

PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

CAROLINA PELÁEZ RÍOS - 32.141.116

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
MEDELLÍN
2012

PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

CAROLINA PELÁEZ RÍOS - 32.141.116

Monografía presentada como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Probatorio Penal

Asesor:
CARLOS ALBERTO MOJICA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL
MEDELLÍN
2012

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	4
1. GENERALIDADES DE LA INVESTIGACION	6
1.1 PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.2 OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.2.1 Objetivo general.	6
1.2.2 Objetivos específicos.	6
1.3 MARCO TEÓRICO	6
1.4 ESTRUCTURA Y DEFINICIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA	27
1.5 MARCO LEGAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA	32
1.6 METODOLOGÍA	34
1.7 MÉTODO APLICADO	36
2. SENTENCIAS SOBRE LA PRUEBA DE REFERENCIA DENTRO DEL ACTUAL SISTEMA PENAL COLOMBIANO	38
2.1 ASPECTO GENERALES	38
2.2 ANÁLISIS DE SENTENCIAS	39
2.3 ANÁLISIS DE SENTENCIAS, SOBRE LA ARGUMENTACIÓN EXPUESTA CON RELACIÓN AL PRIMER CAPITULO	45
3. DOCTRINA SOBRE PRUEBA DE REFERENCIA	48
3.1 ANÁLISIS SOBRE DIFERENTES POSTURAS DE JUECES Y MAGISTRADOS, SOBRE PRUEBA DE REFERENCIA COMO FUNDAMENTO PARA FALLAR	48
4. IDENTIFICACIÓN DE FORTALEZAS Y DEBILIDADES	51
4.1 LAS FORTALEZAS	51
4.2 DEBILIDADES	53
5. CONCLUSIONES	56
6. RECOMENDACIONES	60
BIBLIOGRAFÍA	62
CIBERGRAFIA	64

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de este trabajo se conjugan una serie de inquietudes que a nivel del derecho abren espacios diferentes a concepciones jurídicas, más amplias y con mayores posibilidades de entender la complejidad de la forma como se aplica el Sistema Penal Acusatorio en Colombia y lo más importante la incidencia definitiva que tienen las pruebas en la demostración de la verdad jurídica con relación a la participación o no de las personas en actos punibles.

Es y ha sido por mucho tiempo una necesidad, entender la magnitud de las decisiones de los jueces y de quienes de alguna manera hacen parte de la estructura jurídica en la que se apoya la búsqueda de justicia en el país y en ese sentido, hay que superar algunas limitantes conceptuales en torno a contenidos teóricos preestablecidos, que han impedido en muchas ocasiones profundizar en los análisis y adelantar la solución a muchos interrogantes que han quedado pendientes y más en estos momentos cuando el Sistema Penal Acusatorio ha entrado en vigencia y como consecuencia de su estructura, su práctica y de su metodología ha modificado en buena medida la forma de generar elementos de juicio importantes para determinar la culpabilidad o no de las personas, como parte de una investigación teórica amplia.

Este proceso de investigación de tipo conceptual, hace necesaria una apertura a conceptos con valores agregados diferentes, con contenidos teóricos más amplios y con expectativas superiores en cuanto al manejo de la formulación de nuevos criterios de análisis, que muchas veces ni siquiera han sido pensados, por qué en términos generales la estructuración teórica no permitía ampliar el conocimiento a esferas diferentes para resolver inquietudes que son necesarias. Por eso en este trabajo aparecen una serie de interrogantes que han venido siendo resueltos como consecuencia de la búsqueda de respuestas a un problemas tan complejo como la presencia de una prueba de referencia, que para muchos no tiene el valor y la

incidencia en el contexto probatorio, que se requiere para tomar una decisión, pero que de todas maneras en momentos específicos, se hace necesaria o por lo menos se toma en consideración para ponerla en práctica y definir posiciones en cuanto a situaciones delictivas.

De igual manera este trabajo ha permitido iniciar un proceso de recolección de información de carácter teórico que no está en el campo de la práctica jurídica más tradicional y en consecuencia, esa información teórica basada en nuevos conceptos y apreciaciones sobre el papel de los actores del derecho, ha llevado a que de alguna manera se piense en que la práctica del derecho es, como se dice una lucha permanente para consolidar posiciones en cuanto a la toma de decisiones por parte de los actores, cuando se hace referencia a hechos concretos que no tienen el suficiente apoyo probatorio y entonces le corresponde, en este caso al juez, asumir con toda responsabilidad, una decisión basada en su formación personal, en sus conocimientos y en su calidad profesional.

Cada concepto expresado, está situado en el marco de referencia que se considera viable y respetando la posición de los autores y la forma como han entendido la situación presentada, para elaborar sus argumentaciones.

Por el momento este esbozo teórico es una parte importante del proceso de consolidación del trabajo, pero no es definitivo por qué está en proceso de elaboración y puede de alguna manera ser modificado, reinterpretado o considerado de otra forma, lo que sí es muy claro es que se necesitan respuestas con suficiente calidad teórica a los interrogantes presentados en este esbozo teórico y se esperan inquietudes y sugerencias de quienes lo puedan leer y tomar en consideración.

1. GENERALIDADES DE LA INVESTIGACION

1.1 PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

La utilización inapropiada de las diferentes pruebas, dentro del actual sistema penal acusatorio en Colombia, las cuales son las que llevan al Juez al convencimiento sobre la ocurrencia o no de los hechos, para emitir una sentencia. ¿Como se debe adelantar por parte del juez la valoración de la prueba de referencia como soporte de una sentencia condenatoria?

1.2 OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1 Objetivo general. Demostrar que la prueba de referencia no es idónea ni adecuada, como fundamento para llevar al juez a la certeza sobre la ocurrencia o no de los hechos y con base en ello emitir un fallo.

1.2.2 Objetivos específicos.

- Mostrar la vulneración de derechos fundamentales, al aplicar la prueba de referencia.
- Demostrar la ineficacia de la prueba de referencia, frente a otra prueba tal como el testimonio directo.

1.3 MARCO TEÓRICO

Dada la importancia que tiene este tema en el contexto actual del país debido a que en muchas ocasiones los testimonios que se reciben, adquieren importancia como pruebas para algunos delitos y para ciertas personas y en otras ocasiones no tienen esa connotación de importancia y entonces es por esa razón que

asumiendo con un sentido crítico este difícil trabajo se inicia el mismo introduciendo un texto en relación con lo que significa el derecho "el derecho no es una "cosa" si no un "espacio" donde suceden cosas, no es una transcripción estática de gran poder si no un lugar donde se definen los poderes a través de múltiples escaramuzas. En otras palabras, el derecho no es resultado del poder si no una etapa de la formación del poder y de su permanente cuestionamiento a través de luchas microscópicas y de guerras mayores, no puede ser concebido como el festín de los vencedores, como el acta de capitulación que se redacta dentro del clima de paz que sucede la victoria; por el contrario el derecho es la batalla misma, una batalla que nunca termina" ¹[

Y es en ese sentido que se le da más valor a la prueba de referencia de acuerdo con determinadas posiciones ideológicas, conceptuales y personales, por eso es tan importante establecer hasta dónde llega el valor de las decisiones de los jueces en los procesos basadas en el sistema de la oralidad, por qué en determinadas circunstancias, la autonomía y la discrecionalidad del juez, se impone de acuerdo con una serie de contenidos conceptuales ideológicos que se relacionan directamente con tres aspectos fundamentales su forma de interpretar las normas establecidas, sus contenidos ideológicos, la forma como entiende la realidad que lo rodea y las relaciones sociales, políticas, jurídicas y culturales y es entonces una decisión bastante cuestionable para muchos o muy acertada para otros, eso significa que en este trabajo hay que considerar la posibilidad de que muchas reglas del derecho pueden ser manipulables por los jugadores sociales y que además estas reglas contienen una dinámica propia, les impone a los actores de los conflictos debido a que en circunstancias específicas cuando se habla de la prueba de referencia, o sea se relacionan a la declaración de una persona que suministre información y no le consta del propio conocimiento, sino que otra persona descontó, es también llamada testimonio indirecto o de oídas. El

¹ Valencia Villa, Hernando. Cartas de batalla (1987) Bogotá Colombia: universidad nacional de Colombia y fondo editorial CEREC, citando a Trazegnies pp. 30- 31

elemento de mayor relevancia en la constatación de la verdad sobre la ocurrencia de un hecho por circunstancia y por eso es que se debate aquí, cuál es la verdadera realidad de los hechos para poder darles un valor lo suficientemente consolidado como para que sirva de prueba.

Pero en estas circunstancias es que se abre debate para poder entender hasta dónde las reglas que conducen las decisiones muchas veces están siendo manipuladas bajo intereses diversos, por qué la ley tiene una textura abierta, es palabra y no escritura, no "es" sino que "se hace" se establece a cada momento, se concluye a través de innumerables relaciones, encuentros, debates, controversias, etc. es así que se prueban los saberes y los poderes en relación con la aplicación de la ley está insertada y los códigos y en los contratos y donde los tribunales adelantan los pleitos para saber en términos concretos como se establecen las problemáticas sociales por qué es, sobre esas problemáticas y sobre sus actores a los que se les aplica la ley. No es ni mucho menos el propósito del ejercicio del derecho hacer la paz, si no canalizar sus energías para extraer ciertos conocimientos y establecer las líneas que conducen al orden y a la disciplina como parte del ejercicio del poder judicial.

El hecho que se admita la prueba de referencia implica que se está dando paso a una situación contradictoria para muchos por qué de oídas es poco acertado pensar en la verdad entonces habría que preguntarse, porque se permite este tipo de pruebas y es que el derecho, ante todo lo que persigue, es aclarar situaciones conflictivas que en muchas veces se convierten en defensa de unos contenidos supuestamente legales y por constitucionalidad y decisiones de los jueces se han convertido en verdaderos fetiches, que le prestan en muchas ocasiones más importancia y atención a la jurisprudencia y a los conflictos de derechos en los debates de los estrados judiciales y a la legislación, a la teoría procesal y a la demostración teórica concreta y consolidada de la verdad.

Todo el mundo es consciente que en el sistema oral, el fiscal "llena de sangre" el estrado judicial y le corresponde a los abogados defensores entrar a limpiar el mismo en las mejores condiciones, lo importante es crear el impacto necesario en el juez que toma en última instancia decisión así lo tenga que convencer de que en muchas ocasiones lo que aparenta ser cierto no es verdad, por esa razón este tipo de pruebas son tan utilizadas de acuerdo con la habilidad de los actores que son en parte de los procesos y que debaten los argumentos en los estrados judiciales, por qué de todas maneras pueden ser utilizadas de forma bastante habilidosas para demostrar ante el juez que se tiene la razón.

Y es ahí donde, se demuestra que el aparato jurídico en estos casos se comporta como un ritual que antecede a una contienda entre los individuos que, actores de un proceso se enfrentan utilizando sus mejores armas y en este caso, la prueba de referencia es una herramienta que puede ser importante, sino se tiene a la mano nada con que consolidar una posición de victoria y de demostración de la verdad en determinadas circunstancias.

Por ésa razón para muchos el ámbito de lo jurídico se ha convertido en el sistema oral en saber polémico, en el discurso del combate y en actualidad no tiene la capacidad de adelantar investigaciones de carácter teórico práctico profundas, donde predominan los análisis de los contenidos conceptuales y se definan con claridad las posiciones ideológicas de los actores que hacen parte de los procesos judiciales.

Robert Alexy sostuvo "la ciencia del derecho, tal como es cultivada en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central reza:

¿qué es lo debido en los casos reales o imaginarios? Esta pregunta está planteada desde una perspectiva que coincide con la del juez"²

La otra parte importante en este análisis tiene que ver con el papel que cumplen los jueces ante la presencia de una prueba de referencia y en la incapacidad de obrar con certeza sobre la ocurrencia de los hechos y lo más importante la vinculación de quienes supuestamente son inculcados por haber participado en los mismos con plena decisión, voluntad, control y determinación. La prueba de referencia al no tener la capacidad de ser idónea queda a decisión del juez su valoración y el significado que ella tenga como elemento probatorio en un momento determinado y es por esa razón que se puede pensar en que es bajo la absoluta decisión del juez que esa prueba adquiere el valor y la importancia requeridas para poder en un momento determinado, definir la culpabilidad o no del implicado y en ese aspecto como es poco el valor jurídico en cuanto a la certeza de los hechos, queda todo el poder de decisión en la discrecionalidad del juez y es por eso que se vuelve tan importante entrar a analizar este aspecto como uno de los más significativos en esta investigación jurídica.

