

APORTES DE LA TRANSVALORACIÓN AL MÉTODO SEMIOJURÍDICO

2

Introducción

Ya tuvimos ocasión de abordar el significado de la transvaloración y de aplicarlo a estudios de estirpe semiótica y sociojurídica. Hemos considerado que se trata de “tomas de situación”, en oposición a “tomas de posición”. No se trata tanto de cómo se quiera o decida considerar un fenómeno, sino de la forma como el observador se incorpora a él y, desde luego, pasa a ser una cierta unidad con ese fenómeno.

Aquí tomamos por fenómeno todo aquello susceptible de apropiarse de la forma en la que es dado a los sentidos y también de la manera que la conciencia dispone darle, es decir, aquello que significa algo porque le ha sido atribuido un sentido.

Entonces, un fenómeno es algo caracterizado por el hecho inmanente de no resultar indiferente al ser que lo experimenta, sea este individual o social. Es una violencia que trastoca la tranquilidad de su estabilidad óptica y propicia una cierta entropía en busca de una transformación. En otros términos, la transvaloración compromete el paso de lo apolíneo hacia lo dionisiaco, como lo dijera Nietzsche (1985) o, lo que es igual, el paso de la tranquilidad de la consolidación

de la existencia que, al alcanzar sus límites, debe transformarse en otra cosa para seguir siendo ella, aun cuando resulte un tanto paradójico.

El hechizo de la metamorfosis es la condición previa de todo arte dramático. Bajo este hechizo asombroso, el soñador dionisiaco se ve transformado en sátiro, y en cuanto sátiro, contempla a su vez al dios; es decir, en su metamorfosis ve, fuera de él, una nueva visión, paralelamente apolínea, de su nueva condición. Desde la aparición de esta visión, el drama se completa (p. 517).

Es un proceso mediante el cual el sujeto se incorpora al fenómeno para hacer de él algo correspondiente a su identidad.

Dijimos que tal vez fue Nietzsche (1985) quien primero propuso la transvaloración como categoría de análisis, con lo que quiso significar los procesos de individuación de contenidos axiológicos distintos a los ortodoxos. Esto implica llevar un fenómeno a sus propios límites, hasta donde ya no pueda decir mayor cosa.

En todo cuanto atañe al valor o a la falta de valor de las cosas, la convicción de los hombres influye muy poco. Las convicciones son prisiones. No ven lejos, no ven por debajo de ellas. Para poder hablar de valor y de carencia de valor, hay que ver quinientas convicciones debajo de sí, detrás de sí. Todo espíritu que ansía algo grande y que quiere también poseer los medios para alcanzarlo, es necesariamente escéptico. La independencia de toda clase de convicciones forma parte de la fuerza; hay que saber mirar libremente. La gran pasión del escéptico, el fondo y la potencia de su ser, más clarividente y más despótica todavía que él, pone toda la inteligencia a su servicio, aleja toda vacilación, se sirve aún de los medios impíos, permite convicciones en determinadas circunstancias. La convicción es un medio; hay muchas cosas que no se alcanzan más que a fuerza de convicción (pp. 93-94).

No se contrajo a un modo de pensar sino a toda una concepción del ser, en cuya esencia radicaban las condiciones de una nueva antropología “¿Qué dice tu conciencia? Debes volverte lo que eres” (Nietzsche, 1985, p. 1.037).

Recordamos nuevamente que la filosofía de Nietzsche (1985) es en sí una fórmula de transvaloración social. Cuestionó la orientación axiológica demarcada por el cristianismo y formuló la posibilidad de un sistema deóntico que no atendía a los mismos contenidos. En rigor, no pretendía constituir categorías novedosas en las prácticas sociales, pero sí apuntaba a la reconstrucción de los valores comprometidos, informado de significados incompatibles con las prácticas de la ética

cristiana (Nietzsche, 1985). Si para la religión de la Iglesia católica el referente de vida era Dios, según el significado atribuido a la figura de Jesucristo, exterior y distinto al ser humano, para Nietzsche no existía otro dios que “el sí mismo”, entendido como el reconocimiento del ser supremo individual en torno a quien giraba toda dinámica de pervivencia socialmente conformada, como se desprende de su obra cumbre.

Si nos detenemos a considerar lo revolucionario de la obra del Maestro de Nazaret, fue una fórmula de transvaloración que cambia al Señor por un Padre y al siervo por un Hijo. A cambio de una relación feudal, cuyo criterio de unidad era el temor, se planteaba una familiar vinculada por los más indiscutibles lazos de fraternidad.

Las dos tentativas han sido agresivas y muy difíciles de asimilar, hasta el punto de que ha preferido adularlas. Se trata de una migración que confluye en un nuevo ser: “La vida no es un argumento; entre las condiciones de la vida pudiera figurar el error” (Nietzsche, 1985, p. 992).

Sostenemos que la transvaloración es en sí una agresión y, en tanto tal, genera reacciones encontradas, incluso en casos en los que existe consenso acerca del propósito compartido de propender a la modificación o experimentación, si así se prefiere.

Por otra parte, la esencia de la transvaloración —esto es, la dinámica de su concepto— compromete resistencias naturales similares a las que experimentan los componentes de un sistema cuando de repente forman parte de otro, pues se sabe que tienden a obedecer a los mismos parámetros de conducta. En el campo biológico, piénsese en dos situaciones: por un lado, el llamado “miembro fantasma” y, por otro, el de la anosognosia, como los describe Merleau-Ponty (1985).

En el primer evento, la persona que ha perdido un miembro de su cuerpo del que puede dirigir sus movimientos a voluntad tiende a comportarse como si aún lo tuviera. Así, puede intentar apoyarse en una pierna de la que ahora carece como si estuviera en su lugar y, de la misma forma, experimenta su presencia y dolor en el miembro ausente. En el otro caso, el miembro existe, pero la persona lo ignora porque ha perdido la sensibilidad en él y hasta se comporta como si no existiera.

La psicología de la Gestalt ha analizado estas situaciones y ha concluido que los órganos son inmanentes al sistema, que es el cuerpo; a causa de esta unidad, la pérdida real o artificial de uno de ellos genera comportamientos tendientes a

“ignorar” el cambio suscitado, es decir, la unidad del cuerpo se resiste a adoptar un comportamiento correspondiente con su nueva condición. Esto ocurre mientras se agota un proceso de aceptación de la transformación.

Este acontecer normal ha propiciado ulteriores estudios que han favorecido la fenomenología de la percepción iniciada por Hegel, desarrollada por Husserl (1996) y luego por su discípulo, Maurice Merleau-Ponty (1985).

