello desde los prejuicios que lleva consigo y proyecta sobre el propio objeto. Este es solo algo previamente pensado, una magnitud anticipada que se hace real solo en el proceso de comprensión y con ello resulta modificado y producido en este proceso. Este problema se refleja en la producción del caso por parte del juez quien se ve enfrentado a comprenderlo desde sus propias condiciones personales.

La comunicación en el proceso es dirigida y dominada unilateralmente, es el juez el único que tiene la facultad de interpretar y concretizar los preceptos legales, solamente él tiene el poder de definición. Entre el derecho procesal y el derecho sustantivo existe una relación en la lógica sistémica, el derecho sustantivo contiene los criterios de relevancia para la construcción de la realidad y en él se encuentran los criterios para la producción del caso. El derecho procesal contiene las reglas de cómo se ha reproducido un caso y cuándo se ha de considerar correctamente producido. La fase de producción del caso tiene su propia ley y su propia rutina y constituye el objeto del derecho procesal.

Sin el derecho sustantivo no estaría claro qué es lo que ha de buscar el proceso y qué datos son los que ha de recoger; por su parte, el derecho procesal proporciona las reglas conforme a las cuales el caso ha de ser producido y en base a las cuales puede considerarse validamente producido. El proceso prepara y organiza el escenario que necesita el derecho sustantivo para hacerse efectivo, sin proceso no puede haber ni protección de bienes jurídicos ni realización de las sanciones. El derecho sustantivo tiene que ver con el caso de dos modos diferentes, por una parte contiene los criterios para la selección de los datos relevantes que constituyen el caso y por otro proporciona los criterios para su decisión.

El material de trabajo de los juristas lo constituyen las leyes y los casos, los cuales representan de forma diferente una realidad distinguiéndose entre sí por el modo de seleccionar y sintetizar los datos que lo constituyen, los casos no existen en sí mismos, sino que son producidos. La tarea del juez contempla dos partes, la de producción del caso y la de presentación del mismo, la obtención del derecho y la justificación del resultado obtenido, con la presentación del caso el afectado puede controlar la actuación del juez.

El caso es un producto histórico se modifica en el transcurso del tiempo con la transformación de todos los elementos que están en su derredor y que se relacionan con él, la fase de producción no solo se encuentra bajo la presión del tiempo, sino también bajo su fugacidad. Los casos han de ser puestos en condiciones de ser decididos y para ello se concede una limitada porción de tiempo, y en este segmento temporal tienen que realizarse diferentes tareas que tienen por objeto la producción del caso y su decisión.

La teoría jurídica de la comprensión escénica desea extender el concepto de producción desde el caso producido hasta el proceso de producción mismo, tiene

que abarcar consecuentemente la dimensión del proceso, de los procesos, de las consecuencias de los comportamientos, la dimensión de la escena, etc.

El proceso tiene que ver con secuencias de comportamiento, con acciones que a su vez son reacción a otras acciones de sí mismo y de otros. Los participantes en el proceso se refieren unos a otros y todos ellos se refieren a un modelo de transcurso en sus acciones: el derecho procesal.

La comprensión escénica no tiene posibilidades de cerciorarse sobre sí misma, pues su objeto ya ha pasado, por ello se derivan mayores posibilidades de incurrir en error y menores posibilidades de comprobación. La fase de producción del caso a contrario al ya producido se diferencia por mostrar dificultades especialmente agudas para el éxito y el aseguramiento de la comprensión correcta.

La producción del caso tiene lugar en un proceso de comprensión, que se ve dirigida tanto en base a prejuicios que se encuentran sentados no solo en la persona que lleva a cabo la comprensión, como en las rutinas del más diverso carácter. Los prejuicios y las rutinas son susceptibles de ser modificados, pero no resulta posible evitarlos por completo. La tarea del derecho consiste en hacer posible y asegurar el proceso de comprensión.

La explicación al proceso ha recurrido a diferentes metáforas, el proceso es una gran obra y cada uno de sus partícipes debe respetar rigurosamente los tiempos y movimientos que están impresos en un “libreto”. Al juez le corresponde ser el director, complementando el guión que los actores deben seguir con sus señales y particulares gestos.

De esta manera en el proceso está muy reducido el campo de improvisación, porque el director como los actores deben ceñirse a lo dispuesto por el guión y conocer el lenguaje específico que permite la comunicación entre unos y otros, ya que de lo contrario la intervención terminaría siendo un desatino. Dentro del ámbito judicial cada agente posee un rol, además una jerarquía y una identidad que lo diferencia; y es dentro del juicio o audiencia oral donde estos aspectos encuentran desarrollo y una representación de escenarios y símbolos, ya que este refuerza las prácticas y el lugar asignado a cada actor en el drama judicial.