Es por lo demás, importante entonces hacer un análisis bastante pormenorizado de cuáles pueden ser las actuaciones del juez en un proceso regido por el sistema oral.

Para encontrar el verdadero significado de la posición del Juez es necesario entrar a considerar el debate escrito entre el inglés H.L.A. Hart y el norteamericano Ronald Dworkin., Hasta el momento no se sabe, si este debate ha sido o no fundamental para conocer el verdadero sentido de las decisiones tomadas por los jueces al momento de considerar la culpabilidad de una persona en un proceso judicial, los análisis y los cuestionamientos producto del mismo, sirvieron de base

² ALEXANDER, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: centro de estudios constitucionales, pág. 33. Citado en; LA DECISIÓN JUDICIAL, el debate de Hart Dworkin, Santa Fe de Bogotá: universidad de Los Andes; facultad de derecho. Siglo del hombre, 2008 págs. 15

para entrar a considerar que había una crisis en el proceso de producción del conocimiento en cuanto al papel que cumple el juez al momento de tomar decisiones y fue muy importante "el análisis establecido para alcanzar un nivel de comprensión en torno a la práctica del derecho"³ .

En este caso hay otra definición del derecho y según la tesis de Hart "siempre que exista un sistema jurídico, es necesario que haya "alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y entonces el derecho, es el conjunto de órdenes respaldadas por amenazas captadas por el soberano en el ejercicio de su poder legislativo ilimitado, el soberano es el que le impone limitaciones a sus subordinados." ⁴

La importancia de la definición establecida por Hart es tratar de buscar reglas primarias, que obliguen a las partes a hacer o a abstenerse de hacer algo y reglas secundarias por normas constitucionales que permiten la explicación de las leyes, además normas procesales que regulan la función judicial y es con base en ellas que los legisladores y los jueces pueden establecer reglas primarias, contenidas en leyes y sentencias a las que Hart llama reglas de cambio para establecer las posibilidades de tomar decisiones y es por eso que en toda sociedad compleja a nivel contemporáneo las reglas jurídicas están organizadas mediante una jerarquización de tal forma que la validez de una regla depende de su conformidad con la reglas que se encuentran ubicadas en un nivel jurídico más alto y es, con base en esta estructura jurídica que se miden y determinan las pretensiones de las decisiones jurídicas y de la aplicación de las normas establecidas, por esa razón toda norma entonces hacen parte de una estructura, encadenada a reglas y

³ Se identifican como rasgo característico de las transiciones de paradigmas intelectuales, "la proliferación de articulaciones en competencia, la disposición para ensayarlo todo, la expresión del desconocimiento explícito, el recurso a la filosofía y el debate de los fundamentos. KUHN, Tomás; la estructura de las revoluciones científicas. Bogotá: Fondo de cultura económica, 1992 pág. 148.

⁴ La decisión judicial, el debate de Hart - Dworkin, Santa Fe de Bogotá: universidad de Los Andes; facultad de derecho. Siglo del hombre, 2008 págs. 15]

normas superiores y es por eso que la validez de un decreto por ejemplo depende de la sujeción que éste tenga con relación a esas leyes superiores y dadas esas circunstancias, de conformidad y con relación a la Constitución, ya que éste es el criterio supremo de validez establecido para un país y la validez de la Constitución depende de su establecimiento como la estructura jurídica fundamental para la organización del Estado y de las reglas que eligen una Nación.

Eso significa que cuando se tomó una decisión, que puede acreditar su validez porque se apoya en una regla establecida, esta a su vez también se apoya en los principios que fueron previamente determinados, en la validez de las reglas las que determina su capacidad de existir y de cumplir las funciones que hacen parte de la estructura, y en consecuencia las decisiones tomadas se apoyan en esas fuente de validez y es por eso que cuando se habla del concepto de la regla del reconocimiento, esta parece situarse en dos esferas, la una jurídica y la otra práctica; ya que por un lado se dan los criterios para la identificación de otras reglas y podría ser calificada como parte del derecho, por el otro cuando se habla de la existencia de ella misma parece que se hace referencia a la reglas que están articuladas a un sistema.

Lo importante entonces, es que el juez encuentre la regla de reconocimiento para poder aplicarla en un caso determinado y en especial en aquellas ocasiones en las cuales, las pruebas no tienen la fortaleza y la validez suficiente para ser contundentes al momento de demostrar la culpabilidad o la inocencia de una persona vinculada un proceso jurídico.

Otro aspecto fundamental es hablar con claridad en lo relacionado con el lenguaje jurídico dado que en la conversación cotidiana y las declaraciones que se relatan para dar a conocer apreciaciones sobre hechos que supuestamente fueron dichos por otra persona, que genera impresiones y conceptos vagos, que no tienen nada que ver con la reglas del derecho porque éstas están dirigidas a situaciones, a

clases de personas o cosas, por ejemplo las normas sobre tránsito no se refieren al carro de nadie en particular, sino a vehículos y conductores y en segundo lugar éstas permanecen vigentes por periodos largos y por lo tanto se aplican a situaciones que no pueden ser previstas en el momento de su creación y por eso es tan discutible la expresión "de buena fe" porque no todos los contratos y actos jurídicos son de buena fe para muchas personas, por eso es necesario entender la fragilidad de las palabras y de los criterios que sustentan una prueba basada en lo dicho de oídas, dado que no tiene nada definido en concreto sobre el criterio de verdad que sustenta esas afirmaciones.

En el momento de que un juez requiera establecer un criterio basado en este tipo de pruebas o en otras sobre las cuales no tiene una sustentación jurídica y un criterio de verdad aceptable, debe emplear la analogía para solucionar los llamados casos difíciles de interpretación, reconociendo que toda expresión lingüística contiene un núcleo o fundamento del significado y un área de penumbra que no está bien definida, en decir, que en los casos de difícil interpretación, hay que establecer por la mayoría la de los conceptos, quienes estarían de acuerdo en cuanto a lo dicho o lo expresado y éste sería el núcleo, es decir, las palabras esenciales para alcanzar a definir esa interpretación.

En los casos difíciles, es la hermenéutica la que le permite al juez escoger prudentemente la interpretación que considere más adecuada y entonces habría que preguntarse hasta donde se puede esperar con certeza que una prueba de oídas que no tiene un fundamento real en cuanto al conocimiento de los hechos, tenga el suficiente valor probatorio.

Dworkin inició sus críticas haciendo referencia a otros de los aspectos que son esenciales y es el reconocimiento de la discrecionalidad judicial porque para él, no todos los casos difíciles tienen inconvenientes para ser resueltos, simplemente en la variedad de los términos y en este caso, habría que pensar, en la variedad de lo

expresado, por quien de oídas, puede estar diciendo lo que le contaron, o agregando nuevos contenidos, nuevos significados y nuevos elementos de juicio y entonces esto no se resuelve simplemente con una regla jurídica, sino que los jueces poseen poderes discrecionales, lo importante es saber hasta dónde llegan y cuál es su verdadero sentido y si estos poderes discrecionales están debidamente orientados y definidos dentro de la estructura misma del derecho y de los conceptos que supuestamente puede expresar el juez y acuerdo con sus criterios, su visión de la realidad, ideología o el conocimiento que tenga de las normas, puede tomar la mejor decisión.

Y en ese orden de ideas Dworkin considera que los jueces no gozan de discrecionalidad ni de poderes excepcionales para la creación de normas jurídicas en un momento determinado, simplemente se deben acogerse a la interpretación de los hechos y por eso propuso tener en consideración los siguientes criterios: 1) el derecho es un conjunto de reglas identificables mediante una única regla de reconocimiento; 2) es este conjunto de reglas, cuando existe variedad que aportan el contenido del derecho, de tal forma que cuando no existe una regla claramente identificada, por referencia a una regla de reconocimiento, los jueces tienen discrecionalidad para decidir el caso, pero como lo hacen ; 3) los derechos y las obligaciones pueden derivarse sólo de la reglas jurídicas cuya validez puede ser afirmada claramente en términos de la regla de reconocimiento; por lo tanto en los casos difíciles en los que no existe una regla semejante no es posible afirmar o negar la validez o no de una prueba o la culpabilidad o no de una persona.

El problema es que para Dworkin no todas las reglas jurídicas actúan con la misma precisión y se refieren en las mismas condiciones a los principios que las sustentan con igual contenido interpretativo y en ese sentido es que se dice que los jueces a diario en los casos difíciles deben obrar en determinadas condiciones y es donde pesa, la ideología, su conocimiento de la realidad y la interpretación que tenga de las normas y de las leyes al momento de tomar una decisión. Por

eso los jueces en los casos difíciles no tienen discrecionalidad para crear derecho, por el contrario deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico y es con base en esos principios que se definen los litigios y se determinan las culpabilidades.

Habría que preguntarse, si con una prueba de referencia se tendría por parte del juez, la suficiente claridad para tomar una decisión, luego de interpretar los hechos con base en este tipo de pruebas y si en realidad debido a las deficiencias probatorias, habría que acudir a otras instancias para adelantar análisis alternativos con mayor y mejor calidad en la investigación

En este caso, la práctica jurídica entonces, debe considerarse esencialmente interpretativa, ya que su propósito es construir el verdadero sentido de las reglas y de los principios que la fundamentan, está interpretación constructiva es común a todos los ámbitos de la aplicación del derecho y es ahí donde los jueces se valen de la hermenéutica para alcanzar a conocer verdaderamente los hechos reales con los cuales deciden y en consecuencia deben obrar dentro de una metodología, que cumple con unas bases fundamentales, es decir, la fase pre interpretativa, es aquella donde el juez que interpreta identifica las reglas y principios que se pueden aplicar a una práctica determinada; la fase interpretativa, en donde se ofrece una justificación para definir una práctica jurídica en concreto y se pueda ser determinada cuáles son los principios y las reglas con las que se establece el conocimiento de los hechos y se justifica, el conocimiento de los aspectos fundamentales que considera más aplicables; la etapa pos interpretativa, que es donde se formulan los contenidos conceptuales, las reformas a la práctica jurídica existentes para justificar la toma de una decisión, basándose en una reglas, un proceso de producción del conocimiento tanto a nivel jurídico como social.⁵

⁵ Hay que distinguir el significado una práctica social y las opiniones de los participantes de dicha práctica. Cuando surge un desacuerdo sobre el contenido de una norma de cortesía por ejemplo,

Lo importante es que en esa decisión se conserve la integridad y la consistencia de la decisión con relación a un determinado hecho, debido a los objetivos perseguidos, al estudio realizado, a la forma como que estableció la decisión y a las características específicas de la justificación empleada para hacer viable esa decisión, la decisión no puede ser arbitraria mucho menos sin la consistencia necesaria como para que queden dudas sobre la verdad de los hechos y es ahí entonces en donde aparece el concepto de la autonomía personal. Por que este es considerado como uno de los elementos fundamentales para mantener vigente el criterio de libertad de opinión del juez, entonces es ahí donde predominan los contenidos ideológicos, morales, sociales, culturales que en un momento determinado establecen una línea de conducta en la toma de una decisión en concreto por parte del juez.

Hay quienes piensan que no se pueden separar los casos difíciles de los fáciles porque en su opinión todos los jueces deciden de acuerdo con el derecho y es, al interior del derecho que prevén una solución para cada caso, el juez no se puede apartar de las normas jurídicas así se considere libre en su interpretación y se establezca que la voluntad de los jueces y no las normas como tal, las que imponen las sentencias.

