

# La polivalencia táctica del derecho en el juicio oral

## Law tactical polyvalence in the trial stage

Carlos J. Lora Jiménez<sup>1</sup>; Mary L. Lora Mejía<sup>2</sup>

### Resumen

En el presente artículo se explora una cierta interpretación disidente del derecho frente a una concepción idealista del proceso que considera al derecho como expresión de un orden eterno y universal; por lo que se enfatiza que el derecho constituye uno de los hilos que entretujan la trama social y debe ser explicado estructuralmente en el interior de esa trama. El derecho es, entonces, un campo de batalla en donde se enfrentan los diferentes intereses sociales individuales o colectivos, un lugar de definición y permanente reconfiguración de los diferentes poderes existentes a través de múltiples confrontaciones que transcurren en el interior del proceso judicial, confrontación que no cesa nunca de ocurrir, y ello es aún más evidente en el interior del proceso penal, en el que se despliega un escenario adversarial no solo desde las teorías del caso expuestas por las partes, sino que se presenta una auténtica confrontación ideológica, político-jurídica y, por supuesto, probatoria.

**Palabras clave:** polivalencia táctica, uso alternativo del derecho, guerra reglamentada, confrontación ideológica, político-jurídica y probatoria.

### Abstract

This paper explores a dissident interpretation of law as an alternative to an idealistic conception of criminal proceedings which considers the law as a manifestation of an eternal and universal order.

1 Estudiante de noveno semestre de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Corporación Universitaria Remington, calle 51 # 51-27, Medellín, Colombia. Correo: carlos.lora.0801@hotmail.com

2 Estudiante de noveno semestre de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Corporación Universitaria Remington, calle 51 # 51-27, Medellín, Colombia. Correo: maryluzlora@hotmail.com

Alternatively, it is highlighted here that the law is one of the threads that weaves the social fabric and it must be structurally explained within that frame. The law is thus a battlefield where the various collective, individual or social interests clash, a place where definition and permanent reconfiguration of the various existing powers occur through multiple confrontations that take place within the legal proceedings. The fact that this is a never ending confrontation becomes even more apparent in the criminal proceedings, where an adversarial scenario unfolds not only in the form of theories of the case presented by the parties, but in the form of a truly ideological, political-legal and, of course, evidentiary confrontation.

**Keywords:** tactical polyvalence, alternative use of law, regulated war, ideological, political-legal and evidentiary confrontation.

## Introducción

En el proceso penal, la batalla se desarrolla a través del razonamiento jurídico y el despliegue que las partes hacen de su teoría del caso argumentativa y probatoriamente, cuya naturaleza abierta posibilita precisamente esa confrontación a través de múltiples interpretaciones o utilizaciones estratégicas de ella para construir la verdad procesal. La ley y la prueba son, junto con la interpretación legal, municiones utilizadas para tales confrontaciones (De Sousa Santos, 2001, p. 327).

El proceso penal es, en ese contexto, un pequeño frente de guerra en donde los ejércitos (conformados por las partes: acusador-acusado; los abogados litigantes; el juez; los auxiliares de la justicia; y el orden legal establecido como tal) se acomodan, se reabastecen, reclutan

nuevos miembros, establecen pactos y alianzas temporales, siempre teniendo como objetivo la victoria: el poder.

Desde cuando la enunciación de las libertades abstractas, los derechos ideales y las garantías impersonales fueron las armas más importantes con las que la burguesía combatió, en el terreno ideológico, al absolutismo monárquico, el Estado de derecho es su elemento natural. Por ello, su promesa democrático-liberal es vital para su conservación como un límite y garantía contra los abusos del poder, fuere cual fuere el origen de este. Inicialmente se concibió como un conjunto de normas (la Constitución) para regir las actividades del Estado en épocas de normalidad.

El cambio de paradigmas dio lugar a la creciente consolidación de un nuevo constitucionalismo que responde, a su vez, a un nuevo modelo estatal: el Estado social de derecho; desarrollo y a su vez respuesta al Estado de derecho liberal y sus manifestaciones prácticas negativas, evidenciadas sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo xx.

Desde esta perspectiva político-jurídica, el derecho y el proceso penal como manifestación de aquel, encuentran su fundamento como instrumento de reglamentación de la guerra, y no solo como una forma binaria de poder administrada desde arriba, que reduce las situaciones al juego de lo lícito y lo ilícito, de la trasgresión y el castigo, de la verdad y la razón. Y es que el proceso judicial no ha abandonado su forma arcaica de desafío de poderes, solo que ahora tiene mucho de administración basada en la imposición de una verdad previamente definida y establecida por la norma, que es también reproducción en el plano legal de las confrontaciones del hombre político, económico y bélico. Desde esta perspectiva se deben analizar los

diferentes usos sociales que le han sido asignados al razonamiento jurídico.

