



La Argumentación Jurídica en el Sistema Penal Acusatorio

LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES CRIMINALÍSTICAS
Y CIENCIAS FORENSES

ISBN 978-958-8374-00-0

© LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA

© FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Nivel Central - Bogotá, D. C.

Diagonal 22B No. 52-01 (Ciudad Salitre)

Teléfonos: 570 20 00 - 414 90 00

www.fiscalia.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 4.000 ejemplares

Diseño de Carátula: José Luis Cubillos

Profesional Universitario II, Fiscalía General de la Nación

Correctora de Estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09 Bogotá, D. C., PBX 4578000 Fax 4578037

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

El presente material no puede ser reproducido por medio alguno sin el consentimiento expreso de la Fiscalía General de la Nación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Mario Germán Iguarán Arana
Fiscal General de la Nación

Guillermo Mendoza Diago
Vicefiscal General de la Nación

Mariana Gutiérrez Dueñas
Secretaria General

Sonia Stella Romero Torres
Directora Nacional Administrativa y Financiera

Marilú Méndez Rada
Directora Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación

Luis Germán Ortega Rivero
Director Nacional de Fiscalías

Francisco Javier Echeverri Lara
Director de Asuntos Internacionales

Coordinación Editorial
Rodrigo Barrera Barinas
Jefe de la Oficina de Prensa

ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES
CRIMINALÍSTICAS Y CIENCIAS FORENSES
Jeaneth Niño Farfán
Directora (E.)
EMBAJADA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
Paul Vaky
Director
Programa de Reforma a la Justicia – Plan Colombia

PRESENTACIÓN

Dentro de varias de las consecuencias que produce la implementación de un sistema oral, como el que se implementó en Colombia a partir del marco constitucional en el año 2002, se percibe como connatural la necesidad de que se desarrolle en audiencias públicas, de manera rápida y concentrada, la investigación y el juzgamiento.

Esta condición estructural del sistema procesal penal, que rige en Colombia de manera gradual a partir de 2004, hace indispensable profundizar en las técnicas propias de la “oralidad” y de la argumentación, como requisito indispensable para un correcto ejercicio de la profesión de abogado. Diríamos que ni siquiera es exclusivo del área penal, sino que cada día se ve más claramente un diseño de estatutos procesales de todas las áreas que exigen esta formación.

La Fiscalía General de la Nación ha considerado fundamental a través de la Escuela de Capacitación, fortalecer las competencias argumentativas de sus funcionarios para utilizarlas en el análisis de la normatividad, para plantear de manera adecuada el soporte normativo e interpretativo a través de métodos que permiten llegar a concluir de determinada manera. En esencia, la argumentación jurídica es una forma de fundamentar en el ejercicio del derecho.

Es como dice Manuel Atienza “buscar el problema jurídico” para establecer el proceso de cómo se debe plantear y generar transparencia en el argumento, además de ser una posibilidad de resolver los problemas y de transmitir las posiciones.

La argumentación, es la base de la comunicación, y solo realizando un proceso adecuado puede obtenerse el resultado deseado y una decisión acorde a la pretensión de la Fiscalía quien esgrime una serie de elementos que fundamentan los argumentos. El módulo se construye indicando de manera clara las formas de encontrar esos argumentos “deductivos e inductivos”; analizando su estructura y deteniéndose a explicitar su utilización en las audiencias preliminares y en la preparación del juicio oral, así como desentrañar las argumentaciones “falaces”, que advierten al funcionario la necesidad de anticiparse y “develar” la intención de la contraparte en la argumentación que no se compadece con la prueba.

Se elaboran mapas conceptuales, que permiten crear herramientas de ubicación y ejercicios para determinar los diferentes métodos para argumentar.

Debemos concluir con Perelman que “El querer trascender estas condiciones sociales e históricas del conocimiento, transformando ciertos acuerdos de hecho en acuerdos de derecho, solo es posible hacerlo gracias a una postura filosófica que se conciba, si es racional, únicamente como la consecuencia de una argumentación previa: la práctica y la teoría son, a nuestro parecer, correlativas de un racionalismo crítico, que trasciende la dualidad de juicios de realidad-juicios de valor y los solidariza con la personalidad del sabio o del filósofo, responsable de sus decisiones tanto en el campo del conocimiento como en el de la acción. Solo la existencia de una argumentación, que no sea no apremiante ni arbitraria, le da un sentido a la libertad humana”¹.

Se ha evidenciado que en el método de aprendizaje la interrelación entre práctica y la teoría es la mejor herramienta para la comprensión del tema, y una vez comprendido y aprehendido, el mejor camino para ejercer el conocimiento transmitido.

Por eso, estos módulos se explicitan en ejercicio del diario transcurrir en audiencias preliminares, o de juicio, que permiten ejercitar al discente en su aprendizaje.

¹ Perelman, CH. Obretchs Tyteca. Tratado de la Argumentación. Biblioteca románica hispánica. Editorial Gredos Madrid. 2ª reimpresión. 2000. p. 772.

Por estas razones consideramos como parte de nuestra labor en la Fiscalía General de la Nación, la elaboración de estos materiales de formación y apoyo que son un soporte importante a la delicada labor que a diario se asume por los fiscales en Colombia. Pero esto no sería posible sin la dedicación y consagración que han tenido fiscales nacionales y el apoyo permanente del Departamento de Justicia de los Estados Unidos a través de sus funcionarios Paul Vaky, Mike Baile y Kent Cassibry, a quienes debemos nuestro agradecimiento en esta ardua labor.

Este manual representa un aporte a la discusión, que se nutre de la experiencia, pero que, debe ser obsecuente con los avances jurisprudenciales y con las modificaciones que permanentemente surgen en el derecho penal. Es una guía para enriquecer la labor diaria de los fiscales que permite la socialización de las problemáticas, las cuales hoy más que nunca, se encuentra en permanente revisión siempre respetando la autonomía de los funcionarios y sobre todo la aplicación correcta de la ley.



MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA
Fiscal General de la Nación

CONTENIDO

	Pág.
Metodología de Aprendizaje	13
Introducción	15
UNIDAD 1	
Diferencias entre argumentos deductivos e inductivos	19
Objetivo general.	19
Objetivos específicos.	19
1. Rasgos de los argumentos deductivos	19
2. Estructura de los argumentos inductivos.	21
3. Descomposición de argumentos.	34
UNIDAD 2	
La utilización de los argumentos inductivos en las audiencias preliminares	39
Objetivo general.	39
Objetivos específicos.	39
1. Construcción de argumentos	39
2. El análisis de la conexión lógica en las audiencia preliminares	48

3.	La ubicación de los problemas jurídicos en las audiencias preliminares.	55
4.	La presentación de la argumentación en las audiencias preliminares	62
5.	La contra argumentación en las audiencias preliminares.	65
	Pasos para la descomposición de argumentos.	66
6.	La utilización de técnicas específicas de argumentación en las audiencias preliminares.	70

UNIDAD 3

	La argumentación en el juicio oral	73
	Objetivo general	73
	Objetivos específicos	73
	La utilización de argumentos inductivos para la preparación y participación en la audiencia de juicio oral.	73
1.	La evidencia de corroboración	83
2.	El programa metodológico.	88
3.	El contenido de los interrogatorios.	90

UNIDAD 4

	Las máximas de la experiencia y su utilización en la argumentación.	99
	Objetivo general.	99
	Objetivos específicos.	99
1.	Qué son las máximas de la experiencia.	102
2.	La utilización de las máximas de la experiencia en la construcción de argumentos.	108

3. Posibilidades argumentativas cuando otro interviniente trae a colación una máxima de la experiencia. 110

UNIDAD 5

El deber de motivar en el contexto de la Ley 906 de 2004 115

Objetivo general 115

Objetivos específicos. 115

UNIDAD 6

El precedente judicial en la argumentación 123

Objetivo general. 123

Objetivos específicos. 123

1. El precedente judicial y su función frente al desarrollo, esclarecimiento y complementación de la Ley 906 de 2004 124

2. La fuerza vinculante del precedente. 129

3. Las diferentes formas de argumentación frente al precedente judicial. 136

3.1. La real existencia de precedente judicial. 136

3.2. La analogía fáctica 139

BIBLIOGRAFÍA 149

METODOLOGÍA DE APRENDIZAJE

Estrategias didácticas: El módulo está construido para enfrentar necesidades que los talleres de relevancia han evidenciado y que están directamente relacionados con el desempeño de su función. Estos aspectos están presentes en la configuración de los objetivos generales y específicos. Para lograr el mayor provecho del módulo es necesario que realice todas las actividades pedagógicas programadas, incluyendo la lectura del módulo, el desarrollo del mapa conceptual, contestar las preguntas y hacer el glosario. Cada actividad está dirigida a que usted construya su conocimiento, rompiendo la tradición conductual repetitiva de otras formaciones, y potenciando sus competencias interpretativas, argumentales y propositivas.

A partir de las corrientes constructivistas que orienta el modelo pedagógico de la Escuela de Estudios e Investigaciones criminalísticas y ciencias forenses de la fiscalía General de la Nación en los módulos, usted, para construir el conocimiento y desarrollar sus competencias, deberá desarrollar casos, análisis jurisprudenciales o doctrinales, participará en debates y reflexiones críticas sobre la práctica fiscal y tendrá a su disposición una bibliografía que le permite ampliar sus conocimientos.

Mapa conceptual: al inicio de la obra usted encontrará un mapa conceptual construido por el autor que presenta los conceptos básicos del texto y sus relaciones. Luego, al terminar cada unidad usted encontrará un espacio para que elabore un mapa conceptual en el que se evidencie su comprensión de los conceptos básicos relacionados con el texto.

Actividad de aprendizaje: permite el desarrollo de procesos de pensamiento interpretativos, argumentativos y propositivos que se traduzcan en acciones concretas para integrar y aplicar los diferentes contenidos analizados en los textos. De ahí la importancia de que al final de cada unidad desarrolle las actividades de aprendizaje, pues ellas potencializan sus competencias argumentativas, propositivas y argumentativas.

Glosario: al final de cada unidad encontrará un glosario que usted debe desarrollar que tiene el propósito de identificar, elaborar e integrar los conceptos más importantes planteados por el autor.

Referencias bibliográficas: al final del módulo encontrará las referencias bibliográficas con la finalidad de que usted pueda ampliar la información contenida en el módulo.

INTRODUCCIÓN

Lo que ha puesto en evidencia la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal, que por su naturaleza pública y oral facilita un seguimiento directo de las actuaciones, es la necesidad de que el fiscal en algunos casos desarrolle y en otros perfeccione competencias argumentativas que le permitan estructurar el ruego de jurisdicción y presentar adecuadamente sus tesis para que las mismas sean comprendidas por los demás intervinientes, por los ciudadanos que comparezcan a la audiencia y, de manera principal, por el juez.

En ese sentido, es necesario que el fiscal entienda que tanto su pretensión como la de otras partes o intervinientes, será admisible en cuanto sea convincente, y ese convencimiento, independientemente de la presentación retórica del discurso, se logra mediante la adecuada composición y descomposición de argumentos que le ofrezcan al juez la posibilidad de asumir como propia aquella tesis que le resulte más razonable.

Aunque la correcta utilización del lenguaje y el manejo de la retórica, como veremos, son aspectos importantes para que el fiscal cumpla su labor, es necesario tener en cuenta que la argumentación es una forma especial de utilización del lenguaje, porque “el lenguaje no es simplemente un medio para comunicar una argumentación, sino que argumentar consiste en usar de una cierta forma el lenguaje: dando razones (que, por supuesto, pueden hacer referencia al mundo, a los hechos) a favor o en contra de una determinada tesis”¹.

¹ Atienza, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel, 2006, p. 73.

Aunque la argumentación puede centrarse en problemas normativos (de norma aplicable, subsunción, interpretación, etc.) y en problemas fácticos y probatorios, en este módulo se hará hincapié en los dos últimos, básicamente por dos razones: en primer lugar, porque, como bien lo resalta Manuel Atienza², en la práctica los problemas que dan lugar a la argumentación tienen más relación con los hechos que con las normas; y en segundo término, porque se parte de la premisa de que los jueces conocen suficientemente el ordenamiento jurídico (por su formación y experiencia), pero su conocimiento sobre los hechos está, en la práctica, limitado a la información suministrada por las partes.

Así pues, si bien es importante que el fiscal conozca los fundamentos filosóficos y las teorías de la argumentación –y en ese sentido, se invita a profundizar en el estudio– el objetivo principal de este módulo es propiciar el desarrollo de las competencias interpretativas, propositivas, argumentativas, entre otras, que permitan asumir adecuadamente los problemas jurídicos inherentes a los casos que le sean asignados. Es ese, y no otro, el objetivo del presente módulo; de ahí que el fiscal encontrará en él sencillas herramientas, que son útiles para construir argumentaciones admisibles y para descomponer, analizar y rebatir los argumentos que presenten los demás intervinientes.

En este módulo se pretende aplicar los conceptos básicos de las diversas teorías sobre argumentación judicial, para construir una guía para que los fiscales cumplan de mejor manera su función. Así, por ejemplo, no se expondrán teóricamente las falacias, pero se ilustrará bajo qué circunstancias una argumentación puede resultar falaz, y, al analizar las técnicas para el manejo de la jurisprudencia, se hará énfasis en la importancia de la analogía. Se incluirá, como es obvio, la bibliografía que podrá ser consultada –y a ello se invita– por quienes quieran profundizar en este apasionante tema.

En el primer capítulo del módulo se explicará de manera sencilla la diferencia entre argumentos inductivos y deductivos. Luego, se analizará la estructura de los argumentos inductivos, con el propósito principal de que el lector comprenda la diferencia entre premisas y

² Ibídem (34).

conclusiones y la relación que debe existir entre estas. Asimismo, se explicará el concepto de subargumento, con el propósito de hacer notar que el fiscal tiene la obligación de explicar el fundamento de cada una de sus conclusiones, incluyendo las principales y secundarias o derivadas.

Luego, se entregarán herramientas para que el fiscal argumente de manera adecuada en las audiencias preliminares. En este capítulo se hará énfasis en varios aspectos. En primer lugar, se resaltarán la importancia de conocer el objeto de la audiencia y de ubicar los problemas jurídicos inherentes a la misma; luego, se ilustrará sobre la construcción del argumento central y de los diversos niveles de subargumentación. Además, se mostrará cómo debe procederse para presentar adecuadamente la contraargumentación, incluyendo conceptos tan importantes como descomposición de argumentos, ubicación del problema jurídico a que hace alusión la contraparte, precisión de la tesis defendida y del fundamento de la misma, incluyendo las premisas tácitas. Finalmente, se hará énfasis en la presentación de argumentos en este tipo de audiencia.

En el capítulo siguiente se mostrará la importancia de la argumentación para elaborar el programa metodológico, en términos simples, se pretende dejar claro que desde que recibe el caso el fiscal comienza a construir argumentos, para lo que resulta fundamental la ubicación de los problemas que debe resolver. Se mostrará que dicha actividad no tiene solución de continuidad³ y que el plan de investigación tiene una estrecha relación con el alegato de clausura. En fin, que en este acápite se pretende ilustrar sobre la construcción de una verdadera teoría del caso a la luz de la argumentación jurídica. Este capítulo trata de la argumentación de los hechos y de las pruebas de cara al juicio oral.

En el capítulo siguiente se expresarán algunas consideraciones sobre las máximas de la experiencia, concretamente para establecer su naturaleza y utilización en la argumentación judicial. Se hará énfasis

³ Debe tenerse en cuenta que la construcción de la teoría del caso es paulatina y que, en ocasiones, el fiscal tiene varias hipótesis al comienzo de la actuación, pero al perfeccionar la investigación solo una aparecerá como razonable y por ende sostenible.

en la necesidad de hacer más conscientes los procesos mentales que realiza el funcionario judicial en desarrollo de su labor. Se mostrará cómo utilizar las máximas de la experiencia para la construcción de argumentos y se darán algunas recomendaciones sobre el análisis de los enunciados de carácter general que expresa o tácitamente utilizan los demás intervinientes, con el propósito de desarrollar la habilidad para detectarlos, analizarlos y presentar, cuando sea el caso, los respectivos contraargumentos.

Luego, se analizan los fundamentos constitucionales y legales del deber de motivar de los jueces (y fiscales, cuando les corresponde tomar decisiones) y se hará énfasis en la estrecha relación que existe entre dicho deber de la judicatura y la manera como el fiscal construye y presenta sus argumentos. En este acápite se pretende hacer una recapitulación que afiance los conocimientos ya adquiridos y permita comprender la importancia de la argumentación en un ordenamiento jurídico como el nuestro.

Finalmente, se analizará el desarrollo que ha tenido en nuestro país el precedente judicial, con los objetivos de resaltar la importancia de las decisiones de los altos tribunales para el complemento y mejor entendimiento del nuevo ordenamiento procesal penal, brindar herramientas para utilizar los precedentes en los argumentos de los fiscales, establecer cuándo los demás intervinientes están analizando adecuadamente los precedentes y estudiar las reglas fijadas por la Corte Constitucional en torno a la obligatoriedad del precedente.

Objetivo general

Argumentar, interpretar y formular soluciones por parte de los fiscales delegados en las distintas audiencias que conforman el sistema acusatorio colombiano.

DIFERENCIAS ENTRE ARGUMENTOS DEDUCTIVO E INDUCTIVO

Objetivo general

Argumentar de manera deductiva e inductiva en las audiencias orales del sistema penal acusatorio.

Objetivos específicos

1. Construir argumentos deductivos en las audiencias del sistema procesal acusatorio.
2. Construir argumentos inductivos en las audiencias del sistema procesal acusatorio.

1. RASGOS DE LOS ARGUMENTOS DEDUCTIVOS

Los argumentos deductivos se caracterizan principalmente porque poseen una estructura lógica que garantiza que si las premisas son verdaderas la conclusión siempre será verdadera. Son argumentos que se mueven en el ámbito de la certeza. Algunos tipos de argumentos deductivos son los siguientes:

1. Modus ponens (afirmando afirmo), cuya estructura lógica es la siguiente
Si P, entonces Q
P, entonces Q

El anterior argumento deductivo podría representarse en el siguiente ejemplo:

Si llueve, nos mojamos

Llueve, por tanto nos mojamos

2. Modus tollens (negando niego), cuya estructura lógica es la siguiente:

Si P, entonces Q

Q es falso

Entonces P es falso

Si llueve voy al cine

No fui al cine

Por lo tanto, no llovió

En los ejemplos anteriores puede observarse que si las premisas son verdaderas, la estructura lógica de los argumentos garantiza que la conclusión será siempre verdadera.

Por el contrario, los argumentos inductivos no tienen una estructura lógica que garantice que si las premisas son verdaderas la conclusión será siempre verdadera. Los argumentos inductivos se mueven en el ámbito de la probabilidad y su fuerza depende del respaldo que las premisas le den a la conclusión⁴. Estos son los argumentos que generalmente utiliza el operador jurídico, aunque aparezcan entrelazados con argumentos deductivos, pues en el ámbito judicial el debate generalmente no se orienta a mostrar que una respuesta es la única correcta, o que exista certeza frente a un determinado punto, sino que la solución propuesta es la más razonable o aceptable. Estas características serán analizadas con mayor profundidad en el acápite siguiente.

⁴ COPI, Irving y COHEN, Carl. Introducción a la Lógica. México: Limusa S.A., 2007.

⁵ Perelman, CH. La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1988.

La diferencia entre una y otra forma de argumentación, según Perelman⁵, consiste en que “la lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad. Un razonamiento lógico deductivo o demostrativo implica –como hemos visto– que el paso de las premisas a la conclusión es necesario: si las premisas son verdaderas, entonces también lo será, necesariamente, la conclusión. Por el contrario, la argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo simplemente plausible”.

Si bien es cierto en el quehacer judicial se utilizan generalmente argumentos inductivos, ello no implica que los argumentos deductivos no tengan ninguna utilidad en esta materia. Los planteamientos de Copi ilustran bastante a este respecto:

“La probabilidad es un tema central, tanto en el razonamiento inductivo legal como en todo razonamiento inductivo. Una vez que se ha supuesto la verdad de ciertas premisas factuales, las conclusiones se pueden trazar a partir de esas premisas con certeza deductiva. Pero los hechos sobre los cuales construye ese razonamiento deben primero establecerse inductivamente y, por ende, solamente con probabilidad. El grado de probabilidad con el cual se pueden establecer los hechos frecuentemente se convierte, lo mismo en la investigación jurídica que científica, en una medida del éxito”⁶.

2. ESTRUCTURA DE UN ARGUMENTO INDUCTIVO

Para abordar el tema de los argumentos inductivos se hacen necesarias algunas definiciones básicas. Cabe anotar que la mayoría de los conceptos que se enunciarán en los párrafos siguientes corresponden a una de las teorías sobre el tema, seguida por Irving M. Copi y Pablo Bonorino; otras corrientes, como la desarrollada por Stephen Toulmin, parten de otra estructura y de conceptos diferentes⁷. La razón por la cual le damos prelación a la estructura

⁶ Op. cit., pp. 611 y 612.

⁷ En la obra de Toulmin, los conceptos claves son: dato, garantía, respaldo, conclusión, entre otros. Más adelante se hará alusión al concepto de garantía. TOULMIN, Stephen. Los usos de la argumentación. barcelona: Ed. Península, 2007.

presentada por autores como Copi y Bonorino está asociada al nivel básico del presente trabajo, además que a este último le fue asignada la construcción de los módulos para la capacitación de los jueces y es conveniente que el fiscal conozca dicha información. Sin embargo, en algunos apartes acudiremos al trabajo de Toulmin, concretamente para analizar la función de algunos enunciados (que él denomina garantías) en el proceso de argumentación, y aunque ello pueda considerarse inconveniente por los expertos habida cuenta de las notorias diferencias entre ambas teorías, debe tenerse presente que el objetivo de este trabajo es brindar algunas herramientas básicas a los fiscales para que realicen mejor su labor, lo que no es óbice para que en otros niveles de capacitación se propenda por una mayor profundización.

Algunas definiciones nos facilitan el trabajo de comprensión de los elementos estructurales de un argumento. Nociones como argumento, premisa y conclusión son aspectos vitales para el desarrollo de las competencias argumentativas.

ARGUMENTO: Es el conjunto de enunciados relacionados entre sí, de tal suerte que los unos, denominados premisas, sirven de fundamento a otros llamados conclusiones

PREMISA: Es la razón que apoya la conclusión. Ejemplo:

Premisa 1. Pedro está siendo investigado por el homicidio de Luis.

Premisa 2. Pedro fue capturado cuando intentaba viajar a los Estados Unidos.

Conclusión: Es necesario garantizar la comparecencia de Pedro al proceso.

CONCLUSIÓN: Es la proposición a favor de la cual se dan razones o premisas. Las diferentes corrientes argumentativas coinciden en que una conclusión sin razones no es un argumento⁸. En casos reales se han observado las siguientes “conclusiones” frente a las cuales no se dio ninguna razón o premisa y por tanto resultan inaceptables:

⁸ Toulmin, por ejemplo, sostiene que “Para que haya un argumento deben presentarse datos de algún tipo: una conclusión desnuda, desprovista de datos que la apoyen, no es un argumento. Obra cit., págs. 142 y 143.

“Debe garantizarse la comparecencia de Pedro al proceso”.

“El procesado no tiene derecho a la libertad por expresa prohibición legal”.

“En virtud del principio de celeridad, se impone medida de aseguramiento”.

Como los argumentos inductivos no tienen una estructura lógica que garantice que si las premisas son verdaderas la conclusión será siempre verdadera, no basta con enunciar premisas y conclusiones, sino que, además, es necesario analizar cómo se da el paso de las premisas a la conclusión. Veamos un caso práctico:

En una audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, el fiscal expone lo siguiente: “Señor juez, existen motivos suficientes para concluir que María fue la autora de la conducta de hurto en el supermercado X, pues no solo fue grabada por el circuito cerrado de televisión, sino que además fue sorprendida en flagrancia cuando tenía en su poder los objetos hurtados. También se demostró que María tiene antecedentes penales, pues hace solo dos meses fue condenada por el delito de injuria. Es claro pues, señor juez, que María pondrá en peligro a la comunidad”. Este argumento, en lo que atañe a la necesidad de la medida, podría representarse de la siguiente manera:

Premisa 1. María fue sorprendida en flagrancia cuando hurtaba un DVD en el supermercado X (v)

Premisa 2. María tiene antecedentes por injuria (v).

C: María pondrá en peligro a la comunidad.

Aunque no se discuta que las dos premisas explícitas de este argumento son verdaderas, no es muy claro que la existencia de antecedentes por el delito de injuria realmente permita concluir que la persona a quien se le imputa un delito de hurto representa un peligro para la comunidad. Si los antecedentes judiciales de María fueran por hurto (u otro delito contra el patrimonio económico) sería más lógico concluir que mientras se adelanta el proceso pondrá en peligro a la comunidad, concretamente el patrimonio económico de sus conciudadanos.

Acorde con lo expresado en la parte inicial de este acápite, para analizar el paso de las premisas a la conclusión utilizaremos algunos aspectos de la obra de Toulmin, por lo que es necesario hacer algunas presiones en torno a la estructura argumentativa que dicho autor propone.

Toulmin comienza por establecer las diferencias entre *conclusión* y los “elementos justificatorios que alegamos como base de la afirmación realizada”, a los que denomina *datos*. A renglón seguido sostiene que la enunciación de la conclusión generalmente no es suficiente, por lo que es necesario presentar los hechos que la confirman; por ejemplo, la conclusión “Pedro ha cometido una infracción de tránsito” podría tener como soporte el hecho de que “dos policías estén dispuestos a declarar que lo cronometraron conduciendo a más de 75 kilómetros por hora en el área urbana”.

El aporte principal de la obra de Toulmin para los fines de este trabajo es el estudio que realiza sobre la forma como puede pasarse de los datos a la conclusión. En efecto, resalta que suministrar los datos no siempre es suficiente para que una conclusión sea aceptable, puesto que:

“Quizá no se requiera de nosotros que añadamos más información factual a la que ya hemos proporcionado, sino que se nos pida que indiquemos qué tienen que ver los datos que hemos ofrecido con la conclusión que hemos sacado (...) Presentar un conjunto determinado de datos como base para una conclusión concreta supone comprometerse a dar cierto paso, de modo que la pregunta versa entonces sobre la naturaleza y justificación de ese paso” (...) El objetivo no consiste ya en reforzar la base sobre la que hemos elaborado nuestro argumento, sino en mostrar cómo a partir de esos datos hemos pasado a la afirmación original o conclusión y que el paso de los segundos a la primera es apropiado y legítimo”⁹.

Los enunciados que permiten explicar el paso de los datos a la conclusión los denomina “garantías”, y afirma que estas tienen la función de servir de puente entre la información factual y la conclusión; por ejemplo, en el caso de la imputación de la infracción

⁹ Obra citada, pág. 133.

a las normas de tránsito, la garantía podría expresarse, según dice, de la siguiente manera: “a alguien de quien se ha probado que ha conducido a más de 75 kilómetros por hora en un área urbana se le puede hallar culpable de haber cometido una infracción contra el Código de Circulación”.

Los enunciados que explican el paso de los datos a la conclusión (“garantía”), en ocasiones no son explicitados o expresados. Sin embargo, es muy importante tomar conciencia de su existencia a efectos de evaluar la fuerza de nuestros argumentos y para establecer si los argumentos presentados por la contraparte realmente son razonables o si se trata de simples falacias¹⁰.

Veamos un ejemplo basado en nuestro ordenamiento procesal penal, para explicar de mejor manera la importancia de la “garantía” y su incidencia en el análisis de lo que hemos denominado conexión lógica.

Premisa 1. Pedro es el probable autor del delito de hurto.

Premisa 2. Pedro tiene 24 años

Premisa 3. Debe proferirse medida de aseguramiento en contra del probable autor de un delito de hurto, si además es mayor de edad.

Conclusión: Debe proferirse medida de aseguramiento en contra de Pedro.

Es claro que la premisa número uno tiene relación con la conclusión, toda vez que una medida de aseguramiento solo puede proferirse en contra de quien tenga la calidad de imputado¹¹, pero también lo es

¹⁰ Aunque en la primera parte de este trabajo se advirtió que la intención del mismo es analizar las diferentes teorías sobre argumentación jurídica, es conveniente resaltar lo expresado por Manuel Atienza (Op. cit.) en el sentido de que las falacias se caracterizan principalmente por asemejarse a los buenos argumentos, y de ahí se derivan precisamente los riesgos de su indebida utilización y de la imposibilidad de descubrirlas y presentar frente a ellas un contrargumento contundente.

¹¹ Y, de acuerdo a lo establecido por los artículos 286 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la imputación solo puede hacerse cuando de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida pueda inferirse fundadamente que un ciudadano es autor o partícipe de una conducta punible.

que la premisa número dos, aunque sea verdadera, no tiene relación lógica con la conclusión, pues el hecho de que Pedro tenga 24 años no tiene relación directa con la necesidad de imponerle una medida (...). El enunciado número tres, seguramente no sería expresado por quien construya un argumento de esta naturaleza, tiene la pretensión de garantizar el paso de las premisas 1 y 2 a la conclusión. Sin embargo, si es ubicado oportunamente por la contraparte, esta podrá presentar un contra argumento contundente, pues le resultará fácil demostrar que dicho enunciado no garantiza el paso de los dos restantes a la conclusión, esto es, que no constituye una verdadera garantía.

Analicemos otro ejemplo

Premisa 1. Pedro era deudor de Luis

Premisa 2. Pedro tenía problemas económicos

Premisa 3. Luis Fue asesinado

Premisa 4. A Pedro le benefició la muerte de Luis.

Conclusión: Pedro mató a Luis.

En el anterior argumento, aunque las premisas sean verdaderas, la conclusión no tiene la fuerza suficiente precisamente porque las premisas le imprimen poca fuerza; es por tanto, a lo sumo, un argumento débil. Y lo es precisamente porque el enunciado general que tácitamente se está expresando (“garantía”) no es aceptable. En efecto, lo que está dejando entrever quien argumenta de esta manera es que *el hecho de que un deudor con problemas económicos se beneficie de la muerte de su acreedor permite inferir que es el autor de la muerte de este.*

La solidez de un argumento inductivo no depende necesariamente del número de premisas que sirven de soporte a la conclusión. Si al anterior argumento le sumamos dos premisas más (5. Luis era una persona agresiva, y 6. A Pedro le gusta el licor), pero que no tienen relación lógica con la conclusión, el argumento sigue siendo igualmente débil. Es más, la premisa número cinco torna más débil el argumento, pues si Luis era una persona agresiva es factible que haya sido asesinado por otra persona con la que haya tenido problemas en razón de su agresividad.

Premisa 1. Pedro era deudor de Luis

Premisa 2. Pedro tenía problemas económicos

Premisa 3. Luis fue asesinado

Premisa 4. A Pedro le benefició la muerte de Luis

Premisa 5. Luis era una persona agresiva

Premisa 6. A Pedro le gusta el licor.

Conclusión: Pedro mató a Luis.

El argumento ganará solidez en cuanto la conclusión encuentre verdadero respaldo en las premisas; por ejemplo, el argumento anterior será más aceptable bajo la siguiente estructura:

Premisa 1. Pedro era deudor de Luis

Premisa 2. Pedro tenía problemas económicos

Premisa 3. Luis fue asesinado

Premisa 4. A Pedro le fue incautada el arma homicida

Premisa 5. Pedro fue visto en el lugar de los hechos

Premisa 6. A Pedro le benefició la muerte de Luis

Premisa 7. La prueba de absorción atómica practicada a Pedro dio positivo.

C: Pedro mató a Luis.

Sin embargo, y ello debemos reiterarlo, no basta con sumar premisas sin analizar su relación lógica con la conclusión, pues esta no mejoraría si, por ejemplo, agregamos la siguiente premisa:

Premisa 8. Pedro no cumple la obligación alimentaria que tiene con sus hijos.

En este orden de ideas, queda claro que los argumentos inductivos se mueven en el ámbito de la probabilidad, y que serán más o menos fuertes de acuerdo al apoyo que las premisas le den a la conclusión. Por tanto, así logre construirse un argumento sólido porque la

fuerza que las premisas le imprimen a la conclusión hacen que esta sea aceptable, no puede hablarse de certeza, insistimos; veamos un ejemplo:

Premisa 1. María fue asesinada con un revólver

Premisa 2. A Pedro le fue incautada el arma homicida

Premisa 3. Pedro salió corriendo de la casa de María luego de sonar los disparos

Premisa 4. Pedro había amenazado a María

Premisa 5. Pedro había cometido otros homicidios

Premisa 6. María estaba sola en su casa

Premisa 7. Los testigos no vieron salir a nadie más de la casa de María.

C: Pedro mató a María.

Aunque el anterior argumento pudiera catalogarse como fuerte, a tal punto que quizás podría servir de soporte a una condena, no implica que pueda afirmarse con certeza que Pedro fue el autor de la muerte de María. En efecto, hipotéticamente podría haber sucedido lo siguiente: *Juan, antiguo enemigo de María, aprovechó que esta había discutido públicamente con Pedro, e ingresó por el patio de la casa de su víctima para cometer el crimen, convencido de que las sospechas recaerían sobre aquel; salió sigilosamente por la parte posterior de la casa y por ello no fue visto por los vecinos. Pedro, que en esos precisos momentos ingresaba a la casa de María con el propósito de agredirla por su comportamiento, se asustó al ver el cadáver, tomó el arma y salió corriendo. Juan fue grabado por un circuito cerrado, la cinta se halló dos años después.* De ahí la necesidad de que en los ordenamientos jurídicos se consagren recursos jurídicos extraordinarios como la acción de revisión, precisamente para corregir los errores que puedan cometerse cuando aquello que aparece como altamente probable o plausible realmente no coincida con lo ocurrido realmente, y es por ello también que el nuevo ordenamiento jurídico, para efectos de la sentencia condenatoria, no habla de certeza sino de convencimiento más allá de toda duda razonable.

Los ejemplos analizados permiten establecer una forma de categorización de los argumentos, partiendo de su fuerza o aceptabilidad¹²:

Argumentos fuertes: Cuando las premisas ofrecen suficiente respaldo a la conclusión.

