

COLECCIÓN ESTUDIOS BREVES

ANDRÉS NANCLARES ARANGO

LAS TRES ÁNIMAS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO


IBÁÑEZ

ISBN: 978-958-749-727-4



**LAS TRES ÁNIMAS DEL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

ANDRÉS NANCLARES ÁRANGO

**LAS TRES ÁNIMAS DEL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO**


Grupo Editorial
IBAÑEZ

Nanclares Arango, Andrés, 1951-
 Las tres ánimas del sistema penal acusatorio / Andrés
 Nanclares Arango. -- Edición Gustavo Ibáñez Carreño. -- Bogotá:
 Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
 96 páginas ; 20 cm. -- (Colección estudios breves)
 ISBN 978-958-749-727-4
 1. Sistema penal acusatorio - Colombia 2. Derecho penal -
 Sentencias - Colombia 3. Procedimiento penal - Colombia I.
 Ibáñez Carreño, Gustavo, editor II. Tít. III. Serie.
 345.05 cd 21 ed.
 A1562930
 CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© ANDRÉS NANCLARES ARANGO
 © GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
 Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
 Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería:
 Calle 12B N° 7-12 L.I
 Teléfonos: 2847524 - 2835194
 Bogotá, D.C. - Colombia

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por
 cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia,
 microfilme, offiset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN: 978-958-749-727-4

Diagramación electrónica: Yaneth Guarín A.

Diagramación electrónica: David Andrés Cortés.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN 9

CAPÍTULO I ÁNIMA ÉTICA

1. Se desacraliza la ley 15
 2. Se instrumentaliza la ley 19
 3. El derecho se dinamiza 23
 BIBLIOGRAFÍA 30

CAPÍTULO II ÁNIMA EPISTEMOLÓGICA

Introducción 33
 1. Lo que había 39
 2. Lo que hay 43
 3. Explicaré lo anterior. Voy
 al grano 48
 4. Lo que debe hacerse 55
 BIBLIOGRAFÍA 66

CAPÍTULO III ÁNIMALÓGICA

BIBLIOGRAFIA.....	87
EPÍLOGO.....	87
NOTA BIO-BIBLIOGRÁFICA	91

PRESENTACIÓN

En esta breve obra, se reúnen tres ensayos en torno a igual número de temas relacionados con el sistema penal acusatorio. Ellos tienen un solo hilo conductor. Hacen una unidad temática y doctrinal.

En el primero de esos textos, titulado *Ánima ética*, el autor revela el propósito de demostrar que la *ética católica*, fundamento indiscutible del sistema penal inquisitivo, debe ser sustituida, a la hora de juzgar las conductas delictivas, por la *ética calvinista*, propia del sistema acusatorio. Esta ética impone cambiar de paradigma a la hora de juzgar las conductas delictivas: sentencias con menos cárcel, o definitivamente sin barrotes, pero centradas, eso sí, en imponer la obligación de reparar los daños causados con la conducta antijurídica. En lugar de castigar el cuerpo del hombre, o de recomponer el rumbo de su comportamiento social, lo que importa, en el marco de la ética protestante, es afectar su caja de caudales.

En el segundo de estos trabajos, el analista aborda el problema de los *estándares de prueba* del sistema penal acusatorio. El ensayo, cuyo título

es *Ánima epistemológica*, intenta destacar que el fundamento de una sentencia judicial, a partir de la vigencia de la Ley 906 de 2004, no puede seguir siendo la *certeza racional*, derivada de unos *juicios lógicos* sobre el contenido de las pruebas allegadas al proceso, sino que lo correcto es fundar esas sentencias en la *certeza discursiva*, extraída de una serie de *juicios de valor* en torno a la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado.

En el último de los tres escritos –*Ánima lógica*–, el autor se adentra en el estudio del *método de análisis* probatorio que debe imperar en el sistema penal acusatorio. A partir de sus reflexiones, el escritor concluye que el método de la *sana crítica* –conformado por las reglas de la lógica, los principios de la ciencia y las máximas de la experiencia– debe ser sustituido por el *método sistémico* de análisis probatorio, fundado en los principios dialógico, conector, hologramático y recursivo.

En síntesis, estos tres ensayos, como se anotó, hacen una unidad. Buscan establecer, según el autor de estas páginas, que el sistema penal acusatorio es algo más que su esqueleto, más que el andamiaje que lo soporta, y que a él, a ese *corpus* normativo, como dicen los que hablan fino, lo mueven tres *halos vitales*: un *ánima ética*, un *ánima epistemológica* y un *ánima lógica*.

Los magistrados, los jueces y los fiscales, se han mostrado reacios a reconocer que el sistema oral, además de su estructura, tiene una esencia, un sentido social y cultural, un soporte pluri-conceptual. Han creído que esta forma de administrar justicia, como sinada hubiera ocurrido desde el 2005 en esta materia, se reduce a la repetición reseca y mecánica de una serie de actos ceremoniales.

De oponerse la judicatura de manera definitiva a aceptar que el sistema oral es algo más que su parafernalia, la ciudadanía habrá de constatar día a día que cada juicio, cada diligencia probatoria, cada condena y cada absolución, no constituyen otra cosa, como hasta ahora, que un conjunto de escenas propias de un mal teatro de guiñol.

CAPÍTULO I

ÁNIMA ÉTICA

*"Mi propósito es que la ley sirva
de instrumento para que el cordero
y el lobo, fuera de toda moral,
vivan en paz y asuman un proyecto común."*

JUAN CALVINO

A los colombianos, desde el 2005, de manera paulatina y casi imperceptible, se les ha estado sustituyendo su *ética católica*, de honda raigambre en las costumbres y en el modo de hacer justicia penal, por la *ética calvinista*, fundamento del sistema procesal de tendencia acusatoria que se ha puesto en marcha a partir de la expedición de la Ley 906 de 2004.

En el país, desde hace poco más de cuatro siglos, la visión católica del mundo ha ejercido su influjo hegemónico sobre las instituciones judiciales penales. Simultáneamente, las prédicas de esa doctrina religiosa, durante este tiempo, han

engrosado en el alma y en la cabeza de la gente, en los modos de ser y de comportarse, una *costra ética* difícil de remover. Empeñarse en despegar esa coraza de manera abrupta, causa turbaciones de orden social e individual. Y eso es lo que está pasando.

Quienes se atrevieron a dar la primera puntada, dirigida a tejer una sociedad menos asfixiante, fundada en valores diferentes a los derivados de una religiosidad insondable, fueron los constituyentes de 1991. Cansados de respirar el humo de los incensarios, concibieron un estado laico, separado de la iglesia católica, y soñaron, al mismo tiempo, una sociedad secularizada, libre de la coyunda de la camándula, y así lo plasmaron en el texto de la Constitución Política.

Mientras estuvo encerrada en la urna de su articulado, esa carta de intenciones no produjo ningún sobresalto en la organización social. Sólo cuando la Corte Constitucional comenzó a desarrollar ese marco de principios y valores, un aire fresco, ágil y coqueto, se apoderó del ambiente y provocó una voltereta en las cosas del mundo y de la vida.

Ese aire renovado, fue el que infundió ánimo a los legisladores de 2004 –los autores de la Ley 906 de ese año– para aventurarse a levantar y reemplazar la caparazón ética que ha estado creciendo en la gente desde hace cuatro siglos.

Fueron estos parlamentarios los que importaron, hacia una sociedad de tradición católica, como lo es esta, diseñada por la historia para mancomunarse con un sistema jurídico-penal de corte inquisitivo, un procedimiento de tendencia acusatoria, propio de conglomerados sociales de tradición protestante.

Este desajuste entre sistema penal y doctrina religiosa, está dando lugar a una recomposición de la forma como los colombianos tradicionalmente han administrado justicia. Los efectos de ese empujón, que todavía se demora en asimilar esta sociedad, se reflejan en el cambio de tres *chips cerebrales*, para decirlo en el lenguaje de la posmodernidad, que atañen a igual número de posiciones frente a lo jurídico: el *derecho sacro*, se está sustituyendo por un *derecho profano*; el derecho de contenidos absolutos, se está transformando en un *derecho de verdades contingentes*; en lugar de un *derecho estático*, se está promoviendo la vigencia de un *derecho dinámico*.

Para verificar la tremolina subterránea que se está dando con ocasión de esta rectificación de la ruta, voy a examinar estos tres aspectos por separado. Veamos:

1. SE DESACRALIZA LA LEY

El arribo del sistema penal acusatorio al medio judicial colombiano, ha puesto en crisis la

moral católica. Camuflado entre el nuevo modelo de investigación y juzgamiento de las faltas delictivas de las personas, llegó un modo distinto de relacionarse con la ley y de valorar los efectos de su aplicación. Debajo del articulado de la Ley 906 de 2004, está deslizándose, sin que muchos lo adviertan, la ética promulgada por Juan Calvino, el reformador ginebrino.

Hasta el 2005, las leyes penales colombianas, incluida desde luego la Ley 600 de 2000, estaban gobernadas tácitamente por el ciclo moral católico. Pero en los últimos años, a raíz de la implantación del nuevo esquema procesal en asuntos penales, ese espíritu religioso ha venido debilitándose.

Desde los orígenes del catolicismo, los componentes de su ciclo moral han sido los siguientes: el pecado, el arrepentimiento, la expiación y el perdón. Cuando se trasplanta al ámbito de la ley penal, ese ciclo moral conserva su estructura.

El católico, de la misma forma que se comporta ante el pecado, reacciona ante el delito. Comete la infracción penal, se arrepiente de su acción, expía la pena en la cárcel y, al salir libre, siente el alivio del perdón.

Pero las secuencias del ciclo moral calvinista, difieren de las del ciclo moral católico. Hay allí un cambio cualitativo que obliga al cristiano, como está ocurriendo, a entrar en un proceso de adaptación.

El católico comienza por comprender, contra los dictados de su ética originaria, que la salvación o la perdición del alma no dependen de la realización de malas o buenas acciones durante su paso por la tierra. Hacer o no hacer buenas obras, no sirve para nada a la hora de alcanzar la vida eterna. Dios no le da ninguna importancia a eso. Desde el principio de los tiempos, ha escogido a quienes habrán de entrar al Paraíso y ha hecho un listado, en su libreta de carnicería, con los nombres de aquellos a quienes habrá de negárseles su ingreso. Esto quiere decir que el fin último de cada individuo —y así se lo insufla al oído del católico los calvinistas—, el de salvarse o condenarse, está *predestinado*. Nada qué hacer.

Con el paso de los días, el cristiano está convenciéndose, ante las evidencias de la praxis, de que el castigo carcelario no es consecuencia necesaria, efecto obligado, de la comisión de un delito. Frente a una conducta punible, el nuevo sistema penal tiene prevista, a modo de respuesta, otra alternativa de sanción.

En el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, está consagrado el principio de la *afirmación de la libertad*. Luego de incurrir en un delito, por regla general al autor no se le encierra entre rejas. Sólo por excepción, se le detiene. Hay mecanismos legales, en la nueva codificación, que

permiten proceder de esta manera frente al presunto responsable de una infracción penal. La detención domiciliaria, la libertad provisional, los acuerdos y los preacuerdos, estas y otras figuras, conducen al mismo fin: a darle prelación a la libertad, que es un postulado básico, y quizás el más importante, del sistema procesal de tendencia acusatoria.