Pero afirmar que el proceso penal es la guerra reglamentada, no debe asimilarse o confundirse con los conceptos marxistas que sostenían desde la ortodoxia que el derecho no es sino la expresión de la clase dominante, una forma de imposición de la voluntad de los explotadores. Tal visión es sumamente reduccionista y no da cuenta de la riqueza y complejidad dinámica que se presenta en torno al proceso; además de desconocer que el derecho debe ser temporalizado por el análisis, que el derecho tiene un carácter histórico y relativo.

## Sobre la polivalencia táctica del derecho

El fenómeno constitucional ha sido el paradigma del pensamiento político en Occidente en los últimos dos siglos. En un proceso lleno de contrastes, se llega a plantear con todo rigor que no puede existir una adecuada división de las ramas del poder público, una verdadera esencia de democracia y una auténtica prevalencia de los derechos fundamentales que no presuponga el concepto nuclear de supremacía de la Constitución. Esto está planteado en términos categóricos y necesarios, sin embargo, tal afirmación contiene en sí la paradoja, delata la anormalidad del sistema, su irregular lógica y una aparente inercia que conlleva la fuerza demoledora de una negación. El proceso penal es por antonomasia el espacio preponderante donde tienen lugar dichos contrastes, donde se evidencia con más fuerza el escenario confrontacional ideológico-jurídico.

Cualquier elaboración teórica en este sentido depende en alto grado de la visión del derecho

que tengamos, pues no se trata de un concepto neutral o pacífico, sino de uno que delata y orienta las preferencias teóricas de quien lo formula. Tradicionalmente, se ha considerado que el derecho y la ley comparten los rasgos ontológicos de verdad y universalidad de las leyes que proporciona la razón teórica y el método científico. Atendiendo a esta misma lógica, el proceso penal no es más que la manifestación práctica, la búsqueda de dicha verdad merced a unos procedimientos racionales (Bergalli, 1995, p. 19).

Frente a tal concepción idealista del proceso penal, que considera al derecho como expresión de un orden eterno y universal, se enfatiza que el derecho penal constituye uno de los hilos que entretejen la trama social y debe ser explicado estructuralmente en el interior de esa trama. El derecho penal es, entonces, un campo de batalla en donde se enfrentan los diferentes intereses sociales, individuales o colectivos, un lugar de definición y permanente reconfiguración de los diferentes poderes existentes, a través de múltiples confrontaciones que transcurren en el interior del proceso penal, confrontación que no cesa nunca de ocurrir (Valencia, 1997, p. 210).

Es por ello que el análisis del proceso penal debe hacerse desde dicha perspectiva para ahondar en los roles sociales del derecho penal a través de la observación de los discursos utilizados, cómo se distribuyen las disciplinas auxiliares (peritos, análisis del discurso, oratoria), la manera como se plantean posiciones de batalla a través del discurso expresado en la teoría del caso y cómo dichos discursos se van modificando, consolidando o retroalimentando merced a la dinámica interna del proceso y a la interacción con los discursos de las contrapartes. Es desde un análisis crítico que reconocerá esa naturaleza de ámbito de batalla, de confrontación, de guerra del derecho en torno

al proceso penal, que se puede entender con mejor perspectiva el ámbito confrontacional de este y avanzar en la construcción de nuevos y mejores fundamentos teóricos del proceso penal y la búsqueda de nuevas maneras de abordar el juicio oral.

Así, tanto el discurso legal, como el razonamiento jurídico y el proceso penal, como el escenario natural de aquellos, tienen como característica su polivalencia táctica, pues los mismos elementos legales pueden servir de fundamento a diferentes discursos que buscan resultados opuestos.

Acorde con esta postura, es consecuente afirmar entonces que el proceso judicial no busca en última instancia una distribución «justa» de los derechos y recursos, una adecuada distribución del castigo o la exoneración, una administración «buena y justa» del conflicto, sino reglarlo a través de un procedimiento público que está en la base legítima del poder político (Ferrajoli, 1997, p. 951).

Es por esto que el proceso penal es formal, y la definición de la verdad procesal no pasa por la búsqueda de la verdad material como referente principal. Discurre allí un enfrentamiento de tesis, una contraposición argumentativa y probatoria de las teorías del caso puestas en escena. Como se trata de reglar la guerra y no de ser «justos», importa la observancia de las formas, los términos, el procedimiento como tal, la introducción y valoración de la prueba de acuerdo con unos estándares, la utilización de fórmulas sacramentales y la posibilidad de nuevas batallas para redefinir el resultado de la confrontación. La concesión del derecho, la definición de quién tiene la verdad procesalmente relevante, no pasa por definir quién tiene la verdad material o la verdad absoluta, si es que tal cosa existe (Rodríguez, 1997, p. 75).

