
El oficio del investigador socio-jurídico. Análisis aplicado a un proceso de investigación

*Manuel Fernando Moya Vargas**

Resumen

El investigador socio-jurídico contribuye en el proceso reflexivo de la sociedad, mediante la aproximación científica a las prácticas que se desarrollan en su interior. Particularmente aplicada esta forma de constitución del saber al campo jurídico, se demanda una actitud de objetividad en que se contrae a verificar dichas interrelaciones, sin asumir el rol de director del conocimiento o informador de los operadores judiciales. Este método se aplicó a la investigación titulada «El manejo de la prueba por intervinientes particulares en el sistema adversarial colombiano». Una cultura del derecho probatorio por constituirse, patrocinada por la Facultad de Derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, mediante la cual se estableció que los abogados colombianos no se encuentran capacitados para ingresar en el espacio judicial planteado por la Ley 906 de 2004.

Palabras clave: abogados, adversarial, campo jurídico, espacio judicial, *habitus*, individuación, investigación, Ley 906 de 2004, manejo de la prueba, socio-jurídico, transvaloración, trasfondo, verdad judicial.

Abstract

The socio-legal researcher contributes to the reflective process of society, through the scientific approach to the practices that develop within it. Particularly applied this form of legal knowledge to the field, demand is an attitude of objectivity that is contracted to verify these interactions without assuming the role of director of knowledge or information of legal operators. This method was applied to research on the handling of evidence by persons involved in the Colombian System of Particular Adversaries. A culture of the

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia y doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la misma universidad. Docente e investigador de las Universidades Santo Tomás de Aquino y del Rosario.

law of evidence established by, sponsored by the Faculty of Law at the Universidad Jorge Tadeo Lozano, in which it was established that the Colombian lawyers are not trained to enter the area of justice raised by Act 906 of 2004.

Key words: lawyers, adversary, legal field, judicial area, *habitus*, individuation, research, Law 906 of 2004, handling of evidence, socio-legal, transvaluation, background, judicial truth.

Introducción

La producción y transferencia de conocimiento enfrenta alternativas múltiples, entre las cuales cabe confrontar la que se complace en la constitución de un discurso que, en tanto tal, se ocupa predominantemente de la consolidación de un cuerpo estructurado de ideas. Mientras que otro no aparece tanto como el discurrir de un pensador que ata múltiples categorías, sino el que se aproxima cauto a una sociedad que le opone sus secretos y su forma de ser en general.

Ninguna de las dos opciones parece ser mejor o peor, diríamos que tradicionalmente requerimos de ambas, se reclaman interdependientes, pero mientras la primera no demanda sino un pensador, la segunda es más bien oficio de etólogos, quienes más que pensar observan e intentan entender.

Con el derecho se aprecia una muy marcada tendencia en el país y, hasta podríamos sostener, tradición, persistente en la generación de discursos tributarios de tendencias universales, positivistas, finalistas, estructural-funcionalistas, etcétera, que se ofrecen a la orden del día como producción y glosa del saber jurídico. Raramente el productor del saber se inquieta por volverse sobre la sociedad que busca reglamentarse.

La generación de los discursos es necesaria pero no contesta inquietudes impostergables. ¿Por qué tenemos una sociedad acentuadamente anómica? Es un pregunta que ninguna teoría y mucho menos un dogma pueda absolver.

Lo que intenta reivindicarse en esta leve aproximación, es la necesidad de volverse sobre las relaciones sociales para redescubrir sus prácticas jurídicas. Categorías tales como el campo jurídico o el espacio judicial, proveen herramientas que permiten aproximarse a esa realidad oscura mientras no se la ilumine con la mirada que explora y, descubre el saber, no lo inventa, sino que lo encuentra ya constituido por una sociedad que precede al investigador.

Desde luego es refrescante y hasta grato discurrir acerca de esa otra forma de ofrecer el saber. Por ello la exposición continúa con la presentación de un estudio aplicado, en que se muestra lo que ocurre o lo que hacen los actores judiciales con una norma en el espacio judicial. Esta vez evidencia el acontecer probatorio del esquema de enjuiciamiento acusatorio y adversarial, lo describe y confronta las prácticas con ideal normativo.

El oficio del investigador socio-jurídico

Una de las ideas cimeras de Hesse señalaba al *hombre* como un objetivo de sí mismo y no un punto de partida. Quiso decir con ello que no hace parte de las criaturas constituidas sino de las que se constituyen, es decir, de las que viven un perpetuo crecimiento, una constante transformación. Desde esta perspectiva la vida del hombre es un permanente hacerse hombre, un insistente renacimiento en que se intenta dar a luz al ser que se ha soñado como superior. Idea esta que no puede tomarse por nueva, al fin y al cabo Jesucristo proclamaba entre sus seguidores un nuevo orden que reclamaba por condición haber nacido nuevamente, *esta vez del espíritu*.

Desde luego, podríamos acudir a muchos autores que participan de ideas similares, como por ejemplo Joyce, Wilde, Whitman, Twain o St. Exupéry, quienes habiéndose sumergido en las profundidades del ser forjaron la obra que quiso aparecer como artística, si bien sus fundamentos filosóficos y espirituales son innegables: el hombre que migra hacia sí mismo, el hombre que retorna a Dios, el hombre que se resiste a ser apenas lo que es, el ser *trascendentalis*, en fin, se trata de toda una reconcepción del ser humano y con ello de la epistemología misma, que ahora se dirige hacia la subjetividad, no a la manera como lo hizo la psicología decimonónica empeñada en explicar tanto lo objetivo como lo subjetivo en el acontecer interior, sino, en cambio, a la manera como Einstein invirtió el principio de Newton: las cosas ciertamente son relativas, pero no respecto de otras cosas, sino a sí mismas.