Argumentos débiles: Cuando las premisas le brindan poco apoyo a la conclusión.

Falacias: Cuando las premisas no le brindan ningún tipo de apoyo a la conclusión.

Hasta ahora hemos hecho alusión al concepto de probabilidad y a él nos referiremos a lo largo de este trabajo, por lo que es necesario hacer algunas precisiones sobre el particular:

Inicialmente, cabe anotar que el concepto de *probabilidad* en el contexto de la argumentación no es pacífico, a un punto tal que Toulmin dedica uno de los capítulos de su obra a mostrar la manera ambigua como el término ha sido utilizado. Sin embargo, bajo el entendido de que el objetivo de este trabajo es brindar algunas herramientas básicas a los fiscales para sus ejercicios argumentativos, partiremos del tratamiento que Irving M. Copi le da a este tema, por la sencillez de los conceptos, porque su análisis incluye la utilización de la probabilidad en materia judicial y porque la terminología que utiliza coincide en buena parte con la utilizada por nuestro legislador.

Copi parte, según se advirtió en líneas anteriores, de que el análisis sobre los hechos se hace a partir de argumentos inductivos. Luego resalta que “la probabilidad de los eventos factuales simples no puede, en la mayoría de las circunstancias, expresarse como una fracción numérica; y, por consiguiente, el cálculo de probabilidad no se puede aplicar fácilmente a tales casos”. Al tomar el ejemplo de dos testigos en conflicto, señala que no podría afirmarse que la probabilidad de que uno de ellos esté mintiendo sea de 0.62 o de 0.85.

¹² Es relacionada por Pablo Bonorino en la obra antes citada.

Ante dicha situación Copi propone el concepto de “estándares de prueba” y resalta que “las caracterizaciones diferentes de la probabilidad de algún hecho puede reunir (o dejar de reunir) diferentes condiciones o requerimientos. Resalta que las exigencias en materia civil generalmente son inferiores a las consagradas en materia penal, y concluye:

“Son tan terribles las consecuencias de condenar a una persona inocente que se debe evitar esa posibilidad a toda costa. Por lo tanto, un acusado en este caso debe considerarse inocente hasta que no se pruebe lo contrario. La convicción del crimen requiere que el acusado sea encontrado culpable más allá de toda duda razonable. Esto significa que el acusado se debe encontrar culpable con una probabilidad tan grande que ninguna persona razonable, luego de considerar todas las evidencias disponibles, podría creer en su inocencia. La aplicación de este estándar tiene como resultado el perdón para algunas personas que probablemente son culpables del hecho. Pero esto es mucho mejor que condenar a los inocentes”¹³.

Debe tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento procesal penal consagra diferentes “estándares de prueba”, dependiendo de la fase procesal y la decisión que deba adoptarse. Así, por ejemplo, el requisito (desde esta perspectiva) para la imposición de una medida de aseguramiento es que pueda concluirse razonablemente, a partir de las evidencias físicas y la información legalmente obtenida, que el imputado es autor de la conducta punible; y para acusar se requiere que pueda afirmarse con probabilidad de verdad que la conducta punible ocurrió y que el imputado fue quien la realizó. Al respecto pueden atenderse las conclusiones de Copi, en el sentido de que “al decidir sobre asuntos de hecho que se puedan determinar solamente con la probabilidad, el jurado necesita decidir cuáles de los reclamos de las partes en disputa son más probablemente verdaderos, esto es, en cuáles casos se encuentra preponderante la evidencia”¹⁴.

De otra parte, en esta sección de definiciones básicas queda por establecer los conceptos de argumento central, subargumento y argumentación. Entremos en materia:

¹³ Obra cit., página 613.

¹⁴ Op. cit., página 612.

El argumento central es aquel que tiene como conclusión el objeto central de la controversia. Por ejemplo, en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento el argumento central será el que tenga como conclusión la procedencia de la medida cautelar; y en la audiencia de juicio oral el argumento central será el que tenga como conclusión la procedencia o no de la condena.

Un subargumento es, al igual que el argumento, un conjunto de enunciados caracterizado porque unos, llamados premisas, sirven de fundamento a otro llamado conclusión. La diferencia estriba en que la conclusión del subargumento a su vez sirve de premisa al argumento central o a otro subargumento. Retomemos el último ejemplo para ilustrar de mejor manera este concepto:

Premisa 1. María fue asesinada con un revólver.

Premisa 2. A Pedro le fue incautada el arma homicida.

Premisa 3. Pedro salió corriendo de la casa de María luego de sonar los disparos.

Premisa 4. Pedro había amenazado a María.

Premisa 5. Pedro había cometido otros homicidios.

Premisa 6. María estaba sola en su casa.

Premisa 7. Los testigos no vieron salir a nadie más de la casa de María.

C: Pedro mató a María.

La premisa número 1. "María fue asesinada con un revólver" no debe ser aceptada por el juez por el simple hecho de que el fiscal la enuncie. Es necesario que el fiscal explique las razones por las cuales puede concluirse que María fue asesinada con un revólver, lo que implica que dicha premisa se convierta en la conclusión de un subargumento; veamos:

Premisa número 1. Las heridas observadas en el cuerpo de María son compatibles con un arma de corto alcance.

Premisa número 2. En el cuerpo de María se hallaron dos proyectiles calibre 32, cuyas características indican que fue disparado con un revólver.

Premisa número 3. Dichos proyectiles causaron las heridas mortales.

Conclusión: *María fue asesinada con un revólver.*

Por Argumentación, de acuerdo a lo expresado hasta ahora, puede entenderse el conjunto de argumentos y subargumentos entrelazados. En últimas, se trata de que todas las conclusiones que el fiscal esboce en una audiencia o en una decisión (cuando a ella haya lugar) estén debidamente sustentadas, de tal suerte que sean razonables.

Finalmente, cabe resaltar que la utilización de los argumentos inductivos en el quehacer judicial está orientada a solucionar problemas jurídicos. El ejercicio judicial en materia penal, al igual que en las otras Ramas del Derecho, implica el análisis de unos determinados hechos frente al ordenamiento jurídico vigente. El operador jurídico debe tener un adecuado conocimiento de lo sucedido (aspecto fáctico); debe ocuparse de que dichos hechos aparezcan debida y suficientemente demostrados (aspecto probatorio), y, finalmente, debe establecer cuál es el componente normativo aplicable y cómo deben interpretarse dichas normas (aspecto jurídico).

Es claro entonces que el primer paso para realizar una adecuada argumentación es establecer cuáles son los puntos concretos que deben esclarecerse para que se tome una decisión, en nuestro caso orientado a solucionar un conflicto derivado de un delito. Es obvio que si el fiscal no conoce dichos puntos, no podría realizar adecuadamente su función. En acápites posteriores mostraremos cómo se ubican los problemas jurídicos para la preparación de las audiencias preliminares y para la preparación del juicio oral.

De acuerdo a lo anterior, para la construcción del argumento es importante seguir los siguientes pasos (i) Precisar el propósito principal de la audiencia; (ii) ubicar los problemas jurídicos teniendo en cuenta los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos relevantes para el caso concreto; (iii) desarrollar el argumento central; (iv) desarrollar todos los niveles de subargumentación que sean necesarios, y (v)

verificar que todas las conclusiones esbozadas (en el argumento central y en los subargumentos) estén debidamente soportadas, esto es que encuentren verdadero respaldo en premisas igualmente aceptables, lo que implica analizar la relación lógica entre premisas y conclusiones.

Las audiencias orales son ejercicios dialécticos en los que las partes e intervinientes buscan que sus tesis (argumentos) sean tenidos como los más razonables lo que directa o indirectamente implica controvertir los argumentos contrarios. Ante unos determinados problemas jurídicos, las partes proponen soluciones orientadas a que un caso determinado se decida de una u otra manera: que se imponga o no medida de aseguramiento; que se condene o no al acusado, que se practique o no una intervención corporal, etc. Así las cosas, al fiscal no le basta con construir su argumentación, de acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes; es necesario que, de manera adicional, analice el caso desde la perspectiva contraria (de la defensa), de cara a lograr dos objetivos específicos: (i) analizar la solidez de su propio argumento; (ii) anticiparse a lo que la contraparte posiblemente propondrá o argumentará en la audiencia.

Además de preparar técnicamente sus intervenciones en audiencia, según los pasos atrás sugeridos, él debe presentar de forma adecuada su argumentación. Aunque la construcción de un argumento fuerte es determinante, la manera como ese argumento sea presentado al juez será importante para que este acepte la tesis del fiscal como la más razonable. En términos simples, el fiscal debe tener presente que “los buenos libretos pueden arruinarse en su presentación”.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 1

De acuerdo a los pasos analizados para construir un argumento, analice el siguiente caso y elabore la orden de interceptación del teléfono de Juan. Puede complementar el caso hipotético si considera que falta algún dato indispensable para que la orden cumpla los requisitos constitucionales y legales. Debe incluir por lo menos un nivel de subargumentación.

Los hechos hipotéticos:

Pedro, integrante de una banda de narcotraficantes, decide colaborar con la Fiscalía en el sentido de delatar a los demás integrantes de la organización, a cambio de que se le brinde protección. En la declaración jurada tomada por el fiscal asegura que Juan es el jefe de la banda y que la misma tiene como objetivo principal enviar cocaína a España.

3. LA DESCOMPOSICIÓN DE ARGUMENTOS

Bajo el entendido de que en las audiencias debe propiciarse un ejercicio dialéctico, según las reglas que consagra el ordenamiento procesal penal, el fiscal, además de preparar y presentar adecuadamente sus argumentos, debe estar atento a los planteamientos de la contraparte, pues ello es indispensable para preparar y presentar contraargumentos oportunos y contundentes. Para ello es necesario que esté en capacidad de descomponer los argumentos presentados por los otros intervinientes, para determinar con precisión cuáles son los puntos concretos que debe rebatir. En términos generales (como todos los planteamientos hechos en este acápite de conceptualización y ambientación), la descomposición de argumentos incluye los siguientes pasos:

1. Determinar el objeto central de la audiencia. Aunque este aspecto generalmente no implica mayor complejidad, al no tenerla presente es posible que el fiscal aborde temas impertinentes o permita que los demás intervinientes lo hagan.
2. Establecer cuál o cuáles son los problemas jurídicos frente a los cuales la contraparte propone una tesis contraria a la suya. Esto resulta fundamental para lograr dos objetivos: (i) determinar la pertinencia del problema jurídico, pues es factible que el problema propuesto por la defensa u otro interviniente no tenga relación con el asunto que se está debatiendo, como cuando en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento se pretende retomar la discusión sobre un tema ya resuelto (la legalidad de la captura, por ejemplo); (ii) solo si se conoce el punto de discusión el fiscal podrá analizar adecuadamente la tesis propuesta por la defensa u otro interviniente.

3. Identificar la conclusión o conclusiones que propone el otro interviniente. Esto es fundamental por lo siguiente: (i) es posible que en el discurso no se incluya una tesis o respuesta al problema abordado; (ii) para preparar un contraargumento es necesario conocer la tesis o propuesta que se pretende rebatir; (iii) la pertinencia del debate solo puede determinarse si se conocen las conclusiones que se pretenden defender; (iv) si la conclusión es una parte importante del argumento, es necesario ubicarla para establecer la fortaleza del mismo; (v) es posible que la conclusión no aparezca claramente esbozada, sobre todo cuando se trata de argumentaciones poco técnicas, débiles o falaces; (vi) en ocasiones la conclusión incluye premisas que no fueron explicitadas en el argumento.
4. Identificar las premisas, expresas o tácitas, que sirven de soporte a las conclusiones principales o secundarias. Es común que en las intervenciones en las audiencias orales se mezclen argumentos con aseveraciones simplemente retóricas, como frases célebres o consideraciones personales que no constituyen premisas ni conclusiones. Además, también es factible que los argumentos no sean presentados ordenadamente y que algunas de las premisas no sean explicitadas (premisas tácitas). Si el fiscal no está en capacidad de identificar la conclusión que está presentando la contraparte y las premisas (expresas y tácitas) que le sirven de soporte, no podrá analizar la aceptabilidad de los enunciados ni la relación lógica que existe entre estos.
5. Verificar si cada una de las afirmaciones relevantes del otro interviniente está debidamente soportada. Frente a este aspecto el fiscal debe tener presente que una conclusión sin fundamento no constituye un argumento y por tanto no podrá servir de soporte a una solicitud o a una decisión. Cuando dicha falencia se advierta en las intervenciones de la defensa o el Ministerio Público, el fiscal debe hacérselo notar al juez, bien para que pida las aclaraciones pertinentes o desestime la solicitud; cuando se trate de las decisiones del juez, el fiscal podrá solicitar la exposición completa de los motivos que sirven de soporte a la decisión o hacer uso de los recursos que

consagra la ley, según los aspectos analizados en el acápite destinado al deber de motivar.

6. Establecer si existe conexión lógica entre las conclusiones, principales o secundarias, y los enunciados que se presentan como su respaldo. Es posible que todos los enunciados que se presentan como premisas o soporte de las conclusiones sean aceptables, pero ello no implica que el argumento también lo sea; es necesario, según se anotó en otros apartados, que exista conexión lógica entre unos y otros. El fiscal debe estar atento para detectar oportunamente este tipo de falencias en la argumentación, para los efectos enunciados en el numeral anterior según se trate de los argumentos de la defensa o del Ministerio Público o de la motivación del juez.
7. Ubicar los puntos débiles de la argumentación presentada por el otro interviniente. Según lo expresado hasta ahora, la debilidad de un argumento puede derivarse de lo siguiente: (i) inexistencia de premisas que sirvan de soporte a la conclusión (no puede hablarse de argumento en estricto sentido); (ii) inaceptabilidad de las premisas que sirven de soporte a la conclusión; (iii) ausencia o deficiente conexión lógica, etc. A manera de ejemplo, es posible que la defensa presente un argumento que contenga tres premisas y que solo dos de ellas sean verdaderas, evento en el cual el fiscal deberá hacer notar que una de las premisas es falsa y deberá indicar la incidencia que ello tiene en la fuerza del argumento esbozado.
8. Preparar la contraargumentación. En conclusión, es importante que el fiscal haga intervenciones puntuales y contundentes, que le permitan al juez comprender fácilmente por qué no debe acceder a las peticiones de otros intervinientes o por qué debe preferir la tesis propuesta por la Fiscalía, con lo cual, además, se facilitará el trabajo del fallador.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 2

Analice el siguiente alegato presentado por un defensor al sustentar el recurso de apelación interpuesto frente a la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, y, siguiendo los pasos analizados, descomponga el argumento y elabore el respectivo contraargumento. No olvide verificar si hay premisas tácitas.

Señor juez, ¿cuántos años lleva el ser humano luchando por su libertad? Y a mi cliente, un hombre sin tacha, se la han coartado sin que su presunción de inocencia haya sido desvirtuada. Así es, Señoría, la Fiscalía basó su solicitud de medida de aseguramiento en la declaración jurada de María, quien asegura fue violada por mi cliente, y aunque el escaso tiempo no le permitió a la defensa recaudar información para el momento de la audiencia en que se tomó tan execrable decisión. Ahora tengo en mi poder tres declaraciones juradas que dan cuenta de que María y mi cliente eran amantes, y que si alguna relación sexual hubo entre ellos la misma fue consentida. Por tanto, solicito se revoque la decisión del juez de primera instancia y en consecuencia se le conceda la libertad inmediata a mi defendido.

UNIDAD 2

ARGUMENTACIÓN EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

Objetivo general

Argumentar inductiva y deductivamente en las audiencias preliminares del sistema penal acusatorio.

Objetivos específicos

1. Construir argumentos inductivos en las audiencias preliminares del sistema procesal acusatorio.
2. Construir argumentos deductivos en las audiencias preliminares.
3. Descomponer los argumentos presentados por los demás intervinientes en las audiencias prelimianres.
4. Presentar contraargumentos en las audiencias preliminares.

1. CONSTRUCCIÓN DE ARGUMENTOS

Para abordar este tema utilizaremos el siguiente ejemplo:

Pedro iba conduciendo su vehículo y chocó contra el carro de Luis, por ello se entraron en una discusión y en desarrollo de la

misma Pedro esgrimió un puñal y le causó a aquel tres heridas, así: en el cuello, en el tórax y en el abdomen. Los familiares de Luis, Juan y Santiago, que lo acompañaban en ese momento, dieron aviso a una patrulla policial que momentos después le dio captura a Pedro. Durante el procedimiento de captura Pedro amenazó de muerte a los familiares del occiso y a los Agentes que realizaron el procedimiento, y luego, con la colaboración de Raúl, un familiar que lo visitó en el sitio de reclusión, llamó a los parientes de Luis y los amenazó de muerte para que no declararan en su contra. Los investigadores pudieron verificar que del teléfono celular de Pedro se hizo una llamada a la residencia de los familiares de Luis. En desarrollo de la investigación se logró establecer que Pedro tiene antecedentes por homicidio.

El fiscal asignado a este caso, luego de lograr la legalización del procedimiento de captura y formular imputación, debe solicitar la imposición de medida de aseguramiento. Su primera tarea es establecer si se reúnen los requisitos consagrados en el artículo 308 y siguientes de la Ley 906 de 2004 para solicitar la imposición de la medida cautelar. En casos como este en ocasiones los fiscales optan por elaborar un sugestivo discurso sobre la gravedad del homicidio y se ocupan de lanzar toda suerte de calificativos orientados a mostrar lo repudiable de la conducta del imputado. Sin embargo, lo más técnico y conveniente es mostrarle al juez que en un caso determinado se reúnen los requisitos consagrados en la Constitución y la ley para la imposición de una medida cautelar, y asumir ordenadamente las cargas argumentativas que el ordenamiento jurídico le impone. La segunda opción es preferible, por lo siguiente:

Una audiencia oral se caracteriza principalmente por el ejercicio dialéctico de quienes en ella intervienen. Esa dialéctica se materializa en la construcción de enunciados lingüísticos expresados por cualquiera de los actores. Cuando dicho ejercicio se realiza con plena liberalidad, valga decir, sobre la base de suposiciones o intuiciones, sin tener en cuenta la estructura lógica de un enunciado y su soporte legal, fáctico o probatorio, se corre el riesgo de que los planteamientos sean incompletos, falaces, lógicamente incorrectos o conduzcan a una conclusión alejada de la verdad, fenómenos que

inciden desfavorablemente en la presentación de una tesis ante el juez para efectos de que sea acogida, máxime si se tiene en cuenta que, por regla general, este no se encuentra previamente informado acerca de las particularidades de cada caso. En este sentido, esa confrontación dialéctica no implica solo una simple presentación oral y descriptiva que del caso o de un problema jurídico hacen el fiscal y la defensa al juez para enterarlo de ciertas circunstancias que rodean una conducta punible, sino que constituye una construcción argumentativa que conlleva análisis lógico de circunstancias fácticas, evidencias y conjunción con una norma jurídica; en otras palabras, que esa presentación requiere la construcción de un argumento.

Para comprender de qué manera el fiscal puede cumplir las cargas argumentativas atrás mencionadas, resulta útil recordar que un argumento es un conjunto de enunciados relacionados entre sí, de tal suerte que los unos, denominados premisas, sirven de fundamento a otros llamados conclusiones¹⁵. En este orden de ideas, podría llegarse a una definición simple de premisa como aquella razón que apoya la conclusión, y a esta podría definírsele como la proposición a favor de la cual se dan razones o premisas.

El argumento central del fiscal al esbozar su pretensión frente al caso referido podría ser el siguiente:

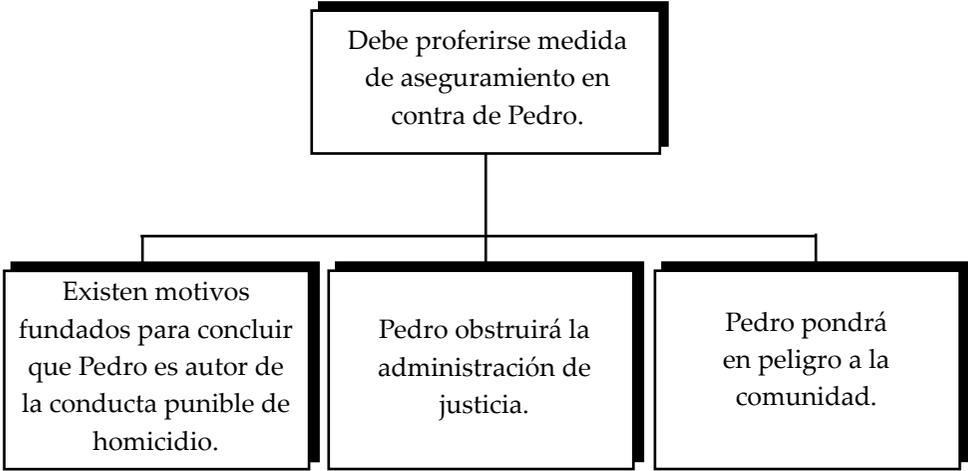
“Señor juez, existen elementos materiales probatorios y evidencias físicas que permiten concluir que Pedro le causó la muerte a Luis; además, de la información legalmente obtenida puede inferirse que Pedro obstruirá la administración de justicia y pondrá en peligro a la comunidad. Señoría, por tanto, debe proferirse medida de aseguramiento en contra de pedro”.

De los enunciados lingüísticos anteriores se extrae un argumento principal, constituido por tres premisas y una conclusión, a saber:

Premisa uno: Existen motivos fundados para concluir que Pedro probablemente es autor de la conducta punible de homicidio.

Premisa dos: Pedro obstruirá la administración de justicia.

¹⁵ Definición utilizada en la obra de Copi, atrás citada.



Premisa Tres: Pedro pondrá en peligro a la comunidad.

Conclusión: Debe proferirse medida de aseguramiento en contra de Pedro.

Si en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento a que hemos hecho referencia, el fiscal se limita a expresar: *“Señoría, en este caso procede la medida de aseguramiento”*; es claro que esta conclusión, por ausencia de fundamento, no podrá tenerse como argumentación y, por tanto, el juez no podrá fundar en ella la decisión pretendida.

Así como la simple expresión de la conclusión principal no puede tenerse como argumento, también es necesario que las premisas que sirven de soporte a la conclusión sean debidamente fundamentadas, pues es claro que el juez no tiene que aceptar, por ejemplo, que *“Pedro constituye un peligro para la comunidad”*, o que *“de la información legalmente obtenida puede concluirse que es probable que Pedro es el autor de la muerte de Luis”*. Hemos penetrado entonces en otra esfera o fase de la argumentación, esto es, en el nivel de subargumentación.

Recordemos que el subargumento, al igual que el argumento, es un conjunto de enunciados con premisas y conclusiones, conectados lógicamente entre sí, de tal suerte que aquellas sirven de fundamento a

estas. La diferencia estriba en que la conclusión de los subargumentos sirve de premisa al argumento central o a otro argumento. Retomando el ejemplo inicial de la medida de aseguramiento, el argumento central podría descomponerse de la siguiente manera:

Premisa uno: Existen motivos fundados para concluir que Pedro es autor de la conducta punible de homicidio.

Premisa dos: Pedro obstruirá la administración de la justicia.

Premisa tres: Pedro pondrá en peligro a la comunidad

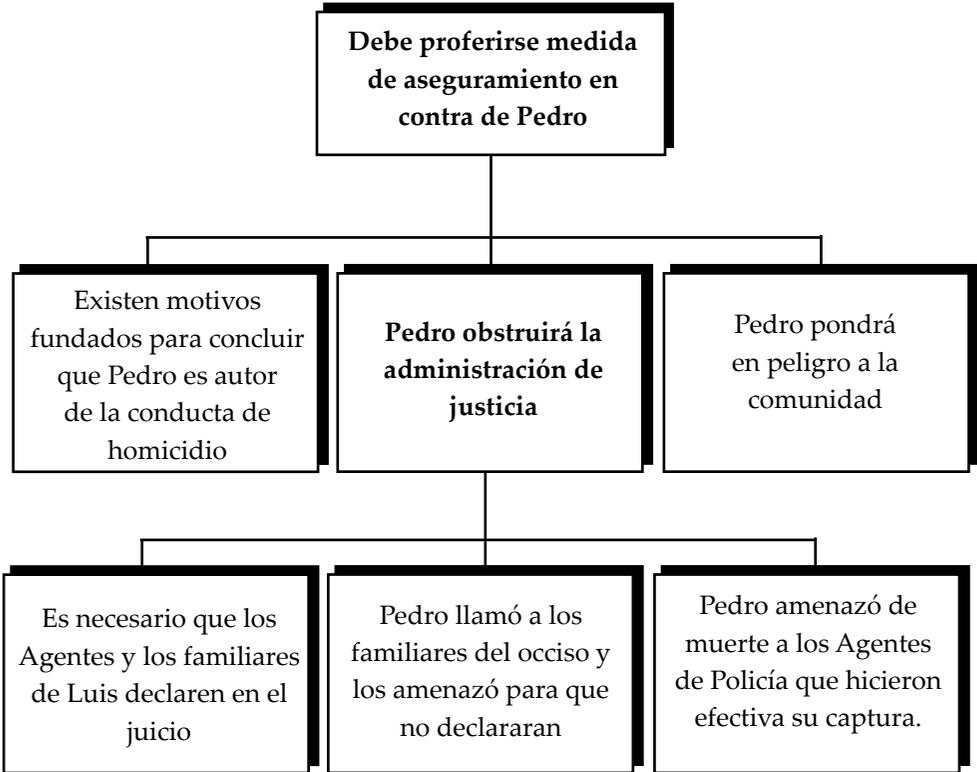
Conclusión: Debe proferirse medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Pedro.

Si analizamos detalladamente el ejemplo anterior puede concluirse que el fiscal no cumple a cabalidad su deber de argumentar con la sola expresión del argumento central, ya que las premisas que sirven de sustento a la conclusión deben ser fundamentadas, y esa fundamentación, como obligación argumentativa, no se ha cumplido. Por ejemplo, la premisa número 2 **“Pedro obstruirá la administración de justicia”** no puede ser admitida por el juez, dado que el fiscal se ha limitado a expresar una conclusión carente de soporte, por lo que este, en aras de sostener su argumento, tendrá que presentar los respectivos niveles subargumentativos. En este caso, el primer subargumento podría construirse de la siguiente manera:

Premisa uno: Es necesario que los Agentes de Policía y los familiares de Luis declaren en el juicio.

Premisa dos: Pedro llamó a los familiares del occiso y los amenazó para que no declararan en su contra.

Premisa tres: Pedro amenazó de muerte a los Agentes de Policía que hicieron efectiva su captura.



Conclusión: Pedro obstruirá la administración de justicia.

El anterior subargumento podría graficarse de la siguiente manera:

Si bien el argumento anterior tiene una mejor estructura, es claro que aún no se han cumplido integralmente las obligaciones argumentativas, pues las premisas que soportan la conclusión del subargumento no han sido debidamente sustentadas, lo que nos lleva a un nuevo nivel de subargumentación en orden a que el juez las pueda admitir como válidas; en este sentido, es necesario entender que el simple hecho de que el fiscal concluya que *“Pedro llamó a los familiares del occiso y los amenazó para que no declararan en su contra”* y que *“Pedro amenazó de muerte a los Agentes de Policía Judicial que hicieron efectiva su captura”*, no significa que el juez deba dar por ciertas dichas aseveraciones cuando no se ha expresado el fundamento de las mismas.

Se requiere entonces un nuevo nivel de subargumentación, que

permita mostrar que la premisa “Pedro llamó a los familiares del occiso y los amenazó para que no declararan en su contra”, no es una aseveración infundada sino una conclusión que tiene respaldo en premisas que la hacen aceptable o razonable. Dicho fundamento podría ser el siguiente:

Premisa uno: Juan y Santiago, familiares del occiso, aseguraron que fueron llamados por Pedro con propósitos amenazantes.

Premisa dos. Desde el celular de Pedro se hizo una llamada a la residencia de Juan y Santiago.

Premisa tres: Al momento de la captura Pedro amenazó



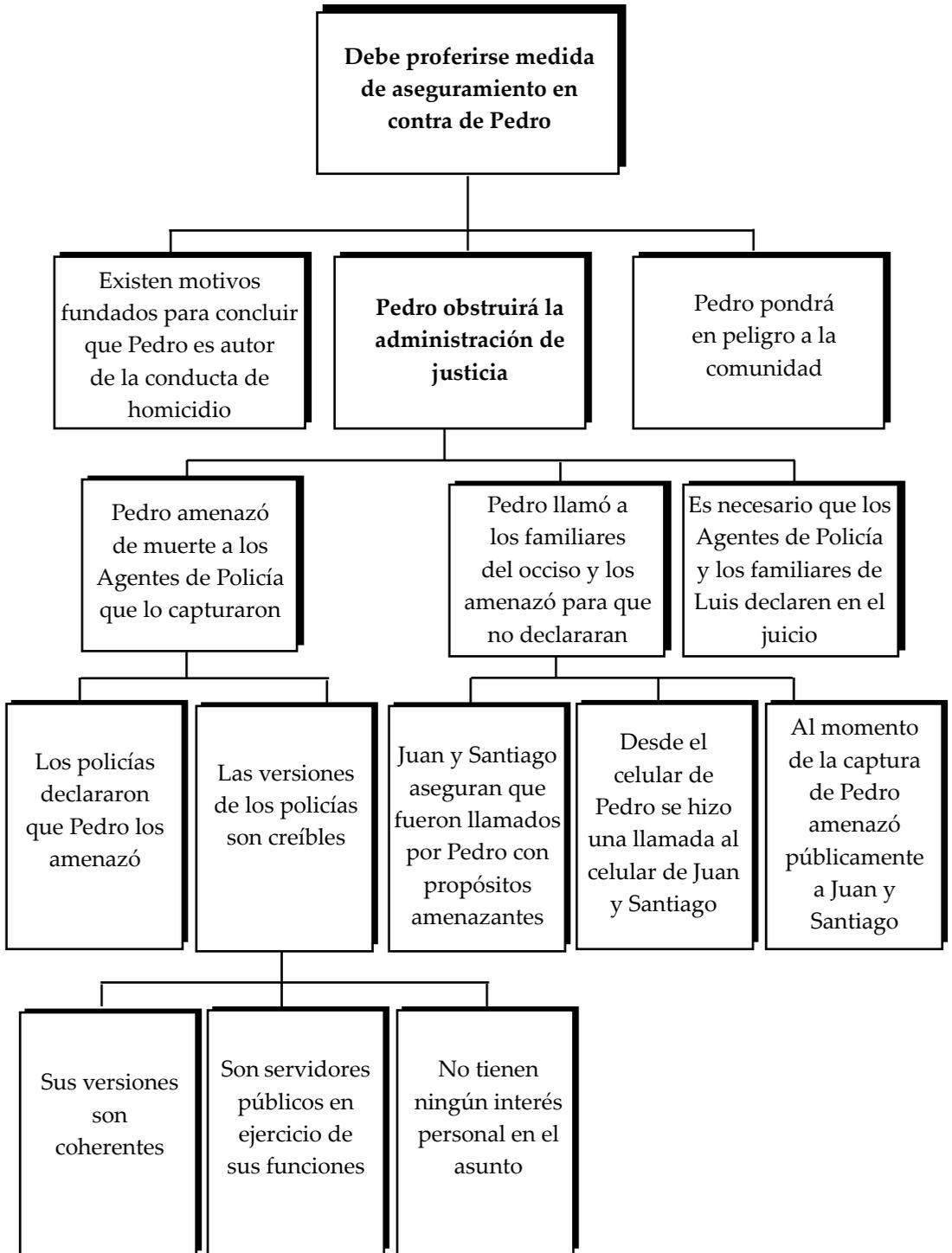
públicamente a los familiares del occiso.

Conclusión: Pedro llamó a los familiares del occiso y los amenazó para que no declararan.

El nuevo nivel de subargumentación puede apreciarse mejor en la siguiente gráfica:

De lo expresado hasta ahora puede concluirse lo siguiente:

El fiscal, al presentar su pretensión, debe verificar que cada uno de sus enunciados sean razonables y por ende aceptables. No es suficiente con sustentar la conclusión principal, pues las premisas que le sirven de soporte a esta generalmente constituyen otras conclusiones que también deben ser sustentadas, y, a su vez, las premisas que sirven de soporte a estas conclusiones “intermedias” también requieren fundamentación. Cuando el fiscal analice cada uno de sus asertos (principales y secundarios) y concluya que todos están debidamente sustentados, habrá terminado su labor argumentativa. Los niveles de subargumentación pueden ser extensos, dependiendo generalmente de la complejidad del caso. Retomando el caso hipotético atrás enunciado, la premisa “**Pedro amenazó a los Agentes de Policía que lo capturaron**” a su vez podría encontrar respaldo en premisas como “*los Agentes declararon haber sido amenazados por Pedro*” y “*la versión de los Agentes es creíble*”; a su vez, como quiera que el juez no tiene que aceptar esta última premisa (“*los Agentes son creíbles*”) por el simple hecho de que el fiscal lo enuncie, esta última premisa podrá encontrar respaldo en otras como “*la versión de los Agentes es coherente*”, “*se trata de servidores públicos en ejercicio de su función*” y “*los Agentes no tienen ningún interés personal en este asunto*”. Estos nuevos niveles de subargumentación podrían graficarse de la siguiente manera:



Cabe advertir que en este caso solo se ha analizado la argumentación en lo que atañe a una de las premisas del argumento central (*“Pedro obstruirá la administración de justicia”*). El mismo procedimiento debe realizarse con las otras dos premisas que sirven de fundamento a la conclusión principal (*“Existen motivos fundados para concluir que Pedro es el probable autor de la muerte de Luis”* y *“Pedro pondrá en peligro a la comunidad”*).