Por último, el católico, perturbado por la ética calvinista incrustada en el sistema acusatorio que lo rige, está comenzando a entender que ahora el acto de contrición por el agravio cometido, no es necesario hacerlo ante Dios, puesto que frente a la predestinación eso no tiene sentido. Es a la víctima directa de su proceder desviado, a la que debe pedirle perdón. Y es a ese ofendido con el delito, además, a quien debe repararle los daños causados para expiar su culpa por la vía económica.

El calvinismo, en suma, les hace un llamado a los hombres a hacerse pragmáticos. Contra lo señalado por el lema católico, dentro del marco de valores y principios de la ética calvinista, *el que la hace no la paga*. O, por lo menos, quien la hace, *sólo por excepción* paga su error en la cárcel. Lo que se impone, porque es lo que corresponde a los dictados de la moral de Calvino, es que *quien la hace*, quien incurre en un delito, *por regla general paga en plata su culpa*.

Lo que quiere el calvinismo, en definitiva, es que los arbitrios individuales se resuelvan por consenso. Pero para hacer posible esa salida –pre-dicó Calvino–, se impone *desacralizar* la norma jurídica. Mientras la ley no se vacíe de contenidos trascendentes, habrá obstáculos para que el cor-dero y el lobo, fuera de las amarras de toda moral, vivan en paz y asuman un destino común. Y eso es lo que hace Calvino: vaciar la ley de contenidos éticos. Y eso es lo que se refleja en la práctica del sistema penal de tendencia acusatoria: la ley se convierte en un simple instrumento. En un instrumento amoroso. Y es a partir de ese momento, y hay que decirlo así aunque a los camanduleros de siempre les duela en el alma, que el ejercicio del derecho se convierte en un oficio al margen de las pautas morales clásicas.

2. SE INSTRUMENTALIZA LA LEY

Desde hace poco más de cinco años, la **naturaleza** y el **fin** de la ley penal, en este país, han venido presentando una transmutación importante.

De ser un **imperativo ético**, como la ha concebido desde siempre el dogma católico, la norma jurídica va en vía de convertirse en un **imperativo técnico**.

Esta metamorfosis, obvio, ha sido efecto de haber incorporado al país, bajo las formas del procedimiento penal, algunos valores y principios de la idea calvinista del mundo.

Los fines tradicionales de la ley, asimismo, se han ido sustituyendo por otros.

En la línea de pensamiento de los *iusnaturalistas católicos*, la ley ha estado prevalentemente orientada a castigar físicamente, mediante la privación de la libertad, a quien actúa en contravía de sus mandatos. En la ley sustantiva penal –artículo 4°–, se tiene dicho que la sanción punitiva tendrá como fines la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado.

A juicio de los calvinistas, en cambio, la ley tiene por fin primordial la reparación de los daños ocasionados por el infractor a su víctima. El castigo en prisión y la *restauración moral* del autor de un delito, son preocupaciones secundarias, e incluso indiferentes, de los protestantes. A ellos, a los protestantes, eso no les interesa. Lo suyo es la utilidad. Lo pragmático.

A las normas jurídicas, dentro del ideario del dogma católico, se les confiere el valor de **imperativos éticos**. Esto significa que deben equipararse a moldes en los que se depositan

mandatos y prohibiciones de carácter universal e inmutable. En esas formas, esos contenidos se *juridizan*. Se convierten en plantillas.

Cada vez que alguien describe en la vida real uno de los comportamientos seculares congelados en esas matrices, se le castiga. Se le aplica una pena. El propósito es que por fuerza de la retribución carcelaria, el condenado vuelva al redil en que lo tenía confinado el imperativo ético. Que expíe su culpa tras las rejas.

Esa idea no coincide con la que tienen de la ley los promotores históricos del sistema penal acusatorio. Para los calvinistas, la ley es un **imperativo técnico**. Esto significa que no es un mandato ético ni tiene por finalidad recomponer la moral de quien la transgrede. Es apenas un **medio** para obtener unos fines particulares. Un **instrumento** para que las víctimas y los victimarios arreglen sus problemas por la vía económica. En este sistema procesal penal, lo que se busca es que una parte le pague a la otra, en metálico, el valor del daño causado.

Es fácil suponer que a quien concibe la ley de esta forma, la ética no le incumbe. Su idea de la ley, está sustraída del campo de la moral. Su relación con la norma jurídica, es puramente instrumental. Lo que prevalece, en su contacto con la ley, es el criterio de utilidad.

Esa es la norma general que subyace en el articulado de la Ley 906 de 2004. Lo ético debe sucumbir frente a lo útil. Frente a lo pragmático. A eso apuntan las disposiciones del procedimiento penal que reglamentan la libertad, la conciliación, los acuerdos y los preacuerdos, la reparación, la detención domiciliaria y el principio de oportunidad.

Al Estado se le hace útil, por razones presupuestales, que esto sea así. Mediante la puesta en práctica de un sistema procesal de esta naturaleza, se ahorra un dineral en cárceles y en el sostenimiento, por años, de un sinnúmero de prisioneros.

Al Estado le conviene, de un lado, que la cárcel sea el domicilio del imputado o del sentenciado. Lo favorece porque la manutención, el valor del arriendo y el costo de los servicios públicos, durante el tiempo que dure el castigo, corren por cuenta de quien se ha hecho sujeto pasivo de la ley.

Pero, de otro lado, al Estado lo beneficia el hecho de que el costo del internamiento en prisión de la persona que *por excepción* va a ver limitada su libertad, baje de manera considerable, dado que el número de guardias se disminuye en la misma proporción en que los administradores de las prisiones dejan de ser necesarios.

Y no sólo por estas dos circunstancias, que son las mínimas, al Estado le interesa que el sistema penal

acusatorio funcione. Este modelo penal posibilita, además, la permanente reconciliación entre el lobo y el cordero. Al hacerse reglar la *solución consensual* –no punitiva– de los conflictos interpersonales, esto es, al hacerse normal que la parte le pague a la contraparte el valor de los perjuicios causados –así sea por un homicidio–, los intervinientes en los juicios penales van a ahorrarle al Estado en asuntos de seguridad, dado que disminuyen los motivos de retaliación y venganza, fuentes indudables de nuevos delitos en un país como Colombia.

Esas son las razones últimas del propósito de hacer de la ley un *instrumento* para la solución de los problemas penales que surgen entre los ciudadanos. Lo ético, el afán de resocializar y moralizar, a partir de la vigencia de este nuevo procedimiento penal, dejan de ser función de las instituciones encargadas de administrar justicia.

3. EL DERECHO SE DINAMIZA

En el siglo XVII, los puritanos holandeses e ingleses, en su huida del acoso a que estaban siendo sometidos en sus lugares de origen, se vieron obligados a colonizar a Norteamérica. Consigo traían, aparte de la doctrina religiosa de la **predestinación**, virtudes económicas como la sobriedad, la agilidad en los trámites oficiales,

el consenso para solucionar los problemas, el pragmatismo legal y la seriedad en los negocios.

Su más importante aporte, sin embargo, fue la concepción democrática del derecho y sus ideas sobre la manera de investigar las faltas humanas e imponer las sanciones a los infractores. Por oposición al sistema penal inquisitivo, de talante autoritario, incorporaron a la cultura norteamericana el espíritu abierto, ajeno a rigideces lógicas, que signa y mueve el sistema penal acusatorio.

A través del conjunto de trámites que da cuerpo a este sistema penal, los calvinistas introdujeron una manera relajada de servirse del derecho. Lo primero que se les ocurrió pensar, en su propósito de tratar de acomodar la ley a la vida, y no al revés, como lo hacen los católicos, fue que lo jurídico tenía que despojarse de la camisa de fuerza de la lógica silogística. Y así lo hicieron. El manipuleo onanista de los principios de identidad, de no contradicción y del tercero excluido, les pareció un método demasiado reduccionista para darles salida a los conflictos individuales.

Asumieron, entonces, como pilar de su sistema de investigación y juzgamiento, la lógica informal o de contenidos. Desde esta óptica, desde antaño han venido sosteniendo, contra la idea escolástica que presidió los sistemas penales

inquisitivos, que los principios de la lógica —los relacionados antes— no eran universales ni de obligatorio cumplimiento.

En aras de probar su tesis, que es la que palpita en la entraña del sistema penal acusatorio, se han valido de la *argumentación discursiva* para cuestionar la validez de los principios de la lógica formal. Por ese medio, han sostenido, para desvirtuar el principio de identidad, que una proposición puede ser verdadera en un momento y falsa en otro. O que dos enunciados verbales —lo que pone en salmuera el principio de no contradicción— pueden ser al mismo tiempo verdaderos y falsos. Y más aún: alegan que no todas las proposiciones tienen que ser verdaderas o falsas, como lo enseña el principio lógico del tercero excluido, pues generalmente ante un asunto polémico existen más de dos alternativas.

Sobre la base de esta idea del derecho, hecha más de pasiones, intereses, valores morales y religiosos que de principios lógicos, los primeros magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos —Holmes, Kent, Marshall, Cardozo, Warren y Black, entre los más destacados—, la mayoría de ellos calvinistas, fueron moldeando su nación a punta de sentencias.

Su *derecho de lavar y planchar*, creado sobre la marcha, les ha permitido hacer realidad su

convencimiento de que *la Constitución no es más que un papel muerto que requiere ser revestido de carne y hueso*, que era la máxima de Jhon Marshall, o que *la vida del derecho jamás ha obedecido a la lógica sino a la experiencia*, como solía repetirlo el magistrado Cardozo.

Y ha sido esa visión calvinista del mundo, entretendida con las decisiones judiciales, lo que los ha llevado a hacer realidad el hecho de que el cordero y el lobo, unidos en una voluntad común, hayan sacado adelante una idea de nación fundada en la diligencia en el trabajo y en la austeridad de las costumbres.

Y miren lo que son las cosas. Muchos años después, ese es el modelo de investigación y juzgamiento que con algunas variantes adjetivas se acaba de importar a Colombia. Contra la visión estática o conservadora del derecho, originada en el *iusnaturalismo católico*, los calvinistas se han empeñado en inculcarle al mundo –y en particular a un país como el nuestro– una concepción dinámica de la disciplina penal, originada en un *iusnaturalismo móvil* que aboga por hacer ajustable la ley a los comportamientos y fines del hombre.

Alrededor de los ejes del sistema penal de tendencia acusatoria –desacralización de la ley, instrumentalización de la norma jurídica y dina-

mización del derecho–, gira el modelo de investigación y juzgamiento que rige desde el 2005 en Colombia. Los tres son de la entraña de la doctrina calvinista. Pero a pesar de lo evidente que se hace la influencia de esa concepción religiosa en las instituciones penales de hoy, los estudiosos del derecho no se han ocupado del tema.

Hace unas décadas, Alfonso López Michelsen escribió *“La stirpe calvinista de nuestras instituciones”*, muy de la mano de *“La ética protestante y el espíritu del capitalismo”* de Max Weber, y Fernando Rey Martínez, profesor de derecho constitucional, hizo un estudio que tituló *“La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo”*. Pero el objeto de las reflexiones de estos autores, **no coincide** con el que he querido plasmar en este ensayo. Lo que han hecho ellos, es interpretar la historia económica y política del país en función del origen protestante de instituciones tales como la separación de poderes, el régimen presidencialista, el sufragio universal, el federalismo y la soberanía popular.