En la nueva concepción del ser el hombre es relativo a sí mismo, por ello adquirió un plus antes no muy bien informado en occidente, puesto que proponía que cada uno fuera la aventura de ser él mismo, algo único y original, la oportunidad exclusiva que si no vive no se descubre, un ser en sus inicios desconocido que se conquista mediante la experiencia, y si se pierde se pierde por siempre. De ahí que se haya dicho que llevar jóvenes a la guerra no sea otra cosa que un aborto postergado dieciocho años.

Esos seres en el proceso de autodescubrimiento se relacionan con sus semejantes, si bien en esa aproximación se encuentre la alternativa latente de negarse, esto es, eliminarse, el lugar del hombre está en donde puede experimentarse como individuo, y ello paradójicamente, sólo es posible cuando puede reconocerse en su par, en su homólogo, es decir, en su *próximo*. En ejercicio de esa experiencia los espacios secantes entre las diversas aventuras, los cruces de caminos, los caminos que se unen, y los que se disuelven a propósito del encuentro, constituyen el *eidós* del espejismo de intentar ser él (Blumer, 1982; cfr. Merleau-Ponty, 1970, 1957).

En esta concepción recreada de la criatura humana, la sociedad no es apenas un agregado de individuos que hace de él nada más que la expresión de su forma de ser gregaria, antes bien se trata de un *topos* donde caben los cuerpos y los espíritus, las mentes y las personalidades, es pues el lugar natural del descubrimiento de la individualidad, de realización y consagración del hombre. Ante todo es el laboratorio natural de los hombres. Es

así que el espíritu, la mente o la personalidad, y bien todo aquello que parece identificar al hombre como ser distinto a cualquier otro, no tiene sentido sino en relación con otro ser. Un pensamiento, un ideal, un sentimiento o una obra, carecen de objeto en el silencio y la soledad, deben trascender y ello es posible a condición que se transmitan a otros hombres.

Luego la creación humana es por sí o para sí, obra social, si se prefiere, realidad socialmente constituida. La sociedad es, por consiguiente, el lugar de la aproximación de las criaturas que intentan ser humanas, un reclamo de su crecimiento y una condición de su realización, en consecuencia, un medio de creación y transformación.

¿Puede haber un mejor motivo para descubrirla? Confiando en que no se cuestiona, el proceso de acceso demanda algunas precisiones.

En primer lugar, siendo las relaciones sociales la expresión básica del crecimiento humano, la pretensión de la sociología no ha podido ser la de arrogarse el patrimonio de la totalidad de esas relaciones, ha debido ceder a la transdisciplinariedad entregando al experto en determinados discursos y métodos, pero en todo caso igualmente etólogo, el acceso, cuando no la apertura, de las cribas del saber particular. De ahí que haya venido adquiriendo recientemente tanta fuerza la sociología jurídica, entendida como método de concreción de las relaciones específicas que surgen dentro de las interacciones subtendidas por el control jurídico (Silva, 2005).

Ciertamente, el campo jurídico es un *topos* especial de la sociedad humana, en él se trafica un importante capital simbólico, y se opera un juego reglado al cual sólo acceden los calificados como expertos. Por consecuencia excluye al lego, es decir a quien no puede comunicarse conforme a unas simbologías especiales manifiestas a través de un discurso particular, el jurídico propiamente dicho, y ejercitadas a propósito del método que el derecho informa. Para acceder al campo jurídico es preciso haberse formado previamente en las condiciones de acceso al mismo (Bourdieu, 2003, 2000, 1993).

Por otra parte, en el campo jurídico se opera una expresión concreta, necesaria y performativa de la construcción social de la realidad (Searle, 1997). Es el campo jurídico el lugar social donde se realizan las relaciones jurídicas, entendiendo por tales aquellas que se sustentan en la creencia social de las consecuencias que se le atribuyen, por cierto jurídicas, tales como el poder exigir cierto tipo de conductas, el admitir un particular complejo de efectos frecuentemente contrarios a las voluntades involucradas, pero sobre todo, se trata de admitir que su cumplimiento ó incumplimiento desata un cierto tipo de potestades y expectativas realizables, sustentadas exclusivamente en la aceptación social, puesto que no sólo resultan determinantes las partes involucradas en el conflicto, sino que también concursa la creencia de quienes aparentemente se encuentran al margen de la relación concreta, de ahí la fuerza con que se impone la necesidad de acreditar que se dieron las condiciones para desatarlas (Atienza, 2001).

Si se piensa en un contrato sencillo, por ejemplo la compraventa de un bien consumible, de tráfico cotidiano, el poder exigir la entrega del objeto a cambio del precio una vez

acordados, depende de la certeza de que cualquier ser social igualmente podría hacerlo dadas las mismas condiciones (Shütz, 1972). En cambio pierden el valor de jurídicas otro cierto tipo de relaciones que carecen de ese elemento de sustento social, compuesto por la creencia generalizada de las consecuencias que desata. Así, por ejemplo, la venta del alma no genera consecuencias, ante todo, porque socialmente nadie cree que tal acto opere los efectos que en cambio sí atribuye a la venta de pan, vituallas, víveres, etcétera.