Si el fiscal logra entrelazar los diferentes niveles de argumentos y subargumentos, de tal forma que su pretensión se muestre sólida o sostenible, habrá realizado una verdadera argumentación.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE 3

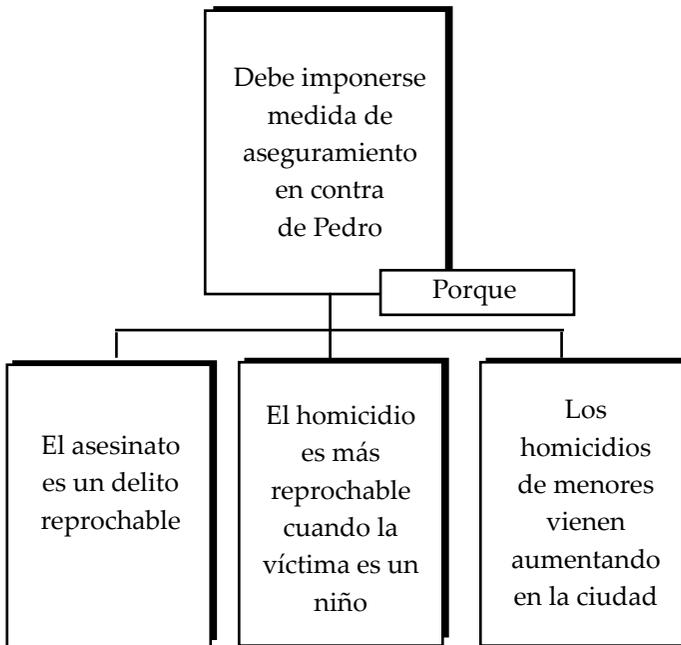
1. Elabore un mapa conceptual que le permita comprender los conceptos de argumento, premisa, conclusión, conexión lógica, subargumento y argumentación.
2. Complete la argumentación en lo referente a las premisas *“existen motivos para concluir que Pedro es el probable autor de la muerte de Luis”* y *“Pedro representa un peligro para la comunidad”*, indicando con claridad los diferentes niveles de argumentación (argumentos y subargumentos). Si es necesario el caso hipotético podrá ser complementado con los datos que resulten necesarios. Se realizarán todos los niveles de subargumentación necesarios y se elaborará la respectiva gráfica.

2. El análisis de la conexión lógica en las audiencias preliminares

Ha quedado claro que un argumento es un conjunto de enunciados, organizados de tal manera que unos de ellos (premisas) sirven de fundamento a otros (conclusiones). Sin embargo, no basta con que existan premisas y conclusiones para que un argumento sea razonable o aceptable, pues es necesario, además, que exista conexión lógica entre unas y otras, esto es, que las premisas realmente sirvan de apoyo a la conclusión. Para abordar este tema en lo atinente a las audiencias preliminares utilizaremos el siguiente ejemplo: Durante una audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento,

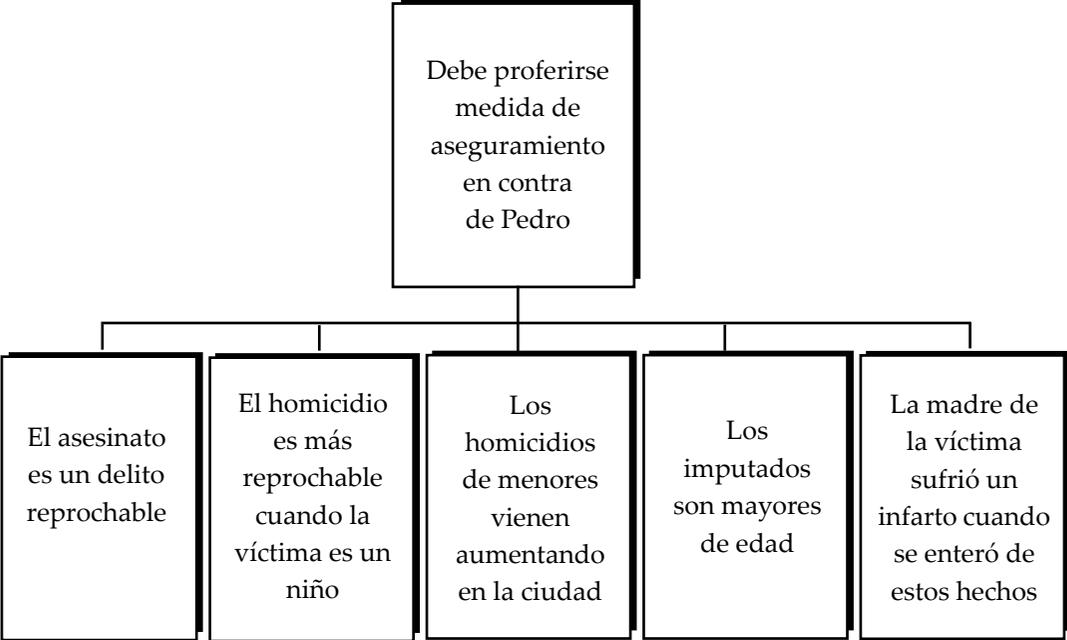
el fiscal sustenta su pretensión de la siguiente manera: *“Señor juez, el asesinato de la menor fue un crimen horrendo, el asesinato es un crimen que merece el mayor reproche, sobre todo cuando la víctima es una niña de solo cinco años. Las estadísticas muestran que el asesinato de menores se viene incrementando en esta ciudad; por tanto, resulta imperioso imponer medida de aseguramiento en contra de los imputados”*.

De acuerdo al esquema analizado en el acápite anterior, el argumento del fiscal podría descomponerse, así:

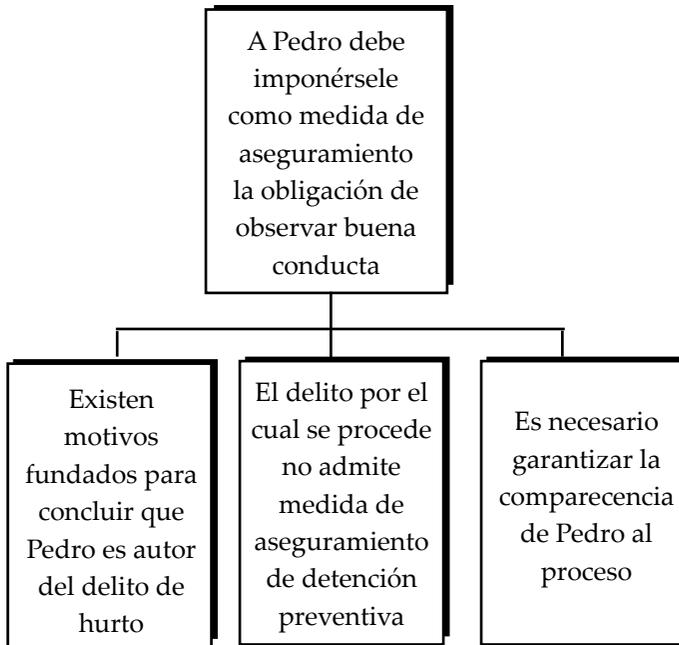


Puede aceptarse que el homicidio es un delito reprochable y que lo es mucho más cuando la víctima es un niño de cinco años. También puede aceptarse (hipotéticamente) que los homicidios de menores se han incrementado. Sin embargo, aunque se trate de tres premisas ciertas, ello no implica que la conclusión sea razonable o aceptable, pues las premisas prácticamente no le brindan ningún respaldo, por la inexistencia de una verdadera conexión lógica entre unas y otras. Así, de acuerdo a lo concluido en acápite anteriores, este argumento podrá catalogarse como falaz, o, a lo sumo, débil.

Como vimos, el número de premisas no implica necesariamente que la conclusión tenga un mayor o menor respaldo, aunque en ocasiones puede ser determinante para establecer la fuerza del argumento. Por ejemplo, si al argumento anterior le sumamos otras dos premisas que tengan poca o ninguna relación lógica con la conclusión, la fuerza del argumento no mejoraría:



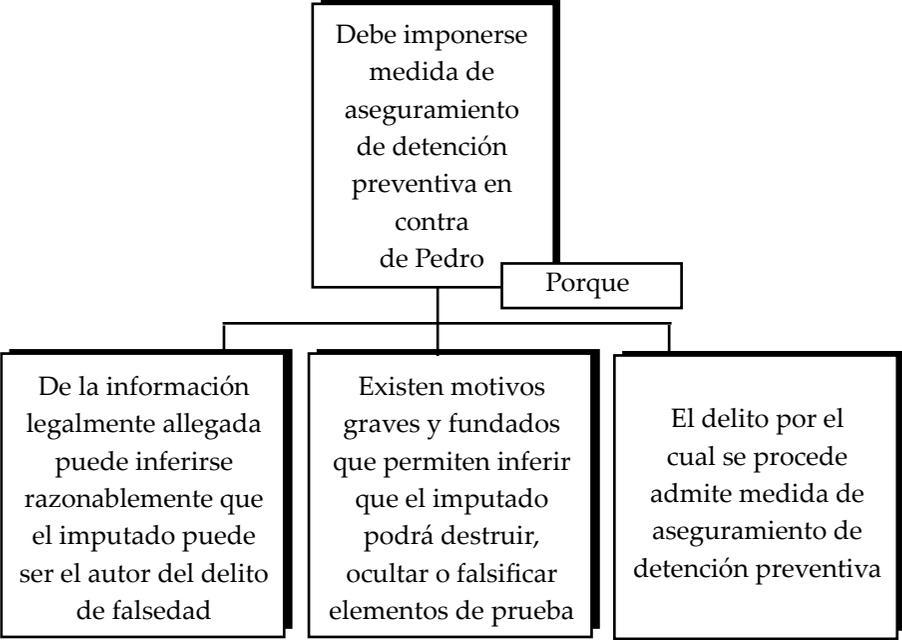
La fuerza de los argumentos presentados en las audiencias orales está determinada en buena parte por la conexión lógica de las premisas y la conclusión o, dicho de otra manera, por la fuerza que las premisas le imprimen a la conclusión. Es común que se construyan argumentos en los cuales un bajo porcentaje de las premisas le brindan verdadero respaldo a la conclusión; veamos:



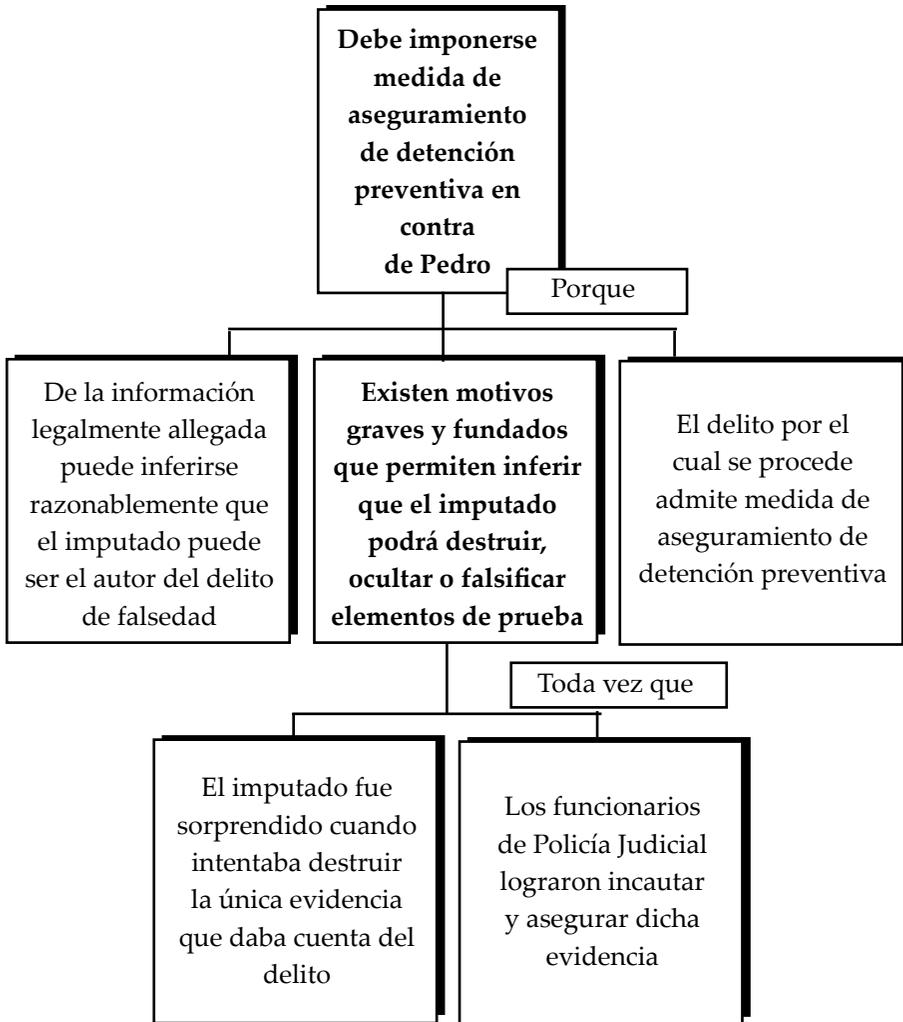
En el ejemplo anterior puede observarse que la premisa número uno tiene clara conexión lógica con la conclusión, pues uno de los requisitos para imponer medida de aseguramiento en contra del imputado es precisamente que de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida pueda inferirse razonablemente que este es autor o partícipe de la conducta punible. La premisa número dos también tiene estrecha relación con la conclusión, toda vez que la medida de aseguramiento solo es procedente cuando es necesaria para proteger uno o varios de los intereses constitucionalmente relevantes relacionados en la ley, entre los que se cuenta el garantizar la comparecencia del imputado. Sin embargo, la premisa número tres no tiene relación lógica con la conclusión, pues la necesidad de garantizar la comparecencia al proceso no sirve de apoyo a la imposición de una medida de aseguramiento consistente en la obligación de observar buena conducta (tendría relación, por ejemplo, con la prohibición de salir del país o con la obligación de presentarse cuando sea requerido).

Los problemas de conexión lógica son en ocasiones más sutiles, como podrá observarse en el siguiente ejemplo. El fiscal, para

fundamentar su solicitud de imposición de medida de aseguramiento, manifiesta lo siguiente: “Señor juez, de la evidencia física e información legalmente obtenida puede inferirse razonablemente que el imputado puede ser el autor del delito de falsedad (a continuación expresa correctamente los respectivos subargumentos que hacen aceptable dicha premisa); además, el imputado fue sorprendido cuando intentaba destruir la única evidencia física que daba cuenta de su delito, pero afortunadamente la misma fue recogida y asegurada por la Policía Judicial. Como quiera que el delito por el cual se procede amerita medida de aseguramiento de detención preventiva, le solicito se imponga en contra del imputado medida de aseguramiento de privación de la libertad en un centro carcelario”. El argumento central podría expresarse de la siguiente manera:



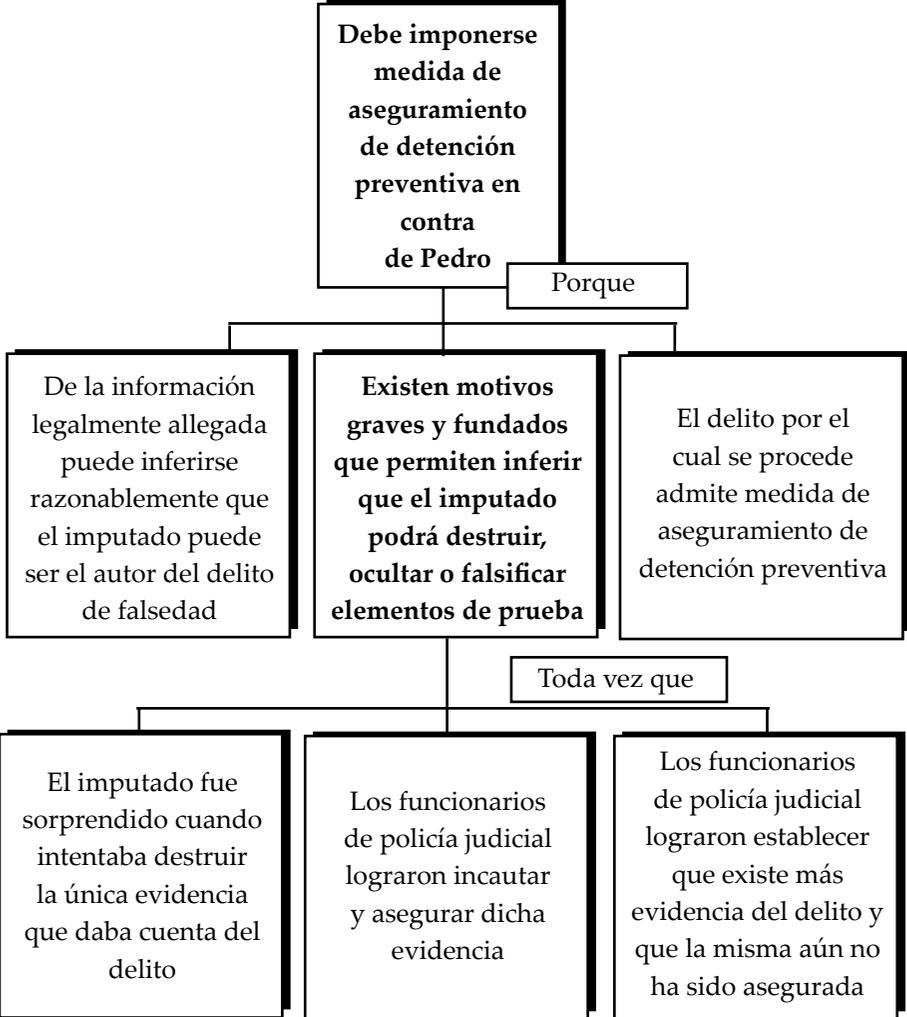
El argumento central así expresado aparentemente tiene fuerza, pero si se analizan los niveles de subargumentación (en este caso de la premisa número dos), puede llegarse a una conclusión distinta; veamos:



No cabe duda que la premisa número uno tiene relación lógica con la conclusión, pues el hecho de que una persona intente destruir la evidencia que permite esclarecer el delito que se le endilga sirve de soporte a la conclusión de que dicha persona podrá destruir, ocultar o falsificar elementos de prueba. Sin embargo, la premisa número dos, a pesar de ser cierta, no le imprime fuerza a la conclusión; por el contrario, genera una contradicción al interior del argumento, pues si los funcionarios de Policía Judicial ya incautaron y aseguraron la *única evidencia* que da cuenta de la comisión del delito, no puede predicarse que existen “motivos graves y fundados para concluir que

el imputado podrá destruir, modificar, ocultar o falsificar elementos de prueba”, pues, se insiste, los únicos existentes fueron puestos a buen recaudo.

La inexistencia o deficiencia en la conexión lógica puede derivarse de la falta de claridad en la construcción del argumento. Si, retomando el ejemplo anterior, el fiscal le muestra al juez que existen o es muy factible que existan otras evidencias que pueden ser destruidas, ocultadas o alteradas por el imputado, la fuerza del argumento variaría considerablemente; veamos:



Lo anterior resulta útil para recabar sobre la necesidad de realizar adecuadamente los procesos de argumentación y subargumentación, pues solo así podrá analizarse si todas y cada una de las conclusiones (principales o secundarias) esbozadas a lo largo de una disertación son aceptables por tener respaldo en premisas asimismo aceptables. Además, es también necesario que el fiscal verifique que la información que le hará llegar al juez será suficiente.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE 4

Elabore un mapa conceptual que incluya los siguientes conceptos: argumento, premisas, conclusión, conexión lógica, argumentos fuertes, argumentos débiles, argumentos falaces.

Analice el siguiente argumento, ubique las conclusiones y premisas y analice la conexión lógica que existe entre dichos enunciados. Establezca cuál es el argumento central y cuáles los subargumentos y determine si se trata de un argumento fuerte, débil o falaz.

En una orden de allanamiento y registro, concretamente en el acápite intitulado "Motivos Fundados", el fiscal expresa lo siguiente: "Existen motivos fundados para ordenar la diligencia de allanamiento y registro del inmueble de María. En efecto, en el día de hoy, a las 8:30 de la mañana, se recibió una llamada anónima que daba cuenta de que en la casa de María, ubicada en la carrera 1ª y distinguida con el número 3-45, se reproducen discos musicales sin la autorización de los titulares de los derechos patrimoniales de autor. Los Agentes de Policía Judicial realizaron las respectivas labores de verificación y establecieron que en la calle 1 efectivamente hay un inmueble distinguido con el número 3-45, y, gracias a la información suministrada por la Oficina de Catastro Municipal, establecieron que allí reside María. En conclusión, existen motivos fundados para concluir que en el domicilio de María se hallan los instrumentos con que se ha cometido la infracción y/o los objetos producto del ilícito".

3. LA UBICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

Para preparar adecuadamente la intervención en una audiencia preliminar el fiscal debe tener presente cuál es el objeto central de

la audiencia y cuáles los problemas jurídicos que deberá analizar. Determinar estos puntos es necesario porque su argumentación debe contener una tesis o propuesta de solución a los diferentes problemas que deben abordarse en la respectiva audiencia. En principio, es claro que a la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento el propósito principal del fiscal será la imposición de la medida cautelar, y en la audiencia de solicitud de legalidad de un procedimiento de captura el objetivo central es lograr que el juez avale la actuación realizada por los funcionarios competentes. Sin embargo, aunque sea fundamental tener presente el objetivo principal de la audiencia, el fiscal debe establecer cuáles son los puntos concretos (problemas jurídicos) que deberá abordar en la diligencia y debe prepararse para argumentar puntual y suficientemente frente a cada uno de ellos. Si el fiscal llega a la audiencia ignorando los puntos básicos sobre los que versará la discusión, es muy posible que no pueda explicar las bases de su pretensión.

Muchos de los problemas jurídicos que debe afrontar el fiscal están definidos en la ley, y otros surgen durante el debate en la audiencia, bien por las interpretaciones que hagan las partes de unos determinados hechos o una determinada norma, o por las especialidades del caso. Como ejemplo de problemas jurídicos planteados claramente por el legislador, tenemos los relacionados con la solicitud de imposición de medida de aseguramiento; veamos:

El artículo 308 de la Ley 906 de 2004 dispone que la medida de aseguramiento será procedente *“cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”*. Esta norma determina aspectos importantes, que deben ser tenidos en cuenta por el fiscal para la preparación de su argumentación. En primer lugar, establece un problema de carácter probatorio¹⁶, y de paso

¹⁶ Es claro que por prueba solo puede tenerse la aducida o practicada en desarrollo de la audiencia de juicio oral, con las excepciones que consagra la ley; pero para lograr mayor comprensión utilizaremos dicho término cuando nos refiramos a las audiencias preliminares, para resaltar que, en ocasiones el fiscal tiene el deber de descubrir evidencias físicas u otros medios de acreditación legalmente obtenidos que den cuenta de que el imputado puede ser el autor de la conducta, que en un determinado domicilio se encuentran los objetos con los que se ha cometido un delito, etc.

le impone al fiscal la carga de descubrir evidencias que den cuenta de la participación del imputado en una conducta punible. Además, la norma establece el grado de conocimiento que debe lograrse en la audiencia (inferencia razonable de autoría). Si la argumentación del fiscal ha sido construida adecuadamente, mínimo una de las premisas del argumento central deberá contener la respuesta a este problema jurídico, y los niveles de subargumentación estarán orientados a verificar que dicha premisa a su vez tenga el suficiente respaldo. Si retomamos el ejemplo inicial (*Pedro le causó la muerte a Luis luego de discutir por un percance automotriz, y tras ser capturado amenazó a los policías y a los familiares de la víctima*), el argumento central, según vimos, tiene la siguiente construcción:

Premisa uno: Existen motivos fundados para concluir que Pedro es autor de la conducta punible de homicidio.

Premisa dos: Pedro obstruirá la administración de la justicia.

Premisa tres: Pedro pondrá en peligro a la comunidad

Conclusión: Debe proferirse medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Pedro.

Es claro que la premisa número uno contiene la respuesta al problema jurídico objeto de análisis (contenido en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004). Sin embargo, en este caso sería obligatorio que los niveles de subargumentación estén orientados a mostrar la aceptabilidad de dicha premisa, para lo cual deberá ser convertida en conclusión y mostrar cuáles son las premisas que le sirven de sustento (este ejercicio debió realizarse en las actividades indicadas para el acápite anterior).

El artículo 308 atrás referido consagra otro problema jurídico, en cuanto afirma que, además de la inferencia razonable de autoría de acuerdo a la información que descubra el fiscal, la medida de aseguramiento debe ser necesaria para proteger uno o varios de los intereses constitucionalmente relevantes allí relacionados: proteger la actividad probatoria (debido ejercicio de la justicia), proteger la sociedad, proteger la víctima o garantizar la comparencia del imputado. Una vez detectado el problema jurídico, el fiscal deberá incluir en su argumento central como mínimo una premisa que le

dé respuesta al mismo, y orientará los niveles de subargumentación a mostrar que dicha premisa es aceptable o razonable. Retomando el ejemplo anterior, puede advertirse que en las premisas dos y tres el fiscal le dio respuesta al problema jurídico relacionado con la necesidad de la medida, y concluyó que la medida cautelar es necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia y para proteger a la comunidad. Además, en los niveles de subargumentación se ocupó de mostrar la aceptabilidad de la premisa número dos¹⁷; recordemos:

Premisa uno: Es necesario que los Agentes de Policía y los familiares de Luis declaren en el juicio.

Premisa dos: Pedro llamó a los familiares del occiso y los amenazó para que no declararan en su contra.

Premisa tres: Pedro amenazó de muerte a los Agentes de Policía que hicieron efectiva su captura.

Conclusión: Pedro obstruirá la administración de justicia.

Quizás el fiscal ya tenga resuelto el tema de la probabilidad de autoría y lo atinente a la necesidad de la medida. No obstante, aún le queda como mínimo un problema jurídico por abordar, pues debe indicarle al juez cuál es la medida de aseguramiento aplicable a este caso. De este problema jurídico se derivan otros problemas que podemos catalogar como derivados, secundarios o subsidiarios: (i) ¿cuál es la medida de aseguramiento procedente de acuerdo a las previsiones legales (artículos 306, 307, 313 y 315 de la Ley 906 de 2004)?; (ii) ¿cuál es la medida de aseguramiento más razonable, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004?

El primer problema jurídico derivado (la medida procedente de acuerdo a lo establecido en la ley) puede no representar mayor dificultad, pues el artículo 313 consagra una lista taxativa de los delitos frente a los cuales procede la medida de aseguramiento de detención preventiva. Sin embargo, frente a dichas normas pueden presentarse problemas interpretativos, como cuando se trata de un

¹⁷ La subargumentación de la premisa número tres debió realizarse en las actividades propuestas en el acápite anterior.

delito cuya pena mínima sea de cuatro años y no esté contemplado en los numerales 1 y 3 del artículo 313 atrás referido. En efecto, la norma en mención dispone que la medida de aseguramiento procede cuando se trata de delitos “investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista en la ley sea o exceda de cuatro años”; pero el artículo 315 ídem dispone que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad proceden cuando “el mínimo de la pena señalada en la ley *no exceda* de cuatro años”. Si el fiscal detecta oportunamente esta “antinomia”, deberá incluir dentro de su argumentación como mínimo una premisa (con sus respectivos niveles de subargumentación) que contenga una solución a este problema jurídico. En efecto, en la práctica se han planteado varias soluciones a dicha contradicción, pues, por ejemplo, unos sostienen que si se consultan las actas de discusión de la Ley 906 de 2004 resulta claro que la intención legislativa estaba orientada a extender la medida de aseguramiento de detención preventiva a los delitos cuya pena mínima consagrada en la ley fuera de cuatro años; mientras otros aseguran que la obligación de interpretar restrictivamente las normas represivas, así como el principio consagrado en los artículos 2º y 295 de dicho ordenamiento (que consagran la afirmación de la libertad y disponen claramente la restricción excepcional de la misma), implican que la antinomia mencionada debe solucionarse en el sentido de que frente a los delitos cuya pena mínima consagrada en la ley sea de cuatro años solo proceden medidas de aseguramiento no privativas de la libertad¹⁸.

Lo fundamental es que cualquier postura que se adopte sea objeto de una debida fundamentación, lo que implica que la parte que la arguye indique con precisión cuáles son las premisas que soportan su conclusión.

Luego de establecer cuál es la medida procedente de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 313 y 315 de la Ley 906, el fiscal debe analizar el contenido del artículo 295 de la misma obra, según el cual las medidas que afecten la libertad deben ser necesarias, adecuadas, proporcionales y razonables frente a los contenidos constitucionales.

¹⁸ En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en decisión que será analizada en el acápite destinado al estudio del precedente judicial.

En virtud de esta norma, el fiscal deberá mostrar en su argumentación que la medida de aseguramiento que solicita realmente es útil para proteger el interés constitucionalmente relevante que a su juicio está en peligro (*la preservación de las pruebas, la seguridad de la sociedad y de la víctima y la comparecencia del imputado al proceso*). Además, deberá mostrar que no existen otras medidas igualmente idóneas para alcanzar dicho fin y que impliquen menor restricción de garantías, y, finalmente, deberá expresar por qué resulta proporcional y razonable afectar la libertad de cara a los aspectos constitucionales que sean relevantes para el caso.

Como puede apreciarse, aunque el objeto central de la audiencia es fácilmente identificable (y el fiscal debe tenerlo muy claro), esto es, la imposición de una medida de aseguramiento, la sustentación de una petición en tal sentido debe incluir el análisis de diversos problemas jurídicos, que si no son ubicados oportunamente por el fiscal a efectos de presentar una debida argumentación de cada uno de ellos, es factible que la pretensión no salga avante, pues la carga de demostrar que se reúnen todos los requisitos constitucionales y legales recae en la Fiscalía General de la Nación. Entonces, es recomendable que el fiscal elabore una guía donde figuren todos los puntos relevantes de la audiencia, para que en desarrollo de la misma pueda verificar fácilmente que ha evacuado todos los aspectos relevantes para la decisión¹⁹.

No todos los problemas jurídicos que deben solucionarse en las audiencias preliminares aparecen claramente determinados en la ley; algunos, como se dijo, surgen de la dinámica propia de cada audiencia. Veamos un ejemplo:

¹⁹ En la solicitud de imposición de medida de aseguramiento serían los siguientes: (i) que de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida puede inferirse razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta punible investigada; (ii) que la medida de aseguramiento es necesaria para preservar las pruebas, garantizar la seguridad de la sociedad o de la víctima y/o garantizar la comparecencia del ciudadano al proceso; (iii) que la medida de aseguramiento solicitada está consagrada en la ley para el delito por el cual se procede, y (iv) que la medida solicitada es idónea, necesaria y proporcional.

El fiscal de turno recibe un caso por los delitos de hurto calificado por la violencia sobre las personas, porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y tentativa de homicidio. Luego de lograr la legalización del procedimiento de captura y de formular la imputación por el concurso de delitos en comento (*los imputados aceptan los cargos por el hurto y el porte de armas, pero no por el delito de tentativa de homicidio*), procedió a sustentar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva. El fiscal mostró por qué puede considerarse que los imputados son autores de las conductas punibles imputadas, se ocupó de establecer por qué era necesario imponer medida de aseguramiento y explicó por qué la medida procedente era la detención preventiva en centro carcelario. Una vez terminada su intervención, el juez lo insta para que indique con precisión frente a cuál de los delitos mencionados solicita la medida de aseguramiento, pues solo la impondrá frente a uno de ellos. Surgen entonces varios problemas jurídicos en principio inesperados: ¿Cómo debe procederse para la imposición de medidas de aseguramiento cuando se trata de concursos de conductas punibles? ¿Tiene alguna incidencia el hecho de que los imputados hayan aceptado parcialmente los cargos? El fiscal, obviamente, tendrá que elaborar prontamente una argumentación orientada a que en este caso se tome la decisión más conveniente y ajustada al ordenamiento jurídico, bien porque comparta la tesis del juez en el sentido de que en casos de concursos de conductas punibles debe imponerse medida de aseguramiento solo por una de ellas, o porque le muestre al juez que una decisión en tal sentido es contraria al ordenamiento jurídico.

En todo caso, es claro que el fiscal no puede preparar una adecuada argumentación si previamente no ubica los problemas jurídicos inherentes a cada audiencia o a cada decisión que deba tomar en aquellos casos en que la Constitución y la ley lo facultan para ello. Se debe incluir tanto los problemas jurídicos expresamente consagrados en el ordenamiento jurídico, como aquellos que surjan a raíz del ejercicio dialéctico propio de cada audiencia.

Los problemas jurídicos de carácter interpretativo son más comunes de lo que generalmente se piensa. Por ejemplo, si se analiza con detenimiento el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal (toma de muestras al imputado), surge claramente la limitación que

el legislador incluyó para este tipo de procedimientos (que el afectado con el mismo tenga la calidad de imputado). Ahora bien, bajo esas circunstancias habría que determinar qué se entiende por imputado para los efectos del artículo 249, pues a la luz del artículo 126 de la Ley 906 de 2004, tal categoría se adquiere “desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriera primero”. En efecto, algunos sostienen que la adquisición de parte como imputado derivada de la captura solo es relevante para efectos de ejercer el derecho de defensa, mas no para que el ciudadano pueda ser afectado con otras medidas o procedimientos restrictivos de derechos (medida de aseguramiento, toma de muestras, etcétera), mientras otros consideran que el fiscal sí podría solicitar autorización para tomar una muestra al capturado, sobre todo cuando ello deba realizarse con carácter urgente.

Para abordar los problemas jurídicos interpretativos, el fiscal debe tener pleno manejo de los criterios de interpretación (gramatical, teleológico, histórico, etcétera), y además debe conocer suficientemente los precedentes jurisprudenciales²⁰, cuya relevancia y forma de aplicación en el proceso de argumentación será analizado en acápite posterior.

4. LA PRESENTACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

El desarrollo de las audiencias preliminares no está regulado tan específicamente como lo están las audiencias propias de la etapa de juzgamiento. En efecto, la ley regula expresamente cuál es el derrotero de la audiencia de acusación y de la audiencia de preparatoria, y dispuso expresamente cuál es la dinámica de la audiencia de juicio oral. Ello es entendible no solo porque en un sistema de tendencia acusatoria como el nuestro el momento más importante es el juicio, sino además porque las audiencias preliminares pueden ser tantas y tan disímiles que sería complejo establecer paso a paso el desarrollo

²⁰ Por ejemplo, en la sentencia C-822 de 2005 la Corte Constitucional, al analizar los artículos 246 a 249 del Código de Procedimiento Penal, hizo alusión al artículo 126 y por ende al hecho de que la calidad de imputado, para los efectos de estas normas, se adquiere con la formulación de la imputación o con la captura, si esta ocurre primero.

de cada una de ellas. Sin embargo, en lo que atañe a la presentación del caso, existen unas reglas básicas que deben ser tenidas en cuenta por el fiscal para lograr una adecuada sustentación de su pretensión.