La impronta del dogma calvinista en los procesos penales, por sustracción de materia, no podía haber sido de su interés. La razón: en el momento de escribir esos libros, la legislación penal del país obedecía a los principios del sistema inquisitivo, cuyas fuentes son la patristica y las doctrinas aristotélicas y tomistas. El influjo era

el del catolicismo. Regía la Constitución del 86. La lógica era la de Aristóteles y la ética la de Santo Tomás. El que cometía una falta, tenía que pagarla en cárcel. La cárcel, en el ámbito de esta concepción del castigo y del derecho, era el infierno en la tierra. Dios, a través de los *sacerdotes de la justicia* –que todavía los hay enfundados en su toga hecha sotana–, imponía las penas a quien atentara contra los valores morales contenidos en el catecismo, las encíclicas, los códigos y los libros sacros.

Hoy, en cambio, parece claro –o por lo menos así se me hace a mí–, que el calvinismo –su ética– se ha infiltrado en el modelo penal de tendencia acusatoria que ocupa la atención de abogados, fiscales y magistrados. Y los entendidos, lo mismo que los ciudadanos del común, no cesan de reaccionar contra esa fuerza moral diversa que se siente influir, sin que los oficiales de la ley sean conscientes de ese hecho, en los ámbitos propios del ejercicio del derecho y en los lugares en donde se administra justicia, o en donde se aplican de manera llana las normas jurídicas, que son dos asuntos distintos. Porque una cosa, y nunca me cansaré de repetirlo, es administrar justicia, o hacerla, y otra, total y absolutamente distinta, es aplicar la ley.

Un grueso número de personas, rechaza que a la ley se la esté bajando de su pedestal de lo sagrado y lo inmutable. Les suena raro que no

se la considere un **imperativo ético**, al modo del catolicismo, y que se la esté utilizando, a la usanza del calvinismo, como un **imperativo técnico o instrumental**. No les gusta tampoco que el derecho esté dejando atrás su textura hermética y marmórea y que cada día se advierta que está adquiriendo la capacidad de acomodamiento de la plastilina.

Las pruebas de este repudio, están al canto. Cada vez que un fiscal decide aplicar el principio de oportunidad (artículo 323), sellar un acuerdo o un preacuerdo con el imputado sobre los términos de la imputación (artículos 349 y 350), o pedir la sustitución de una detención preventiva (artículo 314), un sinnúmero de conciudadanos se escandaliza y lanza juicios temerarios, orientados a poner en tela de juicio la rectitud del funcionario que se ha atrevido a tomarse en serio los derroteros del sistema penal de tendencia acusatoria.

No les cabe en la cabeza que a estas alturas de la vida, cuando pulula el delito y la inseguridad campea en las calles, a los jueces se les ocurra pensar, bajo la guía del artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, que *sólo por excepción* – subrayo: sólo por excepción – se puede privar de la libertad a un ciudadano, así cometa un delito a los ojos de todo el mundo.

Actitud semejante se observa cuando un juez absuelve a alguien u ordena su libertad provisional, acatando el contenido de los artículos 317 y 381 del Código de Procedimiento Penal. Esta vez, son los medios de comunicación, en coro, los que ponen el grito en el cielo. Son ellos los que azuzan y opinan y gritan y llevan a la horca al magistrado que ha decidido orientar su criterio en la dirección que le señalan los *estándares de prueba* contenidos en la nueva codificación. Son ellos, los gacetilleros, los que cuando eso ocurre, quieren renunciar a su condición de periodistas, notarios u opinadores, para asumir la de jueces de la sociedad.

Así están las cosas. La ética calvinista, está avasallando la ética del catolicismo. La está *copando*, para emplear un término militar. La está sustituyendo. Paso a paso, la está borrando, a través de la práctica judicial penal, del mapa de la moral social cultural que informa nuestra nacionalidad. Por eso, unos ciudadanos chillan y otros patalean. Quizás la *mudanza del alma*, procedimiento jurídico-quirúrgico al que están siendo sometidos los colombianos, sea para ellos algo insufrible.

BIBLIOGRAFÍA

WEBER, Max, 2004, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Alianza Editorial.

ADRÁN LARA, Laura, 2003, *Dialéctica y calvinismo. Una reflexión desde la teoría política*, España, Editorial Centro de Estudios Constitucionales.

CALVINO, Juan, 2003, *Institución de la Religión Cristiana*, Madrid, Editorial Visor.

GATIS, José, 2004, *La teoría política de Juan Calvino*, Alianza Editorial, España.

DURKHEIM, Emile, 2004, *Las reglas del método sociológico*, Alianza Editorial, España.

LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso, 2006, *La estirpe calvinista de nuestras instituciones políticas*, Colombia, Editorial Temis.

REY MARTÍNEZ, Fernando, 2003, *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

ZWEIG, Stefan, 2007, *Castellio contra Calvino*, Barcelona, Editorial Acanalado.

CAPÍTULO II

ÁNIMA EPISTEMOLÓGICA

*"No basta la sustancia;
requiérese también la circunstancia".*

BALTASAR GRACIÁN

*"Ninguna de las realidades percibidas
por los seres humanos, ha sido tan simple
como para estar compuesta por dos caras
únicamente".*

BRYAN KEY

INTRODUCCIÓN

En tiempos oscuros, los dómines del poder distraen a los hombres mediante los mismos métodos que utilizan para entretener a los gatos: les lanzan madejas de lana para que no maúllen. A los colombianos, a lo largo de la espesa tiniebla en que han vivido, recurrentemente los han domesticado y administrado por medio de esta didáctica.

Valgan dos ejemplos al vuelo. En la época de la Colonia, Felipe de Vergara y Caicedo, clérigo notable y consagrado juriconsulto, convocó a los cartageneros para elucubrar durante un año, sin tregua ni medida, y sólo con el propósito de ocultar los desmanes de los inquisidores, en torno al origen y antigüedad de la redondez de los buñuelos y sobre la técnica para tocar las campanas de las iglesias.

Sobre estos dos temas, para pasmo del menos avisado de los colombianos, y no es una broma, ese cura escribió dos tratados: "*La exposición sobre el uso de tocar las campanillas en las iglesias*" y "*Del ayuno de nochebuena y del origen y la antigüedad de la redondez de los buñuelos*". Esos dos textos —y no dude en creerlo, aterrado lector—, eran de obligada lectura entre la gente culta de entonces.

Y por las mismas calendas, también en Cartagena, como si estuviéramos en Bizancio, un misionero español reclutó cientos de fieles para discutir durante meses, mientras ardía la miseria en las calles y los esclavistas insistían en la inexistencia del alma de los esclavos, en torno a si la sangre de Jesús recogida por sus seguidores durante el viacrucis, la que caía de su frente y de sus mejillas, conservaba intacta o no su naturaleza divina.

La didáctica de la bola de lana, pues, ha estado al orden del día en el país desde sus orígenes. Ahora,

en plena era del Pequeño Capataz, los legisladores han puesto a los abogados a hacer pompas de jabón para que se olviden de pensar en las iniquidades del régimen. El asunto les tiene sorbido el seso a los hombres de la ley.

En la cátedra y en el foro, profesores y letrados se están sacando los ojos para descifrar el sentido exacto de los dos logogrifos que el legislador ha incluido en el nuevo Código de Procedimiento Penal: *el convencimiento más allá de toda duda razonable* (artículos 91, 101 y 372 del Código de Procedimiento Penal) y *el conocimiento más allá de toda duda* (artículos 7° y 381 de la codificación citada). Desde cuando empezó la discusión, nadie se ha vuelto a tomar la molestia de reflexionar sobre la importancia del motor y de la sierra en el impulso de la reforma agraria en Colombia.

El tema, para decirlo con un giro de cajón, es apasionante. Cualquiera podría equiparlo a una entelequia similar a la que pretende determinar el número de ángeles que cabe en la cabeza de un alfiler.

Pero no hay tal. La verdad es que la cuestión no tiene nada de bizantina. Su desarrollo permite hacer claridad sobre el vuelco lógico y epistemológico que ha propiciado el advenimiento entre nosotros de un nuevo modelo investigativo penal.

El cambio incide en el esquema mental de los jueces y en la manera de juzgar penalmente a las personas. Varía, modifica, el modo de aproximarse al objeto de conocimiento del derecho y altera en su esencia la manera de raciocinar sobre él.

El interés por el tema, me surgió después de hacer un rastreo de las sentencias penales proferidas por los jueces desde el 2005, año en que entró a regir la Ley 906 de 2004. Este seguimiento, deja al descubierto dos hechos de importancia negativa: que un alto porcentaje de los fallos, tanto condenatorios como absolutorios, carece totalmente de motivación o, en el mejor de los casos, que ambos tipos de sentencias acusan motivación indebida, incoherente, in consonante.

La causa del fenómeno, es fácilmente detectable. Los juzgadores han asimilado relativamente bien los ritos de la nueva manera de juzgar a las personas que incurrir en delitos. Pero se han mostrado reacios a interiorizar el *espíritu*, el *ánima*, de ese modelo penal.

Hasta ahora, han actuado sobre la base de una errónea comprensión del sentido y la funcionalidad de los dos *estándares de prueba* que informan el sistema procesal vigente: el *convencimiento más allá de toda duda razonable* y el *conocimiento más allá de toda duda*.

Siguen creyendo que lo que cambió fue la envoltura del sistema, su parafernalia, y que sus principios, su ética, su lógica interna y su manera de asumir la ley y la justicia, permanecen inmutables, idénticos a los del esquema penal superado.

Alrededor de estos puntos, hay una notoria confusión. Académicos, abogados, magistrados y jueces, a pesar de su interés por desenmarañar el sentido del lenguaje cabalístico del legislativo, no han hecho otra cosa, abstraídos, que darle vueltas y revueltas, sin penetrar en su almindra, a la carnada epistemológica que les han puesto sobre la mesa.

Algunos estiman que la transformación provocada por la Ley 906 de 2004, fue apenas de vocablos, de maneras de decir y de ceremoniales, y que los *patrones de prueba* de la nueva normativa penal, los estándares, son los mismos que le daban forma y vigor a la codificación derogada. Son ellos, y entre ellos los miembros actuales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los que sostienen que la *certeza racional* sigue siendo el presupuesto para proferir una sentencia condenatoria.

Otros consideran que no cabe hacer distinción alguna entre el *convencimiento más allá de toda duda razonable* y el *conocimiento más allá de*

toda duda. Las dos expresiones, dicen, constituyen elementos diferentes de un único cartabón probatorio. El primer concepto, es asimilable al segundo. Su sentido y su funcionalidad, sostienen, son intercambiables. Son dos formas equivalentes para referirse a la *certeza probable*. Y es la *certeza probable*, expresión de la *verdad probable*, el estándar de prueba que posibilita la expedición de una sentencia condenatoria. Ese es el criterio de los abanderados de esta tesis.

Por último, hay quienes piensan que lo que se insertó en el nuevo procedimiento –y critican el retroceso que ello entraña en materia de juzgamiento–, fue el *principio de la íntima convicción*. A juicio de este grupo, lo que se hizo fue facultar al juez, por fuerza de la inclusión de ese principio en el cuerpo de la codificación, para juzgar las conductas delictivas, sin tener en cuenta las pruebas y sin objetivar los fundamentos de su determinación. Es decir, se les dio poder a los jueces, según los partidarios de esta opinión, para que juzgaran a la gente mediante el rasoero de la *certidumbre moral*.