Al ir más allá del método bordieuno, creemos que dentro del concepto de campo jurídico debe especificarse el de espacio judicial. En efecto, son objeto del campo jurídico las relaciones conforme las identificamos, la mayor parte de ellas fluyen con la naturalidad que les informa el sustento social, así como fluyen otro tipo de relaciones igualmente culturales pero no necesariamente jurídicas, como por ejemplo, las relaciones familiares, las de amigos o las de parejas, unas y otras también informadas por las creencias sociales de ser lo que deben ser. Pero cuando las relaciones jurídicas se ofrecen estancadas en su desarrollo, bien porque los directa e inmediatamente involucrados no participan de los acuerdos necesarios, ora porque su misma forma reclama un cierto tipo de procesamiento, se precisa ordenarlas conforme al flujo social, dentro de un lugar especial del campo jurídico, que es el espacio judicial conformado por los procesos (Moya, 2007).

El espacio judicial hace parte del campo jurídico, pero es una especificación del mismo. Obsérvese que el espacio adquiere características demasiado concretas, así, surge como el lugar de solución de conflictos y formalización de ciertos acuerdos, aun cuando en algunas ocasiones el proceso se opere ante autoridades no judiciales, empero, con atribuciones jurisdiccionales. Es allí a donde se llevan las situaciones que no fluyen en el tráfico social y cuyo estancamiento debe ser superado, función que a propósito de sus efectos siempre ha merecido especial consideración, de ahí que tradicionalmente se haya confiado a autoridades con especiales potestades, desde los consejos de ancianos, hasta las altas magistraturas, inclusive los monarcas, cónsules y príncipes (Scialoja, 1954).

Por ser el receptor de las situaciones estancas, en el espacio judicial se opera una de las más complejas transformaciones sociales. Se apreciará que lo señalado como “conflicto”, en tanto adquiera contenido jurídico fatalmente pierde cualquier connotación de “natural”, puesto que el conflicto jurídico es inevitablemente institucional, de hecho, la primera y fundamental condición para que exista es que las partes estén de acuerdo en la presencia de un conflicto, el cual atiende a la preexistencia de disposiciones que en criterio de las partes concursan a favor suyo. Por ello mismo las partes pretenden resolver el conflicto de acuerdo con sus intenciones que, para que exista el conflicto, deben hallarse enfrentadas, es decir, ser incompatibles, o lo que es igual, cuando la realización de una de ellas conlleve la irrealización de la otra (Bastida, 2000).

El juez, al menos en instantes históricos identificado con el sacerdote o el monarca —a propósito del rito de la toga, actor social erigido en diseccionador y solucionador del conflicto, al hacerlo opera una transformación social que no sólo consiste en constituir

una relación jurídica concreta, esto es la realización de una de las pretensiones y la simultánea irrealización de otra, sino que además genera prácticas sociales en la medida que a partir de dicha decisión se operan concretas relaciones que van más allá de lo meramente procesal. Pero además, la decisión está llamada a pautar otras relaciones que al adquirir características similares, tenderán a resolverse en el campo jurídico conforme a la guía judicial. Sin duda, es esta la forma como el juez crea derecho, no en el acto nudo de interpretación, en cambio particularmente en la constitución de condiciones para que en el campo jurídico cierto tipo de relaciones circulen de acuerdo a su particular información, expuesta en la decisión. Ello por cuanto quienes se enteren de la misma tenderán a adecuar sus situaciones comunes a la decisión, para evitar el paso por el espacio judicial, siempre estrecho, siempre odioso, siempre excluyente y peculiarmente peligroso. El efecto es decididamente operado a partir de la influencia del técnico en derecho, quien procurará expandir los efectos de la decisión conceptuando, asesorando y litigando conforme a ella (Lindhal, 1990, 1984).

Por otra parte, en tanto las decisiones judiciales conllevan la conclusión de un conflicto por medio de la imposición de una forma de ser particular del mismo, sea sobreponiendo una pretensión sobre otra, dependiendo del grado de adversariedad, o por lo que establezca el juez *de iura novit curia*, el conflicto en tanto tal desaparece y cede el paso a una nueva forma de ser de la realidad social, que a su vez interactuará con otras relaciones.

Son al parecer más que suficientes las razones aducidas para concluir que el campo jurídico y, muy especialmente el espacio judicial, configura un polo esencial de la sociedad, por cuanto ahí se operan transformaciones sociales de manera permanente. Acaso se comprenda mejor el porqué de la idea conforme con la cual el espacio judicial es un laboratorio de ingeniería social, advirtiendo que no se debe exclusivamente a que mediante él se desaten conflictos sino particularmente, a que en él se generan las condiciones de interacciones más complejas, no solamente individuales sino también colectivas y, en fin, políticas.

Dadas sus características y las funciones que cumple, el campo jurídico debe ser explorado científicamente; sin embargo, no es cualquiera la mirada con que debe operarse la aproximación. Dicha mirada precisa encontrarse íntimamente familiarizada con el juego judicial, es decir, las operaciones básicas que deben cumplirse para ponerlo en funcionamiento, tanto más cuanto dentro del campo jurídico el objetivo concreto es el espacio judicial. Si no es así, es decir, si se orienta a él una mirada desnuda de las condiciones pertinentes, pasa tanto como puede suceder cuando una cámara enfoca el espacio del quirófano sin conocer los procesos particulares que allí se operan, seguramente la deslizará sin mayor diferencia a como captaría un accidente en que hubiese una persona herida: a partir de la superficie de producen las consecuencias que no son válidas desde las superficies sino desde las profundidades (Silva, 2001).