En el campo social la situación no es muy diferente. Recuérdese el experimento de Stalin cuando operó una mutilación radical del sistema de control penal: las personas seguían comportándose como si el mismo siguiera existiendo.

Las instituciones jurídicas son fenómenos sociales con la característica de mutar en el proceso de composición y descomposición de las interacciones humanas. Se “transvalora” el Derecho, sin duda, pero, ¿qué servicio podría prestar la transvaloración a su análisis? Si se procura por esta vía la consolidación del objeto crítico de su ser científico, ofrece perspectivas que, lejos de generar hipótesis desconocidas, inquieta otras vertientes aún no consideradas o vistas muy rápidamente, cuando podrían proporcionar fragmentos que la mirada tradicional no ha considerado.

Derecho y creencia social

Las instituciones jurídicas son estructuras sociales cuya existencia se basa en la creencia generalizada de lo que representan (Searle, 1997). En tanto obra, son fruto de una intención concreta e involucran propósitos específicos no necesariamente declarados o apenas expuestos. Lo cierto es que no aparecen por azar o por imposición de fuerzas extrañas a la voluntad humana. Esta cualidad de las estructuras sociales en general y de las jurídicas en particular puede concretarse al indicar que son “intencionales”, con lo que se describe que están ordenadas a producir ciertos efectos o condiciones, puesto que son creadas con una finalidad.

Como los filósofos del lenguaje, Searle (1997), al igual que Greimas (Greimas y Courtés, 1991), advirtieron la distinción entre intencionalidad e intensionalidad. La primera apunta a la actualización consciente de lo que se pretende mediante el instrumento escogido. La segunda complementa a la primera, al proveer información acerca de los límites extensionales de las estructuras, es decir, hasta dónde quiere llegarse, hasta qué punto los términos de la sentencia son insustituibles,

•Aportes de la transvaloración al método semiojurídico.

como dijera Leibnitz. En el acto de comunicación —el Derecho es por esencia comunicación—, la intención del acto de habla se propone un objetivo, pero llega a él de determinada forma, no de todas ni de cualquiera: es tanto intencional como intensional.

Searle (1997) señala que las creaciones sociales, como las instituciones, atienden una regla básica descrita por él como “X cuenta como Y en C”. Ello significa que las estructuras son referenciales, o sea, hacen que una determinada situación represente algo en un contexto específico. Como lo manifiesta el mismo autor, algunos papeles que involucran características preestablecidas representan dinero dentro de un contexto social en donde se cree en la institución de la moneda. Desde luego, el dinero surgió para que operara como instrumento de valor de cambio y no como otra cosa, lo cual no ha obstaculizado una historia específica de la moneda que hubiera podido ir más allá o más acá de lo que sus creadores pudieran estimar.

Por ejemplo, un proceso judicial es otra institución, en tanto representa un ritual de definición jurídica en un medio en el que ha sido conformado a partir de reglas tanto constitutivas como regulativas (Lindahl, 1984).

También Searle (1997) se ha ocupado de este tema, al decir que las reglas referidas a situaciones que las preceden son desorden regulativo, no crean nada y apenas regulan lo que ya está constituido. Mientras, las reglas constitutivas crean el objeto al cual se refieren. Como ejemplo de las primeras, Searle (1997) propone las reglas de tránsito y entre las segundas, las del ajedrez.

Podríamos decir que en Derecho se presentan los dos tipos de reglas: son regulativas las referentes al ejercicio del derecho de contradicción, en la medida en que se encargan de una institución que las precede; son constitutivas las que otorgan carácter de única instancia a ciertos procesos, porque en virtud de la norma se convierten en procesos de única instancia.

Las estructuras participan de otra característica según la cual las instituciones constituyen estatus, entendido por tal la asignación de una significación socialmente compartida. Como toda institución, las jurídicas también implican estatus y, por lo mismo, sus efectos se realizan entre personas humanas individuales o colectivas. El estatus de condenado o absuelto, por ejemplo, se adquiere mediante el ejercicio de la institución, que es el proceso.

Al pensar en instituciones jurídicas como la familia, el estatus de deudor o acreedor de alimentos por ser padre, madre, hijo, esposo o esposa son en sí mismas representaciones sociales otorgadas por el ejercicio de las reglas jurídicas previstas para que algunos individuos sean reconocidos como tales (Bastida, 2000).

De ahí que las normas jurídicas estén dirigidas a personas o grupos de personas, si bien no necesariamente determinadas, siempre determinables. Con ello se destaca que la institución no se orienta a sujetos distintos, puesto que cosas o animales podrían ocuparlas siempre que sean objeto de relaciones con personas. Esta cualidad general permite señalar que la institución jurídica, en tanto tal, parte de una intención que se pretende realizar en seres humanos socialmente catalogados, es decir, aquellos que podríamos designar como “ciudadanos” o miembros de una sociedad mayor o menor, pero siempre identificable; personas de quienes se predica una serie de presupuestos, aunque en la realidad sean falsos, como el hecho o la situación de conocer la ley.

Transvaloración y Derecho

Ninguna institución jurídica tiene por objeto el interior de las personas, como tampoco su mente, su espíritu, su ser inconsciente o subconsciente, entendido por ello lo que quiere ser; más bien, se trata de lo que no quiere ser.

Mucho se engañará el que estudie las leyes penales de un pueblo buscando en ellas la expresión de su carácter. Las leyes no descubren lo que es un pueblo, sino tan solo lo que le parece anormal, extraño, monstruoso, ajeno. La ley se refiere a las excepciones de la moral de las costumbres (Nietzsche, 1985, p. 930).

Es preciso distinguir que las instituciones asumen acontecimientos reales, naturales o, si se prefiere, hechos que no han sido institucionalizados, para convertirlos en hechos sociales. La muestra más clara son las llamadas “pruebas”, pero también sucede con las personas, como es el caso del ser humano que termina convertido en condenado. Searle (1997) los designa como “hechos brutos” (p. 44), por ejemplo, el material físico en donde se vierten las características de un billete para ser tal es un hecho bruto que adquiere toda una significación y función social por medio de la institución del dinero.

Hemos propuesto un ejemplo en términos jurídicos: la muerte de una persona cabe en la definición de Searle como un hecho bruto que la institución jurídica convierte de delito de homicidio en un hecho institucional llamado homicidio.

Sabemos que la institución configura realidad social a partir de hechos brutos, sin perder de vista que la estructura selecciona en mayor o menor medida los hechos brutos sobre los que operará. Al fin y al cabo, la institución consiste en otorgar significado a un significante, es decir, la estructura social tiene una base semántica establecida derivada de una base sintáctica predeterminada. Si pudiéramos diseccionar la abstracción que es la institución, diríamos que tiene esas dos “partes”. Luego, lo que se hace mediante una institución jurídica es asignar un significado jurídico (el efecto normativo) a un significante (la expresión humana).