Así, lo que un litigante pretende conseguir no es descubrir la verdad o conseguir que la descubra el juez, sino convencer al juez, esto es, ganar el proceso. Es posible que en el mejor de los casos el litigante pueda estar realmente interesado en «hallar» la verdad en un único caso, aquel en el que la verdad de los hechos le llevaría a conseguir la victoria. Ahora bien, cuando el descubrimiento de la verdad llevaría a la derrota de su postura, el interés efectivo del litigante está en conseguir que los hechos queden envueltos en el misterio o, en todo caso, que se preserve la presunción de inocencia o desde la perspectiva del acusador, que sean determinados por el juez en un sentido que a la Fiscalía le favorezca aunque no sea verídico. No es casualidad que los litigantes (incluida la Fiscalía en el interior del proceso penal) no tengan obligación alguna de aportar todas las pruebas que estén en su conocimiento, y mucho menos aquellas que resultarían desfavorables para su caso (pero que servirían para desvirtuar su teoría) y que no tengan más interés que el de aportar todas las pruebas favorables de las que pueda disponer. La única limitación a este comportamiento es que el abogado no puede hacer uso de pruebas de cuya falsedad tenga certeza.

En este sentido se formula el debate sobre los alcances que la obligación de decir la verdad tendría respecto a los discursos presentados en el plano jurídico legal, debate que es desarrollado por Rodrigo Coloma Correa (2014) quien, luego de realizar precisiones acerca de los juegos de lenguaje en los que corresponde participar a los litigantes, sugiere que la obligación de decir la verdad es bastante más débil que la imperante en otros contextos en los que se cuenta con pretensiones eminentemente teóricas. Allí se concluye que si bien es cierto que la obligación de decir la verdad opera con cierta fuerza respecto de la producción de

hechos primarios, ella es casi inexistente con relación a la construcción de historias para efectos de conectar estos hechos con la condición de aplicación de las normas jurídicas (Coloma, 2014, p. 678).

Habría que decir, además, que tal característica no obedece a un proceso de degradación moral o ética del litigante en relación con el debate probatorio, sino que estos hechos reproducen a la perfección el esquema del proceso judicial, del proceso de construcción de la verdad jurídicamente relevante. Ello es así por cuanto el derecho, y con mayor énfasis el proceso penal, supone la lucha entre dos o más tipos de razonamientos, todos con pretensiones de verdad, validez, legitimidad y obligatoriedad en cuanto a los efectos prácticos de dicho razonamiento. Pero, a diferencia de lo que ocurre en el razonamiento meramente especulativo, la verdad, validez y legitimidad no están determinadas por una inferencia lógica necesaria a partir de ciertos datos.

Verdad, validez y legitimidad se distinguen en el hecho de que las dos *últimas* se localizan en el campo de lo probable antes que de lo cierto, de lo razonable antes que de lo demostrable; además, en una instancia final, la validez y legitimidad suponen una decisión u opción valorativa más allá de lo verdadero o falso. Es por ello que a partir de ciertos datos, el razonamiento especulativo llegará –o intentará llegar– a una verdad exclusiva y excluyente, a una conclusión irrefutable; en cambio, el razonamiento judicial puede llegar a diferentes verdades, puede llegar a conclusiones distintas aunque perfectamente razonables todas. En el interior de este, los datos están constituidos por ciertos hechos más o menos acreditados o inferidos y por normas positivas, pero estos datos pueden ser combinados de formas muy diversas, de manera que arrojen resultados desiguales y

sin que ninguno sea necesariamente erróneo: todos ellos tendrán pretensiones de validez y el juez deberá optar entre ellos realizando una opción valorativa antes que una mera deducción lógica (Sanín, 2004. p. 271).

En el razonamiento judicial –una vez salvados los errores manifiestos respecto de la apreciación de los hechos o los errores por mal uso de las reglas que organizan el sistema jurídico o tergiversaciones surgidas de hechos ilícitos y de corrupción– no es posible encontrar el abrigo seguro de la verdad especulativa. La sentencia del juez no será verdadera o falsa sino simplemente válida, y con suerte legítima y obligatoria; estas características no resultan de una comprobación sino de una construcción del juez con base en las propuestas que le hacen las partes y a su propia elaboración del caso. De ahí que la labor sintética y creativa del juez no sea sustituible por una computadora: en el fallo judicial hay implícito un acto profundamente humano de escogencia entre valores, opciones políticas e ideológicas, que no puede ser resuelto matemáticamente e, incluso, las opciones existentes para tomar partido por ellas están delimitadas por su presencia en el proceso, como propuesta de solución del caso concreto, pero también *como elementos probatorios por ejemplo*, con lo que se evidencia aún más la disparidad que puede darse –y se da de manera inquietantemente frecuente– entre verdad y proceso y cualquiera de las formas en que termine este (Serrano, 1988, p. 193).