Por otra parte no puede olvidarse, jamás, que esa misma mirada es ante todo un instrumento de aproximación; de exploración si se prefiere así designarlo.

Esta condición implica que la mirada que escruta debe asegurarse de apreciar el objeto de forma íntegra. Quiere así decirse que no puede invertirse la función del ser que se aproxima con el objeto al cual se aproxima. Pareciera algo tan pasajero por obvio, pero sin embargo uno de los riesgos más presentes y escurridizos de quien se pretende investigador. En efecto, el explorador debe tener la disposición plena de querer dejarse sorprender, esto es, permitir que el objeto de investigación invada su consciencia tal y como es, para someterlo al análisis conforme a las categorías que resulten competentes; como dijera Husserl, se trata de asistir el instante antepredicativo de la conciencia: *Sinn genesis*.

Ningún investigador auténtico sabe a dónde va, señaló Nietzsche, está siempre dispuesto a la sorpresa, se cuida de respetar el objeto de investigación como aquello que no precisa nada de él, porque no lo requiere para existir, luego no tiene el investigador por qué tener la pretensión, más bien ridícula, de enseñarle a los operadores judiciales a jugar el juego judicial, lo único que lo anima es establecer cómo lo hacen y qué implica que sea así y no de otra forma.

El investigador es ciertamente un experto en aquello que investiga, esa es una condición de aproximación, pero debe no saber a dónde lo conducirá la observación, entendiendo que está dispuesto a llegar incluso donde no quisiera. Por ello mismo una de las tentativas más visibles es que el técnico que investiga pretenda comprobar sus propias convicciones. Ello es válido, pero no es propio de un investigador, porque éste hace presente a su consciencia y a la de los demás el modo de ser real del espacio judicial, no lo que debería ser, ni su particular propuesta sobre lo que debería ser el espacio judicial.

Colombia es un país que apenas se inicia en este método de producción de saber, lamentablemente se ha encontrado seriamente limitado, cuando no extraviado, por la producción de manuales que pretenden formar investigadores a la manera como funcionan las “prácticas forenses”, posando el acento en aspectos formales, cuando la investigación misma no es formal, sino un medio de acceder a la realidad social y proveer herramientas de estudio. Ello ha desatado más que cuidados científicos, temores fantasmales acerca de lo que es el oficio del investigador, llegando a difundirse la idea que investigar es algo así como una labor esotérica, en una desinformación similar a la sucedida con la técnica de casación.

La verdad sea dicha, así como al mal músico todo se le va en templar y hasta los dedos le estorban, al mal investigador todo se le va en hacer el proyecto y hasta la sociedad le estorba, quizás por esta misma razón prefiera antes que atreverse a explorar lo desconocido y cambiar algo en su consciencia, conformarse con lo que ya sabe o le pueden proveer los libros para mejor deslumbrar ignorantes de ocasión.

Un tanto animados por el propósito de desintegrar ese prejuicio, hemos querido evidenciar el aserto de lo que anunciamos como oficio del investigador socio-jurídico, y mostrar su aplicación a un proceso concreto, si bien ya en muchas otras ocasiones puesto a prueba y demostrado su valor, se ha optado por éste al ser el más reciente en términos de

concreción de resultados, así como su origen proveniente de la Facultad de Derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

El manejo de la prueba por intervinientes particulares en el sistema adversarial colombiano

El espacio jurídico desatado por la Ley 906 de 2004, constituye uno de los objetos de investigación socio-jurídica más atractivos en el momento histórico que vive el campo jurídico del país.

En efecto, el Acto Legislativo 03 de 2002 fracturó las prácticas milenarias del procedimiento penal en Colombia. Habiéndose vivido dos siglos de espacios judiciales en lo penal marcadamente napoleónicos, esto es, con la característica de la convergencia de aspectos de enjuiciamiento inquisitoriales y acusatorios, legalmente se abandonó por primera vez este esquema a favor de otro en que predominan las características acusatorias y, más que ello, las adversariales. En tanto esquema procesal dio inicio su implementación el 1º de enero de 2005, registrando hasta el momento casi tres años de ejercicio.

El nuevo esquema de enjuiciamiento criminal se apoyó en un discurso en que predominó el propósito de agilizar los procesos en términos de justicia material y formal, es decir, ganado tanto en costos materiales como humanos, pero en todo caso a favor de la realización de los valores y principios de la administración de justicia (Dahrendorf, 1994). El giro legislativo ha desatado, curiosamente, un giro epistemológico en el ejercicio de la administración de justicia pues, contrario a lo que sucedía con el esquema preliminar, simultáneamente se han venido desatando procesos de observación en los que, sin embargo, ha predominado la tendencia a verificar uno solo de los aspectos, esto es, el aspecto econométrico del proceso, proveyendo datos estadísticos (Arias, 2006).

