ORALIDAD Y DERECHO

ÁLVARO HERNÁN MORENO DURÁN

JORGE DANDLER

DAVID VALENCIA VILLAMIZAR

DALIA CARREÑO DUEÑAS

ORALIDAD Y DERECHO

DE LA ACADEMIA

Y LAS PRÁCTICAS JURÍDICAS

© ÁLVARO HERNÁN MORENO DURÁN
JORGE DANDLER
DAVID VALENCIA VILLAMIZAR
DALIA CARREÑO DUEÑASA

© UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
Carrera 9 No. 72-90
Facultad de Derecho
Bogotá - Colombia

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1
Tels.: 2835194 - 2847524
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

ISBN: 978-958-749-618-5

Diseño de carátula: Kevin Nuñez

Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodríguez

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

Ley 23 de 1982

® 2016

COMITÉ EDITORIAL

Jorge Eliecer Martínez
Postdoctorado en Biopolítica
y producción de subjetividad -
Universidad de Cádiz - España
Docente Universidad de la Salle

Alejandro Gómez Jaramillo
Doctor en Sociología -
Universidad Autónoma de México
Docente Universidad Santo Tomás

Edgard Fabián Garzón
Doctor en Derecho - Universidad
Libre de Colombia
Docente Universidad
Cooperativa de Colombia

Cesar Augusto Niño González
Doctor en Derecho Internacional
- Universidad Alfonso X El Sabio
Docente Universidad Santo Tomás

COMITÉ CIENTÍFICO

Germán Silva García
Doctor en Sociología -
Universidad de Barcelona
Docente Universidad
Católica de Colombia

Dr. Rafael Rebollo Vargas
Doctor en Derecho - Universidad
Autónoma de Barcelona
Docente Universidad Santo Tomás

Rodolfo Torregrosa Jiménez
Doctor en Sociología - Universidad
Externado de Colombia
Docente Universidad
Libre de Colombia

Pablo Elias González Monguí
Doctor en Derecho - Universidad
Externado de Colombia
Docente Universidad
Libre de Colombia

PARES ACADÉMICOS

Misael Tirado Acero
Postdoctor en Derecho -
Universidad de Buenos Aires
Docente Universidad Católica
de Colombia, Universidad
Nacional de Colombia.

Corina Duque Ayala
Doctora en Derecho Público
- Université de Bordeaux
Docente Universidad Santo
Tomás, Universidad Sur
Colombiana de Neiva, Universidad
Militar Nueva Granada.

“...se incorporará a los códigos penales el delito de estupidez que cometen quienes viven por tener o por ganar en vez de vivir por vivir no más, como canta el pájaro sin saber que canta o como juega el niño sin saber que juega...”

Fragmento del “Derecho al delirio”

EDUARDO GALEANO

CONTENIDO

PRÓLOGO.....	13
SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y EL HABITUS JURÍDICO: EL CASO COLOMBIANO	
ÁLVARO HERNÁN MORENO DURÁN - MARIA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO	17
“LA ‘CONSULTA PREVIA’: UN DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, AFROAMERICANOS Y COMUNIDADES RURALES, INCÓMODO PARA LOS GOBIERNOS Y EMPRESAS EXTRACTIVAS; UN CONFLICTO DE CONCEPCIONES”	
JORGE DANDLER	49
¡OH BOLOMBOLO!: DE LA RETÓRICA JURÍDICA A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN. UNA LECTURA CRÍTICA DEL SISTEMA DE ORALIDAD DESDE EL ANÁLISIS DEL DISCURSO	
DAVID VALENCIA VILLAMIZAR.....	65
PENSAR LA ORALIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO POSMODERNO	
DALIA CARREÑO DUEÑAS	91

PRÓLOGO

La presente compilación “Oralidad y Derecho: De la academia y las prácticas jurídicas” tiene como punto de partida la investigación que fue realizada en el centro de investigación Francisco de Vitoria –Cifravi– de la facultad de Derecho de la universidad Santo Tomás. La investigación que en sus inicios, previo a las búsquedas empíricas y análisis comparativos, generó un debate en los grupos con base en la cohesión y colaboración de investigación en las líneas sobre el tema de la oralidad como sistema jurídico en su ámbito socio jurídico y dentro del contexto colombiano. El tema sugirió opiniones académicas desde varios puntos de vista que contribuyeron a la inmersión de la búsqueda con cierta noción desde la complejidad epistémicas históricas, pero ya en el terreno sobre las prácticas sociales y con la aproximación a algunos elementos de la teoría de los Campos y el Habitus. Por tales razones la exposición de los artículos aquí consignados que más adelante nos referiremos, nos remite al punto de partida para retomar las múltiples lecturas que se pueden hacer a dicha temática de investigación.

Antes de abordar los escritos de los autores convocados en este libro, haremos una sucinta reflexión sobre este tema tan importante para la vida jurídica y social de los colombianos. Empecemos por decir que “el sistema penal es el conjunto de relaciones y procesos derivados del ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Lo que permite tomar en cuenta relaciones “del control penal” que no estén dentro de los límites jurídicos “fuera del límite”, con lo que cabe más allá del control formalizado tener en cuenta al control punitivo no formalizado...”¹.

Con base en esta definición podemos advertir que el sistema penal, es en últimas el control Social frente a los conflictos que emergen del delito o de las conductas desviadas estipuladas o normativizadas en una determinada sociedad. Lo anterior nos sugiere que estos sistemas como estructuras organizadas e interrelacionadas entre sí de manera jerárquica debieran ser el producto de una filosofía, de un ideario político autónomos, que legitimados

¹ Leer más: <http://www.monografias.com/trabajos61/sistema-penal-control-social/sistema-penal-control-social2.shtml#ixzz478PukDRs>)

en una sociedad tendiera a la aceptación y por ende a la obediencia como esencia del control mismo, reflexión que nos sugiere el interrogante ¿hasta dónde el sistema debería tener la relación directa con las raíces culturales, éticas e históricas de un pueblo por las anteriores razones? La anterior pregunta tendría el objetivo de que dicho sistema se erigiera y se consolidara mediante las funciones en la órbita del derecho, con la cual se robusteciera la legitimidad, y en ella se pudiera cumplir con los componentes de validez del derecho mismo. Este es quizá la fuente de dudas que aparece cuando un sistema como el implantado en Colombia: “sistema oral acusatorio” tiene sus génesis en el trasplante del sistema anglosajón y que de acuerdo a las observaciones de la investigación en mención hay dudas si nuestro éthos, corresponde al sistema importado. Para ello el *habitus* en un método y teoría bourdiana que nos facilita acercarnos a estructura de control especialmente a sus agentes u operadores para indagar por sus estructuras externas, traducidas en el sentido práctico de los quehaceres profesionales cotidianos. Para estas pesquisas académicas fueron necesarios los aportes en la discusión e interpretación de otros puntos de vista que a continuación retomaremos.

El artículo de El doctor Jorge Dandler “la consulta previa: un derecho de los pueblos indígenas afroamericanos y comunidades rurales incómodo para los gobiernos y empresas extractivas, un conflicto de concepciones”, aborda la herramienta jurídica de la “consulta previa” como derecho para ser consultados los pueblos indígenas de gran impacto en la globalización, este nos permite reflexionar sobre este mecanismo jurídico importante, para tener en cuenta en su tratamiento y dimensionar sus dinámicas dentro de marco del sistema oral o adversarial en nuestro país. Otro punto de vista es el que nos presenta en su artículo el doctor David Valencia, desde su escrito ¡ Ho bolombolo! de la retórica jurídica a la teoría de la argumentación una lectura crítica del sistema de oralidad desde el análisis del discurso” el lenguaje y su homología con la poética trayendo al texto la música y el poder del habla que como dice el autor “...apasionamiento hacia las estrategias enunciativas ardidés léxicos, y toda suerte de triquiñuelas en el despliegue de las habilidades argumentativas de los intelectuales y políticos colombianos, particularmente en el campo del derecho y de manera privilegiada en los laberintos verbales del proceso judicial. Más aún en un contexto como el sistema de oralidad, caracterizado también por una dramaturgia agonística”. Por último desde la óptica de “Pensar la oralidad en el contexto del derecho posmoderno” artículo de la doctora Dalia Carreño Dueñas, la oralidad en el sistema en mención con todos los elementos jurídicos que ello conlleva,

se abre la posibilidad de analizar la oralidad como narrativa y objeto de consumo, y la autora nos subraya como el modelo de la interpretación literaria bien podría ser una opción para la interpretación jurídica posible aplicación del derecho dentro de los esquemas de la oralidad.

Esta compilación espera contribuir a el debate y plantear nuevas inquietudes tanto académicas como para enriquecer críticamente a los profesionales del campo del derecho como a los profanos y ciudadanos vinculados al régimen jurídico en Colombia.

ÁLVARO HERNÁN MORENO DURÁN
Compilador

SISTEMA PENAL
ACUSATORIO Y EL HABITUS JURÍDICO:
EL CASO COLOMBIANO*

*“No me pregunten quién soy,
ni me pidan que siga siendo el mismo”*

Michel FOUCAULT

ÁLVARO HERNÁN MORENO DURÁN¹
MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO²

INTRODUCCIÓN

Este artículo es derivado de la investigación, *“sistema penal acusatorio y el habitus jurídico: el caso Colombiano”* desarrollado en el CIFRAVI, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. En el estudio participaron los integrantes de la cátedra de investigación asistida y de los semilleros de sociología jurídica, quienes contribuyeron en la recopilación y selección del material de las fuentes de datos y obras

* Capítulo de libro producto del proyecto de investigación: “Sistemas de oralidad”, el cual hace parte de los proyectos de investigación institucionales de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). El mencionado proyecto de investigación es financiado por la Universidad Santo Tomás.

¹ Sociólogo Universidad Nacional de Colombia, Especialista en estudios de América Latina Université de la Sorbonne Nouvelle, Magíster en Políticas Prácticas Comparadas del Desarrollo Université de París, Magíster en Modos de vida y Políticas Sociales Université Paris VIII, Doctor en Sociología Université Paris VIII. Docente investigador y líder del Grupo de investigación Derecho Privado de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: alvaromoreno@usantotomas.edu.co

² Abogada Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Público Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derechos Fundamentales Universidad Carlos III de Madrid, Doctora en Derechos Humanos Universidad Carlos III de Madrid. Docente investigadora, integrante del Grupo Derecho Privado de la Universidad Santo Tomás. Correo Electrónico: mariaballesteros@usantotomas.edu.co

bibliográficas del tema objeto de análisis. Este trabajo fue realizado mediante la inmersión del trabajo empírico que nos permitió constatar los presupuestos socio-jurídicos enunciados desde la primera fase, mediante metodologías que preservan elementos reales sometidos a la hermenéutica y el análisis socio-jurídico utilizando el principio de la observación.

Con base en la pregunta de ¿Por qué la constante crisis del sistema penal acusatorio?, el equipo se lanzó a la construcción de una respuesta inicialmente hipotética que averigua sobre la procedencia e historia del sistema tanto en su parte contextual como en la trayectoria de sus agentes que inculcaron por lustros las reglas y las normas, especialmente las conductas de comportamiento en el mundo anglosajón.

Para esta investigación se abordó tanto la temática como la problemática desde categorías teóricas del sociólogo francés Pierre Bourdieu como son la teoría de los Campos, punto de partida desde la óptica sociológica jurídica que repercuten el otro de los grandes conceptos de Bourdieu como es el Habitus y concepto central en este tema de averiguación que auscultó los agentes que intervienen en los litigios. Así pues la investigación sobre el sistema acusatorio y el Habitus jurídico determinan las variables que resultan más difíciles de asimilar para las partes que conforman el sistema del cuál puede depender la adaptación o rechazo en el proceso de interiorización. El resultado de esta investigación y que es materia de exposición de este artículo tiene como objetivo compartir los resultados de este ejercicio académico.

Este escrito en su orden se encuentra bajo su primer subtítulo los enfoques teóricos socio jurídicos de la oralidad en el derecho, en segundo lugar el sistema penal acusatorio en Colombia, luego el problema y las contradicciones de los sistemas, los trasplantes jurídicos. Y por último los hallazgos encontrados que plantea una seria de matices teóricos como la ritualización, la legitimidad, la tecnología que al constatarlos con los conceptos bourdianos de campo, Habitus y trayectoria nos permite ampliar el debate sobre te tema y quizá sugerir nuevas investigaciones por los caminos complejos que nos ofrece esta urdimbre del Estado de derecho colombiano

LA ORALIDAD Y LO ACUSATORIO DESDE UN ENFOQUE TEÓRICO DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

El trabajo de campo realizado por estudiantes del semillero que nos permitió constatar los presupuesto de la investigación, que fueron analizados

y sistematizados con base en matrices de análisis cuyas categorías fueron percibidas en sus trayectorias y etapas de la observación.

La oralidad y lo acusatorio constituyen categorías de análisis de investigación, pues con ellas se busca demostrar si los agentes intervinientes en el sistema de enjuiciamiento penal incluyen o no estos elementos; y la medida en que constituyen o no elementos nuevos del *habitus jurídico*, entendido este último como las nuevas disposiciones mentales que proporciona las nuevas prácticas jurídicas que se inculcan en los operarios jurídicos.

Si bien una de las categorías de análisis de la investigación es la oralidad, la entendemos para el objeto de nuestro estudio como una de las características propias del sistema acusatorio; condición que en la Teoría del Campo Jurídico puede resultar de mayor reto para los agentes que intervienen en el proceso, así pues enmarcamos la oralidad como una variable de estudio que comprende el todo del *Habitus Jurídico* detentado por las personas durante las diferentes etapas procesales.

Por una parte la oralidad se fundamenta en que todas las peticiones formuladas por las partes al funcionario judicial se basarán y decidirán de forma oral, en audiencia y con la intervención de las partes.

La actuación procesal será oral, en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, la oralidad como una variable del Sistema penal Acusatorio.

La investigación está dirigida a analizar un lenguaje apropiado, de acuerdo a conceptos socio-jurídicos basados en el *habitus* y el lenguaje simbólico, usado por los actores del proceso oral, ya sea en el sistema penal acusatorio u otro sistema, siempre y cuando tenga por objeto analizar como variables la oralidad y lo acusatorio y a su vez interpretarlos, a partir de la teoría de Pierre Bourdieu, del *habitus*, en el cual utilizó como concepto teórico durante el desarrollo de la investigación, las diferentes audiencias, la intervención de las partes en un proceso determinado y su comportamiento ante situaciones concretas, en el entendido que los actores de dicho proceso, utilizan un lenguaje, una mirada, un lenguaje corporal, una imagen, unos medios de apoyo audiovisual, la capacidad de adquirir la atención del público, en sí, entender los argumentos y razones para convencer o persuadir al receptor de alguna posición.

Para que nuestra investigación, tuviera resultados, debió partir con una propuesta de variables, que conllevan al investigador a un conocimiento más

profundo, sobre la pregunta de investigación a desarrollar, por ende nuestro proyecto, tiene como objeto de estudio dos variables a analizar, tales como:

LA ORALIDAD Y EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

En primera medida la oralidad, en nuestra investigación fue una de las variables, que analizamos, dentro de un campo específico, el cual es socio-jurídico. Y su etimología y evolución histórica se puede resumir de la siguiente manera: el vocablo de Sistema viene del latín “sistema”, que significa unión de una manera organizada, conjunto de disposiciones y de formas entrelazadas de una manera jerárquica para poder tener un fin común. Se podría agregar que dentro de cada sistema, hay unos elementos o partículas específicas que tienen características, condiciones y hábitos que están en constante interacción, se utilizan para construir sistemas de organización, de empresa o normativos. Tal es el caso, del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, que fue adoptado recientemente por la Constitución Política, mediante acto legislativo 003 de 2002 y codificado por la ley 906 de 2004, tema sujeto de estudio de la presente investigación.

Antes de hacer la exposición del análisis de algunas tendencias del Sistema Penal Acusatorio, es importante tener en cuenta ciertos antecedentes históricos de la procedencia lo que ha sido la puesta en práctica de estos sistemas en otras latitudes, en aras de tener una referencia de dichos sistemas en el mundo jurídico.

Inicialmente hablamos del Sistema Inquisitivo, que viene del “inquisitorious” investigación e “inquisitore” se refiere a investigador y también al acusador (Serrano, Over. 2008, p. 92), en el que había una fuerte influencia religiosa en el aspecto jurídico en la vieja Europa desde el siglo XI, donde la iglesia católica toma la ley para dirigir la lucha de la humanidad, utilizando el sistema inquisitorio como uno de los más bárbaros sistemas de acusación y sanción (2008, p. 92), en éste sistema el juez hace a la vez de investigador, acusador e impone la sentencia judicial, los tribunales de justicia estaban en manos de los íconos de la iglesia y fue adoptado en España con más fuerza entre los siglos XV y XVI por los Reyes Católicos. Aunque éste sistema inquisitivo no solo se aplicó en España, sino también en Alemania, en él no existía un acción pública, y para que hubiese un proceso penal, la víctima, es decir, quien había sufrido el daño, debía demostrarlo y designar su adversario, que podía ser directamente la víctima o una persona de su familia que asumiese la causa del pariente (Foucault, 1997, p. 27).

En contrario sensu, encontramos el Sistema Penal Acusatorio, que se origina de un proceso angloamericano, pero éste a su vez, se fue desarrollando a través de los siglos como una forma de ejercer la justicia, regularización y el arbitraje social. Desde los principios, los valores ingleses cuyos elementos están fundamentados en valores religiosos y otros principios del pensamiento pragmático como de las ideas heredadas del utilitarismo de antaño, fundamentan la consagración más pura de los principios del sistema acusatorio. Principio que a pesar de que en sus orígenes no aparece expresamente de forma escrita o codificado, dicho sistema de procedimiento se basa en dos fases según Over Serrano y David García: la primera llamada Prosecución (persecución) que es la investigación, una especie de etapa preliminar o fase anticipada antes de iniciar el proceso y la segunda llamada Arraignment (Acusación) que es el juicio oral (2008, p. 96).

El anterior sistema procesal Acusatorio, se tradujo posteriormente por abogados de tendencias *utilitaristas*, que aportaron al conocimiento del derecho teórico y práctico una cultura política, como forma de organización jurídica y social integral proveniente del estilo de vida inglés.

Desde un punto de vista sociológico podríamos denominar dicho estilo de vida, determinado por un “*ethos*”, concepto considerado por Zenón de Citio como “fuente de la vida de la que manan los actos singulares” o como lo dijera Aristóteles en la *Ética* a Nicómaco, es el “hábito o el carácter, el temperamento o modo de vivir o modo de ser, se considera así el *Ethos* como una forma de vida o un discurso de los hábitos y la buenas costumbres”³, o como lo propone el sociólogo francés Pierre Bourdieu en lo que podría ser su analogía con el “*ethos*”, El “*habitus*” cuyas disposiciones morales o *hexis* (registro de posturas y gestos) y *aisthesis* (gusto, disposición estética), concepto que engloba conjuntamente los planos cognitivos, axiológicos y prácticos y cuestiona las distinciones dicotómicas tradicionales entre las categorías lógicas y éticas, por una parte, y el cuerpo y el intelecto.

El “*Ethos*”, entonces podría considerarse en términos ligeros, como una filosofía moral, en el que los individuos de una sociedad lo interiorizan, al igual que la definición de *habitus* de Bourdieu, en ellos se incluyen las estructuras sociales objetivadas construidas en dinámicas históricas –los campos– y las estructuras sociales incorporadas por los individuos en forma de esquemas

³ Consúltese a Fernández, F. *Uno desde el Ethos*. Fundación Universitaria Luis Amigo, p. 2. Revisado el 16.11.2014. 7.46 pm Virtual.funlam.edu.co.

de percepción, valoración, pensamiento y acción, que es lo que se convierte para el caso del sistema anglosajón en la identidad del inglés y que lo caracteriza de otras culturas. De allí surge la construcción de la visión de lo que sería justicia para los Británicos, concepto que tiene unos elementos cargados de valores sociales, según Alexis de Tocqueville (1805-1859), pensador jurista y político francés, quien dice al respecto, que la democracia y las sociedades contemporáneas avanzan sobre los asuntos humanos, sobre sus ideas y pasiones y observa que las causas principales que mantiene a Estados Unidos se reduce a la igualdad de condiciones que es la causa generadora de las leyes y costumbres. Allí la legitimidad de la justicia, son reconocidos por el pueblo, luego existe para Tocqueville un *imperio soberano de la opinión pública y la democracia* fundamento de la primera.

La conciencia colectiva de un pueblo aludida por Tocqueville, *persiste como la suerte inmensa de una presión del espíritu de todos sobre la inteligencia de cada uno, presión que la mayoría lo convence*. “De cualquier manera que organicemos los poderes de una sociedad democrática, será difícil creer lo que la masa rechace y profesar lo que ella condene”, así subraya Tocqueville que el hecho de que la democracia en tanto régimen político, no puede ignorar en el estado social las mentalidades, las costumbres que conforma la moral y busca a su vez el bienestar y la tranquilidad de la mayoría⁴, aunado a la sobrevivencia de la transición de la colonización inglesa, que se consolida en los Estados Unidos, con base en algunos valores heredados que hoy en día aún no se han perdido y que denominan sistema jurídico anglosajón, estos elementos nos permite pensar que el sistema tiene una construcción arraigada en la sociedad, que se desarrolla a través de la transmisión del Ethos, que normalmente difunden varios actores religiosos como los protestantes y los “Quakeros”, quienes construyeron la sociedad y la reproducen bajo estos principios.

Por el contrario, podríamos constatar que comparándonos con los orígenes de los elementos de justicia norteamericana, gran parte del continente latinoamericano el sistema inquisitorial fue trasplantado de Europa por los países como España cuyo Ethos o configuración SOCIAL HABÍA SIDO MOLDEADO POR LAS IDEAS RELIGIOSAS DE TIPO CATÓLICO QUE AUN PRESERVABA LOS PRINCIPIOS, DEL SISTEMA INQUISITORIAL como institución dedicada a la persecución y ejecución de los supuestos

⁴ Rodal, D. *Lecturas de Tocqueville*. Ediciones siglo XXI de España Editores S.A. 1ª ed. 2007. ISBN: 978-84323-1269-4, pp. 19-64.

herejes que desde el medievo, eran acusados de brujería pero que en el fondo dichas personas eran perseguidas y controladas por los reformadores radicales, a aquellos que pusieran en entredicho la estabilidad ideológica y política del poder de entonces.

Este sistema en América se reproduce, de una parte como estrategia para erradicar toda posibilidad de deidad indígena como de prácticas ontológicas realizadas milenariamente por nuestros antepasados, las cuales no eran compatibles con la cosmovisión del mundo medieval traída por los Españoles.

El sistema escolástico que descendió en el nuevo mundo, basado en el poder del clero, empezó a tener una enorme influencia sobre las formas de vida de las nuevas sociedades, y el sistema jurídico se hizo casi natural en el mundo recién descubierto, tal fue el caso del papel del juez en ese orden, quién investigaba, acusaba y juzgaba. Ejemplo que evidencia las características de la debilidad en las garantías de la defensa, era netamente escrito y la neutralidad del juez era discutible por los sesgos de la ideología que existía relacionada con la política y economía de la época.

Por lo tanto, la importación de éste sistema fue ajeno a nuestros ancestros, de lo cual podríamos decir que el Ethos se construye con elementos importados que supuestamente prevalecía desde entonces con arraigo en el viejo continente. Hay que subrayar que han sido varios siglos desde cuando a fuego y sangre se institucionalizó *el sistema*, quizá adaptando la mentalidad de los agentes jurídicos junto con los gobernantes de marras, con la sospecha de desarrollar su estructura y funciones ajenos a un Ethos particular de nuestras sociedades o tal vez haciendo una fusión con particularidades de la etnia latina.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA

En el contexto histórico anteriormente mencionado, podríamos ya determinar algunas diferencias y algunos riesgos de los sistemas jurídicos que se desarrollarían en Colombia, ahora veamos en la actualidad como el Sistema Penal Oral Acusatorio llega a Colombia y como se comportan estos elementos de “Ethos” o Habitus en el sistema jurídico nacional.

Como una supuesta transición del sistema inquisitivo al oral, en Colombia, se practica ciertos elementos de este sistema último, que está ligado al sistema norteamericano, y que fue incorporado en el ordenamiento

jurídico con el acto 003 de 2002 como respuesta al sistema de la ley 600 del 2000, prácticamente se desarrolla en audiencias preliminares y juicio oral basado en técnicas y procedimientos que usan los fiscales, abogados y el juez, además dentro del juicio la práctica de las pruebas se lleva a cabo, con un debate oral, con acceso directo a los medios de convicción, aunado a un sistema típicamente acusatorio, donde las partes intervienen de manera oral.

La oralidad fue consagrada en el CPP, para ello se requiere todos los medios técnicos. A partir de éste Acto legislativo, el Sistema Penal en Colombia cambio radicalmente y se notó la diferencia, ya que con el antiguo sistema inquisitivo los procesos eran lentos, se le hacía culto al expediente y se evidenciaba la pereza mental del operador jurídico, para emitir un auto, hacer una defensa, hacer unos alegatos de conclusión, normalmente, los abogados se demoraban en la contestación de cualquier memorial o demanda y toda decisión que se deseara tomar, se necesitaba de cierto rigorismo para evitar posibles errores jurídicos que pudieran llevar a una nulidad o a una decisión injusta, situación que dejaba a los investigados en incertidumbres y preocupaciones por las demoras de la administración de justicia y en consecuencia se le vulneraba derechos fundamentales, como el del buen nombre, derecho al trabajo entre otros; el imputado no podía aspirar a un puesto de trabajo, hasta que no se le diera fin a la investigación penal y hubiera un fallo definitorio de absolución. Luego con dicho acto legislativo, que establece que el proceso penal se sustentará en el principio de oralidad, celeridad y economía procesal, el procedimiento cambia, se realizan las audiencias de forma oral y se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad al proceso, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A efectos siempre se dejara constancia de la actuación⁵.

Dicho postulado de “Sistema Penal Oral Acusatorio”, significa entonces que todas las decisiones sobre un proceso serán tomadas de forma oral, con fundamento en el acervo probatorio estudiado y analizado durante el proceso penal y rigurosamente examinado por el juez, además de que sea público y contradictorio. Lo que significa que dentro de la investigación y las audiencias públicas es importante en primera medida, la oralidad que es un principio como lo expresa el Código de Procedimiento Penal. Art. 9, o una técnica que tiene una serie de características, que es utilizada como

⁵ Art. 250, numeral 4, modificado por el artículo 2 del Acto legislativo 003 de 2002.

instrumento por los operadores jurídicos colombianos. Para algunos Autores como Ferrajoli, Chiovenda, Calamandrei, la oralidad es la principal garantía del proceso penal, pues busca la autenticidad de las pruebas y el control del público y del imputado, sobre su formación si comporta, la identidad de las personas físicas de los jueces desde el inicio de la causa hasta la decisión y el diálogo directo entre las partes y con el Juez para que éste conozca la causa, no a base de escritos muertos sino a base de la impresión recibida, por parte del Juez⁶, en segundo lugar la publicidad, es decir, que los procesos sean expuestos a todo el público, excepto cuando se trate de proteger los derechos e identidad de un menor o que sea un tema que no perjudique la sociedad.

La oralidad ayuda al juez a determinar ciertos aspectos del imputado, indiciado o investigado, así como de los testigos, puede conocer si lo que están expresando es cierto o no, de igual forma la oralidad ayuda a que el juez haga una valoración ordenada de las pruebas para tomar una decisión acorde a derecho, imparcial y objetiva. Así las cosas el papel de los operadores dentro de un sistema oral es muy importante ya que habrá más inmediación y celeridad en los procesos penales.

El doctor Jaime Granados, dice que la oralidad puede verse desde dos puntos de vista: Escénico y contradictorio del mismo y el debate oral, de estos dos postulados, la oralidad desde la teoría de los campos de Pierre Bourdieu, la forma en que actúan los intervinientes (sujetos procesales), se hacen a partir de ciertos formalismos, al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado lo siguiente:

“El Código de Procedimiento Penal privilegia la ritualidad oral, de donde surge que algunas formalidades propias del sistema anterior deben obviarse, sin que ello implique desconocer la solemnidad que revisten determinados actos”⁷.