Esta característica abierta del razonamiento judicial es también lo que le otorga su carácter dialéctico y evidencia su polivalencia táctica: dado que existen diversas líneas de argumentación igualmente razonables, se requiere explorar y desarrollar cada una de estas líneas antes de llegar a una decisión. Aun cuando en la práctica el juez tienda a pensar que litigan-

tes y abogados constituyen un estorbo para el análisis sereno del caso, su función no puede ser desempeñada eficientemente sin el entusiasmo bélico de las partes, sin el cruce de fuegos argumentativos que muestran los puntos débiles de cada una de las posiciones, explicitan las opciones que cada una de ellas implican, desarrollan las consecuencias y ponen de relieve los conflictos de valores. Un proceso es entonces la confluencia armada de dos o más perspectivas diferentes, pero en todo caso, no es construcción o búsqueda de la verdad (Trazegnies, 1981, p. 58).

Es necesario entonces desterrar esa concepción maniquea y simplista del procedimiento judicial que distingue entre el litigante «bueno» y el litigante «malo», el que tiene la razón y el que no la tiene, entre lo verdadero y lo falso y aceptar que el camino que va desde los planteamientos iniciales de las partes hasta la sentencia es tortuoso, incierto, lleno de recovecos y de peligros. Si bien a veces puede ocurrir, no es dable generalizar en el sentido de afirmar que la sentencia está ya prefigurada en una de las posiciones iniciales, como una verdad que está oculta en medio de la hojarasca que es preciso limpiar para encontrarla. La sentencia no está ya ahí latente a la espera de que la mirada del juez la descubra, así como no existe una verdad natural que ha de ser hallada por el derecho (Pérez, 1997, p. 389).

Por el contrario, el juicio penal es un hacer que va articulándose dialécticamente y que, gracias al juego de persuasiones, va creando el fallo en la mente del juez. Al comienzo del juicio las cosas no están todavía definidas, todo está por pasar, aun cuando el juzgador tuviese una cierta preconcepción, algún prejuicio sobre el asunto a debatir. Al inicio, los contendientes judiciales están frente a frente; podemos hacer pronósticos sobre aquel que será triunfador,

pero esto no está definido desde el primer momento, sino que tendrá que definirse combatiendo. Cierto es que los combatientes no son iguales, unos tiene mayor peso, arsenal y poder que otros y puede suponerse que ganen más fácilmente; como también algunos de los litigantes han sido privilegiados por la ley antes de entrar en la contienda. Aun así, las cosas deben definirse en el curso de la controversia y a veces se presentan sorpresas. La ley puede haber otorgado una solución provisional a un determinado conflicto, pero en cada caso particular el conflicto resulta revivido. La ley señala un marco y unas reglas de batalla, pero la batalla debe librarse. Y, a veces, el razonamiento es capaz de replantear el orden jurídico en un caso particular. El interés «perdedor» al nivel general de la ley logra colarse por las hendiduras del orden jurídico establecido, acentúa las grietas, remueve en esa situación específica lo que no está suficientemente sólido, aprovecha las contradicciones, utiliza como palanca elementos del orden legal para desplazar a otros.

Es esto lo que hace interesante el análisis del proceso penal, lo que torna en fascinante al juicio oral. La controversia judicial no es la forma como una de las partes demuestra los errores de la otra, sino la forma como una de ellas persuade al juez de la validez, de la verdad procesal, contenidas en su teoría del caso. En todo juicio hay un enfrentamiento de poderes a través de juegos de valores, intereses, influencias, cuyas fuerzas se ponen a prueba. De alguna manera, el proceso penal canaliza y sublima ciertos conflictos sociales, les proporciona un espacio dinámico para su confrontación (aunque en muchas ocasiones puede terminar ahondándolos); por ello es importante descifrar estos conflictos formalmente encapsulados para descubrir en el seno de ellos mismos las estrategias del poder y la dominación, las tácticas de dominantes y dominados para ob-

tener alguna ventaja o para provocar una herida al contrario (Del Águila, 2000, p. 328).