En primer lugar, el fiscal debe suministrarle al juez todos los datos del caso que sean relevantes, y debe hacerlo de manera clara y ordenada. En muchas ocasiones las declaraciones de ilegalidad de los procedimientos obedecen no tanto a que se hayan transgredido las disposiciones constitucionales o legales, sino a la deficiente comunicación de los aspectos relevantes para el caso. Por ello, el fiscal, antes de acudir a la audiencia, debe procurar que dicha información le sea suministrada por los funcionarios que conocieron directamente los hechos (policías de vigilancia, policías judiciales, etc.). Un ejemplo de la vida real puede ilustrar mejor sobre el particular: En una audiencia de legalización del procedimiento de captura la defensa sostuvo que la flagrancia alegada por la Fiscalía se había determinado a través de un registro personal muy invasivo (los Agentes de Policía vaciaron todo el contenido de un maletín que portaba un niño de seis años, quien era hijo del capturado). Luego de terminada la audiencia, alguien le preguntó al Agente de Policía por qué había registrado dicho bolso y este suministró un dato que no constaba en el informe ni fue preguntado por el fiscal al recibir el caso: *“porque el maletín expelía un fuerte olor a marihuana”*. Independientemente de la decisión que haya tomado el juez, seguramente el trabajo del fiscal se hubiera facilitado significativamente si dicha información le hubiera sido suministrada oportunamente al juez.

De otro lado, es conveniente que el fiscal establezca con precisión cuál es el objeto central de la diligencia, y delimite los problemas jurídicos inherentes al debate. Con ello no solo se mostrará como un funcionario conocedor de su oficio, sino que además, y esto es muy importante, evitará que los demás intervinientes desvíen la discusión a problemas jurídicos impertinentes. Además, el hecho de determinar con precisión los problemas jurídicos hará más comprensible su argumentación, ya que, como antes se vio, la argumentación no es otra cosa que una propuesta de solución a los problemas jurídicos inherentes a cada audiencia.

Finalmente, en la presentación de la argumentación deben tenerse en cuenta los aspectos lingüísticos. No en pocas ocasiones el uso

indebido del lenguaje hace que los argumentos sean ininteligibles o le restan contundencia a la labor argumentativa.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 5

1. Elabore un mapa conceptual que incluya los conceptos: problema jurídico, argumentación, premisas, conclusiones y presentación del caso.
2. Analice los artículos 219 a 232 del Código de Procedimiento Penal y ubique cuáles son los problemas jurídicos que debe abordar un fiscal para ordenar el registro y allanamiento de un domicilio. Señale la naturaleza de cada uno de esos problemas (probatorios, de norma aplicable, de interpretación de la norma, etc.). Luego, construya un ejemplo de cómo podría argumentar un fiscal frente a los problemas jurídicos hallados.
3. Identifique los cuatro principales problemas jurídicos que debe abordar el fiscal en la audiencia de legalización del procedimiento de captura.
4. Analice el siguiente caso y prepare una argumentación orientada a solicitar la legalidad de la captura:

Pedro fue capturado en flagrancia instantes después de causarle la muerte a Raúl, a María, la esposa de este, y sus dos pequeños hijos. Pedro fue capturado en la vereda La Lucha, ubicada a 20 horas del casco urbano del municipio más cercano. La captura fue realizada por miembros del Ejército Nacional y estos, vía radio, le comunican al fiscal que no pueden trasladar al detenido inmediatamente porque hay fuertes enfrentamientos con el grupo armado ilegal al que pertenece Pedro. El detenido, por los motivos expresados, fue puesto a disposición del Juez 40 horas después de su captura. Pedro recibió buen trato y le informaron oportunamente los derechos del capturado (incluso vía radio se le informó a sus familiares sobre la retención).

5. LA CONTRAARGUMENTACIÓN EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

Como se indicó en la parte primera de este trabajo, para elaborar adecuadamente un contraargumento es necesario descomponer el argumento de la defensa o del otro interviniente que haya presentado una tesis contraria a la de la Fiscalía. La descomposición de un argumento supone unos pasos básicos, cuya secuencia lógica podría ser la siguiente:

Es necesario identificar el problema jurídico al que se está refiriendo el interlocutor, pues, obviamente, el contraargumento deberá orientarse a mostrar que la solución ofrecida por la Fiscalía es más razonable. Sería nefasto que el fiscal no detectara el problema jurídico a que se está refiriendo la defensa y por tanto orientara la contraargumentación a defender una tesis que no tenga relación con el punto propuesto por el otro interviniente. Por ejemplo, si la defensa lo que quiere demostrar es que no existían motivos fundados para expedir la orden de allanamiento, pero el fiscal limita su contraargumento a mostrar que la diligencia dio resultados positivos en cuanto fue posible incautar la evidencia, el fiscal no habrá presentado una verdadera contraargumentación, pues una cosa es que existan motivos fundados para concluir que en un determinado inmueble hay evidencia de una conducta punible (juicio *ex ante*) y otra muy distinta que la evidencia sea efectivamente hallada (es posible que una orden expedida sin motivos fundados permita la incautación de evidencia, y también lo es que una orden legalmente expedida no conduzca a la recuperación de ningún elemento).

La ubicación del problema jurídico propuesto por la contraparte le permitirá al fiscal analizar la pertinencia del mismo, esto es, si tiene relación con el asunto que se esté resolviendo. Si el problema jurídico es impertinente, al fiscal le bastará hacérselo notar al juez y por tanto no tendría que preparar un contraargumento. Por ejemplo, si en la audiencia de legalización de captura la defensa alega que el retenido actuó en estado de necesidad, el fiscal no debe entrar a rebatir dicha circunstancia excluyente de responsabilidad sino hacerle notar al juez que ese punto resulta impertinente en esa audiencia. Asimismo, si en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento la defensa aduce que no se ha demostrado la responsabilidad de su prohijado

más allá de toda duda, al fiscal le bastará aclarar que un juicio de esa naturaleza debe realizarse en la audiencia de juicio oral, pues el grado de conocimiento exigido por la ley para la imposición de una medida cautelar es el de inferencia razonable de autoría.

Si se determina que la contraparte ha propuesto un problema jurídico pertinente, el fiscal tendrá que descomponer su argumentación para la preparación de su contraargumento.

PASOS PARA LA DESCOMPOSICIÓN DE ARGUMENTOS

El primer paso para descomponer un argumento, luego de descartar todo aquello que no haga parte de la argumentación (por ejemplo, las frases célebres), es identificar la conclusión que se está tratando de defender. No debe olvidarse que, en últimas, se trata de mostrarle al juez que la conclusión de la Fiscalía es más razonable. Luego, es necesario ubicar las premisas que sirven de fundamento a dicha conclusión, y dicho trabajo debe cobijar tanto las premisas explícitas como las tácitas. Asimismo, debe descartarse todo aquello que no haga parte de la argumentación.

La identificación de las premisas explícitas generalmente no representa mayor dificultad, precisamente porque la parte que las propone hace alusión directa a ellas. No sucede lo mismo con las premisas tácitas, ya que estas simplemente aparecen insinuadas y por tanto debe realizarse un análisis cuidadoso para ubicarlas con precisión. Es claro que si el fiscal no ubica las premisas tácitas, es factible que no pueda realizar un adecuado proceso de contraargumentación, pues, en términos simples, es difícil rebatir contundentemente aquello que no se conoce. La existencia de premisas tácitas puede obedecer a carencias argumentativas o a la intención de ocultar enunciados que le restarían contundencia al argumento por ser falaces o por no guardar relación lógica con la conclusión. Cabe señalar, además, que el proceso de descomposición de argumentos debe hacerse a la luz del principio de “caridad”, esto es, el fiscal, así esté frente a argumentos confusos, debe tratar de darles el sentido más lógico, sobre todo cuando se trata de aseveraciones hechas por los procesados. Veamos algunos ejemplos:

Durante una audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, la defensa hace la siguiente exposición:

“No se puede cometer una injusticia así ello implique trastocar el orden del universo; no podemos regresar a épocas de barbarie, afortunadamente superadas por la humanidad. Señor juez, mi cliente hasta ahora, frente a los delitos de homicidio y acceso carnal violento, solo tiene la calidad de imputado, lo que implica que se presume inocente hasta que sea condenado por un juez. Señoría, los artículos 28 y 32 de la Constitución Política y los artículos 2º y 295 del Código de Procedimiento Penal, consagran el derecho a la libertad y es claro que la medida de aseguramiento de detención preventiva solicitada por la Fiscalía afecta dicho derecho, cuya protección es esencial en un Estado Social de Derecho. Por tanto, señor juez, le ruego se abstenga de imponer la medida cautelar solicitada por el acusador”.

En la presentación anterior puede observarse que la primera parte de la intervención de la defensa contiene dos enunciados que nada tienen que ver con el argumento y por tanto, pueden ser excluidos del proceso de reconstrucción (“no se puede cometer una injusticia [...]”, y “no podemos regresar [...]”).

Nótese que el defensor no está cuestionando la existencia de motivos fundados que permitan inferir razonablemente que su prohijado puede ser el autor de una conducta punible; tampoco se ocupó de cuestionar la necesidad de la medida, ni emitió ningún concepto sobre el tipo de medida de acuerdo a lo establecido en los artículos 206, 207, 213 y 215 de la Ley 906 de 2004, ni si ocupó de los aspectos regulados en el artículo 295 de la misma ley (adecuación, necesidad y proporcionalidad). De lo enunciado por la defensa puede inferirse que el problema jurídico propuesto es el siguiente: ¿Es acorde a nuestra Constitución Política, especialmente a su artículo 28, el que un ciudadano (imputado) sea detenido preventivamente cuando aún no ha sido condenado? Si en este caso el fiscal logra ubicar con precisión el problema jurídico, le será mucho más fácil presentar un contraargumento contundente y puntual.

Logrados los anteriores objetivos, el argumento de la defensa podría descomponerse de la siguiente manera:

Premisa 1. Mi cliente hasta ahora solo tiene la calidad de imputado de acceso carnal violento y homicidio.

Premisa 2. El derecho a la libertad está consagrado en la Constitución Política y fue reiterado en el Código de Procedimiento Penal.

Premisa 3. La medida de aseguramiento de detención preventiva afecta el derecho a la libertad.

Premisa 4. La persona se presume inocente hasta cuando sea declarada culpable por un juez.

C: No procede la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía.

Aunque no aparezca explícito, en la anterior argumentación tácitamente se ha dicho:

Premisa 5. No se puede afectar la libertad de un imputado hasta tanto no sea condenado.

Premisa 6. La imposición de una medida de aseguramiento afecta la presunción de inocencia.

Si el fiscal ubica rápida y puntualmente estas premisas, podrá contraargumentar de mejor manera, pues le bastará decir, por ejemplo, que ambos temas propuestos tácitamente por el defensor y que constituyen la esencia de su argumento, han sido resueltos de tiempo atrás por la jurisprudencia, pues en la sentencia C-774 de 2001 la Corte Constitucional explicó que el derecho a la libertad no tiene carácter irrestricto, por lo que resulta ajustado a la Constitución Política la detención preventiva cuando ello sea necesario para garantizar otros intereses constitucionalmente relevantes, bajo los límites consagrados en la Constitución y la ley. En la misma sentencia el alto tribunal indicó que la afectación provisional de la libertad no implica que el destinatario de la medida pierda el derecho a defenderse, ni significa que la presunción de inocencia haya sido resquebrajada, pues, igual, la Fiscalía mantiene la carga de probar la responsabilidad si optar por solicitar una sentencia condenatoria.

Además, el fiscal debe analizar la fuerza del argumento de la contraparte, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, si las premisas brindan suficiente respaldo a la conclusión. Esto es fundamental porque, en la práctica, la presentación de premisas verdaderas, así

tengan poca o ninguna relación con la conclusión, puede confundir al juez y llevarlo a tomar decisiones erradas, máxime si se tiene en cuenta que en un sistema de audiencias orales no hay tanto tiempo para reflexionar como en un sistema escrito. Asimismo, el fiscal debe verificar que las premisas que sirven de soporte a la conclusión sean aceptables, pues es común también que una premisa falaz, mezclada entre premisas verdaderas, le den a un grupo de enunciados la falsa apariencia de ser un argumento fuerte; veamos un ejemplo real:

En una audiencia de legalización del procedimiento de captura el fiscal aborda uno a uno los problemas jurídicos pertinentes y expresa una adecuada argumentación frente a cada uno de ellos. Al analizar el tiempo transcurrido entre la captura y el sometimiento del caso al conocimiento de la judicatura, el fiscal explica lo siguiente: “señor juez, transcurrieron ocho horas entre la aprehensión y el momento en que la Fiscalía radica la solicitud de audiencia, en ese interregno se hizo lo siguiente: se realizó la aprehensión misma, se informaron e hicieron efectivos los derechos del capturado y se materializaron los mismos; luego, se procedió al traslado del aprehendido a la Unidad de Reacción Inmediata, que se dificultó por la congestión vehicular propia de esa hora (seis de la tarde) y la distancia entre el sitio de captura y las instalaciones de la Fiscalía. Además, los policías tuvieron que procesar la evidencia y diligenciar los formatos respectivos. Por tanto, el tiempo transcurrido es más que razonable”.

Una vez se le concedió la palabra a la defensa, expresó: “señor juez, el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal dispone que el retenido debe ser dejado inmediatamente a disposición de la Fiscalía. Así estemos frente a un sistema nuevo, no es admisible que los policías se tarden ocho horas para llenar un formato, pues lo que está en juego es el derecho a la libertad. Esa tardanza es irrazonable y por tanto debe decretarse la ilegalidad del procedimiento”.

Si el fiscal no estuvo atento al alegato del defensor, no habrá notado que el argumento presentado por este incluye una premisa falsa que termina siendo el soporte de su argumento; veamos cómo podría descomponerse este argumento:

Premisa 1. El artículo 302 dispone que la Policía debe dejar al detenido inmediatamente a disposición de la Fiscalía.

Premisa 2. Ocho horas es un tiempo exagerado para diligenciar los formatos.

Premisa 3. Esa tardanza injustificada afectó el derecho a la libertad.

Conclusión: Debe decretarse la ilegalidad del procedimiento de captura.

Al margen de la discusión sobre si el procedimiento de captura es simple o complejo (de lo que depende si los actos posteriores a la aprehensión pueden acarrear la ilegalidad de la misma), es claro que la defensa está utilizando una premisa falaz, pues los policías no tardaron ocho horas para diligenciar los formatos; ese fue el tiempo transcurrido entre la captura y la radicación de la solicitud de la audiencia.

6. LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS ESPECÍFICAS DE ARGUMENTACIÓN EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

Finalmente, cabe resaltar que las nociones básicas que se proponen en este módulo deben ser profundizadas y complementadas, pues el tema de la argumentación judicial es bastante amplio y abarca otras técnicas que pueden ser útiles para un mejor cumplimiento de la función. De las formas especiales de argumentación que trae a colación *Pablo Bonorino*²¹ en su obra, seleccionaremos una de ellas, el dilema, para ilustrar sobre su posible utilización en la labor cotidiana de los fiscales.

Dilema: El dilema es una técnica argumentativa orientada a poner a la contraparte en posición de tener que aceptar una de dos posibilidades, las cuales conducen a una misma conclusión. Su expresión lógica es la siguiente:

P o Q

Si P entonces S

Si Q entonces S

²¹ BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA, Jairo Iván. *Argumentación Judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2003.

Veamos un ejemplo:

A Pedro se le imputa el delito de acceso carnal violento en la persona de su vecina María. El Juez de Control de Garantías le impone medida de aseguramiento de detención preventiva en el sitio de residencia. Días después, Pedro es sorprendido por funcionarios del INPEC en el tejado de la casa de María. El fiscal solicita audiencia para modificar la medida de aseguramiento en lo que atañe al sitio de reclusión; dice:

“Señor juez, Pedro fue sorprendido en el techo de la casa de María y de ello solo pueden inferirse dos cosas; o Pedro se iba a evadir de su sitio de reclusión o iba a atacar de nuevo a su vecina María. Ambos casos conducen a la misma conclusión, esto es, que es necesario que Pedro esté retenido preventivamente en un centro carcelario”.

El fiscal ha tratado de poner a la defensa a elegir entre dos posibilidades, ambas útiles para su pretensión: Pedro, o se iba a escapar o iba a atacar de nuevo a María.

La parte que enfrenta un dilema puede salirse del mismo de dos maneras: (i) demostrando que el supuesto básico no es cierto (Pedro no estaba en el tejado de la casa de María), o (ii) demostrando que las posibilidades expuestas por la contraparte no son las únicas que permiten explicar razonablemente la situación (Pedro sí estaba en el tejado, pero no se iba a evadir ni iba a atacar a María, simplemente estaba recuperando un globo de su hijo).

El dilema, adecuadamente utilizado, suele ser una herramienta argumentativa fuerte. Veamos un ejemplo:

Pedro es capturado en flagrancia cometiendo un delito de hurto calificado. Cuando se le pregunta por su teléfono y su dirección, Pedro asegura que no recuerda dónde vive, que no sabe su número telefónico y que no tiene ningún familiar a quién avisar su situación. Durante la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, el fiscal, luego de mostrar las evidencias de las que se infiere razonablemente que Pedro es el probable autor de la conducta de hurto calificado, expone: “señor juez, de lo expresado por Pedro a los investigadores durante el procedimiento de captura solo pueden inferirse dos cosas: o Pedro no tiene arraigo y por tanto se reúne

el requisito consagrado en el numeral primero del artículo 312 del Código de Procedimiento Penal para concluir que no comparecerá al proceso, o ha tratado de ocultar dicha información a las autoridades, evento en el cual se daría el supuesto consagrado en el numeral tercero de la norma en mención para arribar a la misma conclusión (el comportamiento del imputado durante el procedimiento permite inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena). En este caso el fiscal ha tratado de poner a la defensa a elegir entre dos situaciones, ambas favorables a la pretensión de la Fiscalía.

En este caso la defensa podría tratar de salirse del dilema aduciendo, por ejemplo: (i) que no es cierto que Pedro haya ocultado la información; (ii) que sí ocultó la información, pero lo hizo por no avergonzarse ante su familia, mas no porque quiera evadir la acción de la justicia.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 6

1. Elabore un mapa conceptual con los siguientes conceptos: problema jurídico, conclusiones, premisas, conexión lógica, descomposición de argumentos.
2. Analice la siguiente disertación y ubique lo siguiente: (i) enunciados que no hacen parte del argumento; (ii) problema(s) jurídico(s); (iii) conclusión(es); (iv) premisas explícitas, y (v) premisas tácitas. Luego, prepare el respectivo contraargumento.

“Señor juez, la defensa tiene el sagrado deber de resistir la pretensión punitiva y oponerse a toda solicitud que implique la limitación de derechos fundamentales, esta es una conquista de la humanidad y por tanto haré mi mejor esfuerzo para cumplir a cabalidad mi misión. Señoría, aunque la Fiscalía acreditó que la captura se produjo en estado de flagrancia y ha enseñado un acta de derechos del capturado y un acta de buen trato, en las que mi defendido no hizo ninguna observación, y aunque exista evidencia de que mi cliente llegó ileso a las instalaciones de la Unidad de Reacción Inmediata, lo cierto es que en estos momentos presenta una lesión en su frente, la cual es perceptible a simple vista. Por tanto, Señoría, debe decretarse la ilegalidad del procedimiento de captura y debe ordenarse la exclusión de la droga que le fue incautada a mi prohijado.”

UNIDAD 3

LA ARGUMENTACIÓN EN EL JUICIO ORAL

Objetivo general

Argumentar inductivamente y deductivamente en la audiencia de juicio oral.

Objetivos específicos

1. Construir argumentos inductivos en la audiencia de juicio oral.
2. Construir argumentos deductivos en la audiencia de juicio oral.
3. Descomponer los argumentos presentados por los demás intervinientes en la audiencia de juicio oral.
4. Presentar contraargumentos en la audiencia de juicio oral.

LA UTILIZACIÓN DE ARGUMENTOS INDUCTIVOS PARA LA PREPARACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL

El fiscal debe iniciar la preparación del caso desde el momento mismo en que le sea asignado, y debe seguir un procedimiento que le permita construir una argumentación razonable que luego presentará al juez en la respectiva audiencia.

Puede afirmarse que el fiscal realiza dos procedimientos intelectivos determinantes para cumplir su función, pues inicialmente debe

establecer qué fue lo que realmente ocurrió, cuál es la trascendencia jurídica y la ubicación típica concreta de la conducta realizada por un determinado ciudadano y cuáles las evidencias que demuestran los hechos, y luego debe establecer la mejor forma de llevar dicha información al juez con el propósito de convencerlo de que su tesis es la más razonable. Cabe insistir que en un sistema de tendencia acusatoria el juez conoce de los hechos aquello que las partes le informen mediante los diferentes medios de prueba y las argumentaciones que presenten en las respectivas audiencias.

Al recibir la noticia criminal, cualquiera que sea su fuente, el fiscal procura tener una primera aproximación a lo sucedido y trata de establecer la trascendencia jurídico-penal de los hechos. De ese primer análisis dependerá la decisión de seguir adelante con la actuación o disponer lo pertinente para poner fin a la misma²². Dicho análisis incluye, obviamente, una calificación jurídica de los hechos, así la misma sea provisional. Si el fiscal considera que los hechos realmente tienen trascendencia penal, debe acopiar los elementos de convicción que le permitan sustentar su pretensión ante el juez de conocimiento.

Tal y como se concluyó en los acápite anteriores, el primer requisito para la adecuada preparación de una argumentación es la ubicación de los puntos de debate o los problemas jurídicos, y, como es apenas obvio, la ubicación de los problemas jurídicos solo es posible si se tiene un adecuado conocimiento de lo sucedido²³, pues ello es indispensable para establecer la hipótesis delictiva, esto es, para enmarcar dichos hechos en un tipo penal determinado. Asimismo, para realizar un adecuado plan de investigación o programa metodológico, el fiscal

²² Si encuentra, por ejemplo, que no se reúnen los elementos objetivos del tipo penal, podrá disponer el archivo de las diligencias (si está en la etapa de indagación); si una carencia en tal sentido está relacionada con los elementos subjetivos del tipo, debe acudir ante el juez de conocimiento para solicitar la preclusión. Sobre este aspecto debe consultarse el módulo de Estructura y el de principio de oportunidad.

²³ Es obvio que, generalmente, en principio no se cuenta con información suficiente para llegar a conclusiones definitivas. Sin embargo, y a eso nos referimos, es fundamental que el fiscal conozca muy bien la noticia criminal y los medios de acreditación que se alleguen con la misma o que surjan de los actos urgentes que realice la Policía Judicial.

debe tener claro los elementos estructurales del tipo penal en el cual se enmarcan los hechos materia de investigación. Si el fiscal no conoce suficientemente lo sucedido y por ello (o por cualquiera otra razón) no realiza una acertada adecuación típica, tendrá serias dificultades para preparar su argumentación, pues, como veremos, la correcta ubicación de los elementos estructurales del tipo, incluyendo las circunstancias de agravación y atenuación, permite establecer los problemas probatorios que deben ser abordados en la respectiva audiencia.

El análisis paulatino que de los hechos realiza el fiscal, de acuerdo a su percepción inicial de la noticia criminal y a los resultados que vayan arrojando los actos de investigación, le permiten construir su teoría del caso, esto es, sus conclusiones en torno a lo realmente ocurrido y a las repercusiones jurídicas de dicha realidad fáctica. Es obvio que la teoría del caso siempre está en proceso de estructuración, pues la información que se vaya recopilando puede modificar las conclusiones iniciales, e incluso es posible que un posterior análisis más cuidadoso de los hechos y las evidencias lleve a pasar de una hipótesis delictiva a otra o incluso a descartar la ocurrencia de una conducta penalmente relevante. Aunque, como se dijo, el fiscal desde un principio valora los hechos y las evidencias recopiladas, debe estar atento a los cambios que sea necesario introducir por alguna de las razones indicadas.

El nuevo ordenamiento procesal penal apunta a que el equipo de la Fiscalía (un fiscal que dirige y unos policías judiciales que ejecutan los actos de investigación) realice su labor de manera técnica y organizada, pues ello incide en la optimización de recursos y, principalmente, en la eficacia de la administración de justicia. En efecto, el artículo 207 dispone que luego de recibido el informe ejecutivo el fiscal y los miembros de la Policía Judicial deben realizar un programa metodológico, que no es otra cosa que la planeación de la investigación de acuerdo a los problemas probatorios que debe resolver el ente acusador frente a cada hipótesis delictiva.

Si, a manera de ejemplo, un fiscal concluye que unos determinados hechos se enmarcan en el delito de homicidio culposo, consagrado en el artículo 109 del Código Penal, y que el mismo le es atribuible a María, de antemano sabrá que tendrá que enfrentar, como mínimo, los

siguientes problemas probatorios: (i) la real ocurrencia de una muerte; (ii) la realización de una conducta culposa atribuible a María; (iii) la relación causal entre la conducta culposa y el resultado muerte.

Por consiguiente, el programa metodológico que diseñe en asocio con los funcionarios de policía judicial deberá orientarse a esclarecer estos puntos concretos, bajo el entendido de que los errores que cometa frente a uno o varios de ellos podrán afectar o, incluso, truncar, el éxito de la pretensión punitiva.

En este orden de ideas, puede afirmarse que el programa metodológico debe contener la relación de los problemas jurídicos probatorios que debe abordar el fiscal, e incorporará un plan de trabajo para darle una respuesta razonable o aceptable a cada uno de ellos. El programa metodológico implica, entonces, un análisis permanente de cada una de las premisas que sirven de soporte al argumento central (en este caso la petición de condena), y conlleva necesariamente un análisis anticipado de los argumentos y subargumentos que a la postre serán presentados al juez. Y hacemos énfasis en que el fiscal debe analizar constantemente la argumentación que está en construcción, porque solo cuando verifique que sus conclusiones son razonables podrá tomar decisiones tan importantes como formular imputación, acusar o solicitar la condena. Así entonces, el programa metodológico mantiene vigencia durante toda la actuación, solo que va variando de acuerdo a los resultados de los actos de investigación y a las valoraciones que el fiscal haga de los mismos.

En el caso objeto de análisis, la hipótesis delictiva, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, podría ilustrarse de la siguiente manera:

Premisa 1. María realizó un comportamiento culposos

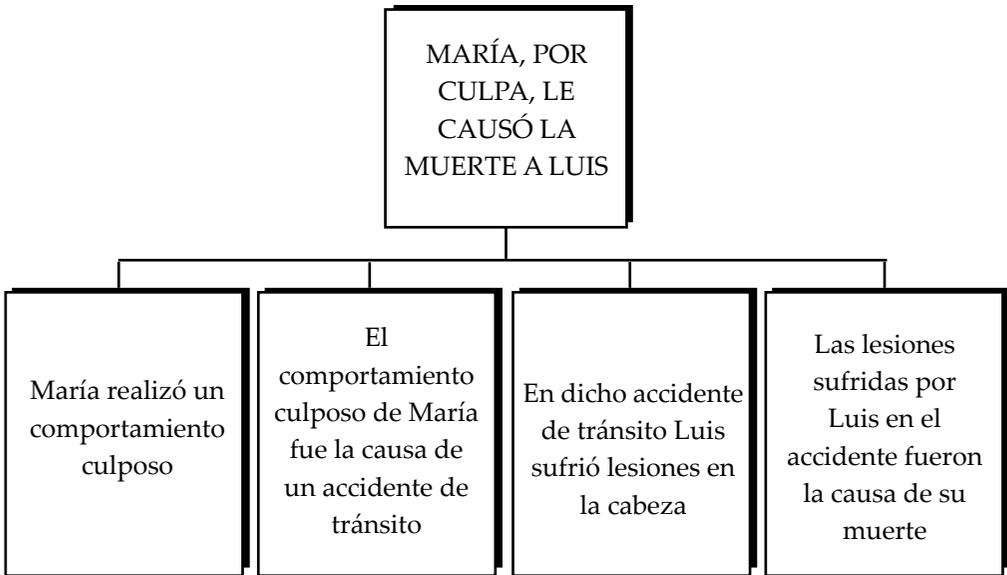
Premisa 2. Dicho comportamiento culposos fue la causa de un accidente de tránsito.

Premisa 3. En el accidente de tránsito Luis sufrió graves lesiones

Premisa 4. Dichas lesiones le causaron la muerte a Luis

Conclusión: María, por culpa, le causó la muerte a Luis

Dicho argumento puede apreciarse de mejor manera en la siguiente gráfica:

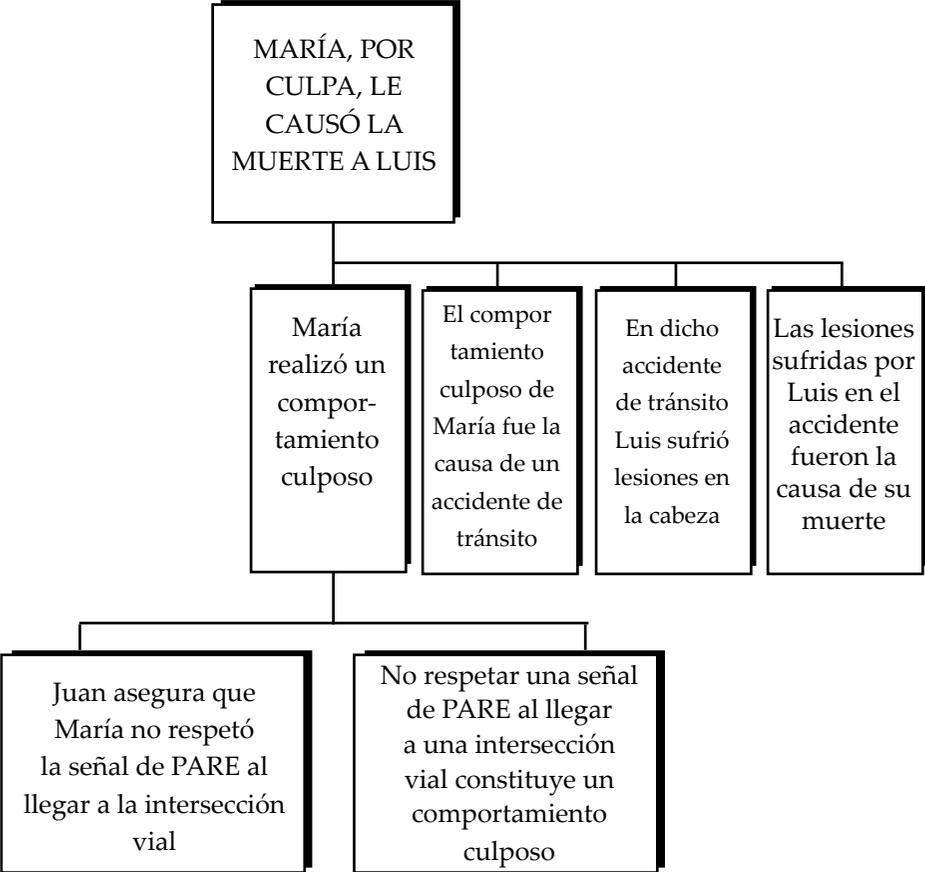


En este orden de ideas, el equipo de la Fiscalía deberá orientar sus esfuerzos a obtener legalmente la información que luego podrá aducir como prueba para demostrar cada uno de los aspectos enunciados. Según lo analizado en acápite anteriores, el fiscal tendrá claro que la aceptabilidad de las premisas que sirven de soporte a la conclusión debe ser demostrada con niveles de subargumentación, pues si no expresa los fundamentos el juez no tiene por qué aceptar, por ejemplo, que María realizó un comportamiento culposo, que ese comportamiento fue la causa de un accidente, que a raíz de ese accidente Luis sufrió lesiones, etc. Para ahondar sobre lo expuesto hasta ahora, analizaremos los subargumentos que hipotéticamente podrían presentarse para que la premisa “*María realizó un comportamiento culposo*” sea aceptable.

Partamos de que en el informe ejecutivo se anuncia que JUAN, en la entrevista rendida a los investigadores, aseguró que el accidente se produjo porque María no respetó la señal de PARE que existe al llegar a la intersección y por ello arrolló a LUIS, quien circulaba en su motocicleta a una velocidad moderada y por el carril que le correspondía. JUAN informó, además, que LUIS sufrió un fuerte golpe en la cabeza. Como vemos, tal y como suele suceder en la práctica, el informe ejecutivo contiene información importante para demostrar

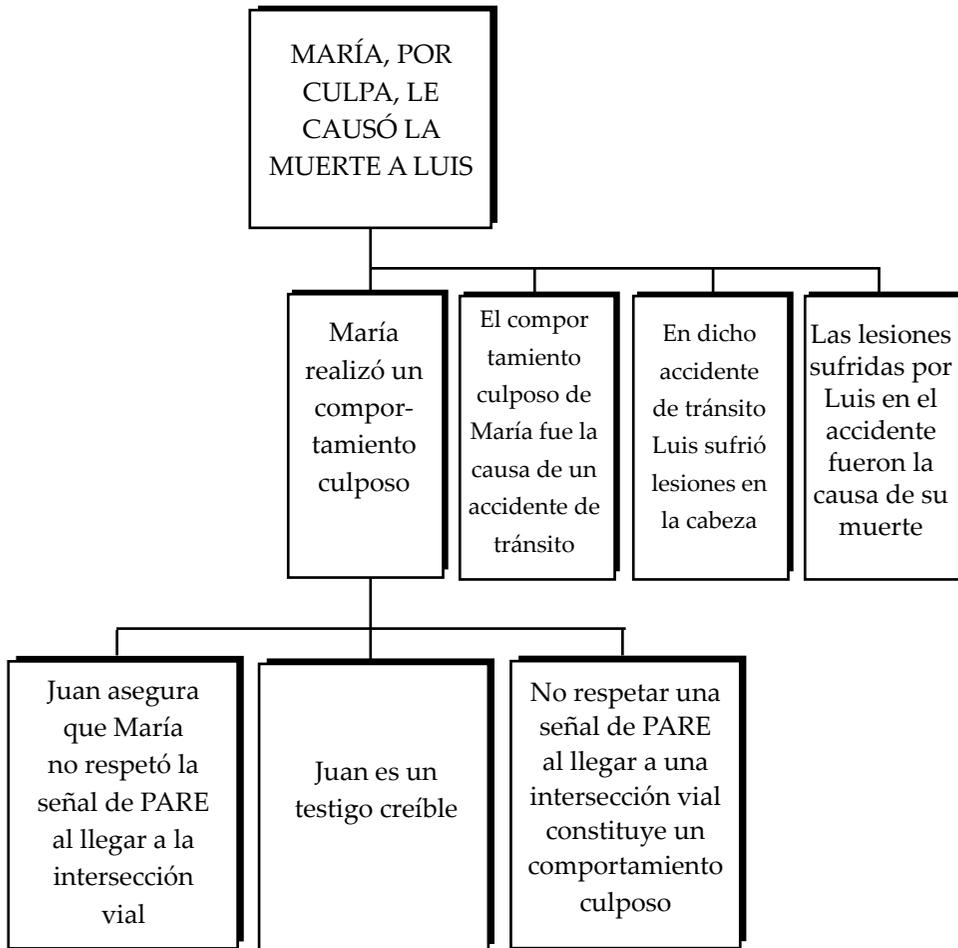
la aceptabilidad de la premisa “María realizó un comportamiento imprudente”, aunque, como se verá, dicha información no es suficiente para brindarle un respaldo adecuado a esta conclusión.