Por lo tanto, el Sistema Penal Acusatorio, es más una estructura donde se determinan más los roles de los operadores y es una característica por mandato legal de que el sistema sea netamente oral, situación que en la realidad no se cumple, por cuanto que muchos operadores llevan el escrito y simplemente se dedican a leer el texto y hay unas cámaras y un audio que graba, lo leído, casi nunca se presenta un debate oral, tal como lo prevé el

⁶ Cadena, R. *La Argumentación Jurídica y las Técnicas de Interrogatorio y Contrainterrogatorio en el Sistema Acusatorio*. Ediciones Nueva Jurídica, 2010.

⁷ Sentencia 5 de diciembre de 2007. Radicado 28125.

sistema mismo, la oralidad significa entonces que el operador conozca el caso y lo tenga en su mente y brevemente lo exponga ante el Juez y demás asistentes para hacer valer razonablemente sus argumentos.

Es así que se encuentra el Sistema Penal Acusatorio en Colombia, entre otras características lo distinguen, las cuales serán desarrolladas en éste escrito, con el fin de dar a conocer si el sistema ha sido viable o no y si comporta a la finalidad inicial que quiso darle el legislador, al reformar la Carta Política en el 2002, desde el análisis sociológico de los agentes y su evolución en el sistema.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La problemática de investigación consistió en resolver las contradicciones que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal colombiano supuestamente presenta en cuanto a sus prácticas, estructuras y factores de su dinámica, sobre todo las adaptaciones y resistencias del operador jurídico, en las audiencias penales y el juicio oral, desde el punto de vista sociológico como acción social positiva, desde la teoría de los campos de Pierre Bourdieu y el habitus incorporado en los agentes del derecho, quienes muestran ciertas resistencias a los cambios, sin negar que el Sistema Penal Acusatorio, haya evolucionado y avanzado en la descongestión judicial, pero no ha sido suficiente, por cuanto que hay retos por resolver y afrontar el Estado, la sociedad, los académicos y abogados, para que el sistema funcione bien, como por ejemplo la educación o formación jurídica de los profesionales del derecho.

Consideramos, que en al interior del sistema penal acusatorio los abogados deben modificar su habitus cultural y formativo, para que hayan mejores resultados de descongestión judicial, aplicación del sistema en condiciones óptimas y habilidades de los sujetos procesales al interior del proceso. Para ello con el grupo de estudiantes de investigación Sociedad y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, estudiamos diversas variables, entre ellas, la oralidad, para conocer el proceso de adaptación al sistema por parte de los agentes jurídicos, en las audiencias, si hay un mejor manejo de las tecnologías, el proceso de comunicación entre el imputado y la fiscalía, si existe una alta violación de derechos humanos, por cuanto que no hay una relación directa para que el imputado conozca las evidencias, sus derechos, pruebas y hacer una defensa adecuada (principio de contradicción y de igualdad),

Otra variable que se analizó fue el *principio de celeridad*, en muchos casos significa impunidad, el sistema está creado para que los imputados se acojan al preacuerdo anticipado, con la idea de que ya está condenado y que lo mejor sería aceptar la culpabilidad para acogerse y tener una pena privativa de menor duración, a diferencia de lo que podría tener si se va a juicio final, es un sistema condenatorio y no contradictorio y de defensa que procure encontrar la verdad sino salir pronto del conflicto, aunque en muchos casos es cierto que el imputado ha cometido el delito, en tal situación si es conveniente, pero en otros no es tan cierto, lo que conlleva al debilitamiento del sistema y su atomización.

La cultura jurídica es parte del tema que queremos resolver, desde el principio hicimos énfasis, para analizarla y recurrimos a un punto de vista de la teoría de Pierre Bourdieu, desde el Habitus, considerado como una estructura interiorizada por los agentes jurídicos, con base en la influencia de su contexto o Campo jurídico, en donde esa influencia genera dispositivos mentales de los agentes, cuyas estructuras se van exteriorizando como chips o discos duros, se interioriza la lógica y la estrategia de los Campos al punto de generar unas conductas particulares de los agentes que están dentro del mismo, que sirva dentro del espacio jurídico, se supone que si hablamos de cultura y del concepto de Habitus, abordaríamos el caso colombiano desde la teoría del Campo de Pierre Bourdieu y las manifestaciones hechas por los sujetos, conociendo la historia genética del Campo jurídico que ha sido heredada y trasplanta entre culturas hasta lograr lo que hoy tenemos o llamamos Sistema Penal Acusatorio Colombiano, y las resistencias de los individuos al nuevo procedimiento penal quedándonos finalmente en el sistema inquisitivo o mixto.

Dentro del análisis, damos cuenta que en el caso colombiano ha prevalecido el sistema inquisitorial y se ha adecuado a través de nuevas formas, junto a la misma *hibridez social* por los elementos del Estado de hecho y de Derecho y que en la práctica prevalecen, la aplicación del sistema sin proponérselo mixto, cuando aplicamos el mismo sistema a través del Campo jurídico nos damos cuenta que se quiere abandonar todos los elementos del sistema inquisitorial y entramos a una nueva era y en la práctica según los análisis, no ha despegado el sistema oral, incluso observamos muchos elementos que persisten del sistema anterior a la oralidad, quizá ello se debe de acuerdo el caso en el que nos ocupamos al Habitus o un fundamento del espíritu de la justicia. El sistema anglosajón con su propio Ethos, que viene de

estados unidos y alimentado por su propia cultura se instala cohabitando con el Ethos colombiano, el del sistema escrito como principio, la idea del derecho tradicional, es decir, se contradicen los elementos de los sistemas entre sí, generando contradicción en la adaptación con los nuevos Ethos o mejor nuevos Habitus trasplantados desde Norteamérica, lo que evidencia las diversas dificultades, en la puesta en marcha del Sistema Penal Acusatorio.

LA CONTRADICCIÓN DE LOS SISTEMAS

El Sistema Penal Acusatorio, se introdujo al sistema constitucional con el acto legislativo 03 de 2002 y aunque tuvo reticencias, resistencias y fuertes debates por parte de los académicos, juristas, jueces y administradores de justicia, finalmente se incorporó al ordenamiento jurídico mediante proyectos legislativos entre julio de 2003 y junio de 2004, trabajo ser el cual se promulgó el 31 de agosto de 2004, la Ley 906, que reformó el Sistema Penal, el Código Penal, las instituciones o entidades involucradas en el sistema y por supuesto a los operadores judiciales. Para ello, se hicieron algunas capacitaciones por parte de la Fiscalía, recursos informáticos e infraestructura física y tecnológica. En ésta investigación desarrollamos como problema los cambios en el habitus jurídico de los agentes del sistema o llamados operadores jurídicos y las falencias encontradas al interior del sistema, problemas que no han sido resueltos por la administración de justicia, puesto que no son complicaciones de simple infraestructura, sino que tiene deficiencias más allá de lo estrictamente material, son problemas de los operadores y sus habitus que han sido interiorizados con dificultades, con estilos antiguos y constantes resistencias al adoptar las nuevas formas de litigio oral, lo que se debe no solo a los agentes, sino también a quienes lo reproducen, estos son, las facultades de derecho, docentes y el currículo académico que está elaborado desde conceptos retrógrados hasta prácticas en desuso.

TRASPLANTES JURÍDICOS

Debido al cambio profundo de paradigmas en la cultura jurídica del país en la que habrá que conocer nuevos estilos en la litigación y en la negociación penal, la oralidad viene a cumplir funciones como una nueva forma o estrategia de litigación para desarrollar destrezas y técnicas para un proceso más ágil, es un método, que busca que en los procesos se argumente

oralmente por todas las partes en las distintas audiencias ante los jueces y magistrados de forma verbal toda situación jurídica o fáctica. La forma oral es una estructura metodológica nueva que facilita el trabajo de los litigantes, sin embargo muchas personas no tienen la elocuencia para enfrentarse en debate oral en sistema penal oral Acusatorio.

La interacción de los sistemas jurídicos y el intercambio continuo entre estos y el derecho comunitario o internacional, conllevan a procesos de importación y exportación de derecho a trasplantes jurídicos que generan destrucción o transformación del derecho de las comunidades indígenas que habitaban en la región y la construcción de los ordenamientos jurídicos de las colonias, así por ejemplo el Código Civil Chileno, redactado por Andrés Bello, fue influido por el Código Civil de Napoleón, luego influencio en los ordenamientos jurídicos de Uruguay, Argentina y Brasil. Latinoamérica ha trasplantado, un conjunto de normas e instituciones económicas y jurídicas que buscan promover principios liberales clásicos con el objetivo de fortalecer el Estado de Derecho y la economía de mercado en la región y normas e instituciones para transformar los sistemas judiciales siguiendo el modelo estadounidense, de igual forma conceptos de filosofía del derecho y teoría política anglosajonas con el fin de construir derecho constitucional, ha si lo ha dicho Daniel Bonilla Maldonado, que “la reforma de la jurisdicción Penal en Colombia, es un caso de incorporación *del* sistema penal acusatorio en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, el gobierno colombiano acordó con el gobierno de los Estados Unidos la importación del sistema penal acusatorio a Colombia para reemplazar al sistema inquisitivo establecido en la Carta de 1991, buscando fortalecer el estado de Derecho y la administración de justicia, se concretó en el acto legislativo 3 de 2002, Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, mediante las cuales se cambió la estructura del proceso penal en el país, buscando una mimesis del sólido sistema jurídico estadounidense, excepto la no incorporación de los juicios con jurados”. Este trasplante es un típico caso de importación no solo de derecho, sino también de Ethos, valores y principios de otros países hacia Colombia, lo que genera no solo la fragmentación de los ordenamientos jurídicos internos donde llegan sino que se marca más el pluralismo jurídico al interior de un país, por cuanto que existe más de un sistema jurídico y la necesidad de que haya jueces y magistrados especializados en la hermenéutica jurídica para que sea bien aplicado, lo que puede generar inseguridad jurídica, ya que los que profieren justicia tienen la autonomía de interpretar, concebir o aplicar leyes y/o derecho conforme a sus propias costumbres, Ethos, reglas o principios, situación que no es

viable en Colombia, porque aquí contamos con un derecho escrito, donde todo está codificado y dicho, solo el fallador decide conforme a derecho, es decir, de acuerdo a lo establecido por la ley. A diferencia del sistema anglosajón como ya lo hemos visto, depende de la legitimidad dada por el pueblo.

Uno de los obstáculos de los trasplantes jurídicos arguye Bonilla Maldonado, “son las diferencias políticas, culturales e ideológicas que existen entre los países y pueblos, pues entre más discrepancias exista en las estructuras del poder político del agente emisor y receptor, menos éxito habrá con la importación, ya que es evidentemente transferir normas que nacen en un contexto diferente al que recepciona dicho derecho, con características distintas, no progresa el trasplante jurídico, pues hay diferencias notables, y perjudica la identidad y cultura de un Estado”⁸, de lo anterior podemos decir, que los trasplantes jurídicos para ser incorporados deben ser acordes al contexto cultural y social del país receptor, como por ejemplo la ideología de la oralidad, viene de otros países, y es aplicada en Colombia con el fin de agilizar los procesos judiciales, ello se traduce según la teoría de los trasplantes jurídicos, como una copia que se hizo de un ordenamiento jurídico, a nuestro orden normativo, sin embargo, dicha copia puede ser o no efectiva, eso depende de la forma de aplicación por parte de los operadores jurídicos, del modelo jurídico, entre otros factores, como los medios de comunicación y uso de tecnología apropiada para la aplicación del principio, la influencia de medios externos de comunicación en nuestro país y este como se desarrolla según nuestra cultura y habitus.

Por otra parte, en cuanto al Sistema Penal Acusatorio, encontramos que en hay una concepción unánime de que hay falencias, que es difícil aplicarse un derecho con un Ethos arraigado de forma literal, sin conocimiento de nuestras culturas y formas de adaptación y ello ha tenido un gran impacto judicial. Al respecto, algunas de las falencias del sistema se deben al Habitus de los llamados operadores, ya que son profesionales del derecho y al Ethos colombiano tradicional arraigado que tienen los sujetos jurídicos. Un estudio del observatorio ciudadano del Sistema Penal Acusatorio de la Corporación de excelencia en Justicia ha dicho que al interior del sistema no hay una diferenciación de roles, el juez sigue tomando decisiones exclusivas del

⁸ Bonilla, D. *Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos*. Universidad de los Andes. 1ª ed. Bogotá, DC. 2009, pp. 216.

fiscal y viceversa, lo que no le da plenas garantías, desnaturaliza y hace inoperante al Sistema Penal Acusatorio, encontraron defensores que no llegaban cumplidamente a las audiencias, poniendo trabas en el proceso, que no hay una línea de diferenciación entre la defensa, la técnica y la temeridad (2006, p. 14), por otro lado la actitud de los medios de comunicación impide el ejercicio de una buena defensa, encontramos el caso Colmenares, los medios han afectado la investigación, había semana que transcurriera sin noticias del caso, fascinando al público espectador de lo que sucedía en el caso, así mismo no había persona que no supiera los nombres de las acusada y que estaban involucradas en el asesinato del joven Colmenares⁹, afectando así el derecho al buen nombre, la presunción de inocencia y ya eran condenadas así aún no hubiera sentencia, para nadie es un secreto que los procesos han sido expuestos a los medios de comunicación y al servicio del público, lo que da transparencia a los procesos pero también genera desconfianza y puede conllevar al colapso de la ciudadanía, en la investigación de la Corporación de excelencia en Justicia se comenta un caso en la que se omite información durante las audiencias para no mostrarlas a la opinión pública, como el caso de una captura que se realizó con signos de maltrato y no fue verificado por el juez de control de garantías (2006, p. 15), también se recogió que hay casos en los cuales los jueces de control de garantías se adecuan a lo solicitado por el fiscal, por algunas denuncias presentadas por el fiscal en contra de jueces por no decidir de acuerdo a las peticiones de la fiscalía. No hay un fortalecimiento del papel de cada interviniente al interior del sistema, es decir, no se conoce claramente que debe hacer cada parte, muchas de las dificultades dice esta investigación se debe a la falta de pedagogía de los operadores en la interpretación y la adecuación conforme a la jurisprudencia, para ello se debe tomar medidas pedagógicas para superar las diferencias interpretativas que hay al interior del sistema y hacen que el mismo sea inseguro. Los abogados para hacer una defensa efectiva muchas veces no cuentan con elementos adecuados

⁹ Encontrado y Revisado en El Espectador, 22 de agosto de 2012. 10:23 pm. “Caso Colmenares”, medios han afectado la investigación. Este caso es sobre el asesinato de un Joven universitario en Bogotá, Luis Andrés Colmenares, en el que ha tenido a todas las personas informadas del caso y su investigación, además de los testigos, jueces y fiscales que llevan el caso, lo que ha generado inseguridad y amenazas, se ha pedido controlar los medios de comunicación, a pesar de que hay unos derechos de libertad de prensa incluyendo escavar procesos judiciales, pero este caso se salió de sus proporciones, lo que ha generado especulación pública y ha llevado a apreciaciones equivocadas sobre el caso.

para la misma, ya sea porque se la negaron por parte de las instituciones y no son entregadas de manera oportuna (2006. p. 18). Hay una propensión a la defensa pública, más que privada o de confianza, por cuanto que no se permite ingresar a los abogados litigantes a los sitios de reclusión para prestar sus servicios, el 80% de las audiencias de sentencias con aceptación de cargos (2006, p. 46), dice la Corporación de excelencia en Justicia, representa un gran avance, en comparación de las sentencias anticipadas, lo que indica que el modelo se desarrolla tal como se concibió, de dar garantías para que se acojan a los cargos y haya celeridad y economía procesal, el legislador previó herramientas para la evacuación anticipada de procesos, que culminen sin necesidad de llegar a juicio (archivos, preacuerdos, conciliaciones, principio de oportunidad), lo que no genera muchos juicios orales, por cuanto que el conflicto se soluciona con vías alternas de solución de conflictos (MASC¹⁰). CEJOSPA, también encuentra que en las audiencias, en cuanto a la celeridad, que los plazos entre la noticia criminal y la formulación de cargos son extensos, y que es más rápido el proceso desde la imputación hasta la sentencia, al igual que el sistema mixto, desde el periodo de la resolución de apertura y la acusación en el sistema mixto (CEJOSPA. 2006, p. 49), en el mismo sentido, en cuanto a la programación y celebración de audiencias sigue siendo el mismo sistema que el mixto demorado y deficiente, al igual que las dificultades de traslado de los imputados, esto ha hecho que el sistema este congestionado, concluye la CEJOSPA, que el sistema ha sido eficiente en aspectos de aceptar cargos de forma anticipada y en algunos tiempo, pero en otros casos de tiempo de investigación y audiencias aun predomina el sistema mixto, el principio de oportunidad no es aplicado, es una figura nueva que no es muy aplicada y desconocida en muchos casos, cuya aplicación comporta un cambio de mentalidad que no ha operado, por falta de una clara política criminal sobre su operancia y problemas del marco normativo (CEJOSPA, 2006, p. 52), la mayoría de los procesos son archivados por el uso de los MASC, el sistema penal acusatorio está congestionado, por las demoras en la investigación, muy parecido al sistema mixto y la apertura de procesos a diferencia de noticias criminales es reducida lo que genera impunidad y desconfianza, hay retrasos en la programación de audiencias, notificaciones, citaciones, lo que genera más congestión, predominan los preacuerdos con la fiscalía para evitar llegar a

¹⁰ *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*, se introdujo por la ley 906 de 2004 en la que le da relevancia a la conciliación, para evitar juicios orales.

juicio oral, además observaron que en la mayoría de casos, en cuanto a las acciones efectivas para el desarrollo de una audiencia una gran parte de los actores e intervinientes, recurrían parcialmente a la lectura de escritos para hacer sus intervenciones, es decir, el debate se hacía oralmente, pero con lectura de textos, sin embargo hay procesos en los cuales es inevitable no acudir a la lectura, por ejemplo en casos de dictamen pericial y propone que deben dictarse cursos de destreza para desarrollar y fortalecer la oralidad, para que las partes no evadan el debate oral y los jueces se pronuncien sin tanta intermediación de lectura, para ello es necesario un cambio para adecuarse los operadores jurídicos a la oralidad y el compromiso que ello supone. En cuanto a asuntos del principio de publicidad debe existir alguna del sistema en asuntos publicitarios de casos, del sistema y trabajar con los medios para comprenda como es la filosofía y dinámica del mismo, pues muchos de los reporteros no conocen la situación, delicadeza o repercusión que tiene el proceso en la sociedad, intentan vender, sin tener en cuenta la atomización social que puede generar la errónea comunicación de los casos sin prevención o cuidado alguno.

La mayoría de las investigaciones hechas por grupos específicos y dedicados a la investigación del Sistema Penal Acusatorio, también exponen, que la implementación del mismo afronta problemas de eficacia y garantías que han llevado a un colapso y que la mayoría de la problemática radica en aspectos presupuestales y de gestión (CEJOSPA. 2013, p. 1), sin embargo, éste grupo de investigación de Derecho y sociedad de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, en su línea jurídica, encuentra ciertos hallazgos que nos conducen que más allá de los problemas económicos para la adopción del sistema, se debe al habitus incorporado en los agentes del sistema judicial, entendido habitus como propensiones o tendencias auto actuantes que encajan con respuestas o formas particulares de acción (Higuita, D., 2013, p. 62), además de esta definición de Habitus de Bourdieu, también encontramos el concepto de hábito como forma de comportamiento no reflexiva, auto sustentada, que surge en situaciones reiteradas (Hodgson, 2007 p. 65). Dicho comportamiento es adoptado por los agentes, son disposiciones adquiridas, puede que se exprese o no habitualmente o haya propensión para comportarse de cierta forma en una situación particular, los hábitos según John Dewey son repertorios inconscientes de la conducta potencial, pueden ser provocados o reforzados a partir de un contexto apropiado (Higuita, D. 2013, p. 62), por su parte el concepto de Habitus que expone Pierre Bourdieu, sociólogo francés, dice que es una interiorización

de las reglas de juego del campo, una formación y estructura interna, es una manera de crear y generar disposiciones mentales, una forma de encarnar muchas de las cosas aprendidas en el contexto a través de los medios, a través de los sentidos (Fortich, M., 2013.42), luego del Habitus, en lo jurídico “Habitus se integra al interior de los sujetos dentro de un Campo específico”, en éste caso el jurídico, Bourdieu, dirige su atención al interior del proceso social de fabricación (Moreno, A & Ramírez, J. 2011, p. 45), y en la normatividad de leyes y conductas, dentro de dicho Campo Bourdieu dice “que hay dos sectores, el primero, conformado por los profesores y juristas encargados de la elaboración teórica de la doctrina y segundo, los magistrados orientados hacia la evaluación práctica de casos particulares” (Moreno, A. 2011, p. 45), incluyendo en ésta última clasificación los agentes jurídicos (abogados, fiscales, defensores públicos, ministerio público), que actúan dentro del sistema judicial y son sujetos que han adoptado una forma de aprendizaje del derecho de forma tradicional, para el caso sub-examine, en el sistema penal Acusatorio los operadores tienen interiorizado una forma educativa que ha sido reproducida en sus facultades y por sus docentes.

Los Habitus jurídicos, en el Sistema Penal Acusatorio en Colombia, es el ejercicio sociológico de entender que si hay un hecho, que nos conlleva a hablar de Habitus de donde procede el sistema penal acusatorio anglosajón, y que este es reproducido en el sistema Colombiano, a partir de todas las experiencias jurídicas, del sistema inquisitorial, mixto y algunos elementos del sistema adversarial, se evidencia que no hay una posibilidad de adaptación al nuevo sistema oral, porque no se ha constituido un Sistema conforme a nuestro Ethos que se disponga a aplicar al nuevo sistema, un sistema transpuesto y extraño a nuestro contexto cultural y hecho particular y a un Habitus colombiano, estos elementos que no se encuentran allí, es lo que permite o hace posiblemente que haya un obstáculo y no haya una viabilidad a entender el nuevo procedimiento penal. Los hallazgos encontrados en el Centro de Investigación observando las distintas audiencias nos permitió ver que por un lado el sistema escrito aún prevalece, que no ha desaparecido del todo en el sistema penal, y que por otro lado, las disposiciones de los abogados y fiscales, ellos mismos ejercen la investigación en donde no hay una disposición frente a la oralidad, la misma formación intelectual no los ha preparado, aunado a la infraestructura que no es óptima desde el punto de vista de la sistematicidad, hacen que ofrezcan allí luego de la observación de los estudiantes de las variables que se propusieron trata de simular los nuevos elementos del sistema que prevalecen a los anteriores, esto preocupa

no solo por la adaptación misma del tipo que se hace la audiencia. Si no que hace suponer que en el transcurso de un caso o proceso, ocurre también que aparezca un Habitus tradicional y el problema es de fondo hacia la adaptación del sistema, lo que nos permitirá hacer unas propuestas del tipo pedagógico e instrumental en donde se adquirirán nuevos elementos hoy en día al campo jurídico, en el sistema, hay reflexiones de los nuevos profesionales del derecho que van a empezar a ejercer desde la misma formación de la universidad.

MÉTODO Y ANÁLISIS ENCONTRADO

Esta Investigación realizada por los estudiantes y profesores del grupo de investigación de la USTA, mediante el trabajo empírico se arrojaron las siguientes tendencias de acuerdo a las matrices de análisis, de acuerdo a las 7 audiencias analizadas, se encontró en la variable de tecnología se encuentra una deficiencia del sondeo a unas quejas o se han manifestado que la tecnología es deficiente (presa, USAID, investigaciones)

De acuerdo a lo anterior e inspirado por la serie de cuestionamientos que los estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho y el Centro de investigación hicieron durante varias discusiones y durante varios interrogantes surge este tipo de trabajo que tiene unos ciertos elementos científicos, empíricos y teóricos del derecho para poder determinar con algún sondeo en particular para saber cómo se comporta lo que hemos denominado hábitos y los elementos del mismo, así como sus obstáculos y resistencias que se proponen en un nuevo sistema para eso, además de ser una recuento y una recapitulación de la literatura, de lo que nos correspondiera en el sistema penal acusatorio como en las encuestas en particular viene del tema de cómo abordar el tema metodológico conjugar el tema empírico y teórico el tema metodológico fue el de precisar esta investigación en Colombia, particularmente en Bogotá mediante la observación de unas audiencias de los estudiantes compilaron en una determinadora número de audiencias y de esa observación se hizo precisando unas variables las cuales se situaron de una manera sistemática en una matriz de análisis cuya observaciones fueron anotadas por los estudiantes durante toda la investigación y nos condujo a mostrar una tendencia que posiblemente sucede en el caso Colombiano abordándolo desde la teoría del hábitos comportamiento en la práctica social, entendiendo que la practica social es la representación de los hábitos adquiridos, es en la práctica que vemos cómo actúa la persona

y por eso suponemos que a partir de esta muestra la tendencia que puede estar ocurriendo en el sistema; actualmente lo que nosotros nos proponemos con el método fue en compilación material con base en la precisión de la problemática sistematización, teniendo como base las variables y la observación directa y posteriormente en un tercer nivel o tercera etapa, el análisis de las variables que nos permiten llegar a unas conclusiones de unas tendencias de lo que es esta investigación.

Esta investigación tuvo por objeto encontrar las nuevas adaptaciones y estilos de litigación oral en el Sistema Penal Acusatorio, desde el punto de vista de Acción social o formas de actuación de los agentes jurídicos y los cambios obtenidos por estos, si existen resistencias, adaptaciones, desde la teoría del campo y del habitus jurídico de Pierre Bourdieu, encontramos:

I. ORALIDAD

La oralidad como elemento fundamental del sistema Penal Acusatorio, es una de las características más importantes del sistema acusatorio, en la medida que garantiza una relación directa entre los sujetos procesales (fiscal, procesado, defensor) y juez, en la práctica de pruebas se lleva a cabo un debate oral (Solórzano, C., 2013, p. 119), cómo variable objeto de investigación y observación encontramos en la tendencia general de los CDs de audiencias penales, analizados por estudiantes del grupo de investigación, que en todas los sujetos procesales realizaron la audiencia de forma verbal, con un léxico completamente jurídico y respetuoso, cortés o formal frente al juez, eso siempre se da por cuanto que el defensor tiene la necesidad de convencer al juez y una de las formas es utilizando un lenguaje respetoso hacia el juez, utilizando expresiones como “su señoría”, “su digno despacho” y del mismo modo el juez lo hace de forma educada y atenta, sin embargo hay casos en lo que los jueces utilizan un lenguaje simbólico de poder frente a los sujetos procesales, con fines de demostrar superioridad y utilizan lenguajes como “señor fiscal sírvase adecuar los hechos a las normas”, o cuando se refiere también a la defensa manifiesta “señor defensor sea más concreto” y en muchas ocasiones tienen la razón, pero el tono de la voz que utiliza el juez es intimidante o tiene una fuerza dominante a veces perturbadora para los agentes jurídicos y para el imputado, quienes pueden perder el hilo de la defensa, olvidar sus argumentos, confundirse con los artículos y hasta perder el discurso. En buena parte, la forma de dirigirse el abogado hacia el juez, es educada, se debe a la concepción que se tiene de

que el juez impartirá justicia, en defensa de los derechos de los imputados y garantizando los derechos fundamentales.

Por su parte la defensa siempre utiliza un léxico único y jurídico, buscando adecuarse a las situaciones jurídicas de su defendido, mientras que la fiscalía utiliza un lenguaje más adaptado a los hechos, siempre basándose en la narración de lo fáctico, tal cual cómo sucedieron en su sentido lapso, mientras que el juez hace referencia y tiene una relación directa con los artículos, la doctrina y la jurisprudencia, con un lenguaje eminentemente jurídico y acorde al derecho, el cual por interés de las partes es entendible, pero incompresible por el imputado, que en ocasiones lo hace percibir que no está siendo bien defendido, porque normalmente el acusado tiene la concepción que entre más se hable, mejor lo están defendiendo, pues en ocasiones el juez le da término a las partes para alegar de conclusión, presentar argumentos o pruebas en 10 minutos y en la mayoría de los casos los agentes jurídicos se toman menos del tiempo dado, ya sea 3 o 5 minutos.