Pero si existen casos difíciles en los cuales las normas no pueden determinar claramente un resultado y el poder del juez queda limitado cuando encuentra que hay varias posibles interpretaciones que debía aplicar, que no puede ser cualquier interpretación sino la más adecuada y aceptada, pero no existe en muchas ocasiones, un apoyo jurídico consistente que le permita al juez asumir una determinada posición, cuando no cuenta con las normas precisas y las pruebas definitivas para elegir entre distintas alternativas razonables y es en este caso

la pregunta ¿que guía la solución es ¿ que requiere en este caso la práctica social de la cortesía?, y no: ¿qué piensa cada uno de los participantes sobre este caso? En el ámbito jurídico la pregunta es: ¿cuál es la solución exigida por el derecho en este caso?, y no: cuáles, según los redactores de la norma o el público en general la solución a este caso? *Ibíd.* pág. 63

donde se apoyan en la jurisprudencia, si éste existe y tiene un alto contenido de similitud con el caso difícil que está tratando y es ahí donde las pruebas asumen un papel importante, pero que hacer con esas pruebas que simplemente se refieren a comentarios que son de oídas y que pueden haber sido interpretados en una cadena de transmisión del comentario de distinta manera, es ahí donde se pierde el verdadero valor de la prueba, frente al realismo de los hechos y en este caso entonces es muy poco lo que ayudan al juez para asumir una verdadera posición con sentido realista.

En estos casos difíciles, con pruebas endebles, de poca consistencia y con criterio de verdad poco sólido en donde los jueces tienen que asumir una posición realista porque no cuentan con elementos y normas precisas para elegir alternativas razonables, porque las pruebas en este caso de oídas, no dan mayor capacidad de análisis sobre la verdad, porque simplemente son contenidos conceptuales de referencia, dicha referencia como tal no tiene la calidad de ser la mejor prueba y entonces, no son las alternativas razonables en que se pueden soportar las decisiones, lo grave es que en la actualidad son muchos los casos en los cuales, las pruebas de referencia inciden directamente en la toma de posiciones y decisiones y es ahí donde, quedan dudas si la decisión es o no lo suficientemente realista con relacionan los hechos por parte del juez, y si se obra en contra de la verdad de los hechos, se está cometiendo un error fundamental al momento de considerar la importancia del derecho como regulador de las relaciones sociales y de la estabilidad y el orden, que se debe mantener en un Estado social de derecho, el colombiano.

Que hacer entonces, en calidad del juez sino asumir la discrecionalidad para escoger una de las alternativas razonables en un momento determinado y es ahí cuando se impone todo el poder de la decisión del juez, con sus criterios, conocimientos, cultura, ideología y visiones de la realidad, sino tiene las pruebas suficientes con la solidez necesaria, en la decisión y en la solución el juez crea y

define ex post facto los derechos y deberes, las conductas, la responsabilidad, la intervención, el control y la decisión de quien supuestamente ha cometido un acto posible, pero con que pruebas y bajo qué criterios y es aquí cuando hay que preguntar de manera muy pormenorizada y con mucha claridad; ¿cuáles son los límites que tienen los jueces en estos casos difíciles o excepcionales, con pruebas de referencia incluidas, para tomar determinadas decisiones?.

Entonces en el debate aparece la posición de Hart que asume, que hay dos límites al poder creativo de los jueces, en primer lugar, lo más claro es que, un juez no puede dictar cualquier solución en casos difícil y menos cuando existen pruebas de referencia, y no se tienen la absoluta certeza sobre los hechos y además, pueden existir diversas alternativas para tomar determinadas decisiones y es ahí donde se hace referencia a la existencia de casos similares que pueden de alguna manera orientar la decisión del juez de acuerdo como se resolvieron estos casos, pero entonces, si las pruebas no son consistentes, así se traten casos similares, ¿se podrían asumir posiciones similares? Esa otra gran pregunta, para conocer cómo funciona la discrecionalidad

La que se impone, y hasta donde se está violando la principialística procesal al interior del sistema jurídico o los jueces tienen tanto poder como para definir de acuerdo con criterios, cuando las pruebas como en este caso son tan endebles por ser de referencia.

Es aquí entonces, donde los jueces muestran sus virtudes en estos casos difíciles⁶ y habría que pensar hasta donde la jurisprudencia estaría dando paso a una

⁶ Estas virtudes son: la imparcialidad y la neutralidad al examinar la alternativa, consideración de todos los intereses de los afectados en la preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión. Ya que siempre es posible una pluralidad de de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una lesión imparcial bien informada. En todo caso aparece la ponderación y el balance característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto

forma de legislar por parte de los jueces de casos difíciles, gran diferencia de los jueces que están obligados a actuar como extranjeros imparciales en el solo hecho de que deben oír a todas las partes interesadas y esta obligación no existe en el campo de los legisladores al momento de producir las leyes, no se genera como fundamento esencial de ése procedimiento la idea de la imparcialidad en el legislador, hecho que sigue fundamental cuando se hace referencia a la práctica del juez.

En algunos casos habría que preguntarse entonces, cual es la forma más adecuada para proteger el interés social, como se puede beneficiar en términos generales la comunidad, la población con la decisión del juez y hasta donde esa búsqueda de beneficio a la comunidad, es la que precipita y determina una decisión en concreto y no la capacidad demostrativa en muchas ocasiones de las pruebas existentes y es entonces ahí cuando aparece como se hace recientemente esa otra parte importante de este debate, que en Colombia se está juzgando en muchos casos por la impresión que se crea en la comunidad, en opinión pública y en los mismos jueces a partir de los medios de comunicación, que aparecen ante la opinión pública como verdaderos partícipes de los procesos de acuerdo con los criterios de los comunicadores y la importancia del medio de comunicación, que supuestamente están protegiendo los derechos de la comunidad, que asumen de forma parcializada y con tendencias políticas definidas determinadas líneas de conducta, que en muchas ocasiones inciden directamente en las decisiones de los jueces y es aquí donde se abre un panorama muy complejo en cuanto a la utilización de la discrecionalidad del juez, por qué la movilización de la opinión pública, en muchas ocasiones, determina cual es la tendencia que se puede asumir en un caso difícil, con pruebas de referencia endebles y sin una certeza definitiva sobre la responsabilidad de determinadas personas en la ocurrencia de los hechos.

Todo esto se hace pensando en la protección del interés público, de los derechos de la sociedad y de la defensa de los valores morales, críticos, jurídicos y sociales y entonces aparece otro gran interrogante, ¿hasta dónde en momentos históricos y de acuerdo con las relaciones sociales establecidas en un modo de producción determinado se pueden definir los criterios de verdad con que se juzga las conductas de las personas a partir del criterio del juez?

En opinión de Dworkin los jueces, tanto desde el punto de vista descriptivo como desde el punto de vista justificativo, en la medida que los jueces han utilizado la figura retórica para encubrir su discrecionalidad en los casos difíciles y en ese sentido han dado muchas vueltas para ganarse la opinión pública, con una gran cantidad de argumentos que en muchas ocasiones no están determinados en torno a la verdad de los hechos. Cuando los jueces consultado los códigos, encuentran que no tienen elementos de juicio suficientes para establecer un marco teórico riguroso en que apoyar su decisión, como ocurrido muchas veces con coautoría impropia, abren debates y definen argumentaciones para orientar esa interpretación judicial.

Otro interrogante bastante frecuente, tiene que ver con el hecho de que ¿la discrecionalidad judicial no está relacionada con la presencia de un Estado democrático?, porque aparece la posición personal y unilateral del juez, como único criterio de verdad o por lo menos, como el más consolidado para tomar una decisión y entonces se ha perdido el principio fundamental de la democracia que está basado en la soberanía popular y en consecuencia los ciudadanos ha perdido la capacidad de incidir en la formación de las leyes, porque en definitiva, es la decisión del juez la que determina en concreto el reconocimiento o no de la culpabilidad del implicado en un momento determinado.

El sistema penal acusatorio basado en la oralidad, le da la mayor importancia al papel del juez, quien es, la persona que en definitiva decide sobre la situación

jurídica del inculpado y hasta cierto punto se ha perdido todo lo relacionado con el manejo de la investigación rigurosa que antes se debía presentar como sustentación para asumir una posición definitiva y tomar una decisión en ese sentido, es por eso que en consecuencia se busca poner en práctica un sistema descriptivo - justificativo para solucionar los casos difíciles en el contexto de un Estado democrático.

También ha habido cierta dificultad para encontrar los principios sobre los cuales, en los casos difíciles y con pruebas endebles como las antes anotadas se pueden utilizar unos u otros principios que perfilen esa situación en nuevos espacios de trabajo de carácter analítico y argumentativo con el fin de demostrar con certeza o por lo menos con cierta rigurosidad la importancia o no de una determinada decisión y es aquí también cuando, de acuerdo con el conocimiento y la sabiduría del juez, que se logra establecer un contexto jurídico, con fundamentación teórica suficiente para sostener con la validez suficiente una decisión tomada.

En determinadas ocasiones según el autor antes anotado, hay que establecer un conocimiento pormenorizado de ¿cuales el ideal político dentro del que se elabora un contexto teórico de carácter jurídico? y por esa razón es que este proceso de elaboración conceptual se inició con una definición sobre el derecho que estableció el criterio de que es un espacio donde suceden cosas, un lugar donde se definen los poderes a través de múltiples escaramuzas y en consecuencia si existe una relación entre las argumentos de los jueces y sus ideales políticos, es decir, no se puede pensar en la absoluta neutralidad, y eso no quiere decir, ni significa que estén obrando en contra de su investidura, sino que las personas de alguna manera están integradas a sus prácticas sociales, jurídicas, políticas, económicas de manera integral y no es posible aislar de los hechos reales y de la sociedad en que vive, a un juez, para qué piense de manera diferente a como vive, es por eso que en este principio fundamental, de pensar cómo se vive, es que se apoya la integralidad y la importancia de la decisión de un juez, porque con

ello demuestra que su forma de pensar, por lo menos no está basada en la rectitud, en la ética y en la moral que sustenta su vida cotidiana.

Y en definitiva muchas de las decisiones se enmarcan en estas consideraciones y por eso escogen alternativas de solución para establecer su sentencia de acuerdo con esos elementos que componen en buena medida su vida cotidiana y su forma de actuar.

Siguiendo con el proceso actuales es importante retomar las apreciaciones de María Dolores Jaraba en su artículo Principios Y Reglas: Examen del Debate Entre R. Dworkin Y H.L.A. Hart (2010 p 1 - 12)⁷, donde se plantean la existencia de la regla de reconocimiento a la cual se considera como la regla más importantes según Hart del nivel secundario, que permite superar la reglas primarias que son difíciles de distinguir, cuando se hace relación a las reglas sociales y ello nadie dijo asistentes para distinguir y llevarlas a una situación plenamente jurídica, porque la regla de reconocimiento para este autor se considera como una marca, un signo con autoridad en el área del derecho y permite pensar en manera aunque sea embrionaria en un sistema jurídico, a tal punto que el mismo concepto del derecho según Hart define la propia regla de reconocimiento, tanto para los ordenamientos jurídicos simples, como para aquellos que son bastante complejos y poco reconocidos en los análisis y en los desarrollos científicos. Cuando no hay certeza de algo, es muy importante tener presente la regla de reconocimiento que va definiendo, características como regla del grupo así asuma muchas formas en su manera de darse a conocer y donde hay ese reconocimiento y es posible identificar, de manera inequívoca la presencia de reglas primarias, la regla de reconocimiento entonces, siempre será secundaria y estará relacionada con las reglas de cambio, que en muchas ocasiones se reconocen por qué son las que permiten establecer, los poderes, las potestades

⁷ Pérez Jaraba, María Dolores. España: Universidad de Jaén, 29 de abril p [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012

de los funcionarios públicos, por ejemplo cuando derogan reglas establecidas anteriormente, y funcionarios de carácter privado que asumen potestades legislativas limitadas en algunos casos específicos. Por eso es tan importante, y caracterizando cada una de las reglas según su funcionalidad y la forma cómo inciden en las actuaciones de los distintos actores, en los diferentes procesos y procedimientos.

Todo lo anterior tiene relación directa con la forma cómo Hart, plantea lo que consideran los casos de penumbra o casos difíciles, porque no existe una certeza de parte del juez, para aplicar con claridad una norma y entonces, en algunos casos, el autor anotado habla de que el juez se puede convertir en un legislador por qué mediante la acción de la jurisprudencia y su capacidad para usar la discrecionalidad, lo perfila en la necesidad de obras sabiendo que existe un reconocimiento, de que las normas legales están incompletas y que no da soluciones y entonces es cuando los jueces se ven obligados a asumir una posición relativa entre varios fallos posibles, con criterios y recomendaciones que están marcadas en fundamentaciones jurídicas claras, pero que tienen la capacidad de irse convirtiendo en jurisprudencia.