Pese a que la presente parece ser de las pocas investigaciones, si no la única, que ha tenido la pretensión de verificar las condiciones reales de justicia material, es interesante la situación si se compara con lo que la historia registra en punto al análisis del espacio judicial. En efecto, en vigencia plena de los esquemas procesales napoleónicos, los estudios socio-jurídicos escasearon; sin embargo, se justificó la reforma en la necesidad de superar los defectos de esta metodología de enjuiciamiento sin verificar las prácticas judiciales desatadas en su desarrollo, lo que implica haberse tenido la pretensión de solucionar algo de lo cual apenas se conocen sus manifestaciones, pero no sus causas, desde ese punto de vista se operó a partir de intuiciones antes que desde una verificación científica de la situación del espacio judicial. ¿Qué disfuncionó, si fue que realmente disfuncionó, del esquema napoleónico? Es algo que se ignoraba al momento de implementarse la reforma, que se ignora actualmente y seguramente se seguirá ignorando, aun cuando los pocos estudios sugieren que no fue en sí mismo el procedimiento sino los actores judiciales, probablemente

agotados por el cansancio que produce una administración de justicia con visos palmarios de ineficacia. Probablemente contribuyó así mismo que la carrera judicial estrictamente no promueve a los operadores del espacio judicial, y se encuentran estancados en sus vidas profesionales sin mayor estímulo de desarrollo personal. Acaso pueda suceder que así mismo la corrupción privada y la que ocurre en las instituciones se acoplaron al enjuiciamiento napoleónico, habiendo desarrollado una relación simbiótica a la manera como un tumor surge en un órgano hasta integrarse a él y vivir de él. Y muchas otras probabilidades pueden señalarse (Moya, 2003).

En fin, se operó una modificación de contenido significativo específico, con la intención manifiesta de rescatar la administración de justicia del estado en que se hallaba, sin establecer qué era exactamente lo que estaba sucediendo.

Como se sostuvo, la modificación no sólo estuvo motivada por tal pretensión, respecto de la cual no puede menos que aplaudirse, si bien es muy crítico operar una alteración de dimensiones épicas sin apoyo en estudios serios y no de ocasión, para establecer la propiedad de la solución a los inconvenientes que intenta atacarse a través de ella. Pero acaso lo más comprometedor en el proceso de implementación no sea esta condición, sino que en nombre de componer una mejor administración de justicia en términos de eficacia, se desataron alteraciones importantes en las prácticas judiciales, referidas a múltiples aspectos (Damaska, 2002).

Uno de esos aspectos está constituido por la necesaria reivindicación de la figura del juez. Bajo el esquema napoleónico resultó degradada a su mínima expresión, no sólo por su lamentable estatus social fruto de una remuneración que no consulta el servicio social que prestan, sino también a causa de las prácticas corruptas que van desde las decisiones influidas por los temores inspirados por la condición política o académica de algunos abogados, hasta las formas vulgares de cobro o recepción de prebendas a cambio de decisiones (Silva, 2001). Frente a tal situación, sin duda, la apertura de la administración de justicia mediante audiencias públicas, precisa una forma de control social, lo que al menos aparentemente generaría una actitud mucho más comprometida del funcionario juez. Un juez que no asume su nuevo rol en términos de calidad de las decisiones, y un Estado que no le reconoce su nueva condición en términos de remuneración, protección y capacitación, conlleva convertirlos en especies de reyezuelos con pretensiones de tiranos venidos a menos.

Puede así mismo señalarse pero ahora con respecto a los abogados que litigan en el espacio judicial de la Ley 906 de 2004, que no sólo se les plantearon exigencias frente a los nuevos conocimientos que demanda una reforma legal, sino modificaciones determinantes en sus prácticas judiciales. Así por ejemplo, el fiscal pasó a ser un abogado que litiga en las mismas condiciones del defensor, dejando a atrás sus viejas ventajas que lo igualaban a un juez de instrucción, debiendo ahora apropiarse sus actuaciones al equiparamiento que lo cataloga como un abogado más de los que intervienen en el proceso.

Entre las condiciones o nuevos desafíos compartidos por los abogados defensores, representantes de las víctimas y los fiscales, pesa de una manera particularmente exigente el nuevo manejo de la prueba. En efecto, se abrió un nuevo proceso de constitución de la verdad procesal determinado por el carácter adversarial del espacio judicial, conforme con el cual dos partes con pretensiones enfrentadas, es decir, en conflicto, tal y como lo precisamos supra, procura persuadir al juez. Tal condición no sólo resulta novedosa en tanto condición de las prácticas judiciales, sino que plantea reclamos particulares hasta ahora desconocidos.

Si cada parte constituye las condiciones de persuasión conforme a su verdad judicial, ésta se construye en un proceso dialéctico individual operado desde el actor judicial que adquirió la condición de parte hacia el juez, y no del juez hacia el juez, conforme lo planteó el enjuiciamiento napoleónico.

De ello se desprende que las precondiciones de constitución de la verdad penden integralmente de cada parte, de suerte que si se está interesado, como tiene que estarlo, en persuadir al juez de su verdad, es preciso que opere en su integridad el proceso de persuasión, esto es, tanto las condiciones materiales o hechos brutos, por mejor decir, que las probatorias, hasta las dialéctico-discursivas.

Por ser este el planteamiento o condición del juego judicial que formular el procesamiento acusatorio y adversarial a los abogados colombianos, surge un agrave inquietud consistente en determinar qué tanto se encuentran en capacidad reflexiva y operativa para jugar el juego.

Dicho problema de investigación planteó por hipótesis que los abogados colombianos no se encuentran en condiciones suficientes de manejo profesional de la prueba, fruto de la ausencia de programas de capacitación apropiados a esa exigencia, lo cual desató el proceso de investigación que lleva por título de presentación, «El manejo de la prueba por intervinientes particulares en el sistema adversarial colombiano. Una cultura del derecho probatorio por constituirse».