La función del defensor dentro del escenario del proceso penal, es decir, dentro del sistema de comunicación, es indudable que consiste en constituirse en garante jurídico-constitucional de la presunción de inocencia para el acusado y sus derechos

fundamentales. He ahí el fundamento y límite de la defensa. Es desde esa perspectiva que debe estudiarse y valorarse por parte del juez las actuaciones del defensor. La función del defensor no es buscar la eficacia del sistema a través de apresurados consejos de allanamiento, sino velar por la garantía jurídico-constitucional de la presunción de inocencia y sus derechos fundamentales. En palabras de Roxin (1997) “El defensor, por una parte, cumple una tarea pública, debido a que él, en el contexto fáctico hace valer la presunción de inocencia (y dado el caso, también todos los hechos que hablen a favor del inculpado) y además garantiza y vigila en sentido jurídico la legalidad formal del proceso. El Estado tiene un interés en ambas tareas si pretende ser reconocido como estado de derecho y el defensor sirve a este interés”³.

De otro lado la Fiscalía, dentro del ámbito del proceso es otro guardián de la legalidad, pues imputa y acusa por comportamientos que tienen alta probabilidad de ser contrarios al ordenamiento legal. Sin embargo, debe cuidar de que la actuación no sea irregular, pues resulta contradictorio que para velar el orden lo haga procurando violaciones al sistema jurídico como tal. Si la apuesta es la de la legalidad, no puede jugar con el código opuesto: el de la ilegalidad. Sus actuaciones no pueden ser una contradicción performativa. Es desde esta perspectiva que debe juzgarse la actuación e intervención en el proceso por parte de la Fiscalía.

En pocas palabras, las técnicas son entendidas desde la perspectiva de los actos de habla, y de una determinada concepción del lenguaje, en un marco del proceso como escenario en el que se construye el caso, con unos roles muy definidos, pero anclados en la legalidad, es más, radicados en la concepción del proceso penal como derecho constitucional aplicado. Es desde esta perspectiva que vamos a mirar las técnicas de las audiencias.

1. LA AUDIENCIA DE LEGALIZACIÓN DE LA CAPTURA, IMPUTACIÓN Y EVENTUAL FIJACIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

La práctica judicial ha impuesto la realización de una audiencia para la revisión de tres asuntos diversos entre sí, pero ligados estructuralmente. Tres son los problemas que han de resolverse en esta diligencia: ¿fue legal la captura?, ¿se

³ ROXIN, Claus. Pasado Presente y Futuro Derecho Procesal Penal. Instituto de Estudio de Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Versión Castellana de Óscar Julián Guerrero P. Pp. 41 y 53, Bogotá, 2004.

formuló la imputación y cómo debe hacerse?, y finalmente ¿debe imponerse medida de aseguramiento?, y, en caso afirmativo, ¿cuál? Parte de la técnica es tener bien definidos los problemas para dar respuesta a ellos con base en argumentos de distinto nivel, para lograr la racionalidad de la decisión. Sobre este punto resulta de gran utilidad consultar el modulo sobre argumentación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

En este orden de ideas, la solicitud de legalización de la captura requiere una descripción de la forma en que la persona fue aprehendida físicamente para ser cotejada con las exigencias constitucionales y legales sobre captura. Ahora bien, el Juez de control no es simplemente un notario de las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial. Es un protector de los derechos fundamentales del inculpado. En esa medida es necesario que algunos elementos cognitivos sean puestos a su consideración para evaluar que efectivamente la captura se hizo conforme a la legalidad y así lo pueda declarar. Es en ese momento en que surge el interrogatorio a quien hizo la captura. Quien hizo la captura puede, igualmente, ser interrogado por el defensor, pues ya vimos su función es la de defender los derechos constitucionales del capturado (Roxin, 1997).

De esta manera desde la audiencia de legalización de la captura surge la necesidad de establecer la forma de la captura (el hecho mismo de la captura, con todos sus detalles), junto con algunos elementos cognitivos que respalden esa narrativa, para poder ver si la aprehensión se adecua a lo ordenado por las reglas que la regulan. Es frecuente que Fiscalía y Defensa tengan desde la etapa preliminar miradas, versiones que difieren entre sí, y en consecuencia presenten el caso desde ópticas distintas. El juez debe tener en cuenta que la aplicación concreta de las técnicas no está limitada al juicio propiamente dicho. En el caso de la audiencia de legalización de la captura subyace una “teoría del caso” por parte de la Fiscalía y otra por parte de la Defensa. Las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio se aplican cuando se escucha la versión del policial que realizó la aprehensión, para concluir en una petición que puede considerarse una pequeña alegación final. En efecto, contiene una tesis (es legal o no la captura), una demostración argumentativa de la tesis (a partir de los hechos se ajusta o no a las normas sobre la materia), y una petición final (conclusión).

La formulación de la imputación es un momento clave en el actual proceso penal. Si bien es cierto que la formulación de la imputación es el acto a través del que la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías. Ahora bien, el fiscal

hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partície del delito que se investiga.