Esta situación ha abierto muchas contradicciones y entonces para algunos entendidos en el tema es difícil asumir, que la posición del juez, sea legislar y entonces consideran que es más conveniente hablar de manera moderada de las virtudes analíticas del juez y de su capacidad de trabajo y de la comprensión de la realidad en su actividad laboral, porque de todas maneras no es fácil pensar en que los jueces tienen absoluta posibilidad de usar su discrecionalidad en el momento de tomar decisiones cuando no conocen con mucha certeza las condiciones en que se dieron los hechos, porque éstas son muy difíciles y entonces, permanecen en el campo de la penumbra y cuando tomar una decisión puede que sea o no la más acertada, por eso dice Hart cuando un juez se encuentra ante un caso difícil o de penumbra "el ámbito discrecional que le deja el

lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección” pero sigue argumentando que para entrar a tomar esta elección y esta decisión, el juez cuenta con mucho material jurídico al que puede acudir para establecer criterios y apoyarse en contenidos conceptuales claros, de tal manera que "El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos en virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico"⁸ .

De todas maneras es necesario entender que existen muchas posibilidades de interpretación por parte del juez, para tomar una decisión en concreto y asumir de manera muy consolidada según su opinión la solución de un caso, lo que Hart, expresa es que, no hay una única solución y siempre habrá que estar buscando otras soluciones más adecuadas y más razonables, que sean compatibles con las reglas del sistema jurídico y es aquí donde se abre un esquema de críticas por parte de Dworkin cuando el manifiesta cierto desacuerdo con que el juez, en un caso difícil, decida según sus criterios subjetivos, al no haber una regla que se pueda aplicar y por eso manifiesta que "Cuando un caso no está claramente cubierto por una regla (porque no hay ninguna regla que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir <<aplicando la ley>>. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo, un juez, que <<ejercer su discreción>>, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una ya existente"⁹[Ibíd. pp. 8 y 9].

⁸ Ibíd. p 8

⁹ Ibíd. pp. 17- 18

de todas maneras para Dworkin era posible buscar una alternativa dentro del positivismo jurídico que resolviera dos problemas presentados con el uso de la discrecionalidad y la concretó en los siguientes términos: " 1.) que el juez no se convierta en legislador, al menos para los "casos difíciles" .Dado que el poder judicial no está legitimado para legislar (el argumento democrático), 2) que las decisiones judiciales en los <<casos difíciles>> no sean vistos como motivo de inseguridad jurídica, al aplicarse una norma inexistente cuando el caso ocurrió, pues la tesis de la <<discrecionalidad judicial>> admite la creación por el juez, ex post facto, de una norma judicial a un caso precedente (el argumento liberal) . Y la alternativa de Dworkin a la discrecionalidad judicial es conocida como la tesis de la única respuesta correcta. .

El juez dispone de los principios preexistentes que insisten en el propio ordenamiento jurídico, que pueden ser descubiertos y aplicados al momento de tomar la decisión judicial y por eso no tiene una función productora sino de investigación y descubrimiento, de tal manera que siempre el juez así sean los casos de penumbra o difíciles siempre estará sometido a una regla o a un principio que le permite la aplicabilidad y en ese sentido se mantendrá sujeto a la estructura misma del derecho.

Lo que más se le critica a Dworkin es que para él, el ordenamiento jurídico siempre tiene una respuesta correcta lo cual implica varias situaciones y deben ser consideradas para conocer porque se manifiesta esta apreciación: 1) mantiene una visión del ordenamiento jurídico, que está compuesto por reglas y principios que siempre tiene que ser tomados en cuenta para cualquier actuación. 2) tiene una visión objetivista de los principios, pues según su criterio, el juez no se acerca a los principios del sistema para ofrecer su revisión y conocimiento de los mismos, sino que el juez, descubre la grave lesión verdadera o única que la entrega de los principios, es decir, aquella que está ajustada a la mejor argumentación para

justificar una determinada posición o decisión es decir, hay que tomar en cuenta la mejor teoría.

Y entonces para encontrar esta mejor teoría, Dworkin se ideó un juez hipotético, el "juez Hércules", un jurista que "está dotado de una gran habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas", que puede dar con la única respuesta correcta, pero esto es simplemente una aspiración ideal, el decir, un ideal relativo. Esto no es posible en el marco del discurso práctico, real y concreto y hay muchas dudas de que esto sea posible, esto simplemente es un ideal o un pensamiento regulador que incide para que los jueces que investigan, procuren por encontrar una respuesta correcta y no se concentren simplemente con cualquier respuesta y que la discrecionalidad está sujeta a unos límites, que tienen que ver con la unidad del derecho, con los principios y una parte muy importante, con una solución ajustada a la justicia y por eso no puede ser cualquier solución, bajo cualquier argumento.

Eso significa que de todas maneras los jueces deben ajustar sus decisiones a un modelo de universalidad de acuerdo con los principios y que no pueden por esta razón ser decisiones ocasionales y por fuera de la justicia, pero se entiende que en muchas ocasiones los jueces seguían por principios y directrices políticas y no de naturaleza jurídica, moral, ética, esto implica que se excluya el reconocimiento del ideológico, del operativo y de la política, de lo que se trata es que en los tribunales se produzcan decisiones justas, con criterios jurídicos importantes. Si no es posible que un juez encuentre una única respuesta correcta, implicaría la terminación de la crítica y el análisis porque, no habría más que decir, si es de la única respuesta que hay aún caso determinado.

Habría que considerar hasta donde la teoría positivista formalista está en capacidad de poner en práctica, tratando de buscar un sistema jurídico cerrado y lógico para encontrar, por deducción la respuesta correcta y además cómo

entender a quienes piensan que debe existir una teoría realista, donde las condiciones reales y los hechos, tal como se conoce son los que definen, asegura apreciaciones personales, las decisiones nicaragüenses y por qué no, en algunos casos y el espacio de los más difíciles, se puede presentar el hecho de que la ideología del juez, es la que define y es ahí donde se critica con mayor insistencia la teoría de Dworkin porque se le considera de que piensan que pueda existir un derecho justo y que este desglose, se entraría en un ordenamiento jurídico también orientado por la justicia, aplicado en todos los Estados y esto no están cierto, por qué en muchos casos los diferentes gobiernos, en los distintos Estados, poseen opiniones distintas sobre lo que se considera dentro de sus relaciones sociales y políticas como justicia y en implicaría desconocer, la lucha de clases, la presencia de las clases sociales y las divergencias ideológicas entre los distintos sectores sociales de un Estado.

1.4 ESTRUCTURA Y DEFINICIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Uno de los aspectos más complejos en este sentido es el hecho de que las pruebas no pueden ser ilegales y eso lo determina el juez de control de garantías y en consecuencia hay un inconveniente con las pruebas de referencia, porque en muchas ocasiones no son consistentes y no se acogen a la verdad de los hechos y más cuando el testigo que supuestamente dio las declaraciones, no se encuentra presente y hay que creer simplemente en lo que esta reverenciado por ejemplo en una grabación, que puede ser manipulada tecnológicamente o lo que otra persona dice, que supuestamente dijo el testigo, los abogados por lo general cuando las pruebas de referencia no sirven en su opinión las impugnan, fue esta de una de las técnicas más usadas para desmontar los argumentos de los contradictores en este caso por ejemplo ya sean fiscales o los investigadores que levantaron la información de campo y que por lo general son de la policía judicial.

Por esto una de las cuestiones difíciles es poder valorar la prueba testimonial, porque comúnmente infunda su credibilidad y en muchas ocasiones, esta prueba se considera poco creíble o lograda arbitrariamente.

Las manifestaciones de testigos hechas a terceros y que se consideran prueba de referencia, en entrevistas, exposiciones, declaraciones, que se llevan a un juicio pueden servir para impugnar ante el juez la credibilidad del testimonio en unas ocasiones pero cuando no se cuenta con más pruebas que estas, se solicita que se incorporen al proceso como prueba de referencia, hay un problema y es el investigador del campo "debe acompañar "el registro de las entrevistas e interrogatorios" (Ley 906 de 2004, 2004, artículo 209, d), lo que implica que sus entrevistas deben constar por escrito o en grabación, mientras que las que realiza el imputado y/o su defensor no exigen ese rigor porque la norma es apenas facultativa, cuando señala que la entrevista se "*podrá* recoger y conservar por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo" (ley 906 de 2004, 2004, artículo 271)"¹⁰

Según este criterio, el defensor puede entrevistar a los testigos mediante simples conversaciones orales, sin soporte técnico adicional, pero de todas maneras los efectos de este planteamiento deben trascender la práctica forense y de todas maneras a la policía judicial, teniendo el caso que tengan conocimiento de estas entrevistas o de las opiniones, deben dejar notas en relación con el resultado de estas investigaciones, de manera muy clara y consolidada en su respectivo cuaderno, eso no supone que haya una obligación de descubrir ese material de trabajo del campo, como es el cuaderno de notas.

En este aspecto hay que hacer claridad en el hecho de que, las manifestaciones anteriores de un testigo hechas a terceros se consideran prueba de referencia, si

¹⁰ De castro Gonzales, Alejandro. (2008) de impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio p 7 de 10 que consta el documento [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012].

se usan para probar la verdad de lo aseverado, como consta en la ley 906 de 2004 Art. 437, pero cuando se utilizan con fines de impugnación de la credibilidad, no se consideran prueba de referencia, sino pruebas de impugnación, porque su finalidad no es de ninguna manera probar la verdad de lo acelerado, sino por el contrario impugnar la credibilidad de manera apropiada, estas pruebas no puede ser utilizadas por las partes en sus alegaciones, ni por el juzgador para dictar sentencia, como prueba sustantiva de los hechos que ocurrieron.

De todas formas, las pruebas de referencia se pueden utilizar, con fines de impugnación si se considera lo expresado en el artículo 438 de la ley 906 de 2004.

Encuentra la prueba referencia que entonces, es necesario establecer que de acuerdo con lo expresado por Luis Fernando Bedoya Sierra, en el trabajo sobre La prueba en el Proceso Penal Colombiano (2008 p 117) se hace un estudio sobre la prueba referencial y la forma como ésta, se integra o no al proceso penal colombiano.¹¹.

Se ha convertido en un problema el hecho de que se pueda admitir en distintos elementos de manera mayoritaria las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral para brindar a la administración pública todos los medios de conocimiento posibles que permitan la realización de justicia material, en definitiva esto es un problema de valoración y no de legalidad, porque al momento de valorar cuando hay serias dudas, apela mucho la discrecionalidad del juez.

Habría que pensar diría alguien en negar toda posibilidad de admisión de prueba de referencia para garantizar los principios de inmediaciones y contradicciones y entonces, sería necesario pensar hasta donde se puede mantener o no la figura de la prueba de referencia cuando, no se detiene confianza y hasta donde está más en un momento dado el criterio de legalidad que el criterio de valoración o

¹¹ Bedoya Sierra, Luis Fernando. La prueba en el proceso penal colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la nación, escuela de estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses [en línea] disponible en pdf [consultado el miércoles 7 de marzo de 2012]

puede ser más importante para poder establecer el verdadero significado de la prueba de referencia en un momento específico en que tengan incidencia clara y definida en un proceso.

Habría que tomar en consideración cuáles son los eventos excepcionales en los cuales puede admitirse, la prueba de referencia y hasta donde, la presencia de la misma si garantiza la armonización de los intereses constitucionales en lo referente al debido proceso, que por ese motivo que, se hace necesario abrir espacios de debate importantes, porque en varias posiciones y ha venido creciendo la jurisprudencia en la zona que permanentemente se hace necesario conceptualizar sobre este tema.

En ese sentido, la corte constitucional ha hecho aportes fundamentales en lo que tiene que ver con la eficacia en el ejercicio de la acción penal, en especial en los aspectos relacionados con los derechos de las víctimas y de la sociedad para que se conozca en definitiva la verdad, se haga justicia y se repare el daño causado y en ese aspecto hay varias sentencias como por ejemplo la sentencia SU – 159 de 2002, la sentencia C-591 de 2005, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, ha expresado su preocupación porque en ocasiones son considerados injustificadamente, medios de comunicación importantes para lograr que se haga justicia y por eso se busca que el juez, cuente con todos los medios de conocimiento a su alcance para tomar las decisiones que le competen, claro está que es necesario hacer la salvedad sobre el hecho de que, cuando dichos medios impliquen la afectación de otros intereses constitucionales, no deben ser utilizados.