Así opera el mecanismo de asignación de estatus por esta particular estructura; como cualquier otra institución, “hace decir algo” a ciertas manifestaciones humanas. Ello sugiere que la estructura jurídica produce el efecto de reducir la ambigüedad significativa, ya que antes de su aparición, la expresión humana a la cual le apunta podía significar lo que la sociedad interpretara espontáneamente. La institución otorga significado a una expresión específica y desarticula la ambigüedad consistente en que se le dé una significación aleatoria, porque precisa a partir de ella lo que debe seguir significando.

En esta perspectiva, son identificables dos tipos de institución jurídica: por una parte, aquellas que asignan determinado estatus a propósito de la producción del hecho bruto, como en el caso del delito de homicidio; por otra, las que permiten atribuir el hecho bruto a una persona para así operar la producción de estatus prevista para el productor del hecho bruto. Este último evento corresponde a las disposiciones adjetivas concernientes a la derivación de responsabilidad, en el caso propuesto, por el delito de homicidio.

La institución jurídica propicia que algo hecho por alguien adquiera un significado de relevancia jurídica, es decir, hace que la persona produzca un fenómeno institucional como un delito, un contrato, una obligación, un incumplimiento, una condena, una absolución, etcétera.

No obstante, para “hacer ese algo”, es preciso que los actores sociales se apropien de la institución, la incorporen a su vida hasta fundirse en el elemento de su existencia que es su “ser del mundo”, que la experimente hasta vivirla espontáneamente, como si hubiera existido siempre y debiera ser así siempre,

permanecer y perpetuarse. Por ejemplo, la institución que es el delito de homicidio es experimentada por los actores sociales sin cuestionar si alguna vez ha dejado de existir el reproche social al acto de dar muerte sin tener derecho a ello.

Se sabe que las representaciones sociales de instituciones como la familia llegan a introducirse tan profundo en la vida de las personas, que difícilmente se percatan de las alteraciones históricas de la institución y rechazan hasta la más clara evidencia de su dinámica. En palabras de Luhmann (2000) diríamos “constructivismo operativo [...] La realidad de un sistema es siempre un correlato de sus propias operaciones: siempre una construcción propia” (p. 17).

Para que este proceso de individuación de la institución suceda, se requiere que puedan “vivir la institución”, o sea, que al hecho bruto previsto en la estructura le asignen la significación comprometida en ella, como también que pueda admitir el estatus que otorga la institución jurídica. Así, de vuelta al caso de la institución del delito de homicidio, es necesario que los actores sociales experimenten el acto de matar como un crimen y lo cataloguen como delito y al autor del acto, como delincuente u homicida. En últimas, es denotar y connotar el hecho bruto conforme se ha previsto en la institución.

La asignación de estatus carece de sentido al pensarla individualmente, pues el estatus tiene valor en sociedad, en grupo, por cuanto se trata de una representación social, un significado que vale siempre y cuando haya quienes estén dispuestos a aceptarlo. Si bien en principio ello puede operar contra la voluntad de las personas, para que la institución persista, debe ser aceptada. Lo que importa es que el estatus se ejecute —por decirlo de alguna forma—, que al *representamen* se le atribuya la significación prevista para él. Conforme a esto, quien dio muerte y ha sido condenado debe ser reconocido como el que cometió el homicidio o, si se prefiere, como el asesino, para que dicho estatus opere.

Otro ejemplo en el universo de significación jurídica indicaría que quien a cambio de un canon permite el disfrute de un bien inmueble debe ser reconocido como el arrendador; al que no tiene que responder porque así lo dispuso un juez, como el absuelto. Y así en general podríamos seguir citando innumerables situaciones.

En todo caso, el estatus opera siempre que el significado previsto para él por la institución que lo genera resulte socialmente identificado o identificable o, lo que es igual, reconocido en la persona sobre quien ha obrado su constitución.

Aceptar un estatus implica generalizar la aceptación de un significado; en consecuencia, se debe verificar que “para una generalidad signifique lo mismo”, no a partir de la idea del consenso, sino de la confianza en la capacidad de todos para que interpreten lo mismo o, al menos, algo muy similar.

De ahí se desprende que el Derecho, como institución, descansa en dos tipos de confianza. La primera consiste en que las personas creen que la institución es esa institución, por ejemplo, que la institución del secuestro es un delito que consiste en suprimir la libertad de una persona en forma no lícita. Por otro lado, se confía en la capacidad de las personas para creer en el estatus, lo cual implica que se admite la existencia de la capacidad que se tiene para atribuir el estatus cuando existen las condiciones que la institución ha tomado en consideración para otorgarlo. Que quien comete un delito sea reconocido como delincuente, o el que incumple una obligación sea reconocido como deudor.

Podrá concluirse que es una confianza fundamental en la capacidad sintáctica y semántica del individuo jurídico, al fin y al cabo, la intencionalidad colectiva se basa en la aceptación de una normativa a la cual se somete, voluntariamente o no.

Si la institución jurídica se construye sobre la base de la confianza en que los actores sociales la apropiarán, podemos concretar que la estructura toma un hecho bruto para hacerlo significar algo, pero para que eso suceda, es necesario que las personas creen en que el hecho bruto estimado en la institución genera el estatus que la institución debe otorgar. Así ocurre con el instituto jurídico del hurto, el cual precisa que las personas interpreten como delito el hecho (bruto) consistente en que alguien se apropie de un bien ajeno.

Obsérvese que a esta intención subyace una confianza esencial, cuya función es subtender la institución con la realidad social: es ineludible partir de la capacidad de las personas de poder concursar en el proceso social que es la institución misma, por ejemplo, al reconocer el estatus que se asigna mediante la institución a la persona que realizó la condición o hecho bruto que condiciona su asignación.

La institución jurídica de la tributación parte de que las personas en las condiciones previstas se experimenten como contribuyentes y, aunque ignoren lo que es eso en rigor, se sientan obligados frente al Estado y que si optan por no cancelar sus impuestos, actúan como evasores y ello les traerá consecuencias adversas. Es una experiencia que vive el individuo jurídico porque es capaz de vivirla.

La institución o estructura social se construye con base en el ejercicio de ella misma. Es la manera como funciona el juego social al que están llamados a participar todos aquellos que no estén excluidos. El juego origina la creencia de que los jugadores pueden participar o aprender a hacerlo. Otro evento puede señalar que para lograr el funcionamiento de la institución jurídica del homicidio, las personas deben poder experimentarse como homicidas cuando interrumpen la vida de otra persona, así como catalogar de ladrón a quien se apropia de cosa ajena, con todo lo que la experiencia personal y de otro conllevan: probables denuncias, confesiones, procesamientos criminales, etcétera.