La formulación de la imputación ha generado una fuerte controversia sobre si debe ser exclusivamente fáctica o contiene elementos normativos. En el conversatorio de los jueces llevado a cabo el día siete (7) de abril se concluyó que la imputación debe “ser fáctica y jurídica, porque al hacerse una imputación, necesariamente se va a hablar de criterios jurídicos como son autoría, coparticipación, de delitos, de concurso de delitos, etc.; porque los hechos jurídicamente relevantes se encuadran en un delito, para fijar con ello la competencia del Juez de conocimiento; y, porque para un allanamiento a la imputación; el imputado debe saber cuánto es la pena del delito, para que pueda hacer un cálculo de la rebaja de la pena que obtendría, esto es, que con ello se garantiza el derecho de defensa”⁴.

4 Alejandro Aponte en “Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal” se expresa así: “Este es el punto de partida para la comprensión de la noción de imputación; es, además, el punto de partida para establecer una diferencia central para poder pensar el mundo del derecho: en el “ser”, es decir, en la naturaleza, existe causalidad; en cambio en el universo del “deber” o del “deber ser” como se ha entendido este concepto en países de tradición latina, no existe causalidad, existe imputación. Esta constituye, como se ha dicho, un principio de conexión, un “enlace”, subraya Kelsen. Imputar es “atribuir”. En el caso del derecho penal, de manera general, “la imputación, que recibe expresión en el concepto de imputación no es, como supone la teoría tradicional, el enlace de una determinada conducta con el hombre que la lleva a cabo; para ello no se requiere establecer la relación mediante una norma jurídica, puesto que no cabe escindir la conducta del hombre que la realiza (...). La imputación que recibe expresión en el concepto de imputabilidad es el enlace de determinada conducta, a saber, un delito, con su consecuencia punitiva” (...) Finalmente, agrega Kelsen: “de ahí que puede decirse que la consecuencia de lo ilícito es imputada (atribuida) a lo ilícito, pero no que esa consecuencia sea efecto de lo ilícito, como su causa”. P. 159.

Así, entonces, se repite la conclusión: en la naturaleza existe causalidad; en el derecho, imputación. Todo ejercicio de imputación presupone, por principio entonces, que se está en el mundo, construido por el hombre, del orden jurídico. Este se haya compuesto de normas. Las normas son, para Kelsen, “esquemas de explicación conceptual”, son mecanismos que dan sentido particular y específico a las acciones humanas o a los acontecimientos externos. Las acciones que tienen lugar en la naturaleza, en el mundo del derecho, no tienen significado jurídico (este es el punto de partida para entender el enunciado del artículo 287). Una acción humana en sí, por ejemplo, la lesión de una persona a otra, no tiene como tal un sentido jurídico, “lo que hace de ese acontecimiento una acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural –es decir: en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza–, sin el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta”⁴⁴, p. 160. Y dicha significación, la da la norma como un esquema general de sentido de los actos en el mundo particular del derecho. Y el principio de conexión, el enlace, el mecanismo genérico

Es innegable que la participación del juez de control de garantías tiene limitada su participación al momento de la imputación; sin embargo, en los siguientes eventos debe rechazarla: cuando se formula imputación por un delito querellable, y no se haya formulado la querella o no se haya realizado la conciliación preprocesal (artículo 74 Código de Procedimiento Penal). Además, cuando se pretenda hacer la imputación, sin la presencia del imputado, y no se hayan agotado los trámites correspondientes de declaratoria de persona ausente o declaratoria de contumacia (artículos 127 y 291 del Código de Procedimiento Penal). Finalmente, cuando observa que el indiciado tiene fuero constitucional (artículos 39, 174 y 235), y corresponda su Juzgamiento a la Corte Suprema de Justicia. En estos eventos debe rechazar la imputación o cuando menos advertir la anomalía a la Fiscalía.

De momento volvamos a las técnicas. La formulación de la imputación debe contener, entre otros elementos, una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

Cuando la regla contenida en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004 señala que la imputación debe contener los hechos relevantes, es porque se tienen materiales probatorios y forzosamente es la norma penal la que determina qué hechos son los relevantes, es decir, que se ajustan a la descripción que hace el legislador de un