En síntesis la prueba de referencia se define como "toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o

de agravación punitiva, la naturaleza y extensión del daño, y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”¹²

En concreto, una prueba se considera de referencia cuando cumple con una serie de requisitos como los siguientes: una declaración realizada una persona por fuera del juicio oral, que verse sobre aspectos que en forma libre o personas que hayan tenido la ocasión de observar o percibir, que exista un medio un modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad, que deducen de los que se informan en la declaración, y que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate, es decir la tipicidad de la conducta, intervención de circunstancias de atenuación, agravación punitivas, la naturaleza como extensión del daño, entre otros aspectos que implica tener muy presente, que no cualquier aseveración realizada por fuera del juicio oral puede ser considerada como prueba de referencia, porque no cumple con estos elementos que le dan la importancia requerida.

En cuanto a las declaraciones anteriores, muchas de ellas pueden no ser consideradas pruebas de referencia, y en algunos casos están ligadas a la consumación del delito, como por ejemplo las amenazas, la injuria y la calumnia. Y eso no significa, que todo lo dicho por fuera del juicio oral se considere prueba de referencia, porque de hecho estos conceptos se relacionan, con lo dicho antes de.....

En concreto el artículo 438 del Código de Procedimientos Penal, dispone que será únicamente inadmisibles la prueba de referencia cuando el declarante:

¹² Ibíd. p124

- Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.
- Padece de una grave enfermedad que le impide declarar.
- Ha fallecido." ¹³

1.5 MARCO LEGAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

En el ordenamiento jurídico hay que partir del código de procedimiento penal y de su artículo 402, que dispone "el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir". En su segunda parte, la norma citada establece que el testimonio podrá ser objetado mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo, siempre que exista controversia en torno al conocimiento personal."¹⁴

Para entender el alcance de esta norma hay que articular los artículos 15, 16 y 372 del código de procedimiento penal, porque en ellos se consagran los principios de inmediación y contradicción, además se establece como regla general, el hecho de que sólo se tendrá como prueba la practicada en el juicio oral, en presencia del juez y con todas las posibilidades de contradicción. Esto se relaciona con derechos tan importantes, como la presencia del debido proceso, que está consagrado en el artículo 29 de la constitución política de Colombia y que busca por todos los medios, garantizar la confiabilidad de las pruebas para que el juez tenga el mejor conocimiento posible de las elecciones, en relación a los cuales, debe tomar una decisión justa y en derecho.

¹³ Ibíd. p 138

¹⁴ Código de Procedimiento Penal artículo 402 [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012].

Entonces hay algunas divergencias, en cuanto el interés constitucional no está orientado fundamentalmente a justificar la posibilidad, de que los testigos no puedan asistir a la audiencia pública del juicio oral, porque éste es, por decirlo así uno de los aspectos más importantes de este sistema.

Pero ocurren hechos y circunstancias que impide en muchas ocasiones, que los testigos puedan ser presenciales al adelantar los interrogatorios en presencia del juez, porque por ejemplo puede darse el hecho que el testigo haya muerto, haya perdido la memoria o se encuentre afectado de una enfermedad que impide aclarar en el estrado judicial, donde se lleva la audiencia u otro espacio cualquiera, y es ahí donde los principios de inmediación y contradicción, se encuentran con algunas limitaciones que se derivan de otro postulado constitucional muy importante, que tiene que ver directamente con la justicia material, donde es necesario un juicio con todas las garantías, y por consiguiente si se requiere de las declaraciones de referencia, tomadas por fuera de la sala de audiencias y en momentos diferentes, si se cumplen los elementos que permite adelantar este procedimiento, que puede realizar, como lo determina la sentencia C -209 de 2007.

Uno de los aspectos importantes sobre este tema, fuera de discusión, que se dio previo a la expedición de la ley 906 del 2004, fue donde se hizo alusión a la reducción del listado de excepciones, a la prohibición de la admisión de la prueba de referencia, precisamente por las dificultades que se acercaban frente al ejercicio del derecho de la contradicción y entonces se pensaba que no era lo más lógico abusar de la prueba de referencia y por eso, la Corte Suprema de Justicia ante la necesidad de dar claridad sobre estas circunstancias, manifestó que:

La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre

la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia ¹⁵

En los artículos 431 a 437 de la ley 906 de 2004, se reguló la prueba de referencia en lo que tiene que ver con un cónsul de definición como los eventos del juez, se admiten todas sus limitaciones como fundamento exclusivo en relación con una sentencia condenatoria

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de marzo de 2008 y con el radicado 274 77, enfatizó en que el componente, si está presente en la regulación, y resulta fundamental para aclarar algunos aspectos relevantes sobre ésta materia en lo que concierne a poder diferenciar los eventos en los que el carácter de prueba de referencia es sólo aparente.

Puede decirse que la prueba de referencia en la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración, realizada al margen del proceso con una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate. ¹⁶

1.6 METODOLOGÍA

Población

Como el trabajo es fundamentalmente teórico, la población la conforman los textos, los documentos, los artículos periodísticos, perredistas y la información bajada por Internet que tenga relación con el tema y que esté disponible a ser conquistada en las bibliotecas de la ciudad de Medellín y de los municipios del área Metropolitana.

¹⁵ Ibíd. p 121

¹⁶ Ibíd. p 125

Muestra

La muestra la constituye, el material que se ha consultado efectivamente y del cual se disponga de manera concreta, además, se piensa en consultar mediante la realización de entrevistas orientadas a personas que conozcan a profundidad el tema y que tengan una relación directa con este tipo de actividades, es decir, profesionales contratados del área del derecho y conozcan directamente esta problemática

Instrumentos utilizados para la recolección de información

Las fichas bibliográficas (fuentes secundarias)

Fichas para obtener la información documental y/o analíticas (fuentes secundarias)

Fichas analíticas que poseen mayor profundidad en la toma de información

Recolección de la información

La recolección de la información se adelantará a través de las fichas bibliográficas y analíticas y de acuerdo con el plan de trabajo para consolidar el texto a ser descrito y en ese sentido, los capítulos estarán definidos por la información obtenida y de acuerdo con el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Análisis de la información

En términos generales es cualitativo e interpretativo, dado que se pretende aplicar la hermenéutica, “Por medio de la hermenéutica se interpreta”¹⁷ en unos casos y en otros utilizando el conocimiento sobre el tema y el problema que han sido considerados como constitutivos de esta investigación, en consecuencia es muy importante lograr una interpretación cualitativa de cada uno de los conceptos y elementos de juicio que de alguna manera inciden en el manejo de la estructura teórica de la forma como les incide o no la prueba referencial en un proceso al interior del sistema penal acusatorio y tomando en cuenta la importancia de la decisión del juez, sabiendo que “Desde este punto de vista la calidad y la cualidad son categorías filosóficas inseparables y se reflejan entre sí, la determinación cualitativa de los objetos y de los fenómenos es lo que los hace estables, lo que los determina y lo que crea la diversidad infinita del mundo. La calidad es la determinación, gracias a la cual el objeto es el objeto dado y no otro, y se distingue de otros objetos. La calidad del objeto no se reduce a sus propiedades singulares. Se halla vinculada al objeto como un todo, lo abarca plenamente y es inseparable de él y según la dialéctica esta es la forma como el concepto de calidad se enlaza con el objeto”¹⁸.

1.7 MÉTODO APLICADO

El método tiene que ver con la línea ideológica que siguen la investigación y en este caso se emplea el método deductivo, el método hermenéutico¹⁹ y el método analítico, Pero de igual manera también se emplea el análisis cualitativo y

¹⁷ AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Filosofía del derecho procesal. Colombia: Leyer: 2001 p 66

¹⁸ CERDA GUTIÉRREZ, Hugo. La investigación total. Colombia: Cooperativa Editorial Magisterio 110 p

¹⁹ La hermenéutica Es una actividad filosófica dirigida a la comprensión e interpretación de una determinada realidad, de una acción o de cierto texto, permitiendo el paso gradual de los signos a las vivencias, se trata de un concepto que deriva de un término griego cuyo significado originario es el darnos a conocer algo que está escondido o iluminar lo que está oculto AGUDELO RAMÍREZ Op cit p 25

cuantitativo, “Desde este punto de vista la calidad y la cualidad son categorías filosóficas inseparables y se reflejan entre sí, la determinación cualitativa de los objetos y de los fenómenos es lo que los hace estables, lo que los determina y lo que crea la diversidad infinita del mundo. La calidad es la determinación, gracias a la cual el objeto es el objeto dado y no otro, y se distingue de otros objetos. La calidad del objeto no se reduce a sus propiedades singulares. Se halla vinculada al objeto como un todo, lo abarca plenamente y es inseparable de él y según la dialéctica esta es la forma como el concepto de calidad se enlaza con el objeto”²⁰

²⁰ Ibíd. p 5

2. SENTENCIAS SOBRE LA PRUEBA DE REFERENCIA DENTRO DEL ACTUAL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

2.1 ASPECTO GENERALES

Es importante establecer que todavía hay muchas reservas en cuanto a la sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima para hacer que la inasistencia del testigo al juicio oral, no será tomada como una estrategia, porque se está privando al tribunal sentenciador de la posibilidad de formar su juicio confrontando el testimonio directo en la medida en que el acusado tiene derecho interrogar a los testigos que declaren en su contra, con la posibilidad de demostrar el testimonio no es verdad, en cambio cuando el testigo no asiste al interrogatorio, queda demostrado que en realidad no hay esa posibilidad y por eso es que en buena medida el tribunal europeo de derechos humanos tiene bastante reservas sobre la presencia de la prueba de referencia y es en ese aspecto también, que tampoco tiene la suficiente confiabilidad en la prueba de referencia y por ésa razón antes de decidir sobre la admisibilidad de la prueba de referencia, es necesario, pensar hasta qué punto esta puede ser determinante, porque por lo general su papel, está regulado en la definición presentada con anterioridad y se reconocen limitaciones concretas como fundamento exclusivo de la sentencia condenatoria y es por ésa razón entonces que en las sentencias, la prueba de referencia no aparece como fundamento decisivo de nada y existen serias diferencias con las legislaciones, que sobre su papel se han puesto en práctica en otros países.

Por ejemplo, algunos aspectos relevantes para el esclarecimiento de la conducta punible pueden estar asociados a manifestaciones realizadas por las personas por fuera de la audiencia de juicio oral y en ese circunstancias por ejemplo el móvil de un homicidio fue estar íntimamente ligado a la manifestaciones que una persona, le haga a otra, también lo es que para desentrañar el tema de legítima defensa o el estado de ira e intenso dolor sea necesario hacer alusión a las alteraciones

hechas por las personas, sin que por ello se haga necesario manifestar que esta prueba de referencia, si está relacionada, con la persona que en un momento dado está siendo acusada por la persona de la cual se toma en consideración la prueba de referencia, en este caso es necesario tomar en consideración y no se puede contra interrogar al testigo que tiene el conocimiento de los hechos, en muchas ocasiones porque no está presente en el juicio, eso no significa que la prueba de referencia sea la que determina en última instancia la decisión del juez, es un mecanismo de ayuda que puede ser importante para tomar esa decisión, pero no es, el punto de apoyo fundamental para hacerlo.

Por esa razón ha sido tan difícil encontrar sentencias en donde la prueba de referencia sea la que defina la posición del juez en la sentencia, en la mayoría de los casos simplemente hacen relación y presentan como parte del conocimiento que sobre la temática de la existencia de esta prueba, se extiende en un momento determinado

2.2 ANÁLISIS DE SENTENCIAS

En la sentencia C - 144 - 10 se presentaron algunas argumentaciones encontradas entre dos posiciones claramente definidas, unas a favor de la prueba de referencia y la otras no, de tal manera que, si se le da a la prueba la capacidad de definir lo que sucede en el derecho, como se expresa en el literal i de la página 5, hasta cierto punto, a cualquier prueba, así sea la de referencia le dan una importancia significativa, porque de todas maneras la carga de la prueba es importante, que argumenta que con las pruebas es que se pretende desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados ante el juez, las pruebas son las que determinan el día de certeza con que se sustenta la imputación delictiva, y por esa razón es que toda prueba tiene su valor, muy significativo.