La oralidad como primer variable: de acuerdo al análisis observados nos damos cuenta que el poder de la juridicidad y el poder del lenguaje dentro del campo jurídico es una manifestación de la construcción del campo jurídico y del hábitos por tanto que el lenguaje no *se oculta y sigue siendo tradicional*, el lenguaje que manifiesta la tradición jurídica y el peso específico de lo que es la jerarquía jurídica, se detecta que se sigue reproduciendo y se tiene efectos en el proceso de la oralidad para ellos se necesita una investigación lingüística, pero sí se detecta de que se continúa con la tradición, al menos desde el punto de vista del lenguaje

Con el fin de lograr la celeridad y abolir la formalidad intransigente de los procesos que rendían culto al expediente; el Art. 9 L. 906/2004 determina la obligatoriedad de realizar las actuaciones de forma oral. El sistema innovador trae consigo la oralidad, para que la defensa sea efectiva y la intervención de las partes proceda de manera inmediata ante cada una de las actuaciones procesales que van surgiendo u ocurriendo. La oralidad al ser el medio por el cual las partes expresan su querer, permite que el juez observe los demás aspectos del lenguaje, dándole así una percepción directa de las reacciones, sensaciones que pretende el interviniente.

II. RITUALIZACIÓN

El ritual de las audiencias de acuerdo a los informes etnográficos, es *eminente técnico y mecánico*, tanto para abrir como para cerrarlas, con

un lenguaje preciso y comúnmente utilizado por el juez, la forma en que se dirigen las partes, en la mayoría de los casos acentuando más que él es, el director del proceso, quien lleva la toga, se ve en él una supremacía del poder jurídico, da a entender que es el conocedor de la justicia, de hacer prevalecer la verdad e imponer las sanciones, otros por su parte, en un porcentaje muy mínimo además de entender que es el conductor del proceso muestra que es un garantizador de los derechos fundamentales del imputado y que tiene la tarea de concluir el proceso de forma correspondiente, para aplicar el arte de lo que es bueno y justo. En últimas es el que imparte el respeto dentro de la audiencia y ello debe ser así, por tratarse de un sistema legal, son quienes administran la justicia, interpretan la ley, materializa la igualdad y la equidad, el que ordena la reparación de la víctima o quien ha sufrido la injusticia y determina la responsabilidad del imputado, garantizando lógicamente los derechos fundamentales de todos los intervinientes y dirige el proceso de acuerdo a la ley y tratados internacionales del tema. Algunos Jueces son más explícitos con el imputado, le advierten, le explican y le aclaran los términos jurídicos para evitar confusiones y malas interpretaciones, para ello, el juez siempre tiene pleno conocimiento de lo jurídico, ya que todo es oral, por ejemplo, cuando se incursiono en el Sistema Penal Acusatorio, algunos jueces preferían suspender la audiencia para continuarla con otra fecha después, mientras estudiaban o se informaban de las leyes aplicables al proceso, luego con la práctica sistemática fueron adquiriendo experiencia tanto teórico, como práctica, al igual que los fiscales y los defensores, hasta el punto que los agentes hablan con más elocuencia, propiedad y con más conocimientos de los casos, ritualidad que es más técnica, pero debe ser más profesional, por el carácter profesionalizante del derecho y no técnico, ni tecnológico.

En la ritualización la tradición no cambia es la misma, se encuentra una preocupación en cuanto al manejo de los tiempos, cuánto dura el rito y el tiempo en el que demora el juez, el fiscal y el defensor, en intervenir en la audiencia, la parte de la técnica del sistema es el manejo de los tiempos y el poder de síntesis que se puede tener, el que no tiene poder de síntesis puede tener muchos problemas en el sistema, por los tiempos y en los casos que se explica escuetamente debe ser muy tangencial y sucintos, también en los casos que se promueve los asuntos tecnológicos e informáticos como grabadoras falta de tecnología, presume de que los actores sean observados y los haga retraer en estos eventos o defensas el rito natural de poder entre judicial, y quien ejercer el poder es el juez y es el centro del rito y por tanto

debe tener una investidura para tener más posibilidades de legitimar en los jueces tienen una puesta en escena, desde sus vestuarios, su lenguaje y el caso inglés, usan una peluca o tiene una forma de vestirse siendo la mayor atención de los sujetos procesales y el respeto por cuanto que se presume que por derecho viene la legitimidad proviene la justicia y la obediencia y es una forma del punto de vista religioso casi paternal de que el juez debe partir de la justicia no depende de los sistemas antropológicos sino de lo jurídico.

III. LEGITIMIDAD

En cuanto a la legitimidad Bourdiana que es inspirada por Max Weber la legitimidad se funda en la creencia que es una forma de asimilación e interacción, incluso el habitus está próximo a la incubación de la legitimidad en el hábitos al interiorizarse, cuando la persona acepta o cree junto con otras personas generando un consenso de algo, aquí juega un papel transcendental la credibilidad de las instituciones y de las personas que poseen las investiduras. Luego la legitimidad podría estar latente en el sistema tanto en la credibilidad actual de las instituciones como en el juez dentro del mismo un sistema. De otra parte el rito fuente de legitimidad desde su capital simbólico contribuye a legitimar por su procedencia o acciones, porque aun sin nosotros ser nativos dentro del sistema anglosajón, los elementos del juez todavía persisten en estos procesos como piezas clásicas de reconocimiento y preponderancia.

Ahora bien, en cuanto a las audiencias realizadas, el papel del juez que se constituye en rito, es el de dar uso de la palabra a los agentes participantes y estos la toman de forma clara y expresa, sin embargo el imputado durante el encuentro no hace intervención alguna, sino la de su presentación personal, arraigo social, identificación, y en ocasiones confiere el poder en el estado de la diligencia a su defensor, cuando no se ha hecho previamente de forma escrita, también responde si se acoge a cargos, para obtener los beneficios que la justicia le otorga, los cuales son explicados por la fiscalía, y el juez le repite si entiende o no lo que le dijo la fiscalía.

La procedencia de creencia acerca de los derechos de rebaja de pena son argumentados desde la carta constitucional como símbolo cohesionar del Estado, si no lo hace, tienen derecho a una audiencia imparcial o legal, a hacer acuerdos entre la fiscalía y la defensa, si no tiene abogado de

confianza, tiene derecho a un defensor público pagado por el Estado, con el fin de proteger su derecho al debido proceso, establecido en la Carta Constitucional (art. 29), en ocasiones también participa el Ministerio Público, que en la mayoría de las veces hace un resumen de lo que dijo la fiscalía y está impartiendo legalidad de los derechos de la víctima, para que no sean coartados o vulnerados en las audiencias.

En cuanto a las negociaciones es necesario fortalecer la credibilidad en los procesos penales cuando encontramos el preacuerdo entre la fiscalía y la defensa y su objetivo de evitar el encarecimiento del proceso, para abreviar el tiempo, hacer de forma más rápida el proceso *reduciendo los costos y que consiste en una negociación previa para conseguir la economía procesal* con beneficios al imputado, ya sea rebaja hasta el 50% de la pena a imponérsele si acepta cargos y si indemniza a la víctima. Son estos mecanismos alternativos de la solución del conflicto, para evitar ir a juicio oral, lo que hace que el juez y el abogado tengan una actuación más rápida y precisa dentro del proceso penal, dicha oportunidad debería presentarse desde la legalización de la captura, para que existiera una verdadera economía procesal, celeridad y eficacia del proceso, aquí el riesgo es exagerar en la tendencia utilitarista del derecho, obviando la objetividad y la complejidad del contexto; máxime cuando en muchos casos, este beneficio es desconocido por los imputados y algunos abogados no lo aplican para justificar sus honorarios, además que el juez y el fiscal sólo lo enuncian en la audiencia de imputación de cargos, porque dan por entendido que este beneficio ya se le ha comunicado al imputado por parte del defensor, situación que de evidenciarse y repetirse erosiona la credibilidad y por ende la legitimidad en el proceso.

En las audiencias, en general se evidencia un conocimiento general del derecho penal así se concluyó en la observación del estudio, el lenguaje “juridicista” actúa como un requisito cuyos profesionales lo utilizan denotando diferencia con los profanos lo que hace legitimar el discurso en la materia de leyes y normas constitucionales. En ciertas audiencias se aplica el principio de celeridad, pero en otras no, por temores de las partes procesales de omitir un procedimiento legal o constitucional, que amerite posteriormente una nulidad es decir que la tensión entre elementos del anterior sistema y el nuevo están todavía presentes lo que hace dudar en ocasiones a los actores del proceso, presentando un mensaje que en trances de una audiencia genera poca credibilidad. Siguiendo este mismo orden, la actuación de fiscalía es la participar en la legalización de la captura sin obviar los requisitos que ella debe dejar expresa, en ello consiste su

veracidad y credibilidad, es el uso y claridad de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas y no realizados en el margen del tiempo supuestamente suficiente para culminar la audiencia, la experticia en el manejo del tiempo en estas acciones jurídicas depende el éxito del sistema sin salirse de la legalidad, eso hace legítimo este tipo de acciones.

IV. TECNOLOGÍA

De acuerdo a lo observado en el estudio, la tecnología utilizada en las audiencias, es débil en los despachos, a veces debido al mal uso o al no uso de los implementos audiovisuales (recordando que la observación se hizo en la capital, suponemos que en el resto del país hay suficiente infraestructura) los escenarios analizados contaban con un mínimo de herramientas para la grabación el estudio, como video y audio y una sala adecuada con escritorios, mesas, micrófonos, tanto para las partes, como para el juez y la toma de grabación de los asistentes. Se necesitaría cuanto un porcentaje mayor de equipos apropiados, mejores locaciones e instrucciones para su uso, análisis que nos hizo suponer que es posible que existe una resistencia al uso de nuevas tecnologías.

Se advirtió que en la recolección de datos, los audios en algunas ocasiones son imperfectos, por lo tanto deben repetir la audiencia, generando trabas y demoras en el desarrollo de la misma, lo que no permite cumplir con el principio de celeridad y economía procesal, por culpa de micrófonos mal instalado, erróneo sistema tecnológico, en otros casos, el audio si es claro y las voces son nítidas y por lo tanto se puede escuchar bien la audiencia.

La tecnología como estructura tiene una relación con los agentes, por una parte, el agente jurídico que se vio, la mayoría son personas con cierta experiencia en el campo penal, ya sea por su edad o por conocimientos en el sistema mixto, ciertos rangos de edades, que se deduce hay una carencia del manejo de la tecnología, se requiere más formación porque la tecnología no se encuentra en el habitus de los abogados, ya sea por la educación del jurista y también hay una resistencia, para ello se requiere formar los abogados, por medio del programa gobierno en línea y para que proporcione seguridad al juez, más ahora cuando no es el investigador y cuando va a emitir un fallo necesita claridad en el caso para evitar sesgos ocasionado posiblemente por la tecnología.

De lo anterior, podemos colegir que la tecnología no solamente está en que no es adecuada sino que propone el manejo de ella y es fácil ver a una persona de edad tener problemas con el computador por que la tecnología se relaciona con cambios y resistencias sociales, la generación última o nativos de la tecnología han adquirido un lenguaje y una habilidad de leer iconografías, que para el caso de un abogado de otra generación se le dificulta llevar un proceso más cuando ella con su programas no se han adecuado en plataformas jurídicas con softwares correspondientes

(Preguntas que quedan formuladas al programa de gobierno en línea de Colombia), a programas que se deben inculcar técnicamente para un manejo de procesos o conceptos que aseguran celeridad. Al inculcarse surgen también nuevas disposiciones mentales de los operadores jurídicos.

V. PUBLICIDAD

Uno de los presupuestos del sistema oral es la posibilidad de ser más transparente y que los procesos sean conocidos por el público que deseen conocerlos en cuanto a los hechos, lo jurídico y las decisiones que se tomen al interior, así mismo que sea no sea invisible, ni manipulado, ni sesgado, y que vele por la neutralidad jurídica y la imparcialidad. En el caso colombiano, contexto del estudio en mención, que está inmerso en la globalización de la comunicación. Tiene los efectos como diría Vargas Llosa de una sociedad del espectáculo. Y tal como lo hemos visto en los Estados Unidos, qué vivió el caso de J.O Simpson y Colombia con el caso Colmenares, en donde los medios de comunicación empiezan a tomar una posición y posesión de un sistema jurídico en donde son determinantes en la opinión pública capaces de juzgar de dilatar y de condena por fuera del campo jurídico por el sistema por fuera de la lógica esto perjudica al sistema aun sin ser oral los medios de comunicación se aprovechan de los principios de publicidad cuyos fundamentos para escudarse para que si no los aceptan manifiestan que no se cumplen con el principio de publicidad del sistema para lo cual se debe revisar la forma de regularse o controlarse la relación de los medios y si viene lo anglosajón transparente en los juicios aun habiendo exceso de intervención de exceso de medios de comunicación en el caso colombiano a pesar de la regulación de los medio de comunicación en los juicios públicos y la desaparición del tribunal de conciencia la sociedad tiene que controlar todos los aspectos especulativos de la información haciéndolo valer como ciudadano.

VI. RESISTENCIAS Y HABITUS

La resistencia es un problema psicológico hacia los cambios o reformas, el problema del sistema penal acusatorio Penal acusatorio en Colombia, tiene ciertas falencias y hay cierta unanimidad al respecto, muchos de esos problemas no se han obviado, motivo por el cual, el sistema no ha sido resuelto en aspectos de eficacia, desde la sociología jurídica, donde podría encontrarse esos problemas, en las resistencias de adquirir nuevos elementos de habitus o Ethos, de ahí parte el punto principal del problema en el buen desarrollo del sistema, en lo concerniente a la cultura jurídica del derecho y lo jurídico, entendiendo la cultura, las prácticas de los jueces, costumbres jurídicas (fuentes del derecho) como formas de exteriorización, eso genera cultura, desde el punto de vista sociológico, el derecho según el sociólogo jurídico Italiano Vincenzo Ferrari es una acción social o construcción social, lo jurídico es una interrelación permanente entre la sociedad y las estructuras y regímenes donde emana la normatividad.

Hay dos formas de resistencia del nuevo habitus al interior del sistema, hay cambios de los cuales se resisten los operadores, el conocimiento nuevo de elementos que nos da el campo, lo que significa una aprehensión de dichos elementos, un manejo de esos nuevos elementos y por su puesto una incorporación en sus habilidades personales y la mentalidad, (construcción para construir), la formación del nuevo abogado (debilidad educacional), quienes forman los agentes, deben tener políticas pedagógicas para formar el abogado, tiene que ver con la enseñanza del derecho, para que el sistema opere, tenemos que hacer el cambio generacional de los currículos.

La administración de la justicia no tiene en cuenta los cambios que requiere para aplicar el sistema penal acusatorio, los agentes vienen desde la universidad con el chip incorporado, y la resistencia del cambio el ámbito y la incidencia, sin tener en cuenta los beneficios que pueden aportar el cambio.

Entre los factores está el tipo de la cultura organizacional, falta de capacidad individual, el trabajo en equipo, la percepción de falta de recursos, la sensación de que el verdadero cambio no puede producirse, es la percepción que tiene la sociedad del cambio, el sistema jurídico está débil, porque las personas no aceptan los cambios que no entienden, existe una ignorancia en Colombia, sobre lo que es un sistema, por ejemplo, la resistencia es normal, el problema es cómo se maneja, el cambio a parte

del temor genera incertidumbre y desconfianza, no hay una adaptabilidad al cambio.

Martha Alles escribe que competencias “es la capacidad de adaptarse o amoldarse a los cambios, capacidad de modificar la propia conducta para alcanzar objetivos cuando surgen dificultades, nuevos datos o cambios en el medio, se asocia con la versatilidad del comportamiento para adaptarse a los distintos contextos, situaciones, medios y personas rápida y adecuadamente. Implica conducir a su grupo en funciones de la correcta comprensión de los escenarios cambiantes, dentro de las políticas de la organización”.

De acuerdo a esta definición y de constatar en la práctica de los agentes jurídicos es posible hacer estrategias que apunten metodológica y pedagógicamente a corto y largo plazo, a fortalecer e interiorizar elementos del *habitus* y el esquema de la enseñanza del nuevo sistema en el derecho Colombiano. Por tal motivo es imperioso el empoderamiento de los agentes en el sistema penal y la oralidad, el cambio deberá traducirse en una cuasi política de estado hasta convertirla en algo natural y necesario.

Un sistema jurídico tiene un origen, traduce tiene un *Ethos*, de tal suerte que al importar a Colombia un sistema y trasplantarlo se necesita adaptación, conocer las circunstancias propias nuestras, en cuanto a los trasplantes, las costumbre jurídicas pero que se lleva a cabo un plan no formal que se diagnóstica desde una consultoría, sino con principios investigativos sostenibles y democratizados por todas las fuentes.

VII. FORMACIÓN JURÍDICA Y RETOS

El análisis personal de los abogados desde la perspectiva de su formación académica en una escuela parece que poco ha evolucionado en América latina, las facultades tienen una fuerte tendencia a formar abogados clásicos, reproducidos sobre las bases de los principios del derecho tradicional, con una tendencia técnica cuya pedagogía persiste en lo repetitivo y memorístico, en donde los elementos de análisis y el ejercicio de la hermenéutica son ausentes para no hablar de las carencias de los elementos de análisis sociales encontrados en las interdisciplinariedad.

El perfil de los operadores no están incluidos por los concursos meritocrático, sino que son impuestos por la mal llamada burocracia colombiana, y con un nuevos sistema esto no permitiría escoger personal idóneo como lo necesita el nuevo sistema, por lo tanto es un factor a tener

en cuenta y que los registros de observación señalaron esta tipicidad del problema u obstáculo de adaptación.

El lenguaje utilizado del abogado es muy formal aunque los legisladores proponen cambios lingüísticos que sólo lo conoce la cúpula, el nuevo sistema puede traer algunas palabras técnicas que al igual que el anterior no son conocida por todos y eso hace diferencia. Pues los roles de los operadores en el sistema tiene una interacción entre juez, abogados y el fiscal, Allí surge un indicio de legitimidad mediada por el lenguaje que se manifiesta quien predice el tribunal quien toma las decisiones finales. He aquí la importancia en la formación de los nuevos abogados en el manejo de la argumentación y los tiempos del discurso.

Los abogados utilizan todas las herramientas jurídicas para la defensa del caso, agotan todo su potencial jurídico o utilizan mecanismos legales para terminar de forma anticipada el proceso penal, sin que tenga que esforzarse mucho por un estudio profundo del caso y una defensa elaborada y con un estudio previo pero para ello deben conocer las nuevas técnicas del juicio oral, porque el uso del escrito pre-elaborado y su lectura ante el juez o el abogado tiene que ir preparado para la defensa oral y el caso ya resuelto en su mente. Según lo analizado en la selección de audiencias el abogado no está preparado desde las facultades para realizar una audiencia oral, sin escritos, sin papel, para resolver los problemas jurídicos. Además no siempre tienen un léxico adecuado y son débiles las técnicas de negociación y mecanismos alternativos de solución de conflictos.

CONCLUSIONES

En primer lugar a modo de conclusión se puede decir cuando hablamos del modelo del sistema penal acusatorio dentro del campo jurídico colombiano, luego de observar sus antecedentes con relación al sistema anglosajón que pasa por Norteamérica antes de llegar a nuestro territorio, es que este modelo se deriva de una imposición de una tendencia del mercado que mediante disposiciones y mecanismos de legitimidad se aplica para poder ponerlo en práctica.

En segundo lugar dentro de la investigación se ha señalado la problemática de la *adaptación del sistema a nuestro contexto colombiano*, lo que nos condujo a realizar esta investigación con los estudiantes de la universidad Santo Tomás en la línea de derecho y sociedad del centro de investigación

de la facultad donde se concluyó, luego de realizar la observación, selección y comparación de algunas audiencias y estudiar ciertas escenografías in situ, las resistencias de elementos del *habitus* que genera dificultades para adaptarse a nuevos elementos sugeridos por el sistema oral. Esta trasplatación de sistemas sucede dentro del campo jurídico en donde los elementos de *habitus* entendidos como disposiciones mentales adquiridas por las prácticas sociales, ofrecen resistencia creando problemas de adaptación que tienen que ver con el los *habitus* jurídicos aprehendidos en los sistemas anteriores para la aplicación del sistema nuevo. Frente a esta impase de adaptación se concluye en el estudio que son las vías de la pedagogía jurídica una posible manera de solución al problema, Pues de acuerdo a la teoría de Bourdieu no es otra cosa que el poder de adquirir a través de ciertos capitales jurídicos y del conocimiento una nueva disposición mental para las que van a ejercer en el campo jurídico tengas la disposición casi nata que es lo que se quiere con esta investigación o por lo menos que tengas unas instrucciones permanentes para que la gente empiece a desatar esos nuevos cambios de lo jurídico y lo oral. Lo pedagógico se encuentra más en la facultad de derecho donde se están formando no solamente sujetos jurídicos sino profesionales en derecho habría que construirse unos *currículos* que desarrollaran estos elementos de todo el proceso del sistema de la oralidad y de un espíritu jurídico particular, cuya neutralidad y universalidad tengan presentes elementos culturales e idiosincráticos como del *Ethos* de la sociedad colombiana. Estas nuevas generaciones podrían hacer que este sistema funcione de forma eficaz y válida, en donde las nuevas cohortes de abogados estén en vanguardia con la además con tecnología, universalización y la globalización.

La investigación nos señaló la tendencia de la resistencia frente al sistema oral en lo concerniente a los elementos del *habitus* anteriormente señalados, lo que implica unas estrategias por parte del Estado, además de las señaladas con relación a la universidad, las relacionadas con la inclusión de operadores jurídicos con nuevos perfiles pertinentes al sistema, lo que supuestamente no implica grandes inversiones más allá de la infraestructura y de la instrucciones permanentes para los trabajadores judiciales con base a los lineamientos del nuevo sistema.

El Estado se debería tener una campaña pedagógica permanente para la sociedad, con el objetivo de comprender e inculcar factores del sistema oral integrado al *Ethos* colombiano y así ir constituyendo o cultivando la instauración del sistema oral, teniendo en cuenta que el anterior tiene muchos decenios de practicarse.

BIBLIOGRAFÍA

- Bernal, G. L. (2005). *Manual de Iniciación al Sistema Acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibanez y Universidad Santo Tomás .
- Biblioteca Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (2011). *Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*. Morelia: Universidad Michoacana.
- Coorporación Excelencia en la Justicia (2011). *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá DC.: Kimpres Ltda.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Fernández, W. (2005). *Procedimiento Penal Acusatorio y oral*. Librería ediciones el Profesional.
- Fundación PIEB (2008, Julio). *NEXOS*. Retrieved 04 05, 2012, from Boletín Informativo del Programa de Investigación Estratégica en Bolivia.: <http://200.105.158.146/UserFiles/File/PDFs/NEXOS-31.pdf>
- Mariño, J. & Martínez, C. (2010, 11 30). *UNAM*. Retrieved 12 02, 12, from INVESTIGACIÓN
- Moreno, A. & Ramírez, J. E. (2011). *Sociología del campo jurídico en Colombia, Relaciones y Perspectivas*. Bogotá: Ediciones usta.
- Sánchez, R. A. (2007, Marzo 21). *El concepto de Campo*. Retrieved 04 06, 2012, from Redie - Revista Electrónica de Investigación Educativa: <http://redie.uabc.mx/vol9no1/contenido-dromundo.html#El%20concepto%20de%20campo>
- Sandoval, C. A. (1996). *Desarrollo - ICFES*. Retrieved 04 06, 2012, from Universidad del Tolima: http://desarrollo.ut.edu.co/tolima/hermesoft/portal/home_1/rec/arc_6667.pdf

ETNOGRÁFICA

- http://www.uam.es/personal_pdi/stmaria/jmurillo/InvestigacionEE/Presentaciones/Curso_10/I_Etnografica_Trabajo.pdf
- Santos, B. D. (2009). *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: IILSA.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En Bourdieu, Pierre, Teubner & Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Siglo del Hombre Editores.
- Cabedo, V. J. (1998). *El Pluralismo Jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador. Derecho Consuetudinario y Jurisdicción Indígena*.

Carbonnier, J.(1982). *Sociología Jurídica*, W(trad. Luis Díez-Picazo), Madrid: Tecnos.

Ferrari, V. (2000). *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, (Trad. Andrea Greppi), Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson.

“LA ‘CONSULTA PREVIA’:
UN DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS,
AFROAMERICANOS Y COMUNIDADES RURALES,
INCÓMODO PARA LOS GOBIERNOS Y EMPRESAS
EXTRACTIVAS; UN CONFLICTO DE CONCEPCIONES”

JORGE DANDLER¹

1. INTRODUCCIÓN

En materia de los derechos humanos se han dado grandes pasos y avances a través de las discusiones y adopción de instrumentos internacionales. Esto ha ocurrido con convenios internacionales u otros instrumentos en materia laboral, derechos de la mujer, discriminación racial o cultural, derechos humanos en general y por cierto en materia de los derechos de los pueblos indígenas. Es decir, frecuentemente la innovación se da primero a nivel internacional y luego se da un proceso de adopción de normas a nivel nacional, lo cual dependerá de muchos factores para su aceptación y cumplimiento.

Si ha ocurrido un proceso creciente de globalización del tratamiento de los derechos humanos, también se evidencia esto en materia de los derechos indígenas. La adopción del *Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* de la OIT (adoptado en 1989) y las

¹ Antropólogo boliviano (Ph.D.), Universidad de Wisconsin, Madison, USA; B.A. en Ciencias Políticas, Dartmouth College, Hanover, New Hampshire, USA); Especialización en Derechos Indígenas de la ETM. Ha sido catedrático en Estados Unidos (U. de Wisconsin y Drew University), Inglaterra (Oxford y Durham), Perú (Universidad Católica) y Bolivia (San Andrés). Capítulo de libro producto de varias investigaciones como funcionario de la OIT en materia de derechos indígenas. Actualmente reside en Bogotá, Colombia. Consultor internacional en cuestiones de derechos indígenas y territorialidad; desarrollo rural y medio ambiente; fortalecimiento de la capacidad de defensa legal de las organizaciones de base; construcción de la paz y situaciones de post-conflicto.

consultas, reclamos y planteamientos de diversas organizaciones de pueblos indígenas fueron sin duda un importante factor para que la OIT decida considerar un nuevo Convenio revisor del anterior C107 (1957), considerado obsoleto por su enfoque integracionista y poco eficaz a la luz del propio sentir de los pueblos indígenas y de muchos países.

Probablemente, otro factor que incidió en la decisión de la OIT para adoptar un nuevo Convenio fue la existencia del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas, creado en 1982, un ámbito donde participaban representantes de organizaciones de pueblos indígenas y ong's dedicadas a los derechos indígenas o derechos humanos en general². El Grupo de Trabajo propuso en 1994 un primer borrador de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, iniciándose un largo proceso de reuniones, consultas, reveses y logros, que culminó en la adopción de la Declaración por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2007³.

Como funcionario regional de América Latina en materia de desarrollo rural y pueblos indígenas de la OIT, tuve la oportunidad de presenciar las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio No. 169 durante las sesiones de la Comisión Tripartita Especial encargada de dicho mandato durante las Conferencias Internacionales del Trabajo en los años 1988 y 1989. Allí se congregaron muchos líderes de organizaciones indígenas y tribales del mundo. Sobresalía su extraordinaria dedicación, perseverancia y lucidez de planteamientos. Muy motivados y conscientes que se aportaban

² El Grupo de Trabajo fue creado en el ámbito del trabajo de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En 1971 la Comisión encomendó a la Subcomisión de realizar un estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas y proponer medidas para eliminarlo. El estudio realizado (Informe Martínez, 1981), después de 10 años de ser encomendado, sirvió de base para la creación del Grupo de Trabajo en 1982.