para “elevar” –si se permite la expresión– un acto del ser, del mundo de lo social, al mundo del derecho, y de generar en él las consecuencias previstas por el orden jurídico, es la imputación. En el mundo del ser no existen entonces delitos; esta es una construcción normativa. Por eso existe una teoría general del delito. Este es, en la tradición del mismo Kelsen, el magnífico descubrimiento del derecho penal liberal clásico; en la formulación de Carrara “el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico (...). El delito es un ente jurídico, porque su esencia consiste indeclinablemente en la violación de un derecho”. P. 160. El delito es entonces una construcción normativa; y, con él, nociones como autoría, participación. Estas no existen en el mundo fáctico. Se entiende, desde la ortodoxia y buscando cierta pureza en el esquema procesal, que la norma estudiada pretende desligar la imputación de toda referencia normativa y evitar la intervención del juez con criterios jurídicos que pueden desestructurar el ejercicio constitucional de la función de investigar. Pero esto no es posible. No solo por los conceptos, normativos estrictamente, de autoría y participación que debe tener en cuenta a propósito de una inferencia razonable, sino por aquellos que se derivan casi automáticamente de la formación de la imputación. Si se quiso establecer simplemente que el fiscal indica al imputado un hecho empírico o una serie de hechos fácticos, entonces la referencia de la norma a la noción de imputación es incorrecta”. P. 161.

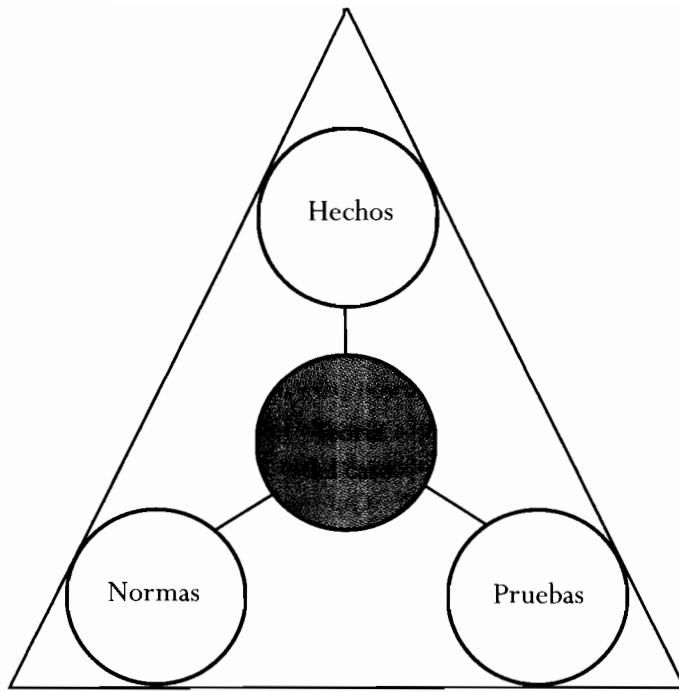
comportamiento. Así las cosas, en ese momento ya estamos en presencia de una “teoría del caso”, que puede ser o no la que acompañe a la Fiscalía hasta el final del proceso. En la medida en que son estos y no otros los elementos de una teoría del caso. Pues en efecto, los hechos relevantes, las pruebas que los demuestran, y los fundamentos jurídicos constituyen la teoría del caso. Que al momento de solicitar medida de aseguramiento se evidencian con mayor nitidez, ya que debe hacerse un comienzo de descubrimiento de la prueba para persuadir al juez de la procedencia de la medida.

2. LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso se ha definido como la adecuación que debe existir entre unos hechos y una norma jurídica con base en los elementos de convicción obtenidos. En efecto, Los comportamientos humanos son descritos por el legislador bajo la amenaza de una determinada pena, pero al hacerlo lo hace de manera genérica. La descripción incluye sujetos, conducta, objetos, circunstancias de modo, tiempo y lugar. Posteriormente, ante la ocurrencia de los hechos el fiscal y la defensa, esta última si lo desea, aunque es lo aconsejable, procuran la respectiva adecuación típica, en el caso de la acusación, y la defensa intenta subsumir el comportamiento en una causal de exclusión de responsabilidad o demostrar que esos hechos son asimétricos con el tipo penal. Los elementos de convicción son los instrumentos que nos permiten reconstruir los hechos, saber qué, fue lo que ocurrió, para proceder a enmarcarlos normativamente.

La teoría del caso se empieza a construir desde el momento mismo en que se tiene noticia de los hechos. A medida que se suma más información (elementos probatorios y evidencias), más cuerpo va tomando la teoría. De ahí que desde la formulación de la imputación se tiene un primer dibujo de lo que será la teoría que se lleva a juicio, si es que hay. Es indispensable, como lo ha sido siempre, que se den los tres elementos, pues si los hechos son irrelevantes penalmente estamos ante un caso de atipicidad, si carezco de pruebas la Fiscalía no podrá derrumbar la presunción de inocencia.