A mi modo de ver, estas posturas son desenfocadas. Hoy por hoy, en el sistema procesal de *tendencia* acusatoria, es un despropósito epistemológico hablar de *certeza racional* como fundamento de una sentencia condenatoria.

Tampoco cabe utilizar, para ese efecto, la expresión *certeza probable*, grifo gnoseológicamente inaceptable aquí y en Cafarnaúm.

Menos aún es admisible, si se comprende el meollo de la metamorfosis procesal a la que estamos abocados, referirse a la *certidumbre moral* para indicar que fue ese el patrón probatorio implantado en el medio judicial penal a partir del 2005.

La innovación no fue epidérmica. A partir de esa fecha, es otro el estándar de prueba requerido para condenar a una persona: el *conocimiento más allá de toda duda*. Mejor dicho: la *certeza discursiva*. Nada más ni nada menos que otra cosa. Y cuando digo otra cosa, es otra cosa.

Por eso, sin ánimo pontifical, trataré de explicar por qué estamos, en materia del supuesto probatorio para emitir una sentencia condenatoria, ante una verdadera *vuelta de tuerca*, para emplear la expresión del novelista Henry James.

1. LO QUE HABÍA

El cambio producido, el que se dio al pasar de un sistema penal a otro, fue de trascendencia. La ética, la lógica y la epistemología del régimen penal vigente –la de la Ley 906 de 2004–, son cualitativamente diferentes a las del derogado.

Y lo son porque esa normatividad instaure en nuestro medio una forma distinta de razonar en materia procesal penal y una manera novedosa de juzgar a las personas.

El juez, para asimilar esta metamorfosis, debe recomponer su cableado mental. No le basta ponerse la toga, fruncir el entrecejo y ordenar la retención y la expulsión de aquella persona que en la sala de audiencias decide no amilanarse ante sus procederes autoritarios.

En el modelo penal puesto a funcionar por la Ley 600 de 2000, el perfil del director del proceso era el de un *juez de derecho*, a quien sólo le incumbía, de conformidad con la naturaleza de ese esquema penal, emitir *juicios lógicos*. Su propósito era *demostrar*, mediante el *razonamiento silogístico*, y sobre la base de las premisas dadas –sin contravertirlas–, la *veracidad* de una conclusión.

Dicho en otras palabras: la estructura del proceso en que actuaba este *juez de derecho*, estaba conformada por dos estándares de prueba: la *lógica de las formas* y la *argumentación lógica constrictiva*.

A través del primer estándar de prueba –*lógica de las formas*–, se dotaba al juez del bagaje probatorio que más adelante habría de servirle para proferir su *juicio lógico*. Por virtud

de la observancia de estos procedimientos, las pruebas recolectadas adquirirían la categoría de *legales, regulares y oportunas*. Es decir, esas características de la prueba, se las daba el hecho de haber sido recogida en la forma establecida en la ley procedimental.

Con la materia prima ofrecida por esa prueba válida, el juez hacía un razonamiento lógico. Tomaba las premisas –la mayor y la menor– y sacaba su conclusión. Para que esa conclusión fuera veraz, la argumentación que la arrojaba tenía que ser lógica. Tenía que ceñirse a las *reglas del pensamiento silogístico: principio de identidad, principio de no contradicción, principio de implicación y principio del tercero excluido*.

Estas reglas de la lógica, debía el juez complementirlas, para reforzar la veracidad de la conclusión, con las restantes reglas de la sana crítica: los *principios de la ciencia* (universalidad, síntesis, verificación y contrastabilidad) y las *máximas de la experiencia* (cláusulas protocolarias surgidas de la inmediatez del conocimiento perceptivo).

Está claro, entonces. Ese sistema penal estaba apoyado en dos estándares de prueba: la *lógica de las formas* y la *argumentación lógica constrictiva*. Con los elementos que le ofrecían esas pruebas formalmente válidas, el juez construía su *juicio lógico*.

Pero la argumentación lógica, reduccionista y tiesa por naturaleza, no le permitía al funcionario ser creativo. Su labor era de verificación. El carácter constrictivo de la *argumentación lógica*, no lo autorizaba para controvertir las premisas. Aceptadas éstas, obligatoriamente tenía que admitir la conclusión.

Eso era lo que acompañaba con la *argumentación lógica o silogística* propia del estatuto penal anterior. En ella, las premisas aparecían dispuestas de tal manera que la mayor contenía implícitamente la conclusión y la menor la ponía en evidencia. Un argumento así conformado, resultaba formalmente válido, así una de las premisas, o las dos, expresaran una falsedad.

La *materia prima* del juicio, estaba formada por el cúmulo de pruebas recogidas a través de los procedimientos o formalidades lógicas establecidas en la ley. El *instrumento* que se utilizaba para manipular esa masa legalizada, hasta darle entidad de conclusión o juicio lógico, era la *argumentación silogística*.

Producto de esa operación, era la *certeza racional* que adquiría el juez sobre el delito y la responsabilidad del acusado. Y era esa *certeza racional* la que hacía de almena (o entraña) del *juicio lógico* que finalmente profería el juzgador.

2. LO QUE HAY

En la regulación procedimental vigente, las cosas se desenvuelven de otra manera. El estándar de prueba básico, sigue siendo la *validez de las pruebas*. El convencimiento sobre la validez de la materia prima probatoria recibida a través de los conductos establecidos por la ley procedimental, es lo que se conoce como *convencimiento más allá de toda duda razonable*. Este es el primer estándar de prueba.

El *instrumento* que sirve para actuar sobre esa materia probatoria, hasta extraer de ella un *juicio de valor*, que no lógico, es el *argumento discursivo*. Los elementos estructurales de ese argumento discursivo, son los siguientes: un *punto de vista* (que es la tesis, convicción o proposición que se quiere sacar adelante), la *fundamentación* (constituida por las razones y los motivos que sustentan el punto de vista) y el *garante* (representado por uno o varios de los principios rectores de la disciplina penal o por un principio general de derecho).

Esta estructura constituye la base de lanzamiento de la tesis que se quiere defender en un determinado litigio. Desde ella, y a través del uso de la *lógica argumentativa*, y a diferencia de lo que toleran hacer el *esquema lógico* y la *argumentación*

silogística, se puede razonar sin apocamiento o constricción, hasta darle cuerpo al *juicio de valor* que le otorga sustento a la *certeza discursiva*.

Es lo que se conoce como *conocimiento más allá de toda duda*. Es el segundo estándar de prueba.

Al juez, para operar con esta *lógica argumentativa* –o *argumentación discursiva*, que es otra manera de decir lo mismo–, se le dota de una libertad relativa y se le dan alas para que despliegue una actividad de juzgamiento mucho más flexible que la que podía desarrollar dentro del estatuto procesal anterior. Al juez se le autoriza, para indicarlo de otra manera, a utilizar más el arma de los valores que las herramientas de la lógica formal.

El funcionario, en esa línea de acción, no está obligado a aceptar el contenido de las premisas que le son entregadas a través de los procedimientos lógico-formales. Puede negociar su contenido con la contraparte. Puede acordar y pre-acordar sobre sus extremos. Escalpelos en mano, puede controvertirlas. Aunque se lo autoriza para modificarlas, no le está permitido prescindir de su existencia.

La adopción de la *argumentación discursiva* por el proceso penal vigente, debería haber ocasionado de inmediato un verdadero salto de

campana en la forma de razonar jurídicamente y en la manera de juzgar a quien incurre en conductas al margen de la normatividad establecida. Cualquiera hubiera esperado, a poco de expedida la normatividad procesal, un cambio profundo de actitud y de maneras de pensar y de hacer en la práctica judicial.

Pero no fue así. El propósito real, el fin verdadero de la reforma, por lo menos hasta hoy, se halla oculto entre los intersticios del articulado del Código de Procedimiento Penal. Para apreciar la magnitud y la trascendencia de ese vuelco lógico y epistemológico subyacente en esas normas, los invito a admitir, como lo acepta todo el mundo, que la Ley 906 de 2004 puso en marcha un régimen penal de *tendencia* acusatoria.

No trajo esta ley al medio judicial, en todo caso, y así lo han refrendado los estudiosos del tema, un sistema acusatorio puro. Lo que trasplantó esa normatividad, y la instituyó, fue una contrahecha imitación orgánica del modelo de juzgamiento original. Un sistema penal *marca gato*, han dicho con sorna los hombres de la ley.

No se acogió por los legisladores, pues, el más puro de los sistemas acusatorios. Los hacedores de la ley incorporaron una fórmula procesal indeterminada. Híbrida, si se quiere. Un remedo

del modelo de juzgamiento primigenio. Prueba de ello, es que el actual reglamento penal está erigido sobre dos estándares de prueba de signo contrario y naturaleza diferente.

Me refiero a los estándares de prueba rotulados como *convencimiento más allá de toda duda razonable* y *convencimiento más allá de toda duda*. El primero, responde a las pulsiones de la *lógica formal* y, el segundo, a los dictados de la *lógica material o de contenidos*. El primero, posibilita la formulación de *juicios lógicos* y, el segundo, de *juicios de valor*. La primera clase de juicios, está fundada en la *certeza racional* y, la segunda, en la *certeza discursiva*.

De las entretelas de esos cánones procedimentales indefinidos, ha surgido igualmente, por implicación, la figura de un juez de funcionalidad y condición fronterizas. Un juez que no es de *derecho* en sentido estricto. Pero que tampoco lo es de *conciencia* en el significado exacto del término. Un juez cuyos fallos no son fruto exclusivo del *razonamiento silogístico*. Pero que tampoco toma decisiones irreductiblemente extraídas de la aplicación del *principio de la íntima convicción*.

Las sentencias de este juez, son expresión del contraste diacrónico entre el *convencimiento* que le ofrece el primer estándar de prueba —la

validez derivada del uso de la lógica formal— y el *conocimiento* que le otorga el segundo —la *certeza discursiva* que emerge luego de operar la *lógica argumentativa* o de contenidos—.

Ese doble origen, les confiere a esos pronunciamientos jurisdiccionales una esencia *sui generis*. La singularidad de su sustancia, les viene del lugar indeterminado en que se gestan. No son fallos amasados con ingredientes del puro derecho. Es decir, no son decisiones estrictamente ceñidas a los dictados de la ley. Pero tampoco son veredictos del tipo de los que desde siempre han proferido los jueces de conciencia. Ni son, valga anticiparlo, sentencias de contenido mixto.

En el interior de estas providencias, no bullen, mezcladas con *pulsiones de la conciencia*, convicciones de las que ofrece al raciocinio el ejercicio de la *lógica de las formas*. Ellas son determinaciones fundadas en un tipo de certeza diferente al que exigía elaborar y expresar el modelo penal abolido. La suya es una certeza decididamente extraída de la vida y sus circunstancias, de los valores y opiniones del ciudadano, antes que de la ley y sus condicionamientos.

Pero se trata de una certeza mediatizada —eso sí— por las *reglas del pensamiento complejo*. Son estas reglas, respaldadas además por las *normas rectoras*

de la disciplina penal y por los *principios generales del derecho*, las que hacen posible que los destinatarios de las decisiones jurisdiccionales se adhieran al sentido y a la capacidad persuasiva de la sentencia elaborada sobre la base de la *certeza discursiva*.