³ Es significativo el contraste en cuanto a la posición del Gobierno Colombiano sobre estos dos instrumentos. Mientras que durante el Gobierno del Presidente Barco hubo una importante presencia y participación en todas las consultas y deliberaciones encaminadas a la adopción del Convenio No. 169, la representación colombiana durante el segundo gobierno del Presidente Uribe se abstuvo al momento de adoptarse la Declaración. Más adelante, respaldó de una manera poco entusiasta y *sui generis* (2009) mediante una carta unilateral de respaldo a la Declaración dirigida al Secretario General, con el argumento que si bien reconocía su importancia histórica y valoraba sus aspiraciones, la Declaración no representaba un instrumento vinculante para el Estado de Colombia.

los elementos para un convenio internacional, se concentraron en los “grandes temas” o lo que ellos consideraban prioritarios. En ese contexto las coincidencias entre representantes tan distantes como de los aborígenes australianos, de los Inuit de Groenlandia, de los pueblos amazónicos, de pueblos tribales africanos o de la India fue notable y evidentemente lograron una sorprendente coincidencia y esfuerzo de plasmar una plataforma universal actualizada de los derechos de los pueblos indígenas, aunque en el contexto de los convenios de la OIT, se adopten básicamente un conjunto de derechos considerados mínimos y por lo tanto, algo diferente a lo que se adopte en una Declaración Universal. En varias ocasiones los representantes gubernamentales, de las organizaciones de trabajadores y de empleadores – miembros de la Comisión Tripartita Especial– expresaron su admiración por esta calidad universal de los planteamientos de los representantes indígenas. Evidentemente, el proceso era de carácter global: los derechos de los pueblos indígenas era un fenómeno compartido y crecientemente globalizado⁴.

Colombia fue el tercer país que ratificó el Convenio No. 169 (1989) de la OIT (1991). Fue aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 21 de marzo de 1991, cuatro meses antes de adoptarse la nueva Constitución. Esta antelación cronológica implicó que diversas disposiciones del Convenio influyeron o facilitaron de alguna manera las propuestas presentadas por los ponentes de la Constituyente y su adopción en la Constitución⁵. Como existe una tradición en Colombia de incorporar al derecho interno las normas del derecho internacional en materia de los derechos humanos, reiterado por varios artículos en la nueva Constitución, la Corte Suprema, el Consejo de Estado y especialmente la Corte Constitucional han desarrollado una nutrida jurisprudencia en favor de los pueblos indígenas y afro-colombianos, basada en los derechos constitucionales, el Convenio No. 169 y otros tratados y convenciones internacionales. De manera prominente han figurado casos que tienen que ver con la discriminación, los derechos de los pueblos afro-

⁴ El Convenio No. 169 de la OIT fue ratificado hasta la fecha (2014) por 22 países: Argentina, Bolivia, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y Venezuela. Los primeros en ratificarlo fueron Noruega (19 Junio 1990) y México (5 Septiembre 1990). Colombia fue el tercer país (7 Agosto 1991).

⁵ Es importante destacar que las disposiciones del Convenio fueron conocidas en el contexto de las negociaciones entre el Gobierno de Colombia y el movimiento indígena Quintín Lame. El Acuerdo fue firmado el 27 de Mayo de 1991 y el Convenio No. 169 fue aprobado dos meses antes por el Congreso.

colombianos, raizales y otros, el desplazamiento forzoso, la justicia o fuero indígena, y el derecho a la consulta previa, no sólo en materia de alguna ley o reglamento aprobado o por aprobar, sino también en relación con los recursos naturales, las tierras y los territorios, proyectos hidroeléctricos, minería y petróleo.

En el caso específico de las comunidades afro-colombianas, el artículo 55 transitorio de la Constitución, y posteriormente la Ley 70 (1993), establece con toda claridad un conjunto de derechos para dichos pueblos y en consonancia con las disposiciones constitucionales de proteger su identidad cultural colectiva, el fomento de su propio desarrollo económico y social, y medidas para la legalización del dominio territorial y uso de los recursos naturales.

2. EL CONVENIO No. 169 Y LA DECLARACIÓN: ALGUNAS OBSERVACIONES Y COINCIDENCIAS

De manera resumida destacaremos varios conceptos importantes de ambos instrumentos en que se relacionan con el derecho a la consulta previa y disposiciones estrechamente relacionadas que le dan a este derecho un mayor fundamento y fuerza:

Concepto de pueblos indígenas (no son “grupos étnicos” o simplemente “comunidades”)

El Convenio: El derecho a ser *reconocidos como pueblos* con identidad propia y con derechos que se derivan de su presencia histórica y contemporánea en los países donde ellos habitan.

La *conciencia de su identidad* indígena deberá ser considerada como criterio fundamental. Es decir, ningún Estado o grupo social tiene el derecho de negar la identidad que pueda afirmar un pueblo indígena y sus miembros.

La Declaración: “Los indígenas tienen derecho, *como pueblos o como individuos*, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos” (Art. 1).

Libre Determinación

La Declaración: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su

condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (Art. 3).

Derecho a Decidir sus Propias Prioridades de Desarrollo

El Convenio: “Los pueblos indígenas deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, en la medida en que este desarrollo afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras o territorios que ocupan y utilizan, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo social, económico y cultural” (parte del Art. 7).

Territorio y Recursos Naturales

El Convenio: El reconocimiento a la relación especial que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios para su existencia social, espiritual, cultural, económica y política, especialmente tomando en cuenta que los indígenas tienen una relación *colectiva* con la tierra y sus territorios.

El territorio es entendido como el entorno y los recursos naturales, tomando en cuenta que los indígenas tienen un especial interés en la conservación de los derechos naturales y del medio ambiente como condición básica para su vida. (Art. 13).

Tienen derecho al acceso, uso y administración de los recursos naturales en sus territorios. (Art. 15.)

Cuando los recursos naturales (incluyendo el subsuelo) son propiedad del Estado, se deberán establecer o mantener procedimientos para consultar a los pueblos indígenas para determinar si serían perjudicados, antes de emprender o autorizar la prospección o explotación de los recursos en sus tierras y territorios. Los pueblos indígenas deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que traigan tales actividades, y recibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. (Art. 15).

La Declaración: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente

las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate” (Art. 26).

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios o recursos” (Art. 29).

3. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Este derecho se encuentra estrechamente relacionado con los conceptos y derechos arriba planteados. El derecho a ser consultado como colectividad indígena ha tenido un impacto poderoso en el proceso de globalización, difusión y defensa de los derechos de los pueblos indígenas en cuanto se refiere a las organizaciones de estos pueblos, en la defensa de sus territorios, los recursos naturales, y en cuanto a los procesos legislativos y administrativos que los afecta. Sin duda, el principio o el derecho a la consulta previa se torna más pertinente en un contexto donde han proliferado los conflictos socioambientales a raíz de la expansión de actividades extractivas en los territorios indígenas y otras áreas vulnerables especialmente durante las últimas dos décadas del Siglo XX y estas primeras dos décadas del Siglo XXI⁶.

La Declaración coincide con el Convenio No. 169 en cuanto a las disposiciones sobre consulta previa pero de una manera algo más enfática, al explicitar el concepto de consentimiento. Si se lo relaciona con la disposición algo más clara sobre el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (Declaración), cobra mayor fuerza el derecho a la consulta previa. Es quizás esta combinación de conceptos que ha influido en la larga demora en aprobarse la Declaración, por lo menos en los últimos años antes de su adopción.

¿Qué quiere decir “consulta”? ¿Consulta previa? La consulta es un principio básico de una sociedad democrática y de un Estado de derecho. Los ciudadanos, un sector de la ciudadanía o los propios pueblos indígenas tienen el derecho a ser consultados. ¿Se puede llamar consulta cuando se *informa* de una ley ya redactada y por aprobarse con dicho contenido? ¿Es consulta adecuada cuando se *informa* de una decisión ya tomada? ¿O cuando una empresa obtiene un permiso aisladamente de algunos miembros de una comunidad indígena, sin que otros hayan conocido el contenido y consecuencias?

⁶ Rodríguez los llama “campos sociales minados” (2012).

El Convenio dispone que los pueblos indígenas *deberán ser consultados, cuando se contempla legislación, medidas administrativas, se definen políticas o programas que puedan afectar a dichos pueblos*. Requiere que los pueblos indígenas sean consultados *de una manera adecuada y de buena fe*. El Convenio dispone que los gobiernos *tienen la obligación de consultar*. Que dichas consultas deberán efectuarse *mediante procedimientos apropiados* y en particular *a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas*. Vamos a examinar ahora con mayor detalle varios de estos elementos. (Artículos 6 y 7).

¿Procedimientos adecuados? Como consta en las Actas #25 de la Conferencia Internacional del Trabajo (1989), los representantes indígenas insistieron que los gobiernos tienen la obligación de desarrollar mecanismos o procedimientos adecuados de consulta. Esto quiere decir que, por ejemplo, se efectúen las consultas con una debida anticipación. Que la información sea disponible de la manera más transparente, amplia y clara posible. Que se pueda entender con conocimiento de causa; es decir, proveer una información fidedigna y suficientemente lógica como para entender los posibles efectos de una medida legislativa, administrativa, un contrato de exploración o explotación de recursos naturales en áreas indígenas o un programa de desarrollo. Que la información pueda entenderse en el idioma que los pueblos indígenas hablan. Tampoco puede ser el procedimiento adecuado si no pueden expresar libremente y de manera previamente informada para plantear preguntas, dudas y propuestas.

¿Instituciones representativas? No quiere decir otra cosa. No es consultar con “un jefe” o algunos miembros de la directiva de una organización o comunidad, a no ser que dicho jefe o los miembros de una directiva hayan sido delegados por la organización o comunidad con plena información y conocimiento de causa sobre lo que se está tratando. No debemos olvidar que el consenso, en base a discusiones y una amplia participación, es un principio muy enraizada en los pueblos indígenas.

¿De buena fe? No es un término ligero. Quiere decir exactamente lo que implica: que las consultas deben ser de buena fe, transparentes, con conocimiento de causa y en base a una plena participación de los interesados.

¿Cómo sería una consulta “de mala fe” o “inadecuada”? Sin la información necesaria, sin conocimiento de causa (sin conocer los posibles efectos), sin suficiente conocimiento del contenido, alcances o consecuencias. Sin una debida anticipación. Sin intentar la obtención de un amplio consenso.

¿Qué quiere decir *acuerdo*? Un acuerdo es el resultado de una negociación, de una discusión e intercambio de ideas. Es el resultado de una *consulta*. Se consulta para obtener una opinión y se hace un esfuerzo de revisar, alterar o enmendar lo que se propone para que se llegara a un acuerdo *mutuamente* satisfactorio. Es lo que en inglés sería el concepto de *compromise*, lo cual no se puede traducir literalmente como “compromiso”; sin embargo, podría entenderse como un acuerdo en base a que *ambas partes llegan a ceder algo para llegar a un acuerdo que sea satisfactorio para cada uno*.

¿Y qué es *consentimiento*? Es un esfuerzo de obtener un acuerdo que implica un alto grado de consenso. Cuando doy mi consentimiento es porque tengo pleno conocimiento de causa y la información adecuada y he tenido la oportunidad de analizarla e intercambiar ideas con los miembros de mi comunidad u organización que nos representa sobre los efectos e implicancias. ¿Implica un veto? No, en realidad, ningún segmento de la sociedad nacional en un país tiene el derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país. El Convenio exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas tengan el derecho a expresar su punto de vista y de influir el proceso de toma de decisiones. Esto significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo.

Los Artículos 6 y 7 definen cómo debería aplicarse el Convenio y cómo se traducen los *derechos de participación y consulta*. El Artículo 6 requiere que los gobiernos consulten “a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. También dispone que los gobiernos “deberán establecer los medios a través de los cuales los pueblos indígenas puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”. Y asimismo, que deberán “establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

Por otra parte, el Artículo 7 afirma que los pueblos indígenas tienen *el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de*

desarrollo y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dispone que dichos pueblos “deberán participar en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. Asimismo, se destaca que “el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos indígenas, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan...”. El mismo artículo dispone que “los gobiernos deberán velar por que se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos indígenas, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. Y finalmente, que “los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

La Declaración coincide en lo esencial con las disposiciones sobre participación y consulta previa del Convenio No. 169:

Dispone que “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.” (Art. 19).

Y que:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo” (Art. 32, incisos 1 y 2).

¿Qué dicen otros instrumentos internacionales en materia de consulta y participación? En gran medida, las disposiciones que contienen otros instrumentos tienen referencia a los derechos de todo ciudadano de participar

libremente, a la igualdad ante la ley, sin discriminación (Arts. 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el derecho de las minorías a tener su propia vida cultural (Art. 27 del mismo Pacto), el derecho de los ciudadanos de participar en la dirección de los asuntos públicos directamente o a través de representantes libremente elegidos (Art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José) o el derecho de sufragio y participación en el gobierno y el derecho al voto secreto, a genuinas elecciones, periódicas y libres (Art. 20 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes). Muy poco en relación al tema de consulta colectiva, salvo la consulta electoral.

Gracias a la insistencia de los propios pueblos indígenas, se logró que el Convenio haya irrumpido con un mensaje claro e innovador: el derecho a la consulta previa, a través de mecanismos apropiados, de buena fe, con conocimiento de causa y la obligación de los gobiernos de asegurar que se desarrollen los mecanismos y se cuenten con los recursos institucionales necesarios. En este contexto, es significativo que la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha establecido que “el espíritu de consulta y participación constituye en la piedra angular del Convenio 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”⁷.

La Declaración confirma esencialmente los mismos conceptos en relación con la consulta previa como un derecho fundamental. Al respecto, el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas, en su informe temático del 2003, enfatizó que “...todo proyecto o estrategia de desarrollo a largo plazo que afecte a zonas indígenas debe contar con la plena participación de las comunidades indígenas, siempre que sea posible, en las fases de diseño, ejecución y evaluación. El consentimiento libre, previo e informado, así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos. Los gobiernos deben estar preparados a trabajar estrechamente con los pueblos y organizaciones indígenas a fin de llegar a un consenso sobre los proyectos y estrategias de desarrollo, y establecer los mecanismos institucionales para abordar esas cuestiones”⁸.

⁷ OIT, 2005 (Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Observación individual sobre el Convenio No. 169, Argentina, 2005).

⁸ Stavenhagen (2003: 55) [Reporte del Primer Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas]. México D. F. UNESCO.

4. DIFICULTADES CON EL TEMA DE LA CONSULTA PREVIA

Para los pueblos indígenas y sus organizaciones, especialmente en el contexto mundial de creciente incursión de las empresas extractivas y “proyectos de desarrollo” promovidos por el Estado, el derecho a ser consultados y previamente informados respecto de estos proyectos, es un catalizador organizativo y de reivindicaciones de los pueblos indígenas y otros pueblos en similar situación de amenaza ambiental. En el caso de Colombia, esto incluye a los pueblos afro-colombianos, raizales y roma. El derecho a la consulta previa coloca a los pueblos indígenas y sus organizaciones en una relación contestataria e insistente de sus derechos al territorio como su habitat y la consulta previa es el recurso procedimental para afirmarlo.

En contraste, para las empresas y los Estados, la consulta previa incomoda. Para éstos los pueblos indígenas y otros pueblos o comunidades en situación similar, que exigen la consulta previa, presentan “un obstáculo al desarrollo”. Incomoda además esa premisa de tener que dialogar “en pie de igualdad” con ellos.

El choque entre dos sistemas jurídicos: Hay un evidente *choque* entre dos sistemas jurídicos, como en el caso de Colombia o de los países de América Latina. Uno es el dominante, homogeneizador, con una tradición plasmada en códigos, leyes, reglamentos y resoluciones y sentencias escritas, que no reconoce en la práctica la diversidad cultural o diversas opciones de aplicación de justicia, desarrolla un lenguaje especializado que es manejado e interpretado por los llamados operadores de justicia; un lenguaje y posturas que reifican los escritos y el lenguaje especializado lo cual para la gran mayoría de ciudadanos es incomprensible entender a no ser que recurra a un abogado que normalmente ofusca o confunde aún más a un ciudadano o una ciudadana. Si así el derecho se convierte en algo incomprensible, para los pueblos indígenas o afro-americanos, la conceptualización y lenguaje del derecho dominante mucho más remoto, extraño e imposible de recurrir. El meollo del problema está en la contraposición del lenguaje escrito y el derecho codificado frente a una tradición de oralidad y de casos concretos de infracciones que lo manejan cotidianamente estos pueblos y sus líderes.

A esta problemática de “choque” debemos agregar que hay muy pocos abogados no sólo en Colombia sino en otros países de América Latina que se dedican a hacer comprensible el lenguaje jurídico en términos sencillos para que los líderes indígenas o las comunidades u otras agrupaciones

indígenas puedan entender. Y curiosamente, también se observa que los pocos indígenas y afro-colombianos que logran estudiar en las facultades de derecho y ejercer la profesión de abogados, con frecuencia reproducen la misma tendencia de ofuscar con el lenguaje de los códigos y otros instrumentos escritos en vez de ser los primeros en difundir el conocimiento de los derechos básicos de un ciudadano indígena o una colectividad indígena en términos inteligibles.

Cuando un abogado habla de la doctrina jurídica, a mi entender, ya transmite algo que está fuera de la comprensión de un ser común, algo inalterable o inalcanzable, que viene desde arriba para regular el quehacer humano. Más cercano a lo divino. En vez de hablar sencillamente como una jurisprudencia, una acumulación de decisiones que sientan precedente: lo cual es mucho más afín al pensamiento indígena pues las decisiones de un líder, de un jefe o de un directivo comunitariamente reconocido son respetadas; es decir, existe el principio de precedente o decisiones que sientan precedente. Pero esto se extiende y perdura en un contexto esencialmente de tradición oral.

En los sistemas jurídicos indígenas, la tradición del conocimiento y su transmisión es oral, incluyendo la acumulación de una memoria histórica sobre casos de transgresión, situaciones de conflictividad y cómo se han solucionado de manera razonable y de acuerdo con la tradición de su pueblo y cultura.

Para el operador de derecho del “ordenamiento jurídico”⁹, el conocimiento, la habilidad o las características del sistema jurídico de un pueblo indígena es muy difícil de comprender: no lo ha estudiado, hay escasas facultades de derecho que enseñan sobre “sistemas jurídicos indígenas”, sobre la “jurisdicción indígena”, el sistema de tradición oral jurídica indígena o por lo menos de antropología legal comparada. Por lo tanto, no es un ámbito que se considera jurídicamente “aceptable” o digno de darle atención. De ahí que también existe poca comprensión del contenido y alcances de instrumentos internacionales en materia de reconocer la pluralidad jurídica y aplicar procedimientos de reconocimiento de las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas y de otros pueblos culturalmente diferenciados¹⁰.

⁹ Otro término bastante complicado para un ciudadano común e indígenas...

¹⁰ Esto es aún más notorio al tratarse de los sistemas o tradiciones jurídicas de los pueblos indígenas y las disposiciones del Convenio No. 169. Por ejemplo, “las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (Artículo 9, inciso 2). El Art. 10 dispone

Choque de concepciones diferentes sobre lo que implica el desarrollo:

También hay un choque de concepciones sobre el desarrollo. Para las empresas extractivas o un gobierno, la explotación de los recursos naturales es una “locomotora” del desarrollo (el caso de Colombia durante los dos gobiernos del Presidente Santos). El desarrollo “sostenible” es con frecuencia un concepto muy poco comprendido y tiende a utilizarse como una etiqueta cosmética, sin un significado o efecto real. Se esgrimen argumentos que una explotación no afectará el medio ambiente, y cuando el tema de licencias ambientales se torna engorroso, o cuando los pueblos indígenas insisten en la consulta previa, funcionarios del gobierno colombiano hablan de la necesidad de acortar los trámites de licencia (reglamentar para crear un mecanismo “express” o condicionar la consulta previa también con el mismo propósito de expedir).

En contraste, los pueblos indígenas y sus organizaciones plantean una perspectiva diametralmente opuesta. Por ejemplo, los pueblos indígenas hablan del bosque como su vivienda, farmacia, cocina y habitat de supervivencia y reproducción como sociedad. El respeto al medio ambiente, los recursos y todo el entorno, es algo central. Difícilmente claudican para contribuir a un desarrollo afecte su territorio, el agua, el bosque y otros recursos naturales incluyendo los recursos del subsuelo.

Consulta para informar una decisión ya tomada: Instancias estatales, empresas extractivas, empresas hidroeléctricas y otras, como sucede también en general con el tema ambiental, se habla de convocar a un proceso de “socialización de un proyecto. Se pretende “socializar” información sobre un proyecto donde la decisión en realidad ya fue tomada. Se pretende informar sobre los detalles generales del proyecto y sus bondades; sin embargo, no se convoca a una consulta previa antes de una decisión ya tomada. Este es uno de los principales meollos del problema. No sólo sucede en Colombia sino en muchos otros países.

que cuando se impongan sanciones penales a miembros de los pueblos indígenas, se deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; y “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento”. Estos conceptos *no* son novedosos ya que el Convenio No. 107 (1957) de la OIT contenía similares disposiciones, lo cual refuerza nuestra afirmación que para la gran mayoría de los operadores jurídicos del sistema dominante el tema de los sistemas jurídicos indígenas no tiene prioridad conocerlo o respetarlo.

¿Es necesario reglamentar por escrito la consulta previa?: Evidentemente, existe una cierta obsesión de ambas partes, tanto a nivel gubernamental como de las organizaciones indígenas, de contar con una “apropiada reglamentación” de lo que es una consulta previa, pero esto no es una necesaria exigencia de los órganos de control, por ejemplo, de la OIT, para que haya un adecuado procedimiento y aplicación del principio de consulta previa. En el caso de Colombia, se han intentado varios reglamentos. Sin embargo, éstos han sido declarados inapropiados por la Corte Constitucional. Las organizaciones afro-colombianas han elaborado un protocolo de consulta previa y que hasta ahora ha sido ignorado por el Ministerio de Justicia. En una reciente sentencia (T-576 del 4 de octubre de 2014), la Corte obliga a difundirlo y a tomarlo como referencia. Se ha intentado reglamentar la consulta previa en diversos países; sin embargo, tengo la impresión que hasta ahora ningún gobierno o país ha logrado perfilar un reglamento adecuado o la altura del principio de la consulta previa.

CONCLUSIÓN

Si tomamos en cuenta las dificultades arriba mencionadas y los choques de concepción, evidentemente la consulta previa con un pueblo indígena o varios de ellos en un determinado territorio o región, *no* es un proceso “en pie de igualdad”, sobre todo cuando en la práctica enfrentan a dos actores poderosos con significativos recursos –información, argumentos y artimañas legales, dinero, profesionales técnicos, abogados, movilidades para el desplazamiento, prensa y otros medios, etc.– especialmente una empresa extractiva pública o privada. Con frecuencia son las mismas empresas extractivas que están a cargo de la logística y convocatoria a una consulta previa. Las instancias gubernamentales muchas veces dependen del apoyo de la empresa para desplazar a uno o más funcionarios y otras modalidades de asistencia, lo cual a toda vista compromete la deseada independencia de la instancia gubernamental en una consulta. Asimismo, el sector estatal, en la práctica, es reticente de instrumentalizar de manera adecuada las consultas previas por su parcialidad en favor de un proyecto extractivista y por lo tanto no evidencia una actitud de respaldo pleno a un proceso de consultas previas.

Si no insistirían las organizaciones de los pueblos indígenas en la consulta previa y si no habrían significativas sentencias de las altas cortes nacionales en algunos países o de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la consulta previa sería letra muerta.

BIBLIOGRAFÍA

- Anaya, J. (2004). *Indigenous Peoples in International Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- . (2005). “Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources”. *Arizona Journal of International & Comparative Law* 22(1): 7-17.
- . (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. N. U. A/64/338, 4 de septiembre.
- . (2010). “La situación de los Pueblos Indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial Anterior”, Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/15/34, Consejo de Derechos Humanos, 15o. período de sesiones, [Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (James Anaya)]. Naciones Unidas (8 de enero).
- Clavero, B. (1994). *Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Dandler, J. (1999). Indigenous Peoples and the Rule of Law in Latin America: Do They Have a Chance? En Méndez, J., O’Donnell, G. & Pinheiro, P. editors, (2001). *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, USA. Publicado en español por Editorial Paidós, Buenos Aires.
- . (2001). Desafíos para la aplicación y la colaboración inter-agencial: directivas operacionales y marco normativo en materia de pueblos indígenas. In OIT-RUTA (Unidad Regional de Asistencia Técnica), *Pueblos Indígenas y Cooperación Internacional en Centroamérica*, Memoria de la Tercera Reunión Inter-agencial sobre Pueblos Indígenas (San José, 24-26 Mayo, 2000), OIT-RUTA, San José.
- Martínez, J. (1981). *Estudio sobre el problema de discriminación en contra de los pueblos indígenas*. Doc. E/CN. 4/Sub.2/476. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías.
- OIT (Organización Internacional del Trabajo) (2005). Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Observación individual sobre el Convenio No. 169, Argentina, Ginebra: OIT.
- OIT. (2009). *Derechos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*. Ginebra. OIT.

- OIT. (2011). *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169). Ginebra. OIT.
- Rodríguez, C. (2012). *Etnicidad.gov: Los Recursos Naturales, los Pueblos Indígenas y el Derecho a la Consulta Previa en los Campos Sociales Minados*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia.
- Santos, B. (1998). *De la Mano de Alicia: Lo Social y lo Político en la PostModernidad*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Stavenhagen, R. (2003). *Informe del Relator Especial sobre la Situación de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas*. N.U.Doc. E/CN.A/2003/09, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.
- . (2004). *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sobre Su Misión a Colombia* (8 a 17 de marzo, 2004). E/CN.4/2005/88/Add.2. 10 de noviembre.

¡OH BOLOMBOLO!
DE LA RETÓRICA JURÍDICA A LA TEORÍA DE LA
ARGUMENTACIÓN. UNA LECTURA CRÍTICA DEL SISTEMA
DE ORALIDAD DESDE EL ANÁLISIS DEL DISCURSO

DAVID VALENCIA VILLAMIZAR¹

“Oh Bolombolo país exótico y no nada utópico
En absoluto! Enjalbegado de trópicos
hasta donde no más! ¡Oh Bolombolo de cacofónico
O ecolálico nombre onomatopéyico
Y suave y retumbante Oh Bolombolo”.
León de Greiff, Fanfarria en Sol mayor.
“εν αρχη ην ο λογος και ο λογος ην προς τον θεον και θεος ην ο λογος”
Juan 1:1²

¹ Doctor en Historia Universidad Nacional. Abogado de la misma Universidad. Correo electrónico: davidvalencia@usantotomas.edu.co. Capítulo de libro producto de investigación: “Historia, Cultura y Derecho”, la cual hace parte de los proyectos de investigación institucionales de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). El mencionado proyecto de investigación es financiado por la Universidad Santo Tomás.

² *In Principio erat Verbum et Verbum erat apud Deum et Deus erat Verbum. En el principio era el logos y el logos era con Dios el logos era Dios.* Logos (en griego λόγος –lôgos–) significa: la palabra en cuanto meditada, reflexionada o razonada, es decir: “razonamiento”, “argumentación”, “habla” o “discurso”. También puede ser entendido como: “inteligencia”, “pensamiento”, “sentido”, la palabra griega λόγος –lôgos– ha sido y suele ser traducida en lenguas romances como Verbo (del latín : Verbum). Es uno de los tres modos de persuasión en la retórica (junto con el ethos y el pathos), según la filosofía de Aristóteles (2000).

INTRODUCCIÓN

En un orden estrictamente des-cronológico (dis-crónico), comenzaremos con la descripción poética que hace León DE GREIFF de la población antioqueña de Bolombolo. Allí la sobre-adjetivación y la elocuencia humorística y paródica se erige como rasgo fundamental.

Gracias a la maestría o impostura verbal Greiffiana se *crea* un mundo. De allí el epígrafe del evangelio de Juan, en ambos casos el poeta como demiurgo *fabrica lingüísticamente* no solo una geografía delirante o un cosmos divinizado, sino un repertorio de posibilidades sensibles y cognitivas³. Tal como el juez, a guisa de ejemplo, determina con sus actuaciones verbales el estatus jurídico de alguien, su mundo en suma.