Las instituciones jurídicas participan desde sus mismas entrañas de esta confianza en la capacidad de las personas para ejercer la institución. Esto obedece a que es preciso involucrar a la sociedad en su propia práctica, porque la estructura funciona a condición de que la sociedad crea que la institución es lo que pretende ser (Moya, 2007).

El Derecho se ha ocupado de la capacidad de las personas desde una perspectiva dogmática, a cierta distancia de ella misma y ha derivado más institutos jurídicos como la teoría del error, la proscripción de la ignorancia de la ley como fuente de responsabilidad, la comprensión misma del conocimiento y la voluntad como componentes inevitables del dolo. En fin, la imputación subjetiva, en general. Es preciso advertir que no se intenta esta versión de la capacidad el objeto del planteamiento, sino algo que acentúa otro aspecto de la capacidad y se puede designar “trasfondo jurídico” que, por lo dicho hasta el momento es, por sí, una condición de existencia del Derecho (Moya, 2007).

Algo más sobre el trasfondo

Reconocemos que la creación de la institución jurídica supone la capacidad de las personas para ejercerla o intervenir en el juego social que se plantea a partir de ella. ¿En qué consiste esa capacidad, si no se ha referido su asignación al campo jurídico como escenario que reclama una especialización que plantea una exclusión? ¿Por qué la suposición de su existencia es indispensable? Son las dos inquietudes cuyas respuestas se procuran en lo que resta de la reflexión.

Ante todo, al ocuparse de la capacidad que se ha designado “trasfondo jurídico”, no se alude a la capacidad de las personas como condición de validez de

•Aportes de la transvaloración al método semiojurídico.

sus actos. La perspectiva de análisis con la que se aborda permite una definición formal.

Se entiende por el trasfondo jurídico “la capacidad o conjunto de capacidades ante predicativas que hacen posibles los estados intencionales de función jurídica” (Moya, 2007, p. 27).

Se trata de capacidades antepredicativas, lo que implica que las posibilidades hermenéuticas disponibles en el intelecto de un intérprete no son las que se precisan para que la institución exista. A lo que se apunta es a la capacidad para que el ser social experimente la institución como tal, sin que necesariamente se encuentre en condiciones de interpretarla.

La institución de la obligación jurídica, por ejemplo, cuenta con que las personas puedan verse atadas a otras en ciertas condiciones, es decir, que estimen el peso de deber satisfacer a su acreedor, so pena de las consecuencias que quieren evitar. De ninguna manera es imperativo que una persona conozca la definición de obligación derivada del Derecho Romano o que pueda analizar sus elementos y características para que la obligación exista como institución. En cambio, sí es preciso que las personas puedan saberse sujetas a satisfacer un crédito cuando han aparecido las condiciones con las cuales alguien puede exigirles el cumplimiento.

Se trata de estados —mentales, si se quiere— paralelos. En uno de ellos, la persona es un técnico dentro del campo jurídico y, en virtud de ello, puede entender el contenido de una construcción compleja que demanda ciertos conocimientos para decodificarla; para eso, habrá de vérselas con la definición justiniana y sus elementos. El técnico en Derecho también se las ingeniará para resolverse frente a la posibilidad de encontrar coincidencias o distancias de la teoría de las obligaciones entre códigos civiles de cualquier Nación y el *Code* francés y hacer comparaciones entre sistemas normativos para derivar conclusiones acerca de la científicidad de la institución, pero este estado de la conciencia jurídica no interesa como condición de permanencia de las instituciones jurídicas.

El otro estado ya no es de conciencia, sino una experiencia antepredicativa, en la medida en que no exige ser consciente de la orientación intencional que subyace a la institución y requiere información técnica alguna. Se experimenta como condición preliminar del ser social, conforme con la cual puede vivenciar el hallarse en condición de obligado y comportarse de acuerdo con tal estado. Como es un dato experimental, puede vivirlo como tragedia, azar, bienaventuranza o

cualquier otra forma psicológica de sensación, pero siempre con la certeza de tener que comportarse de determinada forma o producir cierto efecto. Si se carece de esa capacidad, no es probable la institución de la obligación jurídica (Moya, 2007).

La misma reflexión puede plantearse respecto a una estructura jurídica como el delito, pues si no existiera la capacidad de ser homicida, catalogarse y comportarse como tal, la institución del homicidio no tendría posibilidad de permanencia. Esto es muy distinto a la capacidad de interpretar el tipo penal del homicidio y sus consecuencias. Aquel estado no plantea reclamos de conocimiento que hagan presente en la conciencia el estado intencional bajo el cual surgió la institución. El segundo sí lo exige, aun cuando lo que quiso hacerse por medio de la institución no se alcance a plenitud.

Si bien en tanto antepredicativa no reclama conocimientos ni destrezas técnicas, sí existe la necesidad de asociar los hechos, las situaciones o las personas dentro de un universo de significación institucional. Se sabe que la percepción no opera sino en un horizonte de sentido; de lo contrario, lo que sucederá es la apercepción del fenómeno. Las cosas, los actos y los sucesos deben significar algo para que sean percibidos como se quiere.

Recuérdese el contraste que plantea Mark Twain (1916) entre las experiencias de Theodor Fischer y Satanás en *El forastero misterioso*, cuando este aplasta a las criaturas humanas en miniatura hasta quitarles la vida. Fischer, quien se estremece ante la crueldad e indolencia de Satanás, lo experimenta como asesinatos inmisericordes, mientras Satanás no: lo hace “casi sin darse cuenta”. Los dos aprecian el mismo hecho desde universos significativos paralelos: para Satanás no es distinto a aplastar un insecto, pero para Fischer se trata de un genocidio.

La institución opera a condición de un universo de significación preexistente, que garantice la posibilidad de que las personas experimenten los hechos propios y ajenos de una forma compatible con el significado que la institución ha querido darles en el proceso de construcción social de la realidad.

Además, de acuerdo con la definición de trasfondo jurídico, se puede afirmar que con la estructura se procura establecer la práctica de una función jurídica.

Desde una perspectiva sociojurídica, las características de “lo jurídico”: a) son relaciones entre personas o entre estas y cosas; b) son unas y otras siempre respecto a otras personas, c) implican poder una sobre otra; d) dan lugar en ciertas

•Aportes de la transvaloración al método semiojurídico.

condiciones al empleo de la fuerza en contra de la voluntad del sometido, y e) implican la aceptación del alcance de las consecuencias, es decir, la creencia en el efecto de acción de la situación, aun cuando no haya sido manifiesto en una sentencia. Una cosa es saber que de niño X hizo una huida cobarde o que perdió un juego y otra es que mató a Y, lo violó, le hurtó o le incumplió un contrato. Jurídico es, pues, un estatus que atribuye cierto tipo de función a un hecho; lo que inquieta es ¿de qué depende su asignación?