De acuerdo a lo anterior, los niveles de argumentación hasta ahora logrados podrían graficarse de la siguiente manera:



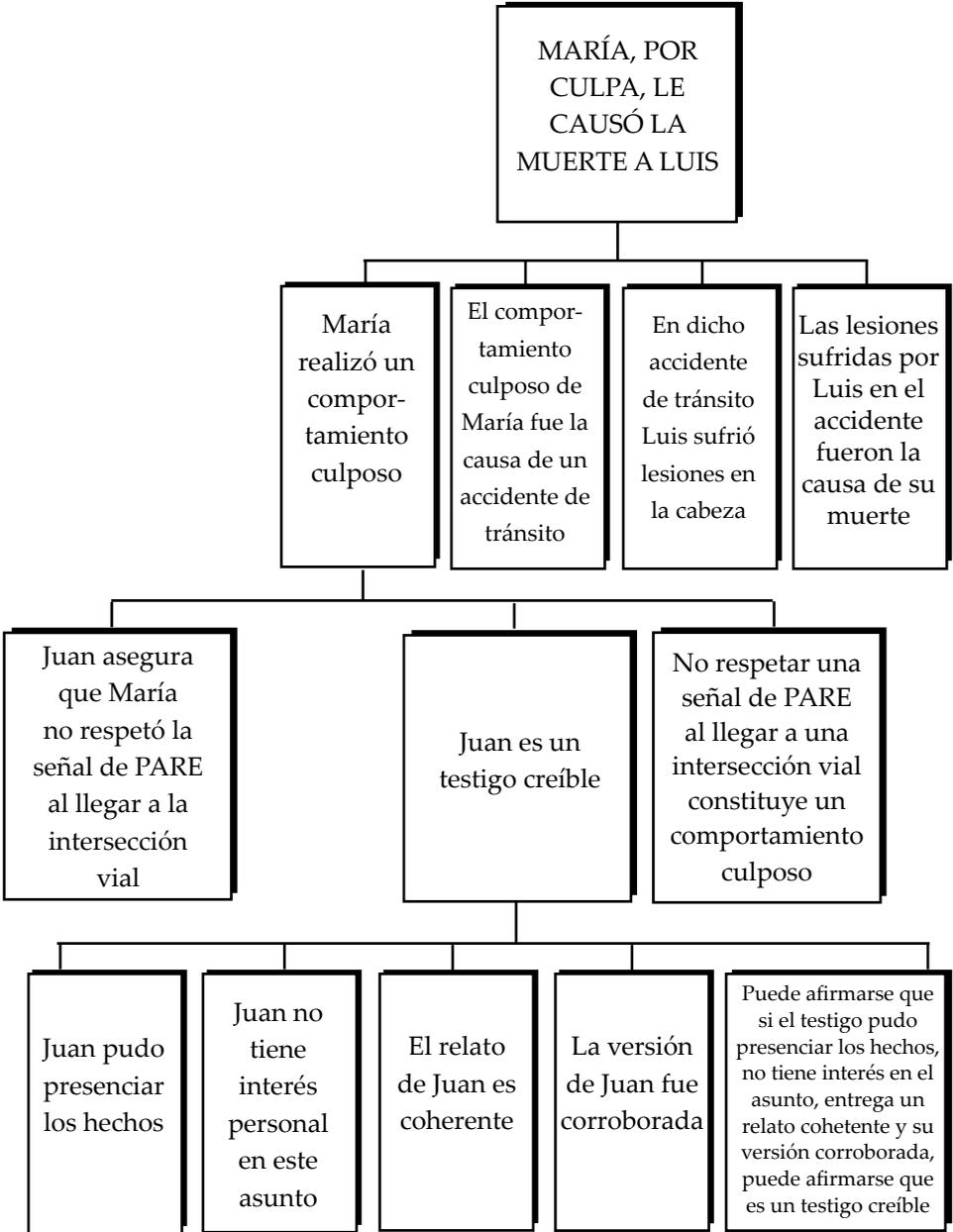
El último nivel de subargumentación expuesto es insuficiente, sobre todo si se tiene en cuenta que está orientado a mostrar la aceptabilidad de una de las premisas más importantes para sostener la pretensión punitiva en un delito de homicidio culposo (la realización de un comportamiento culposo). En efecto, el fiscal ha dejado por fuera un aspecto ineludible cuando se pretende acreditar un elemento estructural del delito o un aspecto penalmente relevante

con prueba testimonial: *la credibilidad del testigo*. Por tanto, en el subargumento que sirve de respaldo a la premisa en mención debió incluirse una premisa más, que podría ser “*Juan es un testigo creíble*”. Así las cosas, este primer nivel de subargumentación podría graficarse así:

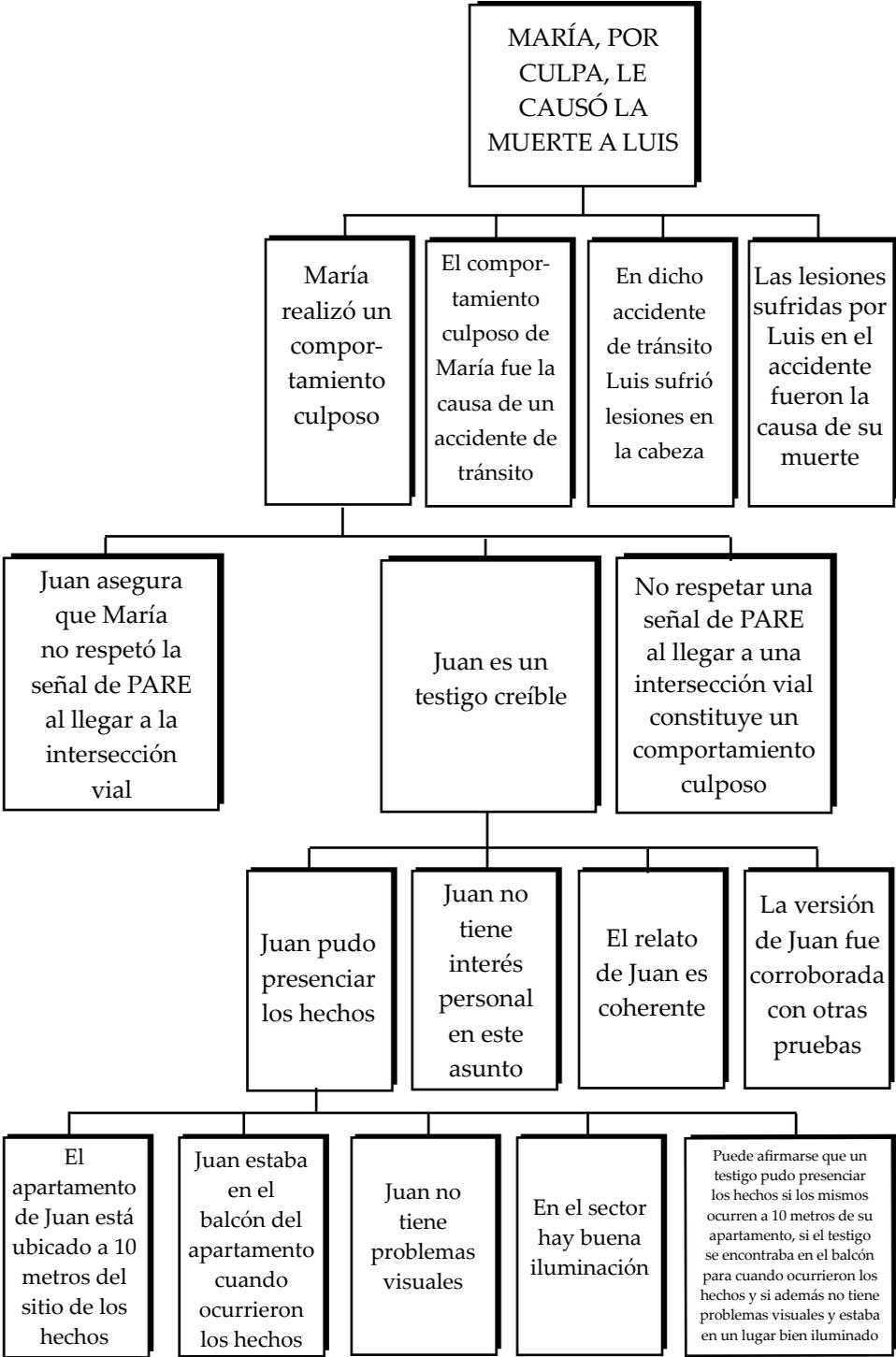


A lo largo de este trabajo se ha insistido en que el fiscal debe verificar que todos sus enunciados sean aceptables, y dicha aceptabilidad depende, según vimos, del respaldo que encuentren en otras premisas cuya validez también debe ser verificada. Así las cosas, es claro que no basta con que el fiscal afirme que “*Juan es un testigo creíble*” para que el juez acepte que el testimonio de este

puede ser, en buena parte, la base de una condena. La credibilidad del testimonio de Juan es un aspecto que el fiscal debe incluir en su programa metodológico. A manera de ejemplo, los resultados de las tareas de investigación acordadas podrían llevar al fiscal a las siguientes conclusiones:



Aunque el argumento anterior tiene una mejor construcción, es claro que el equipo de la Fiscalía no ha terminado su labor investigativa, pues todavía quedan enunciados cuya aceptabilidad exige otros niveles de subargumentación. Por ejemplo, no hay por qué aceptar, por el simple hecho de que lo diga el fiscal, que "*Juan pudo presentar los hechos*"; es necesario que se expresen las razones que sirven de fundamento a esta aseveración, y dichas razones tienen que ser halladas por los investigadores, bajo la dirección del fiscal. Este nuevo nivel de subargumentación podría ser el siguiente:



El fortalecimiento de la argumentación que se evidencia en la anterior gráfica pudo haberse logrado gracias a que el ente investigador, consciente de los problemas probatorios que tendrá que abordar en la audiencia de juicio oral, dispuso la realización de los actos de investigación necesarios para establecer aspectos fundamentales para la posterior presentación del caso ante el juez: (i) dónde estaba ubicado JUAN para cuando ocurrieron los hechos; (ii) a qué distancia de dicho lugar ocurrió el accidente; (iii) la existencia de alguna relación de JUAN con las personas involucradas en el accidente y, (iv) la capacidad de dicho testigo para percibir los hechos.

Ahora el fiscal, frente a la premisa “*María realizó un comportamiento culposo*”, tiene un argumento más razonable para presentarle al juez en la audiencia respectiva, pues se ha ocupado de demostrar la aceptabilidad de sus enunciados.

Lo expresado hasta ahora resulta útil para analizar tres aspectos muy importantes para la preparación y presentación de argumentos en los casos penales: (i) la evidencia de corroboración; (ii) el programa metodológico, y (iii) la preparación de los interrogatorios.

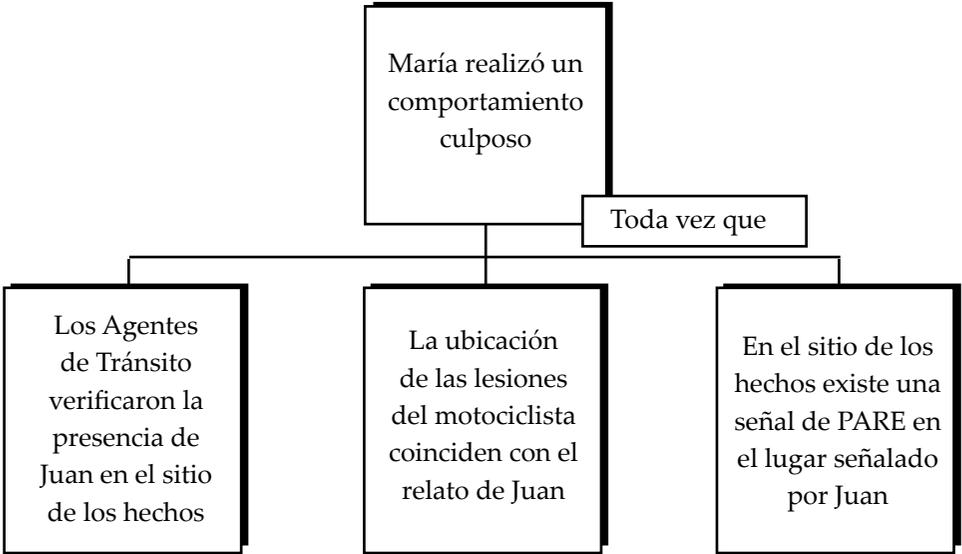
1. LA EVIDENCIA DE CORROBORACIÓN

Para lograr mayor aceptabilidad de las conclusiones (principales y derivadas), relacionadas con problemas jurídicos probatorios, el fiscal puede acudir a la denominada evidencia de corroboración, esto es, aquella que da cuenta de hechos o circunstancias que miradas aisladamente no brindan un apoyo directo o significativo al argumento central, pero que en un contexto determinado resulta útil para darle mayor fuerza a una determinada conclusión. En el caso anterior, para acreditar de mejor forma la verosimilitud del testimonio de Juan, el fiscal podría utilizar información que dé cuenta, por ejemplo, de la real existencia de la señal de PARE, de que la ubicación de las lesiones del occiso coincide con el relato de Juan, que los Agentes de Tránsito pudieron establecer que Juan estaba presente en el lugar para cuando ellos llegaron, etc. Es posible que esta información haga parte de los niveles de subargumentación de las otras premisas (la causa del accidente, la causa de la muerte, etc.); lo importante es que el fiscal la ubique en un contexto específico y

le indique al juez su relación lógica con la conclusión que se está defendiendo.

La evidencia de corroboración tiene especial importancia en la investigación de aquellos delitos que se caracterizan porque son cometidos en la clandestinidad. Por ejemplo, muchos casos de abuso sexual solo son presenciados por el agresor y la víctima por lo que generalmente el debate se reduce a la credibilidad de la versión de la víctima frente a la narración que haga el acusado, y la balanza puede inclinarse a favor de la parte que logre corroborar la versión de su testigo, sin que pueda pasar inadvertido el hecho de que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía. Así, por ejemplo, en un caso de violación podrá ser determinante que el fiscal pruebe que la víctima fue vista llorando en la fecha en que asegura haber sido violada, que pueda describir un lugar que solo pudo haber visto a raíz del abuso sexual, etcétera.

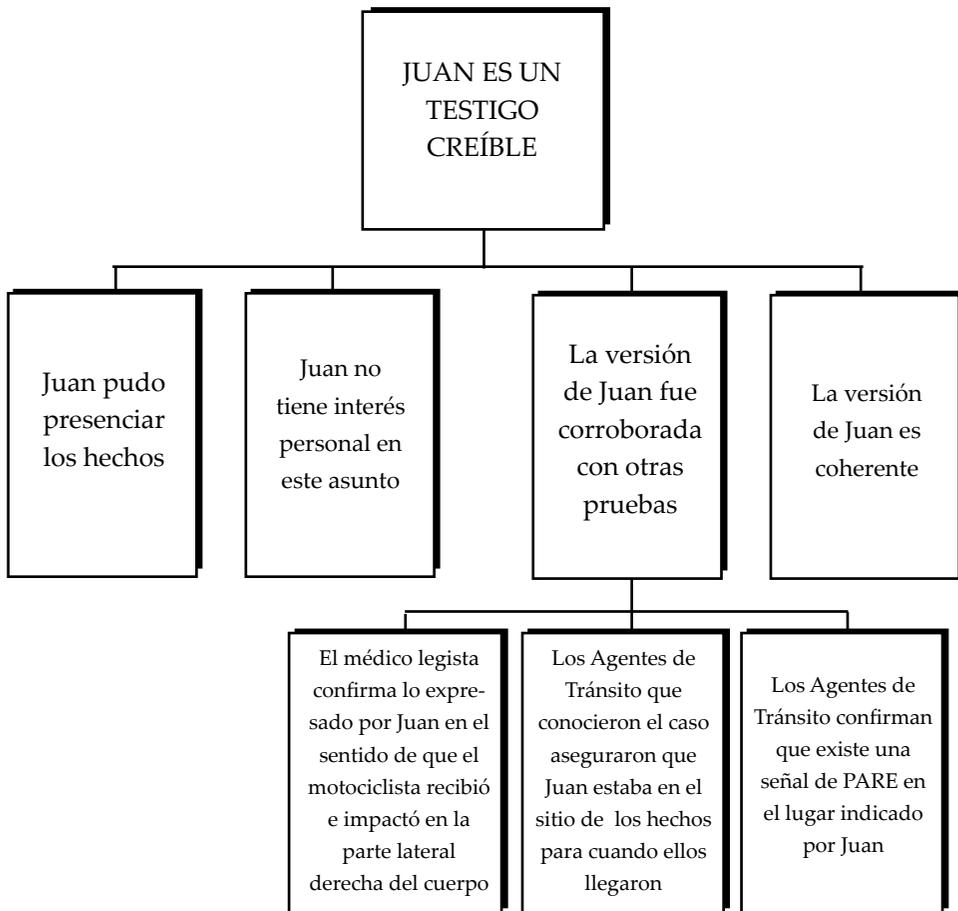
Lo importante de la evidencia de corroboración es que el fiscal pueda ubicarla en el contexto adecuado, pues de lo contrario puede aparecer como inconducente o impertinente. Según el ejemplo anterior de homicidio culposo, analicemos un evento de ubicación inadecuada de la evidencia de corroboración:



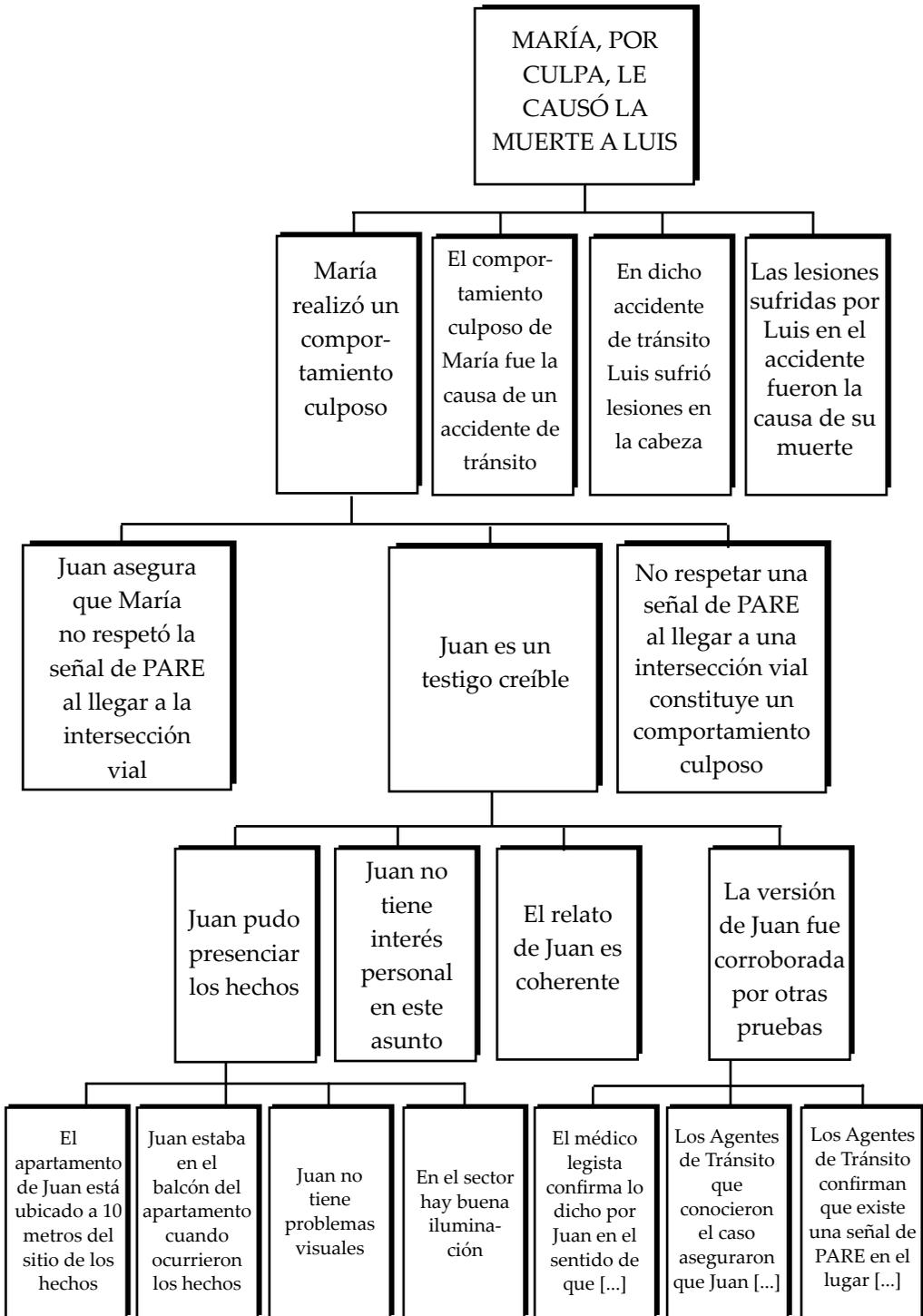
Presentado de esta manera el argumento, no se observa una relación lógica y directa entre las premisas que se muestran como

soporte de la conclusión. Sin embargo, dichas premisas, ubicadas en el sitio adecuado, brindan importante respaldo a conclusiones intermedias y, por ende, a la conclusión principal; veamos:

En la argumentación anterior incluimos la premisa *“la versión de Juan fue corroborada con otras pruebas”*; como respaldo a la conclusión *“Juan es un testigo creíble”*. Partiendo de la base de que ha quedado clara su ubicación lógica en la argumentación graficada con antelación, pasaremos a analizar su relevancia para hacer más fuertes todas y cada una de las conclusiones que hacen parte de la argumentación, pues la estructura lógica de un argumento implica que las falencias o fortalezas de todos y cada uno de los niveles de subargumentación puede afectar desde el último subargumento hasta el argumento central.



Aunque las tres premisas finales apoyan directamente la conclusión *“la versión de Juan fue corroborada con otras pruebas”*, a su vez le imprimen fuerza a la conclusión *“Juan es un testigo creíble”*, y en consecuencia representa un apoyo importante de la conclusión *“María realizó un comportamiento culposo”*, y por ende se erige en respaldo de la conclusión principal *“María, por culpa, le causó la muerte a Luis”*; ello se aprecia de mejor manera en el siguiente gráfico:



Como puede apreciarse, los problemas probatorios se van ampliando, o mejor, puntualizando, en la medida en que el fiscal va logrando el cabal entendimiento de su caso y va preparando una adecuada argumentación. Por ejemplo, en la primera parte de la preparación no parecía relevante establecer dónde estaba ubicado Juan para cuando ocurrieron los hechos, y la solución a este interrogante generó la necesidad de establecer la visibilidad que Juan tenía desde su apartamento.

Además, ha podido comprenderse que la evidencia que puede ser el soporte directo de una determinada premisa, a su vez puede ser utilizada como corroboración de otros enunciados con los que no guarde una relación directa o inmediata. Como dijimos, la tarea del fiscal es armar una especie de rompecabezas, y para ello debe tener claro cuáles son las piezas que necesita (elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida), para luego ubicarlas en el lugar preciso con el propósito de mostrarle al juez la razonabilidad de su pretensión.

En ocasiones el equipo de la Fiscalía logra recopilar información más que suficiente para demostrar que un delito ocurrió y que fue realizado por una determinada persona, pero el análisis inadecuado de la misma (sin tener en cuenta las reglas de la argumentación) y la consecuente indebida presentación ante el juez impiden que se haga justicia.

2. EL PROGRAMA METODOLÓGICO

Comoquiera que existe un módulo dedicado al programa metodológico, sólo nos referiremos a este tema a efectos de mostrar su trascendencia desde la perspectiva de la argumentación judicial.

Según lo expresado hasta ahora, es claro que durante la etapa de investigación el fiscal orienta sus esfuerzos a la ubicación de hipótesis y a la verificación de las mismas. Dicha verificación, según vimos, se hace mediante actos de investigación que son dirigidos por el fiscal y ejecutados por la policía judicial. Desde el punto de vista de la argumentación, el plan de investigación es la metodología para hallar las razones, las buenas razones, para concluir que ha ocurrido una conducta punible y que la misma le es atribuible a un

determinado ciudadano. Dichas razones son las que llevan al fiscal a formular imputación y a acusar, y posteriormente son presentadas al juez en procura de que se imponga la sanción penal²⁴.

Para estos efectos es fundamental tener en cuenta que la argumentación judicial tiene límites que no aplican para la argumentación en otras áreas; por ejemplo, los argumentos deben estar relacionados o ser acordes con el ordenamiento jurídico²⁵, y, en lo que atañe a la argumentación probatoria, debe tenerse en cuenta que solo es admisible la prueba legalmente obtenida, que los elementos materiales probatorios deben ser auténticos, etc. Por ello, al preparar su caso, el fiscal deberá constatar que la evidencia que tiene vocación de prueba haya sido obtenida respetando los límites constitucionales y legales, y que esté en capacidad de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y los documentos. En efecto, durante la preparación del caso el fiscal debe verificar que la evidencia física y los documentos sean auténticos, y luego debe explicarle al juez dicha circunstancia. Lo anterior da cuenta de las dos actividades a que hicimos alusión en los párrafos precedentes: el fiscal primero verifica la corrección de su argumentación (constata la aceptabilidad de cada una de las premisas) y luego trata de convencer al juez de que sus planteamientos son los más razonables o aceptables.

Para resolver este tipo de asuntos, el fiscal se enfrenta a diversos problemas. En primer lugar, debe estar en capacidad de mostrar, con los medios de acreditación, que los elementos materiales y documentos son auténticos, y, además, debe estar preparado para afrontar discusiones de carácter jurídico, pues es posible, por ejemplo, que la defensa plantee que si no se siguen los protocolos de cadena de custodia la evidencia es inadmisibile, lo cual, debe resaltar el fiscal, es contrario a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 277 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que los elementos materiales

²⁴ Sin perjuicio, obviamente, de que los hallazgos lleven a concluir que no ha existido conducta punible o que la misma no fue cometida por el imputado, eventos en los que el fiscal debe ordenar el archivo o solicitar la preclusión o incluso solicitar absolución perentoria en desarrollo del juicio oral.

²⁵ Piénsese, por ejemplo, que el fiscal adelantará una investigación para esclarecer un caso bigamia y luego acudiera ante el juez a solicitar la condena por dicha "conducta punible", a pesar de que la misma no hace parte del ordenamiento penal.

probatorios no sometidos a cadena de custodia son admisibles siempre y cuando la parte que los aduzca esté en capacidad de demostrar su autenticidad. De otro lado, es posible que la defensa –como en efecto ha ocurrido– plantee que el desconocimiento de los protocolos de cadena de custodia torna ilícita la evidencia, por lo que el fiscal deberá explicar que la cadena de custodia es un medio para garantizar la autenticidad, pero su desconocimiento no implica la violación de garantías fundamentales.

En todo caso, la ubicación de estos problemas, aunada a la adecuada preparación del caso, le permitirá al fiscal determinar cómo va a demostrarle al juez que su tesis (la autenticidad, por ejemplo) es la más razonable.

Retomando lo planteado en los acápites anteriores, puede concluirse que el programa metodológico debe incluir los problemas probatorios relacionados con los elementos estructurales de la conducta punible, pero también debe incluir la preparación de los niveles de subargumentación necesarios para mostrarle al juez que el argumento o tesis central (la procedencia de la condena) es razonable. Por tanto, no basta con verificar que se cuenta con un testigo ni con una evidencia física, sino que es necesario verificar que la versión es creíble y que el elemento material fue legalmente obtenido y es auténtico.

Si en el programa metodológico no se incluyen los niveles de subargumentación que el fiscal deberá mostrar al juez en la audiencia de juicio oral, es posible que el ente acusador se percate de este tipo de falencias cuando ya no sea posible remediarlas; por ejemplo, que en medio de la audiencia de juicio oral se percate de que el testigo no es creíble, que la evidencia fue ilícitamente obtenida o que existen dudas sobre su autenticidad, etcétera.

3. EL CONTENIDO DE LOS INTERROGATORIOS

Debe tenerse en cuenta que los interrogatorios (y en general la práctica de pruebas) es una forma de argumentar, pues, en últimas, lo que se hace con ello es llenar al juez de razones, de buenas razones, para tomar una determinada decisión. De ahí que el interrogatorio, como se indicó en el módulo de pruebas, no es una actividad que

se realice sin planeación y sin tener presentes los objetivos que se pretenden alcanzar. El análisis del caso a la luz de la argumentación le permite al fiscal establecer para qué le resulta útil un testigo, esto es, cuáles son los problemas probatorios que pretende solucionar con un determinado testigo (autoría, culpabilidad, etc.). Si no se tiene clara la estructura de la argumentación que se va construyendo a medida que se prepara el caso, el fiscal corre el riesgo de dejar de interrogar al testigo sobre temas fundamentales, o de formularle preguntas sobre aspectos que el testigo no conoce, dando lugar con ello a que el testigo pierda credibilidad²⁶.

En el caso de homicidio culposo que venimos trabajando, atendiendo al último nivel de subargumentación analizado, el fiscal tendrá claro que al testigo Juan deberá preguntarle: (i) dónde se encontraba para cuando ocurrieron los hechos; (ii) a qué distancia queda su apartamento del sitio de los hechos; (iii) cómo es la iluminación; (iv) cómo es el estado de su visión, etc.; y si asciende a los demás niveles de subargumentación tendrá que preguntarle si tiene alguna relación con el procesado o la víctima, y así sucesivamente, hasta ocuparse de los hechos penalmente relevantes. En todo caso, el fiscal tendrá conciencia de que cada pregunta que formula está orientada a construir una premisa de su argumentación, y estará en capacidad de realizar el interrogatorio de manera lógica y ordenada.

De la misma manera, el fiscal, al tener un caso técnicamente preparado, podrá establecer con claridad cuándo debe objetar una pregunta inadecuada de la defensa, pues es posible que el error de la contraparte le beneficie por la provocación de una respuesta útil para su argumentación. Por ejemplo, si al interrogar a uno de sus testigos el defensor pregunta ¿cómo se generaba la buena iluminación del sector?, sin que el deponente se haya referido a dicha circunstancia (pregunta sugestiva y argumentativa), en principio no existirían razones para oponerse a dicho interrogante, pues no afecta la teoría del caso de la Fiscalía e incluso robustece la tesis del ente acusador. Si, por el contrario, la defensa le pregunta a uno de sus testigos ¿por

²⁶ Si se le indaga al testigo sobre temas que este no conozca, seguramente entregará respuestas desacertadas o, en el mejor de los casos, expresará que no conoce nada sobre el particular. En ambos puede generarse la idea de que el testigo ha mentado o que no tenía un adecuado conocimiento de los hechos.

qué era poca la visibilidad en el sector?, sin que el deponente se haya referido a dicha limitación, el fiscal podrá establecer fácilmente que dicha pregunta afecta su teoría del caso (le resta fuerza a la conclusión *Juan pudo presenciar los hechos desde su apartamento*) y por tanto, sin vacilaciones, deberá oponerse a esta última pregunta por ser sugestiva.

En los acápite anteriores hicimos alusión a los dos procesos intelectivos que realiza el fiscal en ejercicio de su función, esto es, verifica lo ocurrido y establece la trascendencia de esa realidad fáctica, y luego planea la mejor manera de llevar dicha información al juez. Pues bien, en este momento nos ocuparemos del segundo aspecto en mención, valga decir, de la persuasión del juez, bajo el entendido de que el fiscal, dado su carácter de funcionario judicial, no podrá hacer uso de sus habilidades retóricas para convencer al juez de algo que no corresponda a la realidad o resulte injusto a la luz del ordenamiento jurídico; como ya se resaltó, la actividad del fiscal apunta, como bien lo anota Manuel Atienza, a una persuasión racional²⁷.

En el apartado anterior se mostró cómo la adecuada preparación del caso, desde la perspectiva de la argumentación, le permite al fiscal tener claros los temas que debe abordar con cada testigo e incluso le permitirá establecer el orden de las pruebas, en aras de lograr que el juez asimile la información que se le está transmitiendo. El adecuado conocimiento del caso (de su argumentación) también puede ser útil para sacar mejor provecho de las técnicas de interrogatorio; por ejemplo, el fiscal sabrá cuáles son los puntos cruciales con cada testigo y podrá hacer pausas, ecos o cualquier otro tipo de énfasis cuando el testigo entregue las respuestas más importantes, esto es, las que constituyen las premisas fundamentales de la argumentación.