Entre el conflicto político abierto y el proceso penal judicial no hay solución de continuidad: cuando los cauces legales no alcanzan a contener la turbulencia y la vehemencia de los poderes sociales enfrentados, la controversia jurídica se desborda en contienda política. Si el enfrentamiento de poderes se mantiene en el interior del sistema de grandes conciliaciones preestablecidas mediante el orden legal, o si la rebelión contra el sistema se lleva a cabo en forma individual utilizando las armas del propio sistema, nos encontramos ante una controversia jurídica. En cambio, cuando las pretensiones de alguno de los poderes enfrentados excede el marco de las conciliaciones legales de base, y cuando este exceso no puede lograr su realización a través de las grietas y hendiduras del sistema, o cuando trasciende la dimensión individual para asumir el carácter de una rebelión colectiva, entonces nos encontramos frente a un conflicto político manifiesto. Cuando el choque de estos enfrentamientos colectivos se torna tan agudo que ni siquiera puede ser encauzado por los canales más informales y flexibles del proceso político, el conflicto se transforma en revolución, la contienda argumentativa en lucha armada, pasa a otro campo de batalla (Orozco y Gómez, 1999, p. 270).

En esta forma, el esquema procesal alberga y obliga a interaccionar dos o más tipos de discursos. El proceso no está constituido por un razonamiento lineal a través del cual la verdad va saliendo paso a paso a la luz y queda manifiesta en la sentencia. Por el contrario, nos encontramos frente a un entrecruzamiento de discursos de inspiración, organización y estilo diferentes: en un proceso hay muchas personas que hablan –básicamente dos, los litigantes, pero también hablan las partes, lo hace el juez, los auxiliares de la justicia, terceros inter-

vinientes, entre otros– y todas hablan de distinta forma (Bobbio y Bovero, 1985, p. 746).

De manera que si descartamos la idea de un derecho objetivo que resuelve todos los problemas desde lo alto de su majestad, si abandonamos la idea de un sentido único oculto detrás de las manifestaciones multicolores de los interlocutores judiciales, si adoptamos la idea del derecho como algo que se hace a cada instante a través de cada conflicto, entonces nuestra tarea debe ser no la de descubrir la «verdad» jurídica enturbiada por los litigantes en cada proceso, sino la de detectar la dispersión de los discursos, poner de relieve las diferencias y las rupturas, individualizar los razonamientos y observar sus choques y sus interacciones.

En consecuencia, un análisis adecuado del expediente penal no debe consistir en preguntarse quién tenía razón legalmente en dicho juicio, porque de alguna manera ambos (o más) tenían razón y al mismo tiempo ninguno. Más bien debemos preguntarnos primero «¿quién habla?» en cada caso, es decir, quién hace uso del derecho, quién está razonando jurídicamente o creando una práctica discursiva dentro del campo de lo jurídico. Luego debemos preguntarnos: «¿por qué habla?», que es lo que pretende en ese juicio. Finalmente, es preciso agregar la pregunta: «¿a quién habla?», a qué auditorio se dirige, porque si el derecho es un proceso de totalizaciones y retotalizaciones permanentes de persuasión, el razonamiento se modificará dialécticamente en atención al auditorio (juez, magistrados, opinión pública, tribunales internacionales). El resultado del juicio no es la victoria de la verdad sobre el error, sino el triunfo circunstanciado y transitorio de una cierta versión o posición sobre la otra; pero este triunfo será inmediatamente puesto en cuestión nuevamente, sea vía recursos en el interior del proceso penal o a través de otras

herramientas discursivas, jurídicas o políticas (Foucault, 1995, p. 627).

En una guerra, como es el proceso penal, no podía estar ausente la violencia. En cierta forma, todos los razonamientos jurídicos son modalidades sublimadas de violencia, son expresiones del enfrentamiento de poderes. Pero en algunos momentos, la canalización procesal de la agresividad no es capaz de contener totalmente las fuerzas en juego y la violencia se desborda más allá de las fórmulas y de los procedimientos. Ya hemos señalado que cuando los diques jurídicos son absolutamente incapaces de orientar las corrientes de poder y compatibilizarlas, nos encontramos frente a un desnudo conflicto político de poder. En muchos casos la canalización resiste, pero se agrieta, las formas jurídicas se mantienen, pero una violencia más primitiva se asoma por los intersticios (Bermúdez, 1987, p. 104).

Esta violencia excedente se manifiesta ya sea en el deseo de condenar al silencio a la parte contraria, de acallarla, de no permitirle expresarse; ya sea en la vehemencia de la propia expresión, en la exuberancia y en la intensidad de las referencias a la parte contraria, en la sustitución como blanco de los ataques verbales de la persona del contendiente en vez de las ideas y planteamientos de este. En el primer caso se trata de un uso antijudicial de la violencia, pues se intenta lograr un estado precisamente contrario al de un juicio: se quiere que no se hable, que no se discuta, que no se ventile el pleito. En el segundo caso se trata de un uso sobrejudicial de la violencia, pues se utiliza el juicio para decir más de lo que debería estrictamente decirse, los discursos no contienen argumentos, sino invectivas destinadas a apabullar a la parte contraria.