Por función jurídica se entiende aquí la configuración de las condiciones en las cuales se producen los efectos que se pueden catalogar de jurídicos; estos son los que impone la creencia de que, dadas las circunstancias necesarias, puede operar de manera incuestionable cierto tipo de coacción o de castigo, el sometimiento a autoridades, la enervación de determinadas competencias, etcétera. De ahí que no encuentre en la característica de la coacción la distinción entre una norma jurídica y, por ejemplo, una deportiva, porque en ambas aparece un campo coercitivo verificable. Durante una justa deportiva puede haber sanciones consistentes en la expulsión de un jugador, quizás contra su voluntad, pero no sucede que el jugador crea que de su falta o de su sanción surjan consecuencias diferentes a las contempladas en el reglamento deportivo, a no ser las presiones sociales que pueden aparecer. Es diferente a lo que pasa cuando una persona desatiende una obligación de dar el dinero que se comprometió a pagar a cambio de hacerse propietario de un bien, porque creará que el incumplimiento haría que su acreedor acudiera ante una autoridad oficial que le permita actuar sobre sus bienes; que a partir de ello no le será posible acceder a créditos; que los bancos lo rechazarán frente a cualquier tentativa contractual que los involucre, etcétera. Es la creencia en algún tipo de efectos lo que hace que una institución sea jurídica.

La “magia” de la institución jurídica está dada por el hecho de que las personas denotarán y connotarán un fenómeno social dentro de un universo de significación jurídica en el que los hechos, las personas y las cosas adquieren determinado sentido por medio de la institución. Serán para él lo que la institución ha previsto que sean. La institución del delito de terrorismo, por citar un ejemplo en boga, conlleva que los actos como la activación de mecanismos idóneos para producir estragos que provoquen la zozobra de la población o un sector de ella sean interpretados como un crimen y trae consecuencias como la posibilidad de que el autor sea procesado, condenado y castigado, sin que tales actos puedan

cuestionarse más allá de su ritualidad. Por nobles y comprensibles que puedan resultar esas acciones en determinadas circunstancias y desde cierta perspectiva, serán interpretadas a partir de la institución, dentro del universo de significación que provee el sentido de criminalidad, rechazo y castigo.

Pero para que ello acontezca no se demanda que deba ser un abogado experto en Derecho criminal quien tenga la experiencia de ser un terrorista o señalar una persona o un acto de tal. Si fuera así, no sería muy probable que la institución funcionara, pues se confía en que las personas pueden hacer la identificación para efectos de las denuncias, delaciones, capturas operadas por policías quienes no suelen ser profesionales del Derecho, etcétera. Ni mucho menos se precisaría que el terrorista tuviese la suficiente formación e instrucción en Derecho Penal, para poder señalar su acción como terrorista. Es distinto que el espacio judicial al que se somete la situación sea manejado únicamente por expertos, aspecto que habrá de analizarse.

En otras partes se ha designado el trasfondo jurídico como “instinto de juridicidad” o “instinto de justicia” (Moya, 2007), lo que significa que el Derecho es, de acuerdo con Merleau-Ponty (1985), una forma de “ser del mundo”. Según esta idea, en su experiencia de individuación, las personas se dirigen al mundo para convertirlo en algo propio —conquistarlo, si se prefiere—, para lo cual lo aprehenden apropiándolo a su vida e integrándolo a ella de manera que su individualidad y la del universo llegan a confundirse.

Para el filósofo francés, el ser que percibe asume tal condición aun cuando se perciba a sí mismo y ejemplifica su idea así: cuando se palpa una mano con la otra, la conciencia asume la primera como medio receptor, mientras la segunda experimenta el roce como una sensación de caricia o tocamiento. Con la primera se están percibiendo las características de la piel humana de una mano; con la segunda se está experimentando la sensación de ser tocada la piel de la mano. Así se quiso mostrar cómo el sujeto que percibe se dirige al mundo desde cierta posición, pero lo hace con un fin y dentro de un universo de sentido —porque algo debe significarle la experiencia de la percepción— y la ubica dentro de su construcción propia del mundo para que la experiencia le sea algo.

La experiencia que tiene el individuo de las instituciones jurídicas, vista desde su capacidad de trasfondo, es la pretensión natural que tiene de imprimirle un orden al mundo social en el acto de aprehenderlo; es una de las formas como se

involucra con él, lo hace propio, lo ordena para sí mismo. Luego, no puede ser una capacidad exclusiva de los expertos en Derecho, sino la condición humana de vivir como ciudadano del mundo, según palabras de Merleau-Ponty (1985).

Se ha optado por la denominación “trasfondo” a la manera de Searle (1997), quien la refiere a propósito de una condición detectada en la filosofía del lenguaje para que este sea posible. La comunicación mediante el ejercicio de una lengua se basa en el complejo de capacidades de los agentes comunicativos, a partir de las cuales pueden emplear los signos y decodificarlos conforme a una misma significación. Se plantea, por ejemplo, que la palabra “cortar” puede usarse de formas disímiles, como “cortar el césped”, “cortar la torta” o “cortar el brazo”, pero su utilización contextual exige que los hablantes admitan la capacidad mutua de entender lo que ha querido significarse con ella.

Cuando Searle (1997) refirió su teoría del trasfondo, advirtió que llamaba así a lo que Bourdieu (Teubner y Bourdieu, 2000) había designado *habitus*.

Podríamos sintetizar que el trasfondo o *habitus* es una capacidad que se desata a propósito de las instituciones, así como la percepción es una capacidad que se desata a propósito de los estímulos sensoriales. Como no es probable la experiencia sensorial sin la capacidad de la percepción, tampoco es viable una estructura sin la capacidad de experimentarla, como es el trasfondo o *habitus*.

De tal distinción surge que el *habitus* o trasfondo jurídico es una condición de existencia de las estructuras jurídicas y, por ello mismo, es tanto en el espacio como en el campo judicial. Aparece —al menos formalmente— excluido del espacio, no así del campo, puesto que no sería probable sin él. Incluso los técnicos del Derecho, quienes son los llamados a operar el espacio judicial, vivencian las instituciones jurídicas mediante sus *habitus* o trasfondo jurídico. No obstante su formación técnica desafía dicho trasfondo, dado que el espacio judicial es refractario a los *habitus* como fundamento de las decisiones judiciales, en los procesos se privilegia de manera significativa el saber jurídico especializado, con muy limitadas intervenciones de otro saber. Es así como se opera la exclusión que informa al espacio judicial de su carácter especialista, tanto que el lego accede a él, siempre que actúe mediante un técnico contratado o asignado por el Estado. La exclusión incluso opera respecto al juez de conciencia, al hallarse sometido al especialista por antonomasia que es el juez de Derecho, quien puede dejar

sin efecto el veredicto al invocar su contraevidencia; de ninguna manera puede existir la figura contraria, es decir, el juez de conciencia que contradice al juez de Derecho.