Si bien el título mismo es ya bastante ilustrativo conviene precisar que no se incluyeron los abogados públicos, esto es, fiscales y defensores públicos, en consideración a que vienen siendo capacitados a instancia del Estado y, al menos teóricamente, no están llamados a disfuncional; empero, los abogados particulares, abandonados a su suerte por el Estado, no han sido objeto de de políticas públicas serias de preparación dentro del proceso de implementación del llamado “sistema” acusatorio.

Se dice “intervinientes” con el propósito de no excluir abogados que en condición de investigadores, colaboradores, suplentes, o cualquier otra condición pudiese generar exclusiones que sesgaran los resultados. En cuanto a la mención específica al “sistema adversarial colombiano”, ha obedecido a que la condición de acusatorio en rigor no es ninguna novedad en el nuevo enjuiciamiento, mientras que la condición de adversarial sí lo es, conforme lo hemos mencionado reiteradamente.

Y que se trata de una cultura del derecho probatorio en vías de constitución, se orienta a establecer y, más que ello, a orientar a quien se aproxime al proceso a cerca de la hipótesis de investigación ofrecida como punto de partida.

Este proceso de investigación inició en septiembre de 2006, con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, y sentó como categorías o bases epistémicas de análisis, las consabidas de campo jurídico, en el sentido de Pierre Bourdieu, si bien se ingresó otra, fruto de los análisis que el mismo director ha venido realizando en otros procesos, como es el de espacio judicial, y trasfondo jurídico, en el sentido de J. Searle, también conocido como *habitus*, en la denominación de Bourdieu. Así mismo, la transvaloración y la individuación, ya descritas arriba como el establecimiento de un nuevo juego judicial que propone reestructurar la concepción de verdad judicial; y la individuación, de palmaria inspiración nietzscheana, como el instante particular de apropiación de una institución.

Con base en estas categorías se procuró identificar las prácticas profesionales que se operan en torno a la tentativa de construcción probatoria.

Si bien es cierto, un tanto siguiendo a Alexy, se partió del derecho positivo, esto es de las normas asociadas con el manejo de la prueba, el objetivo de la investigación estuvo claramente definido por el uso que se practica del derecho positivo dentro del espacio judicial.

Fieles al criterio que un investigador no debe arrogarse el derecho a dirigir el sentido de las prácticas, no ha sido el propósito de esta enseñarle a nadie lo que es el manejo de la prueba, sino establecer cómo se está operando dicho manejo en el espacio judicial colombiano y, qué tanta coincidencia registra frente a la institución normativa.

Metodológicamente se aplicaron varias técnicas que apuntaron al unísono al mismo resultado final.

En primer término y a fin de establecer los propósitos intencionales del legislador y adjuntos los límites extensionales, se practicó una reconstrucción histórica de las disposiciones de la Ley 906 de 2004 relacionadas con el manejo de la prueba, acudiendo a las fuentes compuestas por las actas de la Comisión Redactora Constitucional, las deliberaciones del Congreso de la República y la correspondiente exposición de motivos, lo cual arrojó una preocupación manifiesta del legislador en punto a la preparación de las personas llamadas a participar en el manejo de la prueba, pese a ser conscientes que tales presupuestos o exigencias preliminares se predicaban tanto de fiscales como de abogados particulares, empero cifradas en la actividad particular de los primeros y muy particularmente, en los investigadores en quienes se apoyarían.

Tal situación generó que se desatara un código con indicaciones particulares acerca del manejo de la prueba, como por ejemplo la rotulación de evidencia, temáticamente ajenas a un texto normativo, pero aconsejado por el legislador por cuanto se dudaba bastante de

las condiciones reales de los abogados colombianos, prefiriendo ceder en técnica legislativa a favor de las necesidades no suplidas de capacitación en la materia.

Los mismos legisladores advirtieron acerca de la incompletud de la legislación, por cuanto se precisaba entrar a regular aspectos tales como la reconversión del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, lo cual hasta el momento no ha sido desarrollado.

De cualquier forma, lo cierto es que tanto la Comisión Redactora Constitucional como el Congreso mismo, estuvo asistido de mucha razón acerca de sus prevenciones, lo cual no garantizó que sus medidas hubiesen resultado suficientes. En efecto, un segundo paso técnico de la investigación, a nuestro modo de ver el más importante, fue desarrollado mediante observación in situ de doscientas audiencias que a nivel de juzgados penales municipales, circuito ordinario, circuito especializado y tribunal superior, registraron manejo de la prueba por parte de abogados particulares.

A tal efecto se construyeron instrumentos para el registro de la evaluación de las intervenciones, con fundamento en los cuales se obtuvieron datos que reflejaron falencias por parte de los abogados relacionados con el régimen legal de los medios de convicción, su conservación, su incorporación y práctica. Falencias que indicaron cómo los abogados llegaron a resultar deficientes hasta en el 80% de sus intervenciones.

La evaluación fue diferencial en punto a los distintos medios de prueba incoados, entre los que se registró el testimonio, el documento, los experticios, la evidencia física e, incluso, los indicios.