Se argumenta además, que la importancia del sistema penal acusatorio proviene de la posibilidad de aprobar ante el juez, porque no sólo está impedido para practicar pruebas, sino que también está obligado decidir con base en las que las partes presentan a su consideración en ese aspecto, son las partes las que tienen la obligación de aportar las mejores pruebas posibles, siempre las pruebas se requieren para sustentar la pretensión que se tiene por parte de la fiscalía y en razón a que, con esas pruebas se justifica la pretensión de demostrar la culpabilidad.

Le corresponde al juez restablecer el orden y la calidad de las pruebas que son admitidas. La Fiscalía General de la Nación en muchas ocasiones estuvo de acuerdo para establecer el hasta donde pueden llegar las actuaciones del juez en determinadas circunstancias por qué en su poder de decisión tiene la capacidad hasta antes de decretar pruebas y oficio, eso sí, respetando la separación entre acusación y juzgamiento, para mantener en el mejor nivel posible lo que tiene que ver con la parcialidad, esto quedó demostrado en la documentación presentada en la página 20 de la sentencia ya citada.²¹ .

De lo que se trata es de darle al juez la capacidad de complementar a través de preguntas, manifestaciones expresadas por los testigos, para lograr un adecuado entendimiento sobre los hechos. Y es aquí donde la Universidad Nacional, que ha intervenido acuciosamente en el desarrollo de la argumentación en estas sentencia, ha manifestado lo siguiente: "estima que la expresión "para el cabal entendimiento del caso", prevista en el artículo 397 del C.P.P., es una norma penal en blanco y un tipo penal abierto. La ambigüedad que produce su falta de técnica, tipicidad, las "interpretaciones demasiado extensas", rompen con el principio de legalidad, son inciertos, no taxativos y por tanto restringen los derechos fundamentales del procesado"²² .

²¹ Sentencia C - 114 - 10 página 20

²² *Ibíd.* p 21

Ese cabal entendimiento, es muy amplio y supone que el juez, tiene el conocimiento necesario, para saber donde llega su cabal entendimiento y ese es, uno de los problemas más complejos para poder resolver cuál es el verdadero sentido de la discrecionalidad del juez.

De tal manera que hay que tomar en consideración todos estos hechos, para entrar a establecer cuáles son las razones que en un momento dado, se colocan en el análisis de los argumentos que permiten la presencia o no de una prueba de referencia y cuál es verdaderamente el sentido, con que se analiza este tipo de prueba por parte del juez.

Existe alguna inquietud en lo que tiene que ver con la posición de la policía judicial de secuencia argumentada por parte de la Universidad Nacional, pues se ha convertido como se dice comúnmente en el "testigo estrella" de la Fiscalía, porque incorporan, declaraciones, entrevistas, documento, y dan ejemplos de casos para poder que se incorporen corredores de referencia que han operado de manera contraria al derecho.

Se presentan muchos problemas en lo que tiene que ver con la recaudación de estas pruebas porque no se hace en condiciones de normalidad y entonces no están definidas de manera clara como pruebas de referencia necesarias, en condiciones graves, en muchas ocasiones se permite a los testigos que no estén presentes y que declaren, de acuerdo con unos criterios que fueron expresados a otras personas y que en consecuencia, pueden haber cambiado de manera sustancial y por eso la universidad nacional entiende que la prueba de referencia, debe tener un tratamiento especial, porque esta prueba es una excepción que no permite el interrogatorio al verdadero testigo y en consecuencia se puede dar una mala interpretación de los derechos, o simplemente se actúa de acuerdo con hechos similares, en circunstancias casi parecidas y es ahí donde empieza el

problema, de cómo las va interpretar el juez, tomando en cuenta su discrecionalidad.

De acuerdo con esta situación es necesario entonces retomar algunos elementos de juicio expresados en esta sentencia y que impidieron que algunas pruebas de referencia, fueran consideradas como fundamentales, porque de todas maneras, las normas que las definían como tales, no fueron aplicadas con claridad y en consecuencia, se asumió el hecho de que era mejor no tomarlas en consideración porque en realidad, las circunstancias así lo ameritaban.

En el proceso N° 36023 ²³ En esta sentencia se afirma que la denuncia formulada por Liboría Viafara Mina madre de la menor idea ha sido sexualmente atropellada en su dignidad de mujeres y de persona menor de edad mediante la práctica de caricias obscenas, las denuncias de la señora antes anotadas que es su madre, no tiene ningún valor por qué no están expresadas de acuerdo con la realidad de los hechos y simplemente, debería ser la niña la que contara lo sucedido, pero además la propia madre no fue a declarar en el juicio oral y mandó a decir sus argumentos y su posición fue leída por el fiscal y entonces en esas condiciones que era muy difícil para demostrar hasta donde llegaron los hechos, porque una cosa es lo que expresa el fiscal y otra muy distinta puede ser la realidad, los argumentos para que la señora madre no compareciera, estaban relacionados directamente con su imposibilidad de traslado, porque estaba viajando para Venezuela y no había sido posible que se contara con su presencia.

En la sentencia antes citada Drisy García en calidad de psicóloga conocido directamente de la niña afectada, dio la narración de los hechos que le ocurrieron y que eso no quiere decir ofrece su versión de los mismos, a la parte de una

²³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Bogotá D.C., septiembre veintiuno (21) de dos mil once (2011).

prueba de referencia, porque la entrevista realizada, hace parte del ejercicio de su profesión como psicóloga y en consecuencia, habría que creer en la supuesta entrevista realizada a la menor, porque la misma no se encuentra consignada en ningún medio escrito o de audio, sino que hace parte del informe psicológico elaborado por la persona profesional que obró en calidad de perito.

Como la demanda está encaminada a solicitar la nulidad de la sentencia de segunda instancia, se deben demostrar muy claramente, las irregularidades cometidas y plantear los fundamentos, para poder establecer donde se produce el vicio y en consecuencia demostrar por que aquí se debe anular, en la medida en que:

“Viene afirmando la Sala desde tiempo atrás que el desconocimiento al **debido proceso**, debe apoyarse en cuatro columnas primordiales: **(a)** la identificación concreta del acto irregular; **(b)** la concreción de la forma como éste afectó la integridad de la actuación o conculcó las garantías procesales; **(c)** la explicación trascendente de por qué es irreparable el daño, es decir, demostrando su lesividad y, **(d)** el señalamiento del momento a partir del cual debe reponerse la actuación.²⁴

Pero el peso de la anulación radicaba en la presidencia de la prueba de referencia, dado que las declaraciones fueron practicadas por fuera de juicio, para demostrar que era verdadero, ante la imposibilidad de llevar el testigo y las declaraciones que se presentaron como prueba de referencia, si estaban orientadas a afirmar o negar aspectos sustanciales del debate, sobre características tales como; la tipicidad de la conducta, y grado de intervención, de circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza o extensión del daño causado, entre otros aspectos y se pensaba entonces si dichas declaraciones, como prueba de referencia habían, de alguna manera incluido el testigo y entonces era imposible, preguntarle al testigo por otros aspectos que eran fundamentales para poder demostrar si verdaderamente podría haberse producido de nuevo el abuso sexual de acuerdo con la practica establecida como el hecho ocurrido.

²⁴ Ibíd. p 8 de 28

También había que demostrar, si el traslado para Venezuela era una situación de fuerza mayor, inquietud que es motivo para saber si se podría aceptar la no presidencia del los testigos, tanto la niña como la madre y todas estas serán inquietudes de la Corte, que consideraba, que era necesario aclarar cada uno de estos respectos y en ese sentido, es importante que el juez analice las circunstancias, para poder demostrar que si era necesario la variedad de la prueba de referencia. Y si además está prueba debe someterse a las reglas probatorias del juicio. Es necesario aclarar que la argumentación sobre la presencia de la prueba de referencia, no es un argumento tan sólido como para tremenda fuerza demostrativa que permita quebrar el fallo anterior.

Hay que tomar en cuenta que en estos casos, la prueba de referencia es muy importante por qué en lo que tiene relación con los delitos sexuales contra menores, la regla es que la revisión de la víctima, por lo regular se obtiene, a partir de la investigación que realicen las personas, en este caso por lo general los psicólogos con las personas expertas que interrogan a los menores y eso no significa que ésta sea una prueba de referencia y no es el trabajo profesional de los psicólogos en este caso, para poder lograr, un conocimiento adecuado de cómo sucedieron los hechos y cuáles eran las prácticas llevadas a efecto.

De todas maneras la demanda no prosperó y la decisión siguió en firme y en consecuencia la persona estaba siendo incorporada, le tocó también su responsabilidad, esto implica además, en realidad, las pruebas de referencia, se están convirtiendo, como se anotó con anterioridad en una salida importante para la policía judicial, en la medida en que pueden hacer llegar innumerables pruebas de referencia a un grado judicial con el ánimo de aclarar determinadas conductas, y encontrar en definitiva la necesidad de que las pruebas de referencia, con su dificultad en la concepción teórica y práctica que se tiene sobre ellas, sean aceptadas, con frecuencia si, se sustentan de acuerdo con las condiciones legales establecidas.

2.3 ANÁLISIS DE SENTENCIAS, SOBRE LA ARGUMENTACIÓN EXPUESTA CON RELACIÓN AL PRIMER CAPITULO

Es importante establecer que el juzgador, no es una persona que se encuentra por fuera de la realidad social y que en consecuencia está sujeto a determinadas características políticas, económicas y culturales que determinen en buena medida su ideología y por esa razón entonces tampoco se pueden apartar de este criterio los legisladores que cuando en el congreso determinen la aprobación de una ley, lo hacen partiendo del hecho de que su criterio, es el más adecuado para mantener por ejemplo la gobernabilidad que se orienta al manejo del estabilidad del Estado y al criterio con el cual se establece que el orden en sus diferentes formas y a través de cada uno de los poderes y por esa razón que en muchas ocasiones las normas establecidas, tienen claros fines políticos, ideológicos, económicos y sociales y en ese mismo orden de ideas, no se puede pensar que las normas establecidas son inocentes a las tendencias políticas que existen en un país y de igual manera tampoco lo son las formas de interpretación de los jueces y de los tribunales, es aquí entonces que hay que mirar con mucha prudencia y delicadeza conceptual, cuando se afirma que el juzgado goza de un amplio margen para valorar el material probatorio, fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en la sana crítica.

El otro concepto importante es que el juez no puede ejercer su actividad evaluativa por fuera de conceptos objetivos, es decir que tiene que ponderar cada uno de los elementos de las pruebas de la mejor manera con miras a administrar justicia y los análisis que requiere el descubrimiento de la verdad, pero tampoco puede valorar las pruebas que estén orientadas a desconocer la constitucionalidad, porque éstas no están de acuerdo con los principios fundamentales que consagra su valor probatorio, esto no significa que si un juez tiene en cuenta una prueba que está viciada, no todo el proceso está viciado, si existen otras pruebas lo suficientemente válidas para ser tomadas en cuenta y es en este campo que debía

haber una concordancia perfecta con la jurisprudencia existente para cada uno de los casos, es por esa razón que se toma en consideración el hecho de que en muchas ocasiones, se presenten supuestamente errores valorativos en los juicios establecidos y en el análisis de las pruebas, y en ese aspecto entonces es importante, tomar en consideración que como se ha venido afirmando en muchas ocasiones las posiciones asumidas por los jueces están directamente relacionadas con su forma de entender y ver la circunstancia por las que atraviesa la justicia, la estructura misma de la legislación y el papel que toman en un momento dado los legisladores, que si son verdaderos políticos y que de acuerdo con su posición política en el congreso de la república asumen determinadas posiciones para definir cuáles son las leyes que convienen con mayor certeza a determinadas circunstancias en los análisis de muchos de los hechos que se presentan en el país.

No se puede pensar entonces que los legisladores y las normas establecidas están por fuera de cualquier actuación política y que por consiguiente son absolutamente neutrales o se encuentran en una situación de privilegio para poder pensar que no actúan con una tendencia ideológica definida en determinadas circunstancias.