Asimismo, cuando la defensa presente sus testigos el fiscal estará en capacidad de establecer cuándo su argumentación ha sido debilitada o, incluso, fortalecida por la acción del defensor²⁸. Ello será determinante para saber si hace uso de las oposiciones (cuando se trate de preguntas indebidamente formuladas), o si opta por contrainterrogar al testigo.

²⁷ Op. cit, p. 19.

²⁸ Nos remitimos al ejemplo anterior, donde se mostró cómo las preguntas de la defensa pueden fortalecer la teoría del caso del fiscal.

La adecuada preparación del caso, desde la perspectiva de la argumentación, le permitirá al fiscal delinear su declaración inicial o apertura, de tal suerte que al realizar dicho ejercicio no dejará por fuera ninguno de los aspectos relevantes, o sea los elementos estructurales de la conducta punible y todo aquello que tenga relación con la procedencia de la sentencia condenatoria²⁹. Además, podrá realizar adecuadamente las “*promesas probatorias*”, simple y llanamente porque tendrá claro qué es lo que debe probar en cada caso. Debe tenerse en cuenta que, sin duda, la declaración inicial o apertura es una forma de argumentación³⁰, pues es la oportunidad para que las partes (en nuestro caso el fiscal) presente las conclusiones que ha sacado de la actividad investigativa, esto es, para que exprese cuál es su versión de los hechos, y obviamente dicha versión corresponde a la hipótesis que verificó con los actos de investigación por él dirigidos y ejecutados por la policía judicial. Sería inconcebible que un fiscal exprese en su declaración inicial hechos cuya ocurrencia no ha verificado, o, dicho de otra manera, aspectos que nunca incluyó en su programa metodológico.

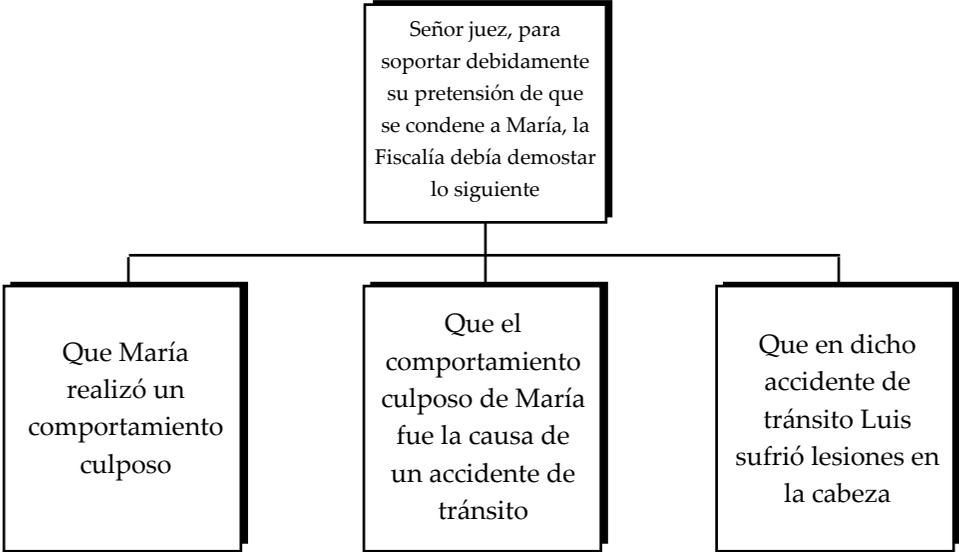
Las técnicas de argumentación resultan útiles para realizar un adecuado ejercicio de clausura, entendida esta como la oportunidad final para que el fiscal le demuestre al juez que ha quedado probada la real ocurrencia del hecho penalmente relevante y la responsabilidad del acusado. En ocasiones la clausura se reduce a un ejercicio meramente retórico, en el que el fiscal habla con elocuencia y menciona las pruebas practicadas, pero no explica la razonabilidad de cada una de las conclusiones que sirven de soporte a su pretensión. Lo ideal es que el fiscal, dentro de su propio estilo, retome los problemas probatorios³¹ inherentes a cada caso y le demuestre al juez que la Fiscalía ha cumplido con sus cargas.

²⁹ Elementos estructurales.

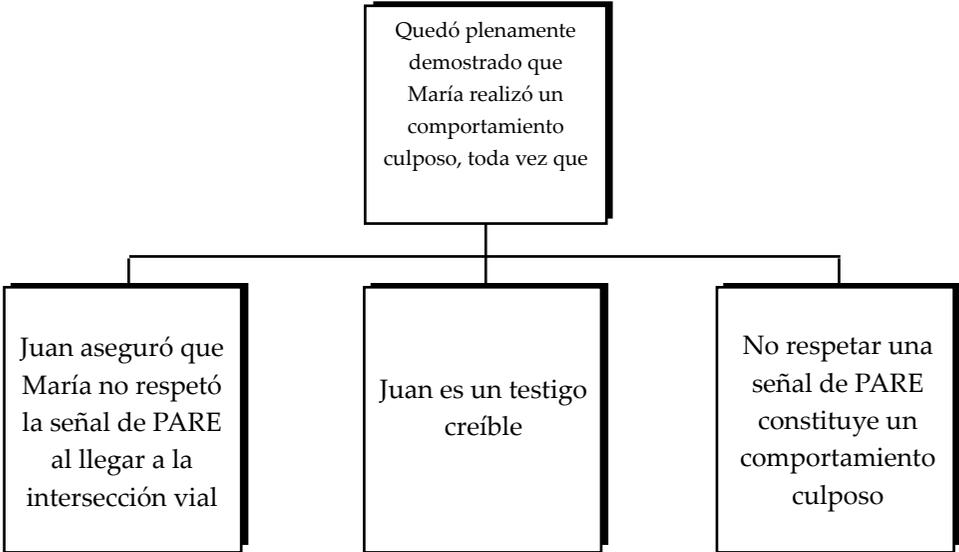
³⁰ Al narrar los hechos de una determinada manera el fiscal está tratando de persuadir al juez. Otra cosa es que no pueda valorar las pruebas ya que las mismas no se han practicado para ese momento.

³¹ Los problemas de norma aplicable o de interpretación serán analizados más adelante. En este acápite se hace énfasis en los problemas probatorios y la manera como pueden ser abordados.

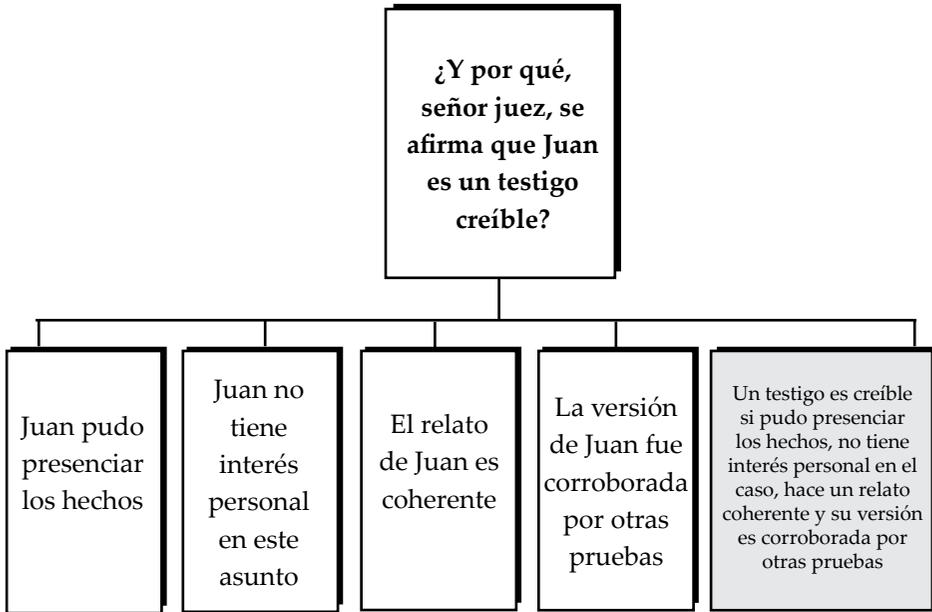
El esquema de la argumentación que el fiscal empezó a construir con los funcionarios de policía judicial desde que recibió el caso puede ser la guía perfecta para hacer la clausura. En el caso de homicidio culposo que hemos tomado como ejemplo, el fiscal podría enunciarle al juez lo siguiente:



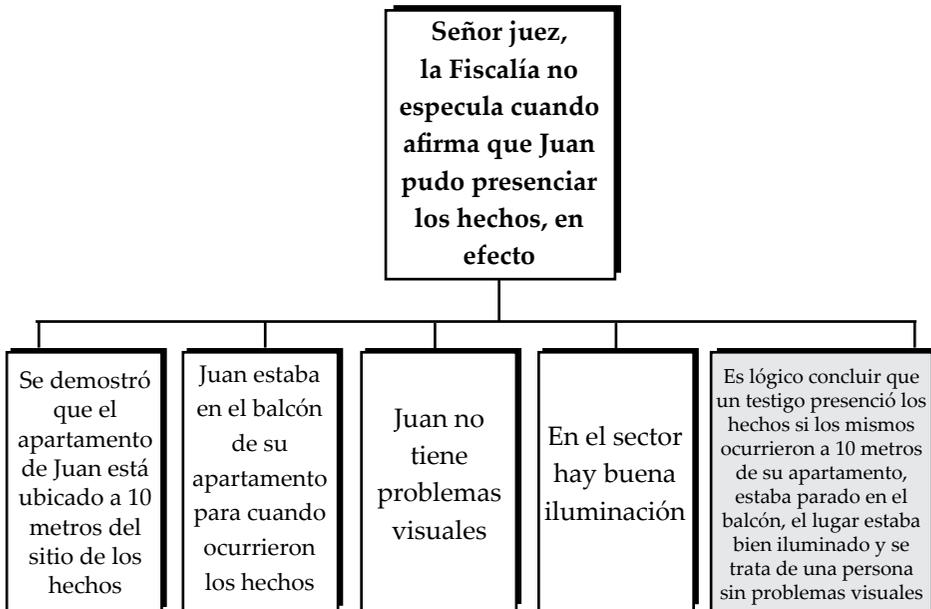
Luego, el fiscal podría explicar por qué resultan razonables las conclusiones que sirven de soporte a la conclusión principal:

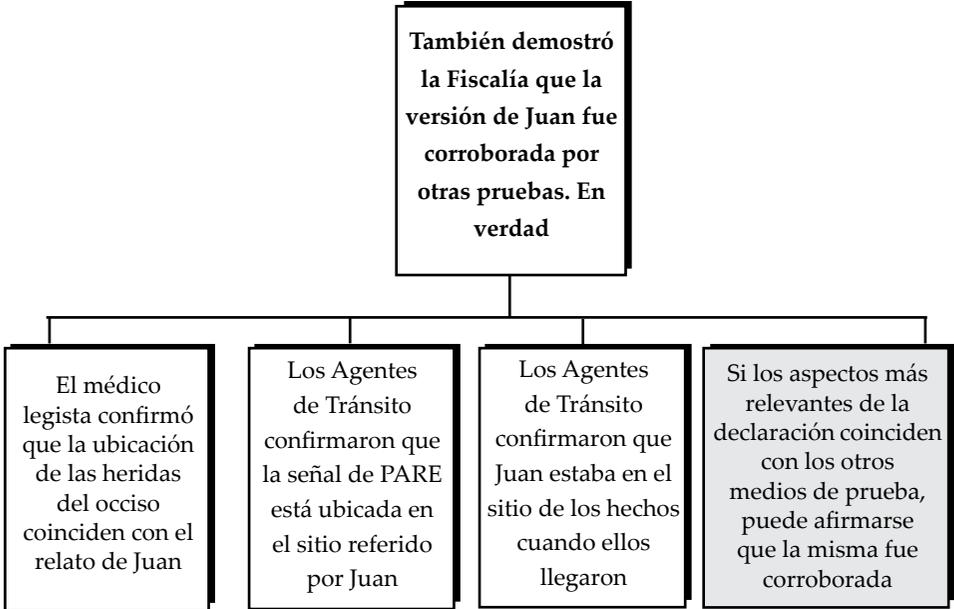


Y luego, el fiscal podrá explicar cada uno de los niveles de subargumentación:



Y seguirá la explicación de los otros niveles de subargumentación





Un relato como el anterior constituye una verdadera argumentación, pues el fiscal, luego de ubicar los problemas relacionados con el caso, propone una tesis y explica el fundamento de cada una de sus conclusiones. Independientemente del estilo que tenga el funcionario para hacer la presentación (desde el punto de vista retórico), el anterior esquema permite demostrar la razonabilidad de la pretensión del fiscal y por tanto le facilitará al juez el análisis sobre la procedencia o no de la condena, pues no debemos olvidar que si bien el juez conoce el derecho, los hechos los conoce por la actividad probatoria de las partes.

De lo expuesto hasta ahora puede llegarse a una importante conclusión: la preparación de un caso equivale, en últimas, a la preparación de una argumentación. Desde un comienzo el fiscal determina las hipótesis y dirige la labor investigativa a verificarlas o descartarlas. Luego de determinar que las conclusiones (principales y secundarias) son razonables, acude ante el juez a defender su pretensión, esto es, a demostrar que su tesis es la más razonable o aceptable. Por tanto, no pueden existir rupturas entre el programa

metodológico, la presentación del caso (apertura o declaración inicial), la práctica de pruebas y la clausura o alegato de conclusión, porque dichas actividades están dirigidas a lo mismo: a preparar y presentar adecuadamente una argumentación.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 7

1. Prepare una argumentación que tenga como conclusión la premisa “las lesiones sufridas por Luis en el accidente fueron la causa de su muerte”. Debe expresar, por lo menos, un nivel de subargumentación.
2. Cree un caso donde resulte aplicable la evidencia de corroboración. Debe explicar la ubicación de la misma en el esquema argumentativo.

UNIDAD 4

LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y SU UTILIZACIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Objetivo general

Utilizar las máximas de la experiencia en la argumentación durante las audiencias orales del sistema acusatorio.

Objetivos específicos

1. Utilizar las máximas de la experiencia en las audiencias preliminares.
2. Utilizar las máximas de la experiencia en la audiencia de juicio oral.
3. Identificar las máximas de la experiencia que expresa o tácitamente utilicen los demás intervinientes.
4. Argumentar frente a la admisibilidad de los enunciados que no reúnan las características de las máximas de la experiencia y sin embargo sean utilizadas como tales.

El funcionario judicial realiza gran cantidad de operaciones mentales en desarrollo de su función. En lo que atañe al aspecto fáctico, la mayoría de dichos procesos mentales están relacionados con inferencias, pues los hechos relevantes para un determinado caso no son conocidos directamente por el fiscal o el juez, sino

que su aproximación a los mismos se logra a través de los medios cognoscitivos³².

En el proceso de formación del conocimiento acerca de los hechos tienen incidencia las máximas de la experiencia, los aportes de la ciencia y, obviamente, la capacidad de raciocinio propia de los seres humanos. Sin embargo, como resalta el tratadista Perfecto Andrés Ibáñez, el funcionario judicial no siempre tiene plena conciencia del gran número de cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos en su actividad³³, por lo que es posible, agregamos, que algunas inferencias inconscientemente estén determinadas por sus propios prejuicios o por consideraciones de carácter general que no corresponden con la manera como generalmente ocurren las cosas.

La Corte Suprema de Justicia, en un trascendental fallo, al que haremos alusión en las siguientes líneas, explica el verdadero sentido de lo que se ha denominado “prueba indiciaria” y se refiere a la necesidad de implementar criterios más objetivos para la operación mental de establecer lo sucedido a partir de los medios de acreditación aducidos en el proceso:

“En el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas.

Con base en esa percepción el juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de

³² Según la estructura del nuevo ordenamiento procesal penal, dichos medios cognoscitivos tienen el carácter de simples evidencias o información legalmente obtenida en las etapas previas al juicio oral, y adquieren la calidad de prueba cuando son practicados en presencia del juez en el escenario definitivo del proceso penal.

³³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Los “hechos” en la sentencia penal. México: Fontamara, S. A., 2005.

las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004”.

En la misma sentencia la Corte hace énfasis en la importancia de evitar, en la mayor proporción posible, que las conclusiones de los servidores judiciales sean producto del “empirismo y la subjetividad personalísima del juez³⁴”.

Pues bien, a la par del conocimiento técnico científico, en el derecho penal contemporáneo se le presta especial atención a las denominadas máximas de la experiencia, a un punto tal que generalmente en las sentencias se lee que la valoración de las pruebas se hizo de acuerdo a las máximas de la experiencia y al sentido común. Sin embargo, dichas máximas, a pesar de la trascendencia invocada, no siempre son explicitadas, y en ocasiones se incorporan a la argumentación a manera de premisas tácitas, dificultando de esa manera su análisis y, en consecuencia, limitando las posibilidades de contradicción.

En este capítulo haremos unas breves consideraciones sobre las denominadas máximas de la experiencia, orientadas a mostrar su incidencia en la argumentación judicial. En primer lugar, se ilustrará

³⁴ Ahora bien, la percepción, definida de la manera más sencilla, se entiende como un proceso cognoscitivo sensorial y su resultado es un conocimiento sensorial, más o menos empírico, fundamento del conocimiento racional, conceptual y esencial. Por esto es por lo que el indicio no se puede considerar como medio de prueba, sino más bien como una reflexión lógico semiótica sobre los medios de prueba...”(24).

El denominado “método técnico científico” en cuanto a la producción probatoria, auspiciado en la academia especialmente por el segundo de los autores mencionados, tiende a que el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen. Así mismo, el método técnico científico, en lo relativo a la apreciación de los medios de prueba, persigue eliminar en la mayor medida posible el empirismo y la subjetividad personalísima del juez, efecto para el cual, deberá a la vez analizar con perspectiva técnico-científica las condiciones del sujeto que percibe (por ejemplo, el testigo y el perito), del objeto percibido (por ejemplo, las evidencias y los elementos materiales probatorios) y de la manera como se transmite lo percibido (por ejemplo, la declaración y la experticia).

sobre el desarrollo jurisprudencial del concepto; luego se mostrará cómo puede el fiscal hacer uso consciente de ellas, no sólo en el proceso de construcción de argumentos sino además en la descomposición de los argumentos de los demás intervinientes y en la consecuente presentación de contraargumentos. Retomando las ideas del tratadista Perfecto Andrés Ibáñez, se hará énfasis en la necesidad de que el fiscal sea plenamente consciente de sus propios procesos mentales en el análisis de un determinado caso y de las decisiones que debe adoptar en torno a los mismos, y centre con mayor agudeza la atención en los procesos mentales realizados por los demás intervinientes, a efectos de analizar con mayor exactitud la corrección formal y material de los argumentos que sirven de base a la decisión judicial.

1. ¿QUÉ SON LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA?

Antes de referirnos a la definición jurisprudencial de máximas de la experiencia, analizaremos un sencillo ejemplo que ilustre sobre sus características y alcances en la argumentación judicial.

En un alegato de clausura la defensa plantea lo siguiente:

Señor juez, no discutiré la defensa que el señor PEDRO fue quien le propinó las puñaladas a JUAN, ni que dichas heridas fueron la causa de la muerte. Lo que queremos resaltar es que las pruebas practicadas en este juicio dan cuenta de que PEDRO reaccionó ante una provocación ajena, grave e injusta, lo que hace aplicable la circunstancia de menor punibilidad consagrada en el artículo 56 del Código Penal. En efecto, quedó demostrado que JUAN le propinó varios golpes en el rostro a MARÍA, esposa de PEDRO, porque este se había retrasado dos días en el pago de una obligación, y le causó heridas considerables en los ojos y la nariz; también quedó probado que PEDRO está casado hace 10 años con MARÍA y nunca se ha separado de ella. Está probado también que la reacción violenta de PEDRO ocurrió poco después de que su esposa llegara sangrando a su casa a raíz de la golpiza que le propinó JUAN. Por tanto, señor juez, es evidente que mi cliente actuó en estado de ira e intenso dolor.

La reconstrucción del argumento relacionado con la circunstancia de menor punibilidad consagrada en el artículo 57 del ordenamiento penal, podría ser la siguiente:

Premisa 1. PEDRO y MARÍA son esposos hace 10 años.

Premisa 2. PEDRO Y MARÍA nunca se han separado.

Premisa 3. JUAN golpeó fuertemente a MARÍA en el rostro porque Pedro se había retrasado dos días en el pago de una deuda.

Premisa 4. *Entre cónyuges, hijos, padres y hermanos generalmente se crean fuertes lazos de afecto.* (Tácita).

Premisa 6. **Es común que las personas sufran una grave ofensa cuando sus seres queridos son agredidos físicamente.** (Tácita).

C: JUAN, al agredir a MARÍA, provocó grave e injustamente a Pedro.

En el anterior argumento se tiene que las tres primeras premisas se refieren a hechos relevantes para el caso, que pueden ser demostrados a través de cualquier medio de prueba que resulte idóneo, mientras que las dos últimas, si bien no se refieren a hechos, cumplen una importantísima función para darle solidez al argumento, pues sirven de puente entre las premisas fácticas y la conclusión.

En este caso se utilizaron dos máximas de la experiencia; la primera, relacionada con los sentimientos que suelen surgir entre los cónyuges³⁵, y la segunda, que da cuenta de los efectos que generalmente

³⁵ En la sentencia del 25 de noviembre de 1992, radicado 3382, la Corte Suprema de Justicia ilustra sobre el alcance y utilización de una máxima de la experiencia derivada del conocimiento antropológico y psicológico, que da cuenta de los vínculos afectivos que suelen existir entre los parientes; dijo:

“En segundo lugar es del caso hacer ver que cuando se predica del daño moral que debe ser cierto para que haya lugar a su reparación, se alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales que en este ámbito la verdad sea dicha el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre cuyo papel es aquí de grande importancia, toda vez que quien pretenda ser compensado por el dolor sufrido a raíz de la muerte de un ser querido, tendrá que poner en evidencia —según se lee en brillantes páginas que forman parte de los anales de jurisprudencia administrativa nacional— no sólo el quebranto que constituye factor atributivo de la responsabilidad ajena “... sino su

causa en una persona la agresión física a sus seres queridos. Puede advertirse que estas premisas constituyen enunciados generales, que dan cuenta de la forma como generalmente ocurren las cosas.

Según la teoría de la argumentación de Toulmin, este tipo de enunciados generales, que denomina “garantías”, cumplen el papel de autorizar o permitir el paso de los enunciados fácticos a la conclusión³⁶.

vinculación con el occiso (...) su intimidación con él, el grado de su solidaridad y, por lo mismo, la realidad de su afectación singular y la medida de esta ...”, añadiéndose que a tal propósito “... por sentido común y experiencia se reconocen presunciones de hombre de modo de partir del supuesto de que cada cónyuge se aflige por lo que acontezca al otro cónyuge, o los progenitores por las desgracias de sus descendientes y a la inversa, o que hay ondas de percusión sentimental entre parientes inmediatos ...” (Consejo de Estado, Sección 3ª; expediente 1651, aclaración de voto del conjuer doctor Fernando Hinestrosa, 25 de febrero de 1982), siendo por cierto esta línea de pensamiento la misma prohijada por la Corte (cfr, casación civil de 28 de febrero de 1990, arriba citada)(3), hace poco menos de tres años, al proclamar sin rodeos y con el fin de darle al tema la claridad indispensable, que cuando en el campo de la prueba del daño no patrimonial la jurisprudencia civil ha hablado de presunción “ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. *Las bases de este razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias.* Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y psicológico, *reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuges...*”.

³⁶ En la parte primera de este trabajo se hizo alusión a la obra de Toulmin (Los Usos de la Argumentación). Ahora haremos alusión al análisis que de la postura de dicho autor realiza Manuel Atienza, en aras de lograr un mayor acercamiento a la propuesta de aquel: “Según Toulmin, en un argumento pueden distinguirse siempre cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. El primero de ellos (claim) significa tanto el punto de partida como el punto de destino en nuestro proceder en una argumentación; por ejemplo: “X tiene derecho a recibir una herencia”. Al comienzo de la argumentación, pues, alguien (el proponente) plantea un problema frente a otro (oponente). En caso de que este último cuestione de alguna manera la pretensión, el proponente tendrá que dar razones (grounds, data) a favor de su pretensión inicial, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes; por ejemplo: “X es el único hijo de Y, el cual falleció sin dejar testamento”. El oponente podrá ahora discutir de nuevo los hechos, pero incluso en el caso de que los acepte puede exigir al proponente que justifique el paso de las premisas a la conclusión. Los enunciados generales

Para comprender mejor este concepto debemos recordar que los argumentos inductivos se caracterizan principalmente porque el paso de las premisas a la conclusión no es necesario; esto es, su estructura lógica (a diferencia de lo que sucede con los argumentos deductivos) no garantiza que si las premisas son verdaderas la conclusión será siempre verdadera. Los argumentos inductivos, según se ha dicho, se mueven en el ámbito de la probabilidad. Si se enuncia, por ejemplo, que el testigo Juan narró los hechos de una determinada manera, que la testigo María hizo un relato semejante y que no hay ninguna relación entre dichos testigos, podría concluirse que los hechos ocurrieron tal y como fueron narrados por los deponentes. En dicho razonamiento hay una premisa que hasta el momento no ha sido explicitada: *“el testimonio coincidente de dos testigos independientes que hayan mantenido sus versiones de los hechos con firmeza y sin incurrir en contradicción es una prueba fiable de que efectivamente esos hechos narrados son verdaderos”*³⁷, y dicho enunciado es precisamente el que permite pasar de los hechos (la declaración coherente de dos testigos que no tienen vínculos entre sí) a la conclusión (los hechos ocurrieron tal y como fueron narrados por los testigos).

Un ejemplo más tradicional puede ser útil para comprender mejor el papel que juegan este tipo de enunciados en la argumentación judicial. Repárese el siguiente argumento:

Premisa 1. El hurto ocurrió en horas de la noche

Premisa 2. En el lugar hay dos perros bravos

Premisa 3. Los perros no ladraron la noche en que ocurrió el hurto.

Conclusión: El hurto no fue cometido por un forastero (o, desde otra perspectiva, el hurto fue cometido por una persona conocida).

que autorizan dicho paso constituyen la garantía (warrant); las garantías no son enunciados que describen hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros; Toulmin pone este símil: los hechos o razones son como los ingredientes de un pastel, y la garantía es la receta general, que permite obtener el resultado combinando los ingredientes; en el ejemplo: “los hijos suceden –deben suceder– a los padres cuando estos han fallecido sin dejar testamento”. Op. cit, p. 120.

³⁷ Atienza. Op. cit., p. 229.

En el anterior argumento hay una premisa (hasta ahora tácita) que permite pasar de los hechos a la conclusión; un enunciado general que, según la teoría de Toulmin, haría las veces de garantía. En efecto, se está afirmando que “los perros bravos le ladran a los forasteros”, o, desde la otra perspectiva propuesta, que “los perros bravos no le ladran a quienes conocen”³⁸.

En el mismo sentido, pero ya desde la perspectiva del manejo técnico de las pruebas, Vito Gianturco anota:

“Las enseñanzas de la experiencia o reglas generales de la vida son llamadas a cumplir una función instrumental en la construcción de la prueba indiciaria: ellas no son el hecho conocido (circunstancia indiciante), ni constituyen tampoco el hecho a probar: representan, por el contrario, el medio necesario del cual el juez se vale para coordinar estos dos hechos”³⁹”.

Si se mira con detenimiento lo expuesto por el tratadista en mención, puede observarse que coincide, a su manera, en que las máximas de la experiencia equivalen a lo que Toulmin denomina garantías, precisamente por cumplir el papel de servir de puente entre las premisas fácticas y la conclusión.

Sobre la definición jurisprudencial del concepto de máximas de la experiencia, tenemos que en reciente jurisprudencia (CSJ SENTENCIA 26428 DEL CINCO DE FEBRERO DE 2007), la Corte Suprema de Justicia reiteró su posición en torno a este tema; dijo:

“La experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.”

³⁸ Ejemplo utilizado por varios tratadistas, entre ellos Perelman –Op. cit.–, WESTON, Antonohony. Las claves de la argumentación. Barcelona: Editorial Ariel, S. A. 2004.

³⁹ Acá queremos resaltar la importancia de los enunciados generales para pasar de las premisas fácticas a la conclusión. En lo que atañe a la denominada “prueba indiciaria”, nos remitimos a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

Del mismo modo, si se entiende la experiencia como el conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su origen en la costumbre, la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicio, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido⁴⁰, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos.

Así, las proposiciones analíticas que dejan traslucir el conocimiento se reducen siempre a una generalización sobre lo aportado por la experiencia, entendida como el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquellas desde una perspectiva de racionalidad que las apoya y que llevan a la fijación de unas reglas sobre la gnoseología, en cuanto el sujeto toma conciencia de lo que aprehende, y de la ontología, porque lo pone en contacto con el ser cuando exterioriza lo conocido.

(...)

Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en esta conllevan generalizaciones, las cuales deben ser expresadas en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto sociohistórico específico.

En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B⁴¹ (subrayas fuera de texto).

⁴⁰ Retomando el ejemplo inicial, puede afirmarse que en la cotidianidad se puede observar el comportamiento de las personas frente a sus parientes (cuestiones de hecho), y de esos hechos pueden inferirse los lazos de afecto que caracterizan dichas relaciones (cuestiones de sentido).

⁴¹ En el caso de las relaciones entre parientes: siempre o casi siempre que las personas tienen vínculos de parentesco, surgen entre ellas fuertes lazos de afecto.

El fiscal puede utilizar las máximas de la experiencia en dos sentidos diferentes. En primer lugar, puede utilizarlas para darle mayor solidez a su argumento, concretamente para explicar de mejor manera el paso de las premisas fácticas a la conclusión. De otro lado, puede orientar sus esfuerzos a demostrar que otro interviniente ha hecho un uso indebido de dicha figura, lo que puede ocurrir en dos sentidos: (i) que se le de a un enunciado el carácter de máxima de la experiencia sin que reúna los requisitos para ello; (ii) que la máxima de la experiencia no sea aplicable al caso concreto.

2. LA UTILIZACIÓN DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE ARGUMENTOS. VEAMOS UN EJEMPLO BASADO EN UN CASO REAL

Pedro le ofrece a Juan comprarle su vehículo por su valor comercial: treinta millones de pesos. Juan accede a vender el carro y hace la transferencia y la entrega del mismo a Pedro. Pedro no cancela el precio acordado, y de antemano sabía que no lo podía cancelar ya que la cuenta bancaria de donde supuestamente provendría el dinero había sido saldada varios meses atrás. La discusión se centra en si se trata del simple incumplimiento de un contrato o si Pedro incurrió en el delito de estafa. Durante su clausura, la Fiscalía plantea lo siguiente:

Premisa 1. Pedro le ofreció a Juan comprarle su vehículo por treinta millones de pesos.

Premisa 2. Juan accede a vender el carro e hizo la transferencia y entrega del mismo a Pedro.

Premisa 3. Pedro no cancela el precio acordado.

Premisa 4. De antemano Pedro sabía que no podía cancelar el precio, porque la cuenta bancaria de donde supuestamente saldría el dinero había sido saldada meses atrás.

Premisa 5. *Es común que los contratos sean utilizados para engañar a las personas y despojarlas de su patrimonio.*

Conclusión: Pedro utilizó un contrato para engañar a Juan y despojarlo de un vehículo avaluado en treinta millones de pesos.

Puede observarse que las cuatro primeras premisas corresponden a hechos relevantes para el caso. La premisa número cinco no hace alusión a un hecho, pero contiene un enunciado de carácter general, de una máxima de experiencia que da cuenta de la frecuente utilización de los contratos para hacer incurrir o mantener en error a una persona para despojarla de su patrimonio. La función primordial de dicha premisa es facilitar el paso de las premisas fácticas a la conclusión⁴².

⁴² Sobre los errores derivados de no tener en cuenta la máxima de la experiencia objeto de análisis para valorar las pruebas, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 18 de abril del 2004, radicado 18104, dijo:

“ A lo anterior súmese el otro desatino del juzgador de segunda instancia, que riñe con las *máximas de la experiencia*, consistente en que el incumplimiento del contrato de compraventa debió resolverse ante la jurisdicción civil, toda vez que, frente a este puntual aspecto, la Corte ha reiterado que *hay eventos en que el negocio jurídico constituye el medio más idóneo para hacer incurrir a la víctima en error y, por consiguiente, vulnerar el bien jurídico tutelado del patrimonio económico, pues a través de este acto se le da visos de legalidad a un acuerdo de voluntades que está regido para una de las partes en la obtención de un provecho ilícito*. Es así como en decisión del 10 de agosto de 2000, se dijo.

“... en que nada impide y por el contrario es un mecanismo inductivo en error para la comisión de esta delincuencia contra el patrimonio económico de muy frecuente empleo, que el agente se valga como medio de engaño de la celebración de negocios jurídicos, típicos o atípicos, que si bien como es natural entender están respaldados en normas de derecho o en todo caso son admitidas en la cotidiana práctica comercial, se utilizan para viciar el consentimiento de la víctima, conforme bien lo pone de presente el procurador delegado aconteció en este proceso, pues si bien como lo alega el libelista, en principio las partes involucradas en el contrato de compraventa lo suscribieron libremente, es esta una circunstancia aparente si se tiene en cuenta que nada distinto perseguía el timador con su celebración, que obtener un provecho, que en efecto se ha calificado ilícito, en la medida en que para dicho cometido no solo se valió de una impostura económica y moral, sino que primó en sus actos posteriores el deseo de hacer suyo el inmueble objeto del acto negocial a sabiendas y sobre esa base de no cancelar ningún emolumento como contraprestación...”(2).