En ninguno de los medios señalados pudo concluirse que los abogados registraron un buen comportamiento, inconsideración a que el nivel de error osciló entre el 30 y el 80% aproximadamente, exhibiendo por consecuencia que en general, los abogados particulares no se encuentran en condiciones de idoneidad suficiente acerca del manejo de la prueba que reclama la forma de enjuiciamiento incorporada mediante la Ley 906 de 2004.

Estos datos, de por sí preocupantes, se corroboraron mediante dos técnicas adicionales. Por un lado, se encuestaron jueces, abogados, fiscales, investigadores, peritos y defensores públicos, actores todos con experiencia en el espacio judicial constituido por la Ley 906 de 2004, carecen de la suficiente formación que esta forma de enjuiciamiento acerca del manejo de la prueba.

A partir del trabajo, que incluyó desde luego la observación y experiencia personal de los investigadores, se identificaron veinticinco prácticas disfuncionales en las actuaciones de los abogados particulares. Entre las cuales pueden señalarse desde la ausencia de una cultura que reclama el apoyo en investigadores expertos, hasta la creencia que contrainterrogar consiste en agredir verbalmente a la persona del testigo o del perito. Así mismo cabe señalar que de los pocos abogados que se apoyan en investigadores, establecen una relación de poder con ellos, bajo la creencia que deben darles órdenes o exigirles que sa-

tisfagan sus exigencias, empero, ignorar lo mínimo que demandan las técnicas de investigación.

El acudir a las audiencias solos, sin haberse enterado suficientemente del objeto del proceso, ni haber construido teorías del caso, incluso, sin los medios y objetos necesarios para desarrollar las exposiciones concernientes, evidenciaron que los abogados ingresan al espacio judicial de la Ley 906 de 2004 exactamente igual a como lo harían en el de la Ley 600 de 2000. Frente a tal realidad cabe preguntarse, ¿es posible que cambie la administración de justicia en términos de justicia material?

Y las conclusiones se corroboraron por otras técnicas como son las encuestas y las entrevistas en profundidad, así como el análisis de textos.

Entre las causas probables registradas se evidenció la falta de capacitación y provisión de formación en términos de destrezas y habilidades, de los programas formales de derecho. Razón por la cual se verificaron dichos programas arrojando por conclusión que, ciertamente, pese a la reforma, los programas de derecho probatorio y procedimiento penal, siguen siendo esencialmente los mismos que existían con anterioridad a la Ley 906 de 2004, significando que, por un lado, los abogados ya recibidos carecen de la suficiente y adecuada capacitación, pero lo que resulta por lo menos insólito, es que los abogados que están por recibirse serán arrojados al espacio judicial en las mismas condiciones. Es decir, no ha existido adecuación de la formación profesional universitaria a las nuevas exigencias del campo jurídico colombiano.

Que las deficiencias se verifican a nivel de pregrado y postgrado lo demostró no sólo la verificación de los contenidos curriculares, sino que jueces, defensores, fiscales e investigadores todos docentes, entrevistados en profundidad para los mismos efectos lo señalaron, advirtiendo que no se satisfacen las nuevas exigencias nada más que incluyendo cursillos, por cierto electivos, en técnicas de juicio oral.

Ciertamente, al hacer un estimativo de las necesidades curriculares plateadas por una forma de enjuiciamiento especial como es la que impuso la Ley 906 de 2004, cuyo esquema básico está ya siendo replicado en áreas como la laboral y pronto se extenderá a las restantes, exige que un profesional que pretenda preciarse de idóneo para acceder al espacio judicial, precisa haber desarrollado destrezas y habilidades tanto en construcción de conocimiento, como en métodos de transmisión de ideas previamente argumentadas, lo cual se erige como fundamento del tratamiento concreto de cada medio de prueba en particular. Por consiguiente, se requiere haber adquirido competencias operativas tanto en formas de expresión como en manejo particular de los distintos medios de prueba, lo cual demanda, entre otros, aprender técnicas de investigación.

Así mismo, se verificó mediante la técnica del análisis de textos, que la producción literaria a la cual puede acceder un abogado en Colombia, en materia de manejo de la prueba, es relativamente precaria. Si bien están a su disposición en bibliotecas públicas y

privadas alrededor de ciento cincuenta textos, ninguno lo informa integralmente sobre el particular.

Como se sostuvo en las conclusiones de la investigación:

El resultado es catastrófico si se consideran los intereses de las personas procesadas, porque han sido mal representados sus intereses. Esto puede generar efectos diversos, desde la afectación de la calidad de las decisiones en términos de justicia material, hasta la persistencia de las tendencias ocultas de jueces inquisitivos que precisan de crear ellos mismos la verdad judicial, en contravía de los principios acusatorio y adversarial.

En efecto, si los abogados fallan en sus intervenciones, el juez puede tomar la decisión a despecho de lo que debió haber sido el proceso, o corregir en la sentencia los desatinos de los operadores. En éste último evento, asume actitudes que no le corresponden, que si bien pueden justificarse por los fines superiores de la administración de justicia, invierte su rol al ejercer *de iura novit curia*, funciones que competen exclusivamente a las partes.

Como en todo caso, con abogados competentes o incompetentes, el sistema judicial sigue operando, los únicos afectados resultan ser tanto procesados como víctimas.

Decididamente se concluyó que la fuente de la disfunción se origina en la formación de los abogados, conforme fue señalado.

Esta forma de disfunción provee las condiciones apropiadas para que el sistema judicial resulte vulnerable a prácticas controvertibles, que se resuelven frecuentemente en violaciones flagrantes a derechos y garantías fundamentales, invirtiendo por esta vía los principios y valores constitucionales de la administración de justicia, perdiendo por completo los esfuerzos humanos y materiales que informaron la reforma.