De manera gráfica podemos presentar la teoría del caso así:



La ilustración nos muestra los componentes de la teoría del caso y cómo la ausencia de uno de ellos desconfigura la imagen, que es una manera de decir que no estaríamos en presencia de una teoría del caso. En efecto, la adecuación de los hechos a la norma y el respaldo de esos hechos a partir de las pruebas constituyen el sistema del caso. Los hechos son tomados del entorno, del mundo factual y su complejidad reducida a través de la norma penal que deriva en la consecuencia sancionatoria o absolutoria. Ahora bien, los hechos son establecidos mediante elementos cognitivos que también son procesos de selección a través de los cuales elegimos la manera como construiremos el relato que se refiere al pasado; es decir, hay una construcción de la verdad en el sentido tradicional de coherencia de los predicados con el mundo exterior. También aquí, hay una reducción de complejidad. La norma (regla penal) nos señala cuáles son los hechos que deben ser establecidos para derivar su consecuencia en un proceso de enlace (imputación) entre hechos y consecuencia jurídica.

Al formular la teoría del caso este se trasporta a través del lenguaje oral, entendido como comportamiento social, dirigido por la norma (regla del proceso), y así logra transmitirnos la realidad del caso. La técnica, entonces, consiste en

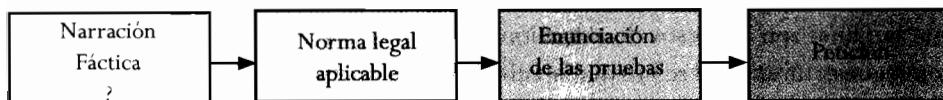
seleccionar del mundo factual los hechos relevantes a partir del criterio normativo y escoger los medios cognitivos adecuados para establecer cada uno de los aspectos de la realidad que interesan al caso. Cada momento debe estar perfectamente diferenciado y hacer la narrativa de los hechos, luego enunciar en qué norma se describe esa acción humana y los medios de conocimiento que establecen esos hechos.

3. EL ALEGATO DE APERTURA

El alegato de apertura está construido sobre la teoría del caso. En efecto, es necesario presentar los hechos, su adecuación a la descripción penal, junto con los elementos de convicción que sirven para demostrar los hechos y rematar con una petición. El alegato de apertura cumple la función de comunicar la solución a tres problemas distintos: 1. ¿Cuáles fueron los hechos ocurridos? 2. ¿En qué norma encuadran esos hechos? y 3. ¿Qué norma contempla esos hechos y cual es su consecuencia jurídico-penal? Los argumentos (premisas y conclusiones) se obtendrán de la práctica de las pruebas y la conclusión será el alegato de cierre. De ahí la importancia de un fuerte conocimiento de la teoría de la argumentación tanto jurídica como fáctica (ver módulo de argumentación)⁵.

El alegato de apertura, obligatorio para el acusador y opcional para la defensa, se constituye en el mapa de lo que ocurrirá en la audiencia. Efectivamente, las pruebas se practicarán en el orden en que se pidieron y enunciaron y se dirigen a probar cada una de las premisas fácticas que constituyen el supuesto de hecho de la norma penal, para luego, en el alegato de cierre, concluir que se ha demostrado el hecho y se dé aplicación a lo ordenado por la ley.

Esquema del alegato de apertura



El alegato de apertura, como expresión de una teoría del caso final, debe contener todos los elementos porque el Juez no puede suplir ninguna carencia. En efecto, en materia de pruebas el Juez tiene limitaciones para ordenar pruebas de

5 Argumentación Judicial: construcción y reconstrucción de argumentaciones escritas y orales. Pablo Rail Bonorino. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá. 2005.

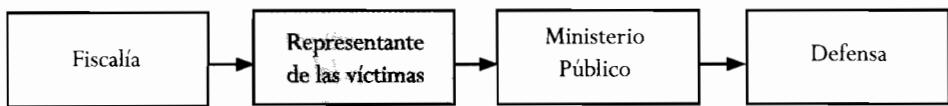
oficio, y tampoco puede suplir la adecuación de los hechos a la norma en la medida en que al hacerlo estaría sustituyendo al acusador o eventualmente al defensor. La narración de los hechos tampoco puede ser completada por el juez porque al hacerlo estaría suponiéndolo acontecimientos y sería dejar al azar la posibilidad de que con las pruebas decretadas pudieran demostrarse. En otras palabras, el alegato de apertura debe ser completo porque el Juez no puede reemplazarlo en el ejercicio de la acción penal. Ante el acto fallido no queda otro camino, que el juez ordene de inmediato completarlo en lo que le faltare.

El alegato de apertura de la defensa, si opta por hacerlo, dependerá de la estrategia que elija para lograr la finalidad que se propone. Si difiere en la adecuación de los hechos puede enunciar el tipo de encuadramiento que considera que corresponde al caso. Si considera que las pruebas que se van a practicar son insuficientes para romper la presunción de inocencia o que son ilícitas puede anunciar que esa será su tesis. Igualmente, puede dirigir su defensa a que los hechos ocurrieron de otra manera y que por lo tanto queda su defendido bajo el amparo de una causal de exclusión de responsabilidad penal. Finalmente, que el acusado no realizó el comportamiento. Sin embargo, es útil que el defensor muestre cómo las pruebas que solicitó y se ordenaron prueban los hechos conforme su visión y que se deriva la consecuencia favorable para su defendido. Las condiciones para que la defensa haga correctamente su alegación inicial son menos exigentes que para la acusación. En otros términos, la alegación inicial es una emisión lingüística susceptible de crítica o de fundamentación. Tiene siempre una pretensión de validez trassubjetiva.