En providencia del 29 de agosto de 2002, se reiteró:

“... la permisibilidad de un contrato lícito no descarta la existencia de artificios o engaños, pues nada impide que la inducción o el mantenimiento en error tengan origen precisamente en la aparente sinceridad y legalidad de que se revista ese acuerdo de voluntades. Por eso, ha reiterado la Sala que el contrato en muchos casos resulta utilizado como medio idóneo para ocultar el verdadero ánimo de defraudar. Así por ejemplo en decisión de agosto 5 de 1992 con ponencia del magistrado Juan Manuel Torres Fresneda se dijo que:

3. POSIBILIDADES ARGUMENTATIVAS CUANDO OTRO INTERVINIENTE TRAE A COLACIÓN UNA MÁXIMA DE LA EXPERIENCIA

3.1. Los enunciados propuestos no representan verdaderas máximas de la experiencia. En párrafos anteriores se hizo alusión al desarrollo jurisprudencial sobre las características de las máximas de la experiencia. Ahora veremos un ejemplo, basado en un caso real, de indebida utilización de este tipo de enunciados.

En un caso por violación, una de las partes plantea lo siguiente: *“señor Juez, está demostrado que María accedió a salir con Carlos a consumir licor, que estuvieron buena parte de la noche dedicados a dicha actividad y que en un determinado momento se dio la relación sexual que, según María, fue propiciada por Carlos mediante violencia física. Señor Juez, es claro entonces que no se trató de un acceso carnal violento sino de una relación sexual consentida”*. Para mayor claridad descompondremos el anterior argumento:

P1. María accedió a salir con Carlos a tomar licor.

P2. María y Carlos estuvieron dedicados a dicha actividad durante varias horas de la noche.

P3. Carlos accedió carnalmente a María.

“... lejos de excluir el artículo 356 del Código Penal los contratos como medio de artificio o engaños que utilizados por el timador como simple apariencia de obligarse pueden generar error esencial en el ofendido, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la posibilidad de su empleo como parte de los medios defraudatorios, destacando justamente en aquellos la sutileza del ardid y su no infrecuente uso, al punto de sostener que:

““... pasan al campo penal la mentira o el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, por ejemplo, la existencia de una contraprestación, porque esta es la causa misma del acto o contrato según el *derecho* civil.

““Si una parte engaña a la otra, por ejemplo, sobre su capacidad de pagar, haciéndole creer que la tiene cuando, en realidad, carece de ella, bien sea de modo absoluto o en forma que, de saber su situación, la otra no hubiera contratado, o cuando calla estando obligado a manifestar su incapacidad de pagar, ya no se trata de un silencio o de una mentira lícitos, sino plenamente delictuosos...” (Sent. Cas. jun. 23/82, M.P. Doctor Luis Enrique Romero Soto) (3)““.

Conclusión: La relación sexual fue consentida.

Aunque no se ha explicitado, el argumento anterior contiene una premisa que hace las veces de enunciado general (en este caso una supuesta máxima de la experiencia), con el que se pretende garantizar o permitir el paso de las premisas a la conclusión: *Si una mujer acepta libar licor con un hombre está aceptando tener relaciones sexuales con este.*

Si recordamos las características que debe tener un enunciado para que pueda catalogarse como máxima de la experiencia, claramente esbozadas por la Corte en la sentencia atrás citada, resulta obvio que en este caso no estamos frente a una verdadera máxima de la experiencia, pues esta no es la manera como generalmente ocurren las cosas, esto es, no siempre que una mujer acceda a tomarse unos tragos con un hombre significa que desea o accede a tener relaciones sexuales con este⁴³.

⁴³ En el caso real, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del cinco de febrero de 2007, radicado 26428, consideró lo siguiente en torno a la supuesta máxima de experiencia atrás referida:

“En efecto, si como quedó visto es de la esencia del grado de conocimiento derivado de la experiencia no surgir de un fenómeno meramente transitorio y que, por el contrario, debe tener visos de generalización, al punto de que ante el cumplimiento de una premisa o supuesto determinado siempre, o casi siempre, se produce la misma conclusión, ello descarta postulados que carecen de universalidad tales como el que plantea la libelista, en el entendido de que no en todos los casos en que algunas personas comparten unos tragos de licor persiguen un encuentro sexual, pues tal hipótesis parte de la exploración subjetiva de un propósito individual que no resulta válido para la construcción de máximas de la experiencia.

Irrumpe con mayor fuerza la anterior conclusión si se tiene en cuenta que la censora agrega a la pretendida máxima que ella se verifica especialmente cuando no existe atracción física entre las personas que acceden a compartir unos tragos, con lo cual se aleja aún más del carácter general de este tipo de postulados, para constituir, a cambio, una invitación a explorar terrenos de la psiquis individual que no constituyen el tipo de conocimiento necesario para edificar la experiencia, según lo señalado por la Sala.

Si ello es así, como en efecto lo es, surge evidente que la casacionista omite el deber inherente a la proposición de un error de hecho por falso raciocinio de señalar que la apreciación del juzgador desconoce una regla de la sana crítica; por lo tanto, es de claridad meridiana que no desarrolla adecuadamente el error formulado”.

En este evento, la contrargumentación no hay que dirigirla necesariamente a atacar las otras premisas, pues puede ser cierto que María decidió consumir licor con Carlos y también puede serlo que estuvieron juntos varias horas de la noche. La falencia argumentativa en este caso está asociada a la “garantía” utilizada por la parte que argumenta, pues se trata de un enunciado que no cumple dicha función ya que no permite o no garantiza el paso de las premisas a la conclusión. En estricto sentido, la parte que presentó el argumento mencionó como máxima de la experiencia un enunciado que no reúne esas características.

Si el fiscal no detecta oportuna y puntualmente las máximas de la experiencia (supuestas o reales) utilizadas por los demás intervinientes, no podrá presentar una contraargumentación adecuada, simplemente porque no se puede rebatir de manera contundente aquello que no se conoce.

3.2. Sí existe máxima de la experiencia pero no es aplicable al caso. De nuevo, utilizaremos un ejemplo en aras de lograr mayor precisión.

El fiscal 176 de la Unidad de Vida está dirigiendo una investigación por un supuesto delito de homicidio culposo. El imputado es Pedro y la víctima el hijo de éste, Juan, de siete años de edad. El defensor de Pedro solicita a la Fiscalía dar aplicación al principio de oportunidad; su argumento puede descomponerse de la siguiente manera:

Premisa 1. A Pedro le fue imputado el homicidio culposo de Juan.

Premisa 2. El artículo 324, numeral 7, del Código de Procedimiento Penal dispone que podrá aplicarse el principio de oportunidad cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

Premisa 3. Pedro era el padre de Juan.

Premisa 4. Los padres sienten tanto amor por sus hijos que sufren un grave daño moral si les causan la muerte por una actuación culposa.

Conclusión: En este caso debe darse aplicación al principio de oportunidad.

Aunque la defensa en su solicitud utiliza una máxima de la experiencia cuya existencia ha sido aceptada por la jurisprudencia, ello no implica que necesariamente deba aceptarse que Pedro sufrió grave daño moral por haberle causado culposamente la muerte a su hijo, Juan. Es factible, por ejemplo, que los medios cognoscitivos allegados den cuenta de que Pedro abandonó a su hijo Juan desde que este nació, lo que permitiría poner en entredicho la existencia de los presupuestos que dan lugar a la máxima de experiencia objeto de análisis. Sobre la posibilidad de desvirtuar la presunción de afecto a que hemos hecho alusión, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“[n]ecio sería negar —prosigue la Corte— que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Mas cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse —y por consiguiente a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez— no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción o si, por el contrario, ésta ha quedado desvanecida ...”; resumiendo, entonces, no obstante ser tales, los perjuicios morales puros también “... están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces puede residir en una presunción judicial. Y nada obsta para que ésta se desvirtúe por el llamado a indemnizar, poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre parientes ...⁴⁴”.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 8

Analice el siguiente caso y ubique una premisa (máxima de la experiencia, sentido común, conocimiento técnico científico, etc.)

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de noviembre de 1992, radicado 3382.

que permita pasar de los hechos narrados (**manifestaciones de Pedro**) a la conclusión de que este actuó con el ánimo de matar a María o con el ánimo de lesionarla.

Ante la decisión radical de no seguir compartiendo su vida con él, que hubo de expresarle cuando la llevaba de regreso a casa en la noche del 26 de noviembre de 2005, lo primero que hizo el inculpatado después de intercambiar algunas palabras fue verter en el rostro de MARÍA un líquido que le aseguró era “veneno”, para enseguida ingerir el resto y botar el recipiente que lo contenía por la ventana, procediendo luego a extraer de debajo de su silla un bisturí con el cual le hizo un primer corte en el cuello a su compañera, al tiempo que le advertía premonitoriamente que ese día primero se moriría ella y luego él, pero que bajo circunstancia alguna iba a permitir que lo abandonara.

EL DEBER DE MOTIVAR EN EL CONTEXTO DE LA LEY 906 DE 2004

Objetivo general

Motivar adecuadamente en el contexto del sistema acusatorio colombiano.

Objetivos específicos

1. Motivar de manera adecuada en las audiencias preliminares.
2. Motivar adecuadamente en la audiencia de juicio oral.
3. Motivar suficientemente las decisiones que deba tomar el fiscal.
4. Velar porque el juez cumpla con el deber de motivar sus decisiones.

En un Estado constitucional la labor judicial representa una de las más importantes expresiones del poder estatal. Además de las trascendentales funciones que la Constitución y la ley le asignan, el juez encarna el ideal de solucionar los conflictos por la senda de la razón y no a través de la violencia. De ahí la necesidad de que los funcionarios judiciales expresen con claridad y suficiencia las razones de sus decisiones, pues, en últimas, la ausencia de motivación al decidir un conflicto jurídico, sobre todo cuando el mismo está asociado a derechos tan importantes como la libertad, termina siendo una forma de violencia. Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“[I]a motivación de los fallos era un postulado contenido en el artículo 163 de la Constitución de 1886, no obstante, aunque tal norma no fue reproducida en la Constitución de 1991, se ha reconocido que constituye pilar fundamental del derecho a un debido proceso, habida cuenta que comporta una garantía contra la arbitrariedad y el despotismo de los funcionarios, a la vez que se erige en elemento de certeza y seguridad para efecto de ejercitar el derecho de impugnación por parte de cualquiera de los sujetos procesales intervinientes en el trámite judicial”⁴⁵.

En efecto, solo a partir de la motivación de sus decisiones el funcionario judicial demuestra su voluntad de someterse al ordenamiento jurídico (al imperio de la ley), pues asume la carga de explicar los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos que sirven de fundamento a su decisión, y dicha actividad se erige en presupuesto necesario para ejercer el derecho de contradicción, pues, en palabras simples, no es posible rebatir aquello que no se conoce.

La Ley 906 de 2004 consagra expresamente el deber de motivar los autos y las sentencias. El artículo 162 ídem, al referirse a los requisitos de ambas clases de proveídos, incluye la obligación de expresar la “fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”.

Dicha obligación se extiende a las decisiones que adopten los fiscales en los eventos en que la Constitución y la ley le asignen dicha función, por disposición expresa del parágrafo del artículo 161 íbidem, en cuanto dispone que “las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llamarán órdenes y, salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, deberán reunir los requisitos previstos en el artículo siguiente en cuanto le sean aplicables”.

Sobre la necesidad de motivar las órdenes de la Fiscalía, la Corte Constitucional, en la sentencia C-591 de 2005 dejó sentado que la decisión de archivar debe ser debidamente sustentada. En la sentencia

⁴⁵ Mayo 22 de 2003 (Radicado 20756).

C-1177 de 2005 indicó que incluso el rechazo de una denuncia debe ser debidamente motivado. En ambos casos, agregó el alto tribunal, debe informarse a la víctima y al Ministerio Público. Lo anterior por cuanto este tipo de decisiones están directamente asociadas a los derechos de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva. El fiscal emite otro tipo de órdenes que también deben ser motivadas; por ejemplo, la decisión de retornar la libertad o de no solicitar la imposición de medida de aseguramiento deben tener un adecuado respaldo argumentativo, máxime si, insistimos, la víctima tiene interés en la adaptación de medidas preventivas, según se reconoció en la sentencia C-209 de 2007.

Debe tenerse en cuenta que la oralidad es un modo de comunicación en las audiencias, que no se extiende a las órdenes de los fiscales entre otras cosas porque dichas órdenes no se expiden en desarrollo de una audiencia y por tanto no existen los registros propios de estos escenarios judiciales. De ahí que el artículo 161 del Código de Procedimiento Penal resalte que las órdenes que expiden los fiscales se rigen por los requisitos de los autos y las sentencias, salvo, entre otros aspectos, en lo que respecta a la oralidad. Por ello, la motivación de este tipo de decisiones debe ser escrita, con lo que se logran dos importantes objetivos: (i) que la motivación sea verificable (en otras palabras, que quede clara la sujeción del fiscal al ordenamiento jurídico) y por tanto puedan ejercerse los controles por parte de la víctima, el ministerio público y, por supuesto, los jueces, y (ii) que en el evento de que el caso sea asignado a otro fiscal, este conozca los motivos que tuvo su antecesor para tomar decisiones trascendentales dentro del proceso y a partir de ello pueda resolver lo que resulte necesario y pertinente.

En ocasiones el control que ejercen los jueces recae sobre la adecuada motivación de las órdenes que expiden los fiscales. Tal es el caso del control posterior a las diligencias de allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, entre otras.

El fiscal tiene una doble tarea frente al deber de motivar. En primer lugar, debe cumplir dicha obligación cuando decide, por ejemplo, archivar provisionalmente, ordenar una diligencia de allanamiento y registro, retornar la libertad al ilegalmente capturado, etcétera.

De otro lado, debe velar porque los jueces motiven debidamente sus decisiones, bien solicitando en el transcurso de la audiencia que se den las razones de cada decisión, o interponiendo los recursos procedentes.

Frente al deber de motivar consideramos necesario hacer las siguientes anotaciones:

1. De acuerdo a lo estudiado a lo largo de este módulo, no es posible argumentar si no se han detectado los problemas fácticos, jurídicos y probatorios inherentes al caso. Si partimos de la base de que motivar no es otra cosa que presentar una argumentación razonable, es obvio que el primer paso para una motivación adecuada es la ubicación e indicación de los puntos que deben resolverse. Así, retomando lo explicado en el acápite destinado a la motivación en las audiencias preliminares, concretamente lo relacionado con la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, no es posible una adecuada motivación si no se analizan los problemas jurídicos básicos y los que surjan en desarrollo de la audiencia: probabilidad de autoría, necesidad de la medida, tipo de medida a imponer, entre otros.

Así como la simple expresión de las conclusiones no puede considerarse argumentación, la sola expresión de la decisión (de condena, de exclusión de evidencia, de imposición de medida de aseguramiento, etc.) no constituye motivación. Solo existe motivación cuando el funcionario judicial aborda todos los problemas jurídicos y expresa los diferentes niveles de argumentación y subargumentación. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado:

“El deber de motivar no se satisface con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial, pues menester resulta la indicación clara, expresa e indudable de su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto, pues no de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales, a la vez que se hace efectivo el principio de imperio de la ley, esto es, de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico”.

2. Una adecuada motivación solo es posible si se consideran las diferentes posiciones de las partes frente a un determinado problema jurídico. En efecto, el derecho a ser escuchado implica que el funcionario encargado de tomar la decisión tenga en cuenta los planteamientos, pues de lo contrario dicho derecho no trascendería la simple formalidad. Este aspecto también debe ser tenido en cuenta por el fiscal, no sólo al valorar la posición de los demás intervinientes en las audiencias públicas, sino además cuando decide optar por celebrar un acuerdo o dar aplicación al principio de oportunidad, máxime si se tiene en cuenta el importante desarrollo legislativo y judicial que han tenido los derechos de las víctimas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que la motivación debe incluir todos los aspectos trascendentales de la decisión; dijo el alto tribunal:

“[S]i la sentencia carece absolutamente de motivación sobre un elemento del delito, la responsabilidad de acusado, o en relación con una específica circunstancia de agravación, o la individualización de la pena, o no empece tener motivación la misma es ambigua o contradictoria o se fundamenta en supuestos fácticos o racionales inexistentes, y en tal medida las consideraciones del juzgador no podrían ser fundamento legal y razonable de la decisión contenida en la parte resolutive, la nulidad se erige como la única vía plausible de solución⁴⁶”.

Al respecto resulta útil traer a colación lo decidido recientemente por la Corte Suprema de Justicia en torno al debate que debe darse sobre las circunstancias genéricas de mayor y menor punibilidad para que puedan ser tenidas en cuenta por el juez. El alto tribunal resalta que ese tipo de problemas tienen que ser abordados en un escenario que permita un verdadero contradictorio, por lo que, obviamente, el fiscal debe tenerlos presente no sólo para incluirlos en su programa metodológico sino además para presentar tesis razonables sobre esos puntos en las respectivas audiencias⁴⁷.

⁴⁶ Sentencia del 11 de julio de 2002. M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de marzo de 2007, radicado 25862.

3. Aunque el nuevo ordenamiento le resta al fiscal muchas de las facultades que tenía a la luz de la Ley 600 de 2000, este conserva la potestad de tomar decisiones de diferente índole, que van desde ordenar un archivo o rechazar procedimientos ilegales, hasta optar por pedir o no una medida de aseguramiento, solicitar la condena, entre otras. Incluso cuando las decisiones del fiscal consisten en presentar o no una determinada pretensión ante los jueces, es necesario que actúe con transparencia, pues sería inaceptable, por ejemplo, que en un caso solicite la imposición de medida de aseguramiento y en otro análogo opte por no pedir la medida cautelar sin expresar las razones que legitiman un trato diferente a casos semejantes.
4. El fiscal también debe acatar las reglas sobre el manejo del precedente judicial, no sólo para fundamentar sus pretensiones sino para pedir a los jueces las aclaraciones pertinentes a este respecto (pedir, por ejemplo, que se expresen las razones por las cuales no se acoge un precedente de la Corte Suprema de Justicia). El fiscal también debe explicar los cambios de posición frente a un mismo problema jurídico, pues aunque no cumpla funciones jurisdiccionales sí está regido por las normas que rigen la actividad pública, especialmente la judicial, amén que el artículo 115 consagra expresamente el deber de actuar con objetividad. Al respecto nos remitimos a lo analizado en el capítulo destinado al precedente judicial. La Corte Suprema de Justicia ha resaltado el deber que tiene la Fiscalía, y en general quienes intervienen en el debate judicial, de velar porque las decisiones de los jueces sean debidamente motivadas:

“Siendo ello así, el deber de motivar las decisiones, en particular los fallos, corresponde al funcionario que los profiere, pero también compete a las autoridades judiciales que intervengan directamente en el trámite verificar que en efecto la motivación, como condición de legitimidad y validez de las decisiones se encuentre satisfecha pues de lo contrario, han de proceder a imprimir los correctivos pertinentes⁴⁸”.

⁴⁸ Mayo 22 de 2003 (Radicado 20756).

En la sentencia T-117 de 2007 la Corte Constitucional hace un interesante recorrido por su propia línea jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales y resalta que dicha acción es procedente cuando se incumple el deber de motivar; dijo:

“En la sentencia de control abstracto C-590 de 2005, la Sala Plena de la Corte Constitucional reitera que la tutela únicamente resulta procedente si se cumplen ‘*ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad*’, que se distinguen unos como de carácter general y otros de carácter específico.

Como requisitos generales de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales se señalan: i) la situación problemática tenga evidente relevancia constitucional, ii) se hubieren agotado todos los medios de defensa judicial salvo se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable, iii) la tutela se hubiere presentado inmediatamente, iv) la irregularidad procesal tenga un efecto determinante en la decisión impugnada y afecte derechos fundamentales, v) identifique razonablemente tanto los hechos como los derechos vulnerados lo cual ha debido alegarse en el asunto respectivo siempre que fuere posible y vi) no se trate de sentencias de tutela.

Y como causales específicas de procedencia la Corte recuerda que deben darse al menos uno de los siguientes defectos en la actuación que viene entonces a superar el concepto de vía de hecho por el de supuestos de procedibilidad de la acción. Ellos son:

a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c) Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁴⁹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e) Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f) Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g) Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁵⁰.

h) Violación directa de la Constitución". (Sentencia C-590 de 2005).

En la práctica la Fiscalía General de la Nación ha tenido que utilizar el mecanismo de la tutela cuando los jueces no cumplen el deber de motivar. En vigencia de la Ley 906 de 2004 ha sido de mucha importancia el ejercicio de dicha acción para corregir el defecto de falta de motivación en decisiones tan trascendentales como la exclusión de evidencia, y gracias a ello se han sacado adelante procesos por delitos graves.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 9

1. Elabore un mapa conceptual con los términos fundamentales de la presente unidad.
2. Analice uno de los casos que le hayan sido asignados y verifique si la Fiscalía y la judicatura cumplieron con el deber de motivar.

⁴⁹ Sentencia T-522/01.

⁵⁰ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU FUNCIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Objetivo general

Utilizar correctamente el precedente judicial en las audiencias orales del sistema acusatorio colombiano.

Objetivos específicos

1. Solicitar la aplicación de los precedentes que sirvan de apoyo a las pretensiones que presente la Fiscalía en las audiencias preliminares.
2. Solicitar la aplicación de los precedentes que sirvan de apoyo a las pretensiones que presente la Fiscalía en las audiencias de la etapa de juzgamiento.
3. Argumentar sobre la inaplicabilidad de los precedentes cuya aplicación sea solicitada por los demás intervinientes.

En el presente capítulo se pretende lograr cuatro objetivos fundamentales frente al precedente judicial: (i) se mostrará la importante función que han cumplido los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en el desarrollo, esclarecimiento y complementación de la Ley 906 de 2004. (ii) se analizará el tema de la obligatoriedad del precedente judicial en Colombia, (iii) se darán algunas indicaciones sobre la manera como puede manejarse el gran volumen de jurisprudencia expedida en ocasión del nuevo ordenamiento procesal penal (e incluso pronunciamientos

anteriores que mantienen vigencia frente al nuevo ordenamiento), y (iv) se analizarán algunas formas de utilización del precedente judicial en la labor argumentativa que deben cumplir los fiscales no sólo cuando defienden sus pretensiones en las audiencias orales, sino cuando toman decisiones en los eventos en que la Constitución y la ley le otorgan dicha función. Aunque el análisis de temas tan importantes como la ubicación del precedente en el sistema de fuentes y el desarrollo histórico de la fuerza vinculante de las decisiones de los altos tribunales escapan al propósito de este trabajo, a lo largo del mismo se hará una continua invitación a profundizar sobre estos tópicos con el propósito de lograr un manejo completo y adecuado de este importantísimo componente del ordenamiento jurídico.

1. EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU FUNCIÓN FRENTE AL DESARROLLO, ESCLARECIMIENTO Y COMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 906 DE 2004

El Código de Procedimiento Penal, en sus más de 500 artículos, regula gran cantidad de institutos jurídicos y fija las reglas que rigen la actuación penal en las fases de indagación, investigación y juicio. Sin embargo, a pesar del considerable número de normas que contiene el nuevo ordenamiento procesal, el mismo no contiene información suficiente para resolver la amplia gama de situaciones que presenta la casuística, amén que la interpretación de dichas normas generalmente ofrece dificultad y da lugar a que se asuman posiciones jurídicas diferentes por parte de los intervinientes, incluyendo al juez. Estas son, sin duda, características que también pueden predicarse de otros ordenamientos (Leyes 599 y 600 de 2000, por ejemplo), sólo que las profundas modificaciones introducidas con la Ley 906 implican que los asuntos problemáticos sean mayores en número y complejidad, lo que seguramente irá disminuyendo en la medida que la jurisprudencia decante cada uno de esos temas.

La Corte Constitucional ha emitido más de medio centenar de sentencias de constitucionalidad en torno a la Ley 906, lo que ha implicado que varios artículos que regulaban institutos fundamentales del nuevo Código de Procedimiento penal hayan salido del ordenamiento jurídico, y ha fijado las condiciones bajo las cuales otro número importante de normas pueden considerarse ajustadas a la Carta. La indiscutible fuerza vinculante de estos

fallos, derivada de lo dispuesto expresamente por el artículo 243 del ordenamiento superior, despeja cualquier duda en torno a la incidencia de dichos pronunciamientos en el nuevo ordenamiento procesal. En este orden de ideas, no puede predicarse un adecuado conocimiento de la nueva legislación procesal penal si no se conoce, por ejemplo, el contenido de la sentencia C-1092 de 2003 donde la Corte fijó, entre otros aspectos, los alcances de la función de control de garantías, o se desconoce lo resuelto por el alto tribunal en la sentencia C-591 de 2005 donde se delinearon las características del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal y se tomaron decisiones importantes sobre las facultades del fiscal para ordenar el archivo de diligencias, se hicieron anotaciones trascendentales sobre los alcances y condiciones de aplicación de la cláusula de exclusión, entre otros.

Si se pretende entender bajo qué condiciones se desarrolla el interrogatorio al acusado y cuáles son las consecuencias si este falta a la verdad, es de rigor tener claro lo decidido por la Corte en la sentencia C-782 de 2005. Son escasos los temas que no han sido objeto de análisis y decisión por parte del tribunal constitucional: el principio de oportunidad ha sido analizado en varias sentencias (en la sentencia C-095 de 2007 se hace un vasto recorrido por la línea jurisprudencial sobre este instituto); los derechos y facultades de la víctima han sido estudiados y determinados en varios pronunciamientos (véanse, principalmente, las sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007). El rol de la defensa en el nuevo ordenamiento, los momentos del descubrimiento de evidencia (C-1194 de 2005), la imposición de medidas cautelares (C-423 de 2006), la utilización de la evidencia ilícita para fines de impugnación (C-210 de 2007), el régimen de transición -en lo atinente a los términos de prescripción- (C-1033 de 2006), las facultades del Fiscal General de la Nación para trazar directrices a sus subalternos; en fin, de comienzo a fin la Ley 906 ha sido modificada, desarrollada y explicada por la Corte.

Así, resulta fácil concluir que el conocimiento del texto legal, sin tener en cuenta las sentencias emitidas por el máximo tribunal constitucional, es absolutamente insuficiente para cumplir adecuadamente la función judicial. Es más, sentencias anteriores a la expedición de la Ley 906 de 2004 mantienen plena vigencia; tal es el caso de la sentencia C-774 de 2001 que fijó las condiciones bajo las cuales las medidas de aseguramiento resultan ajustadas a la Carta, y

la sentencia C-228 de 2002, que sentó las bases para comprender los derechos de las víctimas en el proceso penal y, por tanto, fue tenida en cuenta en la sentencia C-454 de 2006 atrás citada.

En ejercicio de la función de revisión de los fallos de tutela la Corte Constitucional se ha ocupado de problemas jurídicos de gran trascendencia para la aplicación del nuevo ordenamiento. Por ejemplo, en la sentencia T-091 de 2006 (reiterada, entre otras, en la sentencia T-232 de 2007) el alto tribunal analizó las condiciones bajo las cuales resulta pertinente aplicar por favorabilidad el artículo 351, concretamente en lo que atañe a la posibilidad de una rebaja del cincuenta por ciento por aceptación unilateral de cargos, a los eventos de sentencia anticipada en los casos regidos por la Ley 600 de 2000; para decidir ese problema principal la Corte analizó algunos problemas secundarios, como la asimilación de la aceptación unilateral de cargos regulada en la Ley 906 a la sentencia anticipada estatuida en la Ley 600 y la diferencia que existe entre la aceptación unilateral de cargos y los acuerdos⁵¹.

Muchos de los institutos consagrados en la Ley 906 presentan vacíos o lagunas que se hacen evidentes al momento de resolver casos concretos. Para ilustrar sobre lo anterior es útil traer como ejemplo uno de los muchos temas que han ofrecido dificultad en su aplicación y en consecuencia han sido objeto de un importante desarrollo jurisprudencial: las manifestaciones voluntarias de responsabilidad y los acuerdos. La resolución de casos concretos ha generado interrogantes como los siguientes, cuya respuesta no aparece, al menos claramente, en la ley: (i) ¿el allanamiento a cargos admite retractación?; (ii) ¿cuál es el extremo mínimo de la rebaja de pena cuando el allanamiento a cargos se da en la diligencia de imputación?; (iii) ¿qué aspectos deben tenerse en cuenta para determinar el monto de la rebaja en los casos de allanamiento a cargos?, (iv) ¿cuál es el alcance del control que deben ejercer los jueces de conocimiento frente a la aceptación unilateral de cargos?, entre otros.

La Corte Suprema de Justicia, al resolver los recursos de casación, ha dado respuesta a los interrogantes atrás enunciados. Por ejemplo, en sentencia del cinco de octubre de 2006 (radicado 25248) que ratificó

⁵¹ Véanse al respecto las sentencias T-1211 de 2005, T-091 de 2006, T-797 de 2006, T-015 de 2007, T-082 de 2007, T-106 de 2007, T-355, T-434 de 2007 y T-444 de 2007.

una sentencia anterior (25775 de agosto del mismo año), la Corte analizó el tema de la retractación de la aceptación unilateral, dijo:

- [e]l marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del procesado, no hay lugar a controvertir con posterioridad a la aceptación del allanamiento del procesado por parte del juez, la lesividad del comportamiento o deprecar el reconocimiento de causales de ausencia de responsabilidad. Es decir, cuando el juez de control de garantías o el de conocimiento acepta el allanamiento por considerarlo que fue voluntario, libre y espontáneo, surge en el procesado la improcedencia de retractarse de lo que ha admitido. En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.

En sentencia del primero de junio de 2006 (radicado 24764), reiterada en sentencia de agosto de 2006 (radicado 25196) la Corte Suprema se refirió a los alcances del control que ejercen los jueces de conocimiento frente a las manifestaciones voluntarias de responsabilidad; en sentencia del cuatro de mayo de 2006 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez) la Corte indicó que la rebaja de pena por aceptación unilateral de cargos debe hacerse teniendo en cuenta el momento de la aceptación, la indemnización de las víctimas, la delación de otros partícipes y en general los aspectos relacionados con la justicia premial, mas no teniendo en cuenta la gravedad del delito.

La Corte Suprema ha analizado y decidido asuntos de gran trascendencia. En materia probatoria, por ejemplo, se ha referido al valor probatorio de las entrevistas⁵², ha hecho importantes análisis sobre la prueba documental⁵³, se ha ocupado de la posibilidad de que

⁵² En sentencia del nueve de noviembre de 2006, radicado 25738, la Corte sostuvo que cuando la entrevista o el interrogatorio es utilizado con fines de impugnación durante la audiencia de juicio oral, el contenido de dicha entrevista o interrogatorio previo se incorpora a la declaración rendida en juicio y por tanto puede ser objeto de valoración. En sentencia del siete de febrero de 2007, radicado 26727, la Corte reiteró su posición, aunque es menester resaltar que en este último fallo cuatro magistrados salvaron o aclararon su voto en el sentido de que las declaraciones anteriores solo pueden ser utilizadas para fines de impugnación pero no pueden servir de fundamento a la sentencia por constituir prueba de referencia inadmisibles.

los jueces decreten pruebas de oficio⁵⁴, ha estudiado la regulación de la prueba de referencia⁵⁵, etcétera.

En fin que muchos de los problemas jurídicos que debe abordar el fiscal en ejercicio de su labor ya han sido objeto de análisis y pronunciamiento por parte de los altos tribunales. El conocimiento de dichos pronunciamientos, podemos anticipar, es obligatorio, básicamente por tres razones: en primer lugar, porque las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza vinculante por disposición expresa del artículo 243 de la Constitución; segundo, porque la Corte Constitucional, según se verá más adelante, ha precisado que los precedentes de los tribunales de cierre y los emitidos en ejercicio de la función de revisión de fallos de tutela son obligatorios salvo que el funcionario exprese razones de peso para apartarse de ellos, y finalmente, porque resulta necio pretender darle respuesta a un complejo problema jurídico sin tener en cuenta la manera como el punto ha sido resuelto por los jueces de mayor jerarquía.

Para afianzar el aspecto tratado en este acápite y como abre bocas del siguiente, resulta útil traer a colación un aparte de la sentencia C-836 de 2001, fallo que por su trascendencia será tenido como base para la mayoría de aspectos tratados en este capítulo.

“Son entonces la Constitución y la Ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, construidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la Ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de

⁵³ En el Módulo de Pruebas se analizará lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en el denominado “caso el Campín”.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de marzo de 2006, Rad. 24.268. Mirar en sentencia del 17 de mayo de 2007 un caso en que la Corte considera que no era procedente la prueba de oficio. Estas decisiones deben analizarse teniendo en cuenta lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-396 de 2007, donde se concluyó que la prohibición legal de que el juez decreta pruebas de oficio es ajustado a la Carta.

⁵⁵ 24468 30/03/06.

derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar las decisiones con base en su propia doctrina judicial”.

2. LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE

Para analizar este aspecto retomaremos el tema de la aceptación unilateral de cargos y los acuerdos. Los problemas jurídicos atrás enunciados han sido resueltos por los jueces al decidir casos relacionados con esas materias, y ello ha dado lugar a la creación de una serie de reglas que se erigen en posibles respuestas a dichos interrogantes. Cuando un juez crea una regla para resolver un evento no previsto en la ley, dicha regla entra a hacer parte del ordenamiento jurídico, no sólo por haber sido utilizada para resolver un caso concreto sino además porque, en algunos eventos, es utilizada para resolver casos similares.

Interrogantes como los atrás mencionados han sido resueltos de manera diferente por los jueces, generando en ocasiones un trato desigual para las personas que de una u otra manera están relacionadas con el ejercicio de la acción penal⁵⁶. Un ejemplo basado en casos reales nos permitirá hacer mayor claridad sobre este aspecto:

El primero de marzo de 2007 ocurrieron dos casos de hurto calificado y agravado en el país, ambos en la modalidad conocida como fleteo (asalto a las personas que han retirado dinero de cajeros electrónicos o entidades bancarias). Los desapoderamientos fueron cometidos por dos personas que utilizaron armas de fuego para intimidar a sus víctimas. La oportuna intervención de la policía permitió la captura

⁵⁶ No nos referimos exclusivamente al indiciado, imputado o acusado toda vez que nuestro ordenamiento jurídico reconoce el legítimo interés que tienen la víctima y la sociedad en la manera como se resuelven las causas penales.

de uno de los autores de cada uno de los hurtos, quienes se allanaron a los cargos durante las respectivas audiencias de imputación y luego indemnizaron a las víctimas, además que suministraron información importante para identificar a los otros partícipes. En las subsiguientes audiencias ante los jueces de conocimiento uno de los fiscales pidió que al acusado se le rebajara el cincuenta por ciento de la pena a imponer, *toda vez que su colaboración con la administración de justicia fue considerable*; mientras que el otro fiscal pidió que la rebaja fuera la mínima (o sea la tercera parte), habida cuenta de *la gravedad del delito y la proliferación de los hurtos en la modalidad conocida como fleteo*; ambos jueces accedieron a la pretensión de los representantes de la Fiscalía, dando como resultado una notoria diferencia entre las penas impuestas, diferencia derivada de las distintas rebajas concedidas (el cincuenta por ciento y una tercera parte, respectivamente).