Otra razón que explica la exclusión es que si la institución jurídica es intensional —porque atiende propósitos específicos aun cuando no sean reconocidos— y que la expresión sintáctica está vertida en normas cuyo conocimiento demanda la suficiente formación jurídica para hacerlo presente a la conciencia —es decir, interpretar las disposiciones en función hermenéutica—, es preciso que la finalidad de la estructura jurídica se encuentre confiada a los técnicos en Derecho. En consecuencia, la labor interpretativa de las normas se opera en el espacio judicial por medio de los actores especializados, quienes son los “elegidos” para la realización de los fines últimos de la estructura jurídica.

Por lo mismo, el trasfondo jurídico como capacidad natural es trastocado, en tanto el técnico ya no puede permitirse la asimilación de la institución con la espontaneidad que lo hace fuera del espacio judicial, sino que debe argumentar apropiadamente sus manifestaciones relacionadas con la institución. Lo que de origen es instinto debe ser racionalizado y expresado de modo compatible con los fundamentos teóricos que subyacen a la estructura. En este punto pierde vigencia la bella descripción del Derecho que hiciera Celso, porque ya no se puede permitir que siga siendo un arte; la expresión plástica de la comunión del hombre con el ser humano cede a las exigencias socráticas de una ciencia que debe ser objetivamente sustentable. Quizás se evocará el oficio que fue ser jurista en la antigua Roma, que no se trataba de una actividad científica aplicada con los rigores metodológicos de coherencia y fundamentación, sino de una labor artesanal que verificaba la extrema individuación de las experiencias conflictuales en la vida de relación experimentadas por el *cives*. Sin violentarla con argumentos científicos, la traducía al lenguaje de la sublimación artística de lo que debía ser el norte de las resoluciones humanas dentro del universo social del imperio; así humanizaba el conflicto y lo deshacía hasta volverlo Derecho práctico.

De ahí que el jurisconsulto romano no hubiera precisado de abstracciones jurídicas, definiciones o teorizaciones de las cuales se ocuparían Justiniano y la Escuela de Bolonia. Se habría operado en el Derecho Romano un fenómeno muy similar al que Nietzsche (1985) señaló sobre la decadencia de la tragedia griega,

•Aportes de la transvaloración al método semiojurídico.

cuyo arte sucumbió con la introducción de la racionalidad socrática apuntalada por Eurípides¹².

Si el técnico en Derecho es el llamado a realizar los niveles intencionales subyacentes a la estructura jurídica, no se le puede permitir salirse de los límites metodológicos que garantizan unos efectos preconcebidos que se esperan de la institución. Sin embargo, sigue siendo posible que su instinto de juridicidad se enteviere y ¿qué puede ocurrir si ello acontece? Las probabilidades son múltiples.

Con ocasión de la creación del delito de amenazas, en Colombia se dio inicio a un sinnúmero de procesos penales que aplicaron la norma, pero fuera de los límites intencionales del Legislador. En este caso, la Corte Suprema de Justicia intervino señalando que la intención del Legislador no fue crear un tipo penal en el que cupiera toda suerte de acto de amenazas, sino aquellas con fines terroristas.

Otra situación se viene presentando con el delito de incumplimiento alimentario, con características mucho más complejas. Este reato aparece señalado como el segundo o tercer delito de más alta frecuencia en el país. Un trabajo de investigación arrojó que, pese al número de denuncias y sentencias condenatorias, no se puede saber si lo que producen las estadísticas es verídico, por cuando se pudo constatar que los operadores del espacio judicial colombiano involucran dentro del delito situaciones que no corresponden con la descripción típica; las acomodan porque estiman que el acto que juzgan es tan amenazador a sus ideas personales (no jurídicas) de lo que debe ser la familia, que ello les permite imprimirle los efectos de la pena a personas que, en rigor y frente a la institución penal del delito de inasistencia familiar por incumplimiento alimentario, no podían haber sido sancionados.

Se considera en la investigación que, a pesar de la evidencia, la situación se sostiene por varios factores: por un lado, el fenómeno detectado desde la época de Bonfante, según el cual las construcciones sociales sobre la familia son tan fuertes que permiten desligarse de las normas legales que contradicen sus convicciones. Por otro, el hecho de condenar un sinnúmero de personas como deudores alimentarios, sin saber si pueden serlo o no, genera el efecto funcional de liberar

.....
12 Para Nietzsche (1985), el valor artístico de la tragedia griega venía del movimiento de lo que designó arte dionisiaco hacia lo apolíneo. Es una especie de transmutación en donde el ser vivía la experiencia de la sublimación que conducía al escenario de los dioses, asegurada por la embriaguez y extrema sensualidad tuteladas por Dionisios. Ondulaba hacia lo terrenal nuevamente mediante la extrema individuación de la experiencia, esta vez guiada por Apolo.

al Estado de su obligación constitucional de cubrir las necesidades alimentarias de la población cuando las personas llamadas a pagar, en virtud legal, no pueden hacerlo.

Entender un fenómeno como este a partir de la práctica de los operadores judiciales que se desentienden de los límites extensionales que plantea el Legislador no puede lograrse sino por medio de la noción esencial de *habitus* o trasfondo. Prescindir de él, como ha sido costumbre en el medio colombiano, llevaría a conclusiones simplistas y poco útiles, como que el delito en cuestión tiene un impacto social grave —dada su alta recurrencia— y se limitaría a proponer la despenalización de la conducta, como si de esa forma se alcanzara un Estado de bienestar social mejor, justo o deseable.

Como puede apreciarse, la categoría del *habitus* o trasfondo jurídico orienta la investigación sociojurídica hacia lo que Husserl (1996) llama “*sinngensis* del Derecho”, es decir, hacia aquellos estados antepredicativos de conciencia que facilitan la realización de las funciones jurídicas.