Ahora bien, los discursos de las partes no son los únicos que entran en juego en el proceso

penal. Evidentemente, sus planteamientos, sus intereses, sus perspectivas de las cosas, gozan de la iniciativa del razonamiento. Pero para los efectos de lograr sus propósitos, estos discursos requieren ser complementados con los de los peritos que presentan el punto de vista de otras disciplinas, artes o ciencias. Además, las partes se encuentran obligadas a salir del campo de los discursos de la vida cotidiana para ingresar a un espacio conceptual que tiene sus propias reglas de juego; lo que exige consultar a guías especialistas en ese nuevo terreno en el que deben interactuar: así los abogados se encargarán de recoger las expresiones todavía en bruto de las partes y darles una forma que las haga visibles y operativas dentro del espacio teórico del derecho. Por último, todo este haz de discursos no constituye sino una invocación, una llamada de atención, un esfuerzo de persuasión, para que emerja un discurso cualitativamente diferente porque tiene facultad de imperio: el del juez, que debe poner fin a la controversia (Foucault, 2006, p. 164).

Así, el proceso penal es como un cedazo que deja pasar ciertas cosas y oculta otras, que colabora en la construcción o en la destrucción conceptual de ciertas realidades sociales, pero no se crea que el reparto de voces y silencios que establece la trama legal es ineluctable: los actores sociales silenciados o cuyas voces han sido considerablemente apagadas, intentan forzar la rejilla, apropiarse del megáfono y hacerse oír hasta que sean divisados y de alguna manera amparados.

El poder está siempre presente en el proceso penal, pero no el poder con mayúscula, no el poder bajo la forma de una unidad primigenia de dominación, sino como algo que se está produciendo a cada instante, en todos los puntos del medio social: el derecho entendido de esta manera está siempre en ebullición, es un



campo burbujeante donde continuamente nacen y desaparecen esferas de poder (Douzinas, 2008, p. 462).

Es evidente que estos enfrentamientos locales de poder jurídico no son independientes unos de otros: el proceso penal en el marco del derecho en general se construye como una jerarquía de niveles o planos, en la que los niveles superiores gravitan decididamente sobre los niveles inferiores; la ley establece las pautas dentro de las que tiene que actuar el juez y la Constitución enmarca el campo de acción de la ley, de las autoridades y de los ciudadanos. Pero es muy significativo que a medida que se remontan los niveles, la textura del derecho se hace más abierta, lo que permite que el juego de los niveles inferiores sea más amplio. Por consiguiente, los enfrentamientos de poder en los niveles superiores no producen resultados jurídicos monolíticos, no cierra definitivamente el debate, sino que simplemente plantean pies forzados para los juegos de fuerzas que se desarrollarán en los niveles inferiores. Y a su vez los resultados de estos enfrentamientos en los niveles inferiores van a producir un efecto de rebote sobre los resultados de los niveles superiores al convertirse en prácticas jurídicas que tienden a comprender e interpretar la ley de una determinada manera o que pueden llevar incluso a la necesidad de modificar la ley misma (De Otto, 1998, p. 751).

El proceso penal es más bien un espacio y un método para resolver algunos conflictos de poder (a veces los más álgidos), cada uno de los cuales aportan elementos heterogéneos que no pueden ser definitorios para determinar lo que es cierto (verdad procesal) (Saa Velasco, 1986, p. 421).

Entonces, el proceso penal no busca ser justo: su función es brindar seguridad y estabilidad

a los contendientes sobre las reglas de juego operantes en el juicio oral y en el interior de este, de las múltiples batallas que allí discurren. Ser justo es entonces un valor agregado que puede o no estar presente al final del proceso penal. Pero ello no siempre fue así, es solo a partir de la entronización del derecho positivo que la pureza lógico-formal ocupa el sitio preferente en el proceso judicial, antes de ello la actitud de las partes es más informal y se busca decidir con base en lo «real»: las convicciones, valores morales y religiosos, bastiones definidores de lo real y lo justo, lo que no implica que no fuera ya el proceso, la ritualización de la guerra, pues que así era, solo que atendiendo a una lógica diferente, criterios y parámetros distintos (Schmitt, 1983, p. 218).