3. EXPLICARÉ LO ANTERIOR. VOY AL GRANO

El estándar de prueba denominado *convencimiento más allá de toda duda razonable*, uno de los dos sustentáculos del nuevo régimen procesal, tiene una significación y una funcionalidad definidas. Referirse a ese estándar de prueba, equivale a aludir a la *serie de formalidades* que sirven de carriles para acopiar las pruebas que habrán de debatirse en el juicio.

A través de estas formas hechas conductos, el juez recibe los elementos que le proporcionan el *convencimiento* de los hechos y circunstancias materia del juicio, así como de los hechos y circunstancias que dan cuenta de la responsabilidad del acusado.

En la medida en que los elementos constitutivos de ese *convencimiento* le llegan al juez por los cauces procedimentales previstos o definidos en el sistema –en esa medida, digo–, la persuasión que de allí obtiene él adquiere los rasgos propios de un *convencimiento más allá de toda duda razonable*.

Si esos elementos los recibe el juez por otras vías, por rutas alternas, heterodoxas o informales, ese único hecho da al traste, no sólo con la *certidumbre lógica* que tiene el juez sobre la validez del medio probatorio, sino que también destruye la *razonabilidad* de la persuasión.

Ese es el real significado de la fórmula *convencimiento más allá de toda duda razonable*. Se trata de la serie de ritualidades que le confieren validez a las pruebas recaudadas. Con ese modo de decir, se quiere indicar que lo que el juez conoce a través de unas pruebas válidas, proceduralmente bien agenciadas, es lo que le da a él, al juzgador, un conocimiento a salvo de la *duda lógica* y de la falta de razonabilidad.

La validez de las pruebas, dimana menos de la veracidad de su contenido, que de la forma, de la manera, del modo como esas probanzas son incorporadas al proceso. Esos procedimientos, por sí mismos, tienen la virtualidad de darles validez a los hechos y circunstancias que habrán de servirle al juez de fundamento para proferir su sentencia.

El otro estándar de prueba –el *convencimiento más allá de toda duda*–, segundo sostén del régimen penal de tendencia acusatoria, tiene también un significado y una finalidad inconfundibles dentro de la ordenación general del estatuto procedimental

punitivo. Ese estándar es el *instrumento* que utiliza el juez para abordar el análisis de las pruebas sobre las cuales ha adquirido un *convencimiento más allá de toda duda razonable*.

El convencimiento que le infunde al juez la validez formal de las pruebas –*convencimiento más allá de toda duda razonable*–, es el que hace las veces de *objeto de conocimiento* en el sistema penal de tendencia acusatoria. Sobre esa materia, sobre ese objeto, el juez ejerce, sirviéndose de la *argumentación discursiva*, que es su instrumento de análisis, una actividad creativa. Actúa sobre las premisas. Las contravierte. Las modifica. Hace acuerdos y preacuerdos sobre ellas. Las mira por el derecho y por el revés. Las vuelve de cabeza. Les descubre su falsedad empírica y, si quiere, les otorga un sentido más acorde, no tanto con la ley, como sí con la realidad. En una palabra, el juez pone a actuar sobre las premisas, sin excluirlas, sin desecharlas, su espíritu crítico en torno a las veleidades del corazón y los vaivenes de la vida.

Pero hay algo que debe ser precisado de manera imprescindible: esa actividad creativa del juez alrededor de las premisas puestas en su mesa, no es absolutamente libre. No es equiparable a la que le concede el ejercicio del *principio de la íntima convicción*.

Esa libertad argumentativa, tiene una limitación: debe plegarse a las *reglas del pensamiento complejo*. Ese despliegue argumentativo, no es algo que pueda ejercerse al estriquite, al pálpito o arbitrariamente. Esta *argumentación discursiva* no expresa, dicho de otro modo, los simples caprichos del juez. A ella la disciplinan, le ponen el *tate-quieto*, como anoté, las *reglas del pensamiento complejo*.

Estas normas que gobiernan el *pensamiento complejo*, son totalmente distintas de las que disciplinan el *pensamiento lógico*, propio del régimen penal anterior.

Me permito precisar estos conceptos.

El método de análisis conocido como de la sana crítica, tiene tres soportes: los de la lógica, los de la ciencia y los de la experiencia.

Para llevar a la práctica cada uno de estos principios, el sujeto cognoscente –¡uff!– debía ceñirse a las siguientes reglas: a las de la lógica (identidad, no contradicción, implicación y tercero excluido); a las de la ciencia (universalidad, síntesis, verificabilidad y contrastabilidad) y las de la experiencia (mojones culturales que sintetizan la postura de una sociedad frente a un hecho particular).

El método de análisis conocido como *sistémico*, por su parte, tiene los siguientes soportes: el dialógico, el conector, el hologramático y el recursivo.

Para llevar a la práctica cada uno de estos principios, el analista debe aplicar las siguientes reglas: las de la claridad, la pertinencia, la relación y la consistencia. La observancia de esas guías o preceptos, le confieren validez y eficacia esclarecedora –ojo: capacidad cognitiva “*más allá de toda duda*” – al conjunto de argumentos discursivos que le dan forma a la sentencia.

Pues bien.

Utilizar correctamente las *reglas del pensamiento complejo*, es lo que exige el método sistémico de análisis probatorio. Contra su impecabilidad no atenta, como en el sistema procedimental derogado, el desconocimiento o mal uso de las *reglas de la lógica, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia*.

El empleo cabal de las *reglas del pensamiento complejo*, tiene sus propios enemigos, que no son, como en el método de la sana crítica, las *falacias* y los *sofismas* y los *paralogismos*.

Los *virus* antes relacionados, no atentan contra el método sistémico. Es más: quien utiliza el método sistémico para argumentar discursivamente, puede

servirse de ellos. Y es válido hacerlo, y esto puede escandalizar a las mentes de cartón piedra, porque la naturaleza del método sistémico es precisamente su carácter plástico, flexible, adaptable. Este método, por efecto de su propia amplitud, permite valerse, en su propósito de lograr la *persuasión* de su destinatario, de lo humano y de lo divino; de lo falso y de lo cierto; de lo racional y de lo irracional.

Lo que daña o escamotea la corrección de una argumentación discursiva, fundada en el método sistémico de análisis probatorio, es la intromisión en su seno de errores (o virus) del tipo de la *falta de claridad, la impertinencia, la ausencia de relación y la falta de consistencia*.

Estas cuatro especies de *microbios epistemológicos*, por decirlo así, inciden negativamente en una *argumentación discursiva* hecha de acuerdo con las *reglas del pensamiento complejo*. Si ellos se entremeten en el proceso discursivo, invalidan la estructura del argumento discursivo y neutralizan su capacidad de persuasión.

Cualquiera de estos virus –la falta de claridad, la impertinencia, la ausencia de relación y la falta de consistencia–, vicia la *irreprochabilidad del razonamiento discursivo*, sustento imprescindible de la *certeza discursiva* que habrá de servirle de base al juez para proferir su sentencia condenatoria.

La corrección de la *argumentación discursiva* –su claridad, su pertinencia, su relación y su consistencia–, depende de la aplicación rigurosa de esas *normas del pensamiento complejo*.

A su vez, una *argumentación discursiva* elaborada de acuerdo con estas *reglas del pensamiento complejo*, conduce a la *certeza discursiva* que le otorga solidez y capacidad persuasiva a una sentencia condenatoria.

Es ese, así las cosas, un fallo dictado de conformidad con el estándar de prueba denominado *conocimiento más allá de toda duda*.

La intromisión de cualquiera de los errores enumerados en el seno del argumento discursivo, como dije y lo reitero, produce un efecto nocivo en la impecabilidad de sus elementos constitutivos: la *claridad*, la *pertinencia*, la *relación* y la *consistencia*.

La intrusión de esos errores en el proceso argumentativo de índole discursiva, en razón de que esa intrusión debilita la solidez de sus componentes, da lugar a la formación de una *zona gris* en mitad de la línea que separa la *certeza racional* de la *certeza discursiva*.

En esa zona opaca, nebulosa, germina la duda. Para superarla, para salir de ella, hay que conjurar la presencia de esos errores. De lo contrario, si no

se exorcizan esos yerros, el conducto para que se instale en la mente del juez el llamado *conocimiento más allá de toda duda* a través de la *argumentación discursiva*, queda cerrado.

Y al quedar obstruido ese canal, será la *duda discursiva* acerca del delito y la responsabilidad del acusado –recalco: la *duda discursiva*–, la que determine el sentido y la objetivación del fallo.

En ese caso, la sentencia no podrá ser condenatoria. Habrá de imponerse la absolución del reo.

4. LO QUE DEBE HACERSE

Parece, por lo visto hasta aquí, que el proceso penal colombiano no ha mudado únicamente de piel. Por debajo de la letra de la Ley 906 de 2004, corre una moderna forma de pensar el derecho y una manera singular de juzgar las conductas delictivas.

Entre los pliegues de esa normatividad, alcanzo a vislumbrar un giro de esos que los sabelotodo llaman copernicano. Algo va, y muy de fondo, de un *argumento silogístico* a uno *discursivo*. Y algo va también, y de un calado bastante hondo, de un *razonamiento lógico* a uno *discursivo*. Y no sólo eso. Alguna diferencia debe existir, y quizás muy profunda, entre la *certeza racional* y la *certeza discursiva*.

Es la oportunidad para que jueces y magistrados de todos los humos y rangos, integren a su quehacer judicial cotidiano, si quieren darle a su función la voltereta máxima, los elementos de esta verdadera e importante *ruptura epistemológica*, según el concepto creado en su momento por el filósofo Louis Althusser. Para hacer realidad ese volantín, primero tendrán que recordar los jueces que en Colombia, desde 1991, viene rigiendo una Constitución Política levantada sobre valores y principios de avanzada. O, por lo menos, no apoyada en valores y principios propios de la cultura que imperaba en el paleolítico inferior.

Pero no basta darse cuenta de que esa Carta Política está vigente. Es necesario advertir que una Constitución de estos perfiles y esta carnadura, por la forma como incide en la realidad, sigue provocando cierta repulsión en una sociedad como la nuestra, conservatizada hasta la médula. Ni siquiera los *neanderthales* de siempre, mediante los tarascos que les han dado a sus postulados, han podido limar las asperezas que causan el rechazo.

La vía para abrirle plaza a esta Constitución, le pertenece al Poder Judicial. Pero para que de verdad ella entre al *torrente circulatorio* de la sociedad, se requiere que los jueces y magistrados de toda índole y categoría –los que levitan y los que no

pueden hacerlo por falta de ropa –, se decidan a ejercer su oficio de conformidad con los lineamientos propios de la *jurisprudencia de principios generales*.

Si no lo hacen; si se niegan a medírsele a esta aventura, los ejes de la Constitución Política del 91 habrán de oxidarse indefectiblemente, como van en vía de hacerlo, y sus piñones, si no se les unta el aceite de la libertad de espíritu, habrán de ser devorados por el moho que destilan por los poros de su corazón y su cabeza los *momios* que mueven desde la sombra los hilos de la maquinaria.

El ejercicio de la función judicial desde esa perspectiva, no es un proyecto imposible. Es preciso que los funcionarios judiciales hagan suyos, interioricen y comprendan, el significado y la funcionalidad de los estándares de prueba que sirven de pilares al procedimiento penal de inclinación acusatoria: el *convencimiento más allá de toda duda razonable* y el *conocimiento más allá de toda duda*.