4. EL ALEGATO DE CONCLUSIÓN

El alegato de conclusión constituye el final de la audiencia. Es la oportunidad que tiene el fiscal de exponer los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. El representante de las víctimas y el Ministerio Público presentaran sus alegatos sobre la responsabilidad del acusado. Finalmente, la defensa, de manera facultativa, expondrá sus argumentos. A pesar de que el texto legal habla de que la defensa “*si lo considera pertinente*” expondrá sus argumentos, nos parece que de no hacerlo se priva de la defensa técnica al procesado, derecho de rango constitucional. Además, se vulnera el principio de contradicción que se ejerce no solo mediante la oportunidad de contraprobar, sino de presentar una visión y valoración de la prueba desde la perspectiva de la defensa.

Orden de intervención para la presentación de la alegación final



El alegato de conclusión no puede constituirse en un simple resumen avalorado de las pruebas. Por el contrario, es en este momento procesal cuando deben trabajarse los denominados “argumentos probatorios”. Aquí deben considerarse distintos tipos de argumentos: los deductivos, los inductivos y los abductivos. El argumento deductivo es aquel que si sus premisas son verdaderas su conclusión forzosamente es verdadera. El argumento inductivo se caracteriza porque las premisas hacen altamente improbable que su conclusión sea falsa, en tanto todas sus premisas sean verdaderas. Finalmente, el argumento abductivo es aquel que construimos con un enunciado indicador más una reglas tácitas, como premisas, para llegar a una conclusión que apoya la tesis que estamos defendiendo⁶. El arsenal argumentativo debe siempre estar dirigido a demostrar la plausibilidad de la tesis defendida, sin desconocer el momento en que se evidencian las debilidades probatorias y argumentativas rivales. Corresponde al Juez valorar las pruebas y las alegaciones finales antes de proferir el sentido del fallo, para lo que debe utilizar un sistema de toma de apuntes y utilizar las técnicas de reconstrucción de argumentos para sopesar correctamente lo acaecido en la audiencia, pues al fin y al cabo todo el trabajo se hizo para persuadirlo a él de que las tesis y argumentos expuestos son valederos. Así las cosas, la audiencia, sin lugar a dudas, es el escenario donde confluyen los distintos géneros discursivos. Se inicia con el género narrativo (hechos), se continua con el expositivo (se expresan las tesis y peticiones), se transita por el género dialógico (interrogatorios) y se concluye con el argumentativo (alegación de cierre).

5. EL INTERROGATORIO

El interrogatorio es el instrumento a través del que se logra hacer efectiva la prueba testimonial. Desde una perspectiva del lenguaje el interrogatorio es un acto de habla con una intencionalidad específica que pretende obtener una determinada

⁶ Argumentación Judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones escritas y orales. Pablo Raúl Bonorino. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2005.

información. En el entorno del proceso penal, el sistema de preguntas y respuestas tiene por objeto lograr puntos para la demostración de la teoría del caso; sin embargo, deben tenerse en cuenta que desde la óptica de la alegación final, que es de carácter argumentativo, el sentido que adquieren las respuestas logradas es el de la construcción de las premisas que apoyen la tesis que se defiende. En este contexto, entonces, es necesario que el interrogador tenga un conocimiento mínimo del contenido de las respuestas, pues de no ser así, corre el riesgo de ayudar a la construcción de las premisas de la tesis rival.

El interrogatorio por lo tanto responde a un proyecto argumentativo previamente definido y que sirve de demostración a la teoría del caso con la que se encuentre enlazado el alegato final. La función entonces del interrogatorio es lograr información suficiente para la construcción del caso. Su efectividad estará dada entonces por la evitación de información que no sea útil a la posición que se defiende.

La configuración de los hechos relevantes se construye paulatinamente y de manera diacrónica en la medida en que el lenguaje es sucesivo, vale decir, poco a poco, a medida que se habla se completa la frase y con ella la imagen a transmitir. No todos los interrogados en el proceso conocen o pueden aportar la totalidad de los sucesos, solo se tienen momentos de esa totalidad, por lo tanto cada testigo aporta la fracción de conocimiento que tiene y no debe preguntársele por elementos distintos porque de inmediato desconfigura la realidad que se quiere probar.