El reconocimiento y análisis de tal concepción frente al proceso penal y al derecho en general significaría un avance, en tanto implica abandonar posiciones idealistas del derecho, que si bien soportaron teóricamente por más de dos siglos los estados occidentales modernos, pero que son ya obstáculo para avanzar hacia teorías más dinámicas, realistas e incluyentes del proceso judicial. El derecho y el proceso como uno de los usos de aquel, establece condiciones de visibilidad de lo que sucede en el plano social, e igualmente invisibiliza otras tantas, que están en permanente lucha para poder ser vistos en el plano judicial (García, 1992, p. 39).

Ahora bien, existen otros usos del derecho que influyen e interactúan con el proceso judicial, sentidos nuevos que surgen de cada enfrentamiento jurídico entre poderes. Es decir, que lo fáctico, lo real, inciden necesariamente en la formulación de las reglas frente al proceso, como un conjunto de campos de batalla en diferentes niveles, como una multiplicidad de relaciones de fuerzas, cada una de las cuales tiene plataformas móviles, locales e inestables.

El poder, pues, está siempre presente en el proceso, pero no un solo poder vertical, impuesto de arriba hacia abajo, sino múltiples poderes que están en medio de una guerra ritualizada, y que no son más que el reflejo de una sociedad en conflicto, en ebullición, que a diario reconfigura la distribución de la verdad y del poder.

Esto no significa afirmar que cada una de las esferas de poder interactúe en igualdad de circunstancias en el proceso judicial, pues creer ello sería desconocer la enorme influencia que lo fáctico tiene en el proceso. Sin embargo se insiste, el reconocimiento de esa polivalencia táctica del proceso, permite enmarcar este uso del derecho en teorías más dinámicas sobre lo jurídico y, eminentemente, sobre los conflictos sociales que se pretenden reglar a través del proceso judicial (García, 1992, p. 64).

La verdad jurídica no preexiste, sino que es construida en ese intercambio de ataque y defensa a través del proceso penal como enfrentamiento reglado de poderes. Si se observa la literatura jurídica sobre las pruebas en los diversos ordenamientos, es habitual encontrar la afirmación de que el proceso está dirigido hacia la determinación de la verdad de los hechos o, al menos, de su verdad probable. Esta afirmación por lo general carece de justificación o de análisis crítico y se reduce a una mera petición de principio, fácilmente destinada a ser contradicha hasta por el propio autor cuando se ocupa de otros aspectos del proceso (Taruffo, 2002, p. 110).

Y es que el sujeto de derechos es una construcción simbólica, el resultado de la acción del lenguaje y del derecho en el cuerpo. El sujeto está siempre dividido, libre y subyugado, originado y determinado, deseoso y oprimido. El sujeto legal es la creación del derecho positivo y el acompañante de las reglas, el juguete del

soberano y su crítico potencial, el disidente y el rebelde. En palabras de Douzinas:

Su perfil puede cambiar como resultado de la lucha política, se le pueden introducir elementos de diferencia al dibujo deformado, pero su integridad imaginaria será salvaguardada solo en el futuro, siempre adelante; aun así, este futuro imaginario se inscribe así mismo como el horizonte de la persona y del orden civil, una prefiguración de lo que está por llegar pero ya presente, como una huella, en lo que pasa. En términos psicoanalíticos, este es el resultado del engaño de la ley; también lo vemos como el otro lado del deseo de la integridad imposible, como el elemento paradójico y utópico de los derechos humanos (2008, p. 462).

Sin embargo, hoy día es poco realista pensar en opciones de desarrollo jurídico por fuera de los referentes constitucionalistas democráticos occidentales, que tienen como nuevo elemento avasallador, como arma estratégica de contención y sometimiento el discurso de los derechos humanos, a más del innumerable contingente de municiones legales. Y es en este contexto en el que cobran su real importancia los usos alternativos del derecho, tema sobre el que no nos referiremos acá por cuestiones de espacio, pero que indiscutiblemente está ligado a la concepción crítica que aquí se expone del derecho y del proceso penal: el uso polivalente que de estos siempre se ha hecho requiere un despliegue absoluto y continuo de imaginación y creatividad jurídica, para extraer del mismo sistema jurídico-procedimental los insumos necesarios para obtener resultados que privilegien otras opciones sociales, nuevos esquemas de poder desde el ciudadano, desde la comunidad, desde la sociedad civil. Nuevos esquemas del derecho, y sobre todo del proceso judicial que arrebaten el poder concentrado y, sin embargo, difuso que comparten juzgadores, acusadores y abogados en general frente al ciudadano.

Llegados a este punto podemos mencionar algunas reflexiones centrales derivadas del trabajo realizado, que podrían no ser necesariamente novedosas, pero constituyen aspectos en los cuales creemos es indispensable hacer hincapié para no dejarnos llevar por la marea de las verdades oficiales y del optimismo constitucional que inunda la concepción del derecho y del procedimiento judicial.