Obviamente surge la improvisación y acaso el desespero en el desarrollo de la reforma, que no estimó si los abogados colombianos se encontraban en condiciones profesionales para acceder a un espacio judicial acusatorio y adversarial. Como anticipábamos, era de esperarse que investigaciones como la presente se hubiesen desarrollado antes de aventurarse a la reforma, no para desecharla, sino para adecuarla a las condiciones reales del país, por ejemplo, formado previamente a los abogados, u orientándolos en sentido que debía guiar su acomodación.

A falta de los estudios respectivos se enfrenta una realidad que reclama acciones urgentes. Frente a los abogados ya formados se requieren cursos de especialización que los actualice y forme. En cuanto a los estudiantes de derecho urge la modificación curricular que garantice el desarrollo de habilidades y destrezas, que a nivel operativo garantice su condición de litigantes adecuados. Es así que además de las modificaciones curriculares,

deben crearse y ofrecerse modelos pedagógicos de postgrado que permitan desarrollar niveles reflexivos y operativos adecuados para el ingreso de los abogados en el espacio judicial de la Ley 906 de 2004.

Pero adicionalmente, resulta necesario el desarrollo de las modificaciones legales pertinentes, que en algunos aspectos reclama la creación de normas, mientras que en otros modificar las existentes,

Así, es necesario entrar a regular el ejercicio de la investigación privada; y por otro lado, modificar las disposiciones sobre intercambio de pruebas con el exterior.

En la misma perspectiva, hemos hallado que el apoyo literario del discurso científico sobre el manejo de la prueba para el espacio judicial acusatorio y adversarial, es relativamente precario, lo cual recomienda que se desarrolle y se importe material didáctico sobre el manejo de cada medio probatorio en particular (...).

La experiencia enseña que provocar modificaciones no es bastante frente a lo que se encuentra en juego, por consiguiente es preciso mantener una política de verificación de los procesos, mediante el desarrollo de los modelos investigativos sostenibles y apropiados. No puede perderse de vista que la reforma realizada mediante la Ley 1153 de 2007, plantea demandas mucho más graves como la surgida a propósito del llamado acusador privado, pues con ello se constituye una expectativa de rol adicional para los abogados. Si no están preparados para defender, ¿cómo lo serán en el rol de acusadores?

Bibliografía

- ARIAS D., J.C. *et al.* *El proceso penal colombiano*. Tomo II. 1ª ed. Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005.
- . *El sistema acusatorio colombiano. Análisis desde su implementación*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2006.
- ATIENZA, M. *El sentido del derecho*. Ariel, 2001.
- BASTIDA, X. *El derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- BLUMER, H. *El interaccionismo simbólico. Perspectiva y método*. Hora, 1982.
- BOURDIEU, P. *Cuestiones de sociología*. Istmo xx, 2003.
- . *Espacio social y poder simbólico*. Gedisa, 1993.
- & G. Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2000.
- CARNELUTTI. *Derecho procesal civil y penal*. Traducción de Enrique Figueroa Alfonzo. México, Harla, 1997.

- DAHRENDORF. *Ley y orden*. Civitas, 1994.
- DAMASKA, M.R. *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*. Jurídica de Chile, 2003.
- ESPITIA, G. *Instituciones de derecho procesal penal*, 6a. ed. Bogotá, Ibáñez, 2006.
- GUIDENS, A. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Taurus, 2000.
- HEGEL, G.F.W. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa, 1999.
- LARENZ, K. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas (1985).
- LINDAHL, E. *Iuris dictio*. Pontificia Universidad Javeriana, 1990.
- . «La intencionalidad jurídica». En revista *Universitas Philosophica*, N° 3. Pontificia Universidad Javeriana, 1984.
- MERLEAU-PONTY, M. *La estructura del comportamiento*. Hachette, 1957.
- . *Lo visible y lo invisible*. Seix Barral, 1970.
- . *Fenomenología de la percepción*. Planeta-Agostini, 1984.
- MOYA, V. «El delito de inasistencia alimentaria. Apuntes para una interpretación sistemática del tipo». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. XXI, N° 68, enero-abril 2000.
- . *Cuatro aspectos polémicos de la Ley 906 de 2004*. Defensoría del Pueblo, 2007.
- SCIALOJA, V. *Procedimiento civil romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- SEARLE J.R. 1992. *Intencionalidad: un ensayo en la filosofía de la mente*. Tecnos.
- . *Actos de habla*. Cátedra, 1994.
- . *El redescubrimiento de la mente*, Crítica / Grijalbo-Mondadori, 1996.
- . *La construcción de la realidad social*. Paidós, 1997.
- . *Razones para actuar. Una teoría del libre del albedrío*. Ediciones Nobel, 2000.
- . *Mentes, cerebros y ciencia*. Cátedra, 2001.
- SHÜTZ, A. *El problema de la realidad social*. Amorrortu, 1962.
- . *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*. Paidós, 1972.
- SILVA, G. «Exploración socio-jurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria». En Gonzalo Cataño (coord.) *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- . *El mundo real de los abogados y de la justicia*. v.I.: «La profesión jurídica», v.II.: «Las prácticas jurídicas», v.III.: «La administración de justicia», v.IV.: «Las ideologías profesionales». Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.