³ El Logos como instancia ontológicamente configuradora determina un repertorio de posibilidades sensibles de las cuales nos da una muestra la poética Greiffiana. Pero también las actuaciones verbales de los abogados en un sistema oral. Como veremos a lo largo de este escrito.

Este *poder* del habla es el que se tematiza en los diálogos platónicos enfrentando a Sócrates con los sofistas (Platón, 1997). El peligro y la grandeza de la retórica consiste en persuadir y fabricar una interpretación de las cosas. Ahora bien, estas rutinas cognitivas o formas de habla van a ser el núcleo del análisis social desde el llamado *giro lingüístico* en ciencias humanas, como se verá en el caso de la historia en particular.

La inclusión de las líneas de León de Greiff, justo antes de la cita bíblica, ofrece la posibilidad no solo de dar un ejemplo específico de las técnicas enunciativas y metafóricas de elaboración de una visión de las cosas, sino que incluso puede entenderse como un comentario a la atávica preferencia por el barroco, la sobre-ornamentación y la jerigonza en el discurso jurídico y político colombiano.

La fascinación con el poder realizativo de la palabra, desde las ideas anteriores, es el impulso vital que anima la elaboración de este texto. El nervio que permite movilizar los recursos de una retórica clásica hacia el más reciente “análisis del discurso” (Lozano & Peña, abril, 1999), pasando obligadamente por las tesis de una Teoría de la Argumentación jurídica⁴.

Dicho tránsito busca la epifanía del *Ángelus Novus*⁵ sobre el “paisaje de acontecimientos” de un escenario judicial, hasta los modos de enunciación propios del sistema de oralidad estudiado en el seminario en que se presentan estas ideas.

Éste trabajo nació del apasionamiento hacia las estrategias enunciativas, ardides léxicos, y toda suerte de triquiñuelas en el despliegue de las habilidades argumentativas de los intelectuales y políticos colombianos, particularmente en el campo del Derecho y de manera privilegiada en los laberintos verbales del proceso judicial. Más aún en un contexto como el sistema de oralidad, caracterizado también por una dramaturgia agonística

⁴ Este capítulo busca narrar el tránsito de la Retórica como aparece dramatizada en la obra de Platón (*Parménides*, *Gorgias*, etc.) y Aristóteles (*Retórica*, 2000), hasta la llamada Teoría de la Argumentación jurídica y las técnicas de análisis de discurso (Lozano *et al*, 1999) en la segunda mitad del siglo XX (Perelman, 1989). Esta es una narración que quisiera presentarse a manera de película, es decir, como una secuencia o seguidilla de imágenes-movimiento.

⁵ Angelus Novus es un dibujo a tinta china, tiza y acuarela sobre papel, pintado en 1920 por el pintor suizo Paul Klee y adquirido posteriormente por el filósofo y crítico judeo-alemán Walter Benjamin.

o confrontacional no solo de puntos de vista, sino de las *potencialidades de persuasión* desplegadas por cada una de las partes.

Dicho enfoque tuvo su semilla en los estudios retóricos y las formas discursivas como esquemas prácticos a través de los cuales se interpreta y se le da sentido a los estímulos sensoriales provenientes del medio externo (Costa, Mosejko, 2001).

Tal aproximación biológica a la Teoría de Sistemas permitió afinar un punto de vista para el cual la *imagen del pasado* que maneja el sujeto es una construcción cimentada según condiciones históricas que hay que desentrañar.

En una primera parte, ayudados por intuiciones de Walter Benjamin y Jacques Derrida sobre la temporalidad del Acontecimiento o *Angelus Novus*, se emparentará el oficio del historiador fraguando un relato factible de eventos del pasado con la labor del abogado y del juez proporcionando un punto de vista sobre ciertos hechos (que será sancionado o no con valor de verdad, o incluso de “cosa juzgada”).

Ya en el apartado segundo, penetrando la idea de “postmodernidad” como condición histórica trágica y descreída en el pensamiento de Jean François Lyotard, se presentarán los postulados de un “Análisis Cultural del Derecho” que afronta este vacío y brinda un contexto para el desarrollo de las técnicas del juicio oral.

La referencia a la sociología del conocimiento en Bruno Latour y la perspectiva foucaultiana, hará que en la tercera parte se profundicen ideas sobre la retórica jurídica y la potencialidad de la teoría de la argumentación en un acercamiento crítico a la visión moderna del derecho.

En la conclusión, la noción de *autopoiesis*, pero especialmente los planteamientos de la Nueva Historia Discursiva permitirán entender el arco argumentativo del texto en su conjunto. Siempre asombrados por ese poder perlocutivo o realizativo de un verbo como el Greiffiano, o como el que despliegan los actores en los actuales sistemas de oralidad, que no solo califican o explican el mundo, sino que lo configuran siempre de maneras inéditas e insospechadas.

1. ENFOQUE HISTORIOGRÁFICO DEL PROBLEMA. EL TIEMPO DEL ÁNGELUS NOVUS

Desde la historiografía, hablar de “construcción” del pasado desde la narrativa o el “poder realizativo” de la palabra, como ha quedado dicho en

la introducción, podría llevar a pensar en una caprichosa lectura, gratuita y sin fundamento, en el peor de los casos; o tendenciosa y exagerada en el mejor, de las Fuentes Primarias (en tanto portadoras de un significado que está por ser descubierto). Así se dulcifique la exigencia de “dejar hablar por sí solos a los documentos” con expresiones como “tratamiento metodológico adecuado” o “aplicación del aparato crítico” necesario para que la comunidad académica, con su andamiaje de reglas institucionales explícitas e implícitas, avale el ejercicio profesional del historiador.

Se esquivará la apreciación según la cual hablar de construcción conllevaría, sin más, a un deterioro de las condiciones epistemológicas que validan el conocimiento del pasado, proveniente de una óptica que se propone exceder esos marcos categoriales permaneciendo dentro de sus confines. Como quien situado en un lugar, elegido arbitrariamente (según contextos de dominación que vale la pena tener en cuenta), pero sancionado oficialmente como “punto cero” o punto único desde el cual hacer las apreciaciones, se quisiera atisbar un territorio situado más allá y por lo tanto imperceptible, invisible y no comprensible desde el emplazamiento habitual de observación:

“En última instancia nadie puede escuchar en las cosas, incluidos los libros, más de lo que ya sabe. Se carece de oídos para escuchar aquello a lo cual no se tiene acceso desde la vivencia. Imaginémonos el caso extremo de que un libro no hable más que de vivencias que, en su totalidad, se encuentran situadas más allá de una experiencia frecuente, o también, poco frecuente, -de que sea el primer lenguaje para expresar una serie nueva de experiencias. En este caso, sencillamente, no se oye nada, lo cual produce la ilusión acústica de creer que donde no se oye nada tampoco hay nada...” (Nietzsche, 1996: 57).

No porque se tenga la pretensión, ambiciosa en extremo o sencillamente inimaginable, de hablar ese primer lenguaje al que se refiere Nietzsche, sino porque nos referimos al punto ciego, el lugar donde encaja la percepción, aquellas coordenadas desde las cuales se asigna un significado a la experiencia.

Sin embargo, es factible variar esa perspectiva, como señala Santiago Castro-Gómez en la introducción a la publicación “Pensar el Siglo XIX”: “Este libro (...) partirá del convencimiento de que las ciencias sociales han empezado a desarrollar nuevos paradigmas de análisis que nos ayudan a “pensar el siglo XIX” desde otra perspectiva” (Castro, 2004: 1).

Con lo anterior no se sugiere que la lógica práctica del modelo positivista en historia no valga, como si de la sucesión de modelos en una pasarela

se tratara, después del cual solo un criterio es reificado y los demás, inconmensurables, obsoletos y derrotados en esa “confrontación” de enfoques teóricos, debieran ser olvidados para siempre.

Nada de eso. Interesados especialmente en la materialización de una perspectiva novedosa, no en cuanto adscripción esnobista y ciega a modas, “ismos” intelectuales considerados de vanguardia o intrínsecamente superiores por el solo hecho de controvertir de cualquier manera los postulados y logros de tendencias historiográficas antecedentes, sino en tanto *posibilitación de lecturas contra-hegemónicas, desde abajo, inusitadas del pasado*.

Este documento quiere contribuir, en ese tono, al debate historiográfico en el que la responsabilidad política y el compromiso social –expresiones a veces fatuas– significan la posibilidad *real* de transformar nuestra imagen consolidada de los eventos del pasado. Lo anterior partiendo de una especial consideración sobre las actuaciones verbales como instancias ontogénicas, tanto en el campo de la historia como en el del Derecho.

De esta suerte los relatos del pasado, incluidas las versiones que los abogados –parte acusadora o defensora– presentan al escrutinio del juez en un sistema de oralidad, interpretan el Acontecimiento de cierta forma, acorde a intereses específicos que es imposible negar. *En todo caso siempre se trata de un constructo, un armadijo semántico, una opción entre otras, y como tal pueden ser modificados, alterados.*

En el caso del Derecho “ello significa reconocer que las estructuras, discursos y prácticas jurídicas son ellos mismos productos sociales (así no sean “creados” por cada individuo, que más bien se los “apropia” o “adquiere”) y por lo tanto, objetos susceptibles de ser transformados” (Twining, 2003: 112). Al respecto dice la historia discursiva:

“Dado que los referentes sociales no pueden fijar sus significados, pues estos dependen de la mediación de las condiciones discursivas, esos significados están siempre en estado de equilibrio precario y amenazados permanentemente por la presencia acechante de otros significados, prestos a invadir su territorio y a expulsarlos de él, a hacerlos desaparecer. Como diría Keith M. Baker, los significados están “siempre implícitamente en riesgo”, pues a medida que surgen nuevos marcos categoriales, los mismos fenómenos reales, a veces súbitamente, adquieren nuevos significados y pierden o ven alterados los anteriores y, en consecuencia, dejan de ser interpretados, enunciados, caracterizados o clasificados como hasta ese momento”. (Cabrera, 2001: 58-59).

Es cierto así que el historiador no se “encuentra” con leyes inmutables que deba pasivamente constatar, sino que se halla frente a herramientas conceptuales contingentes, siempre históricas, que pone en juego para armar una narrativa.

Tal narrativa halla un reflejo interesante en el modo como el abogado arma un relato plausible de los “hechos” y lo presenta al juez como el más factible. Entonces, presenciamos una “guerra de las imágenes” en competencia por ser las únicas válidas sobre el pasado, entronizándose y naturalizándose como “versión correcta” de lo que “realmente pasó” en determinado período o de acuerdo a unas circunstancias específicas.

Lo clave es lograr articular una visión insospechada, lúcida (si lucidez implica ser consciente de las opciones epistemológicas y presunciones tácitas del investigador, en un contexto académico en pugna, de acuerdo a relaciones de fuerza que determinan lo que puede ser enunciado y lo que no), que dé lugar a la emergencia, a la irrupción, siempre nueva, del Acontecimiento.

Vista así, la implicación política del historiador debe necesariamente pasar por un replanteamiento de fondo de los modos tradicionales de concebir la política y el Derecho. Al nivel de las elecciones pre-conscientes que diseñan la sensibilidad frente a las fuentes, pero también, acerca del papel concreto del académico en estos procesos. Se trata del intento de “Pensar de otro modo” la Historia para generar no la transmutación de la nada, como por arte de magia, de sucesos realmente acaecidos, sino para propiciar la aparición de la chispa, el brote enceguedor de un pálpito de esperanza.

“La posibilidad de lo imposible no puede sino ser soñada, pero el pensamiento, un pensamiento completamente diferente de la relación entre lo posible y lo imposible, ese otro pensamiento tras el de que hace tiempo respiro y a veces pierdo la respiración en mis cursos o en mis carreras (...). Habría que seguir velando el sueño aun despertándose. De esta posibilidad de lo imposible, y de lo que habría que hacer para pensarla de otro modo, para pensar de otro modo el pensamiento, en una incondicionalidad sin soberanía indivisible, al margen de lo que ha dominado nuestra tradición metafísica, intento a mi manera sacar algunas consecuencias éticas, jurídicas y políticas, ya se trate del tiempo, del don, de la hospitalidad, del perdón, de la decisión, o de la democracia por venir” (Derrida, 2004: 17-18).

Como cuando se “cae” en cuenta de algo: un momento antes las cosas, vistas desde una óptica dada, presentaban una configuración definida, muchas veces insoluble y catastrófica. Pero luego y por el transcurso de ese

intervalo que no transcurre, durante el golpe de intuición de ese instante innombrable, se trastoca la visión cronológica en su conjunto, desencajando el orden de sucesión del tiempo de los relojes: aparece lo nuevo, nada más que un cambio de perspectiva, una transición -incluso un desnivel, un desvío- entre estados de ánimo, vislumbre luminoso e impredecible y energizante del Acontecimiento:

“Articular históricamente el pasado no significa conocerlo «como verdaderamente ha sido». Significa adueñarse de un recuerdo tal como éste relampaguea en un instante de peligro. Para el materialismo histórico se trata de fijar la imagen del pasado tal como ésta se presenta de improviso al sujeto histórico en el momento de peligro. El peligro amenaza tanto al patrimonio de la tradición como aquellos que reciben tal patrimonio. Para ambos es uno y el mismo: el peligro de ser convertidos en instrumentos de la clase dominante. En cada época es preciso esforzarse por arrancar la tradición al conformismo que está a punto de avasallarla. El Mesías viene no solo como redentor, sino también como vencedor del anticristo. Sólo tiene derecho a encender en el pasado una chispa de esperanza aquel historiador traspasado por la idea de que ni siquiera los muertos estarán a salvo del enemigo, si éste vence. Y este enemigo no ha dejado de vencer” (Benjamin, 1971: 79-80).

En la superficie de este lenguaje “traspasado” de historiosofía mística, Walter Benjamin (1892-1940) combina una lectura absolutamente insólita del marxismo desde la angelo-logía judía y la tradición cabalística, apuntando en la dirección que venimos sugiriendo para entender el carácter casi demiúrgico del sujeto enunciador en un proceso judicial.

El enemigo del que habla Benjamin podría entenderse como la idea de “progreso” (se verá como esta idea de linealidad histórica está en la base de la jaula temporal que se denuncia). Lo clave es el desgarrador llamado a una práctica-otra de la historia, oblicua frente a la tradición, alzada ante la postración servil de los historiadores que a veces no directamente, pero sí al nivel de los esquemas gnoseológicos, acaban cohonestando el ejercicio fascista de una cosmovisión aplastante.

Traduciendo esta denuncia al campo normativo, tenemos que el ejercicio del rol de abogado debe ser consciente de esta problemática, y más cuando lo que está en juego es la fabricación de un nivel o *túnel de realidad* bastante dramático para un procesado. Ya que desde allí se fortalece o no una idea

de temporalidad lineal, de acuerdo a parámetros de secuenciación que el juez pondera, sancionando como más verosímil alguno en la sentencia que culmina el proceso judicial.

En esta reconfiguración de los esquemas temporales está el resplandor de Aión, esa dimensión temporal intensiva, un (eterno) Presente efímero pero irreductible y dúctil. Tal como en la introducción a la *Arqueología del Saber* se proponía a la hora de analizar los documentos y tejer el relato histórico, asumir las rupturas y las discontinuidades, en vez de avalar las grandes totalizaciones provenientes de las formas tradicionales de escribir y dar cuenta de los acontecimientos (Foucault, 1997). Pero internémonos más en la suposición de lo “angélico”:

“Hay un cuadro de Klee que se titula Ángelus Novus. Se ve en él un ángel, al parecer en el momento de alejarse de algo sobre lo cual clava la mirada. Tiene los ojos desencajados, la boca abierta y las alas tendidas. El ángel de la historia debe tener ese aspecto. Su cara está vuelta hacia el pasado. En lo que para nosotros aparece como una cadena de acontecimientos, él ve una catástrofe única, que acumula sin cesar ruina sobre ruina y se la arroja a sus pies. El ángel quisiera detenerse, despertar a sus muertos y recomponer lo despedazado. Pero una tormenta desciende del paraíso y se arremolina en sus alas y es tan fuerte que el ángel no puede plegarlas. Esta tempestad lo arrastra irresistiblemente hacia el futuro, al cual vuelve las espaldas, mientras el cúmulo de ruinas sube ante él hacia el cielo. Tal tempestad es lo que llamamos progreso” (Benjamín, 1971: 82).

Se han ensayado muchas interpretaciones de este enigmático ángel, del cual se veía una posible imagen al comenzar este artículo. Pero lo que se quiere resaltar aquí es esa *suspensión*, como si la figura se congelara en un filo in-decidible –en una “catástrofe única”, suerte de Aleph que concentra, sin sobreposición y sin merma “todos los sitios del espacio desde todos los puntos de vista”– (Borges, 1989).

Extasiado y horrorizado el ángel se sitúa por un lado, ante la tormenta inexorable del progreso, parte de un Destino aciago considerado inamovible, y por otra parte la visión escalofriante de las ruinas, destrucción y escombros que alteran sus propias facciones. Además emparentando con el famoso grabado *Melencolía I*, en el que Alberto Durero (1471-1528) había plasmado el carácter triste y apesadumbrado de este interminable duelo melancólico, ángeles caídos en una aflicción incontenible.

El mismo Benjamín en otra de sus *Tesis de Filosofía de la Historia* afirma: “su origen es la negligencia del corazón, la acedia, que desespera de adueñarse de la historia auténtica, que relampaguea un instante” (Benjamin, 1971: 80). Se sabe por los estudios de Giorgio Agamben (2001) que la pereza como pecado capital, tiene su antecedente en el pecado de acedia, *bilis negra*, *tristitia* o *taedium vitae*.

Falta ocasionada por este *daemon* que amenazaba especialmente a los religiosos, los artistas, los hombres excepcionales, el genio aciago. Esa aflicción indescifrable sería el resultado de percatarse, en la trama de la historia, del carácter ineluctable de la dominación, su sin-salida. La condena a los muertos y el ahogamiento de cualquier alternativa distinta. Sin embargo, he allí el milagro, a pesar de todo la vida resiste, florece, contra todo pronóstico, frente al conformismo más chato o el nihilismo más descarnado.

La melancolía como ineludible punto de vista frente al ángel nuevo (ángelus novus) en tanto fogonazo efímero que trastorna la visión constituida del pasado, constituye su fisura traumática. Haciendo estallar la flecha del tiempo: “el ángel induce al alma a liberarse precisamente de su parte demoníaca –a cumplir el milagro– que consiste en liberarse del demonio de la Necesidad” (Cacciari, 1989: 67). Aquí la Necesidad es la

constatación inexorable del sin-sentido de un quehacer político fragilizado de antemano por los grandes meta-relatos hegemónicos que se presentan como incontrovertibles.

Pero, ¿qué nos enseña esto sobre las técnicas de argumentación y las estrategias retóricas desplegadas en el juicio oral?, ¿cómo hacer un análisis del discurso de los abogados y operadores judiciales congruente con las anteriores intuiciones?, ¿qué relación puede establecerse entre el rol del historiador como tal y aquel que le presenta al juez una versión plausible del pasado –correspondiente a los hechos de un caso en particular–?

“La verdadera imagen del pasado pasa súbitamente. Solo en la imagen que relampaguea una vez para siempre en el instante de su cognoscibilidad, se deja fijar el pasado” (Benjamin, 1971: 79). Esta frase nos alerta también sobre el pasado como materia de escrutinio judicial en un debate argumentativo de corte jurídico y procesal. Cuando la idea creativa florece, abriendo una mirada distinta: “la imagen dialéctica es una imagen relampagueante, una imagen que relampaguea en el Ahora [mismo] de la cognoscibilidad” (Sholem, 2004: 102).

Tal imagen dialéctica es modelada por las estrategias de habla de los participantes en un juicio oral. Es a partir de destrezas expresivas concretas que los abogados imponen una visión de acontecimientos del pasado, que luego puede asumir el valor de “cosa juzgada”, petrificándose como versión válida del asunto examinado. De ahí la importancia de tener en cuenta estas reflexiones historiográficas para la práctica judicial.

Aquí se plantea una metodología de análisis histórico completamente disímil a todas aquellas tentativas de reducir el acontecimiento a un “hecho” lógicamente manejable. Especialmente los intentos de un operador del sistema judicial, en el contexto del sistema de oralidad, particularmente interesado, en el establecimiento de un orden como piso dogmático firme para la construcción de una Identidad estable, un cierto orden para los acontecimientos y una perspectiva que pretende triunfar o salir vencedora en el debate probatorio, conjurando así la tremenda e inmanejable potencia de este abismo (el Ahora que nunca pasa) sin bordes ni perspectivas.

Esta lectura de las actuaciones verbales de los abogados, nos pone frente a las (bio)Políticas de la Lengua como frente al resplandor insostenible del Acontecimiento. El despliegue de tal pasa por una investigación sobre las formas como el actual sistema de oralidad se despliega con particular intensidad el poder “realizativo” de la palabra, el Verbo en tanto disciplinante

de las conductas: “Los fenómenos lingüísticos empiezan a ser vistos, de este modo, como parte integral de la colonización del mundo, y el lenguaje mismo es considerado como un instrumento de dominio y/o emancipación” (Castro, 2005: 13).

Se considera así que la epifanía redentora del Acontecimiento brilla de súbito al ver de otro modo esta porción del pasado. Sujeto y objeto pasan a ser accidentes en un mapa del pasado enunciativamente armado, construido y por ende de-construible de los eventos o de la situación de un cierto caso. *Esta imagen del pasado es consecuencia de un ensamblaje discursivo contingente, histórico pero dado por descontado de acuerdo a la historiografía y a las técnicas del juicio oral dominantes.*

2. LA CONDICIÓN POST-MODERNA Y EL ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO. ENFOQUE RETÓRICO-DISCURSIVO

En 1979 aparece *La condición postmoderna* de Jean François Lyotard (1989) como un “informe sobre el saber en las sociedades más desarrolladas”. A partir de la publicación de ese ensayo el epíteto “postmoderno” ha sido extrapolado a casi todos los campos del conocimiento con significaciones equívocas y la mayor de las veces erradas.

Es necesario elucidar la constelación de significados que gravitan alrededor de este vocablo, toda vez que ya desde mediados de siglo XX los debates en ciencias sociales giran alrededor de los criterios de validez del conocimiento en un entorno donde parecen desvanecerse las promesas e ilusiones de *episteme* moderna.

La postmodernidad aparece en el siglo XX como un estilo peculiar en arquitectura, caracterizado por la mezcla, la fusión, la hibridación de estilos considerados incompatibles.

En este contexto Jean François Lyotard (1989) define la postmodernidad como una condición desgarrada, angustiosa: es la constatación cruda de ausencia de <meta-relatos>. Es decir, es la dolorosa comprobación del resquebrajamiento de los grandes discursos legitimantes, en el sentido de unos paradigmas que aseguran la articulación de los saberes y proveen la seguridad de un piso epistemológico seguro, sin corrimientos. Tal como en el campo de la filosofía del derecho los paradigmas positivista y jusnaturalista son objeto de relativización y re-contextualización a lo largo del siglo XX.

Luego de la presentación de esas conclusiones, pasa Lyotard a preguntarse por la posibilidad de un nuevo <meta-relato>, para concluir con la desfascinada sospecha de que el “avance” en los medios de tratamiento de información habría ahogado cualquier salida plausible. La condición post-moderna no es una escuela (como se enunciara en “La postmodernidad explicada para niños” –del mismo autor), ni tampoco un movimiento reconocible; es una tragedia, un vacío, el vértigo de reconocernos fuera de cualquier referente universal de salvación y consuelo.

A partir de éste pesimismo crítico, filósofos como Gianni Vattimo han querido proponer elementos de análisis que alimenten un debate al respecto. En clara confrontación con Jürgen Habermas (1996), los pensadores rotulados como post-modernos piensan en términos de un descreimiento lúcido las tentativas simplificadoras que acarrea una defensa anacrónica del proyecto moderno. Particularmente la mitología del contrato social (Grossi, 1993; Fitzpatrick, 1998) o la idea de progreso como presupuesto inamovible.

Se trata entonces de un conjunto heterogéneo de postulados que de ninguna manera quiere ser una corriente asignable; precisamente como reacción a esas uniformizaciones totalizantes es que apareció el malestar post-moderno. Entonces, si éste no es sino la asunción de nuestra orfandad, ¿cómo puede hablarse de una línea de análisis post-moderno?, ¿es lícito adjudicarle a “lo posmoderno” las características de cualquier otra moda intelectual? ¿será el escepticismo una puerta para el ya archi-trillado “todo vale”?

No es cierto que en la condición postmoderna “todo valga”. Hay implicaciones políticas, hay consecuencias derivadas del modelo teórico asumido y tenido por válido. De otra manera se caería en un abandonismo lánguido no muy distante de la oligofrenia cretinizante del derrotado por estulticia. Rescatando los aportes más lúcidos de autores muy mal clasificados post-modernos, como Michel Foucault (1997), la pregunta correcta, sería ¿por qué NO todo vale?, es decir, ¿cuáles son las instancias de dominación que naturalizan una visión de las cosas y descartan al olvido y lo incomprensible cualquier tentativa de variar esos postulados?

Enrostrarle al postmodernismo su carácter contradictorio y paradójico es avalar sus mismas condiciones de formación; ponerle el remoquete de antinómico como si lo que se buscara fuera la validez científica que excluye la polisemia resulta un dibujo sesgado de los aportes posmodernos (Evans, 1997). La pertinencia del enfoque post-moderno cobra valor como alternativa política de inconformismo frente a las directrices orondas que quiere remozar Richard Evans para la historiografía en particular.

Por supuesto que asumiendo esta óptica sin la ingenuidad del recién converso a otro dogma, sino siendo consciente de la carga negativa que tal epíteto implica. Como en el caso del historiador español Miguel Ángel Cabrera (2001), citado en el apartado anterior, buscando nuevos derroteros que saquen al conocimiento en ciencias sociales y jurídicas de la paradójica y muy pobre situación de permanecer anclada a los compromisos epistemológicos más caducos o dar un salto incontrolable al vacío del extremo relativismo.

En este punto habría que decir con Zaratustra “yo, lo mismo que tú, tengo que hundirme en mi ocaso” [untergehen] (Nietzsche, 1997) para significar el tránsito de las ciencias humanas, incluido el derecho, del filo del precipicio a otra cosa, no con el temor de la incertidumbre, sino con el arrojo de quien ve el abismo pero con orgullo.

Estas ideas sobre la llamada post-modernidad tocan muy de cerca al Derecho, por cuanto es la naturaleza lingüística de la norma y de las actuaciones del abogado, las que determinan su identidad, además que dan consistencia al modelo de realidad que se fabrica a lo largo del “proceso judicial”.

La práctica de los abogados se desarrolla en medio de unas coordenadas de sentido y unos códigos lingüísticos que determinan lo que es real y lo que es ficción, funcionando como una matriz de significados social y culturalmente disponibles a partir de los cuales toman consistencia ideas sobre el “yo”, el “tiempo” y el “espacio”. Con relación a esto ha dicho el autor del Análisis Cultural de Derecho: “el Estado de derecho es una práctica social: es una forma de ser en el mundo. Vivir bajo el Estado de derecho es mantener un conjunto de creencias sobre el yo y la comunidad, el tiempo y el espacio, la autoridad y la representación” (Kahn, 2001: 53).

Se asume así el fenómeno jurídico como *arquitectura conceptual que da solidez a nuestra experiencia de lo real*, muy lejos de una naturalización de esos esquemas como algo incuestionable⁶. Es decir, las discusiones que reseñábamos de Lyotard, no solo afectan también los meta-relatos jurídicos, sino que le dan una especial relevancia como meta-programador social, como matriz de significados básicos a los individuos (asignación de límites al concepto de “persona”, configuración de las identidades, consolidación

⁶ “Para entender el poder del derecho tenemos que dejar de observar tanto a los mandatos de las instituciones jurídicas y empezar a mirar la imaginación jurídica” (Kahn, 2001: 181).

de formas de entender la interacción social y sancionar sus desviaciones o ilegalidades etc.)