He aquí entonces, una gran diferencia con el interrogatorio que se hace en un sistema de características inquisitoriales. En efecto, en esta tradición el juez procura con sus preguntas conocer un pasado. Considera que su deber es el de averiguar la verdad histórica (cualquiera sea el significado que se le dé a estos términos), en tanto que, en los sistemas adversariales el juez observa cómo ante él se reconstituye la hipótesis fáctica que se enlaza a una consecuencia jurídica. Es esta la razón por la que en términos generales no es de buen recibo el decreto oficioso de pruebas por parte del juez, porque las respuestas que obtenga no serían un aporte a la demostración de una teoría del caso que se haya hecho pública, sino de una teoría del caso que en su mente y sin explicitar ha hecho el juez. No sobra anotar que el juez eventualmente puede interrogar para obtener información complementaria o aclarar un punto que aún no tiene claro. La obligación de la verdad, que es vinculante para los Estados dentro de los conceptos “verdad, justicia y reparación”, está a cargo entonces de una agencia estatal como la fiscalía; sin embargo, habría que pensar en una especie de test

de “necesidad” en el que el juez demostrara que ese medio elegido oficiosamente se ajusta a los fines constitucionales, y que cualquier otra opción es más costosa en términos de la Constitución, pero este es un tema que escapa a la corta edad del presente ensayo.

Volvamos al tema del interrogatorio. De él siempre se ha predicado que debe ser lógico pero su lógica corresponde a las denominadas lógicas informales, pues su cometido está dado por respuestas que construyan el mundo de los hechos persuasivamente, ya que las lógicas formales nada tienen que ver con el mundo, sino con las leyes del pensamiento. El debate judicial es el escenario propicio para el establecimiento de hechos ocurridos en el mundo con consecuencias jurídicas. Los hechos penales normalmente contravienen expectativas comportamentales que se reconstruyen para estabilizar el sistema. De ahí que la concepción de verdad que se maneja en los procesos judiciales es la de la coherencia entre los predicados y el mundo, y lo que el abogado pretende es que los predicados que el testigo emite se configuren con la realidad que pretende demostrar para así en la petición final derivar la consecuencia jurídica que le interesa. La lógica del interrogatorio, entonces, es la que atraviesa la producción de conocimientos interesados.

Ahora bien, si la realidad se estructura desde la narración que hace el testigo, es necesario que se determine el orden de su intervención. En efecto, en la medida en que captamos los hechos desde el lenguaje del testigo, entonces, debemos ordenar el lenguaje, los testigos y las preguntas, en el orden y perspectiva en que queremos que los acontecimientos se construyan en la mente del juez, y dependiendo de lo que queremos resaltar. El número de testigos será el necesario para que la imagen de los hechos sea completa.

6. LAS PREGUNTAS

Un tema que no podemos dejar pasar es el de las clases de preguntas. Una clasificación inicial nos permite hablar de preguntas narrativas, abiertas, cerradas, y de seguimiento. La estrategia narrativa es una forma de organización de la experiencia, por tanto pretende establecer una secuencia de hechos, incluyendo actores, escenarios, y acciones. Desde la narración se señalan las relaciones de temporalidad, causalidad, e incluso procesos de evaluación. No debemos olvidar que la narración rompe la totalidad del hecho e introduce un orden secuencial estableciendo una relación unificadora. Las preguntas abiertas tienen un parecido de familia con las preguntas narrativas; sin embargo, aquí se busca una narración sobre un aspecto

específico de los hechos. Algo va de preguntar que describa el accidente a preguntar cómo quedó uno de los vehículos protagonista del choque. Las preguntas cerradas procuran obtener información específica; ej. de que color era el vehículo.

Cada una de las formas de preguntar busca obtener un fragmento de la realidad para lograr la creación de representaciones comunes relevantes fácticamente para el proceso. El interrogatorio busca introducir en el proceso aspectos de un entorno factual, reduciendo la complejidad de los acontecimientos, a los simplemente necesarios para derivar consecuencias jurídicas.

Las preguntas prohibidas, aquellas susceptibles de oposición, responden a una lógica sistémica fuerte. En efecto, la construcción de los hechos se hace desde el lenguaje como sistema semántico de mediación y constructor de realidades. Semántico en la medida en que hay una relación de los signos con los objetos designados, por lo que ante el signo construimos una imagen mental, que está por la realidad. Así las cosas en el momento en que introducimos preguntas capciosas, por ejemplo, estamos construyendo una imagen del mundo que no fue dicha por el testigo, de ahí su descontrol. Ante este riesgo siempre se han prohibido cierto tipo de preguntas. Pero tenemos más: así como se declara ilícita una prueba obtenida por la violencia o el engaño, junto con sus frutos, pues lo que ciertas preguntas llevan es a engaño, que no puede ser aceptado por el Estado, a través de la judicatura, sin caer en una contradicción preformativa: digo no a lo ilegal, en tanto lo realizo. Con relación a las preguntas repetitivas o superfluas su oposición se debe a razones de economía procesal, pero también a que introduce en el proceso aspectos de la realidad que no son pertinentes para la construcción de los hechos desde la perspectiva normativa. Ahora bien, su posibilidad de objeción es menor porque se procura objetar para que no se introduzcan ilegalmente aspectos de los hechos, pero si el abogado o el fiscal se dispersan en un mar de hechos irrelevantes, pues más fácilmente naufragaran los hechos que si son relevantes. Es un asunto estratégico. La pregunta conclusiva no es de buen recibo porque ya vimos que el interrogatorio lo que busca es fijar premisas fácticas para la conclusión que debe elaborar el abogado; por tanto no tiene sentido que traslade la carga de concluir al testigo. La pregunta de opinión ha de excluirse porque el interrogatorio busca que a través del lenguaje fragmentariamente se vaya construyendo el pasado que nos interesa, y la opinión es una posición sobre los hechos, y no una relación de los mismos. Ahora bien, se hace la salvedad de cuando se trata de un testigo-perito, pero allí a renglón seguido debe preguntarse por todos los fundamentos científicos de la respuesta. La pregunta ambigua en la medida en que no precisa lo preguntado, el hecho a describir, pues no puede aceptarse porque