El mismo Bourdieu (Teubner y Bourdieu, 2000) advertía que prescindir del *habitus* conducía a conclusiones desarraigadas de la realidad social y la aceptación de conclusiones estadísticas, desprovistas de las bases ópticas que subyacen a los fenómenos sociales. El *habitus* o trasfondo es lo que subtiende las instituciones, con su ejercicio social, por cuanto descubre cómo las personas experimentan la estructura jurídica. De otra forma, persistiría la tendencia a agotar el análisis de las instituciones, en los ámbitos cerrados que el tecnicismo científico provee, no por capricho de las instituciones, sino por el preconcepto que señala al Derecho como una ciencia operada en exclusiva por sus técnicos.

El abandono de este preconcepto permite descubrir las formas como se articulan las prácticas sociales con las instituciones jurídicas y saber qué significación social tienen, hasta dónde la información de los técnicos se apoya en realidades sociales, qué efectos funcionales se producen desde el espacio judicial y cuáles son los límites auténticos del campo jurídico.

Por último, conviene identificar que el concepto de trasfondo o de *habitus* parece coincidir con la categoría luhmaniana de “entorno”, que es la red necesaria en la que descansa la posibilidad estructural del sistema comúnmente identificado como sociedad.

Transvaloración y espacio judicial

En el proceso penal encontramos una estructura dada al ser social de cierta forma y este hace un constructo de ella conforme a la decodificación que opera sobre el proceso penal. El llamado sistema acusatorio, condensado en la Ley 906 de 2004, desplazó al esquema napoleónico de enjuiciamiento de la Ley 600 de 2000, e introdujo en el espacio judicial colombiano un cierto contenido no susceptible de modificación, pero el operador del campo jurídico le imprime un cierto significado para hacer uso del método y del discurso provenientes del juego judicial.

La noesis del proceso penal está dada por la ley. Esa es la parte inmodificable del fenómeno, es decir, lo que no admite ser modulado, el contenido sintáctico de la expresión del fenómeno¹³. A partir de ella se hacen posibles los procesos de asignación de sentido a cada una de las disposiciones que la integran. Por esta misma razón, el esfuerzo inicial de cualquier ejercicio del proceso penal debe iniciar en la reconstrucción histórica de la ley que lo constituyó.

Agotado el aspecto noemático, o sea, tras identificar lo que el Legislador quiso hacer del proceso penal designado acusatorio y adversarial, corresponde revisar el segundo aspecto —el noético—. Este informa la manera como se está haciendo uso de la norma, que es lo que hemos llamado individuación, porque el país se encuentra en pleno estado de apropiación inicial del modelo de enjuiciamiento. La particularidad proviene del hecho de que al involucrar valoraciones y contenidos axiológico-procesales no necesariamente coincidentes con la ortodoxia procesal penal del país se compromete una transvaloración del enjuiciamiento criminal.

Podemos observar este contraste en un ejemplo. Tomemos una acción de la cual la información primordial es el acto de transfigurar el cuerpo de otro con un elemento apto para ingresar más allá de la piel. No tenemos hasta el momento más información que la forma como el acto ha sido dado a la conciencia. Empero, para completarla, por así decirlo, tal información reclama la percepción que la sociedad tiene del mismo o, lo que es igual, que ese acto signifique algo, porque puede ser identificable con una institución del Código Penal, tras agotar el intento

.....
13 Como debe ser advertido por el lector, el concepto de “fenómeno” es utilizado aquí en el sentido de Edmundo Husserl (1996), esto es, todo aquello que se ofrece a la conciencia en dos ámbitos: lo constituido o noético y lo constituyente o noemático.

de identificación o de asignación de sentido. Puede ser un asesinato, un acto de piedad, un error, un accidente, una cura medicinal; en fin, algo debe significarle el perceptor para que lo fije en su conciencia.

En el mismo ejemplo, tenemos un cuerpo humano que ha sido herido. Tal acontecimiento, como hecho bruto, no puede ser socialmente valorado en el espacio judicial si no admite, *ab origine*, al menos dos probables asignaciones de sentido contrapuestas: un delito o un no delito. Desde luego hay otras posibles, como un delito de características específicas frente a una hipótesis que informa un delito de otras características. ¿Cómo lo pensaría un fiscal en el esquema de la Ley 600 de 2000? Se preguntaría si el hecho existió, si existió y es típico y si el autor conocido está exento de causales que excluyan su responsabilidad, fuera de la viabilidad del ejercicio de la acción penal. Se piensa en una sentencia conforme a su entendimiento —es decir, condenatoria— y se tendrá que sustentar la acusación ante el juez, quien decidirá conforme estime que debe condenar o absolver por las razones jurídicas y probatorias que lo asistan. De cualquier forma, si bien la sentencia tiene que ser sustentada, la persuasión del juez depende de sí mismo.

A su turno, el defensor se ocuparía de reclamar al fiscal o al juez, según el instante procesal correspondiente, la práctica de pruebas pertinentes para la defensa de la persona procesada, en busca de que el juez no se persuada de la responsabilidad del procesado.

En términos apropiados al esquema procesal de la Ley 906 de 2004, el fiscal tiene que formularse inquietudes jurídicas semejantes, pero además tiene que ponderar las posibilidades reales de persuadir al juez. Importa menos que el procesado incurriera en una conducta típica respecto a la cual no se encuentra a salvo su responsabilidad y tiene que inquietarse acerca de las posibilidades reales con las que cuenta para inducir el juicio del juez.

Por su parte, el defensor se afecta de similar forma. Si mantiene una defensa afirmativa, indagará por las verdaderas posibilidades que tiene de incidir en el juicio del juez o sobre las condiciones del fiscal para lograr o no su cometido.

Esta visión del proceso es crítica, en consideración a que subyace una tradición secular que tiende a la reafirmación del criterio surgido a propósito del esquema procesal típico de la Ley 600 de 2000. Según este, la construcción social que sucede mediante el proceso se origina en el juez y se despliega hacia las

partes, pero la transvaloración involucrada no se contrae a esta manifestación, pues se proyecta hacia otros aspectos.

El modelo de enjuiciamiento propuesto con la Ley 906 de 2004 implica que los actores judiciales, en particular el fiscal y el defensor, tramiten la construcción social que se propusieron en el espacio judicial. Ese espacio es típicamente comportamental, tan normativo que por razonada, real y verídica que sea su teoría del caso, el desconocimiento del juego judicial da al traste con la pretensión; la construcción social de la realidad ya no se origina en el juez, sino en la sustentación teórico-práctica de las pretensiones enfrentadas, lo cual involucra la cimentación técnico-probatoria de la teoría del caso.

En este momento es indispensable volver sobre la idea de la teoría del caso, aun cuando preferiríamos designarla “propuesta de juicio”, para contribuir a denotar las condiciones de producción de la verdad judicial en el nuevo espacio judicial penal. El hecho del que se ocupa un proceso penal es un elemento necesario dentro del juego judicial que se opera en ese espacio social, pues al ser inmanente al proceso, resultaría asistémico pretender su separación. En cuanto típico, el hecho es necesariamente institucional y portador de estatus, así que tiene dos contenidos: uno de orden sintáctico y otro de naturaleza semántica. Sin embargo, el proceso mismo es el medio por el cual se fija un sentido y se le imprime significación al hecho.