Por lo anterior, la caracterizada “orfandad” de la condición posmoderna, la tragedia que implica, a la vez abre líneas de análisis verdaderamente estimulantes: “al estudiar el Estado de Derecho el investigador está estudiando la estructura de sus propias creencias: las condiciones conceptuales y las condiciones de la imaginación del mundo dentro del cual presenta argumentos de verdad o falsedad, bondad o maldad” (Kahn, 2001: 183).

Esta imaginación es la que se pone en juego a partir de las destrezas argumentativas y discursivas propias de las técnicas del juicio oral. Allí donde los referentes inamovibles han sido cuestionados de manera profunda, generándose una desconfianza con respecto a cualquier certeza que pretenda absolutizarse o erigirse en baremo “universal”. Tal es la herencia, la monstruosa y lúcida herencia de la post-modernidad en el derecho, y más si se implican sensibilidades proclives a la literatura en estos asuntos:

“Una aproximación cultural ve que todos los textos del derecho son trabajos de ficción. Cada uno sostiene un mundo creado por la imaginación al presentarlo como nuestro mundo. Para cada uno de esos mundos imaginados podemos, y frecuentemente lo hacemos, imaginar mundos alternativos. El giro hacia la literatura de ficción no es, entonces, un giro para alejarse del derecho, sino sólo otra forma de examinar el carácter construido de nuestro universo político y de nuestra identidad al interior de ese universo” (Kahn, 2001: 170).

Tal ficción, a nivel de versión de los acontecimientos del pasado, era la que se refería en la primera parte de este escrito, emparentando la tarea del historiador y la del operador judicial (o el abogado en general). Allí donde ambos fabrican o tejen un relato sobre ciertos acontecimientos del pasado que luego es sancionada con valor de verdad por parte del juez.

Lo que se intentó en esta segunda parte fue rastrear el origen del giro lingüístico en ciencias sociales y en el campo del derecho, partiendo de que la relativización de los grandes referentes da lugar a una reflexión sobre el papel de la retórica y la tropología en el quehacer del juez. Es decir, y es lo que se abordará en la tercera parte, se señala cómo en la naturaleza lingüísticamente fabricada de nuestra visión de mundo, interviene el derecho (haciendo uso de competencias argumentativas, estilos y formas de discurso, formas de persuasión desde las claves retóricas, etc.) de forma capital.

3. LA SOCIOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO, LA ARQUEOLOGÍA DEL SABER Y EL CONTENIDO DE LA FORMA DEL DISCURSO CIENTÍFICO

Pegar convenientemente las piezas del rompecabezas post-moderno delineando en el punto anterior parece una tarea tan compleja como re-encontrar un sentido único al concepto de Derecho. Sin embargo, resulta pertinente enunciar lo que ocurre en el campo de la sociología del conocimiento a partir de un texto paradigmático. El argumento central de *Ciencia en acción* (1992) de Bruno Latour (1947-) es desplazar al discurso científico de un ámbito exclusivo de saber hacia uno marcado por la díada saber-poder.

Es justamente por lo anterior que pueden relacionarse los apuntes precedentes con la óptica de la “Ciencia en Acción” (Latour, 1992). Al enfocar así el problema de las condiciones de la producción del conocimiento científico, erigido en referente epistemológico incuestionable, también en el campo del derecho, se posiciona una aproximación crítica muy emparentada con la genealogía foucaultiana que será delineada más adelante. La cual, entre otros factores de incertidumbre epistemológica, se halla en la base de las desengañadoras constataciones de la aproximación etiquetada como “post-moderna”, incluyendo allí el llamado análisis cultural del derecho (Kahn, 2001).

Lo que busca Bruno Latour es desandar las condiciones de apareamiento de la tecno-ciencia, de tal manera que en vez de trabajar con los productos ya elaborados de la práctica científica, nos ocuparíamos del proceso mediante el cual llegaron a constituirse tales productos. Afirmación ésta que podrían suscribir autores mencionados como Nietzsche, Foucault o Derrida. Se trata de la ciencia pero en sus mecanismos de funcionamiento, en devenir, en acción, conectada con los referentes materiales de los que difícilmente podrá desprenderse (intereses económicos, pugnas políticas, hábitos lingüísticos y factores sociales de todo orden).

Esto le permite al sociólogo y filósofo francés Bruno Latour (2008) proponer su provocadora y lúcida tesis del ANT (Actor-Network Theory) o TAR (Teoría del Actor Red, por sus siglas en español), que confiere agencia a actores no-humanos. Lo cual además de desposicionar el antropo-centrismo fundante de las ciencias sociales, permite reensamblar o recomponer lo que se entiende por “social”. Des-esencializándolo como una categoría

absoluta. Es decir, rediseñando de fondo, también desde lo epistemológico, las coordenadas cognitivas de comprensión del mundo social.

Expresiones como “caja negra” surgen para significar las asunciones incuestionables que habría que diseccionar con el ojo crítico del historiador de las ideas y de la ciencia. Así las cosas Pandora (la que todo lo da) se erige como una metáfora que denota el carácter artificioso, fabricado de las invenciones y “descubrimientos” del hombre, por ejemplo el piso gnoseológico de la modernidad.

De la mano de Jano penetramos en la espesa maleza de las contradicciones insolubles; por una parte las incontrastables aseveraciones de una ciencia arrogante y ciega frente al contexto comercial y político que determina su fisionomía, y por otra las inestabilidades inherentes a una pragmática del saber científico que tiene que hacer uso de la retórica en el intento de legitimar la validez de sus postulados.

Esta es la misma retórica que Platón (1997) condenaba por considerarla accidental, adjetiva y cosmética, capaz de engañar y presentar lo falso con la apariencia de lo verdadero. Pero que ya en un contexto como el del juicio oral, se revela como una herramienta fundamental e ineludible a la hora de presentar una versión de los hechos como parte de un proceso judicial.

En el umbral indeciso de una bifrontalidad irreductible se desenvuelve la filosofía de Bruno Latour. No se hacen distinciones entre contexto y contenido, ambos se presuponen mutuamente, se necesitan de manera recíproca. Aquí, forma y contenido del discurso no son dos adversarios escindidos, sino dos aspectos de un mismo problema: la red comunicativa que hace de matriz de los discursos científicos al tiempo que es un sub-producto de esos mismos enlaces lingüísticos.

Es decir, más allá de la dicotomía forma-contenido se busca co-relacionar las instancias que han llevado a la ciencia del campo de lo pre-axiomático, alucinatorio, hacia un orden perceptivo inmutable. De una retórica de las verosimilitudes aparienciales a la dialéctica de las verdades esenciales; de la persuasión de lo probable a la demostración de las irrefutables certezas; de las paradojas de la seducción a la estabilidad de una lógica de la producción como criterio inatacable en el abordaje de cualquier explicación de las explicaciones ofrecidas por la tecno-ciencia⁷.

⁷ No parece impertinente recordar aquí que para muchos aún hoy el derecho es considerado una ciencia. Dada esta inercia algo atávica, resultan mucho más reveladoras las ideas de Latour que aquí se discuten.

Podrían epitomizarse los esfuerzos de Bruno Latour ubicando dos espacios de gestación de los prejuicios racional-cientifistas, acudiendo a la terminología de autores como Gilles Deleuze y Felix Guattari (1997): por un lado los agenciamientos colectivos de enunciación, como aquel conjunto de arreglos, de disposiciones conceptuales que de forma pre-consciente activan la aceptación o el rechazo de alguna teoría o hipótesis. Se trata de configuraciones verbales naturalizadas en un grupo social específico operando como perspectiva de asimilación de los supuestamente neutrales aportes de la ciencia al progreso triunfante de la especie humana.

Latour va a insistir en que lo importante no son los enunciados en sí mismos, sino su ubicación en una trama discursiva que los haga plausibles o desbarrantes. El juego de colocar los acontecimientos en una posición socialmente relevante constituye una estrategia retórica que sirve de estratagema de posibilitación del conocimiento científico, lo que serviría como una posible definición del giro lingüístico.

Esta trama discursiva era la que se discutía en la primera parte al hablar de historiografía y citar al *ángelus novus* de Walter Benjamin. Sobre todo porque el énfasis en los modos de posicionamiento de los eventos corresponde a formas retóricas bien concretas, a ardidés léxicos y sintácticos, a diseños argumentativos muy propios de la práctica de los abogados a lo largo de un proceso judicial, y más si este se ciñe a la oralidad y sus exigencias elocutivas.

Habría una serie de tácticas para que un artículo científico esté dotado de la fuerza y el arsenal argumentativo necesario para que se lo tenga por valedero. Así como hay formas para que la visión de los hechos de los abogados sea admitida en un debate probatorio o procesal en sentido general.

Entrar en esa intriga de triquiñuelas constituye un ejercicio que, además de lúdico, deja ver las técnicas de costura de lo tenido por absoluto. Ese imperio retórico-científico sería el primer polo de inteligibilización de la Ciencia en acción. El segundo lo compondría los agenciamientos maquínicos, es decir el plexo de circunstancias (laboratorio, dispositivos ópticos, máquinas de visión) que articulan (maquinan, escenifican) los planteamientos de los científicos en un marco conceptual homogéneo pero fluido, estable pero a partir de constantes renegociaciones de sentido. Cortocircuitar la circulación de afirmaciones científico-narrativas va a ser el objetivo propuesto por Latour.

Para nuestro contexto referido a los sistemas de oralidad, diseccionar también el tramado narrativo de los discursos emitidos ante el juez, será una clave preciosa, un objetivo medular que se desplaza entre el embellecimiento

con fines dramáticos, y la apelación a valores de verdad del mismo discurso científico (estadísticas, etc.)

Si ya no se trata de sólo saber sino de *saber-poder* (poder saber con arreglo a normas), entonces vamos a ver que los recursos de objetivación de los discursos científicos en lugar de alejarlos de las condiciones sociales de su producción, lo que hacen es permearlos de esos intereses. La tentativa de cosmetizar los postulados, retocar los razonamientos según las reglas de composición del lenguaje de los científicos va funcionar como agente de apertura de esas cajas negras aparentemente inviolables. Sobre todo en los actos enunciativos de los abogados en un medio oral.

Resulta estimulante la perspectiva desfascinada, desmitologizante que asume la tecno-ciencia no como la cristalización de unos ideales universalistas (según una faz de Jano), sino más bien como un artilugio que se ocupa de hacer pantalla (presumir y a la vez ocultar). Sirviéndose de un régimen de comprensión que autoperpetúa sus mismos juicios, los razonamientos se autorrefieren a una lógica operacional que fabrica sus instancias de reconocimiento. Así, es difícil que no encuentre en la realidad lo que ella misma le ha puesto encima.

La propuesta de quebrar el cerrado sistema de auto-sostenimiento del conocimiento científico funcionaría multidimensionalizando la visión de la ciencia en oposición a la sociedad, trabajando sobre las paralogías, síntomas y patologías de la lógica cartesiana. Generando líneas de fuga interpretativas frente a un constructo hermenéutico que, a pesar de arraigado, necesita reconstituirse incesantemente, configurar una trama que no solo se quede con una cara de Jano, sino que elabore una lectura crítica e informada de los *juegos del lenguaje* que estratégicamente han hecho que se solidifiquen los comportamientos socialmente pertinentes.

Son visibles los ardidres retóricos de las elecciones discursivas que han consolidado la Ciencia, amén del Derecho desde el nivel epistemológico y jus-teórico, así como los artificios de manufactura del espacio-tiempo (los tribunales de la razón, centros de cálculo, metrologías y toda suerte de representaciones para una realidad inaprensible por sí misma).

Lo anterior significa que siempre habrá mediaciones que finjan un acercamiento sin intenciones a la verdad, imparcial o neutral como se predica del juez. Por eso es que es urgente repensarlas más allá de la fractura sujeto-objeto, redibujar el discurso científico (y por supuesto jurídico) como una *máquina estilística generadora de efectos de sentido* que escapan a la

clásica distinción forma y contenido. Abarcando los dos aspectos en un único y muy plegado efecto de superficie. A partir de estas afirmaciones, resulta coherente referirnos ahora a los planteamientos del filósofo-historiador Francés Michel Foucault, quien en la arqueología del saber planteó un muy interesante modelo de análisis del discurso. Cada vez más pertinente para estudiar la práctica judicial.

LA PERSPECTIVA FOUCAULTIANA

Involucrando, como lo hace Bruno Latour, las relaciones de fuerza, los intereses y las contingencias sociales como contexto ineludible para pensar los procesos de producción del saber científico y del conocimiento en general, nos deja a las puertas de una consideración del autor de *La Microfísica del Poder*.

A la provocadora frase de Deleuze y Guattari (1998) en *El Antiedipo, capitalismo y esquizofrenia*: “*el deseo produce lo real*”; opone Michel Foucault en su ya clásico libro *Vigilar y Castigar*: “*el poder produce lo real*” (Foucault, 1995).

Es clara la deuda que el discurso Foucaultiano de la Microfísica del poder tiene con respecto a la obra de Federico Nietzsche. Ya desde *La Historia de la locura en la época clásica* había señalado Foucault un derrotero que descreía de los conceptos tradicionales de “locura”, “sinrazón”, “enfermedad mental” o “sicopatología”.

Al situar la emergencia de éste vocabulario en un marco epistémico bien definido, lo que hizo Michel Foucault fue una genealogía –en el mejor sentido Nietzscheano– de los discursos occidentales sobre lo otro, lo anómalo, lo salido de norma. Luego aparecería El nacimiento de la clínica donde se muestra de forma clara que los desarrollos de la ciencia médica no obedecen a un creciente perfeccionamiento ni a una progresiva humanización-mejoramiento de los conocimientos en ese campo; sino que se trata de dispositivos de control, donde la conjunción entre las formas de hacer ver (regímenes de luz, mecanismos de visibilización) y de hacer decir (regímenes de signos, mecanismos de legibilización) confeccionan el horizonte cognoscitivo (episteme) en un momento histórico particular.

Con *Las Palabras y las Cosas* (Foucault, 1993) se logró desbaratar la presunción antropocéntrica que situaba al hombre como eje indiscutible en el desarrollo epistemológico, al investigar las condiciones de posibilidad de

eso que llamamos Ciencias humanas, se logró ubicar el sistema clasificatorio de base (taxonomías, utopías, heterotopías) que funciona pr-discursivamente como telón de fondo de todas las operaciones cognitivas del pensamiento. Es decir, si el concepto “hombre” es solo un desgarrón, un pliegue epistémico, entonces todo el edificio argumentativo de la filosofía occidental se tambalea al haberle sustraído su núcleo, el eje de sus disertaciones.

Posteriormente y cerrando la fase dedicada al análisis discursivo, Aparecería La Arqueología del saber, donde se explicita la estrategia metodológica utilizada en las obras antes reseñadas. La ciencia sería solo un dominio especificado en el más amplio campo del Saber, dependiente de un sistema de Archivo actuando como *a priori* histórico que otorga las condiciones de formación de las positividades o formaciones discursivas. Se trata de un brillante modelo de análisis del discurso donde tanto el objeto (la antigua res extensa cartesiana) como el sujeto (la res cogita) son funciones derivadas de la práctica enunciativa en la que aparecen.

Aquí es donde más fructífero se revela su aproximación para comprender la naturaleza del cambio epistemológico que representan los sistemas de oralidad para el Derecho. Ya en un contexto que hace ineludible cualquier consideración sobre la “textura abierta” del lenguaje jurídico, o acerca las ambigüedades inevitables de la argumentación en el proceso judicial, la arqueología del saber foucaultiana se revela como una metodología fecunda al desnaturalizar el carácter referencial del lenguaje.

Lo anterior dota de una plasticidad increíble las actuaciones del abogado dentro del sistema de oralidad, lo cual es un potencial pero igualmente puede tornarse en desventaja si se direccionan estos vectores dramáticas del lado exclusivamente dogmático o de acuerdo a intereses que se ocultan y que cuestionan los principios del estado Social de Derecho.

Puede decirse que con textos como *La Historia de la Sexualidad I*, *La voluntad de saber* y *Vigilar y Castigar*, se abre para Foucault una fase de preocupaciones que se desplaza del saber al poder como ámbito de discernimiento privilegiado. Ampliando el arsenal ganado en la fase arqueológica, Foucault desvirtúa las teorías clásicas que habían visto al poder centralizado en el aparato de Estado como monopolizador de las relaciones de dominación. Al contrario, Michel Foucault ve una red infinitesimal, omnipresente de choques de fuerza, que atravesarían el conjunto del cuerpo social y no solo las instituciones del Estado. Es ésta idea la que le permite adelantar que las relaciones de poder se hallan inextricablemente tejidas con el espacio del saber en una episteme determinada.

Abandonando la presuposición de un conocimiento incontaminado de intereses exógenos (La verdad y las formas jurídicas), se muestra cómo el campo del saber está fuertemente politizado, de tal manera que saber y poder se imbrican generando así dominios de objetividad y tipos de subjetividad en el marco de un contexto histórico específico. El discurso sobre la sociedad disciplinaria y el panoptismo como trampa óptica y como diseño arquitectural es uno de los análisis más profundos de la condición normalizadora de las sociedades contemporáneas.

CONCLUSIONES INFINITIVAS

Tratando de hilvanar el conjunto de ideas de los apartados precedentes desde la perspectiva de la llamada “Nueva historia discursiva”, se ofrecen los siguientes argumentos. Se considera que aquí confluyen aspectos cardinales en el recorrido que comienza en la Grecia clásica con Platón y Aristóteles y que nos lleva de la retórica a la Teoría de la Argumentación de Perelman. Allí donde la lógica proposicional y la lógica formal han sido herramientas en la consideración de los fenómenos lingüísticos como constitutivos de la realidad social, esto último como rasgo definitorio del Análisis del discurso.

Plantear un espacio intermedio entre la esfera subjetiva y la objetiva, parece ser el postulado central de Miguel Ángel Cabrera en “Historia, Lenguaje y Teoría de la sociedad”, así como de Michel Foucault y Bruno Latour en la síntesis de su pensamiento ofrecida en el numeral anterior.

El autor español sostiene una suerte de síntesis discursiva que lo lleva del paradigma de la Historia social a uno que provisionalmente llama Nueva Historia o Historia post-social. En ese recorrido el punto de articulación lo constituye el traspaso de una visión causalista para explicar la acción social, hacia una perspectiva intra-discursiva, muy pertinente para efectos del tránsito de la antigua retórica a la teoría de la argumentación en el análisis del discurso jurídico, que ha sido el intento a lo largo de este capítulo. Esto se da en específico cuando se sitúan los discursos más allá de lo meramente referencial, o sea como expresión de un estado de cosas “externo”, y se pasa a considerarlos como instancias configuradoras de significados socialmente relevantes.

Apoyándose en la poderosa influencia que los estudios semióticos y de lingüística post-estructural han tenido sobre la práctica histórica y las ciencias sociales, Cabrera nos propone un reconocimiento a ése ámbito umbrátil, ese Universo-bisagra que no abusivamente llamamos la Semiosfera. O sea

el universo inmaterial de las ideas y los significados. Allí donde desde la retórica clásica y con especial énfasis desde el llamado “giro lingüístico” alrededor de los sesenta y setenta del siglo XX, los abogados y operadores del derecho cada vez más habitan ese reino y no una supuesta “realidad” extra-discursiva.

Ésta Semiosfera (también asumible como *Noosfera*: Noo-pensamiento, idea) puede ser abordada como aquella red conceptual que hace inteligible la experiencia de lo real. A un tiempo producto y productora sería una especie de paradigma pre-verbal que configuraría la textura del mundo por una parte, y el tipo de subjetividad dispuesto históricamente como individuo culturalmente formado por otra.

Especialmente la noción post-moderna de sujeto jurídico, como resultado de contextos de saber y poder concretos, y no en tanto instancia primigenia de emergencia de la subjetividad. Lo importante y nuclear son los relatos, las madejas narrativas, y en general las actuaciones verbales que fabrican dicha identidad, *especialmente en el escenario de la oralidad introducido en el sistema judicial de nuestro país.*

Lo que se está señalando es que, como en el caso del onomatopéyico y enredadizo poema “¡Oh Bolombolo!”, el sistema de oralidad actual es un entorno particularmente propicio para el ejercicio de la palabra en su efecto realizativo. De ahí también el epígrafe del evangelio de Juan “en el principio era el verbo” donde el lenguaje performativamente crea aquello que nombra, tal como los sofistas enseñaban.

Ahora bien, ya en el campo de las teorías de la Argumentación, encontramos intentos de conceptualización y racionalización formal de los argumentos y las proposiciones con valor de verdad. Pero esto solo es posible después de que autores como Nietzsche, ya citados, insistieran en la naturaleza discursiva de eso que llamamos “realidad”.

Una forma de visualizar lo anterior sería a través del concepto de *autopoiesis* que diseñaran Maturana y Varela en “El árbol del conocimiento” para definir la Vida. Cualquier ser vivo no se enfrenta a lo real de forma directa. Para constituir una identidad biológica autónoma se vale de una plantilla de instrucciones químicas y metabólicas (en el caso del hombre se trata del lenguaje) para seleccionar del entorno aquellos estímulos pertinentes para su perpetuación como entidad viva y así elaborar la experiencia de un mundo.

Esa interfaz sensible permite construir la especificidad de la criatura a la vez que reduce la ingente complejidad de los datos del medioambiente. Como se dijo en el apartado historiográfico sobre las planillas de temporalización que usan tanto los historiadores como los abogados al darle verosimilitud y consistencia ontológica o piso argumentativo a su versión particular de los acontecimientos.

Para el ser humano este dominio intermedio asume la forma de estructuras simbólicas. Una verdadera matriz de los discursos jurídicos, un catálogo de ordenados significados que posibilitan a través de su renovación incesante (se renueva a sí mismo, se auto-produce: auto-poiesis) la estabilización significativa de un horizonte existencial dado, jurídica y en especial judicialmente configurado. Simultáneamente éste código discursivo manufactura la identidad, la “ipseidad” de quien se haya imbuido en ese régimen de junturas semánticas (por ejemplo los llamados atributos jurídicos de la “personalidad”: nombre, estado civil, domicilio etc.).

Así las cosas, desde la biología cada célula del cuerpo es producida por otras, concomitantemente esa célula genera otras semejantes. Se trata de un patrón circular de auto-organización que en el nivel social hace que el hombre no esté enfrentado referencialmente a un mundo objetivo, como nos recuerda Latour con su Teoría del Actor Red (ANT, por sus siglas en inglés), sino que se apropia diferencialmente de él al imaginarlo. Lo hace posible como fábula, pero cuyos efectos son bastante concretos.

Es al formar parte de ese plano de composición semiótico, pre-subjetivo, pre-consciente, que adquiere sentido un suceso dado. Lo interesante no es tanto preguntarnos por los motivos de los agentes, o el fin perseguido por ellos; sino más bien *a qué dispositivo sintáctico obedece la consolidación de una cosmovisión en particular*. He allí el giro operado por la Nueva Historia de Cabrera, así como por la arqueología del saber foucaultiana, instancias que cristalizan en angulaciones como el Análisis Cultural del Derecho de Paul Kahn, que entiende el mundo social como texto intersubjetivamente tramado. Y a los actores como partícipes en un juego de rol cuyo sentido y límites lo configuran “libretos” cognitiva, lingüística y jurídicamente dados.

Ese es justamente el potencial y el peligro de los sistemas de oralidad. Allí donde las estrategias de persuasión y los artilugios estilísticos se tornan muy relevantes, imprescindibles, en el modelado del mundo que cada parte del proceso judicial se esfuerza por imponer sobre los demás.

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, G. (2001). *Estancias, la Palabra y el Fantasma en la Cultura Occidental*. Valencia: Pre-textos.
- Aristóteles (2000). *Retórica*. Madrid: Alianza.
- Benjamin, W. (1971). *Ángelus Novus*, Barcelona: Edhasa.
- Borges, J. L. (1989). *Obras Completas* T.I. Barcelona: Emecé.
- Cabrera, M. A. (2001). *Historia, Lenguaje y Teoría de la Sociedad*. Madrid: Cátedra.
- Cacciari, M. (1989). *El Ángel necesario*. Madrid: Visor.
- Castro, S. (Ed.) (2004). *Pensar el Siglo XIX. Cultura, Biopolítica y Modernidad en Colombia*. Bogotá: Pensar, U. Javeriana.
- Costa, R. y Mozejko, D. (2001). *El Discurso Como Práctica, Lugares desde donde se escribe la Historia*. Buenos Aires: Homo Sapiens.
- Deleuze, G. & Guattari, F. (1997). *Mil Mesetas, Capitalismo y Esquizofrenia*. Valencia: Pre-textos.
- . (1998). *El Antiedipo*. Barcelona: Paidós.
- Derrida, J. (2004). *Acabados*. Madrid: Trotta.
- Evans, R. (1997). *In Defence Of History*. London: Granta Books.
- Foucault, M. (1993). *Las palabras y las cosas*. México: Siglo XXI
- . (1995). *Vigilar y Castigar*. México: Siglo XXI.
- . (1997). *Arqueología del saber*. México: Siglo XXI.
- Grossi, P. (2003). *Mitologías jurídicas de la modernidad*. Madrid: Trotta.
- Fitzpatrick, P. (1998). *La mitología del derecho moderno*. México: Siglo XXI.
- Habermas, J. (1996). *El Discurso Filosófico de la Modernidad*. Madrid: Taurus.
- Latour, B. (1992). *Ciencia en acción. Cómo seguir a los científicos e ingenieros a través de la sociedad*. Barcelona: Labor.
- . (2008). *Reensamblar lo social, Una introducción a la teoría del actor-red*. Buenos Aires: Manantial.
- Lotman, I. (1996). *La Semiosfera, Semiótica de la Cultura y del Texto*. Madrid: Cátedra.
- Lozano, J., Peña, C. & Abril, G. (1999). *Análisis del discurso. Hacia una semiótica de la interacción textual*. Madrid: Cátedra.
- Liotard, J. F. (1989). *La Condición Posmoderna*. México: Cátedra.
- Maturana & Varela (2004). *El árbol del conocimiento*. Madrid: Debate.

Nietzsche, F. (1996). *Fragmentos póstumos*. Bogotá: Norma.

—. (1997). *Así Habló Zaratustra*. Madrid: Alianza.

Perelman, Ch. (1989). *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.

Platón (1997). *Gorgias*. Madrid: Alianza.

Sholem, G.(2006). *Las grandes tendencias de la mística judía*. Madrid: Siruela.

Twining, W. (2003). *Derecho y Globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre, Pensar, U. Andes.

PENSAR LA ORALIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO POSMODERNO

DALIA CARREÑO DUEÑAS¹

*Nunca sabremos quién forjó la palabra
para el intervalo de sombra
que divide los dos crepúsculos;
nunca sabremos en qué siglo fue cifra
del espacio de estrellas.*

BORGES, Jorge Luis (2011).
Historia de la Noche p. 514

INTRODUCCIÓN

El derecho como disciplina social se enfrenta a la posmodernidad y a la arquitectura compleja, que esta conlleva, y que se instituye en tendencia, en forma de existencia de los hombres de este presente. Este pensar de manera fuerte se despliega a través de los lenguajes que se han construido gracias a las nuevas tecnologías y la digitalidad, y que están atravesados en las nuevas maneras en que sujetos y discursos se interrelacionan, y cimientan las subjetividades y las narrativas, regidas por el imperativo de estar exhibido, del mostrarse y del decir. El derecho en este pluriverso digital creado, multiposible, está redimensionado en categorías más allá del tiempo

¹ Licenciada en Filosofía y Letras, Licenciada en Filosofía y Ciencias Religiosas, Abogada, Especialista en Derecho Penal, Magister en Educación, Doctoranda en Derecho Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente Universidad Santo Tomás Colombia. Correo electrónico: daliacarreno@usantotomas.edu.co. Capítulo de libro producto del proyecto de investigación: “Los retos de la Argumentación como Adjudicación, Historicidad, y prudencia como rol del maestro”, el cual hace parte de los proyectos de investigación institucionales de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). El mencionado proyecto de investigación es financiado por la Universidad Santo Tomás.

y del espacio, en donde la tradición y la historia no convergen porque está precarizado su sentido. De esta manera cuando se implementa en el orden legal el principio de oralidad se trata de como este subsistema, se inscribe en la cultura digital, globalizada y de consumo a la que pertenece, y de la cual no es posible sustraerse. Y en el cual se simula lo que en las pantallas y dispositivos tecnológicos, se presenta como telerrealidad, de tal suerte que el proceso es representación de hípersujetos digitales en red, sobre los cuales, todos tienen algo que decir acerca del pensar y la aplicación de la justicia, los derechos y las garantías de un híperderecho fractal, híperinflado. Los híperescenarios digitales son de manera esencial abiertos, ciberdemocráticos lo que potencia la creación de un derecho crítico, paradójico y paradigmático, en las rutas de la cibercultura del siglo XXI.