En ese sentido todavía hay mucho por descubrir en lo que tiene que ver con el derecho colombiano y es por esa razón que en algunos textos de filosofía del derecho proveniente de Alemania están haciendo estudios sobre esa posición que asume ideológica y políticamente el juez al momento de establecer una sentencia, estos textos no pueden ser referencia porque apenas son conocidos por situaciones ocasionales que no permitieron de ninguna manera consolidar verdaderos conceptos sobre la presencia de argumentos importantes en este sentido, pero con un poco más de tiempo entender que analizar estos textos es bueno, por qué en los países europeos ya se está dando un verdadero análisis sobre la discrecionalidad de los jueces en los momentos críticos de tomar

decisiones importantes y se está demostrando además que de alguna manera la situación de la justicia en el mundo, si está relacionada directamente con el manejo del Estado y que no es inocente por ninguna razón cualquier posición asumida en un momento definitivo para la sociedad en el país, el de cómo un conocimiento que en muchas circunstancias en Colombia se ha juzgado a personas por sus posiciones políticas y que además las sentencias proferidas, se han situado definitivamente en situaciones de igual forma bastante políticas, esto quiere decir que el derecho no se presentó inicialmente en una definición bastante crítica, si está orientado al establecer igualmente consideraciones políticas, y es por ésa razón que en un país como Colombia la sana crítica es tan importante porque establecer con mucha claridad cuál es el verdadero papel del juez en este campo y si en el país existe la solvencia moral y ética, como lo ha demostrado la justicia colombiana para asumir posiciones en favor de la organización del estado y de su gobernabilidad y no en favor de intereses particulares o de personas que por tener poder económico y político han querido enlodar el papel de la justicia en Colombia y han deliberado tanto de la fiscalía como de la procuraduría, argumentando que simplemente, en su opinión han tenido que definir posiciones políticas, y esto se argumenta por parte de quienes no han logrado incidir en esas decisiones con la suficiente calidad de argumentos para que los favorezcan, este trabajo ha demostrado, en Colombia en términos generales la justicia se ha mantenido por fuera de la politiquería, pero esto no implica el no tener que reconocer que en realidad la política y el poder si inciden en la justicia. Para tal efecto es importante entonces tomar en consideración los argumentos que se presentan en la sentencia SU 159/02²⁵.

²⁵ Sentencia SU – 159 de 002 [en línea] disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/SU159-02.htm> [consultada el 7 de marzo de 2012]

3. DOCTRINA SOBRE PRUEBA DE REFERENCIA

3.1 ANÁLISIS SOBRE DIFERENTES POSTURAS DE JUECES Y MAGISTRADOS, SOBRE PRUEBA DE REFERENCIA COMO FUNDAMENTO PARA FALLAR

Se refiere a la forma como la existencia del defecto fáctico que convierte a una decisión judicial en vía de hecho, es uno de los asuntos que deben ser puestos en claro de acuerdo con el apoyo aprobatorio y ejercicio actual del juez para aplicar una determinada norma y porque en el caso específico esto puede ser totalmente inadecuado, por eso es tan importante establecer cuáles son los principios de autonomía judicial, autonomía funcional del juez y cuando se aplica la favorabilidad de acuerdo con estos criterios.

la autonomía funcional del juez está referida en lo fundamental a las directrices y por eso no podrá apartarse del precedente fijado por los autoridades superiores, si se verifica que existen hechos en el proceso de crearse inaplicable el precedente al caso concreto, debe someterse a la jurisprudencia de los altos tribunales, salvo en materia constitucional, porque en este caso la doctrina es obligatoria, no se trata de que la jurisprudencia, se torne inflexible, sino por el contrario, tendrá oportunidad de entender algunos cambios sociales y es por esas razones que el juez está autorizado que mediante una suficiente justificación, se pueda apartar del órgano superior, cuando existen elementos de juicio que no fueron considerados en su oportunidad por el órgano superior y que de alguna manera puede ayudarnos otorgar una interpretación más coherente, armónica y orientada a la aplicación de la justicia.

Uno de los casos más complejos en este campo es el que tiene que ver con el principio de la favorabilidad, donde nos permite una postura absolutista, porque generaría un ciclón inconcebible en todo el sistema de la justicia, pero se requiere

de un límite temporal y en ese sentido es que este límite corresponde a la forma como de oriente a la posición del juez en este sentido, para que de esta manera no aparezca la inseguridad jurídica como un elemento que puede deteriorar el verdadero criterios a ser aplicado.

Hay suficiente claridad y la jurisprudencia de la corte constitucional, que señala, sino toda interpretación judicial es constitucionalmente válida, obtiene como elemento de análisis el hecho de que existen indicaciones a la autonomía judicial en esta materia, estas restricciones se sustentan en que el derecho, al igual que la aplicación de la ley, existen disposiciones constitucionales particulares y fijan criterios de interpretación vinculantes para todo el funcionario judicial y por esa razón, existen unas condiciones específicas para poder masificar de que manera el juez puede apartarse de los precedentes, cuando existen caso distintos y los precedentes no están ajustados al conocimiento que se requiere y cuando el juez, se aparta de manera abierta, debe contar con una suficiente y explicada justificación para demostrar con argumentos muy claros en que se fundamentó el no conocimiento de los antecedentes, para tomarlos en cuenta como parte de interpretación.²⁶

Para darle mayor precisión a esta argumentación se hace referencia a un texto que puede dar mucha claridad en ese sentido

En ese orden de ideas, la lógica consecuencia de lo anterior es que un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Los operadores jurídicos confían en que el tribunal responderá de la misma manera y fundamentan sus conductas en tal previsión. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea

²⁶ Cfr.: SENTENCIA T-1625/00 [en línea] disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9335> [consultada el 8 de marzo de 2012]

arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.²⁷

La importancia no radica entonces en el hecho de que el funcionario judicial se limite a interpretar en cierto sentido un conflicto normativo y si está respetando o no los precedentes fijados en un momento determinado, de lo que se trata es de analizar la interpretación, en las mejores condiciones posibles para entender hasta donde dice interpretación es o no constitucionalmente admisible o si se requiere de otros elementos y argumentos indispensables para obtener el mejor conocimiento. Por esto es tan difícil en un momento determinado, demandada la interpretación de un tribunal, de un juez o de cualquier otra instancia judicial, que tenga a su cargo realizar interpretaciones y acuerdo con el conocimiento que tiene de los hechos, pero donde de todas maneras, intervienen una serie de elementos de juicio, que provienen; de su ideología, de su forma de apreciar la realidad y de su forma de entender las normas y entonces en concreto, lo más importante es poder establecer que las interpretaciones si tienen en buena medida un alto nivel de discrecionalidad y que por consiguiente, no se puede esperar que los jueces, simplemente sean máquinas de escribir de textos ya definidos, sino que de hecho, tiene capacidad para interpretar, argumentar, controvertir y hasta para crear nuevas y diferentes teorías sobre aspectos tan importantes como la misma definición de derecho y es aquí donde se tiene que pensar en la definición inicial de derecho, cuando se habla de que de alguna manera, hay una relación directa entre derecho, la aplicación del poder y la forma como se entiende el papel de los legisladores.

²⁷ Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero

4. IDENTIFICACIÓN DE FORTALEZAS Y DEBILIDADES

4.1 LAS FORTALEZAS

- Tienen que ver inicialmente con la forma como a nivel mundial se ha abierto un espacio de relación científica entre las distintas universidades del mundo y en estos momentos se conoce de muchos convenios internacionales con universidades preferencialmente españolas que vienen trabajando todo lo que tiene relación con el derecho incluyendo la filosofía del derecho, los análisis sobre Aristóteles, los análisis sobre lo que tiene que ver con la gobernabilidad, la Gobernanza, la administración pública y en general con todo el papel que cumplen los jueces en el desarrollo de las sociedades y las relaciones establecidas entre la justicia y el manejo de la comunidad todo este conocimiento en torno al derecho político administrativo y a las diferentes formas de organizar las defensas y de mediar las relaciones de las personas con las actividades delictivas ha sido una fortaleza muy importante, a tal punto que en algunos casos se ha estudiado con mucho detenimiento la forma como se regulan las sanciones y las penas y lo que tiene que ver con la coautoría propia e impropia en un delito y en ese sentido el aporte teórico y práctico han sido fundamentales para muchas universidades e instituciones públicas y privadas que vienen adelantando estas investigaciones a través de sus diferentes procesos educativos incluyendo maestrías y doctorados, por eso es tan importante que estos procesos mantengan una mayor y mejor participación de todas las universidades.
- También fue una fortaleza de haber asumido con alguna responsabilidad investigativa lo que tiene que ver con el manejo de la discrecionalidad y el papel del juez en sus decisiones, porque el debate establecido sobre este aspecto y que fue debidamente referenciado, da a conocer muchos aspectos que en términos generales no se hacen evidentes cuando se reciben las

clases en las universidades, porque simplemente en la universidad, en muchas ocasiones el programa académico, igualmente está sujeto a una filosofía a unos principios, a una forma de pensar y por eso si se toma la ciudad de Medellín como ejemplo se pueden encontrar en las distintas facultades de derecho, diferentes tendencias, no es igual el derecho que se dicta en la Universidad de Antioquia, al que se dicta en la universidad Pontificia Bolivariana y eso se demostró en distintas intervenciones de los profesores de estas universidades con relación a lo que tenía que ver con los derechos de los indígenas y la autonomía de la cultura indígena al momento de sancionar un delito penal. Pero tampoco es igual la tendencia ideológica de derecho que se dicta en la Universidad de Medellín, con el que se dicta en la Universidad de Antioquia y es por esto que cuando se investiga se tiene que asumir con mucha responsabilidad la seriedad en la investigación, porque no se trata de colocar en cada investigativa un sentido ideológico determinado, todo lo contrario y esto lo hemos visto muy claro con las orientaciones de los profesores en la carrera, ha entrado en virtud necesaria para investigar, pero manteniendo la rigurosidad suficiente, para que la investigación no se politice de una manera vulgar y sinsentido. Un hecho fundamental es poder de defender unos argumentos, pero otro muy distinto es imponer esos argumentos casi que por la fuerza sin respetar las opiniones de los demás, es en ese sentido en que se tiene que mantener ésa rigurosidad diese independencia investigativa que con las orientaciones del profesor será tratado de hacer ver en este trabajo, sus recomendaciones fueron muy concretas, pero simplemente con un nivel muy alto de profesionalismo y tomando en cuenta los verdaderos argumentos que se tienen para entender la relaciones entre el derecho y el Estado y ésa sí fue una opinión que de antemano permitió pensar mucho de lo que acaba de ser dicho, porque hay que resaltar esa independencia de criterio y ésa formación integral que se está generando en este sentido.

- También fue una fortaleza importante el hecho de que se le diera a cada estudiante la oportunidad de presentar un trabajo de investigación, porque en otras universidades, simplemente con un carácter mercantilista han evadido la responsabilidad de tener que orientar las investigaciones y en ese sentido, cuando se llega a la maestría o al doctorado, que en estos momentos son obligatorios para casi todos los profesionales, los estudiantes de pregrado, no tienen la más mínima idea de cómo orientar un investigación y se encuentran ante situaciones críticas cuando les corresponde crear cosas distintas para aportar a la ciencia o pensar de manera diferente y en este sentido también hay que darle reconocimiento necesario porque a través de investigación, las orientaciones del profesor han sido bastante importantes, independientes y con sentido crítico como para dejar un margen de maniobrabilidad en el pensamiento de los estudiantes y decirles cuál importante es adelantar un investigación con cierta rigurosidad o por lo menos con criterios distintos y con cambios fundamentales en la concepción de la ciencia del derecho.

4.2 DEBILIDADES

- Encontrar en las sentencias, todavía posiciones faltas de análisis y de crítica en algunas autoridades de instituciones que simplemente sean regido a un formato y algunos antecedentes y entonces no están en posición de pensar más allá del establecido y en este aspecto quedan muchas dudas para poder avanzar en el desarrollo de las investigaciones, por qué quedan estas sujetas a las opiniones de personas que tiene altos cargos y mucho poder e influencia en el marco del derecho a nivel nacional, pero que con sus opiniones se sujetan a determinados moldes y dejan el resto de la controversia, en una situación de imposibilidad de seguir el análisis.
- En este sentido otra de las debilidades, es que las universidades de forma masiva deberían participar en todos estos debates para ver cuáles son sus

verdaderas argumentaciones en torno a la defensa de la investigación científica en el derecho, pero en raras ocasiones las universidades, disponen de los equipos necesarios para participar con toda la capacidad crítica y analítica en cada una de estas controversias, argumentando que se dan cuando se está poniendo en marcha con un proceso investigativo para proferir una sentencia.