En tal contexto, la oralidad como sistema procedimental, si bien tiene muchas virtudes, de las cuales no nos ocuparemos acá (lo que por otro lado parece no necesitar, pues ya tiene suficientes defensores) indudablemente por su carácter adversarial, pone el énfasis en el carácter estratégico del derecho y especialmente del proceso como constructor y determinante de una cierta verdad. Ahora bien, se ha insistido en el transcurso del artículo en poner en evidencia el uso estratégico del derecho en general y del proceso penal en particular, esto es, como herramienta por medio de la cual se materializan convicciones de carácter ético y político, las cuales se evidencian (aunque no solo allí) en el juicio oral.

Pero resaltar este hecho no significa *per se* una valoración negativa frente a tal tipo de aplicación estratégica del derecho; lo que se pretende es develar cómo discurren las verdaderas pugnas, cuál es su lógica argumentativa, cuáles sus fines reales y sus implicaciones en el proceso penal.

Hasta hoy, las armas han proliferado y las leyes han sido empleadas como armas. Y la herencia de los colombianos es violencia. Para librarnos de nosotros mismos y de nuestras necesidades, para evitar otros cien años de soledad y tener una segunda oportunidad sobre la tierra, debemos luchar por la imaginación política en lugar del reformismo constitucional, por la democratización y el cambio en lugar de la continuidad y el orden a cualquier precio (Valencia, 1997, p. 162).

## Conclusiones

Para los autores de este artículo y contra las tendencias predominantes en el pensamiento jurídico occidental contemporáneo, el derecho es la guerra ritualizada y el proceso penal uno de los frentes de batalla de dicha confrontación.

En ese contexto, el poder, está siempre presente en el proceso penal, pero no un solo poder vertical, impuesto de arriba hacia abajo, sino múltiples poderes que están en medio de una guerra ritualizada en torno al dominio del derecho como dominio de un saber polémico, de una retórica estratégica.

Como una fortificación en este campo de batalla, los tribunales interpretan la codificación vigente de acuerdo con una determinada visión estratégica del derecho, que sostiene que la retórica legal derivada de las artes judiciales, notariales y forenses tiene el poder de la verdad para escribir la historia e incluso para cambiar el mundo.

La oralidad como sistema procedimental, si bien tiene muchas virtudes, indudablemente por su carácter adversarial, pone el énfasis en el carácter estratégico del derecho y especialmente del proceso como constructor y determinante de una cierta verdad.

## Referencias

- Águila, R. Del. (2000). *La senda del mal: política y razón de Estado*. Bogotá: Taurus.
- Bergalli, R. (1995). Sistema penal y razón de Estado. *El Viejo Topo*, (84), 16-20.

- Bermúdez, L. (1987). *Guerra de baja intensidad* (2a ed.). Bogotá: Siglo Veintiuno.
- Bobbio, N. y Bovero, M. (1985). *Origen y fundamentos del poder político* (4a ed.). México: Grijalbo.
- Coloma Correa, R. (2014). Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2), 673-703.
- Douzinas, C. (2008). *El fin de los derechos humanos*. Bogotá: Legis.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Foucault, M. (2006). *Defender la sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- García Villegas, M. (1992). Derecho Constitucional y estrategia política. *Revista Estudios Políticos - Universidad de Antioquia*, (1), 35-66.
- Orozco Abad, I. y Gómez Albarello, J. (1999). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Santa fé de Bogotá: Editorial Temis, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y relaciones internacionales.
- Otto, L. De. (1998). *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Pérez Toro, William Freddy y otros. (1997). *Estado de Derecho y Sistema Penal*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos.
- Rodríguez Garavito, César Augusto y otros. (1997). *Nueva interpretación constitucional*. Medellín, Universidad de Antioquia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Saa Velasco, E. (1986). *Teoría Constitucional General*. Popayán: Talleres del Departamento del Cauca.
- Sanín Restrepo, R. (2004). *Libertad y justicia constitucional*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Serrano Piedecabras, J. R. (1988). *Emergencia y crisis del Estado social*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU.
- Sousa Santos, B. De. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Uniandes-Siglo del hombre-Colciencias- CES.
- Taruffo, M. (2002). Consideraciones sobre la prueba y verdad. *Revista Derechos y Libertades del Instituto Bartolomé de las Casas*, (11), 99-124.
- Trazegnies Granda, F. (1981). *Ciriaco de Urtecho: Litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico* (2ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Valencia Villa, H. (1997). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano* (2a ed.). Bogotá, Cerec, Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales de la Universidad Nacional.