LA ORALIDAD COMO NARRATIVIDAD Y OBJETO DE CONSUMO

La implementación de la oralidad en la práctica del derecho, se ubica en el contexto del malestar general en todos los órdenes humanos que se pueden señalar bajo la denominación de posmodernidad, o de condición posmoderna². Las fracturas que esta produce son grandes en el tejido social, en las nuevas formas de ser personal y en conjunto. La irrupción de las tecnologías, los nuevos lenguajes en las comunicaciones, inciden de manera fuerte en *la institucionalización de la oralidad*³ *dentro de la práctica concreta del derecho, y que bien puede comprenderse como sistema, principio o garantía. Esta oralidad* conlleva lo propio del albor del siglo XXI, es decir el carácter de la exhibición, lo público y lo abierto

² “Se ha decidido llamar a esta condición <<postmoderna>> (...) Designa el estado de la cultura después de las transformaciones que han afectado a las reglas de juego de la ciencia, de la literatura y de las artes a partir del siglo XIX. Aquí se situarán esas transformaciones con relación a la crisis de los relatos” (Lyotard, 2000, p. 9).

³ Oralidad, que como todo concepto construido en una red de símbolos y sentidos, es ambiguo y gracias a esta equívocidad, requiere que sea pensado y precisado el escenario lingüístico, que le corresponde. La oralidad como concepto no es ni nuevo ni novedoso en la aplicación del derecho, pues siempre ha sido entre partes e intersubjetivo. No han existido procesos en los cuales no exista la mediación cara a cara de las partes, ni tampoco procesos en los cuales se haya tratado de misivas. Siempre ha existido la comunicación, el foro, el enfrentamiento. De ahí que más que oralidad se trata es de hipercomunicación, inmediatez, velocidad en la aplicación del derecho a los casos concretos, y no de un referente histórico de tradición de la expresión y la circulación de argumentos, de circulación de discursos.

en que se constituye, se manifiesta y se realiza el hombre, quien asegura *el existir volcado, asequible, expuesto*, y que se configura más allá de ser una mera moda o coyuntura, se torna en un digitrazo, en una nueva cosmografía del hombre, en tanto tendencia en la cual se presenta como necesaria la existencia como una exacerbada necesidad de comunicación, de estar informado, de ser y estar interconectado. La oralidad no se trata de recuperación de tradiciones o de pesos históricos o de la cimentación de una cultura ancestral, se trata de que *todo se traduce*, en que *todo se dice*, todo se expresa. El pudor de la aplicación del derecho y ficción de la justicia, que otrora se procuraba que fuese reservaba, discreta para que las sensibilidades sociales, no se viesan afectadas por la ignominia del conflicto, la miseria del proceso, y la muestra de la fragilidad y mezquindad humanas. Hoy el recato ha sido superado, no hay vergüenza, ni recelo, al mostrarse, al visibilizarse, al desocultarse el misterio del cómo, dónde y quizá del por qué se aplica el derecho, se configura el *escenario encantado* a manera de narrativas o relatos que superan las exigencias de argumentación, de construcciones teóricas fuertes, se prefiere por el tiempo corto de las escenas, lo breve, lo flash, lo resumido, de preferencia un abstrac que dé cuenta de la trama de los cuentos, que *las pantallas* reproducen, y que están a disposición en los escenarios de la virtualidad, para que todos los ciberpresentes puedan, también expresar.

Los procesos jurídicos se hacen entre decires, a manera de un red de sentidos y representaciones; la manifestación de auténtica apertura y democracia es *el me gusta*, todo está a un clic de distancia. La pantalla y la red de intercomunicación a la que está unida, y en la que confluyen las manifestaciones, en todas sus versiones fijas o móviles son la representación paradigmática⁴ de la forma como se ha de comprender la aplicación del derecho en el contexto de la oralidad, en tanto expresión postmoderna, digital, visual, como narrativa, quizá como novela o serie televisiva. De manera paradójica este telederecho, se comprende como hiperderecho, porque se crea de manera fractal, pues lo que sucede en la sala de audiencia, acontece también, se replica tal cual y de manera simultánea, gracias a las

⁴ “Hoy, ni escena ni espejo, sino pantalla y red (...) Ni trascendencia ni profundidad, sino superficie inmanente del desarrollo de las operaciones, superficie lisa y operativa de la comunicación. A imagen y semejanza de la televisión, el mejor objeto prototípico de esta nueva era, todo el universo que nos rodea e incluso nuestro propio cuerpo se convierten en pantalla de control” (Baudrillard, 1997, p. 2).

comunicaciones, en los mundos paralelos que existen en las pantallas, pero existen con otros que se instituyen en otros jueces, otras partes, otras forman se asumir y entender el derecho y la justicia. Este éxtasis de la comunicación, esta interconexión que expone, que exhibe, conforma un derecho obsceno⁵ porque el proceso, los testimonios, las pruebas, las posturas de los fiscales y jueces se filtran, todo se publica, nada queda oculto. Algunas veces el proceso avanza primero en las redes, y luego en la sala de audiencias. No hay una sola versión del proceso, todos lo que acceden a este también configuran otras versiones, otras víctimas, otros victimarios, otras partes y contrapartes. Vale la pregunta por la incidencia de estos procesos fractales, en las decisiones que afectan de manera concreta a las partes en los procesos.

Al incorporar la oralidad en versión actual posmoderna en el escenario legal, también se ha inscrito un lenguaje o unos lenguajes, que han de ser ágiles, como si en cada minuto de escena, el presupuesto se agotara, cada actor dice, manifiesta; las salas de audiencias terminan siendo réplicas o montajes de obras, con prelibretos. Una tras otra se suceden, en rodajes interminables, simultáneos, se procuran los cortometrajes, y privilegian los procesos cuyo impacto y movimiento, se configuran en *novelas* de alto rating; en estas la presencia de periodistas, cámaras hace que los roles, los parlamentos adquieran mayor vivacidad, lugares comunes, retórica, elocuencia. No se atiende a los conceptos, a la dogmática jurídica, o a la argumentación jurídica, pues estas se encuentran en otra narrativa, en otro contexto, en otra lógica que no es la digital, ni de la inmediatez de las tecnologías. La forma como se comprende el derecho, o como se crea, de manera fuerte se hace mediante las vías digitales que lo instituyen, como una red de comunicación de las intersubjetividades de los ciudadanos.

Uno de los casos paradigmáticos de un proceso penal, en versión de digital, como telenovela, o *seriado* fue el caso de Orenthal James Simpson, más conocido como O.J., juzgado por el presunto homicidio de su exesposa y de Ronald Goldman, las partes intervinientes en el proceso, las víctimas, los

⁵ “Ya no estamos en el drama de la alienación, sino en el éxtasis de la comunicación. Y este éxtasis sí es obsceno. Obsceno es lo que acaba con toda mirada, con toda imagen, con toda representación. No es sólo lo sexual lo que se vuelve obsceno: actualmente existe toda una pornografía de la información y la comunicación, una pornografía de los circuitos y las redes, de las funciones y los objetos en su legibilidad, fluidez, disponibilidad y regulación, en su significación forzada y en sus resultados, sus conexiones, su polivalencia, su expresión libre...” (Baudrillard, 1997, p. 5).

peritos terminaron como celebridades⁶, seguidas por multitudes. Además se configura en el pionero de lo que se habría de denominarse como *programas de telerrealidad*⁷ y de los noticieros de 24 horas al día, cuyo libreto básico son los informes diarios de criminalidad, las entrevistas a jueces, fiscales, víctimas, peritos. Los seguidores de estos casos sonados, trinan y organizan clubs de seguidores, y en ciertos procesos se han comercializado los suvenires, recuerdos de *esta serie*⁸, *camisetas de apoyo o reproche con los iconos de los delincuentes*. La oralidad permite por la fuerte visibilización y exhibición de los procesos que surjan figuras, como iconos de una contracultura digital, de la inmediatez, de lo que está de moda; estas nuevas figuras resultantes de la telerrealidad, asumen los roles, los valores mediáticos de corrupción, delincuencia, de éxito económico, en algunos casos de aplicación de justicia. La exposición de la aplicación del derecho trae consigo también una apuesta ideológica de los poderes hegemónicos del Estado mismo, porque también queda en la escena, para ser comentada, las sentencias, los fallos, que la reproducen.

La oralidad o sobreexposición de la comunicación en la aplicación concreta del derecho, trae consigo una fuerte imagen y decorado de los actores procesales, jueces, fiscales, partes, litigantes, ministerio público, víctimas, quienes se transforman a manera de protagonistas, gozando de licencia para imprimir a su atuendo, colores, marcas y estilos propios para la escena o el montaje mediático que implica el proceso. La oralidad está en el

⁶ “Fiscales, abogados defensores el juez Lance Ito, patólogos, laboratoristas, expertos en DNA, camioneros, choferes de limosina, y otros especímenes se han convertido en estrellas nacionales que por una u otra razón están en boca de todos, y son analizados cuidadosamente no solo por los ojos del jurado sin por el de cientos de miles de personas en todo el país” (Agudelo, 1995).

⁷ “Dos décadas después, la retransmisión de la efímera fuga del exjugador de la liga NFL es considerada como la precursora de los programas de telerrealidad que inundarían las televisiones de EE.UU. en los años posteriores (...) Las principales cadenas de televisión interrumpieron sus programaciones para retransmitir las imágenes de la fuga que estaba siendo grabada desde varios helicópteros, alcanzándose una audiencia cercana a los 95 millones de telespectadores (...) Incluso el canal NBC interrumpió parcialmente la emisión del quinto partido de la final de la NBA que se estaba disputando ese día para informar de la huida de Simpson” (González, 2014).

⁸ Como la venta de camisetas del asesino serial condenado a la pena capital Ted Bundy, el sitio de sus ventas esta en <http://www.serishirts.com/es/serial-killer-camisetas-asesinos-en-serie/1279-t-shirt-logo-ted-white-bundy-tueur-serie-serial-killer-blanco.html>

contexto del imperativo categórico de la comunicación⁹, lo que constituye un derecho volcado en las pantallas, en las redes, quizá la legitimidad política de este requiere o se hace en este contexto tecnológico. Lo que se presenta en la pantalla como sentido y comprensión del derecho, y como expresión de este imperativo, es hipervisibilidad, es proximidad excesiva de los dispositivos de la aplicación del derecho, los iconos de la justicia ya no son trascendentes, sublimados, pues en las pantallas estos son cotidianos, cercanos, presentes; en definitiva se ha logrado desacralizarlos, desformalizarlos, lo que de sacro, o misterioso tenía el derecho, y la aplicación del mismo, ha quedado *desvelado*, real más que real, por la transparencia y la inmediatez de las tecnologías que conectan y comunican. El derecho en la oralidad afirma de manera preponderante las hiperdemocracias, por la posibilidad de que todos los ciudadanos en el espacio de las comunicaciones, tienen acceso y están reconfigurado las nociones básicas del mismo derecho, los principios fundamentales y las exigencias al Estado social de derecho.

Si todo está expuesto, por defecto, entonces se ha superado el carácter oculto, vergonzoso del evento del juzgar. Lo público que se afina en la oralidad en el derecho, está inserto en las nuevas coordenadas en las cuales se inscribe el tiempo y el espacio, el tiempo en las pantallas está en bits, en lapsos cortos, porque la fascinación de un proceso en la narrativa de la televisión, es corta. Pierde como todos los objetos de consumo vigencia, pues vienen con fecha de expiración¹⁰. Ningún relato, a pesar de los dramas o las estrategias de expectación puede durar tanto. El tiempo esta trastocado, lo durable, el largo plazo, lo estable evoca el pasado, que debe reprocharse, reprobarse, porque no incide en las construcciones actuales, porque el pasado es el ayer, lo que ya está fuera de la moda. El tiempo se mide en la permanencia o en la actualización de los dispositivos tecnológicos, así

⁹ “De todos modos, tendremos que sufrir esta extraversión forzada de toda interioridad, esta introyección forzada de toda exterioridad que constituye el imperativo categórico de la comunicación (...) –una excesiva proximidad de todo, una promiscuidad infecta de todo– (...) Más que por la pérdida de lo real, se caracteriza por esta proximidad absoluta e instantaneidad total de las cosas, una sobreexposición a la transparencia del mundo (...) Y se convierte así en pura pantalla, pura superficie de adsorción y reabsorción de las redes de influencia” (Baudrillard, 1997, p. 7).

¹⁰ “El advenimiento del consumismo anuncia una era de productos que vienen de fábrica con “obsolescencia incorporada” una era marcada por el crecimiento exponencial de la industria de eliminación de desechos...” (Bauman, 2011, p. 51).

que todo proceso jurídico se torna líquido¹¹ está inscrito como otro objeto de consumo, porque como uno más, no puede estar asido en las categorías de pasado, debe estar actual, vigente, debe ser superado y reemplazado por otro, otra versión en telenovela o seriado, otro proceso en donde otras partes, contrapartes, víctimas y victimarios renueven los elencos y libretos de la acción de la justicia en concreto.

El derecho, o si se prefiere todo el *orden legal*, como práctica social discursiva en su dimensión de aplicación concreta, no escapa, *como todo* en la posmodernidad, y por el sentido fuerte de la exhibición, *a la paradojalidad*, pues se trata de la fuerza de los poderes hegemónicos en pugna, y sin duda la afirmación fuerte del consumo, el derecho como narratividad, como oralidad, es consumo¹², es objeto de consumo. Y es paradójico por la movilidad de los intereses a los que sirve dentro de las tendencias de las nuevas arquitecturas del capitalismo, como *el comunismo liberal*¹³, que junto a la acumulación del capital reconocen la responsabilidad social, y valores como la justicia; además emergen como contracultura, como protesta a valores tradicionales y sin duda a la visión injusta (por exceso) de la vida social. Y es allí dentro de este modelo económico que la oralidad o narratividad, en los procesos judiciales se inserta como producto de consumo que expresa la necesidad de *consumir justicia*, de aplicar derecho; además entroniza los personajes que *venden* o que mercadean la justicia, en la que se ubican todos los clientes de esta, jueces, partes, defensores, en sí todos los operadores o más bien

¹¹ “La inestabilidad de los deseos, la insaciabilidad de las necesidades, y la resultante tendencia al consumismo instantáneo y a la instantánea eliminación de sus elementos, están en perfecta sintonía con el nuevo entorno líquido en el que se inscriben hoy por hoy los objetivos de vida y al que parecen estar atados en un futuro cercano (...) Un moderno entorno líquido resiste toda planificación, inversión y acumulación a largo plazo” (Bauman, 2011, p. 51).

¹² “Estamos destinados a consumir, aunque sea de manera distinta, cada vez más objetos e informaciones, deportes y viajes, formación y relaciones, música y cuidados médicos. Eso es la sociedad posmoderna, no el más allá del consumo, sino su apoteosis, su extensión hasta la esfera privada, hasta en la imagen y el devenir del ego llamado a conocer el destino de la obsolescencia acelerada (...) Consumo de la propia existencia a través de la proliferación de los *mass media*” (Lipovetsky, 2006, p. 10).

¹³ “Los comunistas liberales son grandes ejecutivos que recuperan el espíritu de la protesta o, por decirlo en los otros términos, *geeks* contraculturales que se han hecho con grandes corporaciones. Su dogma es una versión nueva y posmoderna de la vieja mano invisible del mercado de Adam Smith. En ella el mercado y la responsabilidad social no se oponen, sino que se pueden reunir en aras del beneficio mutuo” (Žižek, 2013, p. 29).

todos los actores legales. Este comunismo es una apuesta por ubicar valores sociales como el acceso a la justicia, la equidad y el mismo Estado social de Derecho como objetos de consumo, que han de dinamizarse, mutarse para que estén en el imaginario global.

La oralidad de los procesos legales da cuenta de la cultura del mercado y del consumo, en permanente conflicto de intereses, de ahí que se adviertan procesos y normas a la medida, y sin duda un derecho dúctil¹⁴, plástico que hace que emerjan órdenes provisionales, y se presenten urgencias por cambiar o si se prefiere adaptar de manera permanente, los procesos según las solicitudes de los clientes, los movimientos del consumo, que hacen que sean asumidos como propios por los operadores judiciales. El derecho como objeto de consumo, es inestable, porque requiere las dinámicas del decorado y la visibilización, propia de lo que está como nicho simbólico, listo para transar, en aras claro está de los intereses particulares¹⁵.

Otro aspecto de la paradojalidad de la oralidad o narratividad en el derecho, como principio, derecho y garantía, es que de manera fuerte en el contexto del derroche, de la transacción económica y de los objetos, es que, podría pensarse que se trata de actualizar las formas ancestrales de hacer el derecho, de aplicarlo. Pero esas coordenadas están superadas, pues la oralidad del siglo XXI, no trata de la transmisión y la comprensión de tradición y conservación de sentidos de la justicia, de la equidad, del acceso, pues la oralidad se trata del afincamiento de la inmediatez, de manifestación de un fuerte presente, como coyuntura, es un derecho a la medida, valores sociales según las mediaciones de la publicidad. No es posible por la evidencia del escenario de aplicación concreta del derecho, en el contexto del consumo, de los dispositivos tecnológicos, que algún actor jurídico cree

¹⁴ “Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizá podríamos usar la imagen de la ductilidad” (Zagrebelsky, 2011, p. 14)..

¹⁵ “La ley –en este punto de su historia– ya no es la expresión <<pacífica>>de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, <<constitucionales>>, del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares” (Zagrebelsky, 2011, p. 38).

un mundo simbólico cargado de historia, de arraigo, de valores fundados en la convivencia, en posiciones originales, en acuerdo básicos, quizá en expresiones de una comunidad identificada como identidad. La comunidad global hoy es otra, está interconectada en bits, a un clic de distancia.

Así que la oralidad legal en versión posmoderna también está en bits, y a un clic de distancia y como ejercicio individual-colectivo ético, moral, político, se proyecta y se piensa para una pantalla, y se expresa como una pantalla. La oralidad en el derecho es la instauración del lenguaje cinematográfico, es una representación de una novela corta, con el lenguaje, la escenografía, las luces, y todos los actores representando su papel. Quizá podría pensarse en una de las formas de oralidad, pero como narratividad, en rutas tecnológicas, interconectadas de la intersubjetividad, como hipersubjetividad, como ciberlenguaje, o ciberdiscurso instaurando sujetos u objetos jurídicos. Los sujetos que están creando la oralidad jurídica y por la hiperexposición de estos, dependiendo de su visibilización, movilizan el discurso de los participantes hacia nuevas formas de comprensión de la justicia, del derecho y de las sensibilidades móviles hacia los actos que pueden o no de forma necesaria ser ilícitos. Por lo que el reproche hacia delitos como el narcotráfico, la pornografía infantil, no terminan por ser unánimes y hasta congregan ciudadanos que cuestionan estas prácticas, abriendo brechas en el reproche y cuestionamientos a la misma antijuridicidad de estas. Posturas que en el mundo global, hiperdiscursivo tienen espacio y escenarios de discusión y confrontación, y que se van integrando a la aplicación del derecho, como Otro que dice que señala y que señala opciones, miradas. *Al abrir el derecho* mediante la narratividad, también se abren todas las comprensiones acerca de este, y esta apertura lo hace plural, fragmentado, no hegemónico.

La aplicación del derecho en esta *nueva oralidad*, enclavada en el consumo y la virtualidad, asume el formato cinematográfico, de serie o telenovela, con tiempos, espacios y movimientos cortos, en on u off dependiendo las presiones de los medios, de los espectadores. Basta que un hecho sea puesto en la escena televisiva, o también radial, por los *formadores de opinión*, quienes se han autoentronizado como jueces, fiscales con un poder soberano, para que sean enjuiciados, condenados o absueltos los investigados, o imputados por parte de estas telecortes, o radiocortes, quienes bajo la égida de la tiranía de los micrófonos, legitimen estos juicios. Es claro que cuando estas cortes paralelas, enjuician inciden en las Cortes, y en los jueces para que estos de manera inusitada den impulso y celeridad a estos hechos.

La oralidad en el derecho tiene entonces diversos escenarios de aplicación, casi en mundos legales, legítimos paralelos y con los mismos efectos de reproche y condena; hiperescenarios con actores, tiempos y espacios expuestos, exhibidos, hiperdiscursivos. Con presencia de hiperjueces, hiperfiscales, hiperinvestigadores, hipervíctimas, hipervictimarios, todos en universos procesales, que se asumen simultáneos. Corren en paralelo, como si se tratara de *múltiples versiones*, de pluralidad de comprensiones de un mismo proceso, con los mismos actores¹⁶ pero con la posibilidad de fallos según las posturas ideológicas de los jueces y los intereses que atiendan. La responsabilidad de estos fallos en los medios sucumbe a la urgencia de la información, y a los valores sociales liberales del derecho a la información, y a la justicia en los medios.

Esta novela corta, o narrativa en la que se han transformado el proceso legal, independiente del área en la cual se ventile el conflicto, puede tener ribetes de *gran seriado*, si la trama, resulta de *interés al público global*, virtual que resulta impactado, y que la sigue frente a sus pantallas. Esta novela, cuyo guion está escrito por todos los actores, sobre una idea, una trama que resulta de hechos, que se construyen en otros relatos de interés. Lo fuerte de la oralidad en el derecho es su carácter de interconexión, con las otras pantallas; los jueces se entronizan como actores principales, son figuras que cobran especial interés, por la fuerza de registro que tienen, por la escenografía, el decorado que los acompaña. Estos precisan de un público, conceden entrevistas, aparecen en revistas de modas, y ante novelas (procesos complejos, de recordación social, a la manera de una marca) que se antojan paradójicas organizan ruedas de prensa, o extienden comunicados para justificar sus decisiones, en especial cuando el ciudadano manifiesta su inconformidad en las redes. Los procesos también padecen los vaivenes de la moda, de lo cool, de las necesidades de entretenimiento.

¹⁶ Un film que podría reflejar este ritmo cinematográfico podría ser *corre, Lola, corre*, cuyos movimientos generan, bajo el efecto mariposa, finales diferentes. Los procesos judiciales, hoy simultáneos, paralelos los conforman en los medios televisivos y radiales, los periodistas judiciales, o los formadores, autolegitimados, de opinión que en sus espacios, configuran verdaderos procesos y fallos. También se crean juicios en los blogs, en Facebook. En estos se ventilan pruebas, se rinden testimonios, se crean indicios, y de manera fuerte se dictan sentencias, con diferentes consecuencias para las vidas posibles de los actores. Porque estas condenas o absoluciones quedan en las redes al acceso de todos, y muchas veces sin el beneficio del derecho al olvido.

La oralidad o la narratividad, tiene un escenario amplio, incluyente, siempre con un auditorio cautivo, ésta permite que se afinque la individualidad y se afirme el hiperdecir. Parece que todos tienen un espacio ilimitado para comunicar, no pareciera muy claro que este *decir* tuviese límites más allá de los permitidos, según los contextos, por las hegemonías de los que dicen por todos los medios masivos, que lo hacen en versión plus, hiper. Esta, bien podría ser una civilización digital construida a la medida de la oralidad, porque más allá de los contenidos, parece que *se padece un deseo interno*, casi como una pulsión que se concreta como fuerza poderosa dominante, en que la persona ha de comunicar, ha de estar intercomunicado, toda la vida está expuesta al otro, al Otro en el que se encuentra sentido, relación y comprensión de la formas de vida. El contenido se sacrifica por la exposición, el telón de fondo es el consumo, la publicidad, la exhibición, y el telos del proceso judicial, que subyace a la oralidad como principio, garantía es la comunicación, la seducción de estar hiperinformado, para hacer de esta un objeto de circulación, un objeto de consumo, fuera del contexto del acceso a la justicia, de la reparación, del equilibrio y la inclusión social, el interés que despiertan los procesos, bien es el mismo interés que despiertan las novedades de los objetos tecnológicos más usados. La interrelación en el ciberespacio legal está en categorías móviles de encuentro, subyacen a un clic de distancia como formas de hiperser y ante todo de hiperactuar.

La oralidad en los procesos legales, se instituye también en cultura digital en ciberdemocracia, en red, cimentada en los medios tecnológicos de hoy. El que ingresa a estos multiversos digitales, virtuales tiene la posibilidad legítima de decir, de la palabra, de intervenir. De esta manera ante las urgencias y emergencias del hiperdiscurso, que se configura en valor democrático, y las consecuentes exigencias, a todas las manifestaciones de la cultura digital, de la hiperpalabra; el derecho como oralidad tiene el reto de pensarse desde estos contextos, de asumir posturas críticas para responder y adaptarse, a estas maneras de existencia en los nuevos cibertiempos y ciberespacios. Lo que era oculto, por la ritualidad propia, y por la veneración a ideales de la modernidad, hoy ha quedado rezagado, todo parece *ser sustituido*, por ser mostrado, cinematografiado, telenovelado, radionarrado, blogeado, facebookseado, twitteado.

La existencia legal, y su expresión como oralidad, tanto en su creación como en su aplicación concreta, para los individuos y la vida en conjunto,

está instituyéndose *a la medida* de los instrumentos tecnológicos, o *seudo* órganos integrados, necesarios, que permiten incorporar la tendencia de la rapidez y la celeridad de los tiempos; puedan gracias a la tecnología estar en los bits que alcanzan y median el sentido y las interpretaciones de lo esencial y necesario. Una de las experiencias o formas de existir de la humanidad en el siglo XXI, y del derecho como una de sus manifestaciones, es que se está en el éxodo, desterritorializado, en espacios y tiempos, fuera de las rutas modernas de la comunicación, del lenguaje, de la escritura, de la conformación lineal, unidimensional, que otrora garantizaron el funcionamiento de los movimientos de la intersubjetividad del hombre, sometida por el imperio de la ley.

Una narratividad, como oralidad en la aplicación concreta del derecho, evidencia la sensación de estar de manera permanente en el pasado, por la velocidad en que el transcurrir es presentado, el pasado lo marca la vigencia tecnológica, de ahí que el presente se experimente como provisional. Y el derecho parece que resume esta idea de pasado. Por lo tanto el tiempo en la oralidad del derecho, se asume como aceleración, sin pausa, y ante la falta de este aquietamiento, se requiere que todo el proceso pase por la velocidad, la celeridad, y es en este apresuramiento, como propio de la vivencia digital, que se asuma, que se diga, que se exprese en un lapso, en un bit, en un presente, en una inmanencia. El actuar en la acción e intervención del derecho, tiene espacio en el decir, en la expresión, el cogito cartesiano ya está superado, hoy *me conecto luego existo*. La oralidad jurídica y la velocidad a la que sirve como telón ideológico, cubren las dimensiones de lo humano, y fractalizan los ideales de acceso a la justicia y equidad, ideales o apuestas éticas personales y colectivas. Lo oral, como el decir se impone, por la carga simbólica de la cultura digital, descubierta, sin tapujos, sin pudor, de ahí que se inserta al quehacer del derecho, que implica que el derecho hoy se dice, es un discurso de realidades que potencian las tecnologías.