- De igual manera también existen debilidades en relación a que con el sistema penal acusatorio, de alguna forma el análisis crítico escrito de manera pormenorizada ha ido perdiendo importancia, pero que se trata ante todo esté colocada al juez del lado del mejor argumentador, por decirlo de otra manera al mejor expositor en audiencia y eso significa que muchos de los elementos de juicio que deben ser analizados con demasiada profundidad, quedan inconclusos, porque no se tiene ni el tiempo, ni la oportunidad de explicar de manera pedagógica didáctica de que se trata y cuál es el verdadero sentido de la argumentación, lo importante en el estrado judicial es salir adelante, es decir, en el caso del abogado defensor, sacará su cliente en las mejores condiciones posibles y en el caso del señor fiscal trata de que se cumpla la ley y se sancione al culpable, pero ninguno de los dos está pensando en crear o en colocar la argumentación en un análisis de carácter científico, con un sentido demostrativo de carácter didáctico y pedagógico, no sólo para los jurados sino para la sociedad en general, los grandes análisis y los buenos escritos que antes se daban en los procesos, ya no existen y por esa razón quizás en muchos casos ni siquiera se piensa en archivar en una biblioteca especializada para los estudiantes todos los procesos interesantes en cualquier área del derecho iba pasando por la historia jurídica de Colombia, si algún estudiante está interesado en recopilar estos procesos, por lo general se han perdido y en especial aquellos que no han sido incorporados a los medios electrónicos de comunicación, hay ocasiones en las cuales por ejemplo no se encuentran procesos o decisiones importantes sobre temas específicos en

muchos de los juzgados y por esa razón es una solicitud de muchos estudiantes en las universidades que se cree un banco de datos sobre los distintos procesos que han sido importantes en otros tiempos y que están supuestamente archivados en bodegas o que han sido destruidos, no se sabe por que razón.

Todo esto se dio como resultado de la búsqueda de una gran cantidad de información que supuestamente existía sobre el estudio de la posición asumida por los jueces en el momento de dictar una sentencia, se buscó información en muchos juzgados y con muchas personas que estaban supuestamente relacionadas con la práctica del derecho, pero siempre se encontró con la misma respuesta hay que buscar en la bodega donde están archivados los procesos y para llegar ahí, hay serie de dificultades y por esa razón simplemente nunca se obtuvo esa información, lo otro es que las universidades de carácter internacional sólo reenvían información a quienes están cursando sus maestrías y en términos generales son documentos obtenidos de los centros de investigación de las respectivas universidades y es muy difícil obtener procesos importantes de los juzgados de los países, porque no se conoce si existe o no, de igual manera un banco de datos para alcanzar ése información y como se llega a ella.

5. CONCLUSIONES

- La autonomía del juez es relativa, pero su ejercicio depende de la estructura misma de la justicia y del papel que se cumpla en cada país en la defensa de los derechos de los ciudadanos, de lo contrario esta justicia y la posición del juez, se van ampliando de manera exagerada o se van contrayendo igualmente para impedir una sana crítica.
- El derecho y la justicia están relacionadas íntimamente con el criterio de la gobernabilidad y es que asumen con todo lo que tiene que ver, en relación con la disciplina y el orden establecido por el Estado.
- Para encontrar un criterio de equilibrio al momento de pensar en la discrecionalidad es necesario establecer que de alguna manera los análisis generados en el campo de la penumbra, es decir cuando no hay con que sustentar como principio, se atienen específicamente a los criterios de formación técnica y profesional con que cuenta el juez en un momento determinado y en ese sentido es muy importante la disciplina que imponga la universidad para que los abogados que en el futuro van a desempeñar el papel de jueces tengan definida una ética, una moral y unos principios valorativos orientados hacia la justicia.
- En los países subdesarrollados donde no existe una importante y masiva defensa de los derechos humanos y de los ciudadanos, es más importante todavía el papel del juez con ética y con principios, porque es en la justicia donde radica verdaderamente la estabilidad de las relaciones sociales y del mismo Estado y además los jueces y los altos funcionarios de la justicia, estarán siempre sometidos a la presión de quienes piensan que tienen el poder político y económico y por consecuencia se creen dueños de las decisiones judiciales y de las investigaciones realizadas cuando no les

conviene, por eso es tan importante defender las posiciones que en justicia han venido asumiendo los entes de control, la fiscalía y la procuraduría y en consecuencia, se debe mantener una posición erigida y alerta de parte de todos los colombianos para que los pretextos de la defensa de la prueba de referencia, en muchas ocasiones se juzgue a las personas a partir de criterios amañados o de montajes publicitarios y es ahí cuando, también la justicia debe estar vigilante, porque Colombia por lo general que tiene el criterio de publicar y quizás hasta condenar a personas por los medios de comunicación y ese es uno de los errores más comunes que se cometen y que en la actualidad no tienen control eficiente por parte de las autoridades en ningún nivel, porque los medios de comunicación, dada su gran consolidación económica y su poder político hasta se ha colocado en el papel de "juzgar" en muchas ocasiones y eso sólo le correspondía la justicia y a quienes la representan que por eso es que se solicita una hepática revisión de cual es el verdadero papel de los medios de comunicación.

- El debate sobre la discrecionalidad colocado inicialmente en este trabajo dio a conocer a ciencia cierta cuál era verdaderamente la dificultad, por la que pasan los jueces en el momento de tomar una decisión, porqué les corresponde hacerlo dentro de los marcos de referencia del derecho y en ese sentido, es que todavía no está muy claro, si los jueces si tienen o no tanta discrecionalidad, supuestamente se piensa por sí esa discrecionalidad está de acuerdo con el control que en cada país ejerza sobre los jueces la autoridad superior, en ese sentido entonces, queda en duda de que la discrecionalidad se aplique de igual manera en todas partes y en consecuencia, habrán lugares del planeta en donde los jueces dentro de producto poder y otros en los cuales, estarán bastante regulados por los mecanismos de controles.
- De todas maneras las pruebas de referencia en Colombia y de acuerdo, que puede dilucidando, por acción de la policía judicial en muchos casos, han ido

adquiriendo una importancia bastante significativa y en consecuencia en ocasiones se presentan pruebas de referencia que determinan en buena medida la posición asumida por el juez, pero ha venido ocurriendo un hecho preocupante en el país y es que muchas ocasiones las pruebas de referencia se fabrican de acuerdo con determinados intereses políticos, ideológicos, económicos y sociales y entonces estas pruebas se convierten en unos elementos bastante complejos para ser tomados en cuenta como punto de apoyo al momento de tomar una decisión en relación con una culpabilidad de muchas personas en determinadas situaciones y es por esa razón que, se entiende la crítica insiste sobre el papel de las pruebas de referencia en determinadas actuaciones jurídicas y se vuelve al tema anterior, es necesario contar con jueces éticos y con mucha moral y valores que permitan en un momento determinado, establecer cuando una prueba de referencia si es significativa y aportante para tomar una decisión o si por el contrario, esta prueba de referencia se convierte en un elemento distorsionador, que implica de antemano una situación controvertida y controversial si se toma cada decisión por esa razón entonces hay que tener mucho cuidado y cautela al momento de considerar una prueba de referencia, debido a la manipulación que se puede presentar sobre la decisión del juez a partir de determinadas opiniones.

- En términos generales la investigación produjo un alto nivel de conocimiento en relación con lo que significa el papel del derecho en el ejercicio de la aplicación de la justicia y las relaciones que el derecho tiene con la estructura socioeconómica y política de un país, hay que abrir un espacio nuevo al pensamiento para lograr establecer, distintas formas de entender el derecho y en especial cuando se hace relación a situaciones de conflicto y a hechos que tienen por lo general que ser analizadas dentro del complejo mundo de las contradicciones de clase y de los conflictos armados, todo esto entonces es un aporte muy importante para que la formación de los futuros profesionales del

derecho se mantenga dentro de una estructura integral, es decir, entendiendo que derechos es ante todo un conjunto de normas que se aplican a los seres humanos y a las clases sociales en determinadas condiciones y para obtener unos resultados específicos.

6. RECOMENDACIONES

- Se recomienda a quienes adelanten este tipo de investigaciones que tengan la conferencia formativa para asumir con mucha responsabilidad el proceso argumentativo, es decir que las personas, se presenten ante su propio conocimiento como elementos dispuestos a la controversia y a la sana crítica, eso significa que de todas maneras hay que abrir un espacio al conocimiento y en consecuencia hay que superar las limitaciones, muchas veces tradicionales de quienes plantean que el conocimiento está simplemente definido por determinadas condiciones establecidas cuando en realidad en el derecho también se puede dar el cambio de interpretación, el cambio para opinar distinto y lo más importante el cambio para tomar decisiones que muchas veces no están enmarcadas en las estructuras del poder, pero que hacen parte de la defensa de la justicia, por estas razones es que se recomienda a los investigadores del derecho y a quienes están estudiando, que tomen posiciones muy definidas en cuanto a su formación personal e individual y mantengan en plena funcionalidad su capacidad crítica y para controvertir, sólo así es que en el futuro abra una mejor comprensión de lo que significa el derecho de una forma más consolidada de lo que se entiende por la sana crítica.
- De igual manera se recomienda la rigurosidad en el respeto a las opiniones de los demás, en el sentido en que la discrepancia y la crítica son parte importante de la unidad en el manejo de la investigación y por esa razón, es tan importante que se reconozca de manera definitiva la presencia del contrario, de los argumentos diferentes y de las opiniones distintas, de ninguna manera la defensa de la gobernabilidad en cuanto al sostenimiento del orden y del poder, puede ser una excusa para eliminar del marco de la investigación y del análisis a quienes están en lados opuestos o quienes tiene distintas opiniones, en este sentido en Colombia se ha perdido mucho, por qué

cualquier opinion diferente, ha sido tildada de politiquera y en consecuencia se persigue a quienes piensan distinto, simplemente argumentando que van a generarles el caos y la violencia, cuando en realidad de lo que se trata es de llegar a acuerdos que tengan incidencia nacional, sobretodo los sectores sociales y en consecuencia se pueda generar una visión más amplia de las soluciones para los problemas en los cuales tiene incidencia el derecho, porque ésta es una ciencia que tiene un alto poder social, así no se les reconozca, las leyes en un país se establecen para armonizar las relaciones de los seres sociales que viven en ese país y que como consecuencia de ello, tienen los derechos establecidos que no pueden ser ignorados por ningún sector social y que deben ser respetados como la parte más importante para la integración nacional. Por eso es que se recomienda entonces ese respeto por la divergencia y más en el derecho porque ésta es una de las prácticas fundamentales de la libertad de la participación del ser humano del que hacer jurídico, político e ideólogo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Filosofía del derecho procesal. Colombia: Leyer: 2001. P. 66.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: centro de estudios constitucionales, P. 33.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La prueba en el proceso penal colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la nación, escuela de estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses [en línea] disponible en pdf [consultado el miércoles 7 de marzo de 2012]

CERDA GUTIERREZ, Hugo. La investigación total. Colombia: Cooperativa Editorial Magisterio P. 110.

Código de Procedimiento Penal artículo 402 [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012].

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Bogotá D.C., septiembre veintiuno (21) de dos mil once (2011).

KUHN, Tomás; la estructura de las revoluciones científicas. Bogotá: Fondo de cultura económica, 1992 P. 148.

La Decisión Judicial, el debate de Hart Dworkin, Santa Fe de Bogotá: universidad de Los Andes; facultad de derecho. Siglo del hombre, 2008. P. 15.

Sentencia T-239 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, el juez omite analizar pruebas que inciden en su decisión

Sentencia C-447 de 1997

Sentencia T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Prueba ilícitamente obtenida

Sentencia C - 114 – 10. P. 20

Sentencia C- 591 de 2005

Valencia Villa, Hernando. Cartas de batalla (1987) Bogotá Colombia: universidad nacional de Colombia y fondo editorial CEREC, citando a Trazegnies P. 30- 31

CIBERGRAFIA

DE CASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. (2008) de impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio p 7 de 10 que consta el documento [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012]

PÉREZ JARABA, María Dolores. España: Universidad de Jaén, 29 de abril p [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012]

Sentencia T-1625/00 [en línea] disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9335> [consultada el 8 de marzo de 2012]

Sentencia SU – 159 de 2002 [en línea] disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/SU159-02.htm> [consultada el 7 de marzo de 2012]

Sentencia T-1625/00 [en línea] disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9335> [consultada el 8 de marzo de 2012]