A través de la incorporación de esos *patrones de prueba* al trabajo diario, puede establecerse una *simetría dinámica* entre unos valores y unos principios de vanguardia –los de la Constitución Política– y una manera dúctil, maleable, de razonar y juzgar conductas en los estrados judiciales, como implícitamente lo está autorizando el sistema procesal de *tendencia* acusatoria.

El *argumento discursivo*, es el vehículo a través del cual se puede efectuar la *conexión funcional* entre las *normas rectoras* de la ley penal y los *valores y principios* de la Constitución Política. Pero para que se dé ese enlace, es necesario activar la estructura de ese argumento mediante el uso de la *lógica discursiva*.

Esa herramienta ha sido subvalorada, cuando no despreciada, por quienes tienen acostumbrado el ojo a verle a la realidad únicamente dos caras, según advierte Bryan Key en una de las dos frases que hace de epígrafe en este escrito. Pero hoy, con motivo de la llegada del nuevo procedimiento penal, se impone reivindicar su utilidad cognoscitiva.

Esta herramienta hace las veces del aparato que los operarios de la fontanería denominan *hombresolo*. Sirve para todo, claro. Pero su función principal –la función de la lógica discursiva–, es la de aflojarle las tuercas a la lógica silogística, siempre tan rígida e inflexible, hasta hacer de ella una lógica informal, holgada y maleable, que permita llevar unidos a la entraña de las sentencias de los jueces, sin roces de ninguna índole, los *principios rectores* de la ley penal y los *valores* y los *hondos fundamentos* de la Constitución.

Los jueces y magistrados, pueden utilizarla. Está a disposición de todos. La guarda en la faltriquera de sus incisos el sistema penal de

tendencia acusatoria. Ella le imprime al ejercicio judicial una notable vivacidad y una mayor amplitud de miras. Remueve el orín que se le pega a la ley en su diario trájinar por entre los recovecos de las cabezas romas y ensancha el panorama del derecho hasta más allá de los límites de la concepción panóptica de la justicia. Conocer sus elementos constitutivos, facilita su uso. Ellos son tres: *punto de vista, garante y fundamentación*.

Cuando se dispone a dictar su sentencia, el juez tiene en mente sacar adelante la convicción que se ha formado en torno a la conducta sometida a juzgamiento y también alrededor de la autoría y la responsabilidad del acusado. Ese es su *punto de vista*.

Para sustentar ese *punto de vista*, acude a unas razones que lo justifican. Esas razones las toma de los avances de todas las ciencias, de los criterios de autoridad sobre la materia, de las experiencias, de sus propias personas, de sus emociones, deseos, temores, prejuicios, de la impugnación del carácter universal de las reglas de la lógica y de la refutación del contenido del material probatorio que le ha ofrecido el *convencimiento más allá de toda duda razonable*.

Con todos, o con uno o dos de estos elementos, y sumadas a ellos la jurisprudencia constitucional y la de conceptos, así como las normas del bloque

de constitucionalidad, el juez hace un *discursus argumentativo*. Es decir, desarrolla una serie de razones orientadas a convencer a los destinatarios de que su decisión es *clara, pertinente, relacionada y consistente*. Una decisión acorde con las reglas de *pensamiento complejo*. Una determinación tomada desde la perspectiva del método sistémico de análisis probatorio.

Sin embargo, no le basta al juez asegurarse de que su razonamiento se ha desarrollado de acuerdo con lo que disponen las reglas de *pensamiento complejo*. Esto es lo mínimo.

Le corresponde buscar, además, para diferenciar su fallo de aquellos que se profieren de conformidad con el *razonamiento silogístico*, el respaldo a la adhesión, la aceptación pacífica de su sentencia por la contraparte. Para ello no es suficiente la *argumentación discursiva* que ha desplegado en orden a fundamentar su *punto de vista*.

Es necesario acudir, además, para que le sirva de *garante* de su punto de vista y de su fundamentación, a un *lugar común*, a un *tópico* de esos que todo el mundo acepta sin discusión.

Ese *garante*, ese punto de enlace inmutable a toda controversia, lo encuentra en las *normas rectoras* del derecho penal –debido proceso

favorabilidad, principio de acto, antijuridicidad, por ejemplo – y en los *principios generales del derecho* –la duda favorece al reo, la ley posterior deroga la anterior, una ley especial deroga una general, por citar sólo algunos–.

Estas *normas rectoras* y estos *principios generales del derecho*, de los cuales sólo he relacionado algunos, constituyen el eslabón que une y solidifica el *punto de vista* y la *fundamentación*.

Es de este modo, entonces, y a partir de la concatenación racional de estos elementos, que el juez se hace con un *juicio de valor* sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado. La materia de este *juicio de valor*, toma cuerpo a partir del momento en que el *garante* establece el nexo entre el punto de vista y la fundamentación.

Y esa materia, producto de ese enlace entre estos dos extremos del argumento discursivo, le da al juzgador un conocimiento del tipo de los de *más allá de toda duda*. Ese conocimiento es la base de la *certeza discursiva* que habrá de dar lugar a la objetivación de la sentencia condenatoria.

El modelo procesal vigente, autoriza a jueces y magistrados a valerse de esta fórmula en su diaria labor de raciocinio y juzgamiento. Mis pesquisas, sin embargo, revelan que vienen desechando esta práctica. Desde el principio,

les han restado importancia a la significación y funcionalidad de los estándares de prueba del nuevo procedimiento penal. Un buen número de ellos, por puro y simple desinterés, le ha sacado el cuerpo a la forma de razonar que se halla implícita en la Ley 906 de 2004. Otro grupo, convencido de que las cosas *cambiaron para seguir igual*, insiste en quedarse anclado a la lógica formal y al razonamiento silogístico.

Estas dos actitudes, han conducido a dar vía libre, en la práctica judicial, a igual número de manifestaciones del *subjetivismo inquisitivo* de que habla Luigi Ferrajoli en su "*Derecho y razón*".

Por efecto de la primera actitud, algunos juzgadores omiten toda forma de motivación en sus sentencias. Inopinadamente, saltan de la narración de los hechos a la utilización de la frase sacramental *más allá de toda duda*. La determinación de condenar o absolver a una persona, por tanto, es francamente *apriorística*.

Por obra de la segunda forma de *subjetivismo inquisitivo*, los que descreen de que se haya producido algún cambio en la forma de juzgar a quienes delinquen, se valen de la *argumentación silogística* para motivar sus sentencias. Pero al momento de tomar la decisión sobre el delito y la responsabilidad del acusado, utilizan como

comodín, sin qué ni por qué, la frase sacramental *conocimiento más allá de toda duda*, estándar de prueba propio de la *argumentación discursiva*, para darle apariencia de coherencia al raciocinio empleado en la construcción de su veredicto.

El bacilo del *subjetivismo inquisitivo*, en sus dos formas, ha infestado también la jurisprudencia de la Corte. Según puede leerse en la sentencia N° 28.432 del 5 de diciembre de 2007, ratificada luego por la casación N° 30.043 del 4 de febrero de 2009, la Sala de Casación Penal considera que el juicio de responsabilidad penal *más allá de toda duda*, debe edificarse a partir de la *certeza racional*, por cuanto ese concepto obedece, rezan las sentencias, a la siguiente fórmula de la lógica formal: "si ocurre A, entonces, necesariamente acontece B".

Así están las cosas, luego de la última reforma, en el mundo de los delitos y las penas. Nuestros jueces se resisten a dejarse despeinar por estos vientos refrescantes.

A la *jurisprudencia de principios generales*, no cesa de cerrarle el paso la *jurisprudencia de conceptos*.

Las sentencias de laboratorio, hechas *in vitro*, se mantienen como un mal crónico en los despachos judiciales. Las *reglas del pensamiento silogístico*, por oposición a las *reglas del*

pensamiento complejo, no ceden un milímetro en su afán de gobernar el razonamiento de los funcionarios encargados de discernir la justicia.

La rigidez de espíritu, el envaramiento mental, insisten en hacerles aduana, en los fallos a los duendes de la flexibilidad y la desenvoltura.

La lógica astringente, entumecida, se opone a que germine y se empenache, en un medio abotonado hasta el cogote como el nuestro, la *racionalidad alada* de la argumentación discursiva.

Ni la recomendación de Gracián ha obtenido eco en nuestros juzgadores. A su juicio, la sustancia de las conductas humanas subyace, no en la vida sino en la descripción legal. Y lo circunstancial de esos comportamientos, entienden, sólo va hasta el límite de las paredes del tubo de ensayo en que se mezclan los elementos lógicos de la sentencia.

Los hombres de la toga tampoco han sido receptivos a la frase de Key. A la hora de juzgar siguen viendo los comportamientos humanos, pero lo general, en blanco y negro. Persisten en negarse a creer que la realidad tiene las caras que revela de ella un caleidoscopio. Bajo otro ropaje, hay un empecinamiento por quedarse en el pasado.

Esto indica que el tema abordado en este trabajo, no tiene nada de bizantino. Superar

en importancia, por lo menos, a cualquier investigación sobre el origen de la redondez de los buñuelos y a las hondas cavilaciones que al cura Vergara y Caicedo le suscitó la práctica de tocar las campanillas en las iglesias.

Algunos escépticos no compartirán mi parecer. Lo sé. Contradictores no le faltan a uno. Pero la verdad es, digan lo que digan, que a través de los estándares de prueba implantados en nuestro mundo de lo penal —y sólo eso justifica su estudio—, se ha querido poner de revés unos usos y unas costumbres de rancia tradición en la judicatura colombiana.

Pero no sólo eso. Bajo el lenguaje hermético utilizado por el legislador para designar esos estándares, se halla oculta la esencia del *sistema procesal de tendencia acusatoria*. Tras la mampara del *convencimiento más allá de toda duda razonable* y del *conocimiento más allá de toda duda*, hay otra manera de raciocinar el derecho y otra forma de emitir juicios de responsabilidad penal sobre las personas.

No me atrevo a sostener que sea esta la fórmula óptima para impartir una mejor justicia en el país. Habrá mejores modelos, quizá. Lo que sí puedo afirmar, y lo digo sin ánimo dogmático, es que en esta *lógica de contenidos* y en esta *argumentación discursiva*, pilares de este régimen procedimental,

está el germen de lo que habrá de permitirnos dar el salto de la *jurisprudencia de conceptos* a una *jurisprudencia de principios generales*.

Puede que a algunos, sobre todo a los sedentarios de pensamiento, les parezca ocioso este cambio de casete cerebral a estas alturas. Pero es posible que a otros, a los traviesos amigos de la *racionalidad flexible*, se les haga divertido saltarse los valladares de su cuadril.

Con estos últimos, quiero unirme para hacer un llamado a mantenerse despabilados. A no dormirse sobre la oportunidad de poner a rodar sobre los carriles dados, una *jurisprudencia de principios generales*. Lo digo porque si nos dormimos, cuando despertemos vamos a encontrarnos, como en el relamido relato de Augusto Monteroso, con que el dinosaurio –la *jurisprudencia de conceptos*–, todavía está ahí.

BIBLIOGRAFÍA

- GRACIÁN, Baltasar, 2007, *El arte de la prudencia*, Barcelona, Editorial Temas de Hoy.
- BRYAN KEY, Wilson, 1992, *La era de la manipulación*, México, Editorial Diana.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, 1989, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis.

CICERÓN, Marco Tulio, s.f. *El arte de la invención*, Buenos Aires, Tor.

ARISTÓTELES, 1969, *Tratado de lógica (El Organon)*, México Porrúa.

HABERMAS, Jürgen, 1992, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus.

VIGNEAUX, George, 1976, *La argumentación: ensayo de lógica discursiva*, Buenos Aires, Hachette.

MANSPUIGARNAU, Jaime, 1978, *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch.

CAPÍTULO III

ÁNIMA LÓGICA

"Lo más parecido a un sanatorio en donde se cura a la gente del mal de la imaginación, es la cárcel de la sana crítica".

JORGE SAAC NIEVA

Las sentencias penales que se vienen profiriendo desde el 2005 –las de los jueces, los tribunales y la misma Corte–, están fundadas en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de una norma derogada.

A partir de ese año, el método que debe utilizarse en la apreciación de las pruebas, es el *método sistémico*. El modo de apreciar las pruebas por medio de las *reglas de la sana crítica*, fue derogado por la Ley 906 de 2004. Por eso sostengo que la sana crítica ha dejado de existir.

Hubo, sin duda, una derogatoria tácita de ese método. En el nuevo Código de Procedimiento Penal, ese sistema o método de apreciación probatoria,

no fue incluido en ninguna de sus normas, como sí estaba consagrado expresamente en la Ley 600 de 2000. En el nuevo Código, no se menciona.

Y eso es apenas explicable. Voy a decir por qué.

En un *sistema inquisitivo*, a una apreciación probatoria hecha de acuerdo con el método de la *sana crítica*, corresponde una sentencia fundada en la *certeza racional* (artículo 232, inciso segundo, de la Ley 600 de 2000).

En un *sistema acusatorio*, en cambio, a una apreciación probatoria hecha de acuerdo con el *método sistémico*, corresponde una sentencia fundada en la *certeza discursiva* (artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

La Ley 600 de 2000, era un cuerpo normativo que le daba entidad al *sistema inquisitivo* que rigió en el país hasta el 2005. Este Código, en el artículo 238, tenía fijado el método que debía ser utilizado en el proceso judicial de apreciación de las pruebas. Esto decía ese artículo:

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

“El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

El soporte general del método de la sana crítica, es la *lógica silogística*, conocida también como *lógica formal* o *lógica aristotélica*, en razón de que ella fue creada por el estagirita.

La estructura de ese método de la *sana crítica*, está integrada por tres elementos:

Reglas de la lógica: principio de identidad, principio de contradicción, principio de implicación y principio del tercero excluido.

Principios de la ciencia: universalidad, síntesis, verificación, racionalidad y contrastabilidad.

Máximas de la experiencia: constituidas por todas aquellas cláusulas protocolarias surgidas de la inmediatez del conocimiento perceptivo.

Cada uno de estos pilares, lo reitero, está hecho con la argamasa de la lógica silogística. En el análisis de una prueba, en los tres casos, el sentenciador debe observar rigurosamente la fórmula siguiente: “*Dadas la premisa A (mayor) y la premisa B (menor), necesariamente debe concluirse C (conclusión)*”.

En el sistema inquisitivo, no se admiten, por lo menos como racionalmente válidos, un análisis probatorio que se haga y una sentencia judicial que se dicte al margen de esta fórmula estructural.

Su lógica es constrictiva, rígida, inmutable. La inferencia lógica propia de este modo de raciocinar, no puede estar atravesada por una *falacia*, un *sofisma* o un *paralogismo*.

Si por descuido o por decisión intencional del juez, se filtra en el proceso de formación del juicio una de estas tres clases de errores, el sentenciador incurre en un *falso raciocinio*. En caso contrario, cuando el proceso de pensamiento no está interferido por ninguno de estos defectos, se dice que se está frente a un argumento y un juicio ceñidos a la lógica formal o silogística.

Para llegar a una conclusión o sentencia (*certeza racional*), el fallador debe, no sólo ser fiel a esa estructura silogística, sino que debe argumentar lógicamente. Esa *argumentación lógica*, por su carácter *constrictivo*, sólo permite emitir *juicios lógicos*.

Dadas la premisa mayor y la premisa menor, se impone, por fuerza, emitir un juicio acorde con esas premisas.

La *lógica formal* o silogística, entonces, es de la entraña del sistema penal *inquisitivo*. La almendra de este sistema, la encarna el método de la *sana crítica*. Al juez que actúa de conformidad con un sistema penal de estas características, sólo se le permite *argumentar lógicamente*.

A ese juez, dicho de otra forma, únicamente se le faculta para analizar las pruebas mediante el método de la *sana crítica* (reglas de la lógica, principios de la ciencia y máximas de la experiencia). Por tanto, a ese juez le está vedado emitir juicios diferentes a los *juicios lógicos*.

Eso significa que en el sistema penal inquisitivo, una sentencia judicial es un *juicio lógico* sustentado en la *certeza racional* (artículo 232, inciso segundo, de la Ley 600 de 2000). Ese soporte, lo constituye es la *certeza racional* que el juez obtiene acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado. Y esas dos certezas, frente al delito y la responsabilidad penal, las obtiene, no por obra del palpito o por efecto del capricho, sino a gracias al uso del método de análisis de la sana crítica.

En el sistema penal acusatorio, las cosas son cualitativamente diferentes. Voy a intentar una explicación.

La Ley 906 de 2004, es un conjunto de normas que le confiere identidad al *sistema penal acusatorio*. Ese es el *modo* de investigar y juzgar que actualmente gobierna los procedimientos penales en el país.

Este Código, en los artículos 380, 273, 404, 420, 452 y 381, establece la *manera como se deben apreciar las pruebas* en un determinado proceso y fija los *requisitos para condenar* a la persona que ha cometido una infracción a la ley penal.

Esos preceptos determinan, pues, el estándar de prueba que se exige para examinar los medios de convicción y el estándar de prueba que debe estar presente al momento de proferir una sentencia. Esto dicen esos preceptos:

"Art. 380. Criterios de valoración. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos, serán señalados en el respectivo capítulo".

Por su parte, el artículo 273, referido de modo específico a la valoración de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, dice:

"Artículo 273. Criterios de valoración. La valoración de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a la cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe".

Y el artículo 404, que hace referencia a la apreciación del testimonio, reza:

"Artículo 404. Apreciación del testimonio." 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".

Respecto de la forma de apreciar la prueba pericial, expresa el artículo 420:

"Artículo 420. Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia de del conjunto de respuestas".

Por último, el artículo 432, precisa la forma como se debe apreciar la prueba documental:

"Artículo 432. Apreciación de la prueba documental. El juez apreciará el documento teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. Que no haya sido alterado en su forma ni en su contenido.

2. *Que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad, que constituye su contenido.*

3. *Que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre."*

En estas normas, conectadas entre sí, está consagrado el *método sistémico* que reclama un sistema acusatorio a la hora de valorar las pruebas y emitir un juicio de responsabilidad penal.

La ley procesal penal, a través de este método, dota al juzgador de una *serie de elementos* —ojo: una serie de elementos—, como se desprende de las normas transcritas, para que sobre la base de esos elementos, y de manera *no constrictiva*, ARME, CONSTRUYA su criterio en torno a la calidad esclarecedora, bien sea de la prueba testimonial, la documental, la pericial, la evidencia física o de los elementos materiales probatorios, según el caso.

Lo que pone este método a disposición del fallador, no es un esquema acabado, estático, rígido e inflexible, como lo era el del sistema inquisitivo. Lo que le ofrece este método al juzgador, es una *serie de piezas diversas* para que él, válido de los principios *dialógico, conector, hologramático y recursivo*, construya su criterio, a la manera de quien arma un

mecano, respecto de la eficacia probatoria de cada uno de los medios de convicción por separado y de todos ellos de manera conjunta.

El soporte general del *método sistémico*, es la *lógica de lo razonable* o, si se quiere, la *lógica de lo aceptable*. Lo razonable es aquel modo de conocer mediante el cual se admite que el principio de identidad, el principio de contradicción, el de implicación y el del tercero excluido, no son categorías absolutas e inmutables, como lo tenía establecido el método de la sana crítica, fiel a la lógica silogística.

Lo *razonable*, lo que se entiende por razonable, es la postura epistemológica de quien admite que un juicio de condena no puede ser lógico de manera pura y simple. Lo razonable es aquello que acepta, en su conformación, la interferencia de elementos contradictorios, extra-lógicos o emocionales. Para decirlo de manera sintética, es un modo de ver la realidad desde la *complejidad* de lo *razonable* y no desde la *simplicidad* de lo *racional*.

Cuando expresamos que algo es *razonable*, decimos que es algo que *puede aceptarse* de manera pacífica, a pesar de no estar sometido a la estructura lógica del pensamiento. Y cuando aseveramos que algo es *racional*, decimos que es lo que se expresa, previa operación mental, *dentro* de las reglas de la lógica. Subrayo: dentro de las reglas de la lógica.

Quien se aventure a hacer un rastreo a lo largo del articulado de la Ley 906 de 2004, valido de los instrumentos de la exégesis o de la interpretación sistemática, no hallará vestigios de que lo *racional*, alma del método de la *sana crítica*, aún pervive en el nuevo sistema penal.

En cambio, encontrará que lo *razonable* es lo que atraviesa de lado a lado, o de manera transversal, como dicen ahora los sociólogos, el *corpus* del modo de investigar y juzgar que se ha instaurado a partir del 2005. Pero eso no significa que se ha entronizado en la práctica judicial, como temen algunos, el *principio de la íntima convicción*, mediante el cual el juez queda facultado para decidir de espaldas a la prueba allegada y sobre la base de su propio convencimiento.

Lo que esto significa, lo que signa al sistema penal acusatorio, es el *principio de la libre convicción*, mediante el cual el juez, valiéndose del *método sistémico* de apreciación de las pruebas, puede condenar o absolver a una persona de conformidad con las *reglas del pensamiento complejo*.

Ese es el salto epistemológico que ha propiciado el advenimiento del sistema acusatorio. Ahora, como en el pasado, sigue rigiendo el *principio de la libre convicción* de apreciación probatoria. Pero su fundamento no son ya las reglas del método de la

sana crítica. Son las reglas del *método sistémico* de valoración probatoria. Atención: lo *racional*, dicho de otro modo, ha sido sustituido por lo *razonable*.

De acuerdo con el paradigma de la *lógica de lo razonable*, cualquier cosa puede ser y no ser al mismo tiempo (en contra del principio de identidad); o algo puede ser igual a otro y a la vez no serlo (en contra del principio de contradicción); o que cuando dos partes son contradictorias, ninguna de las dos partes puede ser excluida porque ambas pueden ser falsas y verdaderas a la vez, y alternativamente, verdaderas o falsas (contra el principio del tercero excluido); o que el efecto de un fenómeno, puede ser también su causa, o a la inversa (contra el principio de implicación).

La estructura de ese *método sistémico*, está compuesta por cuatro principios supra-lógicos, llamados también *reglas del pensamiento complejo*:

Principio dialógico. Es el que permite extraer una síntesis de la confluencia de las identidades, las contradicciones y la falta de racionalidad de determinadas situaciones o fenómenos. Es el que permite articular elementos disímiles, lógicos y emocionales, objetivos o subjetivos, a la hora de formarse un criterio acerca de la capacidad demostrativa de una prueba determinada.

Principio recursivo. Se sintetiza del modo siguiente: los efectos o las consecuencias, pueden ser, a la vez, y de manera circular, causas de aquello que los produjo.

Principio hologramático. Se enuncia así: el todo está en la parte y, a su vez, la parte está en el todo.