El espacio judicial requiere del hecho bruto para someterlo a su actuación, la cual demanda la existencia de al menos dos propósitos de fijación semántica. En términos procesales, la postulación de las pretensiones o de las propuestas de juicio es el empeño de las partes por institucionalizar un significado para un hecho, es decir, hacer que semánticamente signifiquen algo específico, algo que interesa a su posición estratégica dentro del juego judicial. Podría objetarse que cuando no existe ese enfrentamiento no hay proceso y, ya que en todo caso lo hay, no inquieta mucho, en la medida en que el proceso es un medio social de construcción de sentido. El hecho de que no exista una disputa no significa que el suceso no se preste a la misma, aun cuando los contendientes no se propongan desechar la pretensión de su rival procesal.

Lo anterior implica que hay un reclamo lógico para que exista el proceso, que consiste en que se presente un conflicto o pueda presentarse, siempre y cuando dicho conflicto se haga manifiesto en pretensiones incompatibles. Se dice que este

es un reclamo lógico porque, a falta de confrontación, el juez no estaría llamado a resolver algo; luego, si la sentencia es el mecanismo social de resolución de conflictos judiciales, es preciso que el conflicto exista o pueda existir.

Desde este punto de vista, es necesario que el conflicto pueda plantearse como diálogo procesal, esto es, en términos de una pretensión y una consecuente toma de situación ante la misma. Ello explica por qué el proceso se constituye en el momento en el que surge la acusación, es decir, a partir del instante procesal en el que se extiende una pretensión contestable.

A diferencia de un juego de azar, deportivo o similar, en el juego judicial el conflicto tiene que plantearse como diálogo en sentido platónico; por ello, el proceso es el *summum* de la ritualización de la venganza privada, según lo dijera Lorenz (1998). En tanto diálogo, espeta a las partes para que tomen situación del proceso; no se trata de una simple “toma de posición”, sino de una asunción actuada del juego procesal en el que se involucra hasta fundirse. Él mismo se hace elemento del proceso y sin él no es posible el juego procesal.

Así, el actor judicial que postula pretensiones demanda, como condición del juego, el poder negar al otro mediante la reafirmación de su pretensión así no lo logre; lo que se precisa es que esa posibilidad exista, puesto que si una hipótesis surge sobrepuesta a otra, no habría diálogo procesal.

Entonces, el proceso es viable si las partes disponen del poder de autoafirmarse mediante la negación de la pretensión opuesta. Se insiste en que es una potencialidad que implica libertad dentro de la estructura procesal, puesto que valen también los allanamientos a las pretensiones, las confesiones, los preacuerdos, etcétera.

Si cada parte puede “hacer presa” del proceso, como lo dijera Merleau-Ponty (1985), debe poder hacerlo de alguna forma seleccionada por él, porque si no fuera así, no podría haber diálogo y tampoco proceso. Ese hacer presa del proceso es reglado; la forma como la parte se haga tal dentro del mismo le compete a cada una, pero la forma como ejercerá su rol se encuentra previamente delimitada. Así como el jugador de póker, tiene libertad de escoger su estrategia dentro de ciertas reglas para que su ejercicio resulte legítimo, esto es, institucional. Esa libertad ponderada al actuar es la propuesta de juicio o la consolidación de dicha libertad.

Podríamos proponer una definición filosófica y sostener que la propuesta de juicio es la toma de situación que opera cada una de las partes ante el proceso,

•Aportes de la transvaloración al método semiojurídico.

tomado como medio de construcción judicial. Esa construcción social de la realidad no se realiza con independencia del tipo de proceso. Para efectos judiciales, los procesamientos están cargados de un contenido inmanente de significación, que informa a la actuación procesal acerca de la manera como está llamada a constituirse la verdad judicial y sujeta a las partes y a los actores judiciales a unas reglas inherentes al modelo procesal; por ello, la litigación es diferente en uno y otro esquema. Esto desmiente que el objetivo de la justicia sea indiferente a la manera de obtenerla. La verdad es que la justicia forma parte de lo constituyente, por eso no es objeto de descubrimiento, sino de declaración.

Es viable hacer una reconstrucción histórica de la ley que introdujo en Colombia el sistema acusatorio mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. Tal modificación implicó el abandono inusitado de la tradición del tipo de procedimiento napoleónico que había venido modulando la administración de justicia penal. Cuando se introdujo, se invocó la disfuncionalidad del sistema mixto, ya que en términos de impunidad, duración de los procesos y calidad de las decisiones judiciales, se estaba bastante lejos de realizar los principios de la administración de justicia y más lejos aún de los valores del Estado colombiano.

Se ha criticado que la reforma fue inopinada, en tanto no se dispuso de los estudios sociojurídicos necesarios que dieran una base a los legisladores para concebir un tipo de proceso que superara dicha disfunción. De hecho, se achacó al proceso de la Ley 600 de 2000 ser la causa del caos de la justicia penal en el país. Lo cierto es que en las condiciones en que se hizo la reforma se ignoraba por completo —como se sigue ignorando— qué fue lo que falló en ese modelo de enjuiciamiento, sin que pueda establecerse si la disfunción provino de las prácticas judiciales desatadas, si fue de los operadores judiciales, si el esquema procesal era incompatible con las prácticas sociales con las que se articula o si la ley estaba mal estructurada; en fin, se propuso que el modelo de enjuiciamiento acusatorio y adversarial constituía una solución a un problema sin diagnóstico. Entonces, concluir que el llamado sistema acusatorio está a la orden de las soluciones de la justicia penal colombiana es algo tan aleatorio como caprichoso sería negarlo, puesto que no se dispone de los estudios diagnósticos suficientes¹⁴.

.....
14 Hace pocos años se conoció un estudio de DeJusticia en el que se señala que la impunidad en Colombia se ha incrementado con el advenimiento del nuevo esquema procesal.

Por lo demás, se asiste a la implementación de una forma de enjuiciamiento a la que se le encargó la misión autónoma de redimir la administración de justicia y, lo que parece ser mucho más grave, sin advertir si el país se encontraba en condiciones de asumirlo, en términos de preparación de sus abogados y de receptividad de las demandas culturales involucradas.

Luego, en términos de transvaloración, resulta determinante identificar el contraste cultural comprometido, para determinar el ser noético del proceso penal y cómo se evidencia el estado de individuación del modelo acusatorio y adversarial.