no puede con ella reconstruirse nada. La especulativa, basta decir que pregunta por hipótesis y al proceso le interesan los hechos.

7. EL CONTRAINTERROGATORIO

A partir de lo visto, el contrainterrogatorio busca introducir elementos favorables para la causa que se está defendiendo, o a lo menos restarle credibilidad al testigo, como son aspectos de percepción de los hechos, evocación, sus intereses afectivos con la persona que se está juzgando, o sus antecedentes personales. En teoría de la argumentación es la conocida falacia del argumento *ad hominem* (Bonorino, 2005). Si el testigo no perjudica la teoría por la que estamos propugnando lo mejor es no contrainterrogarlo. La técnica que se recomienda es la de la pregunta sugestiva porque ella incluye hechos ya declarados por el testigo, pero presentados desde la mirada de la parte contraria. Ej.

- Dice usted que presenció los hechos, ¿cierto?
- Sí
- Dice usted que eran las dos de la mañana, ¿cierto?
- Sí
- Dice usted que había trabajado todo el día y parte de la noche, ¿cierto?
- Sí
- Dice usted que el choque ocurrió en un instante, ¿cierto?
- Sí

En este contrainterrogatorio se deja claro que había muchas horas de trabajo, falta de sueño, por lo tanto cansancio, y como los hechos ocurrieron muy rápidamente, pues la percepción no es la mejor. Hemos debilitado la credibilidad del testigo por el aspecto de la percepción. Así las cosas, logramos introducir un elemento nuevo en el proceso, y de paso poner veladamente en duda la realidad construida por el cansado testigo.

Es hora de poner fin a este texto para el debate. El propósito era mostrar como las técnicas pueden ser leídas como un acto de habla que construye la realidad que le interesa al proceso penal. A su vez, que el proceso penal es el escenario rituado

en el que convergen la narración, la argumentación, la explicación y el diálogo; es decir, todas las estrategias de la oralidad humana. Ahora bien, el sistema del proceso penal está inmerso en un entorno constituido por el derecho penal sustantivo y los hechos del pasado que reconstituyo desde ópticas interesadas: Un defensor que procura por los derechos fundamentales del imputado/acusado, dependiendo del momento procesal, y una Fiscalía que tiene como función lograr la demostración de unos hechos que han quebrado la expectativa del comportamiento fijada por el legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
- APONTE, Alejandro. En Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá. 2004.
- ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.
- AUSTIN, John. Cómo hacer cosas con palabras. Edit. Paidós. Barcelona.
- BONORINO, Pablo Raúl. Argumentación Judicial: construcción y reconstrucción de argumentaciones escritas y orales. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá. 2005.
- COPI, Irving y Cohen Carl. Introducción a la lógica. Edit. Limusa. México. 1997.
- DANTO, Arthur. Historia y narración. Edit. Paidós. Barcelona. 1989.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Ensayos de Filosofía Jurídica. Edit. Temis. Bogotá, 2003.
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho penal. Edit. Bosch. Madrid. 1984.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en materia penal. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA>).
- KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Edit. Porrúa. 11^a. Edición. México. 2000.
- LOZANO, Jorge. Análisis del Discurso. Edit. Rei. México. 1993.
- MAIER, Julio Bernardo. El sistema acusatorio en Iberoamérica, XX Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1996.
- RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. El juicio oral. Ediciones Jurídicas Ibáñez. Bogotá. 2003.

ROXIN, Claus. Pasado presente y futuro derecho procesal penal. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Versión Castellana de Óscar Julián Guerrero P. Bogotá 2004.

SEARLE, John. *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Actos de habla. Trad. Luis M. Valdés Villanueva. Edit. Cátedra. Madrid, 1990.

LUHmann, Niklas. El derecho de la sociedad. Universidad Iberoamericana. México. 2002. Traducción Javier Torres Nafarrate.