Principio conector. Puede sintetizarse con estas palabras: todo está conectado con todo.

Estos cuatro principios, unidos, dan lugar a lo que se conoce como *método sistémico* de apreciación probatoria, esencia de los sistemas acusatorios. Esos cuatro principios, son los que le dan cuerpo a la estructura de ese método. Son los pilares que lo sostienen.

Estos sostenes, *por separado y en conjunto*, dan cuenta de que lo que bulle debajo de este método, es la *lógica de lo razonable*. Estos cuatro principios, relacionándolos entre sí a la hora de efectuar un análisis probatorio, arrojan un *nuevo tipo de comprensión*, obviamente de diferente factura a la que ofrece la *lógica silogística*, sobre los hechos y sus circunstancias. Por efecto de la aplicación de estos principios, se llega a comprender que la **conclusión** que se extraiga en torno a la esencia de determinado hecho o fenómeno, *no necesariamente tiene que ser lógica*. Le basta con ser *acceptable*. Le basta con ser *razonable*. Le basta y le sobra, por último, con ser *convinciente*.

Esto constituye un cambio trascendental en la forma de investigar y juzgar las conductas de las personas. Esto da entrada a un *cambio cualitativo* en la lógica y la epistemología de la actividad de jueces y fiscales. Esto pone de resalto que el paso del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, no fue apenas de forma. Fue de lógica interna. Fue de epistemología. Fue de principios éticos. Fue un cambio hondo. De visión del derecho y de la justicia. No apenas aparente. Hubo un verdadero terremoto, no sólo en la parafernalia del proceso penal, sino en su esencia.

Por tanto, se puede concluir que la *lógica de lo razonable*, no es otra cosa que la *lógica de lo aceptable*. Y por ser eso, es algo distinto. Algo que se sale de los principios de la lógica formal o aristotélica, aunque en ocasiones también pueda valerse de ellos, dados su dinamismo y su plasticidad.

En este sistema penal, y mediante el *método sistémico* de apreciación probatoria, le está permitido al funcionario sacar una conclusión a partir de la articulación o confluencia de elementos disímiles, lógicos o no, afines entre sí o no, racionales o no.

Es un método flexible de apreciación probatoria, por oposición al método de la sana crítica, cuyos distintivos son su carácter constrictivo, su rigidez y la inmutabilidad de su esquema de premisas mayores y menores.

En el sistema acusatorio, se admiten como *razonablemente* válidos, un análisis probatorio que se elabore y una sentencia judicial que se conciba al margen de la fórmula estructural de la *lógica silogística*. La inferencia propia de este modo de razonar, puede estar fundada en una falacia, en un sofisma o en un paralogismo. Eso es admisible, reitero, porque su argumentación no es lógica sino discursiva, retórica, creativa.

Para llegar a un *juicio de condena* en un sistema acusatorio (o a la *certeza discursiva sobre el delito y la responsabilidad*), el fallador no está obligado a argumentar lógicamente. Su deber, acorde con el *método sistémico*, es *argumentar discursivamente*. Y como la argumentación discursiva no es constrictiva, el juez está autorizado para emitir *juicios de valor*.

Digo que esa argumentación no es *constrictiva*, y no lo afirmo *a priori*, porque esa clase de raciocinio no está sometido a la camisa de fuerza de los principios de la lógica formal o silogística. Este tipo de argumentación –holgada, flexible–, es el conducto a través del cual se puede efectuar la *conexión funcional* entre las *normas rectoras* de la ley penal y los *valores y principios* de la Constitución Política.

La *lógica de lo razonable*, entonces, es de la esencia del sistema penal acusatorio. Y el hueso de uva de este sistema, lo encarna el *método sistémico* de análisis probatorio.

Al juez que actúa dentro de un sistema de estas características, se le faculta para *argumentar discursivamente*. A ese juez, dicho de otra forma, se le permite analizar las pruebas a través de la utilización de los principios del *método sistémico* (principio dialógico, principio recursivo, principio hologramático y principio conector). Esas, y no las de la sana crítica, son sus herramientas gnoseológicas. Y, como consecuencia de esa facultad, se le autoriza a emitir *juicios de valor* sobre la capacidad esclarecedora de las pruebas y sobre la autoría y la responsabilidad penal de quien ha sido acusado de cometer un delito.

Por tanto, en el sistema penal acusatorio, una sentencia judicial es un *juicio de valor* (y no un juicio lógico), fundado en la *certeza discursiva* (y no en la certeza racional) que el juez haya obtenido en torno al hecho punible y la responsabilidad del acusado.

Ese método de la sana crítica, previsto en el artículo 238 de la Ley 600 de 2000, fue derogado por la Ley 906 de 2004. Y lo derogó, hay que subrayarlo, porque la naturaleza del sistema acusatorio, flexible y dinámica por definición, es *decididamente incompatible* con el método de la sana crítica, fundado sobre la rigidez de la lógica aristotélica y su sistema estático de premisas mayores y menores.

El método de apreciación de las pruebas en el sistema acusatorio, no es ya el de la *sana crítica*. En este sistema, ese método de apreciación de los medios de convicción, es el *método sistémico*. Y en ese sistema, por eso mismo, los fallos de los jueces no pueden ser producto de la *certeza racional* (juicios lógicos) sino de la *certeza discursiva* (juicios de valor).

Por esa razón, a mi manera de ver, las sentencias penales que a todos los niveles se vienen dictando desde el 2005, están fundadas en una *violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de una norma derogada*, según reza la fórmula casacional.

En esas providencias, se han analizado las pruebas mediante un método que no corresponde al del sistema penal vigente –el de la *sana crítica*–, cuando lo adecuado es valerse, para esos efectos judiciales, del *método sistémico* de apreciación probatoria.

Pero, además, esas sentencias han sido producto de la *certeza racional*, propia del sistema penal derogado, y no de la *certeza discursiva*, que es la que le da entidad al sistema penal acusatorio.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, 1966, *El arte de la retórica*, Buenos Aires, Eudeba.

BARROS, Nelson, 1970, *Introducción a la lógica formal*, Barranquilla, Ediciones Humanismo.

DEMORY, Bernard, 1995, *Convencer con la palabra*, Buenos Aires, Ediciones Granica.

CHOMSKY, Noam, *El lenguaje y el entendimiento*, Barcelona, Seix Barral, 1986.

GADAMER, H.G., *Arte y verdad de la palabra*, Barcelona, Paidós, 1998.

MORIN, Édgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Editorial Gedisa.

PERELMAN, Ch. y L., *Tratado de la argumentación*, Madrid, Gredos, 2000.

SAAC NIEVA, Jorge, *Argumentar sonriendo*, Madrid, Editorial, Libros Sajos, 2007.

EPÍLOGO

No parece exagerado decir, ante las tres realidades expuestas en este libro, que se impone repensar el derecho penal aplicable en nuestro medio.

En estos tiempos, los abogados, los jueces y los magistrados, no pueden empeñarse en sostener que las cosas, por lo menos en materia penal, no han cambiado de manera sustancial.

Los funcionarios judiciales, así como los periodistas y los transeúntes del asfalto, tienen que aceptar que se ha dado un cambio cualitativo –este sí de fondo– en lo conceptual y en lo instrumental de la administración de justicia.

Nadie puede negarse a admitir hoy, salvo los jueces *de mármol*, que en asuntos de justicia penal se modificaron sustancialmente la forma de interpretar y aplicar la ley, la manera de imponer las penas y el método requerido para examinar las pruebas.

Quien ahonde en los lineamientos de la nueva normatividad procesal, tendrá que darse cuenta de que la ley ha dejado de ser un *imperativo ético* para

convertirse en un *imperativo técnico*; tendrá que admitir que los *estándares de prueba* del nuevo sistema, conducen a la *certeza discursiva* y dejan atrás la *certeza racional*; y, por último, no podrá negar que la *sana crítica*, el método de análisis consustancial al sistema inquisitivo, es totalmente incompatible con el *método sistémico* que hierve, que se agita en la entraña del proceso penal acusatorio.

Este *sumami* conceptual y metodológico, por su profundidad y su trascendencia, reclama de la academia, a la hora de formar abogados, y obvio que también de la judicatura al momento de dictar sus sentencias, un cambio de enfoque y de contenidos.

El sistema oral no está constituido únicamente por sus *tecniquerías*, como lo cree la mayoría de los funcionarios que conforman el Poder Judicial. Los juzgadores deben comprender que el *nuevo modo de ejercer el oficio* corresponde, y además tiene su origen, en una *manera de pensar* diferente a la del sistema penal derogado.

Ese modo de pensar, esa nueva concepción de lo que es la justicia, es lo que los llamados “operadores judiciales” –¡uff!– deben asimilar para que su labor corra parejas con los valores y principios que encarna la Ley 906 de 2004.

Con fundamento en los valores y principios de un sistema penal derogado –elinquisitivo–, no

pueden seguir juzgándose, aquí y ahora –en pleno auge del sistema penal acusatorio–, las conductas desviadas de los ciudadanos.

Lo que hoy rige, señores profesores, jueces y magistrados, y parece que sobrara decirlo, no es el sistema penal inquisitivo. Lo que está vigente, señores juristas de refinada crema, es un nuevo orden punitivo: el sistema penal acusatorio.

Una nueva cultura –ética, epistemológica y lógica–, se cierne sobre el ambiente judicial. Y esa nueva cultura obliga, por si no han caído del zarzo, a cambiar de cabeza, esto es, de forma de asumir el oficio de juzgar. Con ello quiero significar que en estos tiempos, para hacer de juez, no basta cambiarse el saco y la corbata por la toga.

NOTA BIO-BIBLIOGRÁFICA

ANDRÉS NANCLARES ARANGO estudió derecho y ciencias políticas en la Universidad de Antioquia. Aunque no es que le guste mucho escribir libros de derecho, una vez, para que lo nombraran magistrado, publicó uno: "*Los jueces de mármol*". Hoy por hoy, y en lugar de irse a adular, intrigar o lamer el culo del poderoso, ejerce tres oficios: en las noches, hace de *perito en lunas*; en las tardes, se ocupa como *inspector de nubes* y, para no aburrirse, en los días de invierno se va al centro de la ciudad a servirles de *pasador de charcos* a las personas que caminan de un lado a otro, rumbo a sus lugares de trabajo, con los zapatos rotos. Estos quehaceres, muy productivos los tres, lo mantienen a salvo de tener que salir de su casa a mendigar, de juzgado en juzgado o de corte en corte, un inciso o el párrafo de alguna norma de orden procesal o sustantivo.

nanclaresarango@hotmail.com

Esta obra se terminó de imprimir
el 18 de marzo de 2017
en los talleres gráficos de
Grupo Editorial Ibáñez
Cra. 69 Bis No. 36-20 Sur
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia

Notas

OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

5.

CONRADO IMITOLA, ROQUE LUIS

LOS PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Aspectos constitucionales, legales
y jurisprudenciales

6.

MARTÍNEZ MALAVER, JOSÉ MANUEL

LA PRUEBA PERICIAL EN EL ACTO MÉDICO EN EL SISTEMA ACUSATORI

7.

LEMUS MURCIA, ANA MERY

LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN

Mecanismos alternativos para la defensa de los
derechos de los adolescentes, bajo el paradigma
de protección de la Ley 1098 / 20060

8.

HERNÁNDEZ GÓMEZ, JORGE LUIS

EL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Estudios socio jurídicos