Al resolver los casos anteriores, accediendo a las pretensiones del fiscal del caso, cada juez creó una regla para resolver un asunto no previsto expresamente en la ley (los criterios para determinar el porcentaje de la rebaja por aceptación de cargos), reglas que son notoriamente antagónicas toda vez que la una parte de no tener en cuenta para la determinación del porcentaje de rebaja por aceptación unilateral de cargos los aspectos inherentes a la tasación de la pena, mientras que la otra parte de la incidencia de dichas circunstancias en la justicia premial. Es lógico que cada juez actuó convencido de que estaba resolviendo el problema jurídico de la manera más razonable, por lo que es de esperar que utilizará la regla creada para resolver los casos semejantes que sean sometidos a su conocimiento.

La creación de dichas reglas por parte de los jueces tiene implicaciones positivas, sobre todo en lo que atañe al desarrollo del derecho y al cumplimiento de la obligación de resolver las controversias aun cuando la ley no ofrezca la suficiente claridad (por precisa que sea la legislación, no alcanza a cobijar todas las situaciones que genera la casuística). Sin embargo, dicha situación puede generar efectos negativos para los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, sobre todo cuando los jueces resuelven de manera significativamente diferente asuntos similares sometidos a su conocimiento.

En suma, es indiscutible la importancia de que los jueces sean autónomos y a partir de dicha autonomía propicien el desarrollo del derecho y su adecuación a la realidad social, pero también es importante el desarrollo del principio de igualdad (que los casos semejantes sean tratados de igual manera) y el derecho a la seguridad jurídica que implica que las decisiones de los jueces tengan un aceptable margen de previsibilidad.

El ejemplo tratado en los párrafos anteriores pone de manifiesto la necesidad de unificar las decisiones de los jueces, porque aunque la autonomía judicial constituye un importante derecho de la ciudadanía, el derecho de igualdad y la seguridad jurídica también son aspectos de gran trascendencia constitucional, máxime si tenemos presente que no puede existir total liberalidad en las decisiones ya que ello puede dar lugar a la diferencia de trato ante situaciones semejantes o asimilables. En el caso de los procesados por hurto, se tiene que aunque incurrieron en conductas semejantes y su situación procesal (relacionada con los beneficios por colaboración con la justicia) es asimilable, al uno se le rebajó el cincuenta por ciento de la pena y al otro tan sólo la tercera parte, lo que nos permite afirmar, por vía de ejemplo, que si la pena para ambos hubiera sido de diez años, la rebaja para el uno sería de cinco años mientras que para el otro de tres años y cuatro meses aproximadamente.

Desde esta perspectiva es evidente la importancia de la función de unificación de la jurisprudencia, asignada por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, pues la misma constituye, sin duda, una importante forma de desarrollo del derecho a la igualdad, consideración que nos permite adentrarnos en el tema de la fuerza vinculante del precedente en Colombia.

No cabe duda en torno a la obligatoriedad de los fallos de abstractos de constitucionalidad, pues la misma Constitución consagra dicha consecuencia. Frente a este tema, la Corte Constitucional, en las sentencias SU-640 de 1998, ratificada en la sentencia SU-1720 de 2000, ambas referenciadas en la sentencia T-117 de 2007, resaltó:

“Si en el sistema de fuentes las sentencias de la Corte Constitucional –por ser manifestaciones autorizadas y necesarias de la voluntad inequívoca de la Constitución–, prevalecen sobre las leyes,

ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en sus fallos. La supremacía y la integridad de la Constitución son consustanciales a la uniformidad de su interpretación. Si el texto de la Constitución se divorcia de la interpretación que del mismo haya dado la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias privativas, de suerte que esta última se convierta en una de las tantas alternativas plausibles de entendimiento, la fragmentación hermenéutica que se propiciaría inexorablemente conduciría a la erosión del valor cierto y vinculante de la Constitución, puesto que entonces habría tantas constituciones como intérpretes. Las exigencias de supremacía e integridad de la Constitución, por lo demás presupuestos de su valor normativo superior, sólo se satisfacen si se concede a la interpretación que la Corte hace de sus preceptos el sentido de significado genuino y auténtico de su contenido y alcance. Lo anterior adquiere mayor claridad si se tiene presente que los principios de supremacía e integridad de la Constitución no tienen existencia autónoma, como quiera que su efectiva realización precisa de una firme voluntad consagrada a su defensa, ante todo; se trata de atributos cuya posibilidad material depende de la incesante función interpretativa de la Corte Constitucional, indispensable para su protección y vigencia”.

En la sentencia T-254 de 2006 la Corte recordó las maneras como pueden desconocerse, ilegítimamente, sus precedentes:

“(i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela”.

En lo que atañe a las decisiones de los tribunales de cierre y los fallos de tutela, la Corte Constitucional ha considerado que el punto de equilibrio entre los intereses constitucionales atrás mencionados⁵⁷ es

⁵⁷ La autonomía judicial, el derecho a la igualdad y la seguridad jurídica.

que los precedentes deben ser acatados salvo que el funcionario tenga y exprese razones suficientes para apartarse de los mismos, lo que permite, en virtud de la autonomía judicial, el desarrollo del derecho y su adecuación a la realidad social y al tiempo facilita un adecuado desarrollo del principio de igualdad y de la seguridad jurídica.

Aunque existen diferentes posiciones en torno a la obligatoriedad del precedente judicial, dependiendo de la cultura jurídica donde se haga el análisis, de tiempo atrás se acepta la importancia de tener en cuenta la forma como los jueces han resuelto casos semejantes a los que deben ser objeto de resolución.

Aunque el objeto de este trabajo es mostrar la trascendencia actual del precedente judicial, es menester resaltar que dicha trascendencia viene siendo analizada desde hace muchos años. Muestra de ello es que el autor CH Perelman resalta que aun en la primera fase de la ideología judicial, antes de la Revolución Francesa, “en la que el mayor acento del razonamiento judicial se ponía en el carácter justo de la decisión mas no en la motivación de la misma, era importante considerar la regla de justicia que exige el trato igual de casos esencialmente similares”, razón por la cual se le prestaba atención a las reglas consuetudinarias y a los precedentes.

Sobre la importancia de la función de unificación de la jurisprudencia, la Corte Constitucional, en un trascendental fallo (C-836 de 2001), precisó:

“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema de Justicia proviene:

1. De la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria;
2. De la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades;
3. Del principio de buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado;
4. Del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”.

En un reciente pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia también se ocupó de la importancia del precedente, y expresó:

“Constituye un deber para los Jueces de la República, y para la Sala de Casación Penal como el que más, decidir los asuntos sometidos a su conocimiento funcional de la misma manera, siempre y cuando las circunstancias fáctico-jurídicas esenciales sean idénticas, como manifestación de acatamiento a los principios de igualdad de trato por las autoridades, de igualdad frente a la ley como ha sido interpretada por la jurisprudencia unificada, y de seguridad jurídica”. (C.S.J. 23246 del 20 de abril de 2005).

La utilización del precedente en la argumentación no sólo cobija los pronunciamientos de la Corte Constitucional o de los tribunales de cierre. La aplicación del principio de igualdad y la garantía de la seguridad jurídica, objetivos principales de la aplicación del precedente, también tiene operancia frente a los pronunciamientos de los demás despachos judiciales e incluso frente a las decisiones que tome la Fiscalía General de la Nación. Tomemos un caso de la vida real:

En una audiencia de solicitud de preclusión, un juez penal municipal aceptó la tesis de la Fiscalía según la cual las lesiones personales culposas, cometidas en las circunstancias de agravación previstas en el artículo 110 del Código Penal, es un delito querellable, pues las circunstancias de agravación no dan lugar al nacimiento de un tipo autónomo y el legislador, al incluir las lesiones culposas en el listado de delitos querellables, no hizo ninguna salvedad relacionada con las agravantes; días después, otro fiscal solicitó ante el mismo juez la preclusión por la misma razón, pero el juez denegó su pretensión por considerar que cuando las lesiones culposas son agravadas el delito no tiene el carácter de querellable. En la segunda audiencia el juez no se refirió a su posición inicial (al resolver el primer caso) ni mucho menos se pronunció sobre las razones del cambio de posición frente a un problema jurídico concreto. Frente a este tipo de situaciones es fundamental que el fiscal ponga de presente la existencia de las decisiones anteriores (precedente horizontal) y pida al juez que indique las razones del cambio, pues sólo así se armonizan la autonomía judicial, el principio de igualdad y la seguridad jurídica. En la sentencia T-117 de 2007 la Corte Constitucional hace

importantes precisiones en torno a la importancia del precedente horizontal; basada en su propia línea jurisprudencial resaltó:

“El precedente horizontal ha sido definido como el deber que tienen las autoridades judiciales de ser consistentes en las decisiones que profieran por lo que ante situaciones fácticas similares deben resolverse bajo las mismas razones de derecho salvo que se expongan razones suficientes y justificadas para apartarse de la decisión anterior⁵⁸. Ahora, el derecho a la igualdad exige como requisito para su aplicación el que las autoridades suministren la misma protección y trato a quienes se encuentren en similar o idéntica situación, por lo que *“si un mismo órgano judicial modifica sin fundamento sólido sus decisiones, en casos que son sustancial y fácticamente iguales”*⁵⁹, *se trasgrede evidentemente este derecho”*⁶⁰.

Por ello, en la sentencia T-698 de 2004, se recuerda que en el precedente horizontal, determinado por un mismo cuerpo colegiado o una misma autoridad judicial de igual jerarquía, tanto los jueces como los magistrados pueden apartarse del precedente de otra Sala o del suyo propio *“siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial...”*. Además, recuerda que con el fin de garantizar el principio de igualdad *“los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta a como fue decidido por ellos mismos en eventos semejantes, ... sin aducir razones fundadas para esa separación, incurrirán necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela”*.⁶¹ Finalmente, se sostiene que para efectos de separarse del precedente horizontal debe en primer lugar referirse al precedente anterior y en segundo lugar brindar un argumento suficiente para el abandono o cambio si pretende fallarse en sentido contrario al anterior

⁵⁸ T-048 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁹ Sentencia C-104 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁰ T-698 de 2004.

⁶¹ Consúltese a este efecto también la sentencia T-330 de 2005.

bajo situaciones fácticas similares, para así “conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad”⁶².

3. LAS DIFERENTES FORMAS DE ARGUMENTACIÓN FRENTE AL PRECEDENTE JUDICIAL

3.1. La real existencia de precedente judicial

No todo lo expresado en las sentencias de las altas cortes constituye precedente judicial, por lo que es necesario que el fiscal, cuando vaya a hacer uso de esta herramienta en alguno de los sentidos atrás enunciados (solicitando la aplicación del precedente a un caso determinado u oponiéndose a una decisión de esa naturaleza), debe estar en capacidad de argumentar sobre la real existencia del precedente y sobre el alcance del mismo.

Para ello la jurisprudencia y la doctrina han diferenciado los conceptos de decisión, *ratio decidendi* (razón de la decisión) y *obiter dicta* (manifestaciones adicionales que no constituyen el fundamento de la decisión). En la sentencia T-117 de 2007 atrás citada se hace un interesante recorrido por la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en torno a lo que constituye la *ratio decidendi*, dijo:

“El interrogante acerca de qué parte de las sentencias de la Corte Constitucional hace tránsito a cosa juzgada constitucional ha sido abordado en distintas ocasiones por esta Corporación. En la sentencia C-131 de 1993, ..., se expresó que no todo lo formulado en las sentencias adquiriría el carácter de vinculante, aun cuando, contrariamente a lo sostenido por el Consejo de Estado, se estableció que la obligatoriedad de las sentencias no se restringía a la parte resolutoria. Para el efecto, se expuso que la cosa juzgada se manifestaba en forma explícita e implícita, en la parte resolutoria del fallo y en la ratio decidendi, respectivamente.

...

Esta posición fue corroborada en la sentencia que decidió sobre el proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia,⁶³ al

⁶² T-698 de 2004.

⁶³ Sentencia C-037 de 1996.

hacer referencia al artículo 48 del proyecto, que establecía que las sentencias de la Corte Constitucional que se dictaran como resultado del examen de las normas legales ..., sólo serían de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. A este respecto la Corte expresó:

“En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”.

El primer paso para establecer la existencia y alcance de un precedente judicial es la ubicación del problema jurídico que se pretende resolver. Como se anotó en capítulos anteriores, la labor argumentativa sólo es posible si se ha detectado un problema específico. En el caso de la Ley 906 de 2004, la mayoría de problemas jurídicos están asociados a la ponderación de intereses constitucionalmente relevantes (derechos de la víctima y la igualdad de armas para el acusado –C-209 de 2007–; derecho a ser juzgado por un juez imparcial y justicia material –sentencia C-396 de 2007–; justicia material y derecho a la intimidad –C-822 de 2005–, entre otros. Del mismo talante han sido la mayoría de sentencias de la Corte Suprema de Justicia en torno al nuevo sistema, aunque este tribunal también ha incluido temas de un mayor contenido “técnicos” como, por ejemplo, el de la prueba documental y su aducción en la audiencia de juicio oral.

Retomando lo expresado inicialmente en torno a lo que verdaderamente constituye precedente judicial, analizaremos un ejemplo de consideraciones incorporadas a una sentencia pero que en estricto sentido no hacen parte de la decisión:

En sentencia del 13 de julio de 2006 (radicado 15843), la Corte Suprema de Justicia debía resolver el problema de si a la luz del

régimen de la Ley 600 de 2000 al juez le es posible proferir sentencia condenatoria aun cuando el fiscal haya solicitado la absolución. Luego de expresar las razones de fondo para concluir que sí era posible condenar bajo dichas circunstancias, el alto tribunal agregó:

“La solicitud de absolución que entonces hizo el fiscal en el curso de la audiencia pública no constituía en el régimen legal aplicado al asunto, ni tampoco en la Ley 600 de 2000, una desaparición de los cargos formulados en la acusación, porque ésta formal, material y legalmente existía con los efectos que le eran propios, por ende ninguna vulneración al debido proceso cabe predicar por ese respecto y en consecuencia el cargo carece de prosperidad.

En cambio, en aplicación de la Ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el artículo 448 de la Ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de condena– sentencia.

Así, una gran diferencia se encuentra en este campo respecto de la Ley 600 y el Decreto 2700 en la medida en que –en contra de lo que ocurre en la Ley 906– un juez de conocimiento puede condenar a un acusado aún mediando petición expresa de absolución por parte del fiscal, ministerio público, sindicado y defensor”.

La Corte, para resolver un caso de Ley 600, opta por hacer algunas comparaciones con el sistema de enjuiciamiento criminal recién implantado. Sin embargo, el alto tribunal en este proveído no analizó en su real dimensión la posibilidad, las condiciones y los alcances de la decisión del fiscal de retirar los cargos, ni en el fallo se estaba resolviendo un caso que hubiese generado uno o varios problemas relacionados con ese tema (la carga argumentativa del fiscal, el momento en que puede retirarse la acusación, las posibilidades de la víctima frente a una decisión en tal sentido, la armonización de la función del fiscal con el deber que tiene el juez de velar por la justicia material, etc.).

En este orden de ideas, aunque en la providencia en mención la Corte hizo una referencia tangencial a la posibilidad de retirar los cargos en el proceso regulado en la Ley 906, no puede afirmarse que exista un verdadero precedente sobre esta materia (al menos consagrado en la sentencia objeto de análisis). Es más, si se hace el ejercicio mental de suprimir la referencia a la Ley 906, la decisión en torno al caso de Ley 600 no sufre ningún menoscabo, razón de más para concluir que dichos enunciados no hacen parte de la *ratio decidendi*.

De otro lado, la argumentación relacionada con la estructura del precedente judicial (problema jurídico, decisión (tesis) y *ratio decidendi* (razones de la decisión)) puede referirse no a la existencia del precedente sino al alcance de la decisión (cobertura de la *ratio decidendi*). Veamos un ejemplo basado en un caso real:

Una patrulla de la Policía Nacional, al notar el comportamiento sospechoso de un ciudadano, optó por practicarle una requisita rutinaria, logrando establecer que este llevaba consigo un considerable número de discos musicales reproducidos ilegalmente. El juez del caso consideró que la evidencia había sido obtenida ilícitamente porque se había desconocido una de las reglas fijadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005 para que el registro personal sea ajustado a la Carta, concretamente el control previo por parte del juez de garantías.

En este caso la labor argumentativa difícilmente podría dirigirse con éxito a cuestionar la existencia del precedente en mención. Sin embargo, en este evento es razonable sostener que las reglas fijadas por la Corte sobre registros personales aplican exclusivamente cuando estos procedimientos tienen el carácter de actos de investigación, mas no cuando constituyen labores de control por parte de la Policía Nacional en ejercicio de las funciones que la Constitución le asigna a dicha entidad (artículo 218 C.N.), pues esta diferencia fue reiterada por el tribunal constitucional a lo largo del fallo. En suma, en eventos como este la argumentación se orienta a mostrar que el caso objeto de análisis no está cobijado por la *ratio decidendi* de la sentencia que pretende aplicar como precedente.

3.2. La analogía fáctica

Como se ha dicho, la creación de reglas por parte de los jueces para resolver aspectos no regulados expresamente en la ley tiene lugar en

la solución de casos concretos, esto es, frente a una situación fáctica determinada, salvo, claro está, las sentencias de constitucionalidad.

En este orden de ideas, el fiscal, para incluir en su argumentación la existencia de un precedente aplicable al caso que se está resolviendo, o para mostrar que un determinado precedente no es aplicable, debe establecer si existe analogía fáctica entre el caso antes resuelto y el que está pendiente por resolver. A continuación mostraremos con dos ejemplos cómo se puede argumentar en uno u otro sentido.

Durante una audiencia de formulación de imputación el fiscal hace alusión a que el indiciado, con una pequeña navaja, le propinó una puñalada a un hombre que recientemente había ofendido gravemente a su novia; agregó que el lesionado perdió la vida a raíz de dicho apuñalamiento, para finalmente concluir que, a su juicio, se trataba de un delito de homicidio preterintencional, sobre todo por considerar que se trató de una sola herida, causada en desarrollo de una acalorada discusión. El juez de control de garantías que presidía la audiencia expresó que no “avalaría” la imputación hecha por el fiscal, porque a su juicio se trataba de un homicidio simple; agregó que ya la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de octubre de 2006 (radicado 25724), había dejado sentado que los jueces “no son convidados de piedra” y deben velar porque las imputaciones se hagan con apego al principio de legalidad.

En este caso el juez utilizó en su argumentación un importante pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en torno a la función que cumplen los jueces frente a la imputación y la acusación, y, basado en él, le pidió al fiscal que cambiara la calificación jurídica.

Al margen de la discusión en torno a la calificación jurídica que resulta más acertada en el caso propuesto, el problema que debe resolverse es si el juez puede intervenir en la imputación cuando el fiscal realiza una adecuación jurídica razonable, así él no la comparte, y, principalmente, si dicha potestad encuentra respaldo en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.

Para dicho análisis resulta fundamental tener en cuenta los hechos que dieron lugar al pronunciamiento del tribunal de cierre, que se pueden resumir de la siguiente manera: un médico le suministra a una joven que tenía por su hija un medicamento que la dejó en estado

de indefensión, procediendo luego a trasladarla a un hotel donde la accede carnalmente. No obstante haber enunciado una adecuada calificación jurídica en el escrito de solicitud de audiencia preliminar (acceso carnal con persona *puesta* en incapacidad de resistir), en la audiencia de imputación el fiscal hizo alusión a un acceso carnal con persona en incapacidad de resistir (tipo penal que contempla una pena menor), amén de que en el escrito de solicitud se hizo alusión al delito de incesto y el mismo fue excluido de la imputación sin que se hiciera ninguna claridad.

Si se comparan ambos casos, las diferencias son evidentes, pues en el ejemplo del homicidio el fiscal hace una razonable adecuación jurídica, mientras que en el caso analizado por la Corte es evidente que los hechos narrados no corresponden a la calificación jurídica (siempre se supo, y se dejó sentado, que el sujeto activo fue quien puso a la víctima en condiciones de indefensión). Además, el alto tribunal hizo énfasis en que se trataba de un desacierto evidente, cuya percepción no requería mayores esfuerzos intelectuales.

En este orden de ideas, en el caso analizado (el homicidio) el fiscal pudo incluir en su argumentación (además de los razonamientos sobre las diferentes funciones constitucionales y legales que cumplen los fiscales y los jueces), la inexistencia de analogía fáctica entre los hechos analizados por la Corte y los del caso pendiente de resolución.

Los argumentos del fiscal orientados a demostrar que el precedente de la Corte no era aplicable al caso, podrían construirse desde otra perspectiva; veamos:

Al resolver el caso atrás mencionado la Corte Suprema de Justicia creó una regla relacionada con las facultades del juez de control de garantías frente a las imputaciones que haga la Fiscalía. El análisis puede centrarse en la reconstrucción de dicha regla, de cara a mostrar que la misma no es aplicable al caso objeto de análisis (el homicidio). Al efecto debe tenerse en cuenta que el alto tribunal se refirió a un caso de flagrante violación del principio de legalidad (advértase que a lo largo de la sentencia se utilizaron palabras y frases como “evidente”, “la diferencia es clara”, detectable “sin mayor esfuerzo intelectual”, además que la Corte estaba haciendo alusión a un caso en el que era evidente la incoherencia entre los hechos y la calificación jurídica).

Así, puede afirmarse que dicha regla se reduce a que *los jueces de control de garantías deben intervenir cuando la imputación que haga la Fiscalía transgreda flagrantemente el principio de legalidad.*

Por tanto, el fiscal, en el caso de homicidio, bien pudo incluir en su argumentación, además de las consideraciones en torno a las diferentes funciones constitucionales y legales asignadas a fiscales y jueces, que la regla creada por la Corte faculta al juez de control de garantías para intervenir cuando esté frente a violaciones flagrantes del principio de legalidad durante la audiencia de formulación de imputación, pero que dicha regla no es aplicable frente a calificaciones jurídicas razonables por parte del fiscal, así el juez no las comparta; es decir, que una cosa son las violaciones evidentes del principio de legalidad (caso decidido por la Corte) y otra muy distinta que el criterio del juez de control de garantías prevalezca sobre el criterio razonable del fiscal.

Los argumentos del fiscal también pueden estar orientados a demostrar que existe un precedente judicial aplicable al caso. Para ilustrar sobre este aspecto utilizaremos el ejemplo propuesto en párrafos precedentes (el caso de hurto en la modalidad de “fleteo”).

Durante la audiencia ante el juez de conocimiento el delegado del Ministerio Público criticó vehementemente la decisión de la Fiscalía de acordar una rebaja del cincuenta por ciento de la pena a imponer, pues a su juicio al acusado sólo podía rebajársele una tercera parte de la pena impuesta (rebaja mínima) habida cuenta de la gravedad de la conducta y de la proliferación del delito de fleteo. Ante dicha petición el fiscal podría poner de presente que el problema jurídico objeto de análisis (los criterios para determinar el porcentaje de la rebaja por aceptación unilateral de cargos) ha sido resuelto por la Corte en una decisión judicial que resulta perfectamente aplicable al caso. En efecto, en la sentencia atrás citada la Corte Suprema de Justicia precisó que la gravedad del delito debe tenerse en cuenta en la tasación de la pena, de acuerdo con los criterios fijados en los artículos 58 y siguientes del Código Penal, pero que dichos criterios no son aplicables a la justicia premial inherente a figuras como la aceptación unilateral de cargos.

Otra forma de argumentación en esta materia puede estar relacionada con la demostración de que el precedente del tribunal

de cierre no debe ser acatado por existir razones suficientes para ello. En efecto, en la sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional fijó las reglas sobre los precedentes de los tribunales de cierre y dejó sentado que los jueces de menor jerarquía deben acatarlos salvo que tengan razones suficientes para apartarse de los mismos. En el fallo en mención el alto tribunal precisó que si la norma objeto de análisis en el precedente judicial es derogada, ello es razón suficiente para dejar de aplicar las reglas creadas en el fallo. Los jueces también pueden apartarse de los precedentes –agrega la Corte–, ante circunstancias como las siguientes:

“Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a la ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular”.

Para analizar los pronunciamientos de la Corte Constitucional en torno al precedente, partiremos de lo analizado por dicho tribunal en la sentencia T-232 de 2007.

En la sentencia T-232 de 2007 (que se ocupó de la aplicación por favorabilidad del artículo 351 de la Ley 906 de 2004) la Corte reiteró algunas posiciones frente al precedente en el ordenamiento jurídico colombiano; dijo:

“En la sentencia SU-047 de 1999 (Alejandro Martínez Caballero) se expuso precisamente que la posibilidad de desligarse de los precedentes en circunstancias concretas, puede obedecer a razones como las siguientes: i) eventuales equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial; ii) una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares. iii) cambios históricos frente a los que resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional.

Esta posibilidad de desligarse razonada y fundadamente de los precedentes ha sido además reconocida por esta Corporación en otros pronunciamientos, en los que se ha sostenido que buena parte de la eficacia de un sistema respetuoso de los precedentes radica también, en la posibilidad “de establecer un espacio de argumentación jurídica en el que el funcionario judicial exponga razonadamente los motivos que lo llevan a insistir o cambiar la jurisprudencia vigente, pues es él quien, frente a la realidad de las circunstancias que analiza, y conocedor de la naturaleza de las normas que debe aplicar, debe escoger la mejor forma de concretar la defensa del principio de justicia material que se predica de su labor.”[2] (Se destaca)”.

En la misma sentencia T-232 de 2007 se precisó:

“El respeto a los precedentes entonces, no les permite a las autoridades judiciales desligarse inopinadamente de los antecedentes dictados por sus superiores. De hecho, como el texto de la ley no siempre resulta aplicable mecánicamente, y es el juez quien generalmente debe darle coherencia a través de su interpretación normativa, su compromiso de integrar el precedente es ineludible, salvo que mediante justificación debidamente fundada, el operador decida apartarse de la posición fijada por la Corte, o eventualmente, por su superior funcional. Ello puede ocurrir por ejemplo, cuando los hechos en el proceso en estudio se hacen inaplicables al precedente concreto⁶⁴ o cuando “elementos de juicio no considerados en su oportunidad, permiten desarrollar de manera más coherente o

⁶⁴ Sentencia T-1625 de 2000. Ver también T-566 de 1998 y T-569 de 2001.

armónica la institución jurídica”⁶⁵ o ante un tránsito legislativo o un cambio en las disposiciones jurídicas aplicables, circunstancias que pueden exigir una decisión fundada en otras consideraciones jurídicas. Ante estas posibilidades, se exige que los jueces, en caso de apartarse, manifiesten clara y razonadamente, con una carga argumentativa mayor, los fundamentos jurídicos que justifican su decisión⁶⁶. (Se destaca).

Comoquiera que en este trabajo se analiza básicamente la labor argumentativa del fiscal, puede afirmarse que este, cuando pretenda que un determinado precedente no se aplique a un determinado caso, debe cumplir dos importantes cargas: (i) poner de presente cuál es el precedente cuya inaplicación se pretende –principio de transparencia–, y (ii) expresar las razones por las cuales dicho precedente no debe ser acogido. Aunque los jueces son quienes en últimas toman las decisiones de carácter jurisdiccional, la adecuada utilización de los precedentes por parte de los fiscales (invocando su aplicación o solicitando que no sean acogidos) constituye una importante labor para el desarrollo del principio de igualdad y para la seguridad jurídica, así como para la transparencia de la actividad judicial. Además, debe tenerse en cuenta que el fiscal mantiene el carácter de funcionario judicial y que en virtud de ello conserva la posibilidad de tomar decisiones tan importantes como el archivo de lo actuado, la orden de actos de investigación que impliquen limitación de derechos fundamentales (con control previo o posterior del juez), la aplicación del principio de oportunidad, entre otros, temas frente a los cuales la Corte Constitucional y la Corte Suprema han hecho importantes pronunciamientos y han determinado reglas para la solución de asuntos problemáticos.

Finalmente, haremos algunos apuntes sobre el manejo del alto volumen de sentencias proferidas por las altas cortes, incluyendo, según se anotó en la primera parte de este trabajo, las sentencias anteriores a la Ley 906 de 2004 que mantienen vigencia por referirse a temas que no fueron modificados por este ordenamiento (debe recordarse que el acto legislativo 03 de 2002 no introdujo cambios en

⁶⁵ Sentencia T-1625 de 2000. Ver también T-566 de 1998 y T-569 de 2001.

⁶⁶ Sentencia T-678 de 2003.

la estructura axiológica de la Constitución Política, por lo que la labor interpretativa realizada por la Corte Constitucional con anterioridad mantiene, en su mayor parte, plena vigencia).

En cuanto a su organización de la jurisprudencia, el profesor Diego Eduardo López Medina⁶⁷ propone un método para la reconstrucción de las líneas jurisprudenciales, entendidas estas como el cúmulo de pronunciamientos de los altos tribunales frente a un tema específico. La metodología, sobre la que se invita a profundizar, consiste, grosso modo, en ubicar los problemas jurídicos que han dado lugar a los pronunciamientos, establecer cuáles han sido las sentencias más importantes sobre el particular (las denomina sentencias hito) y a partir de ello establecer la continuidad y/o posibles cambios en el tratamiento jurisprudencial de un tema específico.

Acorde con lo anterior, resulta útil resaltar que la interpretación fraccionada de las jurisprudencias pueda dar lugar a interpretaciones erróneas o imprecisas, precisamente porque impide armonizar las reglas fijadas por los altos tribunales frente a temas estrechamente relacionados. Frente a este aspecto podría hacerse una suerte de analogía con la interpretación sistemática de la legislación, pues si bien resulta problemática la interpretación de una norma sin tener en cuenta el contexto en que está ubicada, también puede serlo el interpretar un fallo sin tener en cuenta otros pronunciamientos con los que esté de alguna manera vinculado. Por ejemplo, en la sentencia C-454 de 2006 la Corte Constitucional se refirió a los derechos de las víctimas, especialmente en lo que atañe a la solicitud de pruebas, y en un primer momento se concluyó en algunas esferas judiciales que la regla fijada por la Corte incluía la posibilidad de participar directamente en el debate del juicio oral, incluso presentando y defendiendo una teoría del caso diferente de la de la Fiscalía. Sin embargo, ya la Corte había hecho otros análisis relacionados con el tema, como el contenido en la sentencia C-591 de 2005, donde se hizo énfasis en que el sistema, si bien no puede catalogarse como “acusatorio puro”, sí está regido por el principio acusatorio; además, en varios proveídos se ha referido al principio de igualdad de armas

⁶⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis, 2006.

y el mismo, según se concluyó finalmente en la sentencia C-209 de 2007, puede verse afectado en lo que respecta a la defensa si se permite que la víctima actúe en el juicio oral como una especie de segundo acusador.

Lo mismo puede predicarse de otros temas, tal y como sucede con la aplicación de la cláusula de exclusión, que ha sido tratada en varias sentencias (incluyendo la SU-159 de 2002, donde se analizó el alcance del inciso final del artículo 29 de la Constitución). En efecto, en la sentencia C-591 se analizó lo atinente a los criterios consagrados en el artículo 455 de la Ley 906 (vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable), en la sentencia C-210 se estudió lo relacionado con la utilización de la prueba ilícita para fines de impugnación; en fin que las diferentes reglas jurisprudenciales sobre esta materia tienen que armonizarse para evitar aplicaciones ilógicas o incoherentes de dicho instituto.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 10

1. Elabore un mapa conceptual que incluya los aspectos fundamentales de la presente unidad.
2. Analice el siguiente caso y realice las actividades propuestas, a partir de la lectura y análisis de la sentencia C-822 de 2005.

Pedro fue capturado porque fue sorprendido cuando circulaba a alta velocidad y en contravía en un camión cargado de cemento, y atropelló a cinco personas que estaban en la acera, causándoles la muerte. Pedro presenta signos de alicoramamiento, por lo que el fiscal ordena una toma de muestra de sangre con carácter urgente, antes de ir a legalizar captura y formular imputación.

Analice si el acto de investigación puede practicarse, teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005:

- (i) En primer lugar, la Corte considera que las medidas previstas en las normas acusadas implican afectación de derechos fundamentales y amenazan el principio de la dignidad

humana (artículo 1, C.P.), por lo tanto, siempre es necesario que se acuda al juez de control de garantías para solicitarle que autorice la práctica de estas medidas, tal como lo ordena el artículo 250 numeral 3 de la Constitución.

- (ii) Aunque en principio la Corte resaltó que la imputación implica que la persona “ya ha sido informada ante el juez de garantías de los hechos por los cuales se le investiga”, más adelante armonizó los artículos 286 y 287 de la Ley 906 de 2004, que definen la imputación y determinan las circunstancias bajo las cuales es procedente dicho acto procesal, con el artículo 126 de la misma codificación, que establece que “el carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de imputación o desde la captura, si esta ocurriera primero”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, Manuel, Teorías de la argumentación jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel, 2006.
- AYER, Alfred Julius. Lenguaje, verdad y lógica. Barcelona: Ediciones Martínez Roca, 1971.
- BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA, Jairo Iván. Argumentación judicial. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2003.
- BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA, Jairo Iván. Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.
- COPI, Irving y COHEN, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Madrig: Trotta, S.A. 2005.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Los hechos en la sentencia penal. México: Fontamara, S.A., 2005.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis, 2006.

PERELMAN, CH. La lógica jurídica y la nueva retórica. Madrid: Civitas, 1988.

TOULMIN, Sthepen. Los usos de la argumentación. Barcelona: Ed. Península, 2007.

WESTON, Anthony. Las claves de la argumentación. Barcelona: Ariel, 2004.