TEORÍA CRÍTICA Y ORALIDAD EN EL DERECHO

La tendencia crítica del derecho como literatura, se ha de ubicar como alternativa epistemológica dentro de la escena de la oralidad, en la medida en que se centra en el valor de la interpretación, el rol protagónico de los intérpretes, y el papel de creador o narrador que tiene el juez. El juez como uno de los protagonistas de la telenovela o de la serie que se presenta,

hace las veces de maestro de ceremonia, de presentador, de guía de la trama que inicia, el proceso se abre, se impulsa o se estrena de la misma manera en que se comienza una obra de teatro, o una película, cuenta con la escenografía y los medios digitales para su presentación. Cobra el juez una especial titularidad, no por las exigencias de la argumentación, que lleva a la creación del derecho mismo, sino por la carga simbólica de su presencia en el proceso oral, que se compone a medida de la hipercomunicación en los contextos de la ciberdemocracia. En la oralidad la interpretación del derecho, es exigencia, es requisito de existencia, como compromiso ideológico con los fines del Estado social de derecho, en clave posmoderna, en donde emergen de manera fuerte derechos fundamentales, y reconocimiento de estos, en forma ciber, o hiper, también por la oralidad de la aplicación del derecho *surgen* ciberbienes jurídicos y ciberlesiones a estos, o quizá interpretaciones de daños o protecciones en los pluriversos posibles. El valor de la interpretación, en la oralidad que se afina en el derecho como forma de comprender¹⁷ y de construcción de sentido y sentidos, de justicia, acceso, derechos fundamentales, en la teoría Crítica del derecho es definitivo¹⁸ para toda *la comunidad de intérpretes* en especial para los operadores judiciales, para el legislador, para el juez, porque todos construyen mundos y modos de ser a través del lenguaje¹⁹ del discurso.

De ahí el interés en considerarla más allá de un ejercicio extraño²⁰, se trata de pensarla en todas sus dimensiones como *epistemología*²¹, como una

¹⁷ “La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión” (Gadamer. *Verdad y Método*, 2003, p. 378).

¹⁸ “La interpretación de la ley es uno de los puntos centrales de la teoría del derecho. Siendo tal su peso y condición, los problemas hermenéuticos han ocupado y ocupan una porción significativa de la filosofía especializada, como así también de las tareas de quienes, en mayor o menor grado, operan en alguna de las facetas de la práctica jurídica” (Marí, E. et al, 2006, p. 163).

¹⁹ “¿Acaso no es nuevamente *en el lenguaje* mismo donde debe buscarse la pauta de que la comprensión es un modo de ser? (Ricoeur, 2003, p. 13).

²⁰ “Los abogados no deben seguir tratando la interpretación jurídica como una actividad sui generis” (Rodríguez, 1997, p. 147).

²¹ “Las teorías generales del derecho, al igual que las teorías legales de cortesía y de justicia, deben ser abstractas porque su objetivo es interpretar el objetivo principal y la estructura de la práctica legal, y no una parte en particular o uno de sus departamentos (...) Los filósofos del derecho discuten sobre la parte general, el fundamento

*práctica*²², en donde el rol protagónico como intérprete, no reside de manera exclusiva en la perspectiva del juez²³, sino en todo el conjunto social que dice el derecho, gracias a la hiperexposición, a las hipercomunicaciones, a la virtualidad; como quiera que el discurso jurídico como oralidad, se manifiesta en tres niveles que rompen con su homogeneidad²⁴ y se emparenta con el discurso del poder, esto niveles²⁵ son: el primero el producto de los órganos autorizados (normas, decretos, edictos, etc.) el segundo los doctrinantes, los juristas (teorías, doctrinas, opiniones) y el tercero los súbditos, los ciudadanos, en donde expresan la tarea crítica interpretativa jurídica, como totalidad de sentido. Esta teoría Crítica del discurso jurídico es de frontera²⁶ porque en tanto abierta, multidisciplinar, convergente con otras disciplinas permite la estructura y la arquitectura comprensiva, de la interpretación jurídica, que

interpretativo que cualquier argumento legal debe tener” (Dworkin. *El imperio de la justicia*, 2008, p. 74).

²² “El derecho es una práctica de los hombres que se expresa en un discurso que es más que palabras, es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Es lo que la ley manda pero también lo que los hombres interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los sancionadores sancionan o los doctrinarios critican. Y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significados a hechos y palabras” (Cárcova C. M., *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 123).

²³ “Lo que significa es que la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente a la ciencia del derecho y que por más abstractos que puedan ser, los enunciados y teorías que se exponen en ella desde esta perspectiva, están siempre referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos al deber ser” (Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2008, p. 17).

²⁴ “Diversos aspectos del discurso jurídico han sido tematizados, como por ejemplo, el que se refiere a su homogeneidad” (CÁRCOVA C. M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 120).

²⁵ “El primero de ellos, sobre el que pivotean los dos restantes, está constituido por el discurso producido por los órganos sociales, por los representantes de las instituciones (...) Normas, reglamentos, decretos, edictos (...) El segundo nivel del discurso jurídico estará integrado por las teorías, doctrinas, discusiones, en definitiva por el producto de la práctica teórica de los juristas (...) el tercer nivel del discurso jurídico, será de efecto prácticamente especular (...) Este es el nivel del discurso jurídico donde se juega el imaginario de una formación social. Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios, los desconocedores absolutos, presumidos de conocer puntualmente el contenido de los otros dos niveles” (Entelman, R., 2006, p. 219).

²⁶ Alexy, cita a Dreier, señalando que la teoría del derecho actual se ha de entender como “una <<disciplina fronteriza>>, que tiene la función de comprobar las informaciones de las ciencias vecinas, tanto teórica como prácticamente, en cuanto a su importancia para la ciencia del Derecho en sentido estricto” (Alexy. *Teoría de la Argumentación jurídica*, 2010, p. 44).

*es también aplicación o adjudicación*²⁷. El discurso jurídico en versión de la oralidad, es convergencia de decires, de discursos todos posibles por las tecnologías que acercan, modulan e inciden en su creación.

El modelo de la interpretación literaria, bien puede ser una opción para la interpretación jurídica²⁸, que es aplicación concreta del derecho como oralidad, como mediación inmediata, veloz porque en esta interpretación, al igual que en la literatura no existe un *único autor*, y se puede hacer y co-crear una novela en cadena. Novela en la que los bits, los clics son posturas, son argumentos que permiten que se encadenen sentidos, comprensiones y reactualización de nuevas formas de ver y crear derechos fundamentales. Esta novela que se teje a la manera de una red, en la que los autores, como comunidad de creadores e intérpretes del derecho, van aportando a la trama, a los dramas de lo humano, a los imaginarios de la penalidad, de la propiedad, de la distribución y de las oportunidades. De igual manera en *esta novela*, en la que se ha transformado, gracias a la oralidad o narratividad, el proceso judicial están inscritos, aparecen en escena, gracias a la fuerza de la seducción de las tecnologías, del consumo, y de la presencia en las pantallas: *las minorías* que se han perfilado y sofisticado a la par de las exigencias que surgen con su reconocimiento. Las tendencias y las estructuras en la conformación de instituciones en clave posmoderna, aportan a los libretos que recoge el juez en su interpretación del derecho, y de manera concreta en su aplicación al caso concreto. La aplicación del derecho resume la arquitectura de la co-creación, co-interpretación, escritura a muchas manos de la comunidad de intérpretes, como comunidad o espacio de discursos.

En los casos de mayor impacto social, o de afectación del interés o de la sensibilización social, o bien por ser un nicho fuerte de consumo, se presentan casos o situaciones complejas; cuando se trata de decidir en estos casos y ante la exigencia y las presiones de los medios, porque configuran tribunales, se practican pruebas y se fallan procesos. El juez legítimo se enfrenta en su creación a la urgencia de *ponderar principios*, el juez interpreta a la manera

²⁷ “Tanto para la hermenéutica jurídica como para la teológica es constitutiva la tensión que existe entre el texto —de la ley o la revelación— por una parte, y el sentido que alcanza su aplicación al momento concreto de la interpretación, en el juicio o en la predicación, por la otra” (Gadamer. *Verdad y Método*, 2003, p. 380).

²⁸ “Quiero utilizar la interpretación literaria como modelo para el método fundamental de hacer análisis jurídico” (Rodríguez, 1997, p. 165).

de un literato²⁹ teniendo como referente, lo que otros operadores judiciales, la comunidad reclama, el poder exige, la ideología desvela, los medios instauran y presentan. Así de esta manera el juez *crea* el derecho³⁰, lo funda³¹ con todos los libretos, con todos los decires, los discursos. El juez en el escenario de la oralidad, por la inmediatez de los medios de comunicación, por la sobreexposición de sus decisiones, por los objetos de transacción en que se convierte *toda su actuación*, se enfrenta a que su labor sea intrínsecamente contradictoria, pues este se encuentra libre y restringido a la vez³², está en conflicto entre la ley y la sentencia a la que desea llegar, también entre su ejercicio personal, íntimo de aplicación del derecho y a la vez público, abierto, sin restricción, esta de manera fuerte exhibido, expuesto. La reserva del proceso en la oralidad hoy por hoy se torna débil, cada día, gracias al avance tecnológico, a la presencia de dispositivos masivos de comunicación miniaturizados se desvanece, no son claros sus límites, amparos y garantías a las que atendía.

El juez como *hiperjuez*, por la fuerza y la exposición de las tecnologías de la comunicación, como intérprete, como literato, en su labor comprensiva ha de insertar en su relato, de manera indefectible otras interpretaciones, de ahí que su quehacer sea abierto, pero a la vez restringido por la unidad,

²⁹ “En ese caso, cada juez es como uno de los novelistas de la cadena (...) para llegar a establecer su parecer sobre los que los otros jueces, en conjunto, han “realizado”, tal y como cada uno de nuestros novelistas se fue formando una opinión sobre qué era la novela hasta ese momento escrita” (Rodríguez, 1997, p. 167).

³⁰ “La actividad de creación de derecho de los jueces tiene lugar en el contexto de una estructura de normas jurídicas (frente a una determinada laguna, conflicto o ambigüedad en esta estructura) (...) Una modalidad importante de la influencia ideológica en la decisión judicial proviene de la interpenetración entre esta retórica específica y técnica de la justificación jurídica y la retórica política general del momento” (Kennedy. *Izquierda y derecho*, 2010, p. 29).

³¹ “El juez cuando interpreta el derecho, crea el derecho, lo constituye” (Cárcova C. M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 151).

³² “Trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez. No se trata de ser libre ni de estar maniatado. O quizá mejor, se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado; libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar.” (Kennedy. *Libertad y Restricción en la Decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho* (CLS), 1999, p. 107).

identidad y coherencia³³ del sistema y la burocracia jurídica; que no implica un reducir las interpretaciones a un test de chequeo, porque no es un acto que realiza en solitario³⁴, en silencio, porque tiene las voces, las versiones, los relatos, y las miradas de lo histórico, lo social lo político, lo ideológico, del poder, de la economía, del consumo, de los medios, de los decires, de los discursos que hacen que su interpretación, su comprensión sea un *nuevo miramiento*, que cree derecho y revele diferentes sentidos de este³⁵. Su examen es político³⁶, por las fuerzas sociales en pugna presentes en el conflicto social³⁷, por lo tanto se puede afirmar que la práctica judicial es una acción política por *el rol emancipador* que tiene el derecho, y por las reactualizaciones que corresponden a los movimientos, provisionalidades de un Estado, no hegemónico, fragmentado, en versión ciber, extendido, y emergente frente a las reconfiguraciones del conjunto social.

La ley en sí misma, y el orden jurídico en el cual se expresa, es una tarea política, un quehacer que se hace en red, en la red de discursos, de agendas comunes y de apuestas éticas, morales y espirituales; no es uniformidad, ni clausura, es conjunto complejo, en convergencia de comprensiones, en

³³ “Una interpretación viable de la práctica del derecho debe también, de manera análoga, pasar un examen de doble filo: debe ajustarse a dicha práctica y debe mostrar un valor, un punto. (Rodríguez, 1997, p. 168).

³⁴ “El suyo no es un acto aislado, es, por decirlo de algún modo, un cato contextual. Sobre él, pesan múltiples determinaciones culturales: las que provienen de la doctrina, la “opinión de los autores”, pero también la de los mass media, la de sus colegas y las que se acuñan en toda interacción social. Discursos de saber y discursos de poder que se sintetizan así, en una unidad constituyente” (Cárcova C. M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 152).

³⁵ ¿Es la comprensión una mera reproducción del producto original? Está claro que esto no es aplicable a la hermenéutica jurídica, que ejerce una evidente función creadora” (Gadamer. *Verdad y Método II*, 1998, p. 106).

³⁶ Se pregunta Dworkin. si los jueces están afectados en sus decisiones, por consideraciones políticas, personales a manera de convicción “deseo plantear si los jueces deben basar sus decisiones en consideraciones políticas, de modo tal que la decisión no sólo sea la que buscan algunos grupos políticos, sino que además se funde en la creencia de que ciertos principios de moral política son correctos” (Dworkin. *Una cuestión de principios*, 2012, p. 25).

³⁷ “El papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social” (Cárcova C. M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 124).

interconectividad, en donde confluyen las voluntades como expresiones de mundos o hipermundos individuales y colectivos, para resolver conflictos o hacer justicia³⁸. Los momentos actuales de exclusión, de agotamiento de los modelos económicos, de preponderancia del consumo, de los objetos, de injusticia, de desequilibrio social, de crisis general, conllevan a que toda forma concreta de ejercicio y aplicación del derecho, como oralidad, comprendido como principio, derecho y garantía *sea acción política*³⁹ *en la cual los principios* fundamentales emergen con fuerza revigorizada, renovada y como *necesidad*. Quizá si se radicaliza el consumo en la oralidad del derecho, estos derechos fundamentales, en tanto recogen reconocimiento de minorías emergentes, tendrán la dinámica propia de los objetos a negociar.

En la oralidad, como aplicación concreta del derecho, y por ser nicho simbólico en donde se insertan los decires de la comunidad de intérpretes, en los casos difíciles, no podrá existir una interpretación única, ni una sola respuesta correcta, lo que conlleva a que el operador judicial, en su práctica interpretativa, despliegue una *filosofía jurídica o del derecho*, que integre su particular función paradójal⁴⁰, crítica, ideológica, política⁴¹, del consumo, de las tecnologías de la comunicación, pero también con aspiración de ser

³⁸ “La ley es una empresa política cuyo asunto más general, de existir alguno, descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y los de la comunidad, o en resolver disputas tanto sociales como individuales, o en asegurar que se haga justicia entre los ciudadanos y entre ellos estos elementos” (Rodríguez, 1997, p. 169).

³⁹ “Las declaraciones de derechos y garantías consagradas por las legislaciones modernas, las más de las veces con alcance puramente formales, pudieron ser miradas por esto mismo, con cierto escepticismo. Miradas sólo como recurso legitimante y tranquilizador que prometía lo que precisamente no otorgaba. Sin embargo, en momentos de graves crisis, en que los niveles de conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia y de resistencia a la opresión” (Cárcova C. M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 124).

⁴⁰ “El derecho como práctica social discursiva; la estructura, funciones y niveles del discurso; su discontinuidad semántica y las operaciones de poder que están en la base de su presunta uniformidad; el derecho y su articulación con lo ilusorio en la constitución de categorías estratégicas como la del “sujeto”; su articulación con la ideología y el poder como relación, que permiten definir su doble, paradójal función” (Cárcova C. M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 124).

⁴¹ “Los jueces desarrollan su particular enfoque respecto a la interpretación jurídica, construyendo y refinando una teoría política sensible a aquellos asuntos sobre los que la interpretación dependerá en los casos particulares” (Rodríguez. 1997, p. 171).

razonada, discursiva no como simple preferencia⁴² en los casos particulares. La interpretación jurídica tiene básicamente, una finalidad, una función política⁴³, y en los casos polémicos, se evidencia aún más, que los legisladores y jueces cumplen un papel histórico⁴⁴ de comprensión y configuración de una arquitectura interpretativa, en donde la intención autorial⁴⁵ tiene un referente fuerte. La interpretación legal, no es espontánea, no es aséptica, es crítica, paradójal⁴⁶ (en las antinomias libertad vs. restricción), histórica⁴⁷ y como discurso exige también razonabilidad. La interpretación que hace el juez, se expresa históricamente⁴⁸ está situada en una sociedad, con un mundo simbólico, que le pertenece y que es compartido, es un actor ideológico⁴⁹.

⁴² “La circunstancia de que los jueces deban juzgar de acuerdo con razones excluye también la posibilidad de que ellos decidan en función de la simple expresión de sus preferencias. Los jueces emiten juicios basados en razones, y tratan de alcanzar una “verdad”, entendida en este caso como una buena interpretación del derecho vigente” (Farrell, 2012, p. 16).

⁴³ En los casos difíciles los jueces se ven exigidos a argumentar sus decisiones en principios políticos, no en políticas públicas “en casos polémicos, los jueces fundan sus decisiones, y deben hacerlo, en argumentos de principios políticos y no en políticas públicas. (Dworkin. *Una cuestión de principios*, 2012, p. 27).

⁴⁴ “La forma en que ciertos fines se persiguen está definida por esos mismos fines. La idea de forma o instrumento, en relación con la vida social, está preñada de historicidad y es precisamente a partir de su historicidad como puede aprehenderse su sentido” (Cárcova C. M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 129).

⁴⁵ “La hipótesis política le da cabida al problema de la intención autorial como una concepción de la interpretación, una concepción que arguye que la mejor teoría política le otorga a la intención de legisladores y jueces en el pasado un papel decisivo en la interpretación” (Rodríguez, 1997, p. 173).

⁴⁶ “El derecho se halla en una *situación paradójal*: es vivenciado por el intérprete como una “cosa” que restringe relativamente su libertad de trabajo, pero al mismo tiempo no existe fuera de ese trabajo, Es decir que el derecho tiene un modo de existencia evanescente, inestable, en permanente fuga. El derecho habita la *interacción*: entre un intérprete situado y un conjunto *variable* de materiales *jurídicos* potencialmente aplicables a los hechos de un caso” (Kennedy. *Izquierda y derecho*, 2010, p. 17)..

⁴⁷ “El juez no puede ser ajeno a las transformaciones sociales, científicas y jurídicas. La ley vive y se desarrolla en ambientes que cambian y evolucionan, y si no queremos estarla reformando de un modo frecuente, preciso es que la adapte, como su propia voluntad permite, a las nuevas necesidades de la época” (Jiménez de Asúa, 1997, p. 119).

⁴⁸ “Desde la perspectiva de la teoría crítica, en cambio, el derecho se visualiza como una práctica social específica que expresamente históricamente, los conflictos y tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada” (Cárcova C. M., *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 136).

⁴⁹ Señala Kennedy que la pregunta por la labor de adjudicación del juez, ha cambiado de perspectiva, no se ha de preguntar por la neutralidad del juez sino por la condición

Obedece a su tiempo, es hijo de su tiempo, y como tal hace un derecho posmoderno, un derecho fragmentado, no hegemónico, afincado en una cada vez más oralidad que lo precisa complejo. El juez en la aplicación concreta del derecho en el escenario de la oralidad, no hace su tarea, como trabajo del solitario, o como misión profética, él recoge los supuestos de consenso⁵⁰ o al menos los intereses o las preocupaciones de los Otros, que se crean en los discursos que se manifiestan en los medios tecnológicos de la comunicación, y que se centran en los criterios y conceptos sobre lo *que es el derecho*, de los elementos ideológicos, políticos, económicos, culturales, discursivos, no inicia de cero; los operadores judiciales parten de unos preconceptos que ya son interpretación o preinterpretación⁵¹, que entran en disputa en el escenario de decisión, en donde se desenvuelve la oralidad. Los conceptos sociales, esenciales de la moralidad política y social⁵², son relativos a la sociedad⁵³, en donde anidan, y estos son la libertad, la democracia, la justicia entre otras, funcionan como estructuras interpretativas, para que el derecho tenga una función paradójica, en tanto concepto y acción práctica⁵⁴, ideológica de los hombres. Como consecuencia de la mirada crítica de la interpretación

de “actor ideológico” (Kennedy. *A Critique of Adjudication* {fin de siècle}, 1997, p. 130) “Se trata, entonces, no de preguntarse cómo los jueces pueden ser neutrales, sino cómo pueden ser actores ideológicos” traducción de Cesar Rodríguez en (Kennedy. *Libertad y Restricción en la Decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho* (CLS), 1999).

⁵⁰ “Por eso la primera de todas condiciones hermenéuticas es la pre-comprensión que surge del tener que ver con el mismo asunto” (Gadamer. *Verdad y Método*, 2003, p. 364).

⁵¹ “Un filósofo del derecho comienza entonces su trabajo disfrutando de una identificación preinterpretativa nada polémica del terreno del derecho, y con paradigmas provisorios que apoyen su argumento y comprometan a los competidores en la forma habitual” (Dworkin. *El imperio de la justicia*, 2008, p. 75).

⁵² “También los conceptos centrales de la moralidad política y social (los de justicia, libertad, igualdad, democracia, correcto, incorrecto, crueldad e insensibilidad) funcionan para nosotros como conceptos interpretativos” (Dworkin. *La justicia con Toga*, 2007, p. 21).

⁵³ “Los principios éticos son relativos, y soy escéptico respecto de la posible formulación de principios morales con alcance universal. La sociedad que voy a esbozar-entonces será también sólo *relativamente* justa, en esta segunda acepción: será justa sólo para aquellas sociedades que están en condiciones de compartir estos principios morales” (Farrel, 2008, p. 9).

⁵⁴ “El derecho es una práctica de los hombres, que se expresa a través de un discurso que es más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Es lo que la ley manda, pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sanciona o los doctrinarios

judicial, en el escenario o tendencia de la oralidad, hace que esta no sea objetiva, medible ni cuantificable⁵⁵ por lo que esta es objetable, polémica y controversial; su argumentación, está más allá de la mera justificación en la moralidad política, o en la exégesis jurídica.

Los conceptos políticos⁵⁶ como la libertad, la igualdad, la solidaridad y la democracia en el entramado de la labor interpretativa que hace el juez, cuando aplica de manera concreta el derecho hacen que este *no sea neutral*⁵⁷; que se desvele que su pretendida neutralidad, sólo aparenta justicia, sólo encubre opacidad e intereses de los grupos dominantes⁵⁸. Encubre la transmutación del derecho como objeto de consumo, dentro del esquema de la economía que todo transa. Su rol decisivo, es más que meramente adjudicativo normativo, es de poder⁵⁹ (incluso si es deslegitimado), de

critican. Y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significaciones a los hechos y a las palabras” (Cárcova C. M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 136).

⁵⁵ “La interpretación constitucional no es como las matemáticas, y sólo un tonto pensaría que sus juicios constitucionales están más allá de cualquier objeción concebible. Defendemos nuestras interpretaciones constitucionales ofreciendo las mejores y más francas razones que podemos ofrecer para mostrar su superioridad sobre las interpretaciones rivales, siendo conscientes de que inevitablemente otros rechazarán nuestros argumentos y de que no podemos apelar a principios compartidos de moralidad política o de método constitucional para demostrar que tenemos razón” (Dworkin. *La justicia con Toga*, 2007, p. 145).

⁵⁶ “Los conceptos políticos más densos de libertad, igualdad y democracia juegan el mismo rol en la discusión política, y las teorías acerca de la naturaleza de estas nociones son también normativas” (Dworkin. *La justicia con Toga*, 2007, p. 168).

⁵⁷ “Esta compleja operación social que premia o castiga otorga personería y deslinda lo lícito de lo ilícito, dista de ser neutral. Está impregnada de politicidad, de valoraciones y de intereses en conflicto y adquiere direccionalidad en relación con las formas en que se encuentre efectivamente distribuido el poder en la sociedad” (Cárcova C. M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2009, p. 137).

⁵⁸ En el Estudio preliminar a (Kennedy. *Libertad y Restricción en la Decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, 1999, p. 58) Cesar Rodríguez señala “el discurso de la coherencia y la neutralidad hace parecer justo, natural, el funcionamiento de un sistema jurídico que tiende a favorecer los intereses de los grupos que cuentan con mayor información sobre las normas y con mayor poder económico para defender sus intereses”...

⁵⁹ “un sistema penal que permanece, porque es un hecho de poder y, por más que se lo deslegitime discursivamente, los hechos de poder no desaparecen con escritos de los juristas, porque no es su legitimidad lo que los sostiene, sino su poder. El sistema penal no es el único hecho de poder deslegitimado que se sostiene por su poder: la guerra o la distribución internacional del trabajo son hechos de poder deslegitimados” (Zaffaroni, 1998, p. 202)...

ejercicio constitutivo de la sociedad, de construcción de un proyecto político universal, en tanto ideológico⁶⁰, que media entre los intereses de los grupos en conflicto. Estas nociones o valores políticos poseen, una estructura profunda⁶¹, conexa y vinculada y por negación instrumental, que dan complejidad, paradojalidad y vigor a la justificación del operador jurídico, entendida como práctica social.

CONCLUSIONES

La oralidad como aplicación concreta del derecho está inscrita en el contexto de consumo, que afirma de manera fuerte las tecnologías de la comunicación, la virtualidad y las formas de estar interconectados. Una de las paradojas de la vida individual y colectiva, es que los límites entre lo íntimo y lo público, cada vez son más borrosas y hacen que como todo se desea expresar, entonces todo está autorizado para ser expuesto, exhibido.

El derecho como oralidad, es creación colectiva, obedece a las coordenadas de un espacio y un tiempo, desterritorializado, multiposible, en versiones sin fronteras, en donde mundos paralelos, estructuran tribunales, jueces, fallan, e inciden de manera fuerte en las decisiones de los jueces que se enfrentan, a la interpretación y creación judicial, en red, en colectivo, como comunidad de intérpretes.

Una de las paradojas de la oralidad, es que no se afina en los ideales de conservación, recuperación de la tradición, sino se trata de la inmediatez, de la velocidad a la que están sometidos, por la fecha de expiración, todos los objetos de consumo, entre los que está el derecho y la aplicación concreta de este.

⁶⁰ “I define an ideology as a universalization project of an ideological intelligentsia that sees itself as acting “for” a group with interests in conflict with those of other groups, and specify liberalism and conservatism as two primary examples of American ideology” (Kennedy. A. *Critique of Adjudication* {fin de siècle}, 1997, p. 39).

⁶¹ “Si queremos entender los valores integrados no instrumentales de la ética debemos tratar de comprenderlos holista e interpretativamente, cada uno a la luz de los otros, sin estar organizados jerárquicamente sino al modo de una cúpula geodésica” (Dworkin. *La justicia con Toga*, 2007, p. 179).

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo, C. (11 de Junio de 1995). <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-342651>. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-342651>: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-342651>
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
- . (2010). *Teoría de la Argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Baudrillard J. (1997). *El otro por sí mismo*. Barcelona: Anagrama.
- Bauman, Z. (2011). *Vida de Consumo*. México: Fondo de Cultura Económica .
- Cárcova, C. M. (2009). *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con Toga* . Madrid: Marcial Pons.
- . (2008). *El imperio de la justicia* . Barcelona: Gedisa .
- . (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Entelman, R. (2006). Discurso Normativo y Organización del poder. En E. e. Marí, *Maeriales para una Teoría Crítica del Derecho* (págs. 209-220). Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo Perrot.
- Farrell, M. D. (2008). *Una Sociedad (Relativamente) Justa*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- . (2012). *Entre el Derecho y la moral. Preguntas con respuestas*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Gadamer , H. G. (1998). *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme.
- . (2003). *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme.
- González, J. (17 de Junio de 2014). http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140616_eeuu_oj_simpson_aniversario_persecucion_los_angeles_jg. Obtenido de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140616_eeuu_oj_simpson_aniversario_persecucion_los_angeles_jg: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140616_eeuu_oj_simpson_aniversario_persecucion_los_angeles_jg
- Jiménez, L. (1997). *Principios de derecho penal La Ley y El Delito*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y Restricción en la Decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre.
- . (2010). *Izquierda y derecho*. Buenos Aires : Siglo Veintiuno Editores S.A.
- Lipovetsky, G. (2006). *La era del vacío* . Barcelona: Anagrama.

- Lyotard, J. F. (2000). *La condición postmoderna*. Madrid: Catedra.
- Marí, E. et al. (2006). La interpretación de la ley, análisis histórico de la escuela exegética y su nexo con el proceso codificadorio de la modernidad. En E. e. Marí. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo-Perrot.
- Ricoeur, P. (2003). *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica .
- Rodríguez, C. (1997). *La Decisión Judicial* . Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho .
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.
- Žižek, S. (2013). *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*. Buenos Aires: Paidós.

Esta obra se terminó de imprimir
en junio de 2016
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia