



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Programa de Posgrado en Derecho

Instituto de Investigaciones Jurídicas

**“LA ARGUMENTACIÓN DEL JUZGADOR EN EL ESQUEMA DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 2008: HACIA LA INSTAURACIÓN DE LOS JUICIOS
ORALES EN MÉXICO”**

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA:
ZORAIDA GARCÍA CASTILLO

TUTOR O TUTORES PRINCIPALES
DR. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR
DR. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
DR. IMER B. FLORES MENDOZA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO, D. F. SEPTIEMBRE 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I. Contexto de la reforma penal de 2008	8
II. El vínculo con otras reformas constitucionales recientes	12
III. Lecciones obtenidas de la experiencia latinoamericana	13
IV. Necesidad de la reforma en México	15
A) El derecho de defensa	16
B) La protección de la víctima	18
C) El Ministerio Público y la Policía	19
D) El régimen penitenciario	20
V. El tema central de la Tesis: el cambio de paradigma en la argumentación judicial	20
VI. Contexto del problema en los principios que rigen al juicio acusatorio	22
A) El principio de publicidad	24
B) El principio de contradicción	26
C) El principio de inmediación	28
D) El principio de continuidad.....	32
E) El principio de concentración	33
F) La transformación en la función del juez.....	33

G) Las garantías procesales específicas	34
VII. El esquema de la Tesis	36

CAPÍTULO 1

DEL MODELO APLICATIVO AL MODELO ARGUMENTATIVO: BASES TEÓRICAS PARA EL ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

1.1. Derecho y argumentación.....	42
1.1.1. La argumentación en la motivación de las decisiones judiciales	42
1.1.2. El tránsito del modelo “aplicativo” al modelo “argumentativo”	46
1.2. El modelo aplicativo	49
1.3. Las bases teóricas del modelo argumentativo	57
1.3.1. La dialéctica y la retórica aristotélica	58
1.3.2. Kelsen y Hart	69
1.4. El modelo argumentativo y las principales teorías contemporáneas de la argumentación jurídica.....	78
1.4.1. Los precedentes de la teoría contemporánea de la argumentación: la tópica de Viehweg y la nueva retórica de Perelman.....	81
1.4.1.1. La tópica de Viehweg.....	81
1.4.1.2. La nueva retórica de Perelman.....	84
1.4.2. La “teoría estándar” de la argumentación jurídica: MacCormick y Alexy	88
1.4.2.1. MacCormick y la teoría estándar	88
1.4.2.2. Alexy y la argumentación como discurso racional	94
1.4.3. La lógica informal de Toulmin	103
1.5. La teoría integradora de la argumentación jurídica	110

CAPÍTULO 2

LAS PRINCIPALES MUTACIONES PROCESALES EN EL MARCO DE LA REFORMA PROCESAL DE JUNIO DE 2008 CON TRASCENDENCIA EN LOS ESQUEMAS DE ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

2.1. El sistema de justicia penal acusatorio	119
2.1.1. Antecedentes	122
2.1.1.1. Antigüedad.....	122
2.1.1.2. Los sistemas inglés y francés	129
2.1.1.3. El siglo XX y el sistema acusatorio moderno.....	138
2.1.2. Características del sistema acusatorio vs. sistema inquisitivo	142
2.2. Principios del proceso, en relación con el trabajo argumentativo del juzgador.....	148
2.2.1. Publicidad	150
2.2.2. Contradicción	153
2.2.3. Concentración	155
2.2.4. Continuidad	156
2.2.5. Inmediación	157
2.3. Cambios de metodología procesal y argumentativa	161
2.3.1. La etapa de investigación y la supervisión del juez de control	162
2.3.1.1. Prueba anticipada y prueba preconstituida.....	168
2.3.1.2. El juez de control	168
2.3.1.3. Integración de la investigación.....	170
2.3.1.4. Cadena de custodia.....	172
2.3.1.5. Audiencia preliminar	173
2.3.1.6. Criterios de oportunidad.....	178
2.3.2. La etapa intermedia. Un modelo dinámico de solución de conflictos	181
2.3.2.1. Acusación	183
2.3.2.2. Sobreseimiento	185
2.3.2.3. Audiencia intermedia	185
2.3.2.4. Formas anticipadas de terminación del proceso	187
2.3.3. La acción del juez del juicio oral	196

ÍNDICE

2.3.3.1. Alegatos de apertura y Teoría del Caso	197
2.3.3.2. Desahogo de pruebas.....	203
2.3.3.3. Alegatos de clausura	210
2.3.3.4. Sentencia	213
2.3.3.5. Audiencia para determinar sanción	218
2.3.4. El juez en el recurso	218
2.3.4.1. Revocación	220
2.3.4.2. Apelación	221
2.3.4.3. Casación	225
2.3.4.4. Revisión	229
2.3.5. El juez de ejecución.....	231
2.3.6. Resolución alternativa de conflictos penales.....	238

CAPÍTULO 3

PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS DE ARGUMENTACIÓN JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

3.1. Contextos de la argumentación jurídica.....	250
3.2. Funciones de la teoría de la argumentación jurídica	254
3.3. Análisis de la argumentación y evaluación de los argumentos aplicados en el ámbito judicial.....	257
3.4. Argentina	262
3.5. Colombia.....	269
3.6. Costa Rica	270
3.7. Chile	280
3.8. Guatemala.....	290
3.9. Perú	293
3.10. México	299
3.10.1. Baja California	299
3.10.2. Chihuahua	304
3.10.3. Durango.....	308
3.10.4. Estado de México	312

ÍNDICE

3.10.5. Morelos.....	317
3.10.6. Nuevo León	322
3.10.7. Oaxaca	327
3.10.8. Zacatecas.....	332
3.11. Conclusiones	337
Anexo: Explicación de los cuadros comparativos	343

CAPÍTULO 4

PLANTEAMIENTO DE UN ESQUEMA DE ARGUMENTACIÓN JUDICIAL EN EL JUICIO ACUSATORIO

4.1. Presentación	355
4.2. Los esquemas argumentativos del juzgador en las diversas etapas procesales hasta la sentencia de juicio oral	358
4.2.1. Etapa de investigación	358
4.2.1.1. Etapa de investigación desformalizada	359
4.2.1.2. Etapa de investigación formalizada	362
4.2.2. Etapa intermedia	366
4.2.3. Juicio oral	370
4.2.4. Sentencia.....	376
4.3. Planteamiento de un esquema de argumentación judicial	382
4.3.1. Principales elementos de transformación argumentativa.....	405
4.3.1.1. La oralidad	405
4.3.1.2. Revaloración del proceso	406
4.3.1.3. Equilibrio procesal e intermediación	406
4.3.1.4. Prevalencia del principio de presunción de inocencia	407
4.3.1.5. Modificación de los criterios de valoración de la prueba	409
4.3.2. Asunción judicial de los principios de interpretación conforme y <i>pro personae</i> , en razón de la reforma constitucional en materia de derechos humanos	411
4.4. Conclusiones	416

CAPÍTULO 5

EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LAS ESTRATEGIAS PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ESQUEMA DE ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

5.1. Presentación	420
5.2. Antecedentes	421
5.3. Fortalezas institucionales	424
5.4. Áreas de oportunidad	424
5.4.1. Rediseño de las formas argumentativas	428
5.4.2. Guía práctica para la instauración de los esquemas de argumentación judicial	430
5.4.2.1. Ampliación de la capacitación.....	430
5.4.2.2. Capacitación y educación	432
5.4.2.3. Rotación de roles entre juez, fiscal y defensor	433
5.4.2.4. Aprendizaje de las experiencias de otros países latinoamericanos y entidades federativas	433
5.4.2.5. Implementación de modelos ideales de resolución	433
5.5. Recomendaciones prácticas para el juez de sentencia. Una guía para la decisión	434
5.5.1. Narrar los hechos	434
5.5.2. Plantear el problema jurídico.....	436
5.5.3. Elaborar una tesis jurídica	437
5.5.4. Elaborar los argumentos que sostienen la tesis jurídica	437
5.5.4.1. Argumentación sobre los hechos.....	438
5.5.4.2. Argumentación normativa	441
5.5.4.3. Recomendaciones en la argumentación.....	441
5.5.5. Refutar la tesis contraria.....	443
5.5.6. Decidir (en sentido estricto).....	444
5.5.7. Explicar su resolución.....	445
CONCLUSIONES	449

BIBLIOGRAFÍA 474

INTRODUCCIÓN

I. Contexto de la reforma penal de 2008.

Los diagnósticos sociales, jurídicos y criminológicos, en torno de las condiciones actuales de seguridad y democracia en México son profundamente desalentadores. Esta es una situación compleja que se ha venido gestando desde hace varias décadas. Se trata de un mal endémico que es compartido por el sector latinoamericano, que se encuentra en procesos de democratización, luego de décadas de gobiernos dictatoriales o autoritarios. En este proceso se ha suscitado una crítica a los sistemas políticos obsoletos, se ha revisado el concepto de derechos humanos -su ejercicio y su respeto-, se ha ejercido presión para modernizar al Estado en general y se ha propuesto una reestructuración de los sistemas de seguridad pública en los que queda inmersa la justicia penal.¹

Precisamente el proceso penal representa el principal campo de tensión entre la seguridad ciudadana y el derecho a la libertad de quien es llamado a comparecer a juicio. Además, el valor político que representa el conjunto de los derechos civiles del inculpado se pone en riesgo tanto en razón de la adopción de medidas cautelares durante la sustanciación del juicio, como por la imposición de sanciones en una eventual sentencia condenatoria.

El proceso penal es el elemento de cierre de la lucha contra la criminalidad y el instrumento de control social de la política pública de seguridad. Su diseño busca un balance entre la represión efectiva de las conductas

¹ Cfr. **CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique.** *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*. UNAM, Porrúa, México, 2008, p. 1.

INTRODUCCIÓN

delictivas y el debido respeto de las libertades individuales. Se trata de uno de los momentos de equilibrio de la mayor sensibilidad en el Estado democrático.

Es en este contexto en que se dio la reforma normativa y estructural al sistema de justicia penal, esto es, a los artículos 16, 17, 18, 20, 21, 22, 73, 115, fracción VII, y 123, Apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en junio de 2008.

Esta reforma implica un cambio de paradigmas institucionales y culturales en el seno de los órganos de justicia y seguridad pública, y en la continuidad del proceso de conformación del Estado democrático.

Se trata de contar con un aparato del más alto nivel normativo para enfrentar desde un punto de vista garantista a la delincuencia, establecer razonables condiciones de seguridad pública, reducir la impunidad, abatir la corrupción y mejorar, en general, el desempeño estatal en lo que respecta a la prevención del delito y la impartición de justicia penal.

El más destacado suceso de esta reforma es la introducción en nuestro sistema penal de los juicios de carácter acusatorio, para abandonar un esquema de naturaleza mixta inquisitiva. El objetivo tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso, como centro de atención de la reforma.

¿Por qué la necesidad de este tránsito de sistemas? Porque el hasta ahora vigente se ha vuelto ineficaz en la persecución del delito, permite altos niveles de impunidad y corrupción (transparencia vs. opacidad), minimiza el respeto al ejercicio de los derechos fundamentales de procesados y víctimas y, en relación con los resultados, los costos se vuelven insostenibles.

En tanto el problema no es exclusivo del sistema mexicano, sino latinoamericano, se ha suscitado toda una ola de reformas penales con objetivos generales:

1. Instituir un procedimiento común en que el juicio represente la etapa central del proceso penal, de manera que la investigación deje de tener un carácter determinante;
2. Revisar la naturaleza de la averiguación previa, con el fin de ampliar las posibilidades de que una persona pueda ser citada a juicio, sin perjuicio de que la parte central del proceso sea la que se desarrolla ante la autoridad judicial;
3. Simplificar la etapa de investigación y hacer más eficiente el control judicial durante la misma;
4. Deslindar las funciones persecutorias, respecto de las judiciales;
5. Implementar mecanismos alternativos a la aplicación del procedimiento común y a la sanción punitiva; y

6. Redefinir los marcos de observancia a los derechos y garantías fundamentales del imputado, condenado y víctima.²

Este movimiento reformador se ha inspirado esencialmente en tres referencias:

- a) El Código procesal modelo para Iberoamérica;³
- b) La reforma procesal penal alemana de 1974⁴, y
- c) El sistema norteamericano del proceso adversarial.

Los retos para la formulación de las nuevas leyes y políticas públicas se vinculan a cuatro dimensiones de la vida social mexicana y latinoamericana:⁵

1. Capacidad institucional para dar respuesta a las demandas sociales, caracterizada por la eficacia, oportunidad, conocimiento técnico, planificación efectiva y responsabilidad institucional.
2. Vigencia de los derechos y garantías fundamentales que aseguran el respeto a la persona.
3. Claridad y estabilidad de reglas que conforman un espacio seguro para la interacción social y el intercambio económico.
4. Respeto a la diversidad cultural, incluyendo a grupos indígenas, asociaciones religiosas, grupos de prácticas sociales no tradicionales y las diversas tendencias que utilizan la perspectiva de género para una nueva cosmovisión.

La primera de estas dimensiones se traduce en la pretensión de la sociedad civil, respecto de las instituciones de justicia y seguridad, de

² Cfr. **BOVINO, Alberto y HURTADO, Christian**. "Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de política criminal", en **BOVINO, Alberto**, *Justicia penal y derechos humanos*. Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 2005, p. 222 (Citado por **CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique**. *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, ob. cit., pp. 13 y 14).

³ Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, página del Centro de Estudios de Justicia de las Américas [<http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual>].

⁴ El movimiento reformador en Europa continental se inició en Alemania con la gran reforma del proceso penal de 1974 y encontró eco en Portugal (*Ley Orgánica do Ministerio Público* de 1986 y *Código de Processo Penal* de 1987) y en Italia (*Codice di Procedura Penale* de 1988). La evolución legislativa en todos estos países europeos ha supuesto una nueva perspectiva para el proceso penal y ha determinado un cambio en su estructura, ya que se pasa del modelo acusatorio formal o mixto (o inquisitivo formal) a un modelo en el que la igualdad y la contradicción son respetadas desde el comienzo de la persecución penal, de manera que el juez no toma la iniciativa ni asume una posición activa en la fase de instrucción en relación con las líneas de la investigación.

⁵ Cfr. **OBANDO A. Jorge**. "Reformas del proceso penal y seguridad ciudadana en Iberoamérica", en AA.VV., *Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 44 y 45.

protección o tutela. Por un lado, se demanda la eliminación y prevención de los abusos del poder, con especial atención a los que se configuran en los sistemas policiales y de enjuiciamiento penal; por otro lado, la protección de los ciudadanos, de los daños provocados por otros, en lo que respecta a sus derechos personales y patrimoniales. Gran parte de la responsabilidad de mantener la convivencia social recae sobre las instituciones que tengan capacidad real de gestión para asumir, controlar, perseguir judicialmente y/o canalizar ese alto nivel de conflictividad en términos adecuados.

La **segunda dimensión** tiene que ver con la **demanda social de certidumbre.** Mientras estamos inmersos en un esfuerzo de reorganización social y transformación del papel del Estado, se gesta la exigencia de conocer las nuevas reglas del juego. Desde la perspectiva del ciudadano, la dimensión de sus derechos sociales y económicos básicos se han tornado inciertos y, a nivel de la comunidad internacional y de las empresas inversoras, se presenta una demanda de claridad y transparencia sobre las nuevas relaciones entre el Estado y los habitantes del país.

La **tercera dimensión** tiene que ver con la **demanda de un desempeño institucional efectivo y coordinado.** En tanto las sociedades muestran altos niveles de complejidad y se ha adquirido una mayor conciencia sobre la gravedad de los problemas como la corrupción administrativa, los crecientes procesos migratorios, la sofisticación de la criminalidad, la falta de integración de culturas minoritarias, la discriminación y la agresión a la mujer, la degradación del ambiente, o el abandono de menores, se reclama una efectiva y oportuna reacción concertada de los órganos del Estado, tanto de las instituciones tradicionales como de las que se crean bajo las nuevas dinámicas de desarrollo estadual.

La **cuarta dimensión** se traduce en la demanda de **respeto a la pluralidad.** Los ciudadanos y las comunidades exigen un tratamiento igualitario para subgrupos sociales que siguen parámetros alternativos de vida.

La complejidad social e institucional descrita exige que cualquier reforma legal o de modernización institucional deba estar dirigida a una verdadera transformación institucional y no reducirse a simples proyectos de modernización interna. Debe tratarse del desarrollo de sistemas legales, de seguridad y judiciales, con una visión estratégica que satisfaga criterios de eficacia, permanencia, predictibilidad y racionalidad, acordes con la consolidación de una cultura de gobernabilidad democrática, la plena protección de los derechos fundamentales y la modernización y coordinación de las instituciones estadales.⁶

⁶ *Ibidem*, pp. 45 a 47.

Se pretende que las reformas tengan un impacto social efectivo, que no se limiten a la mera expedición de nuevos cuerpos sustantivos, sino que se privilegie una cultura de la implementación, de manera que pase a ser una reforma de segunda generación.⁷

En este contexto, la reforma representa el cambio más importante al sistema de procuración y administración de justicia en México en las últimas décadas, y se fundamenta en un proceso acusatorio, adversarial y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, para el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, el combate a la impunidad y la obtención de la reparación del daño causado por el delito.

Se busca un sistema de enjuiciamiento penal que sea racional, balanceado, rápido, efectivo y que desarrolle claramente las garantías fundamentales, aunque es necesario distinguir que mientras el proceso penal se plantea el objetivo de realización de la justicia en el caso concreto, las políticas de seguridad ciudadana se propone resolver problemas o retos sociales inmediatos dentro del marco del Estado de derecho.

II. El vínculo con otras reformas constitucionales recientes.

La reforma constitucional de 2008 no puede dejar de analizarse de manera integral con otras reformas constitucionales que le han sucedido, especialmente la publicada el 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos.

Con esta reforma se adicionó el artículo 1° constitucional para incluir el goce de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte, además de los incluidos en la Constitución y las garantías que los protegen. De manera consecuente, se estableció la obligación de toda autoridad mexicana de interpretar las normas relativas a los derechos humanos conforme a tales máximas. Incluso, de manera expresa, entre los objetivos del sistema penitenciario, se señaló el respeto a los derechos humanos.

Esta reforma implica también la obligación de las autoridades de favorecer en su interpretación la protección más amplia de los derechos fundamentales y promover, respetar, proteger y garantizar los derechos

⁷ Las reformas legales se pueden calificar de primera y segunda generación, según su eficacia social. Las de primera generación se han concentrado en expedir nuevos cuerpos sustantivos, bajo la anquilosada visión de que “creada la ley, modificada la realidad”, mientras que las de segunda generación requieren de un efectivo proceso de implementación. Cfr. **GUILLÉN, LÓPEZ, Raúl y CRUZ COVARRUBIAS, Armando E.** *La justicia penal en México. Un estudio de caso.* UNAM, México, 2008, p. XIII.

humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Si tenemos en cuenta que el sistema de justicia penal se encuentra intrínsecamente vinculado con la protección de los derechos fundamentales, tanto de la víctima como del imputado, y que el sistema acusatorio precisamente tiene entre sus objetivos la garantía de tales derechos, la reforma constitucional de 2011 amplifica las dimensiones garantistas del modelo a implementar.

En la medida que los principios que rigen al sistema acusatorio se redimensionan con los parámetros interpretativos en pro de los derechos fundamentales establecidos en la reforma de junio de 2011, los juzgadores y todas las autoridades participantes en el sistema, deben tener en cuenta que en su actividad interpretativa y argumentativa se debe optimizar “la fuerza normativa de las normas constitucionales”.⁸

III. Lecciones obtenidas de la experiencia latinoamericana.

Conviene analizar la reforma en México de manera contextualizada con la experiencia latinoamericana, teniendo en cuenta todos estos factores comunes de necesidad política y social de reformas estructurales integrales.

¿Cuáles son las lecciones obtenidas a partir de las experiencias habidas en el contexto internacional?:

1. La primera sería que las reformas normativas son un esfuerzo de carácter permanente que no deben responder a planes a corto plazo, sino a una visión integral del sistema. La reforma de la norma requiere de un tiempo mínimo de madurez en vigencia, tanto para penetrar en la conciencia y práctica institucional, como para que la academia incorpore a sus planes de estudio e investigación la doctrina alrededor de la nueva normativa.
2. El nuevo concepto de reforma ha de responder a un proyecto nacional de naturaleza integral.
3. El análisis de la reforma se tiene que hacer no sólo desde el punto de vista de los miembros del sistema de justicia, sino de profesionales externos en materia de justicia y seguridad, que permita la coordinación y retroalimentación entre jueces, fiscales y defensores.
4. Es necesario el desarrollo a nivel nacional de indicadores del progreso de evaluación y seguimiento permanente del sistema. En tanto la reforma judicial contiene una serie de objetivos debiera contar con un método para evaluar el grado en el que son alcanzados. Los indicadores son posibles y

⁸ **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SANCHEZ GIL, Rubén.** *El Juicio de Amparo y el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Estudio monográfico.* Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, SEGOB, México, 2011, p.57.

- pertinentes y deben tender a la mayor objetividad, alejándose de calificaciones subjetivas.
5. La falta de planificación de ejecución de la reforma y la ausencia de coordinación se manifiesta en aumentos en la carga de trabajo e incrementos en la mora judicial.
 6. La cultura jurídica debe prepararse ante el “trasplante legal”, para la continuación de la tutela de los intereses existentes con las nuevas perspectivas globalizadoras.
 7. Se requiere claridad en la norma reformada y certeza en su vigencia.
 8. Los sistemas judiciales deben contar con asesoría externa con experiencia en las diferentes fases de la reforma. Se sugiere incluso no sólo la asesoría en materia jurídica, sino en otras aproximaciones científicas, como puede ser en administración pública, ciencias políticas o sociología, ingeniería industrial e informática.
 9. La participación de los servicios auxiliares toma un papel determinante en el reforzamiento del sistema probatorio, al grado de dotar de autonomía técnica a los servicios periciales y de reforzar de manera importante el papel de la policía en la etapa de investigación.

Si bien conforme al sistema de la libre convicción o sana crítica racional no existen pruebas con un valor determinado, la pericia, cuando es seria y fundada, resulta de gran importancia en la formación del convencimiento del juez. Éste, bajo el sistema acusatorio, no puede descalificar el dictamen desde el punto de vista científico, técnico o artístico, ni modificar el alcance de sus conclusiones, a partir de sus conocimientos o deducciones personales. En otras palabras, no le está permitido sustituir al perito. Sin embargo, cuando las conclusiones son irrazonables, no están debidamente demostradas o no tienen suficientes fundamentos conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia común, pueden ser desatendidas por el juzgador. En la conclusión de los dictámenes, en especial de los legistas, puede estar escrita la sentencia del tribunal.⁹

La importancia dada en el ámbito judicial a los dictámenes periciales puede hacer que una pericia imposible sea de pronto posible y acabe por sustentar un fallo adverso si no se encuentra controvertido por otro experto. Esto suele suceder cuando los indicios son tan volátiles que no permiten fijar ninguna hipótesis. La causa puede tomar sentido pidiéndole al perito respuestas y conclusiones que sólo el juez, mediante el método de análisis crítico de la prueba indiciaria, debe proporcionar.

10. En la participación de los servicios auxiliares, las reformas penales han implicado la reconstrucción del modelo policial para reforzar sus facultades de investigación en el campo doctrinal, conceptual, normativo, pragmático, administrativo, operativo y táctico.¹⁰ Se refuerza la función

⁹ Cfr. **RIOS, Carlos Ignacio**. *El juicio oral*. Nova Tesis, Ed. Jurídica, S.R.L., Argentina, 2007, p. 95.

¹⁰ Cfr. **LOZANO GRACIA, Antonio**. “Seguridad pública y justicia penal”. En “La reforma penal en México. Análisis, críticas y perspectivas”. *Revista del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, México, Agosto 2007, pp. 456 y ss.

auxiliar de la policía al Ministerio Público en la práctica de sus investigaciones, y al tribunal, si es el caso.

En el modelo acusatorio se establece una dirección funcional entre el Ministerio Público y la Policía. La dirección de investigación la tiene el Ministerio Público, quien se auxilia de la Policía, la que le aporta datos y elementos para la acusación que habrá de sustentar en juicio. Se distinguen claramente las funciones de investigación policial y la de persecución ante los tribunales.

IV. Necesidad de la reforma en México.

En México se ha dado el tránsito del sistema penal en ya un buen número de Estados de la República y, a nivel federal, nos encontramos en el periodo de *vacatio legis*. Para la implementación de la reforma se han tomado diversos referentes, como es el Código Modelo para Iberoamérica; el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos; e, incluso, un Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, coordinado por el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.

Desde la reforma a la Constitución en el mes de junio del año 2008, ha ido paulatinamente aumentando el número de entidades de la Federación que reforman su sistema de justicia penal, mediante el tránsito de un modelo mixto inquisitivo hacia uno de corte acusatorio y oral.

La implementación de los juicios de corte acusatorio se enfrenta con el hecho de que la oralidad en los procedimientos es una práctica relativamente poco explorada, ya que nuestra cultura jurídica ha encontrado tradicionalmente en la escritura la forma primordial de comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes.

Esto implica la implementación de nuevas metodologías de trabajo para todas las áreas institucionales que intervienen en el proceso penal, desde sus fases preliminares de investigación y persecución, intervención judicial y etapa de ejecución.

La reforma constitucional obliga a que tanto a nivel federal como local, se realicen reformas a las leyes procesales e incluso sustantivas, pero el cambio de paradigmas requiere de tiempo para vislumbrar secuelas de organización durante las distintas etapas procesales.

Conforme al sistema penal vigente (mixto inquisitivo), la oralidad sólo se permite si la norma expresamente lo consagra. Por ejemplo, durante la etapa de averiguación previa es posible que las denuncias o querellas se presenten en

forma oral o por escrito, en el trámite judicial se permiten las promociones escritas o verbales, la declaración preparatoria puede ser rendida de forma oral o escrita, y los testigos declaran de viva voz.¹¹

A) El derecho de defensa:

En el sistema aún vigente, la participación de la defensa se garantiza desde la averiguación previa; sin embargo, en esta etapa, el Ministerio Público funge prácticamente como el gran sujeto procesal. Desde el punto de vista normativo, sólo en dos diligencias durante el proceso penal se exige la presencia del defensor: en la toma de la declaración ministerial o preparatoria y en la audiencia final del juicio.¹²

Esto significa que bajo el actual corte mixto inquisitivo la relevancia de la defensa es secundaria y se reduce en un simple requisito de procedibilidad. Ello, aun teniendo en cuenta que en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, se especifica como uno de los derechos del inculpado el tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, el que se le designe de oficio.¹³

En este mismo dispositivo se prevé el derecho de que el defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas y que se permita tanto al inculpado como al defensor la consulta en la oficina del Ministerio Público, del expediente de averiguación previa.¹⁴

También la participación de la defensa en la producción de la prueba se torna bastante limitada porque es muy poca la posibilidad de participar en el proceso de investigación, descubrimiento y procesamiento de la prueba, en tanto se trata de facultades exclusivas del Ministerio Público.

Otra limitante en materia de defensa surge del hecho de que en el interrogatorio las preguntas deben referirse sólo a lo que se desprenda de la declaración inicial, lo que limita a la defensa en el examen de hechos relevantes vinculados con la causa, que no fueron manifestados en su momento.¹⁵

¹¹ Artículos 2, 21, 155 y 249 del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹² Cfr. art. 87 del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹³ Cfr. art. 128, fracción III, inciso B).

¹⁴ Cfr. art. 128, fracción III, incisos C) y D).

¹⁵ Art. 156 del Código Federal de Procedimientos Penales: "Tanto la defensa como el agente del Ministerio Público, quien deberá estar presente en la diligencia, podrán interrogar al inculpado. Las preguntas que se hagan a éste deberán referirse a hechos propios, se formularán en términos precisos y cada una abarcará un solo hecho, salvo cuando se trata de hechos complejos en que por la íntima relación que exista entre ellos, no pueda afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro. El juez podrá disponer que los interrogatorios se hagan por su conducto cuando lo estime necesario, y desechará las preguntas que a su juicio sean

INTRODUCCIÓN

La defensa puede participar en el desahogo de la prueba pericial, examinando a los peritos de cargo y de descargo. La actividad probatoria se ejerce también por parte del órgano jurisdiccional.¹⁶

Todo lo anterior demuestra que existe una participación limitada de la defensa y una actividad importante del órgano jurisdiccional en la producción de pruebas, lo que es característico de la naturaleza inquisitiva del sistema de justicia penal aún vigente, y que evidencia el porqué de la necesidad de la reforma.

Otro tema de crítica en el sistema penal vigente hasta antes de la reforma de junio de 2008, pero que se sigue practicando en razón de la *vacatio legis* en que nos encontramos inmersos, es el grado de formación profesional del defensor. Los servicios de defensa pueden ser prestados por un defensor público, por un particular o por una persona de confianza del imputado. El grado de formación profesional de defensores en materia federal, respecto de los defensores del fuero común es muy variable, en razón de cuestiones presupuestales y las normativas locales en materia de selección de candidatos.

La facultad de defenderse por sí mismo se concreta en la defensa de naturaleza técnica, es decir, aun cuando el indiciado acredite contar con los conocimientos técnicos para efectuar su defensa, le es asignado un defensor público que respalde su actuación frente al órgano jurisdiccional, y hay momentos en que el derecho a la defensa material del imputado se restringe sólo a ciertos supuestos procesales, como es el careo, en que de manera directa y sin intermediarios, el imputado puede refutar los argumentos de la persona que depone en su contra.¹⁷

Con la reforma se exigirá una defensa profesional en todo momento procesal, no obstante el ánimo o la capacidad del inculpado de ejercer una defensa por sí mismo, aunque se da especial relevancia al hecho de que el inculpado siempre tiene derecho a la “última palabra”.

capciosas o inconducentes, pero la pregunta y la resolución que la deseche se asentarán en el expediente, cuando así lo solicite quien la hubiese formulado (...).”

¹⁶ Cfr. Artículos 222 y 249 del Código Federal de Procedimientos Penales. En el último en referencia se establece que en el interrogatorio de testigos, el tribunal tiene la facultad de desechar las preguntas que a su juicio o a petición de parte sean señaladas como impertinentes o inconducentes, y además podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.

¹⁷ El careo es precisamente una de las probanzas que desaparecerán en el esquema acusatorio, porque la posibilidad de enfrentar al acusador es constante desde el momento en que el imputado es vinculado al proceso.

B) La protección a la víctima:

Importante tema de preocupación dentro del sistema penal, son los derechos de la víctima. Con la reforma se buscó el fortalecimiento de sus prerrogativas, si bien ya se encontraban vigentes la asesoría jurídica por parte del Ministerio Público, la información sobre sus derechos, el estado en que se encuentra su asunto, la atención médica y psicológica y las medidas de protección y auxilio.

No obstante, se busca ahora una más activa participación de la víctima a través de nuevos mecanismos para interponer recursos y defender directamente sus intereses. Una de las innovaciones principales es el derecho de resguardar la identidad cuando se trate de menores de edad, y cuando sea víctima de delitos como la violación, el secuestro o la delincuencia organizada. Igualmente se prevé la posibilidad de que sea la víctima quien solicite directamente la reparación del daño causado por la comisión del delito, así como medidas cautelares para la protección y restricción de sus derechos, sin menoscabo de las actuaciones del Ministerio Público y de sus facultades originarias.

Se obliga también expresamente al Ministerio Público a garantizar la protección de las víctimas, ofendidos, testigos y cualquier otra parte que intervenga en el proceso, pudiendo la víctima impugnar cualquier acción u omisión del Ministerio Público y contribuir a que el procedimiento sea llevado a cabo adecuadamente bajo certidumbre y eficacia.¹⁸

¹⁸ La víctima puede impugnar las resoluciones de no ejercicio de la acción penal, las resoluciones de reserva, desistimiento de la acción penal o la suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño. Existen precedentes sobre la conveniencia de la ampliación de la posibilidad de impugnar. A saber:

ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE LA ABSTENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PRONUNCIARSE SOBRE EL EJERCICIO O NO EJERCICIO DE AQUÉLLA. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que el juicio de amparo indirecto es procedente en contra de las determinaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, mientras no se establezca el medio ordinario de impugnación en la vía jurisdiccional. Ahora bien, *dicha procedencia debe hacerse extensiva en contra de la abstención del representante social de pronunciarse sobre los resultados que arroje la averiguación previa, en virtud de que tal omisión tiene los mismos o más graves efectos que los de una resolución expresa de no ejercicio o desistimiento. Esto es así, porque el gobernado queda en completo estado de incertidumbre e inseguridad jurídica con respecto a la persecución de los presuntos delitos por él denunciados, situación que precisamente quiso evitar el Constituyente Permanente al propugnar por la reforma del cuarto párrafo del artículo 21 de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994.* En consecuencia, para hacer efectivo el propósito del Constituyente Permanente, consistente en procurar que las denuncias sean atendidas y que el Ministerio Público ejercite las funciones de investigación que le encomienda la ley, *resulta procedente otorgar a los particulares el derecho de recurrir la omisión de éste de emitir algún pronunciamiento como resultado de la averiguación previa, a través del juicio de amparo indirecto, hasta en*

La víctima puede adherirse asimismo a la acusación del Ministerio Público, con lo que participa como un auténtico sujeto procesal. En esa línea, en entidades como Baja California, Chihuahua, Morelos, Oaxaca y Zacatecas se ha incorporado el instituto del Acusador Coadyuvante.

En las reformas publicadas el 23 de enero de 2009 al Código Federal de Procedimientos Penales, se adicionaron a estas prerrogativas constitucionales la de ser notificado personalmente del desistimiento de la acción penal y de todas las resoluciones apelables, y solicitar se dicten las medidas y providencias suficientes para proteger sus bienes, posesiones o derechos, contra todo acto de intimidación, represalia o daño posible, o cuando existan datos suficientes que demuestren que éstos pudieran ser afectados por los probables responsables del delito o por terceros implicados o relacionados con el inculpado –entre las que se encuentran la solicitud de que el imputado sea separado del domicilio de la víctima si se pone en riesgo la integridad física o mental de mujeres y niños o conviva la víctima con el imputado, o la solicitud del traslado de la autoridad al lugar donde se encuentre, si tienen un obstáculo insuperable para comparecer-.

C) El Ministerio Público y la Policía:

La relación entre el Ministerio Público y la Policía, hasta el día de hoy, es formalmente de auxilio, por parte de esta segunda. En la investigación, la policía tiene obligación de preservar el lugar de los hechos, y son los peritos los que realizan la fijación, levantamiento, embalaje y resguardo de las evidencias físicas.

Con la reforma –como ya se apuntó con anterioridad- se trata de redefinir la relación entre el Ministerio Público y la Policía, de manera que se cree un ámbito de coordinación, tanto en el resguardo de la cadena de custodia que tiene una importancia crucial en los elementos materiales probatorios, como en la recepción de denuncias y en la ejecución de diligencias.

tanto no se establezca el medio ordinario de impugnación; pues, de lo contrario, en nada beneficiaría al gobernado contar con el derecho de impugnar la resolución expresa de no ejercicio de la acción penal, si no cuenta con la facultad de exigir su emisión”.

[Contradicción de tesis 35/99. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 17 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González. Tesis de jurisprudencia 16/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de diecisiete de abril de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas].

D) El régimen penitenciario:

Otro gran tema relacionado con la reforma del sistema penal es el régimen penitenciario. Hay un cambio en el concepto y filosofía de la *readaptación social* hacia el de *reinserción social*. En este tópico aparece la figura del Juez de Ejecución de Sanciones.

El régimen penitenciario es un tema que se ha soslayado, sin tener en cuenta que se trata del eslabón que cierra el ciclo del sistema de seguridad pública, que comienza con la prevención del delito, sigue con la persecución y la investigación del mismo, y llega a su cenit con el ejercicio de la administración de justicia. Sin embargo, la sentencia no es el punto final en el sistema, pues ésta requiere de ser ejecutada y eso sólo puede darse bajo un régimen que controle su legalidad sin dejar de atender las circunstancias sociales del caso concreto e individual del sentenciado.

Así, en el concepto de ejecución de sentencia convergen elementos tan variados como la capacitación del personal penitenciario, reincorporación social mediante el empleo, apoyo psicológico, atención de casos de pobreza extrema, condiciones privadas de vida dentro de los centros de reclusión (visita familiar, visita íntima, hijos de madres en reclusión), imposición y ejecución de sanciones disciplinarias, derecho a la protección de la salud, espacios e instalaciones, alimentación, seguridad y custodia, y problemas institucionales de corrupción y privilegios.

V. El tema central de la tesis: el cambio de paradigmas en la argumentación judicial.

En su implementación, la reforma generará una transformación en la función judicial que implicará su tránsito desde un esquema de resolución de conflictos mediante la estricta aplicación de la ley y el precedente (en el marco de un sistema inquisitorio y escrito), hacia el desarrollo de una capacidad argumentativa e interpretativa del juzgador y de las partes, que converjan en los esquemas de argumentación y refutación, propios del proceso acusatorio y oral. Este es el tema central de esta tesis.

El modelo de argumentación necesariamente tenderá hacia una interpretación y aplicación del Derecho más dinámica e integradora. Se nutrirá no sólo del análisis normativo formal, sino de los principios y conexiones lógicas que lo hagan aplicable ante la particularidad de cada uno de los casos de resolución. Esto es así porque precisamente ese es el espíritu que sustenta al nuevo esquema contradictorio.

La reforma constitucional exige del juzgador capacidad argumentativa suficiente para exponer de manera oral y asequible a las partes el sentido de su

INTRODUCCIÓN

resolución, una vez culminada la audiencia que es una, integral e indivisible. Tendrá que generarse un cambio en la forma actual de argumentar, razonar, fundamentar y motivar las resoluciones, hacia un esquema de argumentación que -sin dejar de ser robusto en sus bases jurídico normativas- haga uso de esquemas de razonamiento adecuados al sistema oral, que exige la mayor accesibilidad al entendimiento del lego, en aras de la ampliación y dinamismo en el acceso a la justicia.

La aplicación del sistema penal acusatorio y oral implicará un cambio absoluto de paradigmas en la tramitación y resolución de casos en materia penal, tanto para el Poder Judicial de la Federación como para todos los poderes judiciales estatales.

El nuevo sistema implicará la migración de los métodos para dejar de lado la letra del expediente de cuyas constancias depende íntegramente la resolución del juicio, hacia el desahogo de un contradictorio de forma oral, con la asistencia personal de las partes y del juzgador.

El juez tendrá que ser cuidadoso en procurar la realización de un juicio oral público, contradictorio y continuo. Los jueces habrán de estar dedicados a la realización de audiencias, con la imposibilidad de celebrar múltiples diligencias en paralelo con el trabajo de los secretarios del juzgado. No podrán delegar funciones, sólo podrá tener lugar una audiencia por vez y ésta deberá concluir antes de iniciar otra.

Conforme al principio de inmediación, sólo será prueba aquélla producida en juicio, lo que implica que el juez no debe conocer el caso con anterioridad al inicio de la audiencia, para no generar un prejuicio o compromiso de su parcialidad. Además, conforme al principio de concentración, la decisión debe tomarse inmediatamente terminada la audiencia.

Esto significa que cerrado el debate, el juez valorará cada prueba producida en forma individual e integral, de manera libre y lógica, lo que le significará dar razones de sus consideraciones, cosa que sólo podrá hacer si las partes construyen durante el desarrollo del juicio la credibilidad del caso y generan elementos que otorguen o resten credibilidad a la prueba.

El juicio entonces habrá de ser impulsado por las partes y se restringe la posibilidad de que los jueces produzcan oficiosamente más pruebas, porque la función de investigación y prueba del delito está en cabeza de la acusación. Al juzgador sólo se le permitirá solicitar aclaraciones, pero siempre sobre la base de la prueba propuesta y producida por las partes. Las pruebas para mejor proveer son cosa ya del pasado.

Actuando de ese modo, el órgano jurisdiccional se verá revestido de una gran legitimidad, tanto al interior del propio sistema judicial, como respecto del conjunto de la sociedad mexicana.

Se tendrán también que diseñar nuevas formas y métodos de registro de las constancias que se auxilien de los avances de la tecnología, pero no necesariamente del instrumento escrito, como hasta ahora ha ocurrido.

Esta nueva metodología de trabajo tendrá también que adecuarse y adaptarse para la tramitación de los recursos y de las siguientes instancias a la del juicio oral, pues hasta ahora los recursos de alzada se basan en su trámite exclusivamente en las constancias registradas en el expediente, sin que sea necesaria su reproducción o nuevo desahogo para un nuevo análisis. Conforme al modelo acusatorio, en las segundas instancias se reabrirá el debate, específicamente sobre los hechos materia de revisión.

Con relación a los medios posteriores al juicio, existe un silencio en el texto constitucional que podría llevar a suponer que los recursos pueden mantenerse como en la actualidad, a través de un procedimiento escrito; sin embargo, se debe pensar en un sistema de medios de impugnación que respete los principios establecidos para el juicio oral. Según los códigos modelo que hasta ahora se han estructurado, parece que la consecuencia lógica será que, en caso de no estar de acuerdo con la decisión asumida en el juicio, la acusación o la defensa puedan recurrir a otro tribunal, a partir de un nuevo debate, en que el impugnante presente sus argumentos al tribunal de control y la contraparte pueda presentar argumentos a favor de sostener la decisión impugnada.

A partir del amplio contexto de la introducción a nuestro sistema penal de formas tendentes a la oralidad, nos concentramos en el tema de la necesidad de cambiar paradigmas en las nuevas formas del dictado de la sentencia, que tendrá que pronunciarse oralmente –en principio-, una vez concluida la instrucción. Ello significa un replanteamiento en los esquemas del pronunciamiento de resoluciones por parte del juez que hoy las dicta en forma escrita, prácticamente sin límites temporales ni de extensión del documento.

El reto es proponer un nuevo esquema de resolución que sea oral, explicado en la audiencia, entendible para las partes –principalmente- y por la sociedad en general, y que a la vez se ocupe del análisis de los argumentos y las pruebas aportadas por las partes, con sustento legal y motivación lógica.

VI. Contexto del problema en los principios que rigen al juicio acusatorio.

El problema se contextualiza en el establecimiento del principio de concentración en el proceso penal, de manera que en una sola audiencia se

reúnan los actos procesales fundamentales –prueba, alegaciones y sentencia-, con la pretensión de que el desahogo de las probanzas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución, ocurran en un mismo acto procesal.

En el contexto del actual sistema penal, el juzgador hace uso de una metodología escrita y altamente técnica, al momento de emitir sus resoluciones. El dictado de las sentencias se construye con argumentos reflexionados con detenimiento a partir de las constancias del expediente, por lo que su labor argumentativa se encuentra hoy dimensionada en esta técnica y no en el esquema inmediato de un sistema oral.

El cambio de las formas argumentativas es inminente y necesario. Constituye un problema de reestructura de los esquemas de razonamiento judicial, que debe quedar absolutamente resuelto para posibilitar la realización de los objetivos de un juicio oral, que se rige bajo los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediación.

Los jueces de control, del proceso y de ejecución tendrán la responsabilidad de resolver bajo el contexto de un sistema oral. Específicamente, la Constitución establece la obligación judicial de pronunciar y explicar la sentencia del juicio una vez cerrada la instrucción, de manera que las partes escuchen el pronunciamiento judicial oral en la audiencia pública.

La realización de esta tarea exigirá una metodología argumentativa adecuada para que el Juez se pronuncie en la sentencia de manera oral, con la mayor asequibilidad a las partes y a la sociedad en general, sin dejar de atender las formas de motivación, fundamentación y enlaces lógicos que normativamente se exigen en el dictado de sus resoluciones.

La certeza en la argumentación de la resolución queda inserta en el sistema de protección de las garantías procesales, que en el caso del ámbito penal reconoce dos bloques: las garantías procesales genéricas y las específicas.

Las primeras extienden su fuerza garantista por todo el proceso, desde su fase preliminar, intermedia y el juicio oral, propiamente. Entre éstas se encuentra el derecho a la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva (que comprende el derecho al libre acceso a la jurisdicción¹⁹, a obtener una

¹⁹ El artículo 21 constitucional reformado, en su segundo párrafo, determina que el Ministerio Público tiene la exclusividad para promover la acción penal, pero abre la posibilidad de que la ley establezca los casos en que las partes pueden ejercerla ante la autoridad judicial, lo que en el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, de julio de 2010, del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, se propone bajo la figura de “acusador coadyuvante” (art. 139); y en el Código Modelo de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, se plantea bajo las figuras de “acusador particular” (ofendido o perjudicado por el delito que puede ser parte acusadora); “acusador popular” (cualquier persona que demuestre interés legítimo por delitos

resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso, y a la ejecución o efectividad de la tutela judicial), el derecho de defensa y el debido proceso (que se traduce en la interdicción de la persecución múltiple o principio de *non bis in idem*, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un juez imparcial y la prohibición de compeler a declarar o a reconocer la culpabilidad).

Entre las segundas, se incluyen aquellas garantías derivadas de las genéricas y que tienen un ámbito propio de protección: igualdad en la defensa, igualdad ante la ley, inmediación, inviolabilidad de domicilio, derecho a un juez natural, prohibición de valoración de prueba ilícita, etcétera.

El respeto a las garantías procesales genéricas y específicas se acentúa en el marco de los principios que rigen al juicio acusatorio, a saber, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, que son aplicables a todas las audiencias en las que con intervención de las partes se debata la prueba.

Bajo el esquema acusatorio, el proceso penal busca ser plausible no sólo por ser más eficaz, sino también porque preserva un cúmulo de principios que permite que los culpables respondan ante la ley de modo civilizado y que los inocentes puedan hallar justicia en la resolución bajo el efectivo goce del principio de presunción de inocencia.

A) El principio de publicidad:

En aplicación del **principio de publicidad**, el imputado tiene derecho a ser juzgado en audiencia pública por un órgano jurisdiccional unitario o colegiado. El juicio oral se plantea como el horizonte último de toda la estructura de justicia penal y se considera que quien se sepa inocente, optará siempre por un juicio oral para que se le absuelva.

La publicidad del juicio se encuentra ligada con la transparencia de la actuación judicial, que a su vez se convierte en elemento esencial para legitimar sus decisiones. Así, la publicidad del proceso, que alcanza plenitud en el juicio oral, se erige no sólo en garantía de las partes, sino en instrumento para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la independencia e imparcialidad de sus tribunales.

Es importante la efectiva posibilidad de la presencia del público que desee asistir a la audiencia, pues la publicidad debe entenderse como una garantía para los propios ciudadanos que intervienen en el proceso (imputados, víctimas,

cometidos por servidores públicos, de lesa humanidad y contra el ambiente); “acusador privado” (ofendido, como único legitimado en tanto el delito no afecta al interés público) (arts. 95, 96 y 97) . Además, los ciudadanos tienen el derecho a impugnar desestimación de las denuncias y, promovida la acción penal, los agraviados pueden constituirse en parte civil para reclamar la reparación del daño.

testigos), pero la publicidad es ante todo una manifestación de la forma republicana de gobierno, que se expresa en el derecho de todo ciudadano a controlar y vigilar el ejercicio de la impartición de justicia en su país; es decir, el derecho de todo ciudadano a controlar los actos de gobierno.

El hecho de que las actuaciones procesales se desarrollen públicamente previene arbitrariedades, negligencias, incumplimientos y todo tipo de prácticas impropias que suelen albergarse bajo la protección de la opacidad de procedimientos desarrollados en privado o alejados del público.

No obstante, esta publicidad se encuentra sujeta a limitación para efectos de proteger bienes de superior jerarquía, como la seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos o menores de edad, o la protección de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

Se trata de la posibilidad de resolver un eventual conflicto de derechos que debe ser resuelto ponderando los valores en juego en las circunstancias específicas del caso y, de ser necesaria alguna restricción, buscar aquella que limite la publicidad en la menor medida posible.

Ligado con el de publicidad, el **derecho a la información para efectos de contradicción y defensa** permite al imputado se le proporcione oportunamente toda la información necesaria para que ejerza su derecho a la contradicción y a la defensa. La información de la investigación cumplida deberá revelarse al imputado si éste es detenido, en el momento de ser citado en calidad de probable responsable, o bien cuando se le vincule al proceso. A partir de estos momentos, se le deben proporcionar todos los datos que el imputado solicite para su defensa y que obren en los registros de la investigación.

Con este criterio, se aleja su tradicional restricción, pensada en función de la posibilidad de abrir una puerta para la destrucción de indicios y de medios de prueba necesarios para el éxito de las investigaciones delictivas.

El derecho a la información contenida en los registros de la investigación sufre una excepción, al disponerse la reserva de las actuaciones de la investigación cuando en la ley se prevea imprescindible para salvaguardar el éxito de la misma y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

El artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado en enero de 2009, dispone que el expediente de averiguación previa, así como todos los documentos, independientemente de su contenido o naturaleza, y los objetos, registros de voz e imágenes o cosas que le estén relacionados, son estrictamente reservados, con independencia de que tendrán acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido o su representante legal.

A efecto de la satisfacción del ejercicio del derecho de acceso a la información pública gubernamental, se dispuso que únicamente puede proporcionarse una versión pública de la resolución de no ejercicio de la acción penal, siempre que haya transcurrido un plazo igual al de prescripción del delito de que se trate, sin que pueda ser menor de tres ni mayor de doce años. Se deben salvaguardar como confidenciales los datos personales del inculpado, víctima, ofendido, testigos, servidores públicos o cualquier persona relacionada con la indagatoria. A quien no esté legitimado, se le podrá proporcionar información una vez ejercitada la acción penal.²⁰

Estas disposiciones se recogen en lo esencial en el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales elaborado por el Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal.²¹

B) El principio de contradicción:

Conforme al **principio de contradicción**, se ha establecido la prohibición de dictar sentencias si las pruebas no son desahogadas en el juicio, aunque se admite la prueba anticipada que se desahogue ante el juez de control antes de que el juicio tenga verificativo. La prueba anticipada procede en aquellos casos en los que la prueba corra el riesgo de perderse si no se recaba de forma inmediata.

Otra excepción a la aplicación de este principio es el caso en que el imputado renuncie expresamente a su derecho a un juicio oral y acepte el hecho que se le imputa a cambio de algún beneficio legal. En este supuesto será juzgado por el juez de control con los antecedentes que arroje la investigación del Ministerio Público.

Una tercera excepción opera en casos de delincuencia organizada, cuando no sea posible reproducir la prueba en juicio, por riesgo acreditado para testigos o víctimas, lo que no demerita la posibilidad de que el imputado pueda objetar e impugnar la prueba ofrecida.

²⁰ En el momento de escribir estas líneas se encuentra en estudio en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Acción de Inconstitucionalidad número 26/2009, promovida en contra de la reforma al artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, de 23 de enero de 2009, promovida por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por violación al art. 6° constitucional, argumentando una limitación injustificada del derecho de acceso a la información, al determinar que las averiguaciones previas tendrán carácter reservado y sólo permitir el acceso a aquéllas en que se haya determinado el no ejercicio de la acción penal, siempre y cuando hubiera transcurrido un periodo de 3 a 12 años. También se esgrime violación a los artículos 1° y 102, apartado B, por hacer nugatorio el medio de protección no jurisdiccional de los derechos humanos. La SCJN tendrá oportunidad de pronunciarse e interpretar los alcances de esta restricción al derecho a la información en relación con la averiguación previa.

²¹ Artículo 171 del Proyecto.

INTRODUCCIÓN

Para garantizar la imparcialidad judicial y evitar que los jueces predispongan su ánimo con información que no haya sido desahogada en el juicio, se prevé que éste se lleve a cabo ante un juez o tribunal distinto al que haya conocido previamente del caso. Se trata de la separación de los órganos de jurisdicción de la primera instancia.

Cerrada la investigación y formulada la acusación, el juez de control que dicta el auto de vinculación y la resolución de apertura a juicio, deja de ser competente para conocer del mismo. La idea es que el juez o tribunal del juicio no disponga más que del auto de apertura en el que se indique cuál es la acusación y la prueba que será desahogada en el juicio, que el órgano de decisión escuchará por primera vez.

Inmersos también en el tema se encuentran los principios de que la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora y el principio de igualdad entre las partes.

Además, el juzgador tiene prohibido tener contacto con alguna de las partes sin que esté presente la otra, con objeto de evitar que tenga información unilateral y sesgue su criterio. Se exceptúan de este principio las diligencias solicitadas por el Ministerio Público necesarias para la efectividad de la investigación, como lo es el cateo y la intervención de comunicaciones, por ejemplo.

En el tema de la prueba se dispone un estándar para la condena directamente relacionado con la convicción motivada para ello, justificada a partir de los elementos fácticos que el Ministerio Público logre probar.

Se excluye por supuesto, la prueba ilícitamente obtenida, lo que es fundamental para preservar la lealtad procesal de la policía y el Ministerio Público, así como para la profesionalización de la investigación.

La prohibición literal de la prueba que sea recabada con violación a derechos fundamentales obedeció a que, si bien en caso de que se dejaren de observar disposiciones normativas en la formalidad del desahogo de pruebas, ello podría subsanarse en el proceso, esta tolerancia se torna absolutamente imposible si lo que se violentó fue el respeto a derechos fundamentales. Pareciera que esta cuestión de política criminal fuese contraria al objetivo final del sistema acusatorio, que prefiere que ningún inocente esté en prisión a que los culpables se encuentren libres (objetivo propio del sistema inquisitivo). Sin embargo, esto es un problema de ponderación de principios en cada caso concreto.

En los puntos hasta ahora narrados se concentra el propósito central de la reforma, en cuanto a la reestructuración del juicio penal en nuestro sistema

jurídico. Se trata de trasladar el núcleo de la decisión en la justicia penal, del ámbito de la averiguación previa (actualmente dominada por la figura del Ministerio Público), al espacio del proceso dominado por la figura del juzgador. Los diagnósticos sobre la justicia penal han sido unánimes en señalar que las acciones y omisiones del Ministerio Público son determinantes, no sólo para el ejercicio de la acción penal, sino para el resultado del proceso, sin que la intervención de los defensores y los juzgadores logre hacer contrapeso real al impulso procesal del Ministerio Público, generado desde los momentos de integración de la averiguación previa.

Hasta ahora, el éxito o fracaso del resultado del proceso penal está determinado primordialmente por la tramitación e integración de la averiguación previa. De las pruebas en ella aportadas y del cumplimiento de las formalidades legales exigibles en esa etapa, depende casi íntegramente la decisión del juzgador tanto para dictar un auto de sujeción a proceso, como para pronunciarse, en su caso, en una sentencia condenatoria. Esto ha dado lugar a que el juzgador quede prácticamente maniatado en el ejercicio de la administración de justicia, por lo aportado en la averiguación.

Con la reforma constitucional, se trata de que el peso e importancia de la averiguación previa se equilibre en el juicio, en que se abra la posibilidad absoluta de contradecir cada prueba recabada, y ambas partes tengan posibilidad de objetar y argumentar en igualdad de condiciones. El juez se fortalece en autonomía y libertad de decisión, pues conocerá de un asunto sin estar predispuesto a él y sin verse en absoluto vinculado con las pruebas previamente recabadas por la actuación ministerial para la integración de la acusación.

La reforma pretende que, por efecto de los principios de oralidad e inmediación, el juzgador se involucre más, de manera directa y profunda, en el desarrollo del proceso, de modo que deje que el trámite no sea su tarea primordial, sino que se concentre en la toma efectiva de decisiones. Se trata entonces de una trascendental transferencia del poder de decisión en la administración de la justicia penal.

C) El principio de inmediación:

El **principio de inmediación** se traduce tradicionalmente en la obligación del juez de recibir en forma directa la prueba (*inmediar con la prueba*). Sin embargo, más que un principio de la prueba, es un principio rector del proceso. Es decir, no sólo rige todo vínculo bilateral en que participe el juez, sino todos los vínculos que deban entablarse entre todos los intervinientes del proceso.

Así, en relación al juez le permite realizar una efectiva valoración de la prueba y demás actos de las partes; en relación a las partes, permite un efectivo ejercicio de la contradicción; en relación al acusado, posibilita un efectivo

ejercicio del derecho a su defensa; y en relación a todos los intervinientes en el proceso –incluso el resto de la sociedad- permite que la publicidad se dé de la mejor manera.²²

Se ha considerado que el incumplimiento de este mandamiento es uno de los principales problemas en el sistema penal mexicano. Frecuentemente el juez no se encuentra presente en las declaraciones ni en el desahogo de las audiencias. Esta ausencia da lugar no sólo a la distancia entre el juez y el procesado, sino al alejamiento del juez al proceso.

Con la aplicación de este principio se pretende elevar la calidad de la información con la que se pronuncia la resolución, toda vez que además de permitir un contacto directo con la fuente de prueba, la resolución se adopta después de escuchar a las partes.

Existe una confusión doctrinal entre los términos de *inmediatez* e *inmediación*, que lleva a afirmar que las primeras declaraciones, por ser más cercanas al hecho, debieran tener una validez mayor que aquéllas que se rindan ante el juez, por más que sean éstas las que efectivamente cumplen con la intermediación entre el juez y la prueba. Ante ello existe pronunciamiento doctrinal de que el principio de inmediatez únicamente tendría vigencia cuando las primeras declaraciones perjudican al inculpado, pues, si éste, luego de una primera declaración afirmando su inocencia, declara algo que pueda ser usado en su contra, se considerará que su primera manifestación no tiene validez para exculparlo.²³

La situación de incumplimiento y confusión de este principio genera una disminución en la calidad de las decisiones judiciales, de las posibilidades de efectiva defensa, de contradicción entre las partes, y de escrutinio por parte de la sociedad.

Bajo el sistema tradicional, el juzgador no tiene la posibilidad de percibir directamente el elemento probatorio, debe basar su decisión en la constancia elaborada por un funcionario distinto a él, que independiente de su responsabilidad y buena fe en el desempeño de su labor, no puede transmitir todos los elementos para la valoración de la prueba que pudieran percibirse cuando ésta se presenta en forma directa.

Tampoco las partes pueden percibir de manera inmediata todos los elementos que se aportan por sus contrarios para estar en posibilidades de contradecirlos, mermando sus posibilidades de defensa.

²² Cfr. **QUINTERO, María Eloísa y POLAINO-ORTS, Miguel.** *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica.* Ara Editores, Perú, 2010, pp. 33-34.

²³ Cfr. **CARBONELL, Miguel y Enrique OCHOA REZA.** *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, ob. cit., pp. 31-33.

De esta manera, la reforma asume esta dificultad y establece los siguientes lineamientos para superarla:

- Una audiencia como metodología para la toma de decisiones, no sólo en el juicio sino también en las etapas previas.
- Obligación de la presencia del juez en la realización de la audiencia y prohibición de delegación de funciones.
- Prohibición de valoración de elementos distintos a los efectivamente desahogados en el juicio.

Estrechamente relacionado con el principio de inmediación, se encuentra el de la **libre valoración de la prueba**. En su adopción, se consideró que el sistema de prueba tasada conduce a resultados insatisfactorios, pues prevalece una valoración legislativa preconstituida por encima de la determinación judicial –prueba plena y semiplena-. Si bien este sistema pretende objetividad en sus resultados, reviste un carácter deductivo que reduce la posibilidad de una auténtica motivación desde los hechos.

El conocimiento empírico en el derecho es primordialmente inferencial inductivo y por ello se considera que los sistemas basados en la libre valoración y la sana crítica son los idóneos para hacer más fiable el conocimiento objetivo por medio del proceso penal.

En su expresión más radical, el modelo acusatorio, además de basarse en el sistema de libre valoración, deja de lado el valor del precedente judicial, lo que no se estableció en la reforma en México.²⁴

La libertad de valoración de la prueba implica que cada juez, cuando juzga y decide un caso concreto, es libre, independiente de todo poder estatal o factor externo, para tomar su decisión; pero a la vez se le exige que sus resoluciones se sostengan en razonamientos basados en la lógica, libre de vínculos formales, inspirada en criterios científicos, en el sentido común y adaptable a las exigencias de la verdad empírica.²⁵

La mayor crítica al sistema de prueba legal o tasada es que nació bajo un logicismo humanista de racionalidad analítica ligada a las jerarquías conceptuales y a las distinciones formalistas. Sin embargo, y por el otro extremo, su abolición y la falta de vinculación del precedente judicial –en su caso-, podría

²⁴ Es el caso del sistema jurídico de Chile, en que el precedente dejó de tener vinculación y que se explica en tanto se busca crear una situación de absoluta independencia judicial, concebida como el ideal de imparcialidad en la tarea de juzgar. Lo que se desea, en la máxima expresión del modelo acusatorio, son jueces independientes de todo poder del Estado, incluso del propio poder judicial, sólo sometidos a la ley.

²⁵ Cfr. **MAIER, Julio B. J.** *El Proceso Penal Contemporáneo*. Antología. Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, Edit. Palestra, Lima, Mayo 2008, pp. 745 y ss.

propiciar una situación de discrecionalidad incontrolada y de subjetivismo irracional, en virtud de los cuales el juez se pronuncia acerca de los hechos sobre la base de criterios que no se pueden conocer ni racionalizar. Parece que la única forma de evitar este peligro es el desarrollo de una concepción racional y justificada de la libre valoración de la prueba.²⁶

Esta libertad en la apreciación valorativa, aunada a la obligación del juzgador de pronunciarse de manera oral y asequible al final de la audiencia del juicio oral, exige precisamente la necesidad de desarrollar un modelo argumentativo que permita que la resolución tenga la fortaleza que proporcionan la razón y la experiencia, que a la vez sirven de elementos legitimadores de la actividad jurisdiccional.

Al argumentar sus razones en sus resoluciones, como durante el proceso, el juzgador debe encontrar un equilibrio entre su libertad de valoración y de razonamiento y el respeto a las garantías constitucionales del proceso, entendidas como el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución e, incluso, por los tratados internacionales que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado.²⁷

En este tema se centra la paradoja de la búsqueda del equilibrio entre la seguridad jurídica de las personas y la eficacia de la persecución del delito, al momento de resolver la captura de un inculpado en el inicio del proceso penal; es decir, el estándar de prueba en materia de libramiento de la orden de aprehensión.

En 1993 se consideró conveniente incorporar al segundo párrafo del artículo 16 constitucional, la exigencia de que para librar una orden de aprehensión el juez debería cerciorarse de que se hubiesen acreditado los elementos del tipo penal y existieran datos que hiciera probable la responsabilidad penal del inculpado; incrementando notablemente el nivel probatorio requerido, respecto del anteriormente exigido.

El incremento del estándar probatorio parece dar lugar a prolongados periodos de integración de la averiguación previa, o de dificultad en la integración de los requisitos constitucionales para el libramiento de órdenes de aprehensión. Estos factores se han llegado a considerar como determinantes en el incremento de obstáculos para víctimas u ofendidos de acceder a la justicia

²⁶ Cfr. **HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián.** *Derecho Procesal Penal Chileno*. T. II, Edit. Jurídica de las Américas, México, 2008, pp. 232 y 233.

²⁷ Cfr. **CARO CORIA, Dino Carlos.** "Las garantías constitucionales del proceso penal". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, T. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, www.juridicas.unam.mx/publica/librej/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr19.pdf, pp. 1028 y ss.

penal, lo que se traduce en altos niveles de impunidad, inseguridad jurídica y desconfianza en las instituciones de procuración e impartición de justicia.

En 1999 se reformó nuevamente el citado numeral para reducir la exigencia probatoria al requerir la acreditación del cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad penal del justiciable, dejando a la legislación secundaria la definición del contenido del cuerpo del delito, lo que dio lugar a cierta disparidad de criterios en las distintas legislaciones.²⁸

Con la reforma constitucional de 2008 se establece un nivel probatorio que se consideró razonable para la emisión de la orden de aprehensión, como una de las puertas de entrada al proceso jurisdiccional que constituya el justo medio entre el legítimo derecho del imputado de no ser sujeto de actos de molestia infundados, pero también del derecho fundamental a que la investigación de su posible participación en un hecho probablemente delictivo se realice ante un juez, con todas las garantías y derechos inherentes al debido proceso.

Bastará que el órgano de acusación presente al juzgador los datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo, sea como autor o como copartícipe, lo que será suficiente para justificar racionalmente que el inculpado sea presentado ante el juez de la causa.

Este punto ha sido visto con recelo al considerarse que pudiese significar la instauración de un bajo nivel de estándar de prueba, pero no debemos perder de vista que el tercer párrafo del artículo 16 constitucional señala la necesidad de que para el libramiento de una orden de aprehensión deben obrar datos que establezcan que se ha cometido el hecho delictuoso y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; por lo que los requisitos para proceder en contra de cualquier persona en materia penal exigen datos que constituyan la convicción de que se cometió el delito y que el inculpado participó en ello. Cosa distinta es que en el marco de un juicio oral y acusatorio el juez pueda valorar las probanzas de manera libre y lógica, como lo señala la fracción II del apartado A del artículo 20 constitucional reformado.

D) El principio de continuidad:

El **principio de continuidad** es una característica necesaria para cumplir con la finalidad de posibilitar una decisión de calidad. La audiencia debe comenzar y terminar de manera continuada y, en los casos excepcionales en que se extienda más allá del tiempo de la jornada laboral, debe suspenderse hasta el día siguiente y retomarse inmediatamente, de forma que se posibilite a

²⁸ Cfr. **GARCIA RAMÍREZ, Sergio**. *La Reforma Penal Constitucional, (2007-2008)*. Edit. Porrúa, México, 2008, pp. 141 y ss.

las partes una coherencia en sus argumentaciones y al juzgador un real conocimiento de los hechos, las pruebas y las peticiones.

Un gran riesgo en la implementación de este nuevo sistema y en la transición del actual juicio escrito al oral, es el de comenzar a programar audiencias espaciadas en el tiempo, pues ello puede resultar perjudicial para el nuevo sistema, ya que es invitación a retornar al expediente, que posibilita esos intervalos de tiempo sin generar mayores consecuencias.

E) El principio de concentración:

El **principio de concentración** se invoca junto con el de continuidad, pues tiene el propósito de que el proceso se efectúe en el menor número de actos procesales. Se trata de ganar en celeridad procesal y lograr, hasta donde sea accesible, el ideal de una justicia pronta y expedita, sin detrimento de los actos de defensa y el esclarecimiento de la verdad.

Para ello, se reúnen los actos procesales fundamentales –prueba y alegaciones y, eventualmente, la sentencia misma- en una audiencia o en un reducido número de audiencias.

La pretensión de la concentración es que el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución, ocurran en un mismo acto procesal, lo que ha traído el debate por el reto material que esto significa y sobre la cuestión de si la celeridad se encuentra directamente relacionada con la justicia, o cuál será la calidad de una decisión tomada abruptamente, dependiendo del tipo de casos que se resuelvan y su grado de dificultad.

La aplicación de estos principios se traduce, en suma, en un cambio profundo de metodología de trabajo en el sistema, en que la importancia de la audiencia es determinante.

F) La transformación en la función del juez:

La función del juez en el sistema acusatorio es garantizar el cumplimiento de los derechos de las partes, para lo que es necesario transformar el método de trabajo basado en la construcción de un expediente que guarda registro formal de todo, en un sistema que genere un entorno de condiciones que permita que esa función se cumpla.

El desahogo de la audiencia en el juicio oral se plantea como un método que debe permitir a las partes hacer efectivas las garantías reguladas constitucionalmente y facilitar la generación de información relevante para la toma de una decisión de calidad.

La presencia del juez se exige ininterrumpida, como también la de las partes que deben establecer los puntos de debate y las peticiones concretas, para lo que deben presentar su caso.

Se prevé que en las audiencias previas al juicio oral se suscite de manera general un debate de corte más argumentativo, ya que el principal control, en caso de que una parte esté afirmando hechos falsos, es el que realiza su contraparte. Pero llegados al juicio oral, en tanto el Ministerio Público tiene obligación constitucional de demostrar su caso, deberá producir toda la prueba pertinente, que debe ser efectivamente desahogada en la audiencia.

Dejará de ser prueba el acta de la declaración de testigos durante la investigación, y la prueba será el propio testimonio rendido en audiencia pública; ya no será prueba el informe pericial, sino el peritaje rendido en la misma.

G) Las garantías procesales específicas:

Entre las *garantías procesales específicas* que se procuran bajo el esquema del sistema acusatorio, podemos bien distinguir las inherentes al imputado y las relacionadas con la víctima.

Entre los **derechos del imputado**, es de meridian importancia el **principio de presunción de inocencia**, que enmarca al proceso en una práctica para obtener la prueba de que el sujeto ha cometido un delito, pero mientras esto no se satisfaga, nadie puede ser considerado culpable ni sometido a pena. La culpa, y no la inocencia, es la que debe ser demostrada.

A pesar del amplio arraigo de este principio en el derecho internacional, el Código Penal Federal, todavía hasta el año de 1983, preveía justamente el principio inverso, es decir, la presunción de dolo.

La presunción de inocencia representa una obligación de trato hacia los imputados, de lo que se deriva el tratamiento que la reforma constitucional hizo del tema de la regulación de las medidas cautelares, las que han quedado acotadas con un carácter excepcionalísimo.²⁹

Bajo el amparo de este principio, **se limita la ejecución de la prisión preventiva**, la que no podrá exceder el máximo de la pena privativa de libertad del delito de que se trate y no podrá durar más de dos años si la demora es imputable al Estado. Además, si se cumple este término y no se ha pronunciado

²⁹ El 20 de abril de 2009, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió la Facultad de Atracción 79/2008, en que se impugna en un recurso de revisión la constitucionalidad del artículo 155 del Código Federal de Procedimientos Penales, que prevé la identificación administrativa o ficha señalética de los procesados. En ella, se propone el ejercicio de la facultad de atracción a la luz del nuevo texto constitucional que establece el principio de inocencia, el cual podría ser violentado por esta disposición procesal.

sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En efecto, la prisión preventiva aparece como una situación problemática en extremo, tanto desde los análisis cualitativos como cuantitativos. Existe opinión generalizada de que su aplicación es una de las causas principales de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La aplicación de la prisión preventiva en México ha llegado a ser considerada indebida, exorbitada, injusta y costosa. Su abuso ha influido en la percepción del sistema de justicia como carente de legitimidad, que se refuerza por el hecho de que parece reemplazar a la condena, en función de que la mayor parte de las personas que se encuentran en prisión, lo están en calidad de detenidos preventivos esperando sentencia y no como condenados. O que incluso se pueda tratar de personas que terminan siendo absueltas.

No obstante, su aplicación se seguirá considerando necesaria, aunque de manera excepcional, y para ello el segundo párrafo del artículo 19 constitucional señala la facultad del juzgador de ordenar la prisión preventiva, de oficio, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Incluso, prevé la posibilidad de que la ley ordinaria determine los casos en que el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

Por otra parte, la garantía de la declaración preparatoria que tradicionalmente permite que el imputado pueda contestar el cargo formulado, fue rediseñada para darle un alcance más genérico, no sujeto a limitaciones de tiempo ni a formalidades excesivas. Con esto, se redimensionó el **derecho a declarar o guardar silencio**, para que el imputado pueda declarar en el momento en que lo desee, o guarde silencio sin que ello pueda ser usado como indicio de culpabilidad en su contra. La exigibilidad de este derecho es precisamente en el momento de la detención.

El detenido también goza de la **garantía de conocer el hecho que se le imputa**, pues desde el momento en que es detenido o en su primera comparecencia, el imputado debe conocer los hechos y los derechos que le asisten. En este punto resulta interesante la autorización de la reserva del nombre del acusador en casos de delincuencia organizada y la posibilidad de otorgar beneficios a quienes colaboren eficazmente en la persecución de la delincuencia organizada.

La regla de que el inculpado será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena fuese mayor de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo

para su defensa, obedece a la garantía específica de contar con un plazo razonable para el juicio.

El **derecho a una defensa adecuada con la participación de un abogado** se prevé en la reforma como un derecho constitucional irrenunciable, eliminando la tradicional figura de la persona de confianza, lo que se ha llegado a traducir en prácticas de corrupción, ausencia de profesionalismo y de una efectiva defensa.

De gran envergadura y trascendencia para el Poder Judicial, resulta la inclusión en la parte final del artículo 16 constitucional, de la obligación de la Federación, los Estados y el Distrito Federal, de garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurar las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores, cuyas percepciones no podrán ser inferiores a las que correspondan a los Agentes del Ministerio Público.

El impulso a un servicio profesional de carrera de calidad en materia de defensoría pública es sin duda el complemento idóneo para que los inculpados puedan obtener una defensa profesional garantizada por el Estado.

Ante el complejo de las garantías constitucionales procesales que se esquematizan en el nuevo sistema, el juzgador habrá de asumir no sólo las amplias responsabilidades de intermediar en el juicio, de escuchar directamente a las partes, y de recibir todo tipo de pruebas con objetividad e imparcialidad, sino de exponer oralmente las razones de sus determinaciones.

VII. El esquema de la tesis.

El reto que específicamente se problematiza en esta investigación y que plantea el esquema de la reforma constitucional hacia la instauración de los juicios orales, es la exigencia de lograr una metodología argumentativa que cubra los requisitos racionales, motivacionales y fácticos de la oralidad, de manera que las partes y la sociedad puedan comprender en el marco del juicio de tal naturaleza, los alcances de las determinaciones judiciales, así como asumir su sentido, con la consecuente afirmación en la legitimación del Poder Judicial.

Para ello, en el **primer capítulo** se identifican aquellos elementos de las teorías de la argumentación jurídica, que resulten útiles para el análisis de la argumentación judicial y la propuesta de nuevas metodologías. Las herramientas de trabajo del juzgador no pueden ser sólo análisis inferenciales y deductivos, pues la conceptualización del derecho y el análisis jurídico actual ha llegado a grados de evolución en que la letra de la ley no debe ser más que uno de los elementos a tomar en consideración.

En este contexto, se tiene en cuenta que la argumentación jurídica ha tomado diversas formas y alcances. Precisamente a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, época en que imperaba un positivismo acérrimo, los analistas jurídicos comenzaron a cuestionar fuertemente esta manera de aplicar el derecho.

Los estudios sobre metodología jurídica no son asunto nuevo. Los instrumentos de trabajo del jurista mucho tienen que ver con el concepto de Derecho que se ha adoptado. Es a partir de la idea del Derecho, que se construye el argumento a su alrededor y en su sustrato.

El trabajo del jurista se encuentra íntimamente relacionado con el punto de vista desde el cual conceptúe a la materia jurídica, y en esta investigación se torna necesario hacer un recorrido esquemático que muestre la relación entre el concepto del Derecho y las herramientas de argumentación e interpretación que justifican la solución y la resolución jurídica.

El estudio parte del análisis del tránsito del tradicional modelo aplicativo al denominado modelo argumentativo, identificando lo que podría denominarse las bases teóricas de las que parte (y en buena medida se aparta) este último: Aristóteles, Kelsen y Hart.

La presentación de las escuelas argumentativas se inicia con Perelman y Viehweg, considerados como los primeros modernos teóricos de la argumentación jurídica, y para quienes ésta era más que la aplicación de la lógica deductiva, una técnica del pensamiento problemático, utilizando la tópica como procedimiento de búsqueda de premisas y construyendo una teoría de la argumentación como teoría del discurso persuasivo-convincente, dirigida a un hipotético auditorio universal³⁰.

Neil MacCormick³¹ elaboró por su parte una teoría de referencia obligada, tanto descriptiva como prescriptiva de la argumentación, en la que señala que la corrección argumentativa se dé a partir de una regla universal, que proporcione consistencia a la decisión en el Derecho, en tanto exista coherencia entre la norma y la narrativa, entre la decisión y los bienes jurídicos tutelados.

Indudablemente tenemos que hacer referencia a Robert Alexy, de la Escuela de Frankfurt, quien elabora una teoría de la argumentación práctica para descender al mundo jurídico. Mucho se apoya en la teoría del discurso de

³⁰ Cfr. **DEHESA DÁVILA, Gerardo**. *Introducción a la retórica y la argumentación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª ed., México, 2005, pp. 59 y ss.

³¹ *Ibidem*, pp. 105-144.

Habermas³², en tanto acto lingüístico entre varios participantes con opiniones contrapuestas. Para él, el discurso representa una vía cooperativa y pacífica de resolución de conflictos en donde la única coacción es la del mejor argumento. Para esto, Alexy³³ recoge reglas procedimentales de la argumentación, cuyo acatamiento implica la corrección del argumento. Elabora un procedimiento que asegura la racionalidad de la aplicación del Derecho, trayendo una teoría de la argumentación práctica general, a la argumentación jurídica o caso especial del discurso moral. El intento de Alexy representa uno de los mejores por encontrar una vía, un método, una forma para conferirle al Derecho un cierto nivel de certeza.

Aunque cronológicamente no esté justificado, la presentación de la teoría de Toulmin se aborda al final por el apoyo que en el trabajo se encuentra en su caracterización de la argumentación y, más específicamente, de los argumentos. Su importancia reside en el análisis de la estructura de los argumentos a partir de sus principales tipos y usos de falacias, planteando que los elementos de todo argumento son la pretensión, las razones, la garantía, el respaldo, los cualificadores modales (instrumentos de medición del grado de certeza de una pretensión conclusiva) y las condiciones de refutación.³⁴

Las teorías de la argumentación jurídica se sintetizan en la aspiración a establecer posibilidades de racionalidad práctica diferenciada de la teórica, en contar con mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación, distinguir la justificación interna y externa de la decisión, dilucidar una respuesta judicial descubierta o construida, señalar los elementos objetivos y subjetivos de la dimensión axiológica de las decisiones judiciales, y retomar los temas de razón y justificación en el razonamiento jurídico y de legitimidad democrática judicial. A partir de las teorías de la argumentación, el razonamiento jurídico no es ya un proceso mecánico, ni el Derecho un sistema axiomático. El Derecho no sólo se conforma por reglas, sino por principios, directrices y argumentación. El imperio de la ley ha quedado atrás, para abrirse a los principios y a la labor de los intérpretes y argumentadores.

En este primer capítulo se intenta evidenciar la confrontación de dos grandes sistemas argumentativos jurídicos, uno tradicional, deductivo y positivo, que a partir principalmente de las tradicionalmente conocidas fuentes formales del Derecho, resuelve los casos concretos. Este sistema ha sido aplicado bajo sistemas jurídicos predominante positivistas, que desde el texto genérico de la

³² Cfr. **HABERMAS, Jürgen**. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Edit. Trotta, Madrid, 1998, pp. 407-468.

³³ Cfr. **ALEXY, Robert**. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 303 y ss.

³⁴ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, pp. 81-102.

norma, encuentran cuadratura del caso, con restricción de los supuestos normativos. En cambio, un sistema jurídico en que el razonamiento va más allá del texto de la ley, como es el argumentativo, permite elaborar argumentos principalmente inductivos que parten del caso concreto, analiza todas sus circunstancias y busca la mejor solución no sólo desde el texto normativo, sino desde motivos razonables.

La intención en este capítulo es evidenciar la conveniencia de abandonar los esquemas tradicionales de deducción para la solución de los casos concretos y retomar el análisis jurídico de argumentación, que se adecua perfectamente con los principios que rigen al sistema penal acusatorio.

En el **segundo capítulo**, una vez que contamos con las herramientas de análisis de las escuelas de la argumentación jurídica, se identifican los principales cambios de metodología procesal provocados por la reforma penal, con el fin de contar con los elementos necesarios para estructurar las exigencias argumentativas para el juzgador. Desde este momento se puede anticipar que la principal carga argumentativa se desarrollará en el momento de pronunciar la resolución definitiva, pues el diseño del juicio acusatorio requiere de un juez oral eminentemente pasivo durante la etapa de desarrollo del contradictorio, en tanto la aportación de las pruebas y la construcción de los elementos de convicción es carga absoluta de las partes.

No obstante, otro análisis tendrá que desarrollarse respecto del juez de control o de garantías, cuyo desempeño se prevé para la fase preliminar y de investigación, en tanto tiene una participación diferente a la del juez oral. Su papel implica una mayor actividad en el constructo procesal, pues a él se somete la pertinencia de ejecutar acciones de investigación que pueden implicar molestia o, incluso, privación en la esfera jurídica del investigado.

Punto y aparte será el análisis del papel del juez de ejecución. Hasta ahora, aun cuando la reforma constitucional manda que la fase de ejecución fuese prioritaria en su implementación, pocos avances ha tenido el tema. El propósito de que exista un juzgador en la fase de ejecución es relevar de la competencia de los órganos administrativos la alta responsabilidad de decidir sobre los términos de ejecución de la sentencia.

Hay otros puntos de interés en el análisis del argumento judicial como es el que corresponde a los tribunales de alzada y a los órganos judiciales de control constitucional. De acuerdo con los proyectos de códigos procesales penales que se están elaborando, en el marco del proceso de implementación se prevé la posibilidad de impugnación y de apertura del debate en una segunda instancia, pero la producción de la prueba se habrá dado esencialmente en el juicio de origen. No obstante, este no es el punto de análisis del presente trabajo de tesis, aunque sí se menciona como parte importante del nuevo esquema procesal.

INTRODUCCIÓN

Respecto del tema del juez de control constitucional, grandes interrogantes se plantean. Las predicciones tienden a ver una reducción en los casos de procedencia del juicio de amparo indirecto durante la sustanciación del proceso penal. Habrá que ver cuáles son los casos de procedencia que subsistirán para el juicio de amparo directo.

Las dudas radican en el hecho de que la esencia del proceso acusatorio debe permitir un contradictorio en que predomine el cuidado de las garantías procesales, tanto del inculpado como de la víctima, y ambas tienen igualdad de oportunidad de presentar pruebas y desvirtuar las pretensiones contrarias, por lo que el ideal es que toda cuestión procesal se dirima en la substanciación del juicio, sin necesidad de arribar a una instancia de revisión.

En este segundo capítulo, al analizar el sistema acusatorio, se le confronta con el inquisitivo, que es el que se pretende sustituir y superar en el sistema jurídico mexicano y que precisamente nos conduce a nuevos paradigmas metodológicos. El sistema inquisitivo es de corte tradicional y su principal objetivo es lograr el castigo del infractor de la ley penal a toda costa. Para ello, los actores en el sistema se encuentran facultados para fincar la responsabilidad penal de manera determinante. El Ministerio Público tiene amplias facultades de investigación, el Juez tiene grandes posibilidades de actuar de forma activa bajo un principio de presunción de dolo (aunque las normas digan lo contrario, muchas facultades procesales conducen a esto). La víctima tiene un papel secundario en el sistema inquisitivo, mientras que en el acusatorio recobra un sentido muy importante, a través del reconocimiento de sus derechos fundamentales sustantivos y adjetivos.

Este es uno de los puntos medulares de diferencia entre uno y otro sistema. En el acusatorio importa que las partes contiendan en igualdad de condiciones, de respeto a sus derechos humanos, en igualdad de armas y de contradicción, de manera pública, transparente y eficiente. El principio de presunción de inocencia es definitorio en la actuación de las autoridades de procuración e impartición de justicia, a la vez que se busca la reparación del daño para la víctima. El objetivo de la acción penal ha dejado de ser la aplicación de la pena simplemente, sino la solución de un problema real, social, que requiere de practicidad y eficacia.

En tanto el sistema procesal penal acusatorio plantea cambios radicales en el papel de todos los actores, el del juzgador resulta de especial interés en esta tesis, específicamente en aquél que debe pronunciar sentencia después de desahogada la fase de juicio oral, que es la fase culminante del proceso en contradicción. Si bien, el sistema está diseñado para que muchos de los casos encuentren solución antes de llegar a la fase de juicio oral, es en ésta en que se evidencian con toda claridad los principios que rigen al sistema acusatorio y en que se exige del juzgador una habilidad nunca antes vista en el juez penal

mexicano, de poder expresarse con claridad y asequibilidad para las partes en una explicación oral del sentido de su sentencia, sin detrimento de las razones y fundamentos que la sustentan.

En el **tercer capítulo** se realiza un análisis comparativo de diversas resoluciones dictadas –la mayoría de ellas- en juicio oral, bajo el esquema del sistema acusatorio implementado ya en varios países de Latinoamérica y en algunas entidades federativas mexicanas. El capítulo tiene el propósito de analizar el trabajo argumentativo del juzgador en las experiencias recientes, bajo una mera comparación que no tiene pretensiones estadísticas, sino de un acercamiento panorámico de la experiencia actual, de manera que podamos identificar las tendencias iniciales. Se escogieron países con un avance significativo en la reforma, como es Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Guatemala y Perú. De los Estados que en México ya se encuentran trabajando bajo este esquema, se usaron sentencias de Baja California, Chihuahua, Durango, el Estado de México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca y Zacatecas, aunque hoy día algunas otras entidades federativas se encuentran ya en etapas tempranas de implementación como es Yucatán, Chiapas o Michoacán.

En el **cuarto capítulo** se propone una metodología de argumentación que sirva al juzgador en su desempeño bajo el sistema acusatorio oral, acorde con el marco constitucional establecido. El objetivo es proponer un modelo argumentativo judicial que atienda las exigencias del mecanismo de la oralidad en los juicios, que abandone las estructuras de pensamiento formal, deductivo e inquisitorial y se transforme en una serie de razonamientos inductivos, acercados a la realidad, sin más pretensiones de verdad que aquella que se desprenda de la argumentación sobre los hechos. El juez en el juicio acusatorio tiene un perfil argumentativo completamente distinto al sistema tradicional y debe comenzar por darse cuenta de ello.

Finalmente, en el **quinto capítulo** se esboza una serie de estrategias para la implementación del esquema de argumentación judicial propuesto anteriormente, específicamente concentrado en el Poder Judicial de la Federación, el cual requiere de una guía práctica para la implementación de los nuevos esquemas argumentativos del juzgador, en el marco del sistema acusatorio. Este trabajo se plantea la posibilidad de sugerir medidas prácticas a adoptar con ese fin.

CAPÍTULO 1:

DEL MODELO APLICATIVO AL MODELO ARGUMENTATIVO: BASES TEÓRICAS PARA EL ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

1.1. DERECHO Y ARGUMENTACIÓN.

1.1.1. La argumentación en la motivación de la decisión judicial.

La argumentación jurídica se relaciona directamente con la decisión judicial y el discurso referido a la decisión. Se ocupa de las razones que se ofrecen como motivación de las decisiones, más allá de la simple descripción y explicación de los procesos de toma de decisión³⁵.

³⁵ No obstante, el análisis de la argumentación jurídica tiene aplicación en otros campos del Derecho que implican la resolución de problemas jurídicos. Wróblewsky realiza, incluso, una tipologización de las áreas del discurso jurídico, que orienta en función del sujeto y del problema. A la primera corresponden la actividad de hacer el Derecho, de aplicarlo y de describirlo, y que corresponden a la actividad legislativa, judicial y de la ciencia jurídica, respectivamente (**WRÓBLEWSKI, Jerzy**. *Sentido y hecho en el Derecho*. Trad. Javier Ezquiaga y Juan Igartua. Fontamara, México, 2008, pp. 46 y 47).

Atienza por su parte distingue la aplicación de la argumentación en tres distintos campos de lo jurídico (**ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 1 y ss.):

1.- *En la producción o establecimiento de normas jurídicas*. En este campo, distingue dos momentos cuya naturaleza obliga a la aplicación específica de estructuras argumentativas, la fase prelegislativa, en que la discusión es sobre todo política o incluso moral, y la fase propiamente legislativa, en que las discusiones son de carácter técnico jurídico (En esta obra Atienza sólo distingue dos fases, una prelegislativa y otra legislativa propiamente, una política y otra técnica. Sin embargo, en su artículo "Argumentación y Legislación". En *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, introduce otra fase postlegislativa, que no describe).

2.- El de la *aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos*, ya sea en la actividad jurisdiccional o por órganos administrativos, o simples particulares. En este campo, se distingue entre los argumentos a utilizarse en relación con los problemas concernientes a los

Para Genaro Carrió el papel de quien está argumentando –en nuestro caso, el del Juez-, el tipo de juicio, el tipo de escrito, el tipo de tribunal, el contenido de la litis, las expectativas del caso y de las pruebas, el Estado de Derecho vigente, el “clima” del asunto concreto, las características idiosincráticas del juez (quien es humano y, consecuentemente, pasional), las características de los contendientes, y la incidencia social de la decisión, son todos factores a tener en cuenta en el argumento de un caso jurídico³⁶.

Sin embargo, la argumentación jurídica y, en particular la judicial, es un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar –no a explicar- decisiones, que es a lo que alude Carrió. Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas; pero justificar una decisión supone mostrar las razones que permiten considerar a la decisión como algo aceptable. Bajo las anteriores premisas, la obligación del juez es la de justificar sus decisiones.

Motivar las sentencias significa justificarlas, para lo cual no basta con indicar el proceso que llevó a tal decisión, sino que hay que seguir un método, según se trate de casos fáciles o de casos difíciles –que es una distinción que ya hacía Dworkin-.

Son casos fáciles cuando no existen problemas en relación con ninguna de las premisas, ya sean normativas o fácticas, y la tarea de justificar se desempeña construyendo una deducción, un silogismo. En estos casos hay una plena justificación formal o interna del argumento.

Lo interesante está en las dificultades que se pueden presentar en los casos difíciles, por razones normativas o por razones de hecho, y que da lugar a la duda sobre si hay una norma aplicable al caso, cómo han de entenderse los términos previstos en la norma aplicable (problemas de interpretación), si un hecho ha tenido o no lugar (problemas de prueba), o si el hecho probado encuadra o no en el concepto previsto en la norma (problemas de calificación).

La justificación en la sentencia debe encontrarse en la sentencia misma, lo que supone –en principio- que no adolezca de falacias formales. Sin embargo, la decisión judicial no deviene tan sólo de un mecanismo de demostración formal.

hechos y aquellos en relación con el Derecho. En este último caso, se refieren a argumentos de interpretación.

3.- El de la *dogmática jurídica*, en que los argumentos cubren las funciones de suministrar criterios para la producción del Derecho, para su aplicación y para ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

³⁶ Cfr. **CARRIÓ, Genaro R.** *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

Ocurre con no poca frecuencia que el juzgador, en su fuero íntimo, arriba primero a la conclusión, la que luego se ocupa de justificar en el fallo formal. Se trata de un proceso mental complejo que normalmente no aparece evidenciado en la sentencia y en el que concurren toda una serie de mecanismos donde se confrontan los valores, las creencias, los deseos, la ideología, los sentimientos, el conocimiento, el instinto, las certidumbres preconcebidas o dudas sobrevenidas.

En un esquema básico desde el sistema formal del Derecho positivo, en la sentencia se individualiza una norma para las partes, para lo que el juzgador debe realizar un proceso discursivo integrado por sucesivos esquemas silogísticos y la conclusión del silogismo final es la que expresa la norma concreta. Pero la actuación del juzgador no es mecánica, pues si bien el juez se encuentra sujeto a la preexistencia de una norma, el juez decide la norma a aplicar y las premisas fácticas, los hechos que estima probados y la subsunción en la premisa normativa. Lo que no puede el juez, en un esquema de garantía procesal igualitario, es modificar las pretensiones de las partes ni sus afirmaciones fácticas.

La sentencia no es una simple individualización mecánica de una norma, porque ello supondría que el sistema jurídico es perfecto y que no adolece de deficiencias, ni lagunas. Incluso, aunque en principio exista claridad en las normas aplicables, las controversias jurídicas siempre presentan desacuerdo entre las partes, quienes a través de la argumentación pueden atribuir una interpretación distinta a una misma situación fáctica y normativa, ambas con alta aceptabilidad de razón.

El reto para el juzgador es decantarse justificadamente por una u otra posición, o incluso proponer una tercera con mayor aceptabilidad. Entonces, deviene la pregunta que con insistencia se han planteado los teóricos de la argumentación jurídica: si existe o no una única respuesta correcta para los conflictos jurídicos.

Una respuesta bastante aceptable a esta pregunta la formula Aulis Aarnio³⁷ quien tiene en cuenta que hay quienes han sostenido que sí es posible una única respuesta correcta, bajo el supuesto de que existe y sólo hay que detectarla (versión fuerte), o que existe, pero no siempre se puede detectar (versión débil). Estas son posturas del Derecho natural racionalista y de la jurisprudencia de conceptos, por un lado, y por otro, de tesis positivistas.

Aarnio sostiene que es imposible que haya respuestas correctas en el razonamiento jurídico en general, y en el judicial, en particular. Esto es así porque la decisión judicial se integra desde una perspectiva heurística, el

³⁷ Cfr. **AARNIO, Aulis**. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio relativo del razonamiento jurídico". En *Doxa*, nº 8, 1990.

contexto de descubrimiento (¿cómo es hallada la respuesta); una explicación causal o intencional (¿por qué las cosas suceden así?); y por el aspecto justificatorio, el contexto de justificación (¿cuáles son las razones?).

La justificación en la argumentación judicial es determinante porque bajo el marco del Estado de Derecho se trata de garantizar un máximo de certeza jurídica para las partes en el proceso y su negación se traduciría en arbitrariedad. Los elementos que otorga el sistema para que la certeza jurídica sea realizable por la vía judicial es la vigencia del principio de división de poderes, la igualdad entre los ciudadanos, la separación entre el Derecho y la moral y el modelo formalista de razonamiento jurídico, basado en el silogismo.

Sin embargo, en la sociedad actual, la decisión final debe ser apropiada, estar de acuerdo no sólo con el Derecho –desde el punto de vista formal-, sino satisfacer criterios de certeza axiológica; es decir, con la satisfacción de las necesidades de justicia. Por ello, en las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento jurídico que otorgue argumentos “apropiados”.

En efecto, la sociedad se encuentra preocupada por controlar las decisiones de los tribunales y el medio para ello es la exigencia de que realmente argumenten sus decisiones.

Para ello, los tribunales hoy día tienen que servirse de las fuentes del Derecho, ya sean autoritativas (ley o precedentes) o sustantivas (opiniones doctrinales, razones prácticas, Derecho comparado, argumentos históricos). Como hemos visto, la determinación de cuáles fuentes usar, ha dependido del concepto que se tenga del Derecho, pero no menos importante resulta el cómo se usan.

La integración del argumento a partir de las fuentes converge tanto desde el punto de vista formal como material. Desde lo formal, el razonamiento clásico es el silogismo aristotélico (*modus ponens*) integrado por la base normativa, la premisa fáctica y una inferencia que garantiza que la conclusión se siga de las premisas. En principio, toda decisión puede ser integrada como un silogismo, pero para explicar por qué se opta por una premisa u otra hace falta la justificación material o externa. De manera que es la totalidad de los argumentos la que hace decisiva la existencia de un mejor resultado.

El mejor resultado se evaluará por el grado de coherencia del conjunto de premisas que se puede construir y para ello tuvo que haberse dado una situación ideal (lo que Habermas denominaría “la situación ideal de habla”). En que todo el que participa en la discusión no es manipulable ni forzado, sino que goza de igualdad en la discusión, toma parte de ella voluntariamente y debe seguir los estándares del discurso racional. Pero, además, otro factor decisivo en la elección producida por el razonamiento jurídico son los datos que se

introducen en la discusión, como pueden ser los intereses que guíen a cada quien.

Entonces, según Aarnio, para una mejor solución se requiere de la coherencia en el argumento material, pero si hubiere dos o más conjuntos de razones igualmente coherentes, entonces la comparación no es posible, con lo que el criterio evaluador parece descansar en el auditorio al que se dirige la argumentación. Un auditorio que puede decantarse por mayoría o –en caso extremo- por elección, pero esta no puede ser arbitraria, sino que debe descansar en el hecho de que sea apropiada dentro de un seguro armazón justificatorio.

1.1.2. El tránsito del modelo “aplicativo” al modelo “argumentativo”.

La construcción del argumento es una actividad esencial en el trabajo jurídico, tanto oral como escrito, y en todas las áreas del desempeño del jurista; sin embargo, las teorías jurídicas tradicionalmente no han ubicado al argumento como un elemento primordial.

El pensamiento jurídico ha transitado de un modelo aplicativo a uno de corte argumentativo; tránsito que no necesariamente ha sido homogéneo, pero sí es posible identificar las diferentes características y métodos que les ha correspondido. Por un lado, contamos con un modelo de corte tradicional, que encuentra satisfacción en un esquema silogístico de subsunción o deducción a partir de la norma hacia el caso concreto, en que el argumento se basa en explicar por qué el caso concreto se adecua a la norma aplicable. Bajo este esquema, el jurista es pasivo y recreativo ante el texto de la norma.

Por otro lado, contamos con un modelo alternativo o argumentativo en el que se agrega el acto de la justificación, y en que el jurista tiene una actitud activa y creativa. Busca el significado plausible de la norma jurídica que estima aplicable al caso concreto, con la posibilidad de ir más allá del texto.

En el contexto de las grandes codificaciones, el Derecho quedó reducido en un modelo meramente aplicativo,³⁸ no obstante que el análisis argumentativo jurídico haya intentado contribuir a una mejor teoría y práctica jurídica.³⁹

Desde el enfoque aplicativo, el trabajo del jurista se reduce a la aplicación de la ley y, ante la duda de su texto, desentraña su sentido “descubriendo” su

³⁸ Cfr. **FLORES, Imer B.** “¿Es el Derecho un modelo aplicativo?”. En *La filosofía del Derecho hoy*, Coord. Juan Federico Arriola Cantero y Víctor Rojas Amandi. Porrúa, México, 2010, pp. 194 y ss.

³⁹ Cfr. **ATIENZA, Manuel.** *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación.* Edit. Ariel, Barcelona, 2006, p. 61.

significado. Bajo esta perspectiva, el jurista se concreta a la formulación de meras declaraciones sobre el sentido de la norma, que tiende a ser único.

En cambio, el enfoque argumentativo permite que se pueda no sólo desentrañar el sentido de la norma, sino atribuírsela. En las distintas manifestaciones del pensamiento jurídico ha persistido un estrecho vínculo entre la idea del Derecho, la actitud del jurista y el método que emplea, que finalmente, bajo el modelo alternativo o argumentativo, se traduce en *técnicas o formas de interpretar, integrar y argumentar* el fenómeno jurídico.⁴⁰

Visto desde el enfoque argumentativo, el jurista es un constructor del Derecho, y es a partir del concepto que tenga de su objeto, como planteará su constructo. Es en este sentido en que hay que entender las palabras del doctor Alejandro Nieto, quien dice que lo esencial –en la práctica jurídica- es la actitud personal que adopta el jurista ante el Derecho.⁴¹ La actitud ante el fenómeno jurídico implica al concepto de Derecho que se tenga, y acorde con esta idea es que se emplean métodos de trabajo o de construcción del razonamiento jurídico.

De hecho, la metodología jurídica siempre se encuentra acorde con el concepto de Derecho que se tenga, o como lo afirma el doctor José Ramón Cossío, “*sólo mediante un método jurídico puede constituirse el Derecho como objeto de conocimiento*”.⁴²

Así, si la idea del Derecho es de corte positivista⁴³, los métodos de construcción de los razonamientos jurídicos partirán del análisis de la relación entre el texto de la ley, la conducta humana y los hechos reales, mediante mecanismos lógico-deductivos. Las soluciones jurídicas encontrarán

⁴⁰ “La *interpretación* y la *integración* proporcionan distintos sentidos o significados, y la *argumentación* provee mecanismos para optar por uno de ellos, al convencer o persuadir de la corrección de las afirmaciones y pretensiones.” FLORES, Imer B. “¿Es el Derecho un modelo aplicativo?”, ob. cit., p. 195.

⁴¹ Cfr. NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*. Ariel, Barcelona, 1998, p.14.

⁴² COSSÍO DIAZ, José Ramón. *Derecho y análisis económico*. ITAM, FCE, México, 1997, p. 23.

⁴³ Es de reconocerse que el concepto de “positivismo” no puede ser tomado de manera tan sencilla, teniendo en cuenta que los planteamientos alrededor del tema han sido diversos. Juan José Moreso, por ejemplo, plantea tres maneras distintas de estudiar al positivismo jurídico, a partir de sus fuentes y de su la relación Derecho-Moral: a) El positivismo jurídico *duro o excluyente*, en que la identificación del Derecho *no puede depender de criterios morales*; b) El positivismo jurídico *blando o incluyente*, que *no necesita depender de criterios morales*, aunque en sistemas jurídicos desarrollados sí depende de tales criterios –en tanto están dotados de una regla de reconocimiento compleja que incluye criterios morales de identificación-, y c) El positivismo jurídico *axiológico o normativo*, que sostiene que esa identificación *debería no depender* de criterios morales. Cfr. MORESO, José Juan. *Legal Positivism and Legal Adjudication*, ponencia presentada al congreso sobre “The Future of Legal Positivism”, Alicante, mayo 2004. Cit. por ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. En *Isonomía*, nº 27, 2007, p. 15.

explicaciones básicamente en el texto normativo y en la voluntad de su creador. El razonamiento acorde con este esquema es de tipo deductivo, pues parte del supuesto normativo general, para encontrar adecuación al caso concreto y proporcionar una solución.

Si, por otro extremo, el concepto de Derecho se encuentra vinculado con un corte de pensamiento iusnaturalista o humanista, los métodos de razonamiento, interpretación, integración y construcción de los argumentos se darán a partir de las máximas o principios generales del Derecho inherentes al ser humano o a la naturaleza humana o, incluso a entidades divinas, más allá del texto normativo vigente.

Si el concepto del Derecho se contextualiza en las circunstancias *de facto* en que se suceden los fenómenos a estudiar, como pueden ser los elementos de naturaleza histórica, social, económica o política, entonces el constructo jurídico encontrará una diversidad de cuestiones a tener en cuenta para arribar a soluciones o conclusiones jurídicas de corte práctico y funcional.

Es así que la idea del Derecho se encuentra directamente relacionada con su método, de forma tan estrecha que fácilmente podrían confundirse.

Las más significativas formas de análisis jurídico que se han suscitado y que han dado científicidad al Derecho, evidencian la relación intrínseca existente entre la idea que se tiene del fenómeno jurídico y el método que se emplea para construir el argumento a su alrededor.

La relación entre Derecho y argumentación se evidencia bajo el modelo que hemos llamado argumentativo o alternativo, el cual implica que el argumento sea un elemento clave en la concepción del Derecho, y que trascienda en el método que se emplea para construir las formas jurídicas. Los métodos y técnicas que corresponden a la idea del Derecho desde la argumentación se encuentran enfocados a superar la concepción jurídica normativa, para ser complementada con elementos que superen a la interpretación tradicional, que atiendan a los hechos que se conectan con el texto y a los principios y valores que puedan entrar en conflicto, bajo estructuras de razonabilidad.

La concepción del Derecho desde la argumentación se ha suscitado ante la exigencia de una renovación de las concepciones jurídicas que han operado a lo largo de la práctica jurídica, de manera que el Derecho de nuestros días tiende hacia el enfoque argumentativo.

Esta transición del modelo aplicativo al modelo argumentativo, sin denominarlo así, lo explica el doctor Jaime Cárdenas con esta cita: *“No es que se devalúe la parte del Derecho normativa, sino que se entiende que esa faceta normativa viene previamente definida por una cierta concepción del Derecho –la del legislador- que al entrar en contacto con los casos adquiere significados que*

*son el resultado de la labor argumentativa de las autoridades y de los ciudadanos.*⁴⁴

Precisamente este autor encuentra justificación de la transición del modelo aplicativo al argumentativo, bajo varias razones, de las que destacan que el Derecho legislado haya sido históricamente incapaz de afrontar los múltiples problemas que la realidad plantea; que el Derecho no sea considerado más como una colección de axiomas y ello obligue a argumentar sobre las normas y los casos, de los cuales los más difíciles no pueden resolverse mediante el silogismo y la subsunción, en tanto el Derecho ha pasado a ser una manifestación cultural en donde las personas interactuamos con razones. Además, las reglas legislativas son sólo razones para la acción, y existen condiciones democráticas en nuestra sociedad que posibilitan la participación y la deliberación en la solución de los casos, en que el argumento de autoridad ya no es suficiente. El Derecho –dice el doctor Cárdenas- es una realidad viva, que adquiere sentido con la interpretación, y en tanto las posibles soluciones a los casos son diversas, la autoridad está obligada jurídica y democráticamente a justificar su opción.⁴⁵

Para comprender el tránsito del modelo aplicativo al argumentativo, vale hacer una explicación sucinta que además evidencie la relación intrínseca que se ha mencionado existe entre el modelo del Derecho y sus herramientas de trabajo.

1.2. EL MODELO APLICATIVO.

El modelo aplicativo o tradicional bien puede ser identificado desde los postulados medioevales, en que lo jurídico tomó un análisis científico a partir del texto. Los postulados fundamentales del método jurídico descansaban sobre bases filosófico-lingüísticas. Precisamente, el concepto del Derecho como ciencia jurídica nació vinculado al texto y a su interpretación dogmática, por lo que desde principios del desarrollo de la dogmática jurídica, el trabajo en el Derecho es la búsqueda del significado *en la ley*.⁴⁶ Se trata de la semántica voluntarista, que se traduce en la labor del intérprete encaminada a descubrir la

⁴⁴ **CÁRDENAS GRACIA, Jaime.** *La argumentación como Derecho.* UNAM, IJ, México, 2005, p. 2.

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ Desde el Medioevo, la actividad del jurista estaba encaminada a descubrir el sentido objetivo de un texto sacralizado: el del *Corpus Iuris*, considerado como la razón hecha Derecho o un *donum Dei*. En este contexto, el lenguaje es sólo el medio en que se expresa la *ratio scripta* o el *verbum Dei*. Así que el intérprete con su labor hermenéutica debe intentar descubrir el significado profundo de la ley, ya sea que se le identifique como la voluntad del legislador o como el pensamiento racional de la ley. Cfr. **CALVO GARCÍA, Manuel.** *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica.* Edit. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 18 y ss.

voluntad del emisor o autor del texto, transmitida por medio de signos lingüísticos. Tanto la labor de los comentaristas como de los glosadores implicó un trabajo hermenéutico en busca del *espíritu de la ley*. Bajo ese contexto, el jurista debía limitarse a interpretar la letra escrita para aclarar o especificar su significado mediante glosas o comentarios, formas literarias que reflejan claramente el respeto a la autoridad del texto. Las insuficiencias, las lagunas, las contradicciones o incoherencias que pudieran detectarse como resultado de la actividad interpretativa se consideraron problemas ligados a la expresión.

Como puede observarse, la interpretación jurídica desde los estadios iniciales del desarrollo del método jurídico, buscaba descubrir un significado de la ley, es decir, un sentido objetivo depositado en su letra. Este significado, vinculado espiritualmente al texto, representa la voluntad del legislador que el intérprete ha de descubrir.

Con el humanismo del siglo XVI y sus críticas a la tradición medioeval, la razón pasó a ser el hilo conductor de la secularización del pensamiento práctico moderno, y la seguridad la guía del proceso. Se plantea en ese momento un nuevo paradigma de la ciencia y el método jurídico basado en la razón, rechazando las bases de una dogmática autoritaria construida a partir del texto: ahora la ciencia es la que va a ser la productora de lo jurídico. Un Derecho racional y universal determinado por un método que se unifica en las bases de un Derecho natural racionalista. La ley deja de ser un *fatum profundo* del poder y pasa a ser considerada como producto del poder, como algo creado, y no como algo hallado, descubierto o develado. Así, el *ius positum*, el Derecho puesto, el Derecho positivo, emana de una voluntad soberana particular.

Con todo, la tarea del jurista insiste en reconocer y declarar el sentido objetivo de la ley, su valor racional, bien que éste se desprenda directamente del sentido literal del texto, o que hubiera de procederse a indagar el significado adecuado al espíritu racional de la expresión lingüística.

El racionalismo permitió la posibilidad de descubrir mediante la razón los principios básicos de una legislación perfecta y suponer que el intérprete pudiera llegar a concretar hermenéuticamente esa legislación a través de procedimientos lógico-formales⁴⁷.

⁴⁷ En el terreno del Derecho destacan los nombres de Grocio y Pufendorf. De este último, Giovanni Tarello subraya los análisis del *voluntarismo*, *imperativismo* y *psicologismo*. Identificó como fondo ideológico del Derecho a la voluntad de la autoridad suprema, pero como una autoridad mutable, con la posibilidad de que ésta pueda *hacer* Derecho nuevo, de manera que la voluntad última se sobreponga a la anterior; lo que se traduce en una justificación de la evolución jurídica desde la codificación. También el Derecho es comunicable a través de mandatos, por lo que se justifica igualmente la ley-documento; y, en tanto corresponden a la voluntad soberana, su conocimiento implica el reconocimiento de la mente del legislador (Cfr. **TARELLO, Giovanni**. *Cultura jurídica y política del Derecho*. FCE, México, 1995, pp. 41-43). Por otro lado, Se considera que el primer autor verdaderamente “moderno” fue Thomas Hobbes, quien según Bobbio, rompió definitivamente con el modelo aristotélico de legitimación

En este contexto, el método jurídico se basó en que la voluntad de otro no pudiera ser advertida sino por sus propias palabras o actos, o por conjeturas tomadas de sus fines y propósitos, lo cual en la persona del Estado debe suponerse siempre en armonía con la equidad y con la razón. La personificación de la idea del legislador racional explica la coherencia sistemática de la ley.

Así, la concepción del legislador como un ente racional permite entender que exista una coherencia sistemática en la ley, por lo que la existencia de contradicción o de lagunas se reduce y si llegara a sucederse, la misma razón es capaz, por interpretación o alteración, de eliminarlas.

El camino hacia la secularización situó en una máxima posición a la ley y a la figura de un legislador ideal tras su texto. La idealidad de la ley se concretó en los *principios de plenitud, armonía, generalidad e intemporalidad* que trascendieron más allá del texto. Eso es lo que conforma precisamente el espíritu de la ley, el pensamiento o la voluntad del legislador.

El racionalismo reconstruyó la perfección del ordenamiento jurídico como expresión lógica del nuevo método deductivo. El extremo de este racionalismo condujo a la estatalización de la ley y la pretensión de hacer del jurista un mero mediador cualificado en la aplicación del Derecho, lo que se conjuntó con el reinado absoluto de los ideales de seguridad y certeza, y se dio lugar a la desconfianza hacia las fuentes no legales del Derecho.

Al asumir el postulado de la racionalidad del legislador, el jurista rechaza la mera posibilidad de que pudieran existir lagunas o antinomias jurídicas que dificultaran o impidieran la resolución lógico-deductiva de la aplicación del Derecho.

En este contexto, el jurista sólo puede descubrir, mediante el conocimiento de la ciencia y la metodología jurídica, la ley aplicable al caso y proceder a la resolución del mismo. Esta es la esencia del método jurídico moderno, un método lógico-deductivo cuyos postulados de racionalidad formal encontrarán proyección en las doctrinas jurídicas de la ilustración y el positivismo del siglo XIX⁴⁸.

y explicación del Estado, para encontrar en la ley el mandato que expresa la voluntad del soberano revestido de un racionalismo ético: "Hobbes parte del presupuesto típico de todo racionalismo ético, a saber: que las peores calamidades que sufre el hombre, como la guerra, se eliminarían definitivamente 'si se conocieran las reglas de las acciones humanas en la misma certeza como se conocen las de las magnitudes en geometría'. Su propósito es construir una teoría racional del Derecho, es decir, una ciencia –según él expresa- 'derivada con nexos evidentes de principios verdaderos" (**BOBBIO, Norberto**. *Derecho y lógica*. UNAM, IJ, Serie de Estudios Jurídicos No. 78, México, 2006, pp. 6 y 7).

⁴⁸ El problema de conjugar la obediencia a la ley (positiva) con la obediencia a las leyes de la naturaleza se planteó a partir de la modernidad. Bodino (1530-96) realizó una división absoluta entre la ley y sus bases religiosas. Él admitió el hecho de liberar al soberano de la obediencia

Muchas de las claves del método tradicional, lógico deductivo y el formalismo jurídico han de encontrarse en el tránsito racionalista hacia el positivismo del siglo XIX. El paradigma dogmático formalista de la ciencia jurídica se consolida durante ese siglo y hoy día es el modelo imperante, que consiste casi exclusivamente en la interpretación del Derecho vigente y la fundamentación lógico-deductiva de la certeza del Derecho.

La labor científica del jurista consiste principalmente en interpretar textos legales para especificar y concretar su significado. Se trata de una exégesis de las normas jurídicas dadas de antemano, de manera que el jurista práctico (abogado o juez) interpreta la ley para establecer las consecuencias de un hecho determinado, mientras que el jurista teórico interpreta el Derecho positivo vigente para exponerlo de modo sistemático.

En este contexto es como la codificación se planteó como una aspiración revolucionaria y como una necesidad de certeza jurídica planteada por la burguesía, además de que los códigos y las constituciones significaron un poderoso instrumento para la centralización del poder y la unificación política.

La codificación, se dice, tiene un poco de fenómeno paradójico, pues rechaza al viejo Derecho natural racionalista, a la vez que lo plasma en la forma legal de los códigos.⁴⁹

La elaboración de un cuerpo de leyes aspiró a crear un sistema perfecto, lo que facilitó el postulado formalista de sumisión del intérprete a la letra de la ley. Esto es, el Derecho codificado apostó, como el natural, a la idea de plenitud, seguridad jurídica, claridad y generalidad.

a la ley, pero señaló que ello no debía significar liberarlo de la sujeción al Derecho natural y a las leyes de la naturaleza. El soberano está claramente sujeto a éstas, así como a la eterna ley de Dios. Sin embargo, la decisión de cuál es esta ley superior la tiene el soberano, así que no queda realmente delimitado su poder. Esto es así porque la sujeción de éste a cualquier tipo de ley fundamental destruiría el significado esencial de la soberanía. Cfr. **BODINO, J.** *Los Seis Libros de la República*. Trad. Pedro Bravo. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, Libro I, Cap. VIII. Contra el absolutismo, el término de soberanía se trasladó a las manos de un legislador que se transformó en fuente primordial del Derecho. Este legislador esencialmente se erigió en el pueblo, y después de que el Derecho natural se fundamentó en una visión religiosa, pasó a sentar sus bases en el humanismo y en la razón.

Se trató entonces de conciliar las pretensiones del Derecho natural (que defiende los Derechos del individuo), con los postulados de las razones de Estado. Se ha afirmado que en Europa Occidental y en los Estados Unidos triunfó la doctrina del Derecho natural, en tanto que en Europa central prevaleció la doctrina de la razón de Estado. Las diferencias entre los teóricos de la política y el Derecho en los siglos XVII y XVIII pueden explicarse generalmente si se hace referencia a los esfuerzos realizados para tratar de conciliar ambas posturas. Cfr. **BODENHEIMER, Edgar.** *Teoría del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. Col. Popular, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p 153.

⁴⁹ Cfr. **CALVO GARCÍA, Manuel.** *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, ob. cit., p. 67.

Estas ideas se encuentran ligadas con principios políticos que se garantizan constitucionalmente, así ocurre con la primacía de la ley como fuente del Derecho y el principio de división de poderes⁵⁰, ambos como consecuencia de la equiparación de la legalidad con la legitimidad.

La forma de legitimidad política, bajo el sistema positivista, se fundamenta en la legalidad. Y el formalismo que le caracteriza busca garantizar la “*neutralidad política*” de los poderes que apliquen el Derecho, de manera que sean “*mera boca de la ley*”.

Una de las obras claves de la época es *De los delitos y de las penas* de Beccaria, donde el método lógico deductivo lo equipara al esquema del silogismo jurídico, que no debe ser abandonado por el juez ni por voluntad ni por fuerza:

“Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales debe residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores... En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá como consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta de la incertidumbre.”⁵¹

Los ciudadanos adquieren seguridad de que serán juzgados sólo conforme a la letra de la ley, lo que además legitima la acción de juzgar y permea en la sociedad una sensación de justicia. Así, el Derecho codificado se convirtió en algo necesario y universal, frente al desorden e incertidumbre de lo particular y concreto, que proyecta desde el Derecho la idea de una regulación técnica, ausente de valores y, por tanto, igualitaria.

En suma, frente al Estado absoluto, basado en el ejercicio personal y arbitrario del poder, el principio de legalidad se yergue como bandera del Estado de Derecho burgués. Bajo este nuevo modelo estatal, se encuentra el soporte de las leyes codificadas, abstractas y generales, proyectadas en actos particulares de aplicación; de manera que el poder encuentra su legitimidad en la legalidad, basada en la preexistencia de una ley general que autorice cada uno

⁵⁰ Recordemos que Montesquieu planteó el principio de división de poderes como toral en la organización política de la República, y que en el Capítulo VI, del libro XI, señala que “*si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley*. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas” (MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Trad. Daniel Moreno. Edit. Porrúa, México, 2007, p.147).

⁵¹ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Edit. Porrúa, México, 2008, p. 12.

de los actos de Estado. Mientras que por parte de los individuos, la libertad y la igualdad formal se encuentra limitada por la abstracción y la generalidad de la ley, lo que garantiza un límite externo de la libertad de los actores sociales.

En el contexto de la codificación surgió la **escuela de la Exégesis**, vinculada al texto del Código Civil francés, que es el texto por excelencia del pensamiento jurídico contemporáneo. Los autores que pertenecen a este pensamiento, al tiempo que lo comentaban, construían sus teorías sobre el mismo, al asumir una revisión científica del Derecho civil para librarla de aditamentos no positivistas y de lo que no se desprendiera directamente del texto.

Aquí, la tendencia a encerrar la voluntad del legislador en el texto de la ley tiene relación con el objetivo de evitar a toda costa que ésta sea sustituida por otras voluntades no generales.

La escuela de la Exégesis se replanteó un concepto de pureza y de certidumbre que fundamenta los ideales de seguridad jurídica y de división de poderes. Mientras la ley sea la fuente del Derecho por excelencia, se asegura su autointegración y el sometimiento de todos los poderes públicos a la ley autónoma y despersonalizada.

A partir de este momento, las funciones de fijar y uniformar la voluntad del legislador son encomendadas a los órganos judiciales.

El culto al texto, a la ley codificada, es el rasgo distintivo y fundamental de la escuela de la Exégesis y del sistema tradicional aplicativo, y se adecua plenamente a los postulados jurídico-políticos básicos de la época: exactitud, plenitud, coherencia, generalidad e intemporalidad de la ley, logrados mediante la letra escrita. Liberar la labor hermenéutica de las férreas ataduras de la literalidad abre la posibilidad de interpretaciones “temerarias” o “arriesgadas”, *“Toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre... mais rien que la loi”*⁵²

⁵² “La letra reina y en ocasiones sofoca el espíritu... Infortunadamente, el bien y la verdad se encuentran muy raras veces sin mezcla de mal y de error. ¡A cuántos extravíos, a cuántas desviaciones no ha dado lugar una interpretación temeraria y aventurada!... muy a menudo los límites asignados a la interpretación han sido traspasados por espíritus impacientes, menos preocupados de investigar el verdadero sentido de la ley que forjarla a su antojo. La misión de los profesores llamados a dispensar en nombre del Estado la enseñanza jurídica, es la de protestar, con moderación, sin duda, pero también con firmeza, contra toda innovación que tienda a subsistir por una voluntad extraña a la del legislador” (**AUBRY**. *Discurso de ingreso a la Facultad de Derecho de Estrasburgo, 1857*, cit. por **BONNECASE, Julien**. *Introducción al estudio del Derecho*. Trad. Jorge Guerrero. Temis, Colombia, 2000, pp. 132 y 133).

El código pasó a ser concebido como un “libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de unidad política (para todo el Estado), dirigido a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, querido y publicado por esta autoridad, que abroga todo el Derecho precedente sobre la materia por él regulada y por ello no integrable con materiales

El razonamiento jurídico se presenta con ropajes rígidamente silogísticos en que la premisa mayor es el presupuesto del Código, la premisa menor el caso concreto, y la conclusión, las consecuencias jurídicas previstas en el primer supuesto; por lo que se comprende que en la escuela de la Exégesis no se encuentre aplicación del método interpretativo de las escuelas germánicas que presuponía la elaboración doctrinal de conceptos jurídicos, independientes de la voluntad y del lenguaje de un legislador histórico, y su enlace en un sistema de conceptos.

El método de la exégesis ha caracterizado la labor científica de los juristas desde sus orígenes hasta nuestros días, en etapas intermitentes y bajo diferentes interpretaciones.

El método se integra de los siguientes pasos:⁵³

- 1º **Aproximación crítica al texto**, con el comentario de las palabras y la aclaración de su significado gramatical.
- 2º **Análisis y aislamiento lógico del problema** jurídico planteado.
- 3º **Ejemplificación** mediante supuestos concretos del problema planteado⁵⁴.
- 4º Enunciación del problema desde una **perspectiva global**.
- 5ª **Recapitulación del problema con referencia a autoridades**.
- 6º Generalización, **formulación de reglas** y analogías que permitieran dar la solución del texto al problema planteado.
- 7º Solución de todas las **objeciones y controversias** planteadas al respecto.

A partir de este soporte metodológico podemos tener idea de la dimensión ideológica del orden dogmático construido en torno al Derecho. Este método permitió la legitimidad de las interpretaciones realizadas y promovió su aceptación.

El recurso de la ficción hermenéutica de la semántica de la voluntad busca investir a las interpretaciones realizadas de la autoridad del texto o de su autor. Si bien, esta ficción hermenéutica se encuentra presente desde las fuentes romanas, la novedad fue su generalización, a tal grado trascendente,

jurídicos antes vigentes, y destinado a durar por mucho tiempo” (TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, ob. cit., p. 39).

⁵³ Cfr. CALVO GARCÍA, Manuel. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, ob. cit., pp. 27 y 28.

⁵⁴ Tras estos dos últimos pasos, el casuismo de la jurisprudencia clásica se integra en lo que hoy se llamaría un “hecho típico”, construido analítica y conceptualmente.

que este método sigue vigente en el trabajo argumentativo de muchos de nuestros juristas⁵⁵.

En el marco de la escuela histórica, Savigny considera el Derecho es algo más que la suma de las normas jurídicas existentes y habita en la conciencia del pueblo, con las características de abstracción, profundidad y racionalidad. El Derecho es una totalidad orgánica, única y sistemática, formada por el conjunto de instituciones jurídicas. Entonces, la actividad hermenéutica busca la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley, la cual es una manifestación lingüística que tiene como finalidad fijar una relación social haciendo de ella una relación jurídica o de Derecho. En tanto la ley expresa siempre un pensamiento, tiene que tener un contenido intelectual, por lo que debe intentarse recorrer el *iter comunicativo* desde la propia ley hasta descubrir la voluntad del legislador. En esta actividad de interpretación de la ley, como en cualquier otra del pensamiento expresado por el lenguaje, se identifican cuatro elementos u operaciones que unidas, son indispensables para interpretar la ley: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.⁵⁶

El formalismo jurídico se alejó del valor práctico de las instituciones jurídicas y la abstracción lógica y la esencia universal del Derecho se habían apartado del mundo de la realidad y los intereses en juego. Se gestó entonces la necesidad de una reivindicación del sentido práctico del Derecho, con lo que se empezó a elaborar una propuesta de jurisprudencia pragmática o sociológica, que posteriormente sería recogida por la jurisprudencia de intereses, a partir de la premisa de que no hay ningún precepto jurídico que no debiera su origen a un objetivo, a un motivo práctico.

⁵⁵ Se dotó de una explicación moderna a la vieja idea del alma de la ley, con lo que se le dio una dimensión previsor, de manera que convergen la forma del imperativo con la relevancia de su contenido intelectual; entonces, la ley expresada a través de signos lingüísticos, es la declaración de voluntad concerniente a la conducta que deberá ser observada en un cierto caso por una persona o clase de personas que en el supuesto en cuestión estén o se suponga que están sujetos al poder de un soberano de un Estado (**BENTHAM, Jeremy**. *First Principles Preparatory to Constitutional Code. The collected Works of Jeremy Bentham*. Ed. Philip Schofield. Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 223 y ss.).

⁵⁶ “El **elemento gramatical de la interpretación** tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes. El **elemento lógico**, la descomposición del pensamiento ó las relaciones lógicas que unen á sus diferentes partes. El **histórico** tiene por objeto el estado del Derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. Por último, el **elemento sistemático** tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del Derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del Derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema.” **SAVIGNY, Friedrich Karl**. *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. I. Edición facsimilar de la SCJN, México, 2004, (original Madrid, F. Góngora y Co. Ed, 1879), p. 150.

El Derecho empieza a reconocer como fuente a la *finalidad práctica*, y la ciencia jurídica no debe estructurarse lógicamente y hacer de la verdad, que es el objetivo del conocimiento, su medida de acción, pues la medida del Derecho no es la verdad absoluta, sino la relativa del fin.⁵⁷

A la vista de esta breve e incompleta exposición de algunas corrientes fundamentales en la conformación de lo que se está denominando el modelo “aplicativo”, es evidente que hablar entonces de un solo modelo jurídico cuando nos referimos al mismo resulta imposible. No se puede dejar de lado que las manifestaciones de este modelo han tomado diferentes dimensiones que oscilan entre el más estricto seguimiento a la letra de la ley, la voluntad de su creador, sus circunstancias históricas y los conceptos que le sustentan y le guían. Sin embargo, el modelo aplicativo encuentra una básica identificación con el positivismo jurídico, en que el Derecho es lo que manda la autoridad legitimada para ello (sea un legislador o sea la costumbre), y se le identifica en el marco del “voluntarismo jurídico”. Epistemológicamente, la cuestión se ha reducido al problema de identificar la fuente legitimada para emitir un mandato que se erija en ley. Esto es, el positivismo podría bien quedar explicado desde una posición en que lo que importa para identificarlo es la fuente de la que emane y, de manera complementaria, su vigencia.

El fruto del positivismo jurídico ha sido necesariamente una teoría sobre las fuentes formales del Derecho, sin necesidad de detenerse en sus contenidos, a menos que se hiciera bajo el formalismo jurídico de la jurisprudencia de intereses, en que de cualquier manera no se admite que el Derecho no sea comprensivo de toda situación jurídica. El modelo aplicativo se ha preocupado esencialmente por conocer la legitimidad de quien dicta el Derecho y su actualidad, para que a fin de cuentas se arribe al conocimiento de lo que la autoridad competente, (cualquiera que ésta sea), piensa que es el Derecho, y se deja de lado la cuestión de la discusión de sus contenidos. Lo que García Máynez llamaría *criterio oficial o estatal acerca de lo jurídico*.⁵⁸

1.3. LAS BASES TEÓRICAS DEL MODELO ARGUMENTATIVO.

Encontrar una frontera clara entre el modelo aplicativo y el modelo argumentativo no es fácil y es más bien atrevido. No existe un momento concreto en que se pueda identificar el salto de una forma de pensamiento a otra, pues el trabajo jurídico más allá de su aplicación, se ha dado de manera alternada, incluso cíclica, a lo largo de la historia. Bien podría afirmarse que el

⁵⁷ **JHERING, Rudolf von.** *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Ed. De Federico Fernández-Crehuet, Trotta, Madrid, 2008.

⁵⁸ **GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.** *Introducción al Estudio del Derecho*. Edit. Porrúa, 34° ed., México, 1982, p. 40.

modelo argumentativo se comienza a gestar desde los constructos retóricos de los griegos, los cuales fueron repudiados epistemológicamente desde el punto de vista aristotélico, y en los diferentes momentos en que ante el radicalismo del culto a la letra escrita, se identificó la imperiosa necesidad de explicar y conciliar contradicciones y salvar lagunas. Por otro lado, el modelo argumentativo y la teoría contemporánea de la argumentación no podrían entenderse sin los extraordinarios aportes del iuspositivismo formalista en sus diversas versiones, y más en concreto, sin los trabajos de Kelsen y Hart. Por tal motivo, se presentará a continuación lo que podrían ser considerados los orígenes remotos del modelo argumentativo, representados por Aristóteles, y a continuación las propuestas kelseniana y hartiana, contra las que de alguna manera reacciona la alternativa argumentativa, pero en las que en buena medida se sustenta.

1.3.1. La dialéctica y la retórica aristotélica.

El Doctor Imer Flores⁵⁹ explica los orígenes del modelo argumentativo a partir de Aristóteles, quien en sus *Tratados de lógica*, también conocidos como *El organon*, se ocupó de tres dominios: el del concepto, la proposición y el razonamiento. En este último, distingue entre *razonamientos analíticos* o *apodícticos* y *razonamientos dialécticos* o *epagógicos*, los primeros ciertos y los segundos probables. Ambos se fundan en el silogismo, “una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente una proposición diferente de las proposiciones admitidas, mediante el auxilio de estas mismas proposiciones.”⁶⁰

Los primeros razonamientos son incontrovertibles, innegables, irrefutables y ya probados, en donde “el silogismo está formado de proposiciones verdaderas y primitivas, o bien de proposiciones que deben su certidumbre a proposiciones verdaderas y primitivas”, y son materia de los *Primeros analíticos* (o *Analítica primera*) como la teoría de la deducción o del silogismo, y de los *Segundos analíticos* (o *Analítica posterior*) como la teoría de la demostración o de la prueba.

En cambio, los segundos razonamientos no son incontrovertibles, innegables, ni irrefutables al sacar “su conclusión de proposiciones simplemente probables” y son objeto de la *Dialéctica*, la cual comprende: 1) la *Tópica* como el arte de encontrar los lugares (comunes) o tópicos -*topoi*-, contenidos en las premisas y las conclusiones, que dan lugar a sus afirmaciones o pretensiones; y 2) la *Retórica* como el arte de convencer o persuadir sobre su corrección.

⁵⁹ Cfr. FLORES, Imer B. “¿Es el Derecho un modelo aplicativo?”, ob. cit., pp. 10-12.

⁶⁰ “Tópicos”, Libro Primero, Capítulo 1, § 3, en ARISTÓTELES. *Tratados de lógica. (El Organon)*. Porrúa, México D.F., 2001, p. 223.

En Aristóteles, las opiniones tienen un plano de referencia no sólo real, sino lingüístico: el significado de la definición se produce en el orden de lo que se dice. Las fórmulas dialécticas remiten a otras del lenguaje preexistente, y la propia dialéctica se propone como un instrumento de mediación respecto de un cuerpo de creencias expresas, en cuyo interior pueden elegirse y justificarse las hipótesis.⁶¹

En el marco del pensamiento antiguo, la *doxa* constituye el punto de arranque de argumentaciones filosóficas, y Aristóteles la interpreta como “*lo manifiesto de un preconocimiento que se refiere a aquello que todos conocen, que es nombrado y articulado lingüísticamente como algo común a todos*”⁶² Así, lo plausible (*éndoxon*) es el objeto de opinión común, que puede identificarse con lo probable (*eikós*), con aquello que contiene una cuota específica de verdad porque así lo reconoce la mayoría o, al menos, los más sabios.

La dialéctica, en su tarea de selección y justificación de hipótesis supera el mero arte de la controversia entre opiniones (en que se halla instalada la erística), para situarse en el marco de un cálculo de probabilidades.

El lenguaje ofrece términos aislados que se enlazan entre sí, al formar el juicio o la proposición, lo que constituye una unidad distinta de la palabra y es el órgano propio de lo verdadero. La verdad y el error no tienen su sede en los conceptos, sino en el enlace o en la separación de los conceptos, lo que sucede cuando se afirma o se niega un predicado de un sujeto. Bajo esta noción de juicio se fundan las operaciones proposicionales, entre las que clasifica a las de oposición contraria, de oposición contradictoria, de subordinación y de conversión.⁶³

El pensar descubre la relación de dependencia entre lo particular y lo general, que es el concepto de derivación (*apodeixis*), lo que se dice constituye la piedra angular de la lógica aristotélica. La estructura fundamental del proceso lógico reside en derivar un juicio de otro; es decir, deducir mediante silogismos.

⁶¹ Cfr. Comentarios de Quintín Racionero, en **ARISTÓTELES**. *Retórica*. Edit. Gredos, Madrid, 2005, p. 33.

⁶² **RIEDEL**. “*Metafísica y metapolítica*”. Buenos Aires, 1976, p. 20, cit. por Quintín Racionero. *Ibidem*, p. 34.

⁶³ “Dos proposiciones son *contrarias* cuando difieren en la cualidad: Ejemplo: Todo hombre es justo (afirmativa). Ningún hombre es justo (negativa).
Dos proposiciones son *contradictorias* cuando difieren tanto en cualidad como en cantidad: Ejemplo: Todo hombre es justo (afirmativa universal). Algunos hombres no son justos (negativa particular).
Dos proposiciones son *subalternas* cuando difieren en la cantidad y tienen la misma cualidad. Ejemplo: Todo hombre es justo (afirmativa universal). Algunos hombres son justos (negativa particular).
La *conversión* consiste en intercambiar en una proposición dada sujeto y predicado. Ejemplo. Todo hombre es justo. Todo justo es hombre.” *Ibidem*, p. XLVIII.

Este principio ha sido la sustancia de la lógica tradicional hasta nuestros días, en que en la conclusión se afirma un concepto (predicado) de otro concepto (sujeto), y para fundar la predicación, es necesario un tercer concepto que se encuentra en determinada relación con los dos primeros.

Con el método de la *apodeixis*, Aristóteles penetró en los temas de los Analíticos Segundos, que tienen que ver con la prueba y el conocimiento científicos. La demostración es un silogismo que suministra conocimiento (*epistémee*), que es el saber por principios, por causas, y que se deriva de premisas indubitables. Todo saber proviene de premisas no demostrables, pero que constituyen supuestos de toda demostración (axiomas, definiciones e hipótesis) cuya validez es incondicionada e inmediata.

Las opiniones forman también un sistema, una trama organizada de enunciados que operan en un nivel lingüístico, pero que se corresponden con la experiencia como criterio material de verificación. Así, la dialéctica simula una ciencia, que se sirve en mayor o menor grado de la opinión común, mediante la obtención de proposiciones verosímiles que pueden formar parte de razonamientos análogos a los razonamientos científicos, es decir, pueden formar parte de premisas de silogismos o enunciados de inducción.

En este contexto podemos ubicar la explicación que nos da el Doctor Imer Flores al señalar que el razonamiento analítico, tanto en la especie de silogismo (deductivo) como en la de deducción demostrativa o prueba, constituye la parte central de la lógica formal o tradicional. Así, de dos premisas (*protesis*) se llega necesariamente a una conclusión. De hecho, -explica el Doctor Flores- “*concluir*” significa deducir o derivar un juicio de otros.⁶⁴

Puesto que en la conclusión se afirma un concepto -el predicado- de otro concepto -el sujeto- es indispensable, para fundar la predicación, echar mano de un tercer concepto (*meson, medius terminus*) que vincula lógicamente a los dos primeros (*extremi*).

El clásico ejemplo aristotélico es el siguiente:

Todos los hombres son mortales
Sócrates es hombre
∴ Sócrates es mortal

Explica el Doctor Flores que el concepto “*hombre*” es el término medio, y los conceptos “*Sócrates*” y “*mortal*” son los extremos. Así, con la ayuda del concepto medio “*hombre*” se subsume el sujeto “*Sócrates*” en el predicado “*mortal*”. En ello radica el gran valor de la silogística, pero también sus límites: el

⁶⁴ Cfr. FLORES, Imer B. “¿Es el Derecho un modelo aplicativo?”, ob. cit., pp. 10-12.

razonamiento analítico es verdadero dada su corrección o validez formal, porque la conclusión deriva necesariamente de las premisas.

Ahora bien, los enunciados más probables hallan su réplica en el problema de persuadir mediante el diálogo objetivado en el discurso; es decir, la función de la dialéctica toma sentido cuando se somete a un test de análisis bajo el esquema de la comunicación, mediante el cual podrá reconocérsele su cuota de verdad.

En este punto es donde se resuelve un aparente paradigma en Aristóteles: la interpretación de la retórica como antístrofa o réplica de la dialéctica, y no como su opuesto⁶⁵. En tanto la dialéctica se encuentra formulada en términos de silogismo, el entimema o silogismo de probabilidad es la única prueba “demostrativa” que conecta al filósofo específicamente con la oratoria forense y con el análisis de los hechos pasados.

Los argumentos sólo pueden proceder del logos mismo, es decir, del discurso. Así, todos los elementos que no se refieran al asunto de que trata éste, deben ser rechazados como no subsumibles en la sustancia de la argumentación. De esta manera se rechazan todos los elementos emocionales que residen en el talante (*êthos*) del orador o en los caracteres y pasiones (*éthé, pathé*) de los oyentes, porque escapan al control lógico del método de los lugares.

En realidad, parece que los analistas del trabajo aristotélico han encontrado diversas contradicciones sobre cuándo los afectos, el talante y los argumentos pasionales son prueba persuasiva y cuándo no. Lo que sí es muy claro es que en *La Retórica*, Aristóteles admite el *êthos* del orador como elemento de apoyo para el caso en que se carezca de entimemas; pero además Aristóteles se ocupa de establecer un marco global en que han de buscarse los lugares de la persuasión.

No obstante la tendencia a identificar el discurso dialéctico con el jurídico, dada la científicidad del mismo, es absolutamente necesario tener en cuenta a la retórica cuyo origen es precisamente jurídico, porque estaba diseñada para la solución de litigios. Decía Aristóteles: *“es evidente que nada compete al litigante fuera de mostrar que el hecho es o no es así y si aconteció o no aconteció... el que sea grande o pequeño, justo o injusto, y todo lo que el legislador ha dejado sin explicar, eso conviene que lo determine el mismo juez y no que tenga que aprenderlo de las partes”*.⁶⁶

⁶⁵ “La retórica es una antístrofa de la dialéctica, ya que ambas tratan de aquellas cuestiones que permiten tener conocimientos en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia determinada. Por ello, todos participan en alguna forma de ambas,... todos se esfuerzan en descubrir y sostener un argumento e, igualmente, defenderse y acusar.”
ARISTÓTELES. *La Retórica*. Libro I. 1.1, ob. cit., p. 161.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 162.

Aristóteles dibujaba el papel de las partes y del juez en un contradictorio, y determinaba los alcances de la decisión judicial. Además, sugería que el contenido de las leyes fuera el más exhaustivo posible:

“Es sumamente importante –decía– que las leyes que están bien establecidas determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo, y que dejen cuanto menos mejor al arbitrio de los que juzgan. Ante todo, porque es más fácil encontrar uno o unos pocos, más bien que muchos, que tengan buen sentido y sean capaces de legislar y juzgar... porque las promulgaciones de leyes tienen lugar luego de haber deliberado mucho tiempo, mientras que los juicios surgen de un modo imprevisto, de manera que es difícil que quienes han de juzgar estipulen bien lo que es justo y conveniente. Y lo que es más importante de todo, porque el juicio del legislador no versa sobre lo particular, sino que trata sobre lo futuro y universal, mientras que el miembro de una asamblea y el juez tienen que juzgar inmediatamente sobre (casos) presentes y determinados, a lo que muchas veces les viene ya unida la simpatía, el odio y la conveniencia propia, de suerte que ya no resulta posible establecer suficientemente la verdad y más bien oscurecen el juicio (razones de) placer o de pesar.”⁶⁷

Afirmaba Aristóteles que *“la retórica es útil porque por naturaleza la verdad y la justicia son más fuertes que sus contrarios, de modo que si los juicios no se establecen como se debe, será forzoso que sean vencidos”*.⁶⁸ Esto es, en principio la verdad es más fuerte que la mentira, lo que constituye un principio de optimismo filosófico que hace necesario estudiar la retórica.

Si bien la retórica en Aristóteles no pertenece a ningún género definido, y en ese sentido no es exclusivo del Derecho, tanto ésta como la dialéctica son útiles en reconocer los medios de convicción más pertinentes para cada caso. *“Lo propio de este arte es reconocer lo convincente y lo que parece ser convincente, del mismo modo que (corresponde) a la dialéctica reconocer el silogismo y el silogismo aparente”*.⁶⁹ Así, Aristóteles entiende a la retórica como *“la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer”*.⁷⁰

Para ello, en La Retórica hay dos tipos de pruebas de persuasión: unas que Aristóteles denomina *ajenas* y otras *propias del arte*. Las primeras no se generan sino que existían de antemano (como los testigos, las confesiones⁷¹, los

⁶⁷ *Ibidem*, L. I. 1.2., p. 163.

⁶⁸ *Ibidem*, L. I. 1.5., pp. 169-170.

⁶⁹ *Ibidem*, L. I. 1.6., p. 172.

⁷⁰ *Ibidem*, L. I. 2.1., p. 173.

⁷¹ Que Aristóteles denomina como *“confesiones bajo suplicio”*.

documentos y otros semejantes); y las segundas, que pueden prepararse o inventarse mediante el método retórico.

Parece que Aristóteles usa dos conceptos de Retórica, uno restringido (racional) y otro ampliado, que incluye las pasiones. Esto ocurre cuando permite que en las pruebas propias del método, aquellas que pueden prepararse, se distingan tres especies: las que residen en el talante del que habla (*êthos*), las que predisponen al oyente (*pathos*) y el discurso mismo (*logos*).

Se persuade⁷² por el talante que hace que el discurso del orador sea digno de crédito, pero también se convence por la disposición de los oyentes cuando éstos son movidos a una pasión por medio del discurso. Igualmente, la persuasión proviene del discurso cuando se muestra la verdad –o lo que parece serlo- a partir de lo que es convincente del caso.

Identificadas estas tres clases de pruebas, Aristóteles equipara la función de la dialéctica, la retórica y la política, “*puesto que ni una ni otra constituyen ciencias acerca de cómo es algo determinado, sino simples facultades de proporcionar razones.*”⁷³

En *La Retórica*, Aristóteles señala que lo probable es lo que sucede la mayoría de las veces, lo que se explica como máximas de experiencia; por otro lado, se necesita también de signos o relaciones de causalidad o relaciones entre lo universal y lo individual. Estos signos se presentan como *necesarios* o *argumentos concluyentes*, o como *no necesarios*. Los *necesarios* son los signos a partir de los cuales se construye el silogismo. Así, aduce un argumento concluyente en la medida en que se argumenta algo demostrado y terminado, lo que lo hace irrefutable.

Aristóteles explica también el uso del ejemplo, de la analogía, de los *lugares comunes* (que después fueron punto de partida para Perelman) y que son los que se refieren en común a cualquier materia, frente a las conclusiones propias o *especies* de cada materia, que entre mejor sean escogidas mayor fortaleza se dará al discurso.

Aristóteles avanzó de manera importante en el análisis del trabajo argumentativo. Identificó los diferentes géneros o clases de discursos, dependiendo de los oyentes a los que se les dirige. El discurso consta de tres componentes: a) el que habla; b) aquello de lo que se habla; y c) a quien se habla. El oyente por fuerza es un espectador o uno que juzga sobre cosas pasadas o futuras.

⁷² Persuasión y convencimiento son sinónimos en Aristóteles, no así en otros teóricos como Perelman, que sí distingue los conceptos.

⁷³ *Ibidem*, L. I. 2.3, p. 179.

Quien juzga en lo futuro es, por ejemplo, un miembro de una asamblea. Y quien juzga sobre hechos pasados, es el juez. El espectador, por su parte, juzga sobre la capacidad del orador.⁷⁴ Así, Aristóteles identifica tres géneros o clases de discursos: el deliberativo o político (en que el discurso es de disuasión propiamente dicha); el judicial o argumentación sobre hechos, y el epidíptico o demostrativo (en que los discursos son el elogio y la censura). Los discursos propios del proceso judicial son la acusación y la defensa, pues los que lo plantean forzosamente hacen una u otra cosa.⁷⁵

Los fines del discurso que corresponden a cada género son “*lo conveniente*” y “*lo perjudicial*” para aquel que delibera; “*lo bello*” y “*lo vergonzoso*” para los que elogian o censuran; y “*lo justo*” o “*lo injusto*” para aquellos que litigan.

Aristóteles se define contra los primeros teóricos de la retórica anteriores a él que atienden a los elementos emocionales, primordialmente –aunque no ignore la importancia del tema-. Sin embargo, el estagirita se preocupa especialmente de lo que constituye su aspecto técnico.

Düring define a la retórica aristotélica como el dominio de los medios, con cuya ayuda puede uno ganarse a los oyentes. Estos medios son tres: la personalidad del orador, la capacidad de poner al oyente en una cierta situación emocional y el don de delinear de tal manera la exposición que con éxito pueda mostrar algo como verdadero o probable.⁷⁶

Las dos clases de argumentación de las que se sirve el orador, el *entimema* y el *ejemplo*, pueden compararse en los métodos deductivo e inductivo en las ciencias. El científico dirige su atención a lo singular y en buscar la verdad; el orador, por el contrario a lo universal y a lo que es probable para un grupo de individuos, o para un auditorio en particular, esto es, su público, que está constituido por el foro.

Sin embargo, debe quedar claro que en Aristóteles la retórica no es dialéctica pura –como afirma Arturo Ramírez Trejo-⁷⁷, pues carecería de sentido, en tanto la demostración pura de la verdad no se da porque ésta es funcional y

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, L. I. 3.1, p. 193.

⁷⁵ Muy afortunado hubiera sido si Aristóteles hubiera identificado en este género al discurso del juez, cuya omisión se entiende por la menor importancia que pudo haber tenido para la sociedad de su tiempo, el pronunciamiento judicial, frente a las deliberaciones de acusación y defensa.

⁷⁶ **DÜRING, Ingemar.** *Aristóteles. Exposición e interpretación de su pensamiento.* Trad. Bernabé Navarro. UNAM, México, 1978, p. 193, cit. por **DEHESA DÁVILA, Gerardo.** *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, ob. cit., p. 46.

⁷⁷ **RAMÍREZ TREJO, Arturo.** *Introducción a la Retórica de Aristóteles.* UNAM, México, 2002, p. 304, cit. *ibidem*, p. 51.

teleológica en el contexto griego. En efecto, entre los griegos de la época clásica la verdad perseguía un fin ético y conductual. Así, el paso entre la analítica y la ética se da necesariamente a través de la dialéctica y la retórica.

Según esta visión, la retórica participaría de la ciencia en tanto emplea un método específico para persuadir. En tanto la retórica se aplique de manera metódica, es posible afirmar que se realiza de manera científica.

La retórica se presenta como un instrumento indispensable para el análisis del discurso y el efecto que éste produce o pretende producir en el auditorio, por lo que reclama un amplio conocimiento y dominio del lenguaje, y el Derecho es por esencia precisamente lenguaje.⁷⁸

En efecto, la retórica antigua surge precisamente de las necesidades prácticas de solucionar los conflictos de la vida cotidiana. Es en la cultura griega donde surge y se sistematiza la retórica, predominantemente de forma oral.

Las decisiones sobre asuntos públicos o litigios privados eran tomadas por grupos cuya opinión debía decantarse en un sentido o en otro, por lo que era necesario ser convincente.

Ese es precisamente el tema de que se ocupa el argumento en el Derecho: ¿Cuál es el alegato que tiene la mayor legitimidad y capacidad de convencimiento, cómo identificarlo y cómo exponerlo?

La literatura griega atestigua que en el mundo helénico se había desarrollado una conciencia retórica desde el siglo V a.C, y que la oratoria alcanzó notable importancia en la sociedad helena, varios siglos antes de que fuera elaborado el primer manual teórico-práctico de retórica.⁷⁹

A medida que aumentó el conocimiento del lenguaje como instrumento, fue necesaria la organización de reglas prácticas, formuladas a partir de los usos más aceptados y eficaces; a la vez que la retórica se unió al descubrimiento y reconocimiento del valor cognoscitivo y educativo de la reflexión sobre la lengua.

Sin embargo, el desarrollo de la retórica, como arte de la persuasión, se ubica en Atenas, gracias a su sistema democrático. Las decisiones políticas las tomaba la Asamblea, compuesta por los ciudadanos, en que cualquiera de ellos podía intervenir para formular, defender o debatir propuestas.

⁷⁸ Cfr. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**. "El Derecho, la palabra y el libro", en *La cultura del libro*, Fundación Ruipérez, Madrid, 1988, cit. por **DEHESA DÁVILA, Gerardo**. *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, ob. cit., p. XV.

⁷⁹ Cfr. **HERNÁNDEZ, José Antonio y GARCIA, María del Carmen**. *Breve historia de la retórica*. Síntesis, Madrid, 2001, p. 16, cit. *ibídem*, p. 23.

En tanto, las causas judiciales se dirimían ante un amplísimo jurado popular erigido por sorteo entre ciudadanos voluntarios.

Así, en tanto las decisiones se tomaban básicamente de manera popular, se hacía particularmente importante desarrollar y perfeccionar el discurso con fines persuasivos.

El tema de la retórica tiene relevancia en el análisis del discurso, básico en el quehacer jurídico desde sus orígenes. Es en ese sentido en que hay una relación intrínseca entre el discurso y el Derecho desde tiempos muy antiguos. El discurso evolucionó en tanto se exigió de él un contenido razonable basado en la lógica y en la dialéctica. De hecho, “la sentencia es un discurso, parte esencial de un diálogo entre las partes y el órgano jurisdiccional, y como tal, participa de la retórica.”⁸⁰

Con mucha posterioridad, a partir de Theodor Viehweg y Perelman ha habido un nuevo impulso y la retórica ha sido materia de continuo examen bajo la lupa de las teorías de la argumentación jurídica, temas de los que más adelante nos vamos a ocupar.

El modelo apodíctico de Aristóteles dio sustento al método deductivo basado en el silogismo bajo el cual se justifica el razonamiento tradicional aplicativo que, como hemos visto, sustentó a un Derecho legitimado en verdades preestablecidas, ya sea por la fuerza divina, el poder soberano, la razón de Estado o la voluntad popular, de manera que ha sido el mejor garante de la seguridad jurídica del ciudadano y del establecimiento del poder imperante.

Sin embargo, ante el formalismo imperante desde el Medioevo y, posteriormente, bajo la cultura al código en la modernidad, surgieron movimientos de pensamiento como el antiformalismo jurídico francés, o el iusliberalismo de la cultura jurídica germánica; incluso la escuela o movimiento de Derecho libre (Eugen Ehrlich o Hermann Kantorowicz). También se ejerció una reorientación de la ciencia jurídica hacia la sociología, lo que permeó hacia

⁸⁰ *Ibidem*, p. 33. La labor con el lenguaje se encuentra directamente relacionada con la teoría del conocimiento, la epistemología y la filosofía. En el constructo de la filosofía del concepto, Sócrates utilizó precisamente como método el arte de rebatir, de exhibir la ignorancia del aparente sabio (*eléntica*=objeción), de dar a luz las ideas de cada cual y descubrir la verdad (*meyeútica*=parir) o (*heurística*=descubrir). Sócrates, mediante preguntas pertinentes, en forma dialogada, conducía a los discípulos a encontrar por sí mismos lo buscado. A partir de la experiencia concreta y singular, se arriba a ideas generales (similar a un método inductivo), y en cuanto se conduce al interlocutor a la verdad, el procedimiento es *epagógico*. El método socrático se oponía al sofista, por considerarlo insuficiente para fundar una filosofía de la virtud, que tuviera por objeto de investigación un mundo de conceptos, punto a partir del cual surge la filosofía platónica, lo que se relaciona con la exigencia de que el argumento tuviese un sentido lógico podría ser utilizado para probar o refutar una tesis, o convencer a alguien de la veracidad o validez de un aserto. Cfr. **ARISTÓTELES**. *Tratados de Lógica (El Organón)*, ob. cit., pp. .XIX-XXI.

los países anglosajones. El juez Oliver W. Holmes encabezó un amplio conjunto de estudiosos que se agruparon bajo el rótulo del realismo jurídico (Roscoe Pound –*jurisprudencia sociológica*-, Jerome Frank, K. L. Llewellyn). Su análisis es de perspectiva funcionalista que lleva a estudiar el “*Derecho en acción*” o los fenómenos jurídicos como una obra de “ingeniería social”, resaltando los factores subjetivos, económicos y sociales que mueven el Derecho.

En su versión más radical, el realismo jurídico americano llegó a identificar al Derecho con las decisiones judiciales, enfocando toda su atención en el fenómeno de la discrecionalidad judicial.

Hubo una reacción generalizada contra los excesos de la razón, la atención teórica se desplazó desde los libros hacia el “Derecho vivo”, al “Derecho en acción”, al “Derecho en funcionamiento” y la decisión judicial dejó de ser un mero factor lógico, casi automático, para cobrar relevancia propia. Lo que importó es lo que de hecho hacen los jueces cuando deciden casos concretos.

Se rechazó radicalmente el método lógico deductivo que había predominado en la ciencia jurídica del siglo XIX, reconociéndose la necesidad de tener en cuenta la incidencia de factores externos (técnicos o psicosociológicos) que desbordan el marco de las abstracciones lógicas.

Con la crisis del método deductivo cae el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, la presunción de existencia de una voluntad racional tras el texto de la ley, y la intervención meramente técnica (lógica) del intérprete en la aplicación de la ley. Todas estas son meras ficciones o postulados ideológicos de teorías construidas a espaldas de la práctica jurídica.

Al prestarse atención a lo que de hecho hacen los jueces cuando deciden casos jurídicos, se recupera la voluntad como factor subjetivo y político-jurídico, lo que resultará de indudable trascendencia en el desarrollo de la ciencia jurídica.

El “voluntarismo” llevó a concluir que el Derecho no es otra cosa que las decisiones a través de las cuales se aplica o, cuando menos, a considerar el papel de la sentencia judicial en la creación del Derecho y su función como mecanismo necesario para renovar la autoridad del Derecho positivo.

La decisión jurídica tomó trascendencia como acontecimiento con un valor normativo propio y preñado de factores psicológicos y sociológicos a tener en cuenta. La decisión judicial pasó a ser un acto de voluntad que crea Derecho y se superó su justificación desde parámetros puramente intelectuales, lógico-deductivos o conceptuales, es decir, formalistas.

Sin embargo, el Derecho, desde el punto de vista del realismo jurídico, “no es una masa de decisiones desconectadas ni un producto de los cólicos estomacales de los jueces. Los jueces son humanos, pero ellos son una especial casta de seres humanos, seleccionados y conservados en servicio bajo un potente sistema de controles gubernamentales.”⁸¹ Se niega que sólo se preste atención a factores puramente personales y accidentales en las decisiones judiciales, pues los autores realistas reclaman para el juez y el conocimiento jurídico la necesidad de prestar atención a los antecedentes sociales y económicos de la decisión jurídica.

Se llegó a hablar de la necesidad de un “baño de ácido cínico”⁸² que busque dejar claro que las investigaciones en torno a la decisión judicial deben considerarse no como una cuestión de pura lógica, sino de economía humana y social. Ehrlich fue todavía más radical en señalar que cualquier decisión estatal sobre el contenido del Derecho debe orientarse desde la investigación científica de las fuerzas sociales que determinan la evolución del Derecho.⁸³

Así, la teoría del Derecho de comienzos del siglo XX rechazó radicalmente el método lógico-deductivo. La pretensión de encontrar la solución del caso a través de la mera exégesis deductiva o la construcción conceptual fue considerada como una ilusión sin fundamento. Desde un punto de vista lógico es imposible que la ley o el Derecho positivo puedan “autocompletarse” o ser autosuficiente mediante la actividad intelectual del intérprete, sin adjudicar sentidos nuevos al texto de la ley, es decir, sin crear Derecho.

La decisión judicial pasa a ser el núcleo de las teorías hermenéuticas y el tema de la creación o no creación del Derecho por los jueces se convierte en uno de los más discutidos en este periodo.

La libre investigación del Derecho, la racionalización metodológica del proceder real en la aplicación del Derecho o la ponderación de los intereses que reconoce y ampara la ley, buscan reconstruir la posibilidad de predecir la decisión dentro de ese margen de discrecionalidad que el método tradicional no puede reducir.

En efecto, se busca establecer algunos principios básicos que permitan prever las decisiones de los jueces, pues al hombre le interesa saber cómo van a decidir los tribunales y cuáles van a ser las consecuencias jurídicas precisas de sus actos. Entonces, bajo este interés pragmático, el Derecho se redefine

⁸¹ **COHEN, Felix S.** *El método funcional en el Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 117.

⁸² “Lavados con ácido cínico, todos los problemas jurídicos pueden ser interpretados así como cuestiones concernientes al comportamiento positivo de los jueces.” *Ibidem*, p. 107.

⁸³ **EHRlich, Eugen.** *I fondamenti della sociologia del diritto*. Trad. Alberto Febbrajo. Giuffrè, Milán, 1976.

como un conjunto de profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto.⁸⁴

Desde aquí se apunta ya a uno de los más importantes fundamentos en la reconstrucción de un esquema teórico que permita legitimar las decisiones jurídicas como decisiones correctas, y en tanto definitivas, incontestables. Se trata del tránsito desde una concepción estática y dogmático-conceptual del sistema jurídico a otra en que la unidad y legitimidad de los actos de producción y de aplicación normativa es planteada desde un principio dinámico.

1.3.2. Kelsen y Hart.

En el contexto de la crisis de la concepción tradicional del método jurídico deductivo y la jurisprudencia de conceptos, Hans Kelsen intentó reconstruir los fundamentos metodológicos de la ciencia del Derecho, retomando en lo posible los postulados jurídico-políticos que cimentaban la ideología deductiva.⁸⁵

Kelsen planteó el rechazo al iusnaturalismo y a toda metafísica axiológica en la descripción científica del Derecho y del Estado, pero al construir los fundamentos de una teoría pura del Derecho, no podría decirse que su pensamiento estuviera al margen de las circunstancias políticas y culturales de su tiempo.

Planteó la configuración del ordenamiento jurídico como un sistema normativo y dinámico desde el que cobra pleno sentido la consideración de las decisiones jurídicas como actos de auténtica producción normativa.

Al analizar este tema, el Doctor José Ramón Cossío⁸⁶ se pregunta “¿cómo es posible que las normas jurídicas se establezcan mediante individualizaciones sucesivas?” o “¿cómo es posible la dinámica del Derecho?” La dinámica jurídica en Kelsen —explica— se entiende como la relación entre complejos normativos de distinta jerarquía. Para Kelsen el orden jurídico es siempre positivo, establecido invariablemente por actos específicos de conducta humana. Entonces, el hecho de que este orden sea dinámico, presupone que sus normas se establecen mediante conductas, y opera a partir de actos sucesivos de creación-aplicación; debiéndose reconocer que son los hombres quienes llevan a cabo tales actos.

⁸⁴ Cfr. **HOLMES, Oliver Wendell**. *La senda del Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, pp. 21 y ss.

⁸⁵ Cfr. **KELSEN, Hans**. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo García Maynez. UNAM, México, 1988, pp. 13 y ss.

⁸⁶ **COSSÍO DIAZ, José Ramón**. *Derecho y análisis económico*, ob. cit., p. 51.

Entonces, el orden jurídico determina que las conductas de ciertos hombres deben ser consideradas como hechos productores de Derecho y, en ese sentido, dotadas de objetividad respecto del orden de que se trate.

Las normas que se individualizan no tienen un sentido único, que permita una aplicación directa, sino que se requiere que el titular del órgano de Estado las interprete, por ello *“la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del Derecho en su tránsito de una grada superior a una inferior”*.⁸⁷

Kelsen retoma los principios estático y dinámico para explicar el fundamento de todo sistema normativo. El principio estático tiene que ver precisamente con los contenidos: La norma vale si su contenido deriva de otro general. En cambio, el principio dinámico tiene que ver con la norma que le funde: La norma vale si se encuentra derivada de otra igualmente valiosa, hasta arribar a una norma fundante básica.

Un orden jurídico es válido, bajo el principio dinámico, si se encuentra legitimado en otra norma válida, independientemente de su contenido. Así, si la norma o conjunto de normas son justas o injustas ello no tiene relevancia para la validez y legitimidad jurídica. Entonces, Kelsen nos diría que la justicia nada tiene que ver con la validez del Derecho.

Kelsen señala que un orden normativo objetivamente válido, es decir, un orden coactivo eficaz es el derivado de una norma fundante igualmente válida, norma que es condición lógica del sistema normativo y que ejerce una función teórica alejada de lo ético y de lo político.⁸⁸

El análisis kelseniano tiene que verse con una óptica aún más amplia de la que estamos acostumbrados. Si bien Kelsen se planteó como reto abordar el tema jurídico desde un punto de vista estrictamente científicista, despojado de toda ideología e influencia sociológica y política, parece que en realidad tal postura es consecuencia de una intención precisamente política, que era la de evidenciar que el Derecho es aquél impuesto por quien está en el poder, que en ese sentido lo justo es lo que el poderoso dice que es.

Si bien lo justo no es absoluto, sino relativo, y depende de las aspiraciones de cada quien, Kelsen reconoce que la justicia es la búsqueda de la felicidad, y si el hombre se ubica en sociedad, esa felicidad tiene que ser de carácter social. Entonces, un orden social justo es aquél que regula la conducta

⁸⁷ **KELSEN, Hans.** *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed. UNAM, México, 1979, p. 349. Citada por Ídem. p. 52.

⁸⁸ Cfr. **KELSEN, Hans.** *Teoría Pura del Derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. Porrúa, UNAM, 6ª reimp., México, 1991, pp. 201 y ss.

de los hombres en una forma satisfactoria para todos, de modo que *todos* encuentren en él su felicidad.⁸⁹

Lo que Kelsen hace es politizar el contenido de la justicia, para señalar que lo único justo es que todos tienen el Derecho a proponer su concepción de lo justo en la arena política, y el que convenza a más conciudadanos debe disponer del poder mientras mantenga el consenso para su gobierno. Esta es la única manera de tener paz.

Entonces, para poder estudiar el fenómeno jurídico, lo que Kelsen hace es sacar el tema del terreno de la metafísica para ponerlo en el terreno de la política.⁹⁰

De lo que Kelsen se quiso despojar es de la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del Derecho, y plantea una Teoría Pura no como una ciencia en sí, sino como una teoría que trate al Derecho como ciencia y con la intención de que la ideología jurídica no se siga haciendo pasar por ciencia, para justificar el poder ejercido por alguien que no desea confesar lo que hace. Entonces, la razón para fundar una ciencia pura del Derecho no consiste en justificar todo poder, sino por el contrario, despojar de toda justificación “científica” a cualquier poder.⁹¹ Quien detenta el poder, parece decir Kelsen, confiese su arbitrariedad y busque su legitimidad en el consenso, jamás en la ciencia o en la naturaleza.

De esta forma, Kelsen se refirió a la descripción de las normas tal como eran, so pretexto de científicidad, evidenciando que son resultado de actos de voluntad que al fin y al cabo su objetivo es el control social, con lo que se expresa el hecho irrefutable de que unos hombres dominan a otros, y a veces estos se rebelan y otros lo aceptan.

Así podemos explicarnos su actitud de rechazo a la fundamentación del Derecho en razones metafísicas, y su apego al positivismo jurídico que postula como finalidad describir al Derecho desde un punto de vista científico, lo que implica, primero y sobre todo, la exclusión de toda especulación y, de esta forma, ocuparse del Derecho que significa experiencia y realidad jurídica.

Kelsen critica algunos de los postulados básicos de la concepción tradicional. Considera que el sentido verbal, el significado lingüístico de la norma legal no es unívoco y que es necesario admitir la posibilidad de indagar otras fuentes aparte de su expresión verbal.⁹² Además, las propias características de

⁸⁹ Cfr. **KELSEN, Hans**. *Teoría General del Derecho y del Estado*, ob. cit., pp. 6-7.

⁹⁰ **CORREAS, Oscar** (Comp.). *El otro Kelsen*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989, p. 8.

⁹¹ *Ibidem.*, p. 28.

⁹² Cfr. **KELSEN, Hans**. *Teoría Pura del Derecho*, ob. cit., p. 351.

articulación y enunciación de la norma legal dentro de un ordenamiento jurídico abren la posibilidad a contradicciones de validez simultánea dentro del sistema jurídico, que no pueden ser resueltas bajo el tradicional sistema conceptual deductivo.

Entonces, para Kelsen no es posible fundamentar soluciones interpretativas unívocas u objetivas y los métodos tradicionales han fracasado en encontrar por esta vía la realización de la seguridad jurídica. Los métodos de interpretación sólo pueden llevarte a un resultado posible y nunca a un resultado correcto.

En cada orden jurídico se prescriben los métodos interpretativos que deben seguirse para producir normas válidas, como es el caso de la analogía o la mayoría de razón. No obstante, la determinación de si el método es o no debidamente ejecutado por el órgano de Estado es una cuestión que depende de la decisión del órgano que debe interpretar la norma resultante del proceso de aplicación de la norma que contiene el criterio interpretativo.

La creación de cualquier norma requiere una interpretación de la norma superior, pues de lo contrario, sería imposible establecer el marco normativo de conformidad con el cual debe crearse la norma inferior. Es decir, si el orden jurídico se crea mediante actos sucesivos de individualización y todo proceso de individualización exige un acto de interpretación, la creación normativa viene a ser el resultado de las interpretaciones de las normas jurídicas que efectúen determinados órganos de Estado.⁹³

Entonces, Kelsen, tras invalidar los soportes fundamentales de la ideología hermenéutica tradicional, procede a organizar desde nuevas bases los fundamentos del método jurídico y de legitimidad de los actos de aplicación de la ley.

La aportación de Kelsen a la configuración de un renovado método jurídico se basa en los siguientes presupuestos:

- 1° Tanto para la aplicación del Derecho al caso concreto, como en el resto de la producción normativa, ha de darse necesariamente la concurrencia de un acto de voluntad autorizado por una norma preexistente.
- 2° La decisión jurídica o norma individualizada, aquélla que concreta y aplica el Derecho, es verdaderamente legal e individual.
- 3° La legitimación de todo el sistema jurídico depende de su postulado último.⁹⁴

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ Cfr. **CALVO GARCÍA, Manuel**. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, ob. cit., pp. 128-129.

La crítica de Kelsen a la teoría hermenéutica tradicional radica en que la búsqueda de una única decisión interpretativa correcta se intenta encontrar en presupuestos externos de la norma y no en presupuestos internos que son los únicos que hacen posible la única decisión interpretativa correcta, que es la que debe ser aceptada por haber sido tomada por el órgano o autoridad competente.

Lo relevante en términos de justificación para Kelsen no está en los procesos intelectuales del razonamiento jurídico, sino en la voluntad de cada acto normativo concreto, y más bien, en los presupuestos normativos que autorizan el acto de voluntad que produce la decisión o desarrollo legislativo.

En tanto el orden jurídico es un conjunto de normas jurídicas producidas por una serie de actos creadores en cuyo límite inferior se encuentra siempre una norma individual cuya validez se basa en el hecho de haber sido “dictada” de una forma bien determinada y según un método específico, el análisis de su contenido se encuentra en su precedente normativo.

En la pretensión de alcanzar la realización del principio de seguridad jurídica mediante la fundamentación de la única decisión correcta en un acontecimiento, Kelsen se basa en el acto de voluntad que elige como válida una de las interpretaciones cognoscitivamente factibles dentro del abanico de posibilidades que ofrece la norma general.

En suma, el sentido de un acto o norma concreta no es algo que se pueda ver o notar sin más en sí mismo, sino que tiene que preexistir necesariamente una norma de rango superior que facilite su interpretación.

Kelsen, según explica el Doctor Cossío, precisa que la teoría general del Derecho trata de establecer aquello que sea Derecho o los métodos que deban seguirse para estudiarlo; mientras que la dogmática jurídica estudia las normas integrantes de un orden positivo particular.⁹⁵ Distinción que trasciende en aquella que hace entre la creación y la descripción del Derecho, como actividades jurídicas y científicas; y entre la identificación de las normas y la determinación (por vía interpretativa) de sus contenidos.

El enunciado formulado por el jurista es de reconocimiento de aquellas normas que satisfagan las condiciones del propio concepto proveniente de la teoría pura que se aplica a un orden jurídico positivo (la teoría pura dota al jurista de los conceptos de ley, acción, Derecho subjetivo, acto ilícito, persona, etcétera). Así, la distinción entre construcción e interpretación no implica la realización de actos mecánicos diferenciados entre sí, sino los modos de proceder que resultan en la producción de enunciados científicos.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 59.

Así, en Kelsen, la construcción de un orden positivo, se realiza aplicando las categorías provenientes de la teoría pura y/o interpretando las normas jurídicas, mediante un sistema dinámico, lo que da por resultado enunciados con contenidos evolucionados.

Al modo de Kelsen, la identificación de un cierto sistema como Derecho positivo vigente se haría depender de criterios como la eficacia general, y al modo de Hart, bajo el criterio del reconocimiento de los tribunales y funcionarios.⁹⁶

Se considera que el máximo exponente de la teoría del Derecho en posguerra es Herbert L. Hart, quien se ocupó del análisis de los conceptos y las experiencias lingüísticas de los juristas, se pronunció escéptico en alcanzar la certeza del Derecho mediante procedimientos lógicos y cognoscitivos, y admitió que en todo sistema jurídico hay siempre casos no previstos ni regulados legalmente, por lo que el Derecho es parcialmente determinado e incompleto.

Hart sostuvo la tesis de la discrecionalidad jurídica, como una más de las características del positivismo jurídico, pero reforzada con una perspectiva analítica y lingüística. Para él, los fundamentos de la existencia de un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación de la ley se deben a la “*textura abierta del lenguaje*”. De esta manera, la aplicación del Derecho a los casos concretos no es una operación mecánica carente de problemas, como se pretende bajo las teorías metodológicas tradicionales basadas en el modelo del silogismo jurídico y el razonamiento lógico deductivo.

El formalismo y el conceptualismo es un “vicio” del Derecho que encubre una zona marginal o de penumbra, en que se sitúan los casos no ordinarios (*hard cases*), para cuya resolución el Derecho atribuye a los jueces una potestad de elección que no puede respaldarse en las reglas preestablecidas, pero no por eso pueden dejar de ser racionales.⁹⁷

Sin embargo, aunque existe esta zona de penumbra, ello no debe significar el abandono de la idea de seguridad jurídica, y eso se asegura en tanto el margen de apreciación intelectual tenga un sustento lógico y cognoscitivo en la decisión. Es decir, aunque se suscite un amplio margen de decisión, debe haber fundamentación de la certeza político-jurídica, técnico-jurídica, y no dogmática.

El sustento que encuentra Hart para pronunciarse sobre un margen de seguridad jurídica en la decisión fuera de las reglas dogmáticas, parte de su

⁹⁶ Cfr. **ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan**. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, ob. cit., pp. 10 y ss.

⁹⁷ Cfr. **HART, Herbert Lionel Adolphus**. *Post scriptum al concepto de Derecho*. UNAM, México, 2000, pp. 54 y ss.

concepto de Derecho. Encuentra que el Derecho es un sistema de reglas complejo en que coexisten reglas primarias y reglas de segundo grado. Las primarias son reglas básicas del sistema jurídico que otorgan las pautas o deberes de comportamiento de los miembros de la comunidad. Las reglas secundarias son las reglas acerca de las reglas primarias. Un Derecho sólo sustentado en reglas primarias, presentaría limitaciones e insuficiencias importantes. Así que las reglas secundarias sirven precisamente para remediar esas situaciones de ineficacia.

Las reglas secundarias tienen como función remediar cualquier incertidumbre o falta de certeza sobre la existencia y el alcance de las reglas primarias del sistema jurídico. También institucionalizan la producción normativa facilitando la creación y revisión de las reglas del sistema jurídico y corrigen los posibles supuestos de ineficacia de las obligaciones jurídicas.

En este sistema de reglas, existe una regla fundante o regla de reconocimiento, en que se encuentra el remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias. La regla de reconocimiento dota de unidad y coherencia al sistema jurídico, determina cuáles son, en su momento, las obligaciones jurídicas válidas y exigibles dentro de una comunidad y es el fundamento último de la legitimidad del sistema jurídico.

A la *regla de reconocimiento* de Hart, se le ha identificado con la norma hipotética fundamental de Kelsen, pero la diferencia está en que este último hacía descansar la legitimidad última de las decisiones jurídicas (que desarrollan al Derecho o lo aplican), en un presupuesto lógico trascendental; mientras que Hart encuentra esa legitimidad en un concepto sociológico. La regla de reconocimiento solo existe como una práctica compleja que sirve como referencia a los criterios de tribunales, funcionarios y particulares. Su existencia es práctica, de facto. Es una regla consuetudinaria realmente seguida por los aplicadores del Derecho.

Además de la regla de reconocimiento, en el sistema jurídico existen reglas de cambio y reglas de adjudicación. Las primeras son reglas secundarias que establecen cuáles son los procedimientos válidos para introducir o modificar normas jurídicas. Las *reglas de adjudicación o aplicación* son reglas que institucionalizan medios o procedimientos para afrontar la posible ineficacia coyuntural de las reglas primarias de obligación. Es decir, son reglas que ante la trasgresión de las reglas primarias, proveen las sanciones centralizadas del sistema.

Hart hace una aportación sociológico-lingüística a la teoría positivista, de manera que la actividad interpretativa y la toma de decisiones judiciales son actividades sometidas a reglas y de ahí deriva, precisamente, la autoridad o legitimidad de aquéllas. Sin embargo, eso no implica que no exista un margen de discrecionalidad ineludible en la aplicación del Derecho, que debe permitir un

haz de soluciones interpretativas posibles, más allá del razonamiento lógico-deductivo.

La teoría de Hart en cuanto a su tesis de la discrecionalidad podría resumirse en tres puntos principales:

1. Presupuesta la **textura abierta** del Derecho o zona de penumbra, en que los jueces tienen ante sí un margen de decisiones posibles. **Se pueden esperar del tribunal decisiones interpretativas distintas**, que estarían fundadas si se adoptan prudentemente dentro de un margen de apreciación permitido por las normas secundarias.
2. **La decisión adoptada es válida excluyendo la posibilidad de que el resto de las decisiones lógicamente posibles puedan ser tenidas en cuenta jurídicamente**, sin detrimento de que sea aceptada sin posibilidad de controversia.
3. **Las decisiones jurídicas se adoptan de acuerdo con reglas que operan como criterios o pautas** que controlan la decisión jurídica, determinándola, a veces de manera precisa, y en ocasiones, de manera incompleta.

Es decir, *no existe en Hart una idea de completitud del Derecho* en todo caso, pero eso no significa que el sistema no aporte reglas lo suficientemente determinadas para suministrar criterios o pautas de decisión correcta. Las reglas jurídicas entonces, no son predicciones, sino criterios o pautas a seguir.

Esta forma de ver al positivismo considera que las reglas del sistema jurídico son suficientes a pesar de los márgenes de discrecionalidad, para establecer qué decisión es correcta y cuál no. Únicamente son esas reglas – sustentadas en el ámbito primario y secundario- las que pueden hacer posible el fundamento y la crítica de las decisiones jurídicas, lo demás son sólo opiniones, que no entran al sistema jurídico.

La revisión sociológica del positivismo jurídico que realizó Hart, permite que la validez de las decisiones jurídicas descansen también en formas de vida (jurídicas), que se consolidan caso por caso, y –con mayor razón- en los de difícil decisión que incorporan una mayor dosis de discrecionalidad. Es posible el éxito de aceptación de la decisión jurídica si se considera a la actividad judicial como prudente y sometida a reglas.

La crítica a los planteamientos positivistas de Kelsen y Hart se centra en el hecho de que el margen de apreciación o de discrecionalidad derivado de la “textura abierta del Derecho” o del planteamiento de casos difíciles vulnera los valores tradicionales de verdad y seguridad jurídica.

En este margen de apreciación libre, los fundamentos de la decisión dejan de ser jurídicos, para considerarse una cuestión voluntarista o política.

Es decir, la crítica a Kelsen y Hart es la apertura de los espacios de un “no Derecho” en la decisión jurídica, difícilmente conciliables con los principios de legalidad, seguridad jurídica y neutralidad.

Esta apertura de espacios fue materia de rechazo a la solución positivista para casos no previstos en la ley, a dejar puertas abiertas o resquicios de discrecionalidad que escapen al control metodológico de la ciencia del Derecho.⁹⁸

⁹⁸ De este tipo de posturas hermenéuticas se ocuparon Emilio Betti y Hans-Georg Gadamer, el primero jurista y el segundo, filósofo, en el marco de la corriente denominada “Nueva Hermenéutica”, que tuvo en cuenta aspectos que pasaban desapercibidos a la metodología jurídica tradicional; es decir, temas que tienen que ver con la dimensión subjetiva de la decisión jurídica, los “prejuicios”, los criterios económicos y políticos, argumentos racionales obviados por el modelo simplificado ideológica y prácticamente, por un modelo hermenéutico basado en el razonamiento deductivo y en la semántica de la voluntad. El postulado neurálgico de esta teoría es la crítica a la creencia de que siendo el significado de la ley producto de una voluntad legisladora que aúna poder y razón, pueden promulgarse leyes que prevean de una vez por todas y sin resquicio alguno, las soluciones jurídicas pertinentes para cualquier hecho que se haya de juzgar. Y no es que se renuncie al dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, sino que lo que se ataca es la forma de explicar ese dogma que encierra en la expresión lingüística de la ley, de una vez por todas y sin lugar a dudas, todas las soluciones jurídicas de cualquier caso que hipotéticamente pudiera presentarse. El intérprete debe realizar una operación más compleja e importante que la de poner en relación los hechos con la norma para que en función del juego lógico de las premisas se obtenga la solución del caso. Y esta tarea adicional es el postulado del tránsito subjetivo y la actualidad del “entender”. Para modificar las rutas de construcción dogmática, se debe adecuar la mentalidad de los juristas teóricos dotándola de sentido práctico.

Es importante destacar que bajo la teoría hermenéutica, Betti descarta cualquier tipo de relativismo, y tiene muy presentes las nociones de objetividad ideal, referida a los valores, frente a la objetividad real de los datos fenoménicos de la experiencia. La objetividad ideal no debe concebirse como un sistema fijo y trascendente, más allá de las conciencias individuales y fuera de cualquier relación con la historia. Más bien, debe haber una síntesis de la objetividad ideal de los valores y la subjetividad de la conciencia en la aplicación de los mismos, lo que provoca la “existenciación fenoménica” de esos valores y su actualización. La conclusión interpretativa entonces no es discrecional y en cada momento sólo puede existir una única interpretación válida aunque no definitiva. La paradoja, bajo estos presupuestos, es que por un lado se impone al intérprete una exigencia de objetividad, que no es realizable sino a través de su subjetividad. Entonces, ¿cómo se conjuga la subjetividad inherente a la espontaneidad del entender, con la pretensión de respetar la objetividad? La solución que da la teoría hermenéutica es la existencia de una estructura mental común, resultante de la mediación entre la objetividad ideal de los valores y la subjetividad de la conciencia. Y esta estructura mental común sólo se podría dar mediante los procesos de comunicación social (BETTI, Emilio. *Teoría Generale della Interpretazione*, T. I. Giuffré, Milán, 1955, pp. 49, 304 y ss., y T. II, p. 803).

Hans Georg Gadamer por su parte, encontró que la interpretación en el Derecho es paradigmática para elucidar lo que es la comprensión analizada desde un enfoque filosófico. En su opinión, la interpretación que realizan los juristas de las fuentes legales es una tarea eminentemente práctica que consiste en la mediación de la idea jurídica con las circunstancias actuales, a partir del caso. La nueva hermenéutica critica a la hermenéutica tradicional, en el sentido de que el trabajo del intérprete no es simplemente reproducir lo que se dice o se dijo, sino que tiene que actualizar el significado del texto desde la concreta situación dialógica en que se encuentra. El intérprete ha de asumir el cambio del contexto circunstancial en que se

1.4. EL MODELO ARGUMENTATIVO Y LAS PRINCIPALES TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

Las insuficiencias del método jurídico tradicional ponen en claro que los temas de la seguridad jurídica y la certeza del Derecho no han dejado de preocupar tanto a teóricos como a juzgadores. La crítica a Kelsen y Hart, así como a las corrientes antiformalistas del Derecho es que dejan abiertos espacios de no Derecho en la decisión jurídica. Es decir, la existencia de márgenes irreductibles de discrecionalidad y la imposibilidad de alcanzar decisiones unívocas desde el texto de la ley. Las teorías hermenéuticas trataron de hacer frente al reconocimiento de la incidencia de factores materiales (subjetivos, contextuales, ideológicos, económicos, axiológicos) en la decisión jurídica, tratando de encontrar la posibilidad de la objetividad, mediante planteamientos metodológicos.

Pero las opciones metodológicas para solucionar este problema han sido también planteadas por las teorías de la argumentación jurídica que básicamente descansan la objetividad de la decisión en la argumentación racional. Sus soluciones tienen fundamentos epistemológicos e ideológicos que coinciden en la defensa de una estrategia argumentativa basada en criterios de

haya producido el texto para darle su función normativa. En este sentido es como el intérprete tiene un papel creativo, lo que anula a las teorías basadas en la semántica de la voluntad. En resumidas cuentas, la nueva hermenéutica jurídica invalida el esquema metodológico de la subsunción de los hechos concretos en la norma jurídica, como una operación lógica unilateral según el modelo del silogismo práctico. La hermenéutica jurídica es presentada por Gadamer como un tipo particular de la hermenéutica en general. Así, la interpretación de la ley equivale a la comprensión de un texto, que presupone la anticipación de un sentido y la integración del texto, lo que se da a través de la captación de su significado, proceso que comienza con la captación del significado de cada palabra aisladamente, para alcanzar la conexión del sentido global del texto y, en la medida que se avanza, se hace necesario revisar nuevamente el sentido de las palabras aisladas en una especie de movimiento de circularidad dialógica entre las partes y el todo (**GADAMER, Hans-Georg**. *Verdad y Método*. Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, T. II, p. 333).

La nueva hermenéutica jurídica aboga por un Derecho vivificado, aunque el modelo no abandona un razonamiento de carácter intelectual, pero el soporte de racionalidad ya no se liga a la voluntad del legislador o al momento de producción de la ley, como había marcado la tradición, sino que se construye sobre un discurso filosófico que hace frente a los aspectos materiales de la decisión jurídica (su dimensión subjetiva, los prejuicios, los valores), y ha encontrado un amplio eco en el panorama actual de las ciencias humanas y sociales. Sin romper con el orden dogmático como mecanismo de organización, legitimación y control de las decisiones hermenéuticas, proporciona una nueva dimensión al método que no abandona la idea de la certeza jurídica. La trascendencia de la visión de la nueva hermenéutica jurídica está en que abrió paso a las teorías de la argumentación racional. Es decir a que el carácter racional de la interpretación jurídica se desligue de la hipótesis dogmática que postula la racionalidad del legislador, para manifestarse como una exigencia del comportamiento gnoseológico racional del intérprete. Es decir, la restauración del papel creador del intérprete.

racionalidad, sin dejar de tener en cuenta los elementos materiales presentes en la decisión jurídica.

Las teorías de la argumentación jurídica, al reconocer las insuficiencias del método lógico deductivo, no renuncian al ideal de certeza, pero sí suponen un cambio radical en la manera de plantear la fundamentación de la objetividad hermenéutica y la propia racionalidad de la interpretación, en tanto actividad tendente a lograr un resultado. La objetividad descansa en la propia actividad racional del intérprete, al grado de afirmar que la solución correcta será la más razonable. La aceptabilidad que se tenga de una decisión jurídica de esta entidad descansa en la fuerza de las razones que le justifiquen.

Manuel Calvo, al estudiar a las teorías de la argumentación jurídica, encuentra que las más significativas son la teoría de la argumentación racional de Perelman, las llamadas teorías “neoempiristas” de la ciencia jurídica sobre la legitimación de las decisiones jurídicas, y la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, basada en el discurso racional de Habermas.⁹⁹

No obstante esta clasificación, considero que más que contar con diversas corrientes, se han venido haciendo aportaciones que han propiciado un constructo integral de metodología de resolución de conflictos que no sólo tienen como herramienta la tradicional deducción, sino la consideración de elementos de razón internos y externos al intérprete o argumentador, que lo conducen hacia la mejor de las soluciones en cada caso.

Así, el método que plantean las teorías de la argumentación jurídica se presenta no sólo como una herramienta de trabajo, sino como un lente a través del cual se concibe al fenómeno jurídico. Para las teorías de la argumentación la herramienta de la razón no sólo es adjetiva, instrumental, sino sustantiva, de entidad y de definición de concepción del Derecho.

Las teorías de la argumentación jurídica se sintetizan en la aspiración a establecer posibilidades de racionalidad práctica diferenciada de la teórica; en contar con mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación; distinguir la justificación interna y externa de la decisión; dilucidar una respuesta judicial descubierta o construida; señalar los elementos objetivos y subjetivos de la dimensión axiológica de las decisiones judiciales; y retomar los temas de razón y justificación en el razonamiento jurídico y de legitimidad democrática judicial. A partir de las teorías de la argumentación, el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico, ni el Derecho un sistema axiomático. El Derecho no sólo se conforma por reglas, sino por principios, directrices y argumentación. El

⁹⁹ Cfr. **CALVO GARCÍA, Manuel**. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, ob. cit., p. 218.

imperio de la ley ha quedado atrás, para abrirse a los principios y a la labor de los intérpretes y argumentadores¹⁰⁰.

En este sentido, el concepto de argumentación jurídica no es algo esencialmente nuevo y que podría identificarse como lo que se ha conocido tradicionalmente como metodología jurídica, porque el propósito de la argumentación es aclarar los procesos de interpretación y aplicación del Derecho y ofrecer una guía y una fundamentación al trabajo de los juristas. Hoy día, dice Atienza, la diferencia entre el concepto de *argumentación jurídica*, frente al de *método jurídico* radica en que la primera tiende a centrarse en el *discurso jurídico justificativo* (particularmente el de los jueces) y el *método jurídico* parece hacer referencia también a otra serie de operaciones ejecutadas por los juristas profesionales y que no tienen esencialmente un carácter argumentativo.¹⁰¹

Manuel Atienza explica que la teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años cincuenta que rechazaban a la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Las concepciones más relevantes, según este autor, fueron la tónica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin.¹⁰² En el análisis de las escuelas argumentativas haremos un recorrido por estos autores, como verdaderos precursores de la teoría contemporánea de la argumentación; retomaremos a Neil MacCormick, quien elaboró una teoría de referencia obligada, tanto descriptiva como prescriptiva de la argumentación, con lo que pretende que la corrección argumentativa se dé a partir de una regla universal, y

¹⁰⁰ La importancia de la argumentación en la cultura jurídica occidental que se ha suscitado en las últimas décadas, se explica por varios factores:

1. **Factor de orden teórico.** No ha existido tradicionalmente un interés particular en la dimensión argumentativa del Derecho y atender esta dimensión abre la ventana a la construcción de teorías jurídicas más completas.
2. **Factor de orden práctico.** La construcción del argumento es elemento esencial en la práctica del Derecho. Y es en el campo del desarrollo de un juicio en que tiende a destacar la dimensión argumentativa.
3. **Migración generalizada de los sistemas jurídicos.** Hoy día se está suscitando el paso del “Estado legislativo” al “Estado constitucional”, es decir, el paso de un Estado de Derecho regido por el imperio de la letra de la ley, a un Estado en que la interpretación y argumentación bajo los estándares normativos de la más alta entidad determinan las dimensiones jurídicas.
4. **Factor pedagógico.** Existe una exigencia incrementada de que la enseñanza del Derecho debe ser más práctica, menos volcada hacia los conceptos y más hacia el manejo argumentativo del material jurídico. No se trata de formar juristas que conozcan la base de datos del sistema, sino que tenga el conocimiento instrumental para manejar ese material.
5. **Factor político.** La autoridad ha sufrido una pérdida de legitimidad basada en la autoridad, y busca actualmente su basamento en la democracia, en el entendido de que ésta sea una democracia deliberativa y no sólo entendida como un sistema de gobierno.

(Cfr. **ATIENZA, Manuel.** *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 12 y ss.).

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 29.

la teoría de la argumentación práctica de Robert Alexy; se dedicará luego una especial atención a la lógica informal de Toulmin por el uso que se realizará de su teoría en Capítulos posteriores del trabajo; y, finalmente, arribaremos en la teoría de la argumentación jurídica que ha esgrimido el doctor Manuel Atienza, desde un punto de vista práctico integrador del Derecho.

1.4.1. Los precedentes de la teoría contemporánea de la argumentación: la tópica de Viehweg y la nueva retórica de Perelman.

Chaïm Perelman y Theodor Viehweg son considerados como los primeros modernos teóricos de la argumentación jurídica, para quienes ésta era más que la aplicación de la lógica deductiva, una técnica del pensamiento problemático. Utilizaron a la tópica como procedimiento de búsqueda de premisas y para construir una teoría de la argumentación como teoría del discurso persuasivo-convincente, dirigida a un hipotético auditorio universal¹⁰³.

1.4.1.1. La tópica de Viehweg.

El reverdecer de una metodología jurídica “problemática” se focaliza muy claramente en Theodor Viehweg, en su trabajo sobre la “tópica jurídica”, en que hay un giro teórico en la ciencia jurídica que toma en consideración la voluntad y los fenómenos jurídicos “*en funcionamiento*”, esto es, una perspectiva funcional del Derecho. En 1953 se publicó la primera edición de su obra *Topik und Jurisprudenz*, cuya idea fundamental consistía en reivindicar el interés en el modo de pensar tópico o retórico¹⁰⁴.

La tópica jurídica realiza una inversión del razonamiento jurídico que pasa a articularse desde la decisión jurídica y no desde la ley. Viehweg parte de la crítica del método lógico-deductivo, del logicismo de esta corriente y de su concepción del sistema jurídico como un recipiente de soluciones jurídicas para todos los casos que pudieran plantearse. Frente al método lógico-deductivo, reivindica un pensamiento problemático, un razonamiento jurídico orientado desde el problema al que se quiere buscar solución y adecuado a este fin.

¹⁰³ Cfr. **DEHESA DÁVILA, Gerardo**. *Introducción a la retórica y la argumentación*, ob. cit., pp. 59 y ss.

¹⁰⁴ Atienza apunta tres elementos a tener en cuenta en Viehweg: a) la resurrección de la tópica fue un fenómeno de la posguerra en Europa, no sólo en el Derecho, sino en la ciencia política, la sociología, la teoría literaria, la filosofía o la jurisprudencia; b) la obra de Viehweg es posterior a la irrupción de la lógica moderna en el mundo del Derecho (H.G. Von Wright, con su *Deontic logic*, de 1951), lo que explica que la idea central en Viehweg sea la contraposición de la lógica y la tópica; y c) hay un gran parecido entre Viehweg y las tesis de Edward H. Levi (**LEVI, Edward Hirsch**. *Introducción al razonamiento jurídico*. Trad. Genaro R. Carrió. Ed. Coyoacán, México, 2005) quien tuvo una gran influencia en el *common law* y en el análisis mediante ejemplos, caso por caso, de lo particular a lo particular.

Viehweg analizó el nacimiento, la evolución y el desarrollo de la tópica, que desde su punto de vista cayó en desuso por la generalización del pensamiento lógico-formal y el predominio del racionalismo, lo que se acentuó con la codificación. La tópica resurgió como técnica de pensamiento y se destacó por ser un procedimiento de búsqueda de premisas o *ars inveniendi*.¹⁰⁵ Las premisas de los retóricos imponen la carga de la argumentación a quien cuestiona, lo que da lugar a resultados diferentes. De esta manera, se rechaza a la lógica formal como único camino de interpretación.

Viehweg identificó que con el vuelco hacia la retórica se avanzaba de *un modelo lingüístico de la proposición* (deductivo o el que hemos denominado tradicional o aplicativo), a un *modelo de la proposición*. El primero es un modelo lingüístico que puede dar lugar a que se oculte la realidad, la pragmática de los hechos; y el segundo da lugar al libre juego de las directrices recíprocas que invitan a la coproducción y a la negociación inventante. Este segundo modelo – que también denominado como el de *la directriz*- podría promover la invención necesaria para el desarrollo y ofrecer una perspectiva de una notable teoría del Derecho crítico-lingüístico.¹⁰⁶

Viehweg planteó que una argumentación completa se da cuando se ha atendido la problemática de la fundamentación. Fundamentar implicar argumentar y contraargumentar, por lo que tal actividad sólo es posible si se satisfacen determinados deberes de comunicación. Precisamente la perspectiva retórica conduce a cuestionar el comportamiento recíprocamente correcto de los hablantes.

El discurso fundante significa formular aseveraciones que están sometidas a un deber de defensa y que sólo se mantienen cuando pueden satisfacer dicho deber. Las obligaciones son el ataque, la defensa y el pedido de explicación, lo que planteaba como una realidad “urgente” para que toda aseveración sea confiable para los demás:

“Dada la complejidad del mundo, la brevedad de nuestra vida y la limitación de nuestras capacidades, la obligación de no distorsionar nuestra realidad con aseveraciones infundadas tiene un interés general.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cfr. **VIEHWEG, Theodor**. *Tópica y filosofía del Derecho*. Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 1997, pp. 150 y ss.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 182-183.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 169. Interesante es ver cómo identificaba el problema en la teoría de la carga de la prueba, especialmente en el campo penal:

“Si el demandante no logra aportar la prueba debida porque no ha podido aclarar la maraña de los hechos, en la cuestión de jure se produce la clara consecuencia: in dubio pro reo, es decir, posiblemente la absolución. Todo jurista sabe que la carga de la prueba decide una gran parte de los procesos. Pero esto significa que, in

Los argumentos están contenidos en los lugares o *loci* –los *topoi* griegos– que son, por tanto, sedes o depósitos de argumentos; la tópica sería el arte de hallar los argumentos. La formación del juicio, por el contrario, consistiría en el paso de las premisas a la conclusión.

Viehweg caracteriza a la tópica mediante tres elementos estrechamente conectados entre sí: a) la tópica es, desde el punto de vista de su objeto, una técnica del pensamiento problemático; b) desde el punto de vista del instrumento con que opera, lo central es la noción de topos o lugar común; y c) desde el punto de vista del tipo de actividad, la tópica es una búsqueda y examen de premisas

En tanto *ars inveniendi*, la tópica es un procedimiento de búsqueda de premisas (tópicos) que nunca termina, pues los tópicos se entienden de un modo funcional, como posibilidades de orientación y conductores de pensamiento, que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas. Al *ars inveniendi* se contraponen el *ars iudicandi*, la lógica demostrativa que recibe las premisas y trabaja con ellas, lo que permite la elaboración de largas cadenas deductivas. Los tópicos son premisas no jerarquizadas que gozan de una presunción de plausibilidad e imponen la carga de la argumentación a quien los cuestiona, por lo que para la resolución de una misma cuestión, –desde Viehweg– cabría utilizar tópicos distintos, lo que conduciría a resultados diferentes.

Entonces, la jurisprudencia debe operar tópicamente, no como el método deductivo que trata de dotarle de carácter científico y sistemático, y que parte de lo establecido por el legislador sin la posibilidad de interpretar; sino como una incesante búsqueda de lo justo, a partir de lo cual emane el Derecho positivo.

Así, la propuesta de Viehweg se concreta en lo siguiente:

- 1) La estructura total de la jurisprudencia sólo se puede determinar desde el problema (el problema es qué es lo justo aquí y ahora);
- 2) Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y proposiciones, tienen que quedar ligadas con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él; y
- 3) Los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema.¹⁰⁸

praxi, deciden reflexiones que pertenecen al marco de la filosofía práctica” (*Ibídem*, p. 170).

¹⁰⁸ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 32 y ss.

La crítica a Viehweg es la imprecisión tanto en la noción de los tópicos, como de los problemas. Además de que el problema no puede reducirse a proclamas de lo que sea justo o injusto, sino a encontrar un método que permita discutir racionalmente sobre las cuestiones de justicia.

Sin embargo, este autor señaló la necesidad de razonar incluso donde no caben fundamentaciones concluyentes y de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica, que si bien no es algo que quede desarrollado desde la tópica, sí se continuó con posterioridad. Se dice que el mérito fundamental de Viehweg no fue haber construido una teoría, sino haber descubierto un campo de investigación.¹⁰⁹

1.4.1.2. La nueva retórica de Perelman.

Chaim Perelman pretendía eliminar de la idea de justicia todo juicio de valor, de manera que se pudiera formular una noción válida de justicia de carácter puramente formal: “*Se debe tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría*”. Pero para establecer cuándo dos o más seres pertenecen a la misma categoría, es necesario contar con otros criterios materiales de justicia, con lo que distinguió los siguientes: “*a cada uno lo mismo; a cada uno según lo atribuido por la ley; a cada uno según su rango; a cada uno según sus méritos o su capacidad; a cada uno según su trabajo; a cada uno según sus necesidades*”¹¹⁰. El problema es que la introducción de estos criterios implica necesariamente la asunción de juicios de valor. Así, Perelman se llega a plantear cómo es que se razona a propósito de valores.

Los juicios científicos son juicios de verdad, en cuanto se sustentan en enlaces lógicos universales y que definen a la realidad; sin embargo, en los sistemas normativos los principios más generales afirman *lo que vale y no lo que es*, por lo que el discurso se basa en juicios de valor. Por lo tanto, no existe una justicia absoluta fundada racionalmente.

Sin embargo, si bien el valor que funda a la justicia no obedece a criterios de racionalidad, la regla que la enuncia y el acto que la realiza sí tienen sustento racional. Es decir, una vez que hay acuerdo sobre determinados valores de justicia, es posible hablar de un procedimiento racional en el establecimiento y aplicación de las reglas de justicia concretas. Este procedimiento es lo que constituye a la teoría de la argumentación racional.¹¹¹

En el pensamiento jurídico hay una búsqueda constante de soluciones concretas, por lo que existe una tensión entre lo arbitrario y lo racional que hace

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 45 y ss.

¹¹¹ Cfr. **CALVO GARCÍA, Manuel**. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, ob. cit., pp. 218-220.

precisamente práctica a la razón. La racionalidad de la decisión descansa en el método.

Perelman trabajó en colaboración con la señora Olbrechts-Tyteca, quienes a partir de 1947, plantearon la idea de una elección, de una decisión o de una solución razonable mediante una lógica de los juicios de valor que no haga depender su concreción del arbitrio de cada uno. Ambos presentaron su teoría detalladamente bajo el título “*Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*”, en 1958, como una reanudación de la tradición de la antigua retórica¹¹².

Perelman partió de la distinción aristotélica entre razonamientos analíticos o lógico-formales, y los dialécticos o retóricos, en que se sitúa a la teoría de la argumentación. Se trataba de ampliar el campo de la razón más allá de la deducción para abarcar los razonamientos de las ciencias humanas, en el Derecho y en la filosofía, sin dejar de analizar la estructura y la lógica de la argumentación.¹¹³

La lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad, en que el paso de las premisas a las conclusiones es necesario, pues en tanto las premisas sean verdaderas, también lo será la conclusión. Por el contrario, los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, sino mostrar el carácter razonable y plausible de una determinada decisión u opinión.

La argumentación en Perelman es un proceso en que todos los elementos interaccionan de manera constante. Mientras que en la concepción deductiva y unitaria del razonamiento, la estructura es como un “encadenamiento” de ideas, una cadena de proposiciones que llevan una a la otra; en el discurso argumentativo la estructura se asemeja a la de un tejido, en que los argumentos se entrelazan, de manera que se obtiene una solidez muy superior a la del hilo de la deducción.

Además, la objetividad que se busca mediante el método de la argumentación racional descansa en la adhesión, en el acuerdo o en la aceptación generalizada de la decisión jurídica. Esto obliga a abundar en la distinción entre *convencer* y *persuadir*. La *convicción* implica tener por verdadero todo cuanto sea válido para todo ser que posea razón, en tanto la *persuasión* da lugar a tener por verdadero lo que está basado únicamente en la índole especial del sujeto. La retórica o argumentación racional no busca persuadir, sino utilizar argumentos capaces de convencer, válidos objetivamente. En este sentido, el argumento es eficaz no por el efecto, sino por los cánones de

¹¹² PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Trad. esp. de J. Sevilla Muñoz. Editorial Gredos, Madrid, 1989.

¹¹³ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 45-64.

aceptabilidad racional vigentes en una determinada comunidad científica. Por lo tanto, la teoría de la argumentación racional no habla de técnicas de elocuencia, sino de un procedimiento que refrende soluciones correctas.

Conforme a la distinción entre persuadir y convencer, cobra sentido el concepto de *auditorio universal*, que es pieza clave en esta teoría. Perelman y Olbrechts-Tyteca conciben como *argumentación persuasiva* a la que es válida para un *auditorio particular*, mientras que la *argumentación convincente* opera para el *auditorio universal* integrado por todos los seres dotados de razón. Este es el parámetro que mide la racionalidad en la decisión.¹¹⁴

Perelman reconoce que no existe una razón predeterminada e invariable, pero encuentra posible alcanzar un acuerdo universal sobre determinadas cuestiones, mediante el uso práctico de la razón. Aquí es donde radica el idealismo del presupuesto último de la objetividad retórica.

Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca dividieron el estudio de la teoría de la argumentación en tres partes: los presupuestos o límites de la argumentación, los puntos o tesis de partida; y las técnicas argumentativas o argumentos en sentido estricto.

En el tema de los *presupuestos de la argumentación*, tuvo en cuenta que ésta pretende la adhesión de los individuos al auditorio, por lo que se necesitan condiciones previas, que son contar con un lenguaje común entre el interlocutor y orador, lo que constituye el discurso. Además, existen tres géneros de éste, que es el deliberativo (ante la asamblea), el judicial (ante los jueces) y el epidíctico (que se da ante los espectadores que no tienen necesidad de pronunciarse –sermones religiosos o mítines políticos).

No obstante, se dice que la distinción más importante que efectúa entre los tipos de argumentación, es la que tiene lugar entre el auditorio universal, ante un único oyente y la deliberación con uno mismo. El término de auditorio universal es un constructo ideal y no una entidad objetiva, pero en tanto está integrado por todos los seres de razón, el discurso que se le dirige es de naturaleza filosófica.

Lograr la adhesión del auditorio por medio del uso del lenguaje, es el objetivo de la argumentación, en que el convencimiento no se da de manera objetiva, sino mediante la imparcialidad, que implica formar parte del mismo grupo que aquellos a los que se juzga, sin haber tomado partido de antemano.

Respecto de los temas de los *puntos de partida en la argumentación*, Perelman distingue al acuerdo, la elección y la presentación de las premisas.

¹¹⁴ Cfr. *ibídem*, pp. 223 y ss.; y PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, ob. cit., pp. 52 y ss.

Los objetos de acuerdo pueden ser relativos a lo real (hechos, verdades o presunciones), a lo preferible (valores, jerarquías y lugares de lo preferible). Los primeros pueden ser válidos para el auditorio universal y los segundos sólo son válidos para los auditorios particulares.

Los valores son objetos de acuerdo relativos a lo preferible, pues presuponen una actitud sobre la realidad. Los que son de carácter más general, como lo verdadero, el bien, lo bello o lo justo, sólo valen para el auditorio universal, pero en la medida que se precisan, se presentan solamente como conformes a las aspiraciones de ciertos grupos particulares.

Ahora bien, lo que caracteriza a un auditorio no es tanto los valores que admite, como la manera como los jerarquiza, y la forma de justificar la jerarquía consiste en recurrir a premisas de orden muy general, a lugares comunes o tópicos.

Para que una argumentación sea posible, es necesario presuponer una infinidad de objetos de acuerdo, en que la argumentación es selectiva tanto en su identificación como en su presentación. En esta operación son importantes la interpretación, las calificaciones y el uso de las nociones.

La utilización de ciertas formas verbales tiene relevancia en la presentación de las premisas: la expresión del pensamiento (afirmaciones, negaciones, aserciones, interrogaciones, prescripciones) y las figuras retóricas. Estas últimas las presenta como figuras argumentativas que atienden al efecto que cumplen en cuanto a la presentación de los datos, ya sea para imponer o sugerir una elección, argumentar la presencia de un determinado elemento, o crear o confirmar la comunión con el auditorio.

En cuanto a *las técnicas argumentativas*, Perelman se refiere a los procedimientos de enlace y de disociación. Los primeros se clasifican en *cuasilógicos* (cuya fuerza deriva de su proximidad con argumentos lógicos o matemáticos); argumentos *basados sobre la estructura de lo real* (ya sea a través de enlaces de sucesión o de coexistencia); y argumentos *que fundan la estructura de lo real*, (ya sea que se fundamenten en el caso particular o en la semejanza de estructuras existentes –analogía-).

Ahora bien, Perelman distinguió entre una retórica general y una retórica aplicada a campos específicos, como es el caso del Derecho, en que opera una lógica jurídica que no es una lógica formal, sino que constituye una rama de la retórica. Es más, la argumentación jurídica es el paradigma de la argumentación retórica:

“El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas (...). La lógica jurídica,

especialmente la judicial (...) se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del Derecho y de su funcionamiento en la sociedad”.¹¹⁵

El tema en la argumentación es que se trata de pasar de un argumento a una decisión, que en el mundo jurídico, en tanto preexiste una controversia, es difícil adoptar mediante un acuerdo y se impone así por la vía de la autoridad.

La nueva concepción jurídica estaría caracterizada por la importancia atribuida a los principios generales del Derecho y a los lugares específicos del Derecho (tópicos), de manera que se busca lograr una síntesis en que se tenga en cuenta el valor de la solución y su conformidad con el Derecho.

La crítica más significativa a la teoría de la argumentación racional es que parece retomar el esquema deductivo para dar científicidad y certeza a la decisión, pero la verdad científica se fundamenta en una razón práctica depositada en la ficción del auditorio universal.

No obstante, esto no resta importancia al hecho de que haya introducido de nueva cuenta las posibilidades retóricas de los argumentos jurídicos tradicionales y el haber aportado un amplio catálogo de argumentos racionales.

1.4.2. La “teoría estándar” de la argumentación jurídica: MacCormick y Alexy.

Junto con Robert Alexy, Neil MacCormick es considerado uno de los integrantes de las teorías de la argumentación jurídica, con el intento de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano y construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa. Que dé cuenta de sus aspectos deductivos e inductivos, formales y materiales, y que se sitúe entre la teoría del Derecho ultrarracionalista y una irracionalista.

1.4.2.1. MacCormick y la teoría estándar de la argumentación jurídica.

Según MacCormick, la argumentación práctica en general y la argumentación jurídica en particular cumplen una función de justificación, presente incluso cuando el fin es la persuasión, pues sólo se puede persuadir si los argumentos están justificados. Justificar una decisión jurídica significa dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el Derecho. Justificar una decisión práctica significa

¹¹⁵ PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, ob. cit., p.62.

necesariamente referirse a premisas normativas, pero las premisas normativas últimas, las que son origen de la cadena del razonamiento lógico, no son concluyentes; sino que implican una referencia a nuestra naturaleza afectiva y tienen una dimensión subjetiva.

Esto no significa que no pueda hablarse de una razón práctica en tanto que las razones deben poseer una nota de universalidad. Lo esencial es que la gente honesta y razonable pueda discrepar y adherirse a determinados principios en función tanto de nuestra racionalidad como de nuestra afectividad. Alrededor de esto es que gira la tesis de MacCormick.

El método que plantea parte de que en muchos casos las determinaciones judiciales se justifican de manera deductiva, lo que no necesariamente en su parecer resulta lógico. Para entender esta idea, se debe tener en cuenta que la expresión *lógica* se suele usar en al menos dos sentidos: uno técnico (el de la lógica deductiva) en que lo ilógico se desprende de la contradicción; y un segundo sentido en que la lógica equivale a lo *justo*. Bajo esta segunda óptica, una decisión es ilógica si es inconsistente con directrices generales o con principios del Derecho o si va en contra del sentido común, no obstante que en estricto sentido se deduzca la conclusión de las premisas.

De cualquier manera, lo cierto es que el razonamiento jurídico puede no ser lógico en el segundo de los sentidos apuntados, pero necesariamente tiene que serlo en el primer sentido. Es decir, la decisión jurídica debe tener un sustento lógico formal, sin que necesariamente se surta el sustento material.

Y es que en una decisión jurídica, en específico la judicial, intervienen premisas normativas sustantivas y adjetivas. Comprendidas en estas segundas existen, por ejemplo, la carga de la prueba, y si durante el proceso las partes no logran demostrar sus pretensiones conforme las normas adjetivas lo indican, el juzgador tendrá que pronunciarse conforme a lo probado, no obstante que eso afecte premisas generales, principios del Derecho o el sentido común.

Sin embargo, la justificación deductiva es limitada. Tiene como presupuesto que el juez debe aplicar las reglas del Derecho válido, lo que en ocasiones pesa más que el deber de hacer justicia; pero además el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, mediante criterios de reconocimiento compartidos por los jueces.

Además, los jueces no sólo enfrentan casos fáciles de solucionar con la deducción, sino que deben resolver casos difíciles por cuatro tipos de problemas: de interpretación, de relevancia, de prueba, y de calificación.

Existe un *problema de interpretación* si la norma aplicable admite más de una lectura. Hay *problemas de relevancia* cuando se cuestiona si existe o no una norma que sea aplicable al caso. Existen *problemas de prueba* en tanto probar

significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado, esto es, de una serie de proposiciones que son verificables en el presente, se infieren otras respecto de las cuales es necesario verificar su coherencia y la no violación de ninguna regla procesal de valoración de la prueba. Finalmente, los *problemas de calificación o de hechos* secundarios se suceden cuando no hay duda sobre la existencia de determinados hechos primarios, pero se discute si éstos se integran en un supuesto normativo.¹¹⁶

Según Atienza, para MacCormick justificar una decisión en un caso difícil significa cumplir con el requisito de universalidad, y que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema (cumpla los requisitos de consistencia y coherencia) y en relación con el mundo (sea un argumento consecuencialista).

El principio de universalidad exige que para justificar una decisión normativa se cuente con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio, como premisa mayor del silogismo judicial. Es decir, al tomar una decisión jurídica, se deben ofrecer razones particulares, pero también un enunciado normativo general que indique que siempre que se den tales circunstancias, debe tomarse tal decisión. Esto es lo que Toulmin ya había identificado como *la garantía* y que Mac Cormick denomina *exigencia de justicia formal*.

Ahora bien, el concepto de universalidad se distingue del de generalidad, en tanto la universalidad es un principio lógico que no tiene que ver con que la norma sea más o menos específica. Es decir, el hecho de que una norma sea más o menos específica en cuanto a su aplicación, no le resta el carácter universal, el cual sólo podría ser contrapuesto con una decisión que hiciera excepción a la regla, como puede ser una que en nombre de la equidad trate de evitar un resultado injusto.

Las decisiones jurídicas tienen que tener sentido tanto en relación con el sistema jurídico, como con el mundo y sus consecuencias. El que tenga relación con el sistema significa que satisface los requisitos de consistencia y coherencia. Es consistente en tanto se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas; y es también consistente en tanto las afirmaciones de prueba que se hagan respecto del pasado no entren en contradicción con las afirmaciones verdaderas sobre el presente. De ello deriva que los jueces tengan obligación de no infringir el Derecho vigente y de ajustarse a la realidad en materia de prueba.

Las decisiones además deben ser coherentes en términos normativos y narrativos. Una norma es coherente si puede subsumirse bajo una serie de

¹¹⁶ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 112-113.

principios generales o valores, que resulten aceptables en el sentido de que sean deseables, legítimos y valiosos. La coherencia normativa es un mecanismo de justificación en tanto presupone la idea de que el Derecho es una empresa racional en que las normas no son consideradas aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido, y en ese sentido, universales. La coherencia normativa también promueve la certeza del Derecho en tanto si bien no se puede conocer con detalle todo el contenido del ordenamiento jurídico, sí sus principios básicos.

Por otro lado, la coherencia narrativa pone a prueba las cuestiones de hecho cuando no es posible la acreditación directa por observación inmediata. El test de coherencia narrativa justifica que asumamos creencias y rechacemos otras, en relación con hechos del pasado, porque consideramos al mundo fenoménico como algo explicable en términos de principios de tipo racional.

Sin embargo, desde el punto de vista de la coherencia normativa la justificación es débil, y desde el punto de vista de la coherencia narrativa, la justificación es provisional. En el primer caso es así porque los principios y valores (que en MacCormick no guardan diferencia conceptual) son relativos y subjetivos; mientras que en el caso de los hechos, las percepciones a partir de las deducciones pueden ser engañosas.¹¹⁷

En la justificación de una decisión en los casos difíciles hay una interacción de argumentos a partir de principios y argumentos consecuencialistas. Es decir, la argumentación jurídica es esencialmente una argumentación consecuencialista.

Para comprender esto, hay que distinguir entre consecuencia y consecuencialismo, así como entre el resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la acción de un juez al decidir un caso, es que produce una norma válida. Las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado y conectados con él. Así, existen consecuencias conectadas

¹¹⁷ No obstante lo anterior, en la idea de coherencia normativa, MacCormick identifica el fundamento de dos argumentos de suma importancia para resolver casos difíciles: los *argumentos a partir de principios* y los *argumentos por analogía*. En este autor, los principios se caracterizan por ser normas generales y tienen una función explicativa, en tanto aclaran el sentido de una norma o de un conjunto de normas. Asimismo, en tanto los principios tienen un valor positivo, tienen una función de justificación. La diferencia entre las reglas y principios es que las primeras tienden a asegurar un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable, mientras que los segundos expresan el fin por alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta. Los principios son necesarios para justificar una decisión en un acto difícil, pero el argumento basado en algún principio no es concluyente, hasta en tanto no se base en una norma obligatoria. Además, aunque no lo dice así MacCormick, los principios no son absolutos, pues justifican en la medida en que sean enfrentadas con otras consideraciones en sentido contrario. Por otra parte, los argumentos por analogía mucho tienen que ver con argumentar a partir de principios, en tanto presuponen también la coherencia del Derecho e implican un ejercicio de valoración, pues las semejanzas entre los casos no se encuentran sino que se construyen.

causalmente con el resultado y otras consecuencias remotas que ya no están conectadas casualmente con la acción. Establecer cuáles son las consecuencias de una decisión es difícil, no obstante que tienen un papel importante en la justificación. Lo que importa son las consecuencias en el sentido de implicaciones lógicas y prever el tipo de conducta que autorizaría o prohibiría la norma establecida en la decisión.

Así, en el consecuencialismo de MacCormick se ha identificado un *utilitarismo de la regla*¹¹⁸, que toma en cuenta no sólo las consecuencias para las partes en un caso particular, sino las consecuencias de la norma en que se basa la decisión en relación con los valores que afirma o reafirma, y que tienen implicación universal.

De esta manera, en MacCormick la justificación de las decisiones judiciales utiliza dos tipos de razones sustantivas: unas de tipo finalista –en tanto se promueve cierto estado de cosas que se consideran valiosas- y razones de corrección -que justifican una decisión por considerarla correcta o buena en sí misma-.

Ahora bien, MacCormick no presenta decisiones concluyentes, es más, para cada caso difícil no existe una única respuesta correcta, lo que se contrapone a la tesis racionalista de Dworkin, pero sin llegar tampoco a un extremo irracionalista.

Es así que la suya es una tesis de racionalidad práctica en que a favor de una acción debe darse algún tipo de razón, ya sea de tipo valorativo o finalista, ubicada en tiempo, personas y lugar que la objetiven. Las razones a favor de una acción pueden entrar en conflicto, por lo que deben existir razones de segundo orden que impliquen principios cuya validez se extienda a momentos diferentes y a distintos agentes y casos, de manera que al final del proceso de generalización, se llega a la construcción de una serie de valores o bienes permanentes.

El ejemplo más vivo de este tipo de valores permanentes es la racionalidad, que se manifiesta como una virtud técnica – en cuanto sirve para la adecuación de los medios a los fines y en la sistematización de principios-, pero también es limitada, pues para descubrir las razones últimas siempre tendremos que recurrir a otras virtudes humanas más allá de la racionalidad.

En el marco de la razón práctica es que se justifica un procedimiento jurídico racional, en que hay normas universales y consistentes, así como jueces y legisladores, que integran un sistema de racionalidad con arreglo a valores y que suministra razones estables. No obstante, ningún procedimiento jurídico

¹¹⁸ Así lo califica **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 124.

racional puede impedir que surjan conflictos de interpretación o de calificación, a resolverse según los criterios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias.

Incluso, en algún estado de la argumentación jurídica se tiene que arribar a elecciones últimas –como puede ser entre criterios de justicia, de utilidad o de oportunidad- a favor de las cuales será necesario aportar razones que no podrán ser concluyentes porque su sustrato no será racional.

Entonces concluye MacCormick que estas elecciones deben presentarse en personas que más allá de la racionalidad práctica, posean cualidades de buen juicio, perspicacia, sentido de justicia, humanidad o valentía.

Entre las críticas que se han generado acerca de la teoría de MacCormick una muy destacada es que sostenga que la verdad fáctica radica en lo que establezcan los jueces o alguna instancia jurídica de determinación. El valor de verdad lo adscribe a la autoridad, lo que según Alchourrón y Bulygin¹¹⁹ constituye un error, por no distinguir los conceptos de verdad y de prueba.

La verdad es un enunciado empírico, fáctico y depende tanto de las reglas semánticas como de los hechos a que se refiere el enunciado. Pero el Derecho no está interesado en la verdad sino en resolver los conflictos sociales y eso depende de la prueba, que es la que impone criterios para encauzar la discusión. Además, si la última decisión tiene un sustrato justificativo de verdad última, entonces la estamos haciendo infalible, y en tanto esta decisión depende del juez o de la autoridad, la consecuencia sería que estos también son infalibles.

También señala MacCormick que la conducta de los jueces es la de hacer justicia de acuerdo con el Derecho, lo que conecta estrechamente al razonamiento jurídico con el razonamiento moral, pero no se resuelve la forma en que un juez pudiera estructurar válidamente interpretaciones *contra legem*, es decir, cuando opinara que el Derecho positivo no otorga una solución justa. Se plantea la posibilidad, pero ésta entra en contradicción en cuanto persiste la necesidad de la adecuación al sistema. Pareciera entonces –y esta es una crítica que hace Atienza- que la de MacCormick es una tesis que termina por legitimar al sistema jurídico establecido, que en circunstancias de tiempo y lugar ha aceptado el imperio de ciertos valores y principios con carácter universal, a partir de los cuales los agentes jurídicos con autoridad se encargan de que las decisiones a los conflictos sociales guarden coherencia, consistencia y aceptabilidad de las consecuencias, al dictar resoluciones -que si bien puede haber varias para un mismo caso-, la legítima y verdadera será la que dicte la autoridad.

¹¹⁹ Cfr. **ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio E.**, “Limits of Logic and Legal Reasoning”, 1990, cit. por **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 135-136.

1.4.2.2. Alexy y la argumentación como discurso racional.

Robert Alexy planteó una teoría de la argumentación práctica para descender al mundo jurídico, con apoyo en la teoría del discurso de Habermas, es decir, bajo el concepto de un acto lingüístico entre varios participantes con opiniones contrapuestas, que atendiendo a determinadas reglas, arriban a resultados válidos. El discurso representa una vía cooperativa y pacífica de resolución de conflictos, en donde la única coacción es la del mejor argumento.¹²⁰

A diferencia del teórico, el discurso práctico no problematiza sobre la verdad, ni la justifica aduciendo hechos, pues la pretensión de validez es la rectitud o corrección normativa sustentada en normas socialmente compartidas.

La teoría de Alexy descansa en la formulación de un conjunto de reglas que integran un procedimiento que permite distinguir entre justificaciones correctas e inaceptables, de manera que el discurso jurídico permita resolver los problemas de conocimiento y cumplimiento, pero condicionado por la estructura del Derecho.

Según ha analizado Atienza, la teoría de Alexy coincide sustancialmente con la de MacCormick. Según su apreciación, han recorrido la misma vía, pero en sentidos opuestos.¹²¹ Mientras MacCormick parte de las argumentaciones o justificaciones de las decisiones tal como tienen lugar en las instancias judiciales, para elaborar una teoría de la argumentación jurídica, Alexy parte de una teoría de la argumentación práctica general, con la pretensión de analizar la estructura de los argumentos e incorporar elementos de tipo empírico.

La teoría de Alexy, como la de Habermas¹²², se caracteriza por ser una teoría procedimental, lo que significa que un enunciado normativo es correcto si es fruto de un procedimiento.

¹²⁰ Cfr. **CÁRDENAS GRACIA, Jaime**. *La argumentación como Derecho*, ob. cit., p. 29.

¹²¹ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., p.149.

¹²² En tanto Alexy basa sustancialmente su teoría en la del discurso de Habermas, es necesario hacer un alto en ella, para comprender sus alcances básicos. Habermas sostiene que las cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente, a través de la fuerza del mejor argumento. Esto es, que el resultado del discurso práctico puede ser racionalmente motivado, es decir, las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad. La verdad planteada tiene un sentido lato que se fija por la consensualidad, que se contrapone al concepto de verdad por correspondencia entre enunciados y hechos. Habermas construye un concepto de verdad desde un nivel semántico, si está referida al sentido de las proposiciones o de las normas; hasta un nivel pragmático, referida a los actos que se realizan al decir algo (afirmaciones, promesas, mandatos, etcétera). Es decir, hay un nivel de verdad sólo en el sentido lingüístico, semántico *-locucionario-* y otro al nivel de lo que se realiza al momento de hablar – ilocucionario- (“La verdad sólo puede establecerse mediante la praxis frecuente e ingeniosa de

la comprensión". **HABERMAS, Jürgen.** *Conciencia moral y acción comunicativa.* Trotta, Madrid, 2008, p. 31).

Según Habermas, en todo acto de habla dirigido a la comprensión mutua, el hablante erige una pretensión de validez, pretende que lo dicho por él sea válido o verdadero en un sentido amplio. Esta pretensión de validez tiene diferentes significados según el tipo de acto de habla:

- De los *actos de habla constatativos* (afirmar, referir, narrar, explicar, predecir, negar, impugnar) el hablante pretende que su enunciado sea *verdadero*.
- De los *actos de habla regulativos* (mandatos, exigencias, amonestaciones, excusas, recomendaciones, consejos), se pretende que el enunciado sea *correcto*.
- De los *actos de habla representativos* (revelar, descubrir, admitir, ocultar, despistar, engañar, expresar), se pretende que el enunciado sea *sincero o veraz* (El doctor Arturo Berumen explica a este tipo de actos como "expresivos", cuyo elemento ilocucionario es la manifestación de actitudes, emociones o decisiones. Recordemos que Habermas identifica entre los elementos del lenguaje a la intención –que es el elemento ilocucionario-. Cfr. **BERUMEN CAMPOS, Arturo.** *El Derecho como sistema de actos de habla. Elementos para una Teoría Comunicativa del Derecho.* Facultad de Derecho UNAM y Porrúa, México, 2010, p. 18).
- De los *actos de habla consensuales* (los que tienen como meta la obtención de un consenso o acuerdo) se presupone el *reconocimiento recíproco*.

El reconocimiento recíproco depende de que se cumplan las siguientes pretensiones de validez:

- Tiene que elegirse una *expresión inteligible*, para que hablante y oyente *puedan entenderse entre sí*.
- El hablante debe tener intención de comunicar un contenido proposicional *verdadero*, para que el oyente pueda *compartir el saber*.
- El hablante tiene que querer manifestar sus intenciones *verazmente* para que el oyente pueda *creer en sus emisiones*.
- El hablante tiene que *elegir una emisión correcta* en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que *puedan coincidir entre sí*, en cuanto al trasfondo normativo conocido.

Para el caso de los enunciados evaluativos, debe haber adecuación de los estándares de valor, a través de la demostración de su preferibilidad ("Estas pretensiones [de verdad, corrección normativa y sinceridad] suscitan una valoración crítica de forma que el reconocimiento intersubjetivo de las respectivas pretensiones pueda servir como fundamento para un consenso motivado racionalmente". **HABERMAS, Jürgen.** *Conciencia moral y acción comunicativa*, ob. cit., p. 36).

Cuando se problematizan las pretensiones de verdad es cuando se configura el discurso. Es cuando el hablante debe aportar razones para fundamentar la verdad de sus aserciones en el plano teórico, o la corrección de las acciones o normas, en el plano práctico. La inteligibilidad es condición, pero no objeto de la comunicación, y la veracidad no se reconoce en el discurso sino en las acciones.

En el discurso todos los participantes se someten a sí mismos a "la coacción no coactiva del mejor argumento", con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la validez de las pretensiones problemáticas. Esta validez debe ser considerada así por todos los sujetos racionales, logrado por un consenso en una situación de total libertad y simetría entre todos los participantes del discurso ("La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa. Esta racionalidad viene inscrita en el *telos* que representa el entendimiento intersubjetivo y constituye un *ensemble* de condiciones posibilitantes a la vez que restrictivas." **HABERMAS, Jürgen.** *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, ob. cit., p. 65). Estas ideas de simetría y libertad son las que constituyen más adelante las reglas del discurso racional de Alexy, las que denomina reglas de razón.

Las reglas del discurso racional son tanto semánticas como pragmáticas y para fundamentarlas, Alexy propone cuatro vías que en su aplicación no deben ser aisladas, sino combinadas¹²³:

1. Considerar las *reglas del discurso como reglas técnicas*. Las reglas del discurso práctico racional pueden ser consideradas como normas para la fundamentación de normas, en tanto el fin del discurso es la eliminación no violenta del conflicto.
2. Mostrar que ciertas *reglas rigen de hecho*; es decir, que son seguidas realmente en medida suficiente. (fundamentación empírica).
3. Analizar *las reglas que definen un juego de lenguaje* (fundamentación definitoria).
4. Mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística. (*vía pragmático-trascendental o pragmático-universal*).

De manera concomitante con estas reglas, plantea una clasificación de reglas y formas del discurso práctico general¹²⁴:

1. *Reglas fundamentales*. Estas reglas enuncian los principios de no contradicción, de sinceridad, de universalidad y de uso común del lenguaje. Su validez es condición para cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o de la corrección, y se aplican tanto al discurso teórico como al discurso práctico¹²⁵.
2. *Reglas de razón*. Son la regla general de fundamentación, de igualdad de Derechos, universalidad y no coerción (estas tres últimas corresponden a la situación ideal del diálogo habermasiano)¹²⁶.

¹²³ Cfr. **ALEXY, Robert**. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, ob. cit., pp. 179 y ss.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 184 y ss.

¹²⁵ Son las siguientes:

Ningún hablante puede contradecirse.

Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

Todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.

Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

¹²⁶ Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

i. Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

Todos pueden problematizar cualquier aserción.

Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

ii. A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus Derechos fijados, mediante coerción interna o externa del discurso.

3. *Reglas sobre la carga de la argumentación.* Son reglas esencialmente técnicas y sirven para facilitar la argumentación¹²⁷.
4. *Formas de los argumentos.* El discurso práctico tiene cuatro formas de argumentos específicos. Las dos primeras atienden a una forma general de argumento en que un enunciado normativo cualquiera se fundamenta al aducir una regla de cualquier nivel y una razón¹²⁸:
5. *Reglas de fundamentación.* Estas reglas tienen el propósito de impedir que se abra un campo amplísimo de indeterminación, para lo que Alexy formula tres variantes del principio de universalidad:¹²⁹
 - a. *Principio de intercambio de roles.*- Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.
 - b. *Principio de consenso.*- Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.
 - c. *Principio de publicidad.*- Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general¹³⁰.

¹²⁷ a) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligada a fundamentarlo.

b) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

c) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contrargumentos.

d) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que nos refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifiesto.

¹²⁸ a) *Por referencia a una regla.* En este caso, además de una regla, debe presuponerse un enunciado de hecho que describa las condiciones de aplicación de la misma. Por ejemplo:

A ha mentido

Es malo mentir

A ha actuado mal

b) *Por referencia a las consecuencias.* En que se sobrentiende que existe una regla que dice que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria o es buena. Por ejemplo:

Al mentir, A causa sufrimiento innecesario

Es malo causar sufrimiento innecesario

A ha actuado mal

Las dos siguientes formas de argumentos corresponden a un segundo nivel del discurso, en que se controviertan, respecto de los argumentos anteriores, los hechos o las reglas:

c) La problematización sobre los hechos se traduce en un discurso teórico.

d) La problematización sobre las reglas, plantea que éstas se justifiquen a su vez con la señalización de sus consecuencias, más una nueva regla que exija a la primera bajo una cierta condición.

Ahora bien, si se usan reglas distintas, se puede llegar a resultados incompatibles, por lo que hay que añadir reglas de prioridad, que establezcan las relaciones de prelación entre reglas, ya sea de manera absoluta o bajo determinadas circunstancias.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 197 y ss.

6. *Reglas de transición.* Necesarias para cuando en el discurso práctico surgen problemas que obligan a recurrir a otros tipos de discurso. Según estas reglas, para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso sobre:
- a. *Problemas sobre hechos.* (En especial, la predicción de consecuencias)
 - b. *Problemas lingüísticos y conceptuales.* (Problemas de comunicación)
 - c. *Cuestiones concernientes a la propia discusión práctica.* Discurso de teoría del discurso.

Frecuentemente los hablantes están de acuerdo sobre las premisas normativas, pero disputan sobre los hechos, y a menudo, el conocimiento empírico necesario no puede ser logrado con la certeza deseable, por lo que son necesarias reglas de presunción racional.¹³¹

Estas reglas no garantizan que con ellas se puedan resolver todos los problemas del conocimiento, ni alcanzarse un acuerdo para toda cuestión práctica, ni que alcanzándose dicho acuerdo todo mundo esté dispuesto a seguirlo. Ello, porque algunas reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada y porque todo discurso parte de las convicciones normativas de los participantes, las que pueden ser variables; además de que saber lo que es correcto no significa necesariamente que se esté dispuesto a actuar en ese sentido.

Entonces, el Derecho necesita estar justificado tanto en el ámbito normativo, para que aumente la posibilidad de resolver cuestiones prácticas, como en el ámbito coactivo, para quienes no están dispuestos a cumplirlo.

En esto, Alexy introduce tres tipos de procedimientos jurídicos, además del discurso práctico general relacionado con las reglas anteriores.

¹³⁰ Las siguientes son también *reglas de fundamentación que buscan garantizar la racionalidad de las reglas* a través de su génesis social e individual:

- a) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la *prueba de su génesis histórico-crítica*. Una regla moral no pasa semejante prueba:
 - Si aunque originariamente se pueda justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación.
 - Si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.
- b) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la *prueba de su formación histórico-individual*. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.
- c) Existe una regla más de fundamentación esencialmente práctica, que dice que hay que respetar los límites de realizabilidad de los hechos.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 200 y 201.

1. *Procedimiento de creación estatal de normas jurídicas.* El establecimiento de normas jurídico positivas tiene el sentido de seleccionar algunas de las normas discursivamente posibles, pero ningún sistema de normas jurídicas puede garantizar por sí mismo que todos los casos jurídicos puedan resolverse en forma puramente lógica, mediante el uso exclusivo de normas vigentes y de la información sobre hechos. Ello, en razón de la vaguedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas del método jurídico y la imposibilidad de prever todos los casos posibles.
2. *Procedimiento de argumentación jurídica o discurso jurídico.* El discurso jurídico tiene sus límites en cuanto no proporciona una única respuesta correcta para cada caso.
3. *Procedimiento judicial.* Que cierra la laguna de racionalidad, con lo que sólo queda una respuesta de entre las discursivamente posibles.

Aunque Alexy no lo distingue de esta manera, el primero y tercero de los procedimientos mencionados corresponderían al discurso legislativo y judicial, respectivamente, mientras que el segundo estaría referido a la dogmática jurídica.

Independientemente de estas clasificaciones, Alexy tiene muy claro que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, que se define por las reglas y formas del discurso práctico general y también por las específicas del discurso jurídico que implican la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática. Las decisiones jurídicas tienen, entonces, una justificación interna y otra externa, que implican la existencia de dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico:

1. *Justificación interna.* Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal; y la decisión jurídica debe seguirse al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones. Pero en los casos complicados en los que no cabe efectuar directamente la inferencia deductiva, hay que acudir a una forma más general de justificación interna que establezca diversos pasos de desarrollo, de manera que la aplicación de la norma al caso no sea discutible. Para ello hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo¹³².

¹³² El maestro Atienza proporciona aquí un ejemplo muy claro:

Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor.

Quien mata alevosamente comete un asesinato.

Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente.

Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión.

X mató a Y mientras este último estaba dormido.

A X se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

(Cfr. **ATIENZA, Manuel.** *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., p.166).

2. *Justificación externa.* Se refiere a la justificación de las premisas, que pueden ser:
- a) *De Derecho positivo.* Para cuya justificación consiste en mostrar su validez de acuerdo con los criterios del sistema.
 - b) *Enunciados empíricos.* Que se justifican de acuerdo con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de presunción racional y las reglas procesales de carga de la prueba.
 - c) *Reformulaciones de normas.* Para los que hay que acudir a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de precedentes, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica y a las formas especiales de argumentos jurídicos.

Alexy distingue seis grupos de argumentos interpretativos,¹³³ que sirven para justificar el paso de una afirmación a otra: semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos, y sistemáticos.

El problema de los cánones de interpretación es que cada uno podría llegar a resultados distintos, por lo que Alexy atribuye cierta prevalencia a los argumentos semánticos y genéticos, en tanto le dan vigencia al principio de universalidad. Tiene en cuenta que en el ejercicio de la ponderación es necesario considerar tres elementos: 1) la ley de la ponderación, 2) la fórmula de peso, y 3) las cargas de la argumentación; pero que Atienza engloba en el proceso de justificación externa.¹³⁴

La ley de la ponderación señala que “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”, que se mide a través del grado de afectación de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas o la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes.

Propone una fórmula de peso, con la asignación de valores numéricos a cada una de las variables y para el caso de que hubiere un empate, tendría que hacerse uso de las reglas sobre la carga de la argumentación.

Alexy también atribuye una importancia considerable a la dogmática jurídica, que tiene la *función de estabilizar el sistema jurídico*, pues fija durante un largo periodo determinadas formas de decisión; *de progreso*, porque amplía la discusión jurídica; *de descarga*, porque tiende a agotar la discusión; *técnica*, en tanto unifica y sistematiza la información; *de control*, en tanto permite decidir

¹³³ *Ibidem*, pp. 226 y ss.

¹³⁴ Cfr. ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la Argumentación*, ob. cit., p. 172.

casos en relación con los ya decididos; y *heurística*, en tanto la dogmática sugiere nuevas preguntas y respuestas.

Por otro lado, la argumentación a partir de los precedentes tiene mucho en común con la argumentación dogmática. El uso del precedente se justifica porque el campo de lo discursivamente posible no puede ocuparse de decisiones cambiantes e incompatibles entre sí. El uso del precedente es una extensión del principio de universalidad; no obstante, éste no puede ser absoluto puesto que ello iría contra las reglas del discurso, aunque la carga de la argumentación la tiene quien se aparta del precedente.

Finalmente, Alexy analiza diversas formas de argumentos jurídicos especiales, específicamente el *argumento a contrario* (como un esquema de inferencia válido lógicamente), la *analogía* (exigido por el principio de universalidad) y la *reducción al absurdo* (en que se toman en consideración las consecuencias).

No obstante, Alexy admite que el discurso jurídico tiene el límite de que si bien una solución que se haya alcanzado respetando sus reglas es racional, no garantiza que en cada caso se pueda llegar a una única respuesta, pues frente a un mismo caso, las reglas del discurso permiten que varios participantes lleguen a soluciones incompatibles, pues se relativiza conforme a los participantes en el discurso, que además se encuentran en un momento temporal determinado.

No obstante, el hecho de que los resultados puedan modificarse a lo largo del tiempo puede verse como una ventaja, pues esto permite que se puedan eliminar deficiencias existentes en un momento temporal anterior, y esto es posible también porque de acuerdo con Alexy, los valores últimos pueden ser también objeto de discusión racional.

Alexy entiende que una teoría de la argumentación sólo despliega su valor práctico en el contexto de una teoría general del Estado y del Derecho, en que tienen que reunirse los sistemas de procedimientos y de normas. El de procedimientos, que comprenda al discurso práctico general, la creación estatal del Derecho, el discurso jurídico y el proceso judicial; y el de normas, que comprenda a las reglas y a los principios.

Las *reglas* son normas que en tanto válidas, exigen un *cumplimiento pleno* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente; por tanto su aplicación es a través de la *subsunción*. Los *principios*, en cambio, son normas que ordenan que se realice algo en la medida de lo posible jurídica y fácticamente; entonces, los principios son *mandatos de optimización* que pueden ser cumplidos en diversos grados y su aplicación es mediante la *ponderación*.

El modelo del Derecho en tres niveles de Alexy (las reglas, los principios y los procedimientos) no permite, como ya lo hemos visto, alcanzar siempre una

única respuesta correcta para cada caso; no obstante; la pretensión de corrección hace que el autor no abandone del todo la posibilidad de ésta como ideal de los participantes del discurso.

De cualquier forma, la pretensión del modelo es permitir un mayor grado de racionalidad práctica y que constituya un paradigma de racionalidad incorporado en el Derecho moderno, en el marco de un Estado democrático y constitucional.

Las críticas a esta teoría han sido múltiples y se identifican como objeciones tanto para Alexy como para Habermas. Se ha criticado, por un lado, su teoría del discurso y, por otro, la tesis de que la argumentación jurídica sea un caso especial del discurso práctico general. En cuanto a lo primero, se objeta que la verdad o la corrección de los enunciados sea algo que se pueda desprender de un procedimiento; que la fundamentación de los enunciados teóricos y prácticos implique un proceso comunicativo o dialógico; que se ponga énfasis en la noción del consenso, y se cuestionan las reglas del discurso racional.

Un punto altamente sensible de la teoría de Alexy es que el criterio de verdad se base en el procedimiento discursivo, pues eso propicia que se haga depender de las opiniones subjetivas de los participantes, en demérito de su objetividad. Hubiese hecho falta a Alexy, según sus críticos, distinguir entre el concepto de justificación –que es subjetivo- de la fundamentación –que es objetiva. Ahora si la verdad se basa en el respeto al procedimiento, ¿qué sucede si no se llega a un consenso?

También se cuestiona que la comunicación lingüística parta de la sinceridad, pues si es así, el juez no podría comunicarse con el inculpaado, quien tiende por natura a defenderse con afirmaciones falsas.

Otra crítica destacable es que existe un problema en la fundamentación de las normas jurídicas, que toman como base un acuerdo entre las partes implicadas, pues aunque queramos que el acuerdo sobre ello sea racional, fundado en argumentos y de ser posible, en argumentos morales en que haya consenso, lo definitivo es un acuerdo fáctico, fundamentado en la participación del poder.

Javier Murguerza objeta que se haya enfatizado excesivamente en la importancia del consenso y se haya dejado de lado al disenso, que incorpora fenómenos que pueden alterar un orden sistémico, pero que son reales, como la lucha de clases, las huelgas laborales, las protestas, la contaminación, el desempleo o la opresión de la mujer.¹³⁵

¹³⁵ Cfr. **MURGUERZA, Javier**. *Desde la perplejidad. Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo*. México-Madrid-Buenos Aires, FCE, 1990, p. 133, cit. por **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., p.185.

Tuori,¹³⁶ lamentaba que Alexy no hubiese distinguido con claridad entre los discursos para justificar una norma y el dirigido a aplicarla. El primero justificaría la validez de la norma, por lo que exige tomar en cuenta los intereses de todos los afectados; y en el discurso para la aplicación, interesa mostrar su carácter apropiado, a partir de cada situación. Esto es, tomar en cuenta las circunstancias del caso.

En cuanto a su aplicabilidad, si bien Alexy estaba consciente de las limitaciones de su teoría, en tanto no era posible alcanzar una única solución correcta para cada caso. Las reglas del discurso jurídico que elabora parecen no dar solución a los casos difíciles, pues todas las opiniones se podrían mantener dentro de lo relativamente posible. Así, la crítica se erige en que la teoría de la argumentación jurídica de Alexy tiene como objetivo no el análisis o la descripción de la justificación de las decisiones jurídicas, sino la justificación de los propios procesos de justificación.¹³⁷

Esta crítica se traduce, desde el punto de vista ideológico, en que pareciera que esta teoría de la argumentación justifica un determinado modelo de Derecho, el del Estado democrático y constitucional, en tanto Alexy se propuso formular un código de la razón jurídica que se sitúe en el interior del código de la razón práctica general. Mientras en el plano general la perspectiva es normativa, en el plano del argumento jurídico, es descriptiva de un método tradicional. Aplicable para los casos fáciles, probable para los casos difíciles e imposible para los casos trágicos para los que no hay ninguna respuesta correcta.¹³⁸

1.4.3. La lógica informal de Stephen Toulmin.

Con posterioridad a Perelman, Toulmin no se inspiró en la recuperación de la tradición tópica o retórica, sino que partió de la idea de que la lógica es una disciplina autónoma que tiene que ver con la manera como los hombres piensan,

¹³⁶ Al analizar la racionalidad comunicativa del Derecho en Habermas, lo señala como “influenciado” por Alexy, quien en su opinión toma a la validez de los argumentos en las pretensiones legales como base del contenido del procedimiento discursivo, pero la validez de cada uno de los argumentos –en su opinión- no prueba nada sobre el procedimiento en el cual se toman las decisiones en cada caso. Cfr. **TOURI, Kaarlo**. *Critical Legal Positivism*. Ashgate Publishing Limited, England, 2002, pp. 111 y 112.

¹³⁷ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 199.

¹³⁸ Los casos trágicos para Atienza son aquellos en que la norma que resulta aplicable es injusta y para los que no se da ninguna solución para superarlos, es decir, dejar justificadamente de aplicar la ley.

argumentan e infieren de hecho, pero el campo en que sería adecuada su aplicación es en la matemática pura.¹³⁹

Su teoría está expuesta en el libro *The uses of argument* (1958), en que se propuso desplazar el centro de atención de la teoría lógica a la práctica lógica, que no interesara una lógica idealizada, sino una lógica operativa o aplicada, para lo que eligió como modelo a la jurisprudencia.

“La lógica (...) es jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden ser comparados con litigios jurídicos, y las pretensiones que hacemos y a favor de las que argumentamos en contextos extrajurídicos, con pretensiones hechas ante los tribunales, mientras que las razones que presentamos para justificar cada tipo de pretensión pueden ser comparadas entre sí. Una tarea fundamental de la jurisprudencia es caracterizar lo esencial del proceso jurídico: los procedimientos mediante los cuales se proponen, se cuestionan y se determinan las pretensiones y las categorías en cuyos términos se hace esto. Nuestra investigación es paralela: intentaremos, de modo similar, caracterizar lo que puede llamarse el proceso racional, los procedimientos y categorías mediante cuyo uso puede argumentarse a favor de algo y establecerse pretensiones en general.”¹⁴⁰

Toulmin parte del hecho de que la práctica de razonar y dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos, se traduce en la variedad de los usos del lenguaje, en que se distingue el instrumental y el argumentativo. Hay un uso instrumental cuando las emisiones lingüísticas consiguen sus propósitos sin necesidad de dar razones adicionales, por ejemplo, cuando se da una orden. Por el contrario, hay un uso argumentativo cuando las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas.

El término argumentación se refiere a la actividad de plantear pretensiones, cuestionarlas, respaldarlas con razones, criticarlas y refutar las críticas. Toulmin analizó la estructura de los argumentos, sus principales tipos y el uso de las falacias en el razonamiento jurídico. Los elementos de todo argumento –en Toulmin- son la pretensión, las razones, la garantía, el respaldo, los cualificadores modales y las condiciones de refutación.

La *pretensión* (claim) es el punto de partida y de llegada de todo argumento, es la manifestación de una posición inicial. Las *razones* (grounds) son las pruebas y los hechos que justifican la pretensión. Las razones no son

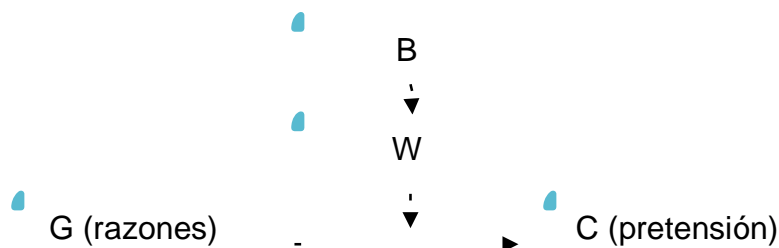
¹³⁹ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 81 y ss.

¹⁴⁰ **TOULMIN, S.** *Uses of argument*, cit. en *Ibídem*, p. 82.

teorías generales, sino hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate. La *garantía* (warrant) implica el uso de una regla o de un principio, o de ambos, que sirve para fundamentar la pretensión. Las garantías no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros. La distinción entre razones y garantía es la misma que existe en la argumentación jurídica entre enunciados de hechos y normas. El *respaldo* (*backing*) es la ley, el precedente, la norma constitucional que contiene la garantía.

Para demostrar que la garantía es superior a cualquier otra, existe el respaldo que se expresa en forma de enunciados categóricos sobre hechos. Además, la garantía no es una simple repetición de los hechos registrados en el respaldo, sino que tiene un carácter práctico y muestra de qué manera se puede argumentar a partir de tales hechos. Ahora, aunque tanto el respaldo como las razones se refieran a hechos, se distinguen en tanto que siempre se necesita de alguna razón para poder hablar de argumento y el respaldo sólo se hace explícito si se pone en cuestión la garantía.

Los cuatro elementos de los argumentos pueden representarse de la siguiente manera:¹⁴¹



Un argumento puede formar parte de una cadena de argumentos. La pretensión de un argumento puede funcionar también como una razón a favor de una nueva pretensión; las razones pueden convertirse en pretensiones que requieren de un nuevo argumento para ser justificadas y la garantía puede ser una nueva pretensión en un argumento distinto, y lo que antes era el respaldo pasa a ser una razón.

Toulmin busca en estas estructuras contar con un argumento válido o correcto, pero el grado de certeza del argumento puede ser mayor o menor.¹⁴² Si bien en la lógica deductiva los pasos son necesarios, las razones, la garantía y

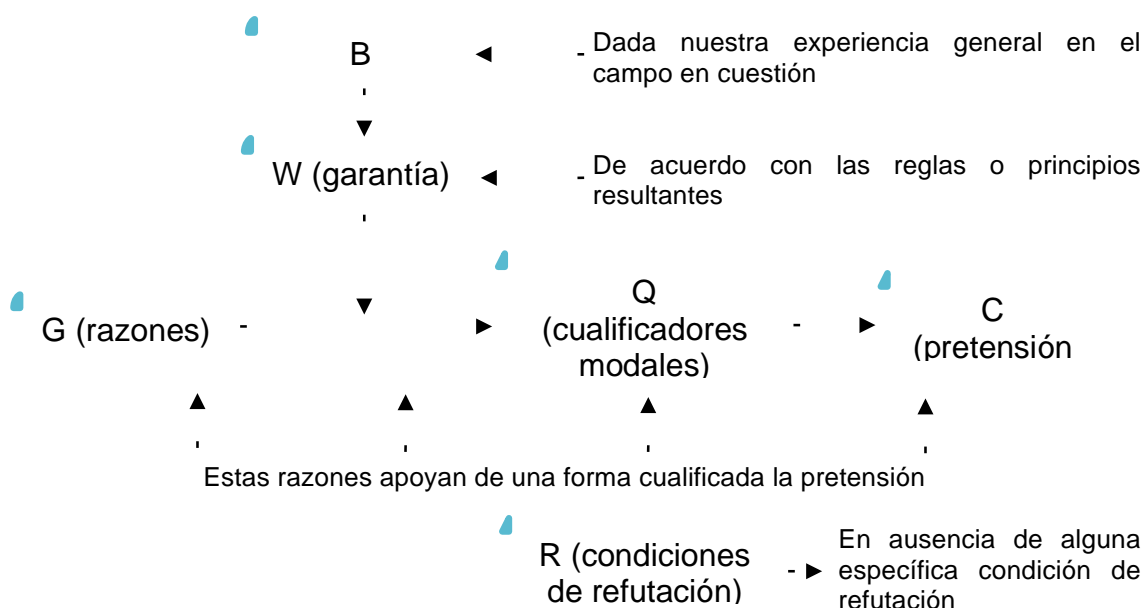
¹⁴¹ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 86.

¹⁴² La verdad se predica de un enunciado y queda reservada al conocimiento de los hechos, mientras que la validez o corrección se dice de los argumentos y se encuentra en función de las relaciones formales, bajo el dominio de la lógica.

el respaldo prestan a la pretensión un apoyo más débil que se expresa en cualificadores modales. Esto es, como las conclusiones en la argumentación no siempre son concluyentes, Toulmin utiliza la figura de *cualificador modal* para medir el grado de certeza o plausibilidad de una pretensión conclusiva, como “presumiblemente”, “con toda probabilidad”, “plausiblemente”, “según parece”, etcétera.

También existen ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos y a los que denomina *condiciones de refutación* (rebuttals).

El esquema del argumento se representa entonces de esta forma:¹⁴³



Estas seis categorías se explicitan de la siguiente manera:

- **G (razones-grounds).**- Los hechos, las pruebas, los datos o los argumentos que se tienen sobre un hecho determinado.
- **C (pretensión-claim).**- La tesis, opinión o hipótesis avanzada, la pretensión inferida a partir de los datos.
- **W (garantía-warrant).**- Las garantías o reglas generales a partir de las que sí se tienen ciertos “datos” o “argumentos” y que justifican ciertas tesis u opiniones, por ser sostenibles.
- **B (respaldo-baking).**- Fundamento de las garantías o fuente de las informaciones, datos ulteriores para sostener la tesis, que permiten garantizar las reglas generales o la verdad de los datos.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 87.

- **Q (cualificadores modales).**- Elemento que relativiza las tesis aducidas o los argumentos propuestos –“probablemente”, “quizá”, “por lo que parece”, “seguramente”, etc.-
- **R (condiciones de refutación-rebuttals).**- Dudas o reservas sobre la validez u oportunidad de la tesis¹⁴⁴.

Al analizar estas estructuras, el maestro Manuel Atienza destaca tres aspectos más a tener en cuenta:

- 1) Que todos los elementos de la argumentación están conectados entre sí, de manera que entre ellos hay una estrecha dependencia;
- 2) Para que los argumentos adquieran fuerza es necesario que existan puntos comunes de partida; y
- 3) Lo que funciona como respaldo final de los argumentos ante cualquier tipo de audiencia es el sentido común, en tanto todos somos miembros de una comunidad racional, capaz de decidir sobre la corrección de la fundamentación.¹⁴⁵

Toulmin se ocupó de distinguir a los argumentos en sustanciales y analíticos. Los analíticos incluyen implícita o explícitamente en el respaldo la

¹⁴⁴ Un ejemplo de razonamiento a partir de un discernimiento jurídico, es el siguiente:

“Se quiere proponer una ley que ayude a reducir el consumo del tabaco y se presenta un proyecto que lo prohíbe. Se compara con el caso de la ley aprobada en el uso del alcohol en EEUU que prohibía el consumo del mismo, y se observa que dicha norma fue un fracaso. En consecuencia, por la similitud de esta ley, podemos concluir con cierto grado de certeza que la ley que se va a proponer para prohibir el tabaco también será un fracaso.”

G (razones-grounds):

a) Se quiere una ley que ayude a reducir el consumo del tabaco.

b) Existió una ley en EEUU que prohibía el consumo del alcohol y que fracasó.

C (pretensión-claim):

La ley antitabaco fracasará también.

W (garantía-warrant):

Cuando una norma es prohibitiva, sin considerar otros elementos contextuales para su ejecución, tiende al fracaso.

B (respaldo-baking):

La eficacia de la normatividad depende de que en su adopción y aplicación se atiendan situaciones no sólo formales, sino de contexto.

Q (cualificadores modales):

Pero las leyes que se están comparando, están siendo adoptadas en tiempos y sociedades distintas.

R (condiciones de refutación-rebuttals):

De hecho, quizás sí funcione esta ley prohibitiva porque –a diferencia de lo que ocurrió en EEUU- existe un acuerdo social de prohibir el consumo del tabaco.

¹⁴⁵ En una reciente publicación Atienza precisa que además de los elementos de respaldo de un argumento, los cualificadores y las condiciones de refutación son necesarios para componer el modelo general, pues de ellos puede depender la fuerza del argumento y su grado de certeza. Con esa integralidad concluye que el ideal de la motivación judicial es poner las buenas razones en la forma adecuada para que sea posible la persuasión. Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Curso de Argumentación Jurídica*. Trotta, Madrid, 2013, pp. 113-114.

información que se contiene en la pretensión; mientras que en el argumento sustancial no es así. Según Toulmin, la mayoría de los argumentos que se efectúan en la práctica son sustanciales y su validez no deriva del hecho de que la conclusión no sea más que una explicitación de lo contenido en las premisas.

En su obra *The Uses of Argument*, introduce otras clasificaciones como los argumentos formalmente válidos (en que las conclusiones están implícitas en las premisas) y otros que no lo son; argumentos que utilizan una garantía y argumentos que establecen una garantía (en que lo que resulta nuevo no es la conclusión sino la garantía misma); argumentos concluyentes (la conclusión se infiere de manera necesaria o cierta) y no concluyentes (la conclusión es sólo posible o probable). Sin embargo, en *An Introduction to reasoning* (1984) parece dejar de lado estas clasificaciones, al centrarse en los argumentos formales y no formales. Estos últimos los más destacados, por ser los de entidad práctica.¹⁴⁶

En cuanto a las falacias o formas de argumentar de manera incorrecta, Toulmin desarrolló cinco categorías en función de los elementos que estructuran todo argumento. Tales falacias son:

- 1) Por **falta de razones** (como la petición de principio, en que se dan razones cuyo significado es equivalente al de la pretensión original);
- 2) Por **razones irrelevantes** (como evadir el problema, apelar a la autoridad, argumentar contra la persona o *ad ignorantiam*, apelar al pueblo, a la compasión o a la fuerza);
- 3) Por **razones defectuosas** (cuando son correctas, pero inadecuadas para establecer la pretensión específica, como arribar a una conclusión con pocos ejemplos o fundamentar el argumento en una regla, cuando quizás se está en una excepción de la misma);
- 4) Por **suposiciones no garantizadas** (que parten del supuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía que no es comúnmente aceptada); y
- 5) Por **ambigüedades** (cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debida a una falta gramatical).¹⁴⁷

Toulmin pretendió suministrar un modelo que sirviera no sólo para el campo del Derecho o de la argumentación práctica, sino para la argumentación en general. Generó una verdadera teoría de la argumentación, con un aparato analítico que ofrece una guía para su ejercicio práctico, aunque esta teoría tendría que superar la prueba de análisis desde la lógica formal, como desde la argumentación vista como una forma de interacción humana.

Se propuso superar el modelo del análisis tradicional de la lógica, que por simple y alejado de la realidad, no es posible ser usado en todas las esferas de

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 92-93.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

la argumentación. Es por eso que más allá de una premisa mayor, una menor y una conclusión, introduce al respaldo, la garantía, las razones, el cualificador modal, la condición de refutación y la pretensión, con lo que logra una mayor aproximación hacia las argumentaciones que tienen lugar en la realidad, lo que no sería posible con los esquemas habituales de la lógica formal.¹⁴⁸

En efecto, mientras que la lógica formal estudia los argumentos como una secuencia de proposiciones, a Toulmin le interesan los argumentos como interacciones humanas, con la inserción de problemas ajenos a la lógica en sentido estricto.

No obstante, Habermas critica a Toulmin en haber querido identificar reglas especiales de la argumentación cuya definición dependiera del tipo de análisis y fines de cada empresa racional (Derecho, moral, ciencia, negocios, crítica de arte), cuando las formas de argumentación más bien deben ser diferenciadas según las pretensiones de validez que en Habermas son la verdad de las proposiciones, la corrección de las normas de acción, la adecuación de los estándares de valor, la veracidad de las manifestaciones o emisiones expresivas y la inteligibilidad o corrección en el uso de los medios de expresión.¹⁴⁹

Sin embargo, el modelo de Toulmin considerado ofrece un esquema de argumentación ideal que propone un concepto de validez que no se restringe únicamente al concepto de lo colectivamente válido o de la lógica formal, sino que permite equiparar validez con aceptación social y cultural, así como con legitimidad y veracidad.

Finalmente, por lo que respecta a la valoración, este modelo propone un esquema de racionalidad que se adapta muy bien a los procesos de comunicación, formación de consenso y permite lograr un discurso convincente por su contenido de verdad, validez y por su interés en lograr el acuerdo.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 100-101.

¹⁴⁹ A estos tipos de pretensiones –según Habermas– les corresponden diversas formas de enunciados: descriptivos, normativos, evaluativos, expresivos y explicativos, de lo que depende el sentido de la fundamentación y la demostración:

La fundamentación de		demostración de
enunciados descriptivos		existencia del estado de cosas.
enunciados normativos		aceptabilidad de acciones o normas de acción.
enunciados evaluativos	implica la	preferibilidad de estos o aquellos valores.
enunciados expresivos		transparencia de las autopresentaciones.
enunciados explicativos		las expresiones simbólicas han sido correctamente generadas.

1.5. LA TEORÍA INTEGRADORA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

Las teorías de análisis argumentativo jurídico han hecho planteamientos a partir de diferentes perspectivas. A saber, la teoría estándar de la argumentación jurídica hace un análisis normativo de la justificación para buscar la corrección en la aplicación de una norma a un caso u otro, Alexy retoma al método de la ponderación de principios para encontrar las soluciones justas a los casos difíciles, y ya Viehweg, Perelman y Toulmin habían hecho también un análisis lingüístico y retórico del argumento.

Una teoría integradora de la argumentación jurídica pretende conjuntar todos los elementos que se consideren necesarios para la construcción argumentativa en el campo del Derecho.

Esta teoría de la argumentación jurídica es precisamente la que afirma que el Derecho es argumentación, lo que se traduce en ampliar las perspectivas a partir de las cuales se estudia al fenómeno jurídico. Desde aquí se pretende un tratamiento holístico e integral de la teoría jurídica, que le da primacía a la practicidad y al procedimiento para arribar a mejores conclusiones.

Ver al Derecho como Argumentación es reconocer que nos encontramos ante problemas prácticos por solucionar y que tenemos instrumentos de diversa índole para aplicar en la solución, ya sean de carácter normativo, de principios, de procesos, de lógica, de circunstancias y de personas.

Concebir al Derecho como argumentación es hacer que converjan todos estos elementos para arribar a conclusiones razonables y de justicia, para lo que es necesario relacionar en el contexto del análisis argumentativo, principios teóricos con principios prácticos que justifiquen el quehacer jurídico.

Las ventajas de concebir al Derecho como Argumentación, es decir, al objeto con el método, implica la idea de que el Derecho es algo más que ciencia jurídica, normas, precedentes, dogmas o principios, los que más bien se complementan para la elaboración del quehacer jurídico. En una primera aproximación, la idea del Derecho bien podría escindirse conceptualmente de los constructos argumentativos que integran el método para arribar a conclusiones jurídicas; sin embargo, el análisis del argumento jurídico ha llegado a tomar tal relevancia sustantiva que la escuela de la argumentación jurídica compatibiliza la idea del Derecho con el propio análisis del argumento.

Si bien es claro que el Derecho no puede reducirse sólo a argumentación, lo que esta teoría persigue es proporcionar un enfoque argumentativo que contribuya decisivamente a una mejor práctica jurídica.

La teoría integradora es una concepción muy amplia de la argumentación jurídica que tiende a conectar la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisión, de resolución de problemas jurídicos y que se integra con los problemas del método jurídico.

El objeto de la teoría se puede identificar muy bien en el razonamiento justificativo que realizan los jueces de instancias superiores en que los problemas son principalmente de tipo interpretativo y no sobre hechos. No obstante, también hay un creciente interés por la argumentación en materia de hechos, en que se analizan los problemas de prueba y de calificación.

En su análisis, el concepto de argumentación es una actividad –o el resultado de una actividad- que tiene como vehículo el lenguaje y que surge como consecuencia de algún problema a cuya solución contribuye. Las unidades básicas en la argumentación son precisamente los argumentos (integrados por premisas y conclusiones) y la posibilidad de evaluación de los mismos.

Esta teoría integradora –principalmente construida por Manuel Atienza-, lo es en el sentido de que en el Derecho no existe una única forma de entender a la argumentación, por lo que engloba a las distintas perspectivas jurídicas en una concepción formal, otra material y una pragmática.¹⁵⁰

En la concepción formal es paradigmática la lógica deductiva estándar. Bajo este concepto la argumentación se presenta como una serie de enunciados sin interpretar, pues responde al problema de si a partir de enunciados o premisas (normativas) se puede pasar a conclusiones. Los criterios de corrección se dan por las reglas de inferencia basados en esquemas y formas de los argumentos.

Los esquemas son de tipo deductivo, inductivo, probabilístico, abductivo, pero la deducción es el prototipo modelo, en tanto bajo la forma deductiva, si las premisas son verdaderas, necesariamente lo es la conclusión.

En la concepción material, lo esencial no es la forma de los argumentos, sino la sustancia que hace que los enunciados sean verdaderos o correctos. La referencia es a cuestiones materiales o de hecho, ya sea de origen natural, social o institucional. Por tanto, los criterios de corrección no pueden ser de carácter formal, sino la determinación de las condiciones que propicien que una razón prevalezca sobre otra.

Bajo la concepción pragmática del Derecho, la argumentación no es fondo ni materia, sino un hacer, una actividad, integrada por una serie de actos de lenguaje, dirigidos a lograr la persuasión de un auditorio o a lograr un acuerdo

¹⁵⁰ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la Argumentación*, ob. cit.

respecto a cualquier tema teórico o práctico. Desde aquí, el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se logre la persuasión, bajo ciertas reglas.

Atienza afirma que bajo la concepción pragmática, la argumentación es realmente una actividad social, en que la discusión puede seguir esquemas retóricos o dialécticos, que requieren de la interacción de proponente y oponente.¹⁵¹

Bajo la concepción integral, los buenos argumentos jurídicos deben cumplir los requisitos de la lógica formal (la consistencia de las premisas, respecto de las reglas de inferencia, en el paso de las premisas a la conclusión) y de racionalidad práctica (universalidad, coherencia, etc.). Ese es el sentido de la justificación interna y la justificación externa, que tiene su explicación en el contexto del descubrimiento y en el de la justificación, (explicar y justificar).¹⁵²

La distinción entre justificación interna y externa está tomada de Wróblewski¹⁵³. La primera se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas y es tan sólo cuestión de lógica deductiva; mientras que la justificación externa somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de las premisas, por lo que hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto.

El propósito de la teoría integradora es precisamente tener en cuenta no sólo al análisis deductivo del argumento, sino al que revisa su consistencia material y práctica.

Se distingue entonces a la actividad consistente en *descubrir* o enunciar una teoría que no es susceptible de un análisis de tipo lógico, y que compete al sociólogo o al historiador de la ciencia y, por otro lado, está el procedimiento de *justificar* o validar la teoría, consistente en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez. Esta tarea requiere un análisis de tipo lógico y se rige por las reglas del método científico.

En el campo de la argumentación en general y de la jurídica en particular, una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² “La teoría estándar de la argumentación jurídica parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales. Es decir, una cosa sería el proceso psicológico, sociológico, etc., mediante el cual un juez (o un conjunto de jueces: un tribunal) llega a tomar una decisión respecto a un determinado caso, y otra cosa la fundamentación que ofrece (de manera más o menos explícita) de la decisión.” (*Ibidem*, p. 99).

¹⁵³ “Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión.” **WRÓBLEWSKI, Jerzy**. *Sentido y hecho en el Derecho*, ob. cit., p. 46.

o conclusión y otra el que la justifica. Decir que un juez toma una decisión por alguna razón de facto, como puede ser su creencia religiosa, es enunciar una *razón explicativa*, pero si se señala que el juez se basó en la interpretación de alguna norma, se está otorgando una *razón justificatoria*.

En estos términos, se entiende que los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen que *explicar* sus determinaciones, sino *justificarlas*.¹⁵⁴

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación permite también distinguir dos perspectivas de análisis de las argumentaciones. Una, propia de las ciencias sociales en que se han desarrollado modelos para explicar cómo se decide y se argumenta de hecho, en un proceso de toma de decisiones con base en elementos extraídos de la condición personal del juez y de la combinación de valores de la información.¹⁵⁵ Y, por otro lado, la perspectiva de otras disciplinas que analizan las condiciones de justificación de un argumento, bajo una perspectiva formal y material.

La calificación de un argumento desde la perspectiva formal tiene que ver con su análisis lógico, en que lo importante es que la conclusión se infiera necesariamente de las premisas. Se trata de una implicación o una inferencia lógica, en que la conclusión necesariamente es verdadera, si las premisas lo son. La lógica deductiva puede presentarse en forma axiomática o como un sistema de reglas de inferencia, que es lo que mejor se ajusta a la manera natural de razonar. Si es axiomática, se parte de enunciados formalmente verdaderos y se arriba a enunciados también formalmente verdaderos, y bajo el sistema de reglas de inferencia se puede partir de enunciados con valor de verdad indeterminado, incluso falso, y llegar a enunciados verdaderos o falsos.

El análisis de los argumentos bajo la deducción tiene la carencia de que sólo suministra criterios de corrección formal, pero se desentiende de cualquier cuestión material o de contenido, que por supuesto es relevante en argumentos

¹⁵⁴ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 4.

¹⁵⁵ Atienza cita como ejemplo el modelo de “*la información integrada*”, de Martín F. Kaplan, en que el proceso de toma de decisión de un juez o de un jurado es el resultado de la combinación de valores de la información y la impresión inicial. Primero, se acumulan unidades de prueba o información, se evalúan asignándoles un valor en una escala específica, se le atribuye un peso y se integra en un juicio singular. También se toman en cuenta los prejuicios del juez o sus condiciones situacionales y de personalidad. Todo esto para explicar cómo se decide y argumenta de hecho y para sugerir la conveniencia de jueces profesionales y no de jurados. *Ibidem*, p.7.- También existen interesantes estudios que buscan “explicaciones” de las decisiones judiciales a partir del análisis psicológico, antropológico, filosófico y sociológico del juzgador. Cfr. **SORIA, M. Ángel**. *Psicología y práctica jurídica*. Ariel, Barcelona, 1998; Igualmente, los escritos de Ota Weinberger en materia de la condición humana del juez. Cfr. **WEINBERGER, Ota**. “The conditio humana and the ideal of justice.” En *An institutional theory of law. New approaches to Legal Positivism*. Reidel Publishing Co., The Netherlands, 1992, pp. 207 y ss.

de carácter jurídico. Podría argumentarse correctamente desde el punto de vista lógico, formal, pero desde la perspectiva material, podría ser incorrecto.

La lógica es un elemento necesario, pero insuficiente para el control de los argumentos, en que hay que distinguir entre los correctos e incorrectos, válidos e inválidos. Y las falacias, de las que hay formales, que son argumentos que parecen correctos formalmente, deductivamente, pero no lo son; y también falacias no formales, ya sea por atinencia (argumento *ad ignorantiam*, *ad hominem* o de *petitio principii*) o por ambigüedad (que contienen palabras o frases antiguas).

Ahora bien, el análisis de los argumentos en el Derecho tiene la particularidad de que los silogismos se efectúan partiendo de normas, respecto de las cuales no tiene sentido predicar la verdad o la falsedad, sino más bien la validez o invalidez. Es decir, no se trata de silogismos teóricos, sino prácticos.

Esto es lo que Ross denominó el dilema de Jorgensen:

“Debes mantener tus promesas.
Esta es una de tus promesas.
Por tanto, debes mantener esta promesa.”

Esta inferencia carece de validez lógica, porque no es lógicamente necesario que un sujeto que establezca una regla deba también establecer también su aplicación particular, porque su aplicación depende de situaciones no formales, sino materiales. La cuestión es que en el mundo del Derecho, en tanto las premisas se constituyen por normas válidas o no, y no precisamente verdaderas o no, no es consistente que sean analizadas desde el punto de vista lógico, sino más bien de su validez, en tanto pertenezcan a un mismo sistema o no y se deriven de él.

Este dilema -explica Alexy- puede evitarse si en vez de calificar a las premisas normativas de verdaderas o falsas, se les califica de válidas o inválidas, o lícitas o ilícitas; o asumir que sí existen relaciones lógicas entre los enunciados normativos y construir modelos semánticos en que también los enunciados normativos puedan ser calificados de verdaderos o falsos.¹⁵⁶

En el razonamiento jurídico también se hace uso frecuente de los argumentos inductivos o no deductivos, en que el paso de las premisas no es necesario sino simplemente probable o plausible. Puede darse en el paso de lo particular a lo general, como de lo particular a lo particular. Atienza ofrece un ejemplo muy ilustrativo:¹⁵⁷

¹⁵⁶ Cfr. **ALEXY, Robert**. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, ob. cit., p. 185.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 18-19.

A y B son acusados del delito de tráfico de drogas. La droga había sido encontrada por la policía en una bolsa oculta en la almohada de una cama de matrimonio situada en la habitación de un piso en que se encontraban los acusados (hombre y mujer, respectivamente), al momento en que la policía entró a registrar (seis de la mañana). El abogado defensor y los acusados sostuvieron que aunque ambos vivieran juntos no tenían más que una relación de amistad y usaban habitaciones distintas y que B no tenía conocimiento de la existencia de la droga, por lo que se solicitaba la absolución para B. En la sentencia, el juez consideró como hecho probado que A y B compartían la habitación referida y que B tenía conocimiento y había participado de la actividad ilícita. La justificación judicial se basó esquemáticamente en el siguiente argumento:

- Cuando ocurrió el registro eran las 6 de la mañana.
- Sólo había una cama deshecha en la casa.
- Toda la ropa y efectos personales de A y B estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama.
- Meses después A se refiere a B como “mi mujer”.
- Por tanto, en la época en que se efectuó el registro, A y B mantenían relaciones íntimas y, en consecuencia, B conocía la existencia de la droga.

La conclusión del juez es simplemente probable y en una inferencia de este tipo tienen mucho que ver no sólo las *reglas lógicas* sino por *reglas de experiencia*, aunque el razonamiento judicial se encuentra también sujeto a las *reglas procesales de valoración de la prueba*, que obliga al juzgar a que aunque esté convencido de una situación, no la pueda considerar como hecho probado por cuestiones procesales como el principio de presunción de inocencia, que requiere que la certeza sobre los hechos sea no sólo altamente probable, sino absoluta. Esta condición muestra que el razonamiento jurídico tiene un carácter altamente institucionalizado.

El silogismo judicial o silogismo jurídico sirve como esquema para el silogismo práctico o normativo. La primera premisa enuncia una norma general y abstracta en la que un supuesto de hecho aparece como condición para una consecuencia jurídica. La segunda premisa representa la situación en que se ha producido un hecho y la conclusión enlaza al hecho con la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la norma.

Sin embargo, el silogismo judicial no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica porque las premisas de que se parte pueden necesitar, a su vez, de justificación y porque la argumentación jurídica es normalmente entimemática; es decir, no aparecen explicitadas todas las premisas utilizadas. Si bien se expresa en forma

deductiva, es necesario añadir premisas a las explícitamente formuladas para no reproducir, sino reconstruir un proceso argumentativo.

Además, en el silogismo judicial se concluye con un enunciado normativo que podría establecer que “*A y B deben ser condenados*”, pero además se establece la condena. Es decir, confluye la existencia de un enunciado normativo y uno performativo, el paso del plano del discurso al de la acción, lo que cae fuera de la competencia de la lógica.

Otro tipo de argumento frecuente en el razonamiento judicial es el de la *analogía*¹⁵⁸. Este argumento puede transitar a la forma de silogismo deductivo, si se establece una nueva premisa que establezca que tanto la vivienda de una persona individual como lo que le es semejante es inviolable.

También es altamente utilizable la forma de reducción al absurdo o de consecuencia inaceptable, que se plantea más allá de una forma deductiva porque con frecuencia hay que entender que determinadas premisas se encuentran implícitas. Este argumento toma una forma deductiva una vez que se ha formulado la norma establecida legalmente para incluir el nuevo caso¹⁵⁹.

Como puede verse, la argumentación jurídica desde el punto de vista integrador, no deja de relacionarse con la lógica jurídica, pero va más allá de ella. Los argumentos jurídicos se pueden estudiar desde una perspectiva psicológica o sociológica –no formal- que se denomina lógica material o lógica informal, o desde la tópica, retórica o dialéctica.

En este punto es importante tener en cuenta que uno de los campos de estudio de la teoría del Derecho es la *lógica jurídica*, que se constituye –con base en Bobbio¹⁶⁰- por la *lógica del Derecho* (que se centra en el análisis de la estructura lógica de las normas y del ordenamiento jurídico) y por la *lógica de los juristas* (que se ocupa del estudio de los diversos razonamientos o argumentaciones de los juristas teóricos o prácticos). El análisis lógico de los

¹⁵⁸ Un ejemplo que nos da Atienza (*Ibidem*, p 23) es el siguiente:

La vivienda de una persona individual es inviolable.

El domicilio social de una empresa es semejante al de una persona individual.

Por tanto, el domicilio social de una empresa es inviolable.

¹⁵⁹ Un ejemplo de este argumento podría ser el que rebata la afirmación de que “*el Derecho a la vida es el Derecho más importante de todos, porque sin él no se puede ejercer ningún otro*”. El argumento de reducción al absurdo, se plantearía: *Si el Derecho a la vida fuese el más importante de todos, habría que hacerle prevalecer el Derecho a la alimentación, pues sin éste último se no podría ejercer aquél y, consecuentemente, todos los demás. Por lo tanto, es una desmesura calificar al Derecho a la vida como el más importante. Como sería también una desmesura calificar al Derecho a la alimentación como el más importante.* Este razonamiento de reducción al absurdo –en resumidos términos- lo usó en sesión plenaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Ministro José Ramón Cossío Díaz, al discutir las Acciones de Inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, el 27 de agosto de 2008.

¹⁶⁰ Cfr. **BOBBIO, Norberto**. *Derecho y lógica*, ob. cit.

razonamientos jurídicos es un campo de estudio tradicional de la teoría del Derecho, pero la utilización de la lógica formal moderna en el mundo del Derecho es algo que tuvo lugar básicamente a partir de la segunda guerra mundial con las obras de Ulrich Klug y de George H. Von Wright, en que la lógica aplicada al Derecho se empezó a trabajar como una lógica especial, como una lógica deóntica.

Entonces, el campo de estudio de la lógica jurídica es más amplio que el de la argumentación jurídica, que toma como una de sus herramientas al análisis lógico formal para encontrar si un argumento es válido desde el punto de vista de su estructura. La argumentación jurídica también hace uso de la lógica material, que permite evaluar los contenidos de lo que se afirma, con la complementación de una perspectiva práctica que tiene como fin el convencimiento.

Una teoría integradora de la argumentación jurídica pretende cumplir con las funciones teóricas, prácticas y pedagógicas que se exigen de la práctica jurídica actual. Ello, mediante una concepción dinámica e instrumental del Derecho desde la noción de conflicto, el cual, como origen del Derecho, lo plantea como un instrumento y una técnica para la solución de los problemas de tal índole. Desde la teoría de la argumentación jurídica, el Derecho se ve como una compleja institución volcada hacia la solución o el tratamiento de conflictos por medios argumentativos y en diversas instancias de la vida jurídica.

El análisis de la argumentación jurídica se pormenoriza en un adecuado análisis estructural del Derecho (que analice –por ejemplo- la construcción de los enunciados jurídicos); en la vinculación de los procesos argumentativos con el comportamiento de los operadores jurídicos –especialmente de los jueces-; en las relaciones entre el razonamiento jurídico, moral y político; en los límites formales del razonamiento jurídico y en los elementos ideológicos y de poder que confluyen en el Derecho.

El abanico integrador en el plano de la argumentación jurídica es dibujado también por el doctor Imer Flores, quien plantea la posibilidad de combinar tanto el elemento de completitud como de flexibilidad. Lógica y experiencia se integran en el Derecho, pero también los métodos analítico-conceptuales y crítico-funcionales. Propone así la confluencia de cinco dimensiones ideales que habrían de participar en cualquier proceso de integración del Derecho, tanto legislativo como judicial:

- 1) Racionalidad lingüística. Tanto las normas como las decisiones judiciales deben ser claras y precisas para evitar problemas de vaguedad y ambigüedad.
- 2) Racionalidad formal o sistémica. Las normas y las decisiones no sólo deben ser válidas, sino coherentes, no redundantes, no contradictorias,

- prospectivas y no retroactivas, y públicas, para evitar problemas de antinomias, redundancias y lagunas, en pro de la completitud del sistema.
- 3) Racionalidad teleológica. Las normas y las decisiones deben ser eficaces para servir a un fin y no establecer cuestiones imposibles o meramente simbólicas.
 - 4) Racionalidad pragmática. Es importante que las normas y las decisiones no sólo sean eficaces, sino socialmente efectivas y económicamente eficientes en alcanzar ciertos objetivos, especialmente en la solución de conflictos.
 - 5) Racionalidad ética. Es moralmente importante que las normas y las decisiones sean justas, como resultado de no admitir la violación a los principios y Derechos básicos.

Concluye Imer Flores que tanto los legisladores como los jueces deben mínimamente tener presente los intrínquilos del uso y significados del lenguaje, los detalles de nuestro sistema legal (en el pasado, presente y en sus posibilidades); nuestro esquema de objetivos, funciones, intereses, principios y valores; los pros y contras de las consecuencias y los efectos de sus decisiones; y la maximización de cada principio. Estos cinco tipos de racionalidad en el Derecho tienen que ser integrados en un complejo sistema de Derecho racional.¹⁶¹

¹⁶¹ Cfr. **FLORES, Imer B.** “The problem about the Nature of Law vis-à-vis Legal Rationality Revisited: Towards an Integrative Jurisprudence”. Version of the paper presented at McMaster University Philosophy of Law Conference *The Nature of Law: contemporary Perspectives*, 13-15 May, 2011 in Hamilton, Ontario, Canada.

CAPÍTULO 2:

LAS PRINCIPALES MUTACIONES PROCESALES EN EL MARCO DE LA REFORMA PENAL DE JUNIO DE 2008 CON TRASCENDENCIA EN LOS ESQUEMAS DE ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

2.1. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO.

La modernización del proceso penal y la garantía de una justicia pronta y eficaz se pretenden con el cambio de un sistema penal inquisitorio a uno acusatorio.

Las características de un sistema inquisitorio frente a uno de corte acusatorio guardan ciertas diferencias, pero ello no significa que no hayan podido combinarse y crear sistemas mixtos o matizados. Los estudiosos de este tema han identificado cuatro sistemas de enjuiciamiento penal, representativos de los paradigmas en la cultura occidental:¹⁶²

- a) Sistema Acusatorio Clásico
- b) Sistema Inquisitivo
- c) Sistema Mixto
- d) Sistema Acusatorio Moderno

La instauración de un sistema u otro en las sociedades occidentales ha dependido de las políticas criminológicas matizadas conforme a las intenciones de

¹⁶² Cfr. **PASTRANA BERDEJO, Juan y BENAVENTE CHORRES, Hesbert.** *Nuevo Sistema Procesal Acusatorio. Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica.* Flores editor y distribuidor, México, 2009, pp. 1 y ss. **HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo.** *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011, pp. 13 y ss.

control del Estado en la justicia penal y a los objetivos de imposición de la pena¹⁶³. Al sistema inquisitivo se le relaciona con el autoritarismo estatal y a la acusatoriedad con la democracia incluyente; aunque la realidad histórica no ha visto modelos puros de uno u otro.¹⁶⁴

El *sistema acusatorio* se asocia con la época de la democracia griega y de la República romana, aunque también se ubica en la dominación germana en Europa -durante su proceso de unificación con el derecho canónico-, en un breve periodo posterior a la Revolución francesa –antes de Napoleón-, y en el sistema de justicia inglés.

El *sistema inquisitivo* se identifica con el de la Roma imperial, se le asocia con el Derecho Canónico y la forma de reaccionar frente a las amenazas a la religión católica y su Tribunal de la Inquisición, la secularización del sistema para enjuiciar casi todas las conductas consideradas amenazantes a la monarquía, hasta la Ilustración, que transformó la concepción del Estado y su respuesta frente al delito.

El *enjuiciamiento mixto* se identifica con la mezcla entre las instituciones y principios fundacionales de ambos sistemas, que se materializó en los intentos por implementar un sistema similar al de Inglaterra o en el juicio adversarial de la Francia posrevolucionaria, con Napoleón en el poder y con la emisión del Código de Procesos Criminales de 1808 y la Ley de Tribunales de 1810.

Al *sistema acusatorio moderno* se ha identificado a partir de los años setenta del siglo pasado, en un impulso internacional por el respeto a los derechos humanos, en el contexto de un Estado democrático. Se le califica como *moderno, adversarial, garantista o latinoamericano*. Su origen se identifica en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988,¹⁶⁵ que fue promovido por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en que se incluyeron estructuras de los sistemas inquisitivo, acusatorio clásico, de derecho anglosajón y otras instituciones europeas, como el concepto de justicia restitutiva (que tiende más al acuerdo de las partes involucradas en el delito, que al castigo del delincuente,

¹⁶³ Cfr. **BARATTA, Alessandro**. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal*. Trad. Álvaro Bunster. Ed. Homero Alemán, México, 1998.

¹⁶⁴ “el predominio de la seguridad pública, lleva a modelos represivos de política criminal, como el de *cero tolerancia*; el predominio de la seguridad jurídica, lleva a modelos liberales de política criminal, como el *modelo garantista* y el predominio de la seguridad social, lleva a modelos de control informal, como el de la *nueva prevención*.” **BERUMEN CAMPOS, Arturo**. “Política Criminal: Un enfoque de sistemas”, en *Seguridad Pública y Teoría de los Sistemas en la Sociedad de Riesgo* (Augusto Sánchez Sandoval, Coord.), Porrúa, México, 2007, p. 57.

¹⁶⁵ <http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual> (Página del Centro de Estudios de Justicia de las Américas).

como un mecanismo más efectivo de restablecimiento del tejido social, dañado por la comisión del delito).¹⁶⁶

No obstante la existencia de clasificaciones que pueden derivarse en muchas más de acuerdo con las regiones, épocas y circunstancias históricas, en este capítulo se pretende dibujar un modelo estándar del sistema acusatorio a partir del denominado *sistema acusatorio moderno*, que permita identificar de manera general sus principales características, objetivos, fases procesales, papel de los sujetos intervinientes, las técnicas que le resultan adecuadas e, incluso, las implicaciones sociales que persigue.

Hoy día, el sistema acusatorio se encuentra en un proceso de instauración en el sistema jurídico mexicano. Este fenómeno ocurre a la par y siguiendo a otras naciones de Latinoamérica que han venido implementando el sistema bajo sus propias características y legislaciones. El primero de los ordenamientos procesales que introdujo el sistema en Latinoamérica fue el Código de procedimientos penales para a provincia de Córdoba, en Argentina, vigente desde 1940. Sus fuentes fueron los Códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930, la Ley de Enjuiciamiento Penal española de 1882 y la Ordenanza procesal penal alemana. En 1973 Costa Rica promulgó su Código Procesal Penal, Guatemala lo hizo en 1994, Paraguay en 1998 y Bolivia, Honduras y República Dominicana en 1999. En 1999 nació el Centro de Justicia de las Américas (CEJA), por resolución de la OEA, ante la necesidad de fortalecer el sistema de administración de justicia para la gobernabilidad y el desarrollo democrático de los países del continente. Para los mismos propósitos fue creado también el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, creado en 1999 a través de un convenio con la ONU.¹⁶⁷

En Chile, la reforma se efectuó en el año 2000; en Venezuela, en 2001, y en Colombia, en 2004.¹⁶⁸

En la República mexicana, varios Estados han ya instaurado el sistema y otros se encuentran en ese proceso. A nivel federal, también se cuenta con un sistema propuesto en un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶⁹. Así, el modelo se ha diversificado por país, región o entidad federativa, de manera que cada uno puede llegar a tener particularidades de fondo o forma, que marcan la diferencia entre uno u otro.

¹⁶⁶ Cfr. **PASTRANA BERDEJO, Juan y BENAVENTE CHORRES, Hesbert.** *Nuevo Sistema Procesal Acusatorio. Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, ob. cit., pp. 12 y ss.

¹⁶⁷ Cfr. **MACEDO DE LA CONCHA, Rafael.** "La Reforma del Sistema Penal: una exigencia social" en *Defensa Penal. La Estrategia del Procedimiento*, n° 2, 2008, p. 41.

¹⁶⁸ *Ibidem.*

¹⁶⁹ <http://www.presidencia.gob.mx/documentos/iniciativas/Iniciativa-CFPP.pdf>.

Por esta razón es que en este trabajo de tesis resulta indispensable contar con un solo modelo de sistema acusatorio, que sirva de base para el análisis de las herramientas argumentativas que le resulten aplicables. Es decir, teniendo en cuenta que los distintos procesos de tipo acusatorio han tomado particularidades que pueden distinguirlos entre uno y otro, es conveniente dibujar un modelo general del proceso penal de tipo acusatorio, a partir del cual se pueda establecer un estándar argumentativo también general e idóneo.

Previamente a hacer este dibujo esquemático, es también necesario tener en cuenta que el modelo no es precisamente una innovación, sino que ha existido en el mundo occidental desde la antigüedad, bajo sus conceptos básicos de contradicción, publicidad, oralidad, intermediación e igualdad de oportunidades; razón por la cual es pertinente hacer un breve recorrido histórico de sus antecedentes.

2.1.1. Antecedentes.

El sistema acusatorio surge de la idea de que el delito sólo interesa a las partes, aunque se admite que en el castigo intervenga el Estado.¹⁷⁰ La iniciativa y la prosecución del procedimiento se dejan principalmente en manos del ofendido y del acusado. Entre ambos se establece una relación de contradicción en que el juez es imparcial y se limita a recibir las pretensiones, autorizar las pruebas, dirigir el debate público y oral y pronunciar la decisión.

2.1.1.1. Antigüedad.

Los orígenes del sistema acusatorio se han identificado en la antigua Grecia, que entre los siglos V y IV a.C alcanzó una organización procesal y jurisdiccional muy elaborada.¹⁷¹ El sistema acusatorio clásico estuvo basado en principios democráticos, en el culto y respeto a la ley y en el uso de la razón.

El derecho griego distinguió al delito en público y privado, según lesionara un interés comunitario o uno individual. Para los primeros, existía la acusación popular, como facultad de cualquier ciudadano de perseguir penalmente al infractor. En tanto el poder residía en la soberanía ciudadana, los ciudadanos tenían participación directa en la tarea de acusar y juzgar. Para los delitos

¹⁷⁰ “el Estado sustituye a las personas principales que participan en el conflicto real por medio de su intervención en la solución del conflicto, para lo cual intenta alcanzar, por un lado, la confirmación y el cumplimiento de sus normas, y, por el otro, la paz social por medio del monopolio de las acciones violentas.” MAIER, Julio, B.J. *El proceso penal contemporáneo*, Antología, ob. cit., p. 861.

¹⁷¹ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “El proceso jurisdiccional y la formación del Estado. El origen del Proceso entre los Griegos”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XV, número 45, 1982, p. 1064.

privados, en cambio, la persecución correspondía al ofendido o a sus sustitutos. Y, como en todos los pueblos antiguos, el juicio era oral, público y contradictorio.¹⁷²

El poder de juzgar era ejercido por varios tribunales de distinta competencia, de los que sobresalió el de los *Heliastas*, ciudadanos honorables, mayores de treinta años, constituidos en tribunal popular y que juzgaban la mayoría de los delitos. Se integraba de entre 500 y hasta 6,000 ciudadanos (sorteados anualmente en Atenas y divididos en diez secciones que sesionaban separadas o en conjunto, según la importancia del caso). Este tribunal sesionaba en la plaza pública y bajo la luz solar (razón por la cual también se le conocía como *Helión*). Sustituía y representaba a la *Asamblea del pueblo*, por lo que sus decisiones tenían la fuerza del juzgamiento popular.

Otro tribunal era el de los *Efetos*, que se integraba por cincuenta y un jueces elegidos anualmente por sorteo de entre los miembros del Senado y cuya competencia era para conocer de homicidios involuntarios o no premeditados.

El tribunal más célebre de Atenas fue el *Areópago*, nacido para juzgar los crímenes mayores, competencia que luego se restringió a juzgar los delitos premeditados, incendios y todo aquél que mereciera la pena de muerte.

El prestigio del régimen de persecución penal ateniense se caracterizó por la acusación popular, facultad de cualquier ciudadano de perseguir los delitos en nombre del pueblo. También se significó por la distinción de los delitos públicos que interesaban al orden, la tranquilidad y la paz pública; de los privados, que sólo afectaban un interés privado.

El acusador tenía a su cargo la actividad probatoria; si el acusado era absuelto, se analizaba el comportamiento del acusador, para decidir si era fundado su derecho de acusar o no, caso en el cual podía sufrir penas graves. Por su parte, el acusado comparecía al debate por medio de tres ciudadanos y gozaba de libertad, salvo en casos de conspiración o traición.

El procedimiento variaba según el tribunal. La Asamblea del pueblo dejaba de lado las formas, en aras de la importancia política del problema. El Areópago sesionaba de noche y con fórmulas míticas que impresionaban al pueblo, de manera que se restringían los debates y se votaba en secreto. Los Heliastas practicaban el procedimiento común en que el acusador producía su acusación ante un Arconte, que juzgaba la seriedad de la acusación, conforme a los elementos de prueba que se citaban. Si se aceptaba, se tomaba juramento al acusador y se recibía la caución, para asegurar que no se abandonaría el procedimiento. Se designaba al tribunal y los jueces, se les tomaba juramento y se les citaba para el día del juicio público. En el plazo entre estos actos y el juicio –

¹⁷² Cfr. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. T.I. Fundamentos. Editores del Puerto, Buenos Aires, 3ª reimpresión, 2004, p. 269.

que no excedía de un mes- el acusador se preparaba, realizando una instrucción del caso sin publicidad para el acusado.

El día de la audiencia los jueces se reunían en plaza pública, se leía la acusación y la sucedía el debate entre acusador y acusado, quienes disponían de un tiempo limitado para exponer sus razones, interrogar testigos y formular conclusiones. Después de los alegatos, los jueces eran convocados a juzgar y depositar su voto para tomar la decisión que debía ser adoptada antes de la caída del sol.¹⁷³

En suma, el proceso penal ateniense para los delitos públicos se caracterizó porque se desarrollaba ante un tribunal popular; la acusación también era popular; el acusado y acusador se encontraban en una situación de igualdad; el juicio era público y oral; la valoración de la prueba era según la íntima convicción y la decisión, por ser de carácter popular, era inimpugnable.¹⁷⁴

En cuanto al Derecho penal romano, Von Liszt distingue tres etapas: la venganza de sangre y la composición, las *questiones* y el Imperio. El paso de una a la otra implica la evolución de los delitos privados hacia los delitos públicos, de manera que ambos llegaron a coexistir, pero en distintos planos.¹⁷⁵ La venganza de sangre y la composición se desarrollaban en un plano privado y se vieron estrechados por las *questiones*, que se erigieron como una especie de sistema procesal para combatir los delitos de preponderante importancia política y en que la denuncia pertenecía al pueblo. En la etapa del Imperio la persecución de los delitos pasó a ser oficiosa, lo que evidencia la centralización y el fortalecimiento del poder público. El bien a proteger trascendió del ámbito privado al público y ello determinó tanto la posibilidad de accionar, como los procedimientos y los fines de

¹⁷³ Primero se decidía la culpabilidad y posteriormente, de ser el caso, la pena. Se depositaban habas blancas o negras, de las cuales las primeras significaban absolución y las segundas condena. Las penas se ejecutaban de inmediato.

¹⁷⁴ Cfr. **MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 270 a 272.

¹⁷⁵ "...el Derecho penal privado tuvo origen obedeciendo a la doble idea de la retribución (talio) y a la indemnización (*damnum, poena*), entonces fue una realidad viviente y poderosa la consideración del delito y de la pena como deuda y pago, como extinción de la culpa por el padecimiento..." "Para llegar a esta composición intervenía el Estado, puesto que negaba a la víctima del delito la facultad de ejercitar la autodefensa, y en caso de que no hubiese acuerdo entre las partes, se encomendaba el asunto a un tribunal arbitral... con el objeto de que señalara la composición, la cual era... obligatoria, igual para el dañador que para el dañado... el tribunal arbitral daba primeramente una decisión previa preparatoria, relativa al hecho sobre que se cuestionaba... relativa a la existencia y extensión del daño que se afirmaba haber tenido lugar, y en caso de que este laudo fuera desfavorable al demandado, se entregaba el asunto al arbitrio de las partes para que se pusieran de acuerdo en lo referente al importe de la indemnización, Si el acuerdo se verificaba, el tribunal absolvía; sólo en caso de no lograrlo era cuando pronunciaba una sentencia penal". **MOMMSEM, Teodoro.** *El Derecho Penal Romano*. Trad. del alemán de P. Dorado, La España Moderna, Madrid, pp. 6 y 67.

la pena.¹⁷⁶ Precisamente en la época de la Roma Imperial se instauró el sistema inquisitivo para consolidar y conservar su poder.¹⁷⁷

Así, en el Derecho romano, como en el griego, se conoció la clásica división entre delitos públicos y privados. Estos últimos eran perseguidos exclusivamente por el ofendido o sus representantes o sustitutos y el procedimiento no difería del propio del Derecho privado. Parece que este sistema sólo se conservó para el delito de injurias o el adulterio.¹⁷⁸ Lo que nos resulta de interés, entonces, es el enjuiciamiento penal para los delitos públicos.

Poco se ha rescatado del procedimiento penal romano de la época de la Monarquía, pero se dice que existió la facultad de alzarse contra la decisión del rey o los magistrados, conocida como *provocatio ad populum*, mediante el cual los ciudadanos podían provocar la reunión de la Asamblea popular. En esta figura se encuentra antecedente de la jurisdicción popular.

Posteriormente, en la época de la República, cuando Roma se regía por principios democráticos y el Senado era el rector de los destinos de la ciudad, se pueden identificar claramente características propias del sistema acusatorio, como fue la publicidad, que era ejercida en toda tarea pública. El poder jurisdiccional se trasladó de manos del magistrado al ciudadano, para convertirlo en popular. Se instituyeron los jurados, bajo la presidencia de un magistrado que los convocaba. El número de jurados que integraba al tribunal era variante y el cargo constituía una carga pública ciudadana, sólo eximible por causas fundadas.¹⁷⁹

La persecución penal se trasladó también al ciudadano; el delito se concibió como un atentado a las condiciones mínimas de coexistencia de la comunidad, por lo que se erigió en un sistema de acusación popular en que cualquier ciudadano podría ejercer la facultad de persecución penal, cuya buena función se premiaba con el prestigio político, pero el mal desempeño implicaba responsabilidad o sanción.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Cfr. **LISZT, Franz Von.** *Tratado de Derecho Penal*. T. I. Trad. de la 18ª edición alemana de Quintiliano Saldaña. Reus, Madrid, 1914, pp. 70 a 77.

¹⁷⁷ De acuerdo con Mommsem, en esta época y en un sentido amplio, la persecución de los delitos era una parte del poder de los magistrados –*imperium*– tanto en el sentido de coerción, como de judicación o jurisdicción. El procedimiento penal público a que se dio origen era un procedimiento puramente inquisitivo, sin presencia de partes, el cual luego se reguló por una ley que permitía acudir a los Comicios para pedir gracia de ciertas penas. El imperio de la guerra y la jurisdicción en tiempos de paz eran dos mitades de un mismo todo. Cfr. **MOMMSEM, Teodoro.** *El Derecho Penal Romano*, ob. cit., p. 70.

¹⁷⁸ Cfr. **MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 273.

¹⁷⁹ Cfr. **MOMMSEM, Teodoro.** *El Derecho Penal Romano*, ob. cit., p. 226.

¹⁸⁰ El acusador respondía penalmente por el mal ejercicio de su función. Su responsabilidad derivaba de tres tipos de comportamientos: el desistimiento infundado de la acusación (tergiversatio), el acuerdo doloso con el acusado para sustanciar una causa favoreciendo el fallo absolutorio (prevaricatio) y la falsa imputación de un delito (calumnia). Las tres infracciones eran

Así, el sistema acusatorio romano se fundamentó en el *iudicium publicum*, *quaestio* o *accusatio*, en que la persecución penal era efectuada por una persona extraña al órgano jurisdiccional, con lo que se limitaba el poder del tribunal y el objeto de su decisión. El acusador promovía la acción (*postulatio*), después de lo cual se decidía la admisión de la acusación, la función del acusador principal y la formulación concreta de la pretensión. El acusador llevaba a cabo una especie de investigación preliminar para coleccionar los elementos de convicción que se harían valer en el debate (*dei dictio*) en que se produciría la contradicción entre las partes (*altercatio*), la percepción de la prueba y la emisión de la sentencia, que condenaba, absolvía o mandaba ampliar la vista.

El acusado se defendía por sí mismo, aunque después se admitió la figura del *patronus* o defensor; no existían réplicas, pero sí una *altercatio* o diálogo o discusión entre las partes o sus defensores, y en la admisión de la prueba se comenzaba por los documentos, después los testimonios y, finalmente la tortura (que se llegó a aplicar a los ciudadanos en crímenes de lesa majestad). Por último, comparecían los *laudatores* que deponían a favor del acusador sobre su vida, virtud y servicios a la República. El acusado era tratado como un inocente desde el procedimiento y hasta que no existiese sentencia de condena.

El presidente del tribunal (*quaesitor*) y los *iudicis* eran meros árbitros que sólo escuchaban el debate público y únicamente intervenían para dictar sentencia, la que emitían de manera oral y pública y, posteriormente, de manera secreta, mediante el procedimiento de *tabellas*¹⁸¹.

En el sistema de prueba, desapareció el sentido subjetivo y mítico, para dar paso al conocimiento objetivo, histórico, como forma de reconstrucción de un acontecimiento. La valoración se realizaba según la íntima convicción de los *iudicis*, expresada en la votación.

Este procedimiento –descrito en forma general–, así como el del tribunal de jurados dirigido por el pretor, fueron creados por la vía legislativa o por acuerdos del pueblo, en disposiciones especiales tocantes a diversos tribunales pretorios por jurados, según los tipos de delitos.¹⁸²

juzgadas por el mismo tribunal que había conocido el procedo anterior. **MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 281.

¹⁸¹ A cada uno se le daba tres tabellas, una con la letra A (absolución) otra con la letra C (condena) y otra con las letras NL (*non liquet*) que reenviaba a un nuevo proceso. El presidente escrutaba los votos y la mayoría determinaba la sentencia. En caso de empate, prevalecía la situación más favorable para el acusado.

¹⁸² Para los delitos cometidos por magistrados fue creada esta forma de procedimiento por Capurnio Pizón, la que posteriormente se extendió a otros delitos. Sila ordenó siete tribunales pretorios por jurados para diversos delitos (*repetundis*, sacrilegio y peculado, homicidio, *ambitus*, los de lesa majestad, *falsum* e injurias graves) a los que se agregó el parricidio y adulterio, por leyes de Pompeyo y Augusto, hasta que las leyes *Iulia iudiciorum publicorum* y *Iulia iudiciorum*

En general, en el derecho procesal romano debe destacarse la incorporación definitiva de la averiguación objetiva de la verdad histórica mediante medios racionales que pretendían reconstruir, dentro del procedimiento y como fundamento del fallo, un acontecimiento histórico hipotéticamente sucedido. (Característica propia del sistema inquisitivo) Se rompió la concepción del procedimiento como método de lucha y de la prueba dirigida a obtener, antes que la verdad, la razón de alguno de los contendientes. Así, el derecho romano desmitificó y secularizó la persecución penal.

En el Derecho Germano antiguo (siglo VII y anteriores) se mezclaban los asuntos civiles y penales.¹⁸³ En él se puede identificar un enjuiciamiento de tipo acusatorio privado unido a un fuerte sentido subjetivo de verificación probatoria. Era un procedimiento destinado a buscar la razón de alguno de los contendientes, mediante signos exteriores que la revelaren directamente.¹⁸⁴

Entre los pueblos germanos, la ofensa penal tenía un carácter eminentemente privado, el delito era el quebrantamiento de la paz y la pena, la venganza del ofendido.¹⁸⁵ De esta manera, estaba autorizada la venganza privada (aunque con el contacto con el Derecho Romano, el poder público se erigió en el guardián del orden, la paz y la seguridad pública).

Toda infracción era considerada como un quebranto de la paz (*Friedensbruch*) comunitaria, con lo que el infractor perdía la protección jurídica de la comunidad y quedaba a merced de sus congéneres, quienes tenían derecho a perseguirlo hasta matarlo. La regla general, para la mayoría de las infracciones, autorizaba la reacción del ofendido y su parentela (*Sippe*), para lo que se autorizaba a la víctima y su familia a restablecer la paz mediante el combate o la guerra (*Fehde*) y la venganza familiar (*Blutrache*), lo que abrió paso a la **composición** (*Sühnevertrag*). La expiación del crimen se completaba con el pago del precio de la paz a la comunidad (*Friedensgeld*); sin embargo, los crímenes más graves no eran susceptibles de expiación.¹⁸⁶

El procedimiento judicial cumplía un papel secundario o accesorio, y sólo se llevaba a cabo cuando fracasaba la composición privada. Las principales notas de este proceso judicial de corte acusatorio eran el derecho de persecución en manos privadas, la integración del tribunal por una asamblea popular (*Hundertschaft*),

privatorum atribuidas a César, regularon el procedimiento penal público y el procedimiento civil o privado penal. **MOMMSEN, Teodoro**. *El Derecho Penal Romano*, ob. cit., p. 342.

¹⁸³ Cfr. **GOLDSCHMIDT, James**. *Derecho, derecho penal y proceso*. I Problemas fundamentales del derecho. Edición Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 782 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. **MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 264 y ss.

¹⁸⁵ Cfr. **PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando**. *Introducción al Derecho Penal*. Temis, Colombia, 2009, p. 78.

¹⁸⁶ **MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 265.

integrada por personas capaces para la guerra, que sesionaba en lugares abiertos y públicos, presidida por un juez, quien dirigía el debate, pero no fallaba. El procedimiento era oral, público y contradictorio y consistía en una verdadera lucha por el derecho entre ambos contendientes, a la vista del tribunal.

El procedimiento se integraba por actos formales cubiertos de sentido mítico como la fórmula acusatoria (*Klageformel*), pronunciada por el acusador con palabras sacramentales, con un bastón en la mano. Invitaba al acusado a la respuesta, quien sólo tenía dos posibilidades, admitir la acusación o negarla, caso en el cual se abría la causa a prueba, ya sea por acuerdo entre las partes sobre ella o por sentencia condicional del tribunal, que establecía quién y cómo debía probar según la apreciación del derecho de cada parte al momento, y el resultado que tendría el pleito si la prueba pedida fracasaba o tenía éxito.

La prueba no se dirigía a demostrar un hecho con objetividad, ni a demostrar la responsabilidad o inocencia del acusado, sino que significaba un instrumento de lucha entre las partes (*Kampfmittel*), que por actos sacramentales daba mayor fuerza a las afirmaciones subjetivas de cada uno de ellos. Así, el juramento de parte fue el principal medio de prueba, acompañado por conjuradores o auxiliadores, quienes deponían no sobre los hechos, sino sobre la fe del juramento.

Se practicaba también el duelo, incluso como medio de impugnación de la sentencia, antes de su aprobación. La sentencia era propuesta en forma de proyecto por los miembros del tribunal popular al juez director y una vez adoptada, era inimpugnable.¹⁸⁷

En el siglo VIII, durante el periodo franco, no se desterró la idea de la pérdida de la paz con motivo de la infracción, que se transformó con la idea de la paz del Rey (*Konigsfriede*), acorde con la creciente y prestigiada organización monárquica. El combate judicial perdió su sentido de venganza individual y adquirió un sentido protector de la comunidad y el acuerdo por razón de la enmienda o conciliación se transformó en la obligación de enmendar.

El tribunal continuó siendo popular, pero la silla del juez director le perteneció al Rey. El tribunal se integraba por siete funcionarios en comité encargados de proponer la sentencia. La persecución penal seguía en manos del ofendido y su tribuno, pero se desarrolló un procedimiento especial de persecución oficial consistente en la pregunta del rey o su delegado a hombres elegidos dignos de fe y juramentados, sobre si se había cometido algún delito y quiénes eran los sospechosos. La respuesta afirmativa significaba una acusación ante la comunidad.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 266 y 267.

El debate continuó siendo público, oral y contradictorio, pero se acentuó un predominio real en su dirección e impulso. Persistió el juramento como medio principal de prueba, pero con el fin de proporcionar la verdad por el hecho imputado, aunque la capacidad de testimoniar se vio fuertemente limitada por cuestiones como la fortuna, la reputación, el estado de libertad, entre otras.

Los juicios de Dios u ordalías (*Gottesurteile*) cumplían, junto con el duelo, un papel fundamental en la prueba por la creencia de que “*la divinidad acudiría a iluminar la verdad y a hacer esplender la justicia, por intermedio de un signo físico fácilmente observable*”.¹⁸⁸ El sistema ponía a los dos protagonistas frente a frente, como adversarios iguales, que podían sufrir idénticas consecuencias según el resultado del enfrentamiento.

Con posterioridad, el derecho procesal germano inició el camino hacia el autoritarismo, con la recepción del derecho romano-canónico que implantó la Inquisición en la Alemania del siglo XVI.

2.1.1.2. Los sistemas inglés y francés.

Otra referencia del sistema acusatorio es el sistema de justicia penal desarrollado en Inglaterra, posteriormente llevado a los territorios del Reino Unido y de los Estados Unidos de América. El sistema inglés tiene desde la antigüedad bases acusatorias fundadas en los principios de publicidad, oralidad y la institución del jurado.¹⁸⁹

El derecho inglés tiene una larga evolución que se ha trazado desde los tiempos de Ethelbert, Rey de Kent del año 560 hasta el 616, las conquistas normandas y la edad media, hasta el siglo diecinueve, en que se puede afirmar que el *common law* inglés tomó su estado actual.¹⁹⁰ La Carta Magna de Juan sin

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Es curioso que la institución del jurado es una creación de la monarquía franca, cuyo uso se llevó por los normandos a Inglaterra después de 1066, para ser usada en las cuestiones civiles y fiscales, y después extendida a los problemas criminales. Mientras tanto, la institución desapareció en el Continente, en el siglo XIII, en virtud de la influencia romano canónica. Incluso en la Normandía, en donde la institución había sido importante, el jurado desapareció ante la presión de la política real francesa. Con el tiempo, el jurado se volvió una aberración en el Continente, en tanto dejaba la importante decisión de la culpabilidad en manos de una asamblea de ciudadanos iletrados. Más tarde, como veremos, el jurado retornó al sistema francés, después de la Revolución. Cfr. **VAN CAENEGEM, R.C.** *Judges, Legislators & Professors. Chapters in European Legal History*. Cambridge University Press, Cambridge, 1987, pp. 36 y 37.

¹⁹⁰ El término “*common law*” en uso bajo el reinado de Eduardo I describía la parte del derecho inglés que no tenía un reconocimiento estatutario en contraste con el derecho escrito, costumbres locales o prerrogativas Reales. No obstante, en nuestros días, el término *common law* es usado para referir la parte del derecho inglés que no emana del Parlamento, pero que tampoco ha sido vetada por el órgano legislativo, esencialmente las leyes contenidas en las decisiones de los tribunales. De ahí emerge la conocida frase de Bentham para referirse a este sistema jurídico “el *common law* es Derecho hecho por el Juez” (judge-made law). Cfr.

Tierra de 1215 significó un “germen legal de la idea de proceso” en que el Rey otorgó a sus súbditos la garantía de un juzgamiento de pares no sujeto al capricho real.¹⁹¹

El *common law* se originó del conocimiento común (*common knowledge*) y se encuentra fundado en el concepto de razonamiento común (*common reason*). Para los juristas clásicos del *common law* el Derecho era recolectable y aplicable desde deliberaciones y argumentaciones prácticas. El Derecho no era considerado como una estructura de normas explícitas sino de reglas implícitas deducidas de patrones prácticos a los que se habían enfrentado con anterioridad; situaciones que habían sido resueltas por tradición y experiencia.¹⁹²

Es así como el *common law* fue pensado en cierta forma como una disciplina empírica del razonamiento, pues los juristas del *common law* no consultaban fuentes extralegales como lo era el derecho natural, sino que encontraban en la práctica judicial algún precedente que pudiera sugerir una solución al caso por medio de casos análogos previos o distinguiendo precedentes para crear nuevas disposiciones legales (*rules of law*).¹⁹³ De hecho, el proceso por el que el *common law* se fue integrando hasta tomar su forma actual, implicó una sistematización de casos a través del tiempo en *year books*, que constituyeron una guía para casos posteriores, hasta que algunos de ellos fueron considerados como reglas.¹⁹⁴

En el *common law* la principal diferencia entre un hecho criminal (*criminal act*) y un acto civil se identifica por sus consecuencias, que para el primero es la pena y para el segundo, la compensación económica, aunque el derecho penal y civil no difiere en mucho en los actos que intenta controlar. De hecho, el mismo acto, algunas veces puede ser un delito (*crime*) o un acto civil (*tort*).¹⁹⁵ Las diferencias sustantivas son la aplicación en el derecho penal de los conceptos

MORALES VALDÉS, Hugo. *Responsabilidad penal en el Common Law, Sistema Inglés.* Porrúa, México, 2007, p. 4.

¹⁹¹ Véase el análisis que se realiza respecto de los orígenes del sistema acusatorio en **ALVARADO VELLOSO, Adolfo.** “Los sistemas procesales” en *El Debido Proceso, Derecho Procesal Contemporáneo* Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 50 y ss.

¹⁹² Cfr. **BLACKSTONE, William.** *Commentaries on the laws of England.* J.B. Lippincott Co., Philadelphia, 1873, Vol. I, Section III, p. 63.

¹⁹³ Cfr. **POSTEMA, Gerald J.** *Philosophy of the Common Law*, en *The Oxford Handbook of jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 593.

¹⁹⁴ Para consultar sobre el desarrollo de las etapas históricas del *common law*, **GOODRICH, Peter**, *Languages of Law*, Weindenfeld and Nicolson, London, 1990; **GLENN, H. Patrick**, *Legal Traditions of the World.* Oxford University Press, Oxford, 2000; **PLUNCKNETT, Theodore F. T.** *A concise history of the Common Law.* Third Edition. Butterworth & Co. Publishers, Ltd., Bell Yard, 1940, entre otros.

¹⁹⁵ Cfr. **MORALES VALDÉS, Hugo.** *Responsabilidad penal en el Common Law. Sistema Inglés*, ob. cit., p. 18.

*Actus Reus*¹⁹⁶ y *Mens Rea*¹⁹⁷, mientras que en el derecho civil hay un concepto de deber de cuidado o incumplimiento de un deber. Procesalmente, los tribunales y procesos son diferentes, y el nivel probatorio en el derecho penal requiere que la Fiscalía pruebe que el acusado es culpable más allá de una duda razonable, mientras que en el derecho civil el grado de prueba es mucho menor.¹⁹⁸

El sistema inglés reconoció en sus inicios la acusación privada o persecución del delito por parte de un particular, para el caso de asuntos en que el interés privado se veía afectado. También se preveía la acusación pública, que requería de la intervención previa de un jurado de acusación. El procedimiento que se siguió durante el siglo XVIII, comenzaba con la acusación ante la policía o ante un juez, quien ordenaba la detención del acusado y luego de las indagaciones, remitía el asunto al Gran Jurado o jurado de acusación. Con el tiempo, el Gran Jurado absorbería tanto la acusación privada como la pública.

En el sistema inglés, la función de la Policía es crucial. En materia jurisdiccional, a diferencia de lo que ocurría en los sistemas continentales, el Comisario de policía ejercía funciones de Juez de Paz, con facultades para dictar órdenes de aprehensión, cateos o pesquisas domiciliarias. Así, el Comisario de la Policía, en su papel de Magistrado de instrucción preliminar, recibía en audiencia al acusador, instruía a la policía para que detuviera al acusado y realizara las investigaciones. Una vez que el acusado estuviera en su presencia, el Magistrado debía informarle su derecho a declarar o abstenerse de hacerlo y llevar a cabo un breve interrogatorio. Con estos elementos, más las declaraciones de testigos, decidía si el acusado debía ser detenido provisionalmente o puesto en libertad, de manera absoluta o bajo caución. Todo esto se desarrollaba en una audiencia pública y luego de los debates contradictorios de las partes, el Magistrado resolvía si la instrucción estaba o no completa. En esta etapa se podía resolver la absolución o el otorgamiento de la libertad absoluta o bajo caución.

Si existían los elementos para iniciar un proceso penal, el Juez de paz presentaba la acusación ante el Gran Jurado, con comparecencia del querellante y sus testigos, con sus demás elementos probatorios y, si encontraban fundada la querrela, se hacía comparecer al acusado para que reconociera su culpabilidad o sostuviera su inocencia. Se dice que en buen número de casos, el acusado reconocía su culpabilidad para obtener la conmutación de la pena.

Si se declaraba inocente, correspondía el caso al pequeño jurado o jurado de juicio, ante el cual se representaba un verdadero combate judicial. El fiscal exponía el caso y se llamaba a sus testigos. Iniciaba el interrogatorio, primero por el fiscal, luego el abogado del acusado y, finalmente, el tribunal –para casos de

¹⁹⁶ La sola intención criminal no es suficiente para considerarle penalmente responsable.

¹⁹⁷ El hecho es considerado penalmente relevante en la medida en que éste haya sido conocido por el agente como ilícito y haya sido querido con sus consecuencias.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

duda del jurado-. Al pasar al interrogatorio de los testigos del acusado, iniciaba el abogado del acusado y luego el fiscal.

El papel del juez en esta etapa era tomar nota de las preguntas y sus respuestas de manera sumaria y, eventualmente, dirigir cuestionamientos para aclarar lo depuesto, pero no asentar nuevos hechos contra el acusado. Después, el juez hacía al jurado un resumen frío y sin valoraciones de lo ocurrido en la audiencia y, tanto la parte acusadora como la defensora debían abstenerse de hacer apreciaciones o especulaciones sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado, para no alterar el sentido de la evidencia ante el jurado, el cual debía apreciarla sin ninguna influencia extraña. Concluido el examen de testigos, alegaciones de las partes y el resumen del juez, el jurado debía deliberar sobre las pruebas desahogadas en su presencia y, de no haber acuerdo, se retiraban para deliberar en forma reservada.

En el juicio penal inglés por jurados no existen reglas especiales para la valoración de la evidencia. El veredicto es unánime y general, en tanto no se especifican las consideraciones, pero sí se responden todas las cuestiones de la acusación. No obstante, existe otro tipo de veredicto denominado especial, que especifica las circunstancias del hecho y deja a consideración del Juez la calificación del delito.

Actualmente, el sistema penal inglés conserva los principios procesales narrados, aunque se han introducido instituciones que conviven con los sistemas de los otros países de Europa, como es el fiscal de acusación, la abreviación de pasos procesales para descongestionar el sistema, o beneficios para la víctima.¹⁹⁹

Dependiendo de la gravedad del delito, el proceso penal británico se divide en dos tipos: los delitos graves se procesan ante la Corte de la Corona, en que la decisión es emitida por un juez y un jurado; cuando el delito es leve o es grave, pero el acusado admite la comisión de los hechos, conoce la Corte de Magistrados (*Magistrates Court*), en que la decisión la toma un tribunal integrado por jueces. Si los delitos son ambivalentes, el sujeto a proceso puede elegir la jurisdicción.

En el proceso penal del Reino Unido se identifican las fases preparatoria, intermedia, juicio oral y sentencia. La *preparatoria* corresponde a la investigación de los hechos y puede iniciarse por la policía, la víctima o algunas otras instituciones de gobierno, como son las oficinas de recaudación, aduanas o migración. Su objeto es la investigación y el ejercicio de la acción penal. La policía es la titular de la investigación y debe proceder a la acusación, la que se tiene que consultar ante la *Crown Prosecution Service* (Ministerio Fiscal) o directamente ante el Juez, en casos menores.

¹⁹⁹ *Ibidem.*

En los casos graves o ambivalentes, el Ministerio Fiscal decide si continúa con la persecución penal iniciada por la policía o si sobresee el asunto por no tener pruebas de calidad y pertinencia.

La *fase intermedia* aplica para las infracciones graves o mixtas. El asunto es revisado por la Corte de la Corona y su finalidad es presentar al acusado al tribunal para ser juzgado. Se inicia con la decisión del fiscal de continuar la persecución y enviar al Juez un expediente con las pruebas recabadas. El Juez examina las pruebas para aceptar o desestimar la solicitud. La fase termina con el sobreseimiento o con el envío a juicio, lo que es impugnabile.

La *fase de juicio oral* se desarrolla, ya sea ante la Corte de Magistrados – que juzgan los casos menos graves y mixtos (si el acusado así lo escogió)- o ante la Corte de la Corona, que se encarga de las infracciones graves o ambivalentes.

El papel del juez en la Corte de Magistrados es asegurarse de la equidad del procedimiento probatorio, rechazar pruebas ilegales y vigilar que se desahoguen en un debate contradictorio (los testigos de la acusación sean interrogados por el Fiscal y luego la defensa, y luego los testigos de la defensa, por el abogado defensor y el Fiscal).²⁰⁰

Si el acusado se declara culpable, no hay debate sobre la prueba y la culpabilidad se actualiza automáticamente, pero el Juez debe asegurarse de que la aceptación de culpabilidad no fue coaccionada y que el acusado entiende plenamente los alcances de su reconocimiento. El reconocimiento de culpabilidad conduce a la reducción del 30% de la pena.

Si el juicio es sobre un delito grave o ambivalente y se celebra ante la Corte de la Corona, hay un periodo intermedio de “Audiencias de Declaración y Administración del caso”, en que se decide sobre la declaración, apertura, temporalidad y conducción del juicio. Se reciben pruebas, se señala a los testigos que serán representados en el juicio. También se ordenan medidas especiales para la protección de testigos, recopilación y desahogo de pruebas videográficas, etcétera.

El juicio propiamente inicia con la integración del jurado seleccionado del padrón electoral. En la audiencia, la Fiscalía abre el caso, se desahogan las pruebas testimoniales –con interrogatorio y contrainterrogatorio-, se cierra con discursos de los litigantes. El papel del juez es instruir al jurado con una recapitulación del caso y de las pruebas desahogadas en audiencia, para que emitan un veredicto unánime. El jurado no tiene límite temporal para deliberar.

La culpabilidad en la Corte de Magistrados es decidida por el Juez, mientras que en la Corte de la Corona, la define el jurado y la pena el Juez. Si el

²⁰⁰ Cfr. **DAVIES, CROALL and TYRER**. *Criminal Justice: an introduction to the criminal justice system in England and Wales*. Longman, USA, 1995, pp. 10 y ss.

acusado admite culpabilidad, la función del jurado se hace nula y la decisión la toma el Juez. Tanto el Juez como el jurado se basan en la libre valoración de la prueba, a menos que el acusado se declare culpable o decida guardar silencio (lo que puede servir como prueba en contra).

El sobreseimiento es posible tanto en la etapa intermedia como en la oral, en razón de que el juez considere que la continuación del proceso es abusiva, o hay un retraso para perjudicar la defensa.

En la etapa de sentencia, una vez declarada la culpabilidad –ya sea por el Juez o por el jurado-, el Juez dicta las medidas temporales, dicta la sentencia y explica con toda claridad las razones de la misma, para el supuesto de que el acusado decida recurrir la decisión ante el Tribunal de Apelaciones.

Las resoluciones de la Corte de Magistrados son apelables ante la Corte de la Corona o ante la Alta Corte. Las resoluciones de la Corte de la Corona sólo pueden ser apelables por la defensa ante la Alta Corte; el fiscal sólo puede recurrir la pena impuesta y la absolución, si se funda en un error de derecho.

Actualmente, el sistema penal de Inglaterra y Gales se plantea una cultura en que se equilibren los derechos del acusado y los de la víctima, así como la eficacia del Estado en el control de la delincuencia, en esto incidieron las leyes de Justicia Penal, la Ley de Tribunales de 2003, la Ley de Violencia Doméstica, Crimen y Víctimas de 2004.²⁰¹ Destaca que en un concepto de justicia integral, la prisión se aplique sólo para delitos graves y se introduzca un régimen de castigo más flexible, de manera que la pena privativa de la libertad sea por el periodo más corto posible.

El juez está obligado a fundamentar y explicar la sentencia y sus efectos, así como las consecuencias de no cumplirla.

Todo esto acerca a la tradición jurídica inglesa a los estándares normativos e institucionales que la comunidad mundial ha establecido para garantizar el respeto a los derechos humanos en materia penal.

En cuanto al sistema francés, las ideas de la Ilustración de la segunda mitad del siglo XVIII se inspiraron en el antropocentrismo y la dignidad del ser humano, frente al sistema procesal inquisitivo de la Europa Continental de ese entonces. Montesquieu, Beccaria y Voltaire fueron los ideólogos más profundos en el cuestionamiento del régimen penal de la monarquía.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en las leyes procesales posteriores a la Revolución, se planteó un sistema de

²⁰¹ *Ibidem.*

enjuiciamiento de corte plenamente acusatorio, inspirado en el derecho romano republicano y en el inglés.²⁰²

Los ideólogos franceses de la Revolución intentaron implementar el sistema de justicia inglés, pero con Napoleón el modelo fue modificado hacia lo que conocemos como sistema mixto o acusatorio formal.

Se propuso un juicio por jurados, la libertad de defensa, la abolición de la tortura, la publicidad y la oralidad. Ello, frente al sistema anterior de escritura, secrecía, negación de la defensa y el extraordinario poder de los Jueces, delegado por el Monarca.

Tras la revolución francesa, la Asamblea constituyente de octubre de 1779 hizo modificaciones al procesamiento penal regulado en la Ordenanza de 1670, que introdujo la oportunidad del imputado de contar con una defensa, de conocer el contenido de la denuncia y de las actas de investigación, la abolición del juramento y la tortura, la oportunidad de aportar pruebas para su defensa, la confrontación pública, la motivación en la sentencia, aunque el sistema de valoración de prueba se conservó.²⁰³

En 1791, la Asamblea Constituyente emitió una ley procesal penal que derogó al sistema procesal inquisitivo y estableció los juicios por jurados para crímenes castigados con penas aflictivas e infamantes. Este sistema, aunque sufrió algunas modificaciones, se conservó hasta la emisión del Código de Instrucción Criminal de 1808, bajo el mandato del Emperador Napoleón, en que se impuso el sistema de enjuiciamiento penal mixto, inquisitivo reformado o acusatorio formal, que se desarrolló y consolidó en la Europa continental y en los países de América Latina.

Aquél proceso acusatorio de la etapa revolucionaria, se dividía en tres etapas: de *instrucción preparatoria o investigación del hecho* (a cargo de un Juez de Paz), *intermedia* (ante un Jurado de Acusación) y de *Juicio Público* (ante un Jurado diferente). El hecho de que hubiere dos jurados en el proceso garantizaba que fuese oral y público y exigía la necesidad de la defensa del inculpado.²⁰⁴

Los tribunales se integraban por jueces profesionales y por jueces legos. El jurado de acusación se integraba por ocho jueces legos y uno profesional, quien presidía el tribunal y debía instruir sobre los debates sin participar en ellos. El

²⁰² Cfr. **ALVARADO VELLOSO, Adolfo**. "Los sistemas procesales", ob. cit., pp. 72 y ss.

²⁰³ Se sometió a profunda revisión y reforma al sistema de la Ordenanza francesa de 1670 y se confirmó la abolición de la tortura para obtener la confesión (*question preparatoire*), se abolió la tortura para descubrir a los cómplices (*question préalable*), se obligó a motivar las sentencias, se estableció una mayoría de tres votos para imponer la pena de muerte y se acordó a los acusados absueltos una reparación de su honor; consistente en la publicación de la sentencia. Cfr. **MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 340.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 342.

tribunal de juicio público era integrado por doce jueces legos, tres profesionales, uno de los cuales era el presidente, quien dirigía el debate y decidía la pena.²⁰⁵

La acción penal tuvo un diseño mixto, pues admitía la pública, la privada y la acción popular. Además, el imputado dejó de ser objeto del proceso, para ser sujeto procesal y contar con derechos y garantías.

La casación sólo se previó para anular el procedimiento cuando se comprobase que durante el juicio se habían violado las formas previstas en la ley o existiese falsa aplicación de la ley penal.

Este diseño luego fue modificado por las dificultades en la integración de los jurados,²⁰⁶ y en 1795, la Asamblea Constituyente emitió el Código de los Delitos y las Penas, conocido como Código Brumario, que introdujo ciertas modificaciones que significaron un retroceso en el sistema acusatorio, como fue que el director del jurado de acusación pudiese ser un juez de instrucción con facultades de investigación a partir de la elaboración de constancias escritas y secretas, la facultad de interrogar testigos o ampliar declaraciones de los que hubiesen acudido ante el Juez de Paz. Además, una vez integrada la instrucción preparatoria, este juzgador decidía el proceso correspondiente al caso, ya sea para remitir el asunto a la policía correccional o al jurado de acusación, el cual para entonces ya estaba bastante influenciado en la decisión. Se fortaleció la función persecutora pública por un procurador o Ministerio Público y se conservó la etapa intermedia.²⁰⁷

Las instituciones creadas en el derecho inmediatamente posterior a la Revolución se fueron desvaneciendo hasta que la instrucción del proceso y la decisión sobre los derechos del acusado quedaron en manos de un solo funcionario y aunque se conservaron los principios de publicidad, oralidad, contradicción, concentración y continuidad, el diseño se mermó en función de la

²⁰⁵ Todas las personas con derecho electoral eran capaces de ser jurados. De esa lista, el procurador general del distrito tomaba, cada tres meses, 200 personas, presentadas al acusador público, quien podía excluir 20. Los restantes se ponían en una urna y la suerte determinaba a los 12 jurados del caso. El acusado podía recusar sin causa a 20 personas, quienes eran reemplazados también por la suerte, pudiendo recusar –con causa- indefinidamente. Este proceso definía los nombres de los jueces accidentales o legos que integrarían el tribunal, y de acuerdo con los comentaristas, fue uno de los principales motivos del fracaso del sistema (*Ibidem*, p. 343).

²⁰⁶ Fueron intensas las críticas en contra de la Ley de 1791, que se fundaron en la complejidad del sistema de persecución penal y de la formación del jurado. Había una añoranza de una parte pública (Ministerio Público) que permitiera la persecución penal pública de los delitos y una instrucción preparatoria que permitiera eficacia en la investigación criminal con información amplia, lo que implicaba el regreso al procedimiento escrito y al sistema de pruebas legales.

²⁰⁷ Se dice que el *Code des délits et des peines*, del 3 de brumario del año IV (25 de octubre de 1795) conservó el sistema de la Ley de 1791, pero reformó la organización judicial con la creación de tres tribunales distintos, según la importancia de las infracciones y amplió el número de funcionarios que componían la policía judicial.

necesidad de control de la ciudadanía por parte del Estado.²⁰⁸ No obstante, pese a las dificultades prácticas de su aplicación, las críticas que sufrió, y a su efímera duración, este sistema, a la par del fin de la Inquisición en Francia, fueron el hilo revolucionario inicial en materia de enjuiciamiento penal para la Europa continental.²⁰⁹

El resultado fue el sistema mixto que a partir del Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, reformado en 1810, trascendió en la cultura occidental de los siglos XIX y XX, cuyas características fueron las siguientes:

- Se integró por tribunales formados por un presidente y cuatro jueces (que se pronunciaban sobre el derecho) y un jurado popular (que se pronunciaba sobre los hechos), una cámara de acusación, las cortes de apelaciones, tribunales correccionales y de policía.
- La persecución penal y la acción eran públicas, a cargo del Ministerio Público.
- El imputado tenía derecho de defensa durante el juicio, no así en la instrucción preparatoria -la cual era secreta y escrita-, ni en la etapa intermedia ante la Cámara de Consejo. En la acusación sí contaba con garantía de defensa, aunque el proceso era igualmente secreto.
- Se estableció la prisión como medida preventiva y se prohibía la libertad caucional en crímenes (así calificados por la gravedad)
- El proceso se dividió en tres partes:
 - *Instrucción preparatoria*, a cargo del juez de instrucción, aunque el Ministerio Público podía instruir en delitos flagrantes.
 - *Decisión de la acusación o procedimiento intermedio*, que iniciaba a partir de la remisión de las constancias resultado de la investigación, a la Cámara del Consejo, que decidía sobre la clausura de la persecución o la remisión a la Cámara de Acusación y al Procurador para la acusación.
 - *Instrucción definitiva o juicio definitivo*. Desarrollada por la Corte de Assises, la que dentro de las 24 horas siguientes de tenerlo a su disposición, debía informar al imputado sobre los cargos, acusación y resolución de la Cámara de Acusación. Le interrogaba y le informaba del derecho a nombrar defensor o le nombraba uno de oficio. El jurado resolvía sobre la culpabilidad y los jueces profesionales sobre el derecho y la pena.
- Se aplicó el sistema de íntima convicción para la valoración de la prueba, respecto de las producidas en el debate, pero también se le daba valor probatorio a las introducidas en investigación y actos previos al debate.
- Se previó la casación material y formal, y la apelación.

²⁰⁸ La ley del 7 pluvioso del año IX (26 de enero de 1801) organizó un verdadero Ministerio Público y creó una instrucción preparatoria secreta y escrita en manos de un juez de instrucción, modificó el régimen de prisión preventiva y el procedimiento ante el jurado de acusación. Cfr. **LEFEBVRE, Georges**. *La revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*. Breviarios, FCE, México, 1982, p.248.

²⁰⁹ Cfr. **MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 343.

Este sistema trató de responder, por un lado, a las máximas de la Inquisición, que era la persecución penal pública y el procedimiento encaminado a descubrir la verdad histórica y, por otra parte, a los principios sobre la organización del Estado republicano, la libertad y la dignidad humanas, establecidos por la Revolución, coincidentes con los principios del juicio acusatorio. El problema era conciliar una persecución penal eficiente (meta inquisitorial) con el respeto a la dignidad y libertad humanas (meta acusatoria).

El gran tema en este dilema fue el juicio de jurados, que fue mantenido por el Consejo de Estado, con aprobación de Napoleón, con el propósito de superar el sistema de prueba legal y mantener el debate oral, público, contradictorio y continuo. Este fue un triunfo de la organización republicana, de la libertad e independencia judicial, y de la libertad de defensa y dignidad del imputado.

2.1.1.3. El siglo XX y el sistema acusatorio moderno.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se dio impulso a acuerdos internacionales en materia de protección de derechos humanos y al desarrollo de la jurisdicción internacional en materia penal.²¹⁰ Se pretendió que los principios del debido proceso penal (como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa o la prohibición de la elaboración de pruebas), conquistados durante el siglo XIX, fueran efectivos mediante su inclusión en compromisos internacionales.

De cualquier manera, en el mundo occidental, el proceso penal del siglo XX no varió mucho respecto del conformado en el XIX, en tanto su objetivo siguió siendo el conocimiento de los hechos mediante la reconstrucción de la verdad histórica, con lo que el poder penal del Estado custodia valores superiores relativos a la dignidad humana, la paz y la seguridad jurídica.

Sin embargo, el proceso penal ha sido objeto de discusión y crítica en temas como la reducción y racionalización de la prisión preventiva, la objetividad en la individualización de la pena, la eliminación de la persecución penal de ciertas formas delictivas, la participación de la víctima, la exclusión de la prueba ilícita, la exposición del testigo frente a las partes y al tribunal, la posibilidad del imputado de declarar o no en la etapa de investigación y durante el juicio, el abandono del monopolio de la investigación y del ejercicio de la acción penal por parte del Estado, el impedimento de que el Juez tenga noticia del expediente antes del juicio, la separación de las etapas de culpabilidad y fijación de la pena, etcétera; temas que se aproximan a la generación de un sistema acusatorio moderno.

²¹⁰ Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre (1948), Convención Europea sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1969) y Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969).

Incluso, las reformas a los sistemas de justicia penal para adoptar instituciones de carácter adversarial en Alemania (1974), Inglaterra y Gales (1985), Italia (1988), Portugal (1988), o España (1988) fueron referentes para discusiones de temas de controversia como son las funciones del Juez Instructor y del Fiscal, cuyas facultades se redujeron para limitar el monopolio de la persecución en manos de la autoridad y conceder mayores garantías tanto a acusados como a víctimas.

El modelo acusatorio se ha manifestado con diversas características y en diversos contextos que han llevado a subdividirlo en garantista o liberal, y adversarial.²¹¹

Modelo garantista o liberal. Se le ubica en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, en que se pugnó por la protección de los derechos humanos en el sistema de justicia penal y en otros campos del derecho. El acento de este sistema es establecer un catálogo de principios que aseguren el respeto a los derechos humanos, aunque el Estado y la noción de soberanía estatal están presentes en el discurso, lo que replanteó el concepto de Estado moderno y las categorías esenciales del constitucionalismo. Sus principios se sintetizan en lo siguiente:

- **Principio acusatorio.** Necesidad de un sujeto que lleve la imputación penal ante el órgano decisor. Requiere del acusador una información precisa y detallada de los cargos y la calificación jurídica.
- *Debido proceso.* Acceso a la jurisdicción; igualdad en el proceso; derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; derecho a la defensa; derecho a recurrir el fallo ante un Juez o Tribunal Superior; prohibición de doble enjuiciamiento por los mismos hechos y publicidad en el proceso.
- *Garantía del Juez Natural.*
- *Garantía de motivación escrita de las resoluciones.*
- Principio de *no ser condenado en ausencia.*
- *Derecho a ser informado*, inmediatamente y por escrito, de las causas de la detención.
- *Gratuidad en la administración de justicia.*
- Función de *conducción del Ministerio Público en la investigación*, función policial y promoción de la acción penal.

Modelo adversarial. Se identifica con el sistema de justicia de procedencia grecorromana, con influencia del sistema inglés, del de las colonias americanas, así como de los pensadores de la Ilustración y de la Francia posrevolucionaria. Sus características son:

²¹¹ Cfr. PASTRANA BERDEJO, Juan y BENAVENTE CHORRES, HESBERT. *Nuevo Sistema Procesal Acusatorio. Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, ob. cit., pp. 11 a 18.

- Privilegia un **sistema contradictorio**, en que las partes son las que impulsan la actividad procesal.²¹²
- Se establece la *igualdad funcional entre las partes*, que les permita contar normativamente con las mismas posibilidades procesales.
- El *juez tiene funciones de garantía y de fallo*. Debe abstenerse de dar impulso a la persecución, vigilar las normas del procedimiento y decidir la controversia.
- Prevé *mecanismos de solución de conflictos penales diferentes* al proceso judicial, como la negociación.

Modelo Acusatorio Iberoamericano.²¹³ Este modelo se ubica en los procesos democratizadores de América Latina, iniciados en la década de los ochenta y que constituyó la protesta ante el sistema inquisitivo mixto surgido del Código de Napoleón de 1808.

El movimiento reformista tuvo como bandera la transparencia judicial, el respeto a los derechos fundamentales, pero también la búsqueda de una identidad procesal²¹⁴ en la región. El movimiento se gestó académicamente desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal, en que se diseñaron instituciones incluidas en el Código Modelo de Procesos Penales para Iberoamérica que fue antecedente de un Código Procesal Penal Tipo, cuyas propuestas y aportaciones más destacables, al inicio de los años noventa, eran:²¹⁵

- Énfasis en el respeto y dignidad al acusado, bajo los principios del debido proceso legal.
- Adopción del modelo acusatorio, con la separación de las funciones de juzgar, acusar y defender.
- Transparencia en un juicio público y oral, con la presencia ininterrumpida de los protagonistas en el proceso, en un juicio en que se incorpora el único material probatorio que será base para la sentencia.

²¹² Se ha diferenciado entre un sistema adversarial, de uno acusatorio, en que en el primero las partes tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, por lo que ellas son las que tienen que investigar los hechos y desarrollar los aspectos legales que les favorezcan; mientras que en el acusatorio las partes deben convencer al juzgador sobre la responsabilidad o inocencia del acusado y el Ministerio Público tiene la carga de la prueba de culpabilidad. Cfr. **GÓMEZ COLOMER, Juan Luis**. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de derecho*. INACIPE, México, 2008, pp 33 y ss.

²¹³ Cfr. **PASTRANA BERDEJO, Juan y BENAVENTE CHORRES, Hésbert**. *Nuevo Sistema Procesal Acusatorio. Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, ob. cit., pp. 19 y ss.

²¹⁴ Cfr. **HERMOSO LARRAGOITI, Héctor**. *Del sistema inquisitorio al sistema acusatorio en México*, ob. cit., p. 217.

²¹⁵ Cfr. **PELLEGRINI GRINOVER, Ada**. "Influencia do Código Penal Modelo para Iberoamérica na legislacao latino-americana. Convergencias e disonancias com os sistemas italiano e brasileiro". En *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. UNAM, México, 1993, pp. 541 y ss. Citada por *Ibíd*em, p. 218.

- Búsqueda de la eficacia del proceso, tanto en la persecución penal como en la efectividad de las garantías procesales.
- Desburocratización de la organización judicial que evite la delegación de funciones y la despersonalización del ejercicio de la función jurisdiccional y que además horizontalice a los tribunales para lograr controles externos.
- Participación popular en la administración de justicia, congruente con los sistemas propios de los regímenes constitucionales.
- Mecanismos de selección de casos para excluir un gran porcentaje del sistema. Ello, con la mitigación del principio de obligatoriedad y la adopción del de oportunidad; con la posibilidad de suspensión condicional del proceso, con un periodo de prueba, y procedimientos abreviados para las infracciones menores.
- Globalidad de la reforma de reestructuración de la justicia penal que abarque tribunales, Ministerio Público, defensorías y servicios de justicia.

Los países latinoamericanos han adoptado principios e instituciones propuestas en el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica. Esta adopción se ha hecho ante un panorama de aspiración a la democracia efectiva y a la búsqueda de sistemas y procedimientos que mejoren la calidad de la justicia. La confrontación es con regímenes políticos dictatoriales, corrupción, altos grados de violencia e impunidad.

La aspiración es obtener sistemas institucionales que garanticen el disfrute de los derechos fundamentales de las personas que enfrentan al aparato estatal por la posible comisión de un delito y la satisfacción de los intereses de la víctima y de la sociedad.

Lo que se ha hecho generalizadamente es la adopción de un sistema acusatorio moderno apoyado por instituciones internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y algunas otras instituciones no gubernamentales. El Centro de Estudios Judiciales para las Américas se ha encargado también de promover la reforma procesal penal mediante acciones de capacitación, seguimiento de avances y experiencias.

Guatemala fue el primer país en experimentar el cambio del sistema mixto inquisitivo al acusatorio en 1994, movimiento que se ha expandido a otros países como Costa Rica, El Salvador, Paraguay, Venezuela, Chile, Bolivia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Colombia, República Dominicana, Perú y Argentina. Los órganos encargados de evaluar los avances, coinciden en que son Chile, Colombia y Costa Rica los que han logrado mayores adelantos.²¹⁶

²¹⁶ Cfr. MAIER, Julio B.J., AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan. (Coordinadores). *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Konrad Adenauer Stiftung e Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Edit. Ad.hoc, Buenos Aires, 2000.

2.1.2. Características del sistema acusatorio vs. sistema inquisitivo.

El enjuiciamiento penal acusatorio dominó el mundo antiguo. La reacción ante el ilícito, ya sea privada o popular, se canalizó por la vía de lo que hoy conocemos como acción procesal, frente a un árbitro o un tribunal, que de alguna manera decidiría la cuestión.

Sus características fundamentales residen en la división de poderes ejercidos en el proceso por el acusador y por el imputado, el primero con la persecución penal y el ejercicio del poder requirente y, el segundo, con la resistencia a la imputación y el derecho a defenderse. Y, el tribunal, que tiene el poder de decidir.

Estas tres fuerzas se vinculan y condicionan una a otra: el límite de la acción del tribunal se condiciona a la acción del acusador y el contenido del reclamo, y a la posibilidad de resistencia del acusado frente a la imputación que se le atribuye. Como hemos visto, este sistema de fuerzas paralelas se pudo dar en los sistemas democráticos griegos y romanos, incluso germanos, y en la moderna Inglaterra y Francia.

De estos antecedentes, podemos afirmar que las notas comunes en los modelos de enjuiciamiento penal de tipo acusatorio son:

- 1) La *jurisdicción penal reside en tribunales populares*, ya sea integrados por asambleas del pueblo o colegios judiciales, legos o letrados. Su papel es de un árbitro entre las partes.
- 2) La *persecución penal* está en manos de un *acusador* perfectamente identificable y visible, sin cuya imputación no existe el proceso (*Nemo iudex sine actore – ne procedat iudex ex officio*). El sistema ha sido *privado* cuando el ofendido ha sido el autorizado para perseguir penalmente, o *popular* si el derecho de persecución era de cualquier ciudadano o de cualquier persona del pueblo.
- 3) El *acusado* es sujeto de derechos, en *posición de igualdad con el acusador*, cuya situación jurídica no varía durante el proceso sino hasta que existe condena. Las medidas de coerción, como la privación de la libertad, son una excepción.
- 4) El procedimiento consiste en un *debate* (o combate) público, oral, continuo y contradictorio. Los jueces perciben los medios de prueba, las razones y pretensiones de ambas partes y deciden según esos elementos (*secundum allegata et probata*).
- 5) En la *valoración de la prueba impera el sistema de íntima convicción*, conforme al cual los jueces deciden votando, sin sujetarse a reglas tasadas de valoración y sin necesidad de expresar las razones de su voto. Este sistema de valoración varía en los modelos acusatorios, para incluir una *valoración libre de la prueba*, que si bien no sujeta al juzgador a reglas tasadas, sí le vincula a expresar sus fundamentos y razones.

- 6) Conforme al sistema de valoración de íntima convicción, la sentencia es el resultado del escrutinio de los votos y, por ser emitida por una asamblea, es inapelable. Lo que no ocurre si el sistema de valoración es libre.

Hemos dicho que el sistema acusatorio no necesariamente se presenta de manera pura y, para comprender sus esenciales características, se le suele explicar mediante su comparación con el sistema inquisitivo. Mientras en éste se confunden en una sola institución las tareas de investigación, acusación y juzgamiento, en aquél se separan claramente tales funciones. En el sistema inquisitivo impera el secreto y la escritura, y en el acusatorio se instaura la publicidad y la oralidad. En el sistema inquisitivo hay una concatenación de actos formales, sucesivos e intermitentes, mientras que en el acusatorio, los actos son concentrados, continuos y procuran la inmediación. El sistema acusatorio es un sistema de partes, que pregona la necesaria contradicción entre ellas, a fin de que el ejercicio correcto de cada uno de sus roles (acusación y defensa) ocasionen una justa tensión en el sistema, que redunde en su correcto funcionamiento y en el equilibrio de las potestades de las partes.²¹⁷

El sistema de enjuiciamiento inquisitivo responde a la concepción absoluta del poder central y al escaso valor del individuo frente al orden social (*salus publica suprema lex est*). El imputado se reduce a ser un mero objeto de investigación y no un sujeto de derechos. Conforme al sistema inquisitivo, la persecución de los delitos es pública, obligatoria en su ejercicio, no depende de una manifestación de la voluntad particular en la represión y la meta principal del procedimiento es averiguar la verdad, no obstante los medios de realización.

Así, las notas comunes en el sistema inquisitivo son:

- 1) El monarca o el príncipe es el depositario de la jurisdicción penal. En él reside el poder de juzgar, delegarlo en funcionarios y reasumirlo, si es necesario.
- 2) El poder de perseguir penalmente se confunde con el de juzgar.
- 3) El acusado representa un objeto de persecución y no un sujeto de derechos, y la confesión es el centro de gravedad del procedimiento.
- 4) El procedimiento se integra por una investigación secreta, cuyos resultados constan por escrito, y que constituirán el material para dictar el fallo. (*Quod non est in acta non est in mundo*). El secreto responde a la necesidad de una investigación sin debate y la protocolización escrita, a la posibilidad de la decisión de la revisión por el superior que reasumiera el poder de juzgar. La investigación se lleva a cabo de manera discontinua, a medida que los rastros aparecen y son fijados en actas.
- 5) La valoración probatoria se rige por el sistema de prueba legal. La ley estipula las condiciones positivas o negativas para tener por acreditado un hecho. Se ha dicho que el poder del juez se controla en la sentencia,

²¹⁷ Cfr. **QUINTERO, María Eloísa**. *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica*. Ara Editores, Perú, 2010, pp. 11 y 12.

haciendo contrapeso frente al que ha tenido durante el proceso, en que ha podido acudir a cualquier medio para averiguar la verdad; mientras que al momento de dictar resolución debe reunir un número suficiente de pruebas para condenar.

- 6) El fallo es impugnabile por definición.²¹⁸ El poder que se delega en funcionarios inferiores, debe devolverse en sentido inverso a aquél de quien procede, lo que permite el control de la utilización correcta del poder delgado. Así se explica el *efecto devolutivo* de los recursos y la propensión a la organización jerárquica de los tribunales, lo que provoca el nuevo examen y la nueva decisión, por un tribunal distinto, jerárquicamente superior.²¹⁹

Miguel Carbonell y Enrique Ochoa²²⁰ han elaborado un cuadro comparativo que evidencia claramente las diferencias entre un sistema inquisitivo y uno de corte acusatorio, a partir del cual podemos resumir lo siguiente, con algunas precisiones, adiciones y matices de nuestra parte:

Sistema Inquisitivo

Concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar. Ya sea que un juez investigue, acuse y juzgue (Chile y Colombia antes de sus reformas) o que el Ministerio Público investigue, acuse e influya como autoridad en el juzgamiento (México).

El acusado es objeto de investigación. No participa en la investigación y tiene derecho a nombrar un abogado cuando ya existe acusación en su contra. La declaración no es un medio de defensa, sino un medio de prueba y su silencio puede constituir una presunción de culpabilidad.

La detención opera como regla general para todos los delitos y la prisión preventiva es medida cautelar de uso común.

La víctima regularmente no participa en la investigación del caso ni en el proceso. El sistema se esfuerza en castigar al culpable, pero no necesariamente en resarcir el daño.

Sistema Acusatorio

Separación de las funciones de investigar, acusar y juzgar en autoridades distintas. La policía investiga, el Ministerio Público acusa; un juez de garantías acepta o rechaza la procedencia del caso y dicta medidas cautelares; y un juez o jurado de juicio oral juzga sobre la culpabilidad y establece la pena.

El acusado es sujeto de derechos y debe ser escuchado durante el proceso. Tiene derecho a conocer los actos de investigación, a ser tratado como inocente, a tener asesoría de un abogado, actuar como parte procesal y su silencio no puede ser interpretado en su contra.

La libertad es la regla general y la detención es una excepción. Las medidas cautelares no privan –necesariamente– de la libertad al imputado.

La víctima es parte importante en el proceso. Participa en la investigación, se informa del desarrollo del caso, participa directamente en la audiencia ante el Juez y el sistema busca resarcir el daño.

²¹⁸ “The introduction of appeal is a political event, as it implies the subjection of lower, to the authority of higher courts, which is a question of power politics. The kings of France succeeded in establishing the Parlement of Paris as a court of appeal because the political unification of the kingdom resulted in the subjection of old regional rulers –and their courts– to royal authority.”
VAN CAENEGEM, R.C. *Judges, Legislators & Professors. Chapters in European Legal History*, ob. cit., p. 6.

²¹⁹ Cfr. **MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 446 y ss.

²²⁰ Cfr. **CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique.** *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, ob. cit., pp. 37 a 39.

CAPÍTULO 2
LAS PRINCIPALES MUTACIONES PROCESALES EN EL MARCO DE LA REFORMA PENAL DE JUNIO DE 2008 CON TRASCENDENCIA EN LOS ESQUEMAS DE ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Escrito. Hay un esfuerzo institucional por construir un expediente y lo que no existe en él, no existe en el proceso.

Permanencia de la prueba. La prueba se constituye desde la investigación.

Secreto. El acceso al expediente por parte de la víctima, acusado o cualquier interesado es variable en cada sistema y parte del proceso. Las partes tienen acceso parcial durante las etapas procesales, y general una vez concluido el juicio.

Delegación de funciones judiciales hacia funcionarios menores para la celebración de las diversas etapas procesales.

Los actos son sucesivos e intermitentes. La audiencia puede segmentarse en varias audiencias.

La víctima y el acusado no tienen oportunidad de confrontar las pruebas en audiencia pública con la presencia del juez.

El objeto del proceso es imponer una pena a quien sea declarado culpable, para lo que se deben agotar todas las etapas del procedimiento.

En tanto el acceso al proceso para las partes es limitado conforme a cada etapa, **no existe una contienda en igualdad de condiciones real.**

Oral, mediante un sistema de audiencias públicas. Las alegaciones y las pruebas se desahogan de manera primordialmente oral. Este, más que un principio, es una característica del sistema.

Las pruebas se constituyen en el juicio. Las que no se desahoguen en audiencia oral, en presencia de las partes y con oportunidad de intermediación y contradicción, no existen para el juicio, salvo la prueba anticipada²²¹ o la superviniente.

Público y transparente. Las audiencias del proceso son públicas, con algunas excepciones. La víctima y el acusado tienen acceso a las pruebas del caso y a participar en las audiencias desde el inicio del proceso.

Principio de intermediación. El juez debe estar presente en la celebración de las audiencias del proceso. Este principio trasciende a las partes, a todo sujeto procesal y a todas las etapas del proceso, para propiciar no sólo su presencia, sino la posibilidad de conocer de manera inmediata los sucesos del juicio y las posturas de cada parte.

Principio de concentración. La audiencia pública es continua.

Principio de contradicción. La víctima y el acusado tienen oportunidad de confrontar alegatos y pruebas en audiencia pública, con la presencia del juez y nunca en ausencia de la contraparte.

Principio de oportunidad. El objeto del proceso es solucionar de la mejor forma el conflicto. Se permite la suspensión del proceso para aceptar sistemas alternativos para la solución de controversias y procesos penales simplificados o abreviados.

Sobre todo, se permite que el Ministerio Público tome decisiones de oportunidad sobre acusar o no.²²²

Principio de igualdad procesal. Las partes en el proceso tienen igualdad de condiciones y armas en la audiencia, conforme a su

²²¹ La que se practica antes del juicio oral, aunque con intervención judicial, si el objeto o materia sobre el que versa, es perecedero o fugaz, de imposible conservación para la celebración de la audiencia oral o exista riesgo fundado de que no podrá producirse en ella. (Es el caso de las diligencias de intervención telefónica, registro de bienes muebles o inmuebles, apertura de comunicaciones privadas, o la declaración de un testigo o perito cuya presencia en el debate sea imposible o incierto).

²²² El principio de oportunidad se plantea como una solución al colapso de los órganos penales del Estado. Se trata de la posibilidad de prescindir del juicio oral y público, la ampliación de la admisibilidad del procedimiento directo.

Prueba tasada. Existe un sistema legal de tasación de la prueba para su valoración.

Sistema de desconfianza. Todo debe quedar por escrito en el expediente y en las resoluciones.

El juez resuelve en privado, en un tiempo indeterminado, sin necesariamente haber escuchado a las partes y sujetos procesales de viva voz, sin que se garantice que tenga influencia externa entre el tiempo que termina la audiencia y se pronuncia.

preparación en etapa anterior y al conocimiento y mediación que se tenga de las pruebas y argumentos de la otra parte.

Valoración libre de la prueba. El juez no está predeterminado para valorar la prueba por un sistema legal de tasación, sino que debe aplicar su libre convicción y las reglas de la sana crítica, sin que ello signifique arbitrariedad ni lo releve de la obligación de motivar sus resoluciones.

Suficiencia del debido proceso legal. La garantía de las formalidades se evidencia en el proceso.

El juez resuelve en público, en un tiempo determinado, después de haber escuchado a las partes y sujetos procesales de manera directa, en la propia audiencia y con la garantía de no recibir influencia externa entre el momento en que termina la audiencia y en el que decide.

Máximo Langer²²³ analiza la dicotomía “acusatorio-inquisitivo” bajo seis sentidos o niveles conceptuales, que le permiten distinguir cada sistema. Así, los considera como “categorías históricas”, “tipos ideales”, “mecanismos o subsistemas que cumplen cierta función en el sistema procesal”, “intereses o finalidades contrapuestos”, “principios normativos” y “modelos normativos”.

Como “*categorías históricas*”, lo acusatorio y lo inquisitivo son rótulos que denominan a un sistema procesal penal concreto. Lo más común es que se denominen “acusatorios” al grupo de procesos penales de los países de tradición anglosajona, e “inquisitivos” a los de tradición continental. Sin embargo, no existe un acuerdo unánime sobre el contenido de esta dicotomía.

Como “*tipos ideales*”, lo acusatorio y lo inquisitivo está determinado por elementos estructurales que pueden ser reconocidos en los procesos penales históricos en mayor o menor medida, por lo que sirven para el entendimiento de procesos penales concretos.

Como “*mecanismos o subsistemas que cumplen cierta función en el sistema procesal*”, se entiende al inquisitivo como todo subsistema o mecanismo procesal cuya función sea la obtención coercitiva de reconocimientos de culpabilidad por parte de los imputados; no importa cuál sea el medio empleado, sino que la función sea obtener reconocimientos de culpabilidad coactivamente.

²²³ Cfr. LANGER, Máximo. “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”. En *El procedimiento abreviado*. Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 108 y ss.

Por oposición, lo acusatorio se refiere a todo mecanismo o subsistema que no cumpla con tal función.²²⁴

El sistema acusatorio y el inquisitivo representan “*intereses y finalidades contrapuestas*”. Por ejemplo, en el inquisitivo se identifica la exigencia de represión del delito y de castigo al culpable; mientras que en el acusatorio, se representa el respeto a los derechos del imputado y la finalidad de absolver a los inocentes. Este tipo de fines suelen converger en los modelos de procesos penales concretos, por lo que en realidad, en la práctica, nos encontramos con modelos mixtos y “tendientes” ya sea a características acusatorias o bien inquisitivas.

Ahora bien, como “*principio*”, el acusatorio significa que debe haber una auténtica separación de las funciones requirente y decisoria; mientras que el inquisitivo representa la negación de tal circunstancia. Y, finalmente, como “*modelo normativo*” el acusatorio representa un paradigma de proceso penal y el inquisitivo, su negación.

Habiendo ubicado estos parámetros de comparación, nos encontramos en posibilidad de comprender que el acusatorio es un modelo ideal, ya sea desde el punto de vista descriptivo o deontológico. Lo que le define es su búsqueda por *enfrentarse a la realidad*: no se inicia una investigación acusando, sino que se acusa porque existe previamente una investigación. No se arriba a la verdad y a la prueba, a partir de una hipótesis acusatoria, sino porque se cuenta con un hecho, una prueba, un probable autor del hecho y un resultado.²²⁵

En el modelo acusatorio, el tribunal conoce de un caso presentado por un fiscal, una vez que ha sido admitido por un juez y ha sido producto de una investigación en la que ha podido participar el imputado. La actuación judicial comienza sólo hasta que el Ministerio Público ha solicitado la vinculación del imputado a proceso.

El *quid* del sistema acusatorio reside en la absoluta imparcialidad del órgano jurisdicente, que deriva de la distinción entre instruir y juzgar. También es esencial la vigencia de los principios de contradicción y de igualdad de armas, que

²²⁴ Ferrajoli ejemplifica esta distinción, al comparar el papel de interrogatorio en uno y otro sistema: “En el interrogatorio del imputado es donde se manifiestan y se miden las diferencias más profundas entre método inquisitivo y método acusatorio. En el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba ‘el comienzo de la guerra forense’, es decir, ‘el primer ataque’ del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión... Por el contrario, en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse.” **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Trotta, Madrid, 8ª. Ed, 2006. p. 607 y 608.

²²⁵ Cfr. **HIDALGO MURILLO, José Daniel.** *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal.* Porrúa, México, p. 84.

implican la separación de las partes y su colocación en posiciones equidistantes frente a la jurisdicción, con iguales facultades de intervención, introducción de hechos, aportación de pruebas, alegatos, objeciones e interposición de recursos. Se trata de que el modelo sea simétrico y equilibrado entre las partes, de manera que ninguna tenga preeminencia o control en ninguna fase o cuestión del mismo.²²⁶

Así, la naturaleza acusatoria del procedimiento se concreta cuando el Ministerio Público deja de tener facultades de desahogo de pruebas ante sí mismo durante la investigación y quien ejerce la función policiaca no realiza actos que impliquen cualquier desventaja para el imputado. La investigación deja de tener por objeto la práctica de pruebas, para enfocarse en la identificación, selección y preparación de éstas, a fin de que eventualmente se desahoguen en audiencia de juicio oral. De esta manera, el órgano de acusación se acota a la parte procesal, y la autoridad judicial asume –desde la investigación– el control de la producción y evaluación de la prueba.²²⁷

2.2. PRINCIPIOS DEL PROCESO, EN RELACIÓN CON EL TRABAJO ARGUMENTATIVO DEL JUZGADOR.

La doctrina es unánime en señalar a la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación como los principios rectores o informadores del proceso penal de naturaleza acusatoria, aunque en algunas ocasiones se adiciona el de igualdad y de economía procesal. El primer párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado en 2008, los señala precisamente como aquellos principios que rigen al proceso penal acusatorio.

Se ha llegado a afirmar que la oralidad es un principio, aunque más bien es una característica del sistema, que se concentra principalmente en la celebración del juicio, pues las etapas de investigación e intermedia, recursivas y de ejecución, pueden tener momentos escritos.

José Daniel Hidalgo Murillo disiente en denominarles *principios rectores del proceso acusatorio* y precisa que lo son de las audiencias.²²⁸ En el mismo sentido, el doctor García Ramírez señala que no sólo son aplicables al juicio propiamente dicho, sino a todas las audiencias en las que con intermediación de las partes se

²²⁶ Cfr. **PAZ, Javier**. *Simetría, equilibrio y oralidad como elementos rectores del proceso penal acusatorio mexicano*. Artículo sin referencia de publicación, pp. 6 y ss.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Cfr. **HIDALGO MURILO, José Daniel**. *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*, ob. cit., pp. 76 y 77.

debata la prueba.²²⁹ En este sentido, se les ha analizado también como principios de la prueba.

El referido artículo constitucional señala expresamente que estos principios lo son del proceso, por lo que en el caso mexicano permean en todos los actos, partes y sujetos procesales, y sus dimensiones trascienden al desahogo y valoración de la prueba. Incluso, la fracción X, apartado A, del propio artículo 20 constitucional, señala que los principios se observarán también en las audiencias preliminares a juicio, que son las de control de detención, de formulación de imputación, de vinculación a proceso, entre otras.

Esto es, los principios son rectores de todo el proceso penal, con inclusión de toda audiencia preliminar o posterior al juicio, en la que se ventilen elementos de prueba o argumentación por ser controvertible el asunto a tratar.²³⁰

De hecho, en la realización de cada uno de estos principios, se implican los otros. Uno es condición de los demás. Sin la publicidad del juicio, las partes no pueden conocer de manera inmediata los argumentos y pruebas que se aportan y, por tanto, tampoco pueden contradecirlas. Así también, si los actos no se concentran y no se desahogan de manera continua e ininterrumpida, difícilmente podrá haber una percepción inmediata tanto por parte del juez como de los sujetos procesales, de todo lo que en el proceso ocurre. Igualmente, si no hay intermediación no puede haber contradicción entre las partes, pues están imposibilitadas de conocer de manera inmediata lo que sucede en el proceso y, por supuesto, de oponerse. Entonces, todos estos principios forman una red que interactúa y se implica entre sí.

Es también de tenerse en cuenta que ningún principio puede ser absoluto. En su aplicación, tanto el legislador como el juzgador –en su responsabilidad de árbitro del proceso- tienen que ponderar la prevalencia de cada principio, respecto de otros con los que pudiese colisionar. Por ejemplo, cuando en la aplicación del

²²⁹ Cfr. **GARCIA RAMÍREZ, Sergio**. *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)*, ob. cit., pp. 109 y ss.

²³⁰ Cfr. **QUINTERO, María Eloísa**. *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica*, ob. cit., p. 29. No obstante, Hidalgo Murillo los restringe como propios de las audiencias y señala que para el proceso los principios, al menos en el sistema mexicano son: **En relación a la delincuencia**, la oportunidad, diligencia, celeridad y no impunidad. **En relación al proceso**, la verdad real y/o procesal, y el de solución de controversias, que implica a la justicia restaurativa o alternatividad, suspensión condicional del proceso y aplicación de criterios de oportunidad. **En relación a la víctima**, la reparación del daño. **En relación al imputado**, la libertad, defensa, presunción de inocencia, dignidad y debido proceso legal. **En relación a la prueba**, la intermediación y la contradicción. **En relación al órgano jurisdiccional**, los principios de identificación física del juzgador, transparencia, concentración, continuidad, independencia judicial interna y externa, publicidad e imparcialidad. **En relación con las decisiones jurisdiccionales**, la oralidad, audiencia, motivación y fundamentación. **En relación con el sentenciado**, los principios de reinserción social y proporcionalidad de las penas y medidas de seguridad. Cfr. **HIDALGO MURILO, José Daniel**. *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*, ob. cit., pp. 76 y 77.

principio de publicidad, se vea mermada la protección de datos personales o la presunción de inocencia. Veamos lo que cada uno implica.

2.2.1. Publicidad.

El imputado tiene derecho a ser juzgado en audiencia pública por un órgano jurisdiccional unitario o colegiado. El sistema acusatorio rechaza toda práctica secreta u ocultista y, postula, en su lugar, la transparencia y el flujo directo de toda información, acto o prueba del proceso. La idea es alejar toda sospecha de arbitrariedad.²³¹

La publicidad del juicio se encuentra ligada con la transparencia de la actuación judicial, que a su vez se convierte en elemento esencial para legitimar sus decisiones. Así, la publicidad del proceso, que alcanza plenitud en el juicio oral, se erige no sólo en garantía de las partes, sino en instrumento para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la independencia e imparcialidad de sus tribunales.

Es importante la efectiva posibilidad de la presencia del público que desee asistir a la audiencia, pues la publicidad debe entenderse como una garantía para los propios ciudadanos que intervienen en el proceso (imputados, víctimas, testigos), pero es ante todo una manifestación democrática, que se expresa en el derecho de todo ciudadano a controlar y vigilar el ejercicio de la impartición de justicia en su país; es decir, el derecho de todo ciudadano a controlar los actos de gobierno.

El hecho de que las actuaciones procesales se desarrollen públicamente previene arbitrariedades, negligencias, incumplimientos y todo tipo de prácticas impropias que suelen albergarse bajo la protección de la opacidad de procedimientos desarrollados en privado o alejados del público.

La reforma constitucional representa la oportunidad de que el poder público recupere la credibilidad y confianza de los gobernados en las instituciones de procuración e impartición de justicia.

En efecto, el principio de publicidad tiene una dimensión invaluable en el plano de la política judicial, pues es uno de los mecanismos más efectivos del control social sobre la efectiva realización de la justicia. Mirabeau pudiera decir: *“dadme el juez que queráis; parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal de que nada pueda hacer si no es cara al público”*.²³²

²³¹ Cfr. *Ibidem*.

²³² **OBANDO A. Jorge.** “Reformas del Proceso Penal y Seguridad Ciudadana en Iberoamérica”, ob. cit., p. 31.

Como hemos visto, este principio no es precisamente una novedad, pues ya en la Grecia antigua y en la República romana, la publicidad del juicio era esencial y así lo fue en los modelos acusatorios subsecuentes después de la Ilustración. *“La publicidad –decía Couture- con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. En último término el pueblo es el juez de los jueces. La responsabilidad de las decisiones judiciales se acrecienta en términos amplísimos si tales decisiones han de ser proferidas luego de una audiencia pública de las partes y en la propia audiencia, en presencia del pueblo.”*²³³

Así, el principio de publicidad de las actuaciones es típico del proceso liberal establecido en razón de dos tipos de consideraciones:

- 1) Para proteger al imputado contra la arbitrariedad de una justicia secreta sustraída al control público.
- 2) Como instrumento de control de la efectiva sumisión del juez a la ley, pues con la presencia del público se refuerza el control de la correcta interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces.

Conceptual y materialmente ligado con el principio de publicidad, existe el derecho de acceso a la información procesal para efectos de la defensa, que permite al imputado se le proporcione oportunamente toda la información necesaria para que ejerza su derecho a la contradicción y a la defensa.

La diferencia se encuentra en que bajo el principio de publicidad, la sociedad puede observar y verificar la correcta consecución del juicio, a la vez que las partes aseguran que mediante esta observación social, sus derechos sean decididos en un marco de transparencia institucional. En tanto, para efectos de su defensa, el acceso que tenga el imputado a la información, le garantiza que a partir de su detención, de su citación en calidad de probable responsable, o bien cuando se le vincule al proceso, se le proporcionen todos los datos que solicite para su defensa y que obren en los registros de la investigación.

Con este criterio, se aleja la tradicional restricción, pensada en función de la posibilidad de abrir una puerta para la destrucción de indicios y de medios de prueba necesarios para el éxito de las investigaciones delictivas.

Sin la publicidad, no se podría ejercer el principio de contradicción, pues ¿cómo contradecir lo que no se conoce, lo que es secreto o es oculto? El artículo 20 constitucional reformado, señala textualmente, en su fracción IV: *“...La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”*. La relación entre lo público y lo

²³³ *Ibidem.*

contradictorio es de consecuencia lógica entre lo primero y lo segundo. La contradicción no podría darse sin la publicidad.

La publicidad de los procesos deriva en importantes consecuencias procedimentales, como es la dispuesta en el párrafo quinto del artículo 17 constitucional: *“Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.”* Esto implica la obligación del juzgador de que al emitir su sentencia lo haga de manera pública, sujeta al entendimiento y escrutinio de las partes y sujetos procesales, y del público en general. Lo que le requiere de un lenguaje de fácil acceso y sin tecnicismos legales.

Si bien esta disposición constitucional forma parte de los principios del proceso penal, muy válidamente puede interpretarse su aplicación más allá de esta materia, pues se refiere a todo procedimiento oral y su ubicación en el artículo 17 constitucional, lejos de excluirle, le incluye como mandamiento rector de todo procedimiento oral.

No obstante, como anticipábamos, la publicidad no es absoluta. En principio, la publicidad es para las partes o sujetos propios del proceso y, de manera mediata, implica el acceso al público en general. Sin embargo, vale la limitación para efectos de proteger bienes de superior jerarquía, como la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de las víctimas, testigos o menores de edad, la protección de datos legalmente reservados, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.²³⁴ Específicamente, en materia de delincuencia organizada, puede la autoridad judicial autorizar la reserva del nombre y datos del acusador, conforme lo dispone el reformado artículo 20 constitucional, en su apartado B, fracción III.²³⁵

La publicidad siempre debe existir en el sistema acusatorio, aunque sea de manera graduada. El mayor límite es el caso en que la publicidad sólo alcance a las partes o incluso sólo a una de ellas, en ciertos actos previos a la formulación de la imputación. En ocasiones se puede ordenar que el debate o algún acto en particular –por protección a la declaración de un menor o a las buenas costumbres- sean reservados, lo que no puede restar nunca el carácter público de una sentencia.

²³⁴ Artículo 20, apartado B, fracción V, constitucional.

²³⁵ Si bien, la opinión pública de un Estado Democrática exige plena transparencia en los procesos judiciales, el derecho a la información puede entrar en conflicto con el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la protección de la juventud y la infancia, a la seguridad, a la integridad física y moral, presunción de inocencia, a un juez imparcial, etc. Cfr. **NAVARRO MARCHANTE, Vicente J.** *El derecho a la información audiovisual de los juicios*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 81 y ss.

2.2.2. Contradicción.

Este principio consiste en la indispensable necesidad de someter a refutación y contraargumentación la información, actos y pruebas de la contraparte.²³⁶ Una justa y oportuna contradicción permite alcanzar el objeto del proceso, de manera que se favorezca una mejor producción de información y se clarifiquen las razones en pro y en contra respecto de un punto concreto.

Es mediante la contradicción que resulta posible el cumplimiento del objeto del proceso establecido en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción I, que señala: “*El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen*”. El esclarecimiento de los hechos y todas sus consecuencias no es posible sin una auténtica contradicción entre partes.

La contradicción es la práctica argumentativa por excelencia que permite arribar a conclusiones a partir de postulados no coincidentes, de manera que por la vía lógica, se establezca una verdad racionalmente aceptable.

El principio de contradicción también permite el efectivo ejercicio del derecho de defensa. La defensa oportuna debe tener la posibilidad de contradecir los dichos, pruebas y posturas de la acusación, sea del Ministerio Público, del actor privado o del actor civil.

El justo confronate ejercido en auxilio de la “igualdad de armas” posibilita la consecución del sistema de partes, que es indispensable para alcanzar el efectivo control sobre el actuar del otro. Si el sistema de partes produce efectivamente una justa tensión entre los distintos sujetos del proceso, entonces se podrá aspirar a un correcto funcionamiento del sistema.²³⁷

La igualdad de armas entre las partes implica igualdad de condición argumentativa y de aportación de elementos objetivos para crear la evidencia lógica de la conclusión.

El artículo 20 constitucional, apartado A, dispone sobre este principio, en sus fracciones III a VI, lo siguiente:

- Que para efectos del dictado de la sentencia, sólo se considerarán como pruebas las que hubieran sido desahogadas en la audiencia de juicio.
- Que la presentación de los argumentos y elementos probatorios se desarrollará de manera contradictoria, además de pública y oral.

²³⁶ Cfr. **QUINTERO, María Eloísa**. *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica*, ob. cit., p. 40.

²³⁷ *Ibidem*, p. 41.

- Que las partes tienen igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa.
- Que ningún juzgador puede tratar asuntos sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, en respeto del principio de contradicción, salvo las excepciones que se establezcan en la propia Constitución. Ello para evitar que tenga información unilateral y sesgue su criterio.

Esto es, el principio de contradicción propicia que sólo puedan ser tomadas en cuenta para efectos de la sentencia, las pruebas y argumentos que hubiesen sido desahogados en audiencia pública, en presencia del juez y de las partes, con posibilidad de que cada una hubiese tenido oportunidad de contradecir y desvirtuar las pruebas y argumentos sostenidos.

Se trata de una igualdad procesal que tensa dialécticamente la relación entre las partes para lograr que ambas tengan las mismas oportunidades de defensa y acusación, respectivamente, bajo la mirada escrutadora del juez, de los sujetos procesales y de la sociedad.

La contradicción favorece el acercamiento a la verdad y brinda una visión dialéctica y detallada de la situación.

Como **excepciones al principio de contradicción**, se han considerado las siguientes:

1. En caso en que **el imputado renuncie expresamente a su derecho a un juicio oral** y acepte el hecho que se le imputa a cambio de algún beneficio legal. En este supuesto será juzgado por el juez de control con los antecedentes que arroje la investigación del Ministerio Público.
2. En **casos de delincuencia organizada**, en que no sea posible reproducir la prueba en juicio, por riesgo acreditado para testigos o víctimas, lo que no demerita la posibilidad de que el imputado pueda objetar e impugnar la prueba ofrecida.²³⁸

La importancia del principio de contradicción en el sistema acusatorio es tal, que incluso ha llevado a los autores a considerarlo como su propio marco de definición procesal. Así, el doctor Juan Montero Aroca, en su estudio sobre “*El significado actual del llamado principio acusatorio*” considera que de hecho no existen dos sistemas distintos llamados uno acusatorio y otro inquisitivo, sino sólo dos sistemas de actuación del derecho penal, uno extraprocesal, en el que no se utiliza el proceso y otro procesal. El llamado proceso acusatorio sí es un proceso

²³⁸ “En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra” (art. 20, apartado B, fracción V, *in fine*).

porque se basa en un debate entre iguales frente a un juez imparcial y no así el inquisitivo que predomina en la averiguación previa del derecho napoleónico.²³⁹

En el principio de contradicción pueden identificarse dos sentidos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero, en tanto la concentración sirve de base para la formación de la prueba; es decir, es el método de conocimiento dialéctico propio del sistema acusatorio. El segundo sentido subjetivo de la contradicción, se le otorga en razón del derecho del acusado de enfrentarse con su acusador; la facultad, frente al juez, de interrogar o de hacer interrogar a las personas que presentan declaraciones a su cargo.²⁴⁰ Entonces, el principio de contradicción toma dimensiones ampliamente comprensivas tanto del sentido dialéctico del proceso acusatorio, como de los derechos intrínsecos de las partes en él.

2.2.3. Concentración.

Este principio se invoca junto con el de continuidad, pues tiene el propósito de que el proceso se efectúe en el menor número de actos procesales. Se trata de ganar en celeridad procesal y lograr, hasta donde sea posible, el ideal de una justicia pronta y expedita, sin detrimento de los actos de defensa y el esclarecimiento de la verdad.

Para ello, se reúnen los actos procesales fundamentales –prueba y alegaciones y, eventualmente, la sentencia misma- en una audiencia o en un reducido número de audiencias.

La pretensión de la concentración es que el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución, ocurran en un mismo acto procesal. Se ha dicho que la concentración, la celeridad y la oralidad forman el trípode sobre el cual descansa la ritualidad del procedimiento acusatorio.²⁴¹ Bajo este principio, se exige que exista concentración de actos y de sujetos intervinientes²⁴².

²³⁹ Cfr. **MONTERO AROCA, Juan**. “El significado actual del llamado principio acusatorio”. En *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

²⁴⁰ Cfr. **SFERLAZZA, Ottavio**. *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*. Fontamara, México, 2005, p. 101.

²⁴¹ Cfr. **BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo**. *El proceso penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 208, cit. por **QUINTERO, María Eloísa**. *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica*, ob. cit., p. 43.

²⁴² Existe diferencia entre el concepto de **sujetos o partes procesales e intervinientes**. Los primeros son aquellos, cuya presencia es indispensable junto con los jueces para hacer efectivo el principio de inmediación (Ministerio Público, Imputado, Defensores y Representantes Legales). Los **intervinientes** son las personas u órganos de prueba que no necesariamente deben concurrir a las audiencias, tales como la víctima u ofendido, los miembros de los diversos cuerpos de seguridad pública, los testigos o peritos.

La concentración y la continuidad permiten que el juez reciba la prueba que deba valorar, así como los argumentos, objeciones y otros elementos, de manera conjunta y contigua. Gracias a este principio, "...la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada en forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales..."²⁴³

La concentración y la inmediación permiten la eficacia del principio de contradicción, pues el hecho de que en una misma audiencia se escuchen alegatos y se desahoguen pruebas, tanto de la acusación como de la defensa, permite el contraste de pruebas y argumentos, y la oposición y valoración inmediata, que es difícil de darse cuando los actos son escalonados, distanciados y tardíos en conocerse.

Sólo cuando los actos y sujetos procesales se concentran e intervienen de manera inmediata, es posible que se actualice el principio de publicidad hacia la sociedad de manera integral, pues un proceso discontinuo se encuentra directamente relacionado con el secreto de las actuaciones, cuando menos de manera parcial.

Además, la oralidad impone que haya concentración y continuidad, para que la actividad de los sujetos procesales opere correctamente en el desahogo y análisis del material probatorio y de los argumentos. La oralidad implica agilidad por parte de todos los intervinientes y la posibilidad de que los pasos procesales y las decisiones se concentren en tiempos cortos.

2.2.4. Continuidad.

La unidad de la audiencia –como acto jurisdiccional de juzgamiento– significa que es una totalidad desde la apertura hasta su conclusión (lectura de sentencia).²⁴⁴ Precisamente en el contexto de integralidad es que se desarrolla la audiencia bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad y concentración.

La audiencia debe comenzar y terminar de manera continuada y, en los casos excepcionales en que se extienda más allá del tiempo de la jornada laboral, puede suspenderse hasta el día siguiente y retomarse inmediatamente, de forma que se posibilite a las partes una coherencia en sus argumentaciones y al juzgador un real conocimiento de los hechos, las pruebas y las peticiones.

²⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-591/05. Citada en *Ibíd.*

²⁴⁴ Cfr. **NEYRA FLORES, José Antonio.** *La influencia de las técnicas de investigación en el sistema acusatorio adversarial.* Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Tesis de doctorado. Lima, Perú, 2008, pp. 61 a 63.

La relación que existe entre la audiencia y las sesiones en que materialmente es necesario dividirla, es de parte a todo, la audiencia es el todo y las sesiones son parte de la audiencia. Es así que la continuidad exige que sólo cuando la necesidad lo imponga y siempre por tiempo determinado, se podrá suspender la audiencia. El sistema se ocupa de establecer en la normativa las causales específicas que pueden propiciar esta suspensión, pues siempre debe ser excepcional.

La continuidad de la audiencia significa que una vez iniciada la audiencia, ésta debe seguir hasta su conclusión, de ahí la exigencia de que las sesiones de audiencia sean continuas, como afirma Mixan Más, desde el punto de vista operativo “*caso empezado, caso terminado*”²⁴⁵.

Sólo si la audiencia se realiza continuamente y en el tiempo estrictamente necesario se podrá preservar la autenticidad del conocimiento integral sobre el caso presentado hasta el fallo; es decir, el juzgador verá toda la evidencia de una vez y emitirá sentencia sobre la base de la memoria fresca, sobre lo percibido por inmediación.

La concentración y continuidad de actos se focaliza en la celebración de la audiencia del juicio oral, que es sólo una de las etapas del proceso acusatorio, sin embargo, también rige a toda audiencia y acto que corresponda a la integridad del proceso. Incluso, se ha observado que la concentración de actos en la audiencia del juicio oral no sería posible si no hubiese una preparación previa que es la que se suscita durante la etapa intermedia.²⁴⁶

2.2.5. Inmediación.

El principio de inmediación se ha traducido en la obligación del juez de recibir en forma directa y sin intervención alguna, la prueba y los alegatos. La ausencia del cumplimiento efectivo de este principio en el sistema inquisitivo ha sido materia de crítica. De hecho, se trata de uno de los principales problemas que ha sufrido el sistema penal mexicano. Bajo el sistema tradicional, es frecuente que el juez no se encuentre presente en las declaraciones ni en el desahogo de las audiencias, ausencia que ha dado lugar no sólo a la distancia entre el juez y el procesado, sino al alejamiento del juez respecto del proceso.

La reforma ha pretendido que, por efecto del principio de inmediación, el juzgador se involucre más, de manera directa y profunda, en el desarrollo del

²⁴⁵ MIXAN MASS, Florencio. *Juicio Oral*. 6ª edición, Ediciones BLG, Trujillo. 2003, p. 67, cit. en *ibídem*.

²⁴⁶ Cfr. QUINTERO, María Eloísa. *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica*, ob. cit., p. 47.

proceso, de modo que deje de ser un tramitador y se convierta en un efectivo tomador de decisiones.

El dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, relativo al proyecto de decreto de reforma constitucional de junio de 2008, al referirse a la estructura propuesta del artículo 20 constitucional, en su apartado A, definió el principio de inmediación de la siguiente manera:

“El principio de inmediación presupone que todos los elementos de prueba que son vertidos en un proceso y que servirán para la toma de decisiones preliminares en el proceso y la determinación de la responsabilidad penal de una persona, sean presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia, de modo tal que éste esté en aptitud de determinar, previa una valoración libre de la prueba ofrecida, la decisión en cuestión. Este método eleva enormemente la calidad de la información con la que se toma la decisión, toda vez que además de permitir un contacto directo con la fuente de prueba, la resolución se adopta después de escuchar a las dos partes.”

Bajo esta definición, pareciera que la inmediación opera como una directriz en materia de prueba, pero el mismo dictamen en cita, al definir las características del proceso acusatorio, abre la posibilidad de que la inmediación sea entendida no sólo como directriz de recepción y valoración la prueba, sino que toma mayores latitudes en el proceso, pues se **incluye la obligación de escuchar directamente los argumentos de las partes.**

En efecto, del principio de inmediación se dice: *“Los jueces tomarán conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escucharán directamente los argumentos de las partes con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella, salvo los casos previstos en la ley.”*

Perfecto Andrés Ibáñez relaciona el principio de inmediación con el de la libre convicción –propio de la valoración de la prueba en el sistema acusatorio-, en una manera de concebir el conocimiento como un hecho posible por el solo contacto directo del juez con las fuentes personales de prueba, en especial de los testigos, de lo “visto” y “oído” *en y de cada declarante*. Esta relación supone que el tribunal podría extraer conclusiones necesariamente válidas del discurso del testigo y del imputado, sobre todo en lo relativo a su credibilidad, por lo observado tanto en el plano verbal como en el gestual. Esta es una fuente privilegiada de información sólo accesible al juzgador de instancia, lo que le permite pronunciar una decisión sobre los hechos fundada en la impresión obtenida.²⁴⁷

²⁴⁷ Cfr. **TARUFFO, Michele et al.** *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fontamara, Madrid-México, 2011, p. 73.

Es de aclararse que la libre convicción, como principio de análisis de prueba, ha sido entendida desde dos puntos de vista: uno psicologista y otro racionalista. El primero es el que justificaría esa relación directa con la inmediación, que permite al juzgador tener una impresión de los hechos que le permita formarse una opinión muy personal sobre la verosimilitud y confiabilidad de las pruebas –sobre todo, la testimonial-. Sin embargo, el lado racionalista de la libre convicción exige además la intervención de la motivación y fundamentación racionales de una decisión.

Más allá de su aplicación en el proceso de valoración de la prueba, el principio de inmediación debe entenderse también como un principio del proceso que no sólo obliga al juez a presenciar toda audiencia a efecto de percibir, recibir y valorar los actos que en ella se den, sino que además le obliga a recibir de igual manera los argumentos de las partes y todo cuanto ocurra en el proceso.

Este principio también implica que todo sujeto que intervenga en el proceso pueda recibir y percibir toda información, acto o prueba que en él se genere, sin importar la etapa o momento procesal de que se trate. Entonces, el principio de inmediación en el juicio acusatorio, no sólo rige a la relación entre el juez y las partes, sino a toda relación que se pueda generar entre todos los intervinientes. Con la inmediación se posibilita así la contradicción y la igualdad de condiciones litigiosas.

Las consecuencias que se derivan de esta múltiple interacción propiciada por la inmediación son, al menos, las siguientes:²⁴⁸

- a) En relación al juez, le permite realizar una efectiva valoración de la prueba y demás actos –como pueden ser los alegatos-;
- b) En relación a las partes, les permite un efectivo ejercicio de la contradicción;
- c) En relación al acusado, le permite un efectivo ejercicio de su derecho de defensa; y
- d) En relación con todos los intervinientes del proceso y de la sociedad en general, permite la publicidad y el escrutinio público.

En México existe una confusión conceptual entre los términos de *inmediatez* e *inmediación*. La primera ha llevado a afirmar que las primeras declaraciones, por ser más cercanas al hecho, debieran tener una validez mayor que las ulteriores, por más que sean éstas las que efectivamente cumplen con la inmediación entre el juez y la prueba. Ante ello ha existido pronunciamiento doctrinal de que el principio de inmediatez únicamente tendría vigencia cuando las primeras declaraciones perjudican al inculpado, pues, si éste, luego de una primera declaración afirmando su inocencia, declara algo que pueda ser usado en

²⁴⁸ Cfr. **QUINTERO, María Eloísa**. *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica*, ob. cit., p. 35.

su contra, se considerará que su primera declaración no tiene validez para exculparlo.²⁴⁹

La jurisprudencia en nuestro sistema jurídico, considera a la inmediatez como un principio de valoración que permite dar el mayor crédito a las primeras declaraciones por su cercanía a los hechos, que se presumen veraces porque se supone que quien las produce no puede reflexionar aún sobre la conveniencia de alterarlos, principio que se aplica a las retractaciones de acusados, testigos y ofendidos.²⁵⁰

La aclaración de estos términos es útil porque con frecuencia se confunden y se usan de manera indistinta, pero –como se ha explicado– no significan lo mismo, al menos en el sistema jurídico mexicano.²⁵¹ El principio de inmediatez –al tratarse de un criterio de tasación de la prueba– no tiene ninguna aplicación en el sistema del juicio acusatorio, pues en éste rige el principio de libre valoración de la prueba.

²⁴⁹ Cfr. **CARBONELL, Miguel y Enrique OCHOA REZA.** *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, ob. cit., pp.31-33.

²⁵⁰ **PRUEBA TESTIMONIAL. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL PARA SU VALORACIÓN.** Los principios que rigen la inmediatez procesal, para efectos de valoración de la prueba testimonial son la percepción, evocación y recuerdo, los cuales se ven afectados con el transcurso del tiempo, en virtud de que en cuanto a la primera, como facultad de percatarse de los sucesos a través de los sentidos, por sí misma se va desvaneciendo en cuanto a su fidelidad al pasar del tiempo; la evocación como la facultad de traer al consciente lo que permanece guardado en la memoria, además de variar en cada persona, dicha facultad también se debilita al correr el tiempo; finalmente el recuerdo como la capacidad de almacenar los acontecimientos captados por los sentidos se va olvidando paulatinamente; por ello, el derecho reconoce el principio de inmediatez como factor importante, que deberá tomar en cuenta el juzgador al valorar lo declarado por los testigos. Tesis I.6°.P. J/6, Registro 180,282, Tribunales Colegiados de Circuito, octubre 2004.

RETRACTACIÓN. INMEDIATEZ. Las primeras declaraciones son las que merecen mayor crédito, pues por su cercanía con los hechos son generalmente las veraces, por no haber existido tiempo suficiente para que quien las produce reflexione sobre la conveniencia de alterar los hechos. Este criterio jurídico, que da preferencia a las deposiciones iniciales, tiene su apoyo en el principio lógico de contradicción y cabe aplicarlo no sólo en tratándose de retractaciones hechas por el acusado, o por los testigos, sino también por la ofendida. Tesis VI.2° J/61, Tribunales Colegiados de Circuito, Registro 201,617 (nótese que el principio de contradicción que aquí se invoca no es el que es materia de nuestro análisis, sino el que se da entre una declaración y otra).

²⁵¹ José Daniel Hidalgo Murillo hace la distinción entre *inmediación subjetiva o formal* (principio de intermediación) y la *inmediación objetiva o material* (principio de inmediatez), con las características básicas ya referidas. Pero hace énfasis en que la intermediación objetiva o material puede ser útil en el juicio oral porque permite introducir ciertos elementos de prueba, por lectura o exhibición, que proporcionan una información exacta y libre de objeciones (como son fotografías, cintas magnetofónicas, videocintas, planos, mapas, etc.) que acerquen a la escena del crimen de manera más inmediata a una inspección o reconstrucción posterior. Cfr. **HIDALGO MURILLO, José Daniel.** *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, ob. cit., pp. 67 y ss.

En efecto, el sistema de prueba tasada, característico del sistema inquisitivo, hace prevalecer una valoración legislativa preconstituida de la prueba por encima de la determinación judicial. Si bien este sistema pretende objetividad en sus resultados, reviste un carácter deductivo que reduce la posibilidad de una auténtica motivación desde los hechos.

El conocimiento empírico en el derecho es primordialmente inferencial inductivo y por ello se considera que los sistemas basados en la libre valoración y la sana crítica son los idóneos para hacer más fiable el conocimiento objetivo por medio del proceso penal.

2.3. CAMBIOS DE METODOLOGÍA PROCESAL Y ARGUMENTATIVA.

La migración del sistema procesal penal de tipo inquisitivo hacia el acusatorio significa cambios profundos en los métodos de trabajo de todos los sujetos del proceso²⁵² y, por supuesto, del tipo de argumentación que todos tendrán que emplear para sostener y defender sus posturas, a partir del indiscutible hecho de que el proceso es una contienda dialéctica de argumentos antagónicos, cuya contraposición conduce necesariamente a una conclusión predominante, determinada por el juzgador.

En el sistema inquisitivo, el trabajo argumentativo de todos los sujetos del proceso es predominantemente escrito. Esa condición permite que la elaboración de los argumentos se pueda estructurar de manera pensada y meditada, a partir de los planteamientos del problema, con la posibilidad de realizar citas doctrinales y jurisprudenciales que sostengan la postura del contendiente. Este sistema no limita la extensión de los escritos, ni tampoco su grado de complejidad y consecuente claridad.

El proceso es eminentemente escrito; es más, lo importante en el proceso es precisamente lo que quede en constancia escrita. Nada de lo que pudo haber ocurrido en el juicio tiene importancia ni trascendencia jurídica si no consta en el expediente.

Así, las etapas del proceso en el sistema inquisitivo, tienen que constar en documentos escritos, complementadas con evidencias también tangibles, susceptibles de ser revisadas por los sujetos procesales para analizar su

²⁵² El análisis del papel de los sujetos del proceso en el sistema acusatorio se encuentra íntimamente relacionado con las etapas del proceso. Sujetos procesales son todos los intervinientes en el proceso, desde el inculpado y la víctima u ofendido, pasando por el Juez, el Fiscal, el Defensor, y los auxiliares, como son los agentes policiales, los peritos, los testigos y cualquiera que intervengan de alguna manera en la consecución del proceso. Por supuesto, el papel de cada uno es distinto y obedece a diferentes objetivos, pero todos comparten el factor común de que deben sujetarse a una metodología del desempeño, regida bajo la oralidad y los principios propios del sistema.

contenido cuantas veces sea necesario; ya sea en ejercicio del derecho de defensa –si se trata del inculpado-, del acceso a la justicia –si se trata de la víctima o del ofendido-, o del cumplimiento del deber –si se trata de los peritos, policías, ministerio público o juzgador-.

La metodología en el sistema acusatorio minimiza la exigencia de constancias escritas, para vivificar el proceso y hacerlo ágil; sobre todo, inmediato a los sujetos procesales. De manera que de forma primordialmente oral, los sujetos expresen sus argumentos, ofrezcan sus pruebas y las desahoguen. De la misma forma, el juzgador escucha, percibe y vive de forma directa la contienda. Esta migración metodológica se proyecta en todas las etapas del proceso acusatorio, desde la investigación, hasta la ejecución.

Precisamente este apartado se detiene en cada una de ellas, para reflexionar sobre el cambio metodológico con trascendencia en el proceso y en el argumento.

2.3.1. La etapa de investigación y la supervisión del Juez de Control.

El procedimiento penal bajo el modelo acusatorio se divide en tres etapas: una *preliminar o preparatoria*, en que se reúnen los elementos necesarios para fundar la acusación que será base del juicio penal o la determinación del cierre del proceso; otra *intermedia* en que se controla si la acusación guarda las relaciones de forma y fondo necesarias para poder provocar el juicio; y una última y definitiva en que se resuelven plenamente todas las cuestiones introducidas al proceso, declarando si existe o no fundamento para la pretensión represiva ejercida.²⁵³

La etapa que Maier denomina “preliminar o preparatoria”, podemos identificarla claramente con la comúnmente denominada *de investigación*, que a su vez se divide en dos subetapas: una *desformilizada* y otra *formalizada*. En la primera de ellas, la policía investigadora, el Ministerio Público y sus auxiliares peritos, recaban información o datos de prueba²⁵⁴ para realizar la imputación a una o varias personas específicas, respecto de hechos presuntamente constitutivos de delitos. Esta etapa se encuentra básicamente controlada por la

²⁵³ Cfr. MAIER, Julio B. *El proceso penal contemporáneo. Antología*, ob. cit., p. 29.

²⁵⁴ En el sistema acusatorio existe diferencia entre DATOS, MEDIOS O ELEMENTOS DE PRUEBA y PRUEBA. La investigación conlleva al hallazgo, acopio, identificación, traslado y procesamiento de evidencias, que son indicios que conforman los DATOS DE PRUEBA, los cuales producen MEDIOS O ELEMENTOS DE PRUEBA que han de ser desahogados bajo la tutela de los principios de inmediación y contradicción en momentos posteriores a la investigación, para producir PRUEBA en la etapa de juicio. Cfr. HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, ob. cit., pp.214 y 215. Esta diferencia conceptual es trascendente en el sistema acusatorio porque la prueba se constituye una vez que se ha podido contradecir en juicio y no desde la etapa de investigación, en que tan sólo se pueden recabar datos que aporta la Policía al Ministerio Público, quien con ellos integra medios o elementos para llevar a la contradicción en juicio.

Policía y el Ministerio Público, y es de actuación reservada. La participación del Juez de Control en la *etapa desformalizada* se incita por el Ministerio Público sólo para controlar ciertas medidas de investigación como puede ser la práctica de pruebas anticipadas o medidas que pudieran ser vulnerantes de derechos fundamentales. Una vez que el Ministerio Público cuenta con datos suficientes para realizar la imputación de los hechos a determinada o determinadas personas, se inicia la etapa formalizada de investigación, precisamente con la imputación que se realice a la persona o personas investigadas, a las cuales se les permite la oportunidad de defenderse, en audiencia pública ante un Juez de Control.

La investigación desformalizada da inicio ante la *notitia criminis*, a partir de la cual se crea una “*hipótesis del caso*”, es decir una suposición desde la cual la policía comienza a investigar. Esta suposición es absolutamente parcial y, mediante los actos policiales de investigación, se conformará en una hipótesis objetiva y fortalecida con evidencias.

Es conveniente diferenciar a la investigación policial que parte de una “hipótesis delictiva”, de la investigación policial que parte de una “hipótesis del caso”. La primera tiene por objeto identificar si los hechos de investigación configuran delito, mientras que la segunda requiere *preconstituir* datos de prueba con vistas a su utilidad en el proceso penal. Estos dos tipos de investigación se suceden uno al otro, pues una vez identificado por la investigación policial que la hipótesis delictiva se encuentra confirmada, es decir, que sí hay configuración de delito, se procede a confirmar la “hipótesis del caso”, en que no existe la certeza del imputado. En esta etapa, el ejercicio de control del Ministerio Público es importante, precisamente por la pretensión de constituir datos de prueba que lleguen al proceso. Esto sucede durante la etapa desformalizada o desjudicializada.²⁵⁵

Durante la etapa de investigación desformalizada, el Ministerio Público ejerce cuatro tipos de actividades esenciales:

- a) Actividades puras de investigación.
- b) Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento.
- c) Anticipos de prueba, es decir, pruebas que no pueden esperar su producción en el debate.
- d) Decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.²⁵⁶

Los dos últimos casos requieren, como hemos dicho, de la autorización y vigilancia del Juez de Control.

²⁵⁵ Cfr. HIDALGO MURILLO, José Daniel. *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*. Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2009, p. 2.

²⁵⁶ *Ibidem*.

El Ministerio Público rige su actuación bajo el principio de lealtad, que se traduce en que sus decisiones y actos deben tener absoluta fidelidad al objeto del proceso y hacia las partes; por ello:

1. En la investigación deberá reunir los indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio o no de la acción penal y la eventual acusación contra el imputado;
2. Contribuye al esclarecimiento de los hechos para determinar si se ha cometido un delito, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados a la víctima u ofendido se reparen; y
3. Respeta los derechos de la víctima u ofendido, y del imputado.

Para cumplir sus funciones, el Ministerio Público está dotado de diversas atribuciones, entre ellas:

- Dictar las medidas y providencias necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, una vez que tenga noticia del mismo, así como cerciorarse de que se han seguido las disposiciones para su preservación y procesamiento;
- Determinar los hechos concretos, personas, domicilios y demás lugares u objetos que deben ser investigados;
- Ejercer funciones de investigación respecto de los delitos en materias concurrentes;
- Requerir informes, documentación a otras autoridades y a particulares;
- Solicitar al Juez de Control la autorización de la práctica de técnicas de investigación y demás actuaciones que resulten necesarias para la investigación;
- Solicitar al Juez de Control la autorización de providencias precautorias y medidas cautelares;
- Ordenar la detención de los imputados en casos urgentes y ante la comisión de delitos graves;
- Decidir la aplicación de alguna forma de terminación anticipada de la investigación, así como de criterios de oportunidad;
- Realizar las acciones necesarias para garantizar la seguridad y proporcionar auxilio a víctimas, ofendidos, testigos, jueces, magistrados, agentes del ministerio público, policías, peritos y, en general, de todos los sujetos que con motivo de su intervención en el procedimiento, exista un riesgo objetivo para su vida o integridad corporal;
- Solicitar, cuando fuere procedente, la orden de aprehensión o de comparecencia;
- Poner a disposición de la autoridad judicial a las personas dentro de los plazos establecidos por la ley;
- Promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal;
- Solicitar las medidas cautelares aplicables al imputado en el proceso;

- Aportar los medios de prueba para la debida comprobación de la existencia del delito y la plena responsabilidad del acusado; las circunstancias en que hubiese sido cometido, la existencia de los daños, así como para la fijación del monto de su reparación;
- Solicitar el pago de la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido del delito.²⁵⁷

En este modelo se busca una mayor racionalidad en la investigación, con métodos más eficaces basados en la colaboración directa entre fiscales, policía, peritos y demás auxiliares.

Si bien la investigación es responsabilidad del órgano acusador, está a cargo de una policía técnica y científica que, utilizando a la criminalística, criminología, victimología, ambientología, psicología, sociología, antropología, etcétera, comprueba que un hecho ilícito, causado por alguien, ha tenido repercusiones sociales y merece una sanción punitiva o una solución del conflicto.²⁵⁸ La eficacia del sistema penal se finca en el trabajo policial y esto es algo que se debe tener muy en cuenta en la reforma penal: la exigencia de una policía técnica y científica, además de confiable. El éxito de la investigación procesal en el sistema acusatorio –dice José Daniel Hidalgo Murillo²⁵⁹- no se debe al sistema acusatorio mismo, sino a la investigación policial, en la cual la policía tiene un amplio margen de actuación dentro del marco de respeto de los derechos de las personas y bajo la conducción del Ministerio Público; por ejemplo, puede entrevistar a quienes pudieran aportar algún dato o elemento para la investigación, o requerir a las autoridades y personas, informes y documentos para fines de la investigación.

Teniendo en cuenta que el sistema acusatorio rehúye la duplicación de funciones, es necesario tener claridad en que la actuación policial parte de la “hipótesis del caso”, para conducirla a una teoría que será adminiculada y utilizada por el Ministerio Público. Ese es precisamente el marco argumentativo diferenciador de la actividad policial frente a la ministerial.

De hecho, la doctrina ha distinguido los efectos de los *actos de investigación* frente a los *actos de prueba* que se suscitan con posterioridad y, de esta manera, se ha buscado diferenciar los alcances jurídicos y prácticos de esta primera etapa.

En el sistema acusatorio, los **actos de investigación** tienen por objeto indagar la existencia de un hecho, calificado como delictuoso, y se realizan en la

²⁵⁷ Proyecto de Decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales, presentado el 21 de septiembre de 2011 por el Ejecutivo Federal ante la Cámara de Diputados.

²⁵⁸ Cfr. **HIDALGO MURILLO, José Daniel**. *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*, ob. cit., p. 4.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 8.

primera etapa. Mientras que los **actos de prueba** tienen como finalidad acreditar pretensiones, a través de proposiciones afirmativas, y se realizan en el juicio oral. Por tanto, en principio, los actos de investigación no se sujetan al principio de contradicción, mientras que los actos de prueba sí.²⁶⁰

El hecho de posible relevancia penal objeto de investigación, se presenta como un resultado de la identificación de cuya causa (previsiblemente una acción humana) habrá que llegar, en la reconstrucción del caso. La imputación que realiza el Ministerio Público al concluir la investigación desformalizada e iniciar la formalizada es una hipótesis de trabajo, cuya demostración suficiente puede justificar la estructuración de un esquema de juicio en que intervienen el Juez de Control y partes. La articulación del proceso en la fase esencial de investigación y otra de juicio propiamente, responde, más que a razones procesales o de diseño de los tribunales, a una exigencia de orden cognoscitivo. No se justifica instaurar un proceso si no es en presencia de datos atendibles sobre la existencia de una conducta posiblemente delictuosa. Es decir, sólo una hipótesis rigurosa y comprobable mediante pruebas merece ser objeto de debate en juicio.²⁶¹

Tanto en el sistema inquisitivo como en el acusatorio, el éxito o fracaso del resultado del proceso penal está determinado primordialmente por la tramitación e integración de la etapa de investigación. Sin embargo, en el inquisitivo, la investigación corre a cargo del Ministerio Público, prácticamente de manera exclusiva, sin que el imputado tenga oportunidad de defensa ni exista control jurisdiccional. Por el contrario, en el sistema acusatorio, se garantizan ambas circunstancias, precisamente en aras de la observancia del principio de contradicción.

En el sistema inquisitivo, de las evidencias integradas y del cumplimiento de las formalidades legales exigibles en esa etapa, depende casi íntegramente la decisión del juzgador tanto para dictar un auto de sujeción a proceso, como para emitir una sentencia condenatoria, si es el caso. Esto ha dado lugar a que el juzgador quede prácticamente maniatado en el ejercicio de la administración de justicia, por lo aportado por el Ministerio Público en la averiguación previa.

En el sistema acusatorio, por el contrario, el peso e importancia de la averiguación se equilibra, pues se abre la posibilidad de contradecir en la etapa formalizada de investigación, cada dato recabado.²⁶² Argumentativamente, se cuenta con una hipótesis del caso, que podemos ubicar como un simple supuesto fáctico, objeto de verificación objetiva y racional, a partir del cual el policía

²⁶⁰ Cfr. **PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert.** *El Juicio Oral Penal. Técnicas y Estrategias de Litigación Oral*, ob. cit., pp. 196 a 198.

²⁶¹ Cfr. **TARUFFO, Michele et al.** *Consideraciones sobre la prueba judicial*, ob. cit., pp. 58 y 59.

²⁶² Cfr. **AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel.** *Presunción de Inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio.* Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, A.C., 2ª. Ed., México, 2009, p. 43.

proporciona los elementos al Ministerio Público para armar su “teoría del caso”,²⁶³ que es la hipótesis del caso verificada o corregida con los elementos objetivos y racionales recabados en la investigación policial.

En la etapa formalizada de la investigación se celebra una o varias audiencias públicas y orales, en que el Juez de Control se pronuncia sobre la legalidad de la detención –si es que ésta se sucedió-, así como sobre la imputación que realice el Ministerio Público, la toma de medidas cautelares y la precisión del tiempo que se solicite para continuar y terminar con la investigación de los hechos y la presunta responsabilidad; elementos con los cuales podrá avanzarse hacia una segunda etapa intermedia del proceso, preparatoria al Juicio Oral. En esta etapa formalizada de la investigación, el imputado tiene derecho a la defensa y a contrarrestar la imputación con elementos de prueba, por lo que desde estos momentos se configura en el sistema acusatorio, una estructura triangular en que las partes pueden contender sobre la detención, los puntos de la investigación, las medidas cautelares e, incluso, pueden terminar el conflicto por vías alternas de solución o con la celebración de procedimientos alternos al juicio, que son de naturaleza sumaria y que tienen por objeto la solución pronta del conflicto mediante la reparación del daño. (Como veremos adelante, este tipo de soluciones pueden darse también durante la etapa intermedia, antes de la celebración del Juicio Oral).

El principio de objetividad que rige la actuación del Ministerio Público opera también en la etapa formalizada, en que hecha la imputación, su papel se sitúa a la par de la del imputado y la defensa, ante el juicio del Juez de Control. El Ministerio Público debe seguir siendo objetivo tanto respecto de los elementos de cargo como de descargo, de manera que al concluir la investigación formalizada, esté en aptitud de realizar una acusación objetiva con los elementos de constitución del delito y de la presunta responsabilidad, o bien, solicitar el sobreseimiento del proceso o, incluso concluir en la audiencia de juicio oral, con una solicitud de absolución o de condena más leve que aquella que sugirió en la acusación. Es decir, su análisis debe guiarse de manera que no solicite al juez que se dicte una responsabilidad cuando no está demostrada o bien, una pena desproporcionada.

²⁶³ Con independencia de ampliar este tema en la parte que explica la fase de Juicio Oral, la “teoría del caso”, en el marco del sistema penal acusatorio, es el planteamiento sistemático y racional que otorga una versión de los hechos. Es la idea central que se adopta para explicar y dar sentido a los hechos fundantes de una historia y que permiten dar cuenta de una determinada teoría jurídica. Es una clara, simple y persuasiva historia de lo que “realmente sucedió” y de las razones por las que las personas actuaron como lo hicieron, basada en la evidencia no controvertida, la propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. (Apuntes de la clase “Teoría del Caso”, de Eloísa Quintero, 23 octubre 2010. Diplomado en Juicio Acusatorio. Universidad Panamericana, México).

2.3.1.1. Prueba anticipada y prueba preconstituida.

En esta etapa existe la posibilidad de contar con la integración de la *prueba anticipada* y de la *prueba preconstituida*. Ambas –por su propia naturaleza- se producen antes del juicio; la diferencia es que la *preconstituida* se produce incluso con anterioridad a la existencia de un conflicto, como es el caso de los documentos en que se deja constancia de un acto o de una situación con implicaciones jurídicas (escrituras públicas, contratos, fotografías o videograbaciones de circuitos de televisión, infiltración de agentes encubiertos o la práctica de entregas vigiladas); en cambio, la *prueba anticipada* se produce con posterioridad a la ocurrencia del hecho que da origen al proceso.

La posibilidad de integración de la prueba anticipada obedece a que durante la investigación e incluso antes del juicio oral, se puede suscitar la necesidad de fijar ciertos medios de prueba perecibles, es decir, que pierdan su virtud probatoria por el transcurso del tiempo. Por ejemplo, exámenes físicos de la víctima, análisis de laboratorio de muestras orgánicas, inspecciones oculares, fijación fotográfica de ciertos objetos o lugares, intervención de comunicaciones privadas, revisiones por cateo, etcétera.²⁶⁴

Las circunstancias de excepción que dan lugar a la prueba anticipada deben estar justificadas de manera razonable, en atención a las especificidades de la situación, ya sea por la imposibilidad material de practicarlo en el juicio oral o por la previsibilidad de esa imposibilidad.

Por regla general, la autorización de la práctica de la prueba anticipada se solicita al Juez de Control, con la precisión de la misma, los hechos que constituyen su objeto y su importancia para la eventual decisión en el juicio. Su desahogo requiere la intermediación del juez y de los sujetos procesales.²⁶⁵

2.3.1.2. El Juez de Control.

La investigación debe garantizar los derechos fundamentales de los imputados y la transparencia en el ejercicio de la acción penal. Ello, bajo los principios del juicio acusatorio, fortalecidos en el marco constitucional reformado con la introducción de la obligatoriedad de toda autoridad de velar por la inviolabilidad de los derechos humanos, más allá de los contenidos constitucionales nacionales.²⁶⁶

Aunque la de investigación no es una etapa eminentemente contradictoria, sí pugna porque se mantengan las mismas posibilidades de defensa entre las

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Cfr. **NEYRA FLORES, José Antonio**. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Edit. Moreno, S.A. Perú, julio 2010, pp. 610 y ss.

²⁶⁶ Reformas constitucionales de 10 de junio de 2011.

partes, lo que supone la posibilidad de proponer diligencias, participar en los actos, plantear incidentes e interponer los recursos correspondientes. Si bien en la etapa de investigación la publicidad es modulada para la ciudadanía en aras de su éxito, sí debe permitirse el acceso al querellante y al defensor.

Este tipo de diligencias y las que impliquen la posibilidad de violación de derechos fundamentales (cateos, intervención de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión o de comparecencia y arraigos), son vigiladas por un Juez de Control.

En efecto, la existencia de Jueces de Control se estimó necesaria para la vigilancia de las actuaciones ministeriales y policíacas durante la investigación de los delitos y para resolver las medidas provisionales que específicamente requieran de control judicial, sin detrimento de que sigue siendo responsabilidad del Ministerio Público la retención de los detenidos, hasta que sean presentados ante el juez de la causa con motivo de la acusación.

Los Jueces de Control verificarán, en esta etapa, estos cuatro aspectos principales:

- La protección de los derechos básicos del imputado.
- El respeto de los derechos de la víctima en el proceso penal.
- El control sobre el Ministerio Público para que haga uso razonable de las facultades que la ley le concede.
- La resolución de conflictos entre las partes, como medidas alternas de solución.

El Juez de Control no sólo es guardián del trámite y la formalidad, sino que asume la función de garante de los derechos de ambas partes durante todo el procedimiento penal, incluso antes del juicio. En el conocimiento de conflictos que se presenten durante el desarrollo de las etapas previas al juicio oral, se podrá presentar que la víctima proponga una determinada labor de investigación y el Ministerio Público se niegue a realizarla, o que el Ministerio Público tenga reticencias en permitir el acceso a la investigación al defensor.

Esencialmente, el Juez de Control es la primera autoridad jurisdiccional a la cual acuden los participantes en la investigación. Si bien sus funciones materiales son diversas, tiene como objetivo primordial resguardar el legítimo espacio que la persecución penal requiere para ser eficaz y razonable. Estas funciones son las siguientes, durante la etapa de investigación:²⁶⁷

²⁶⁷ Cfr. **NEYRA FLORES, José Antonio**. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, ob. cit., pp. 212 y ss. Otras funciones más se adicionan en su desempeño durante la etapa intermedia, las cuales se citarán más adelante.

- a) *Función de coerción:*
 - a. Decide sobre **medidas de aseguramiento de las fuentes de prueba** y de su adquisición.
 - b. Decide las **medidas restrictivas de derechos fundamentales**. (escuchas telefónicas, cateos, etc.)
- b) *Función de garantía:*
 - a. **Tutela los derechos de los sujetos procesales**, respecto de la actuación del Ministerio Público.
 - b. **Incorpora a los sujetos procesales a la investigación**, con lo que garantiza el acceso al procedimiento y la intervención en las actuaciones.
 - c. Decide **medidas de protección**.
 - d. Controla los plazos de la investigación.
- c) *Función de instrumentación y documentación:* (específicamente por cuanto hace a la prueba anticipada)
 - a. **Controla que verse sobre hechos** que por su fugacidad e irrepetibilidad no puedan ser reproducidos en el juicio.
 - b. Ejerce la **inmediación**.
 - c. Garantiza la **contradicción**

Puede darse el escenario de que el Ministerio Público decida resolver la reserva, el no ejercicio de la acción penal, el desistimiento o la suspensión de la acción penal. De la impugnación de estas resoluciones conoce el Juez de Control, así como de las cuestiones de la legalidad y resguardo de los derechos de los imputados, víctimas y ofendidos. También substancia las audiencias del proceso, preliminares al juicio.

2.3.1.3. Integración de la investigación.

La integración de esta etapa se evidencia en un cuaderno de investigación, muy distinto al expediente de averiguación previa que se usa bajo el modelo inquisitivo. Recordemos que en este último es de suma importancia la integración de actuaciones ministeriales escritas en que se hacen constar las diligencias de investigación que sustentan los elementos de imputación.

Ahora, bajo el sistema acusatorio, la investigación se hace constar en cuadernos de investigación que abandonan aquellas formalidades y se integran por las constancias policiales, periciales y ministeriales que el Ministerio Público expondrá oralmente al Juez de Control para solicitar la pertinencia de diligencias de investigación que puedan vulnerar derechos fundamentales del imputado o para formular la acusación. Pierde importancia la formalidad de las actuaciones policiales, frente a la que gana su sustancia, su desahogo, su exposición, sustento y la posibilidad de ser controvertidas por el imputado en el momento en que las conozca, lo que puede suceder desde la propia etapa de investigación.

Esto se explica porque el juzgador no basa sus decisiones en las constancias de investigación, sino en lo que se exponga y acredite racional y

objetivamente de ellas en audiencia oral, en que operan los principios de contradicción e inmediación que ya hemos explicado, mediante el método argumentativo de la oralidad, y que dan sustento al sostenimiento de tesis que se confrontarán de manera dialéctica por las partes ante el juez para que éste tenga oportunidad de resolver el conflicto de manera objetiva y racional.

En el cuadro siguiente se resumen las diferencias esenciales entre la averiguación previa, bajo el sistema inquisitivo, y las implicaciones de la investigación, en el sistema acusatorio:

AVERIGUACIÓN PREVIA	INVESTIGACIÓN EN SISTEMA ACUSATORIO
Se regulan las formas de investigar	Libre iniciativa de investigación
Constituye un procedimiento	No forma parte de ningún expediente y su contenido no siempre será parte del proceso
Las actuaciones tienen valor probatorio	No constituyen prueba en sí
Las actuaciones recaen en acuerdos	Cada actuación será argumento en audiencia
Se toman declaraciones	Únicamente se hacen entrevistas
Formalista y subsecuente	Informal, contiene solamente registros y no se puede decir que en algún momento esté completamente integrada
El acceso a la investigación es posterior a la declaración	El indiciado tiene acceso a la carpeta de investigación desde su detención
Puede otorgar libertad caucional	Sólo el juez de control determina garantías económicas
Control jerárquico	Control jurisdiccional
Se consigna	Nunca se consigna

El Ministerio Público –como hemos comentado- puede investigar libremente durante la *etapa desformalizada* de la investigación, pero si esto puede implicar afeción a derechos fundamentales²⁶⁸, se debe dar intervención al Juez de Control. Más adelante, al formular cargos en contra del imputado, se *formaliza la investigación*, que no genera -a priori- ninguna afectación de derechos, pero sí deja constancia de que se está llevando a cabo una investigación del orden criminal, entera al investigado de la imputación, le permite contradecirla y tiene por efecto suspender la prescripción de la acción penal. A partir de esa formalización, el Juez de Control fija un plazo máximo para el cierre de la investigación.

El Ministerio Público puede solicitar al Juez de Control gire la orden de aprehensión que se rige por principios evaluatorios distintos a los que han correspondido al sistema inquisitivo. Para ello, se requiere de un nivel probatorio razonable que constituya el justo medio entre el legítimo derecho del imputado de no ser sujeto de actos de molestia infundados, pero también del derecho

²⁶⁸ En nuestro sistema, de manera coexistente con el sistema acusatorio, existen diligencias ministeriales que afectan derechos fundamentales que pueden llevarse a cabo sin necesidad de la formalización de la imputación, bajo el concepto de sigilo ministerial y para lograr su eficacia y éxito en las investigaciones. Tal es el caso de las diligencias de cateo, intervención de comunicaciones privadas, aplicables en investigaciones relacionadas con delitos de delincuencia organizada.

fundamental a que la investigación de su posible participación en un hecho probablemente delictivo se realice ante un juez, con todas las garantías y derechos inherentes al debido proceso.

Bastará que el órgano de acusación presente al juzgador datos de prueba que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo, sea como autor o como copartícipe, lo que será suficiente para justificar racionalmente que el inculpado sea presentado ante el juez de la causa.

Se supone racional este estándar de prueba, pues se da en un contexto del sistema procesal acusatorio que se caracteriza porque sea en el juicio donde se dé el contradictorio y cobren valor probatorio los elementos recabados por las partes con antelación, y no en la fase preliminar de la investigación, como ocurre actualmente.

En el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, ya que no se pretende en esta fase la presentación de pruebas formalizadas que acrediten el hecho y la responsabilidad penal del perseguido.

Los riesgos que este bajo nivel de estándar probatorio para esta etapa inicial pudieran aparejar, se pretende serán superados con los contrapesos y equilibrios que indefectiblemente absolverán al inculpado en el contradictorio.

2.3.1.4. Cadena de custodia.

Si bien la de investigación no es una etapa de valoración probatoria, sí es determinante en la integración de los medios de prueba que se constituirán en pruebas cuando sean llevadas al debate del juicio. Quienes intervienen en la investigación deben resguardar con sumo cuidado los elementos probatorios, mediante la observación de una *cadena de custodia* en que las evidencias, el bien objeto del delito, los objetos que al parecer hubiesen sido destinados a su comisión y aquellas otras evidencias físicas que deban ser sometidas a análisis criminalístico, sean remitidas a la autoridad oficial con seguimiento en actas.

Los tribunales federales que ya conocen de las figuras que corresponden al sistema acusatorio comienzan a emitir criterios sobre el tema de la integración de la cadena de custodia, al que se ha concebido como un procedimiento de control que garantice que no habrá vicio de los elementos de prueba (alteración, daños, reemplazos, contaminación o destrucción). La cadena de custodia se lleva a cabo en etapas, desde la extracción o recolección de la prueba, pasando por su preservación, embalaje, transporte, traspaso, análisis en laboratorios, custodia y

entrega del material. Este tipo de control prevalece en el desahogo de pruebas periciales.²⁶⁹

La cadena de custodia es una exigencia del juicio de certeza que requieren los jueces para tener por probado o no un hecho, luego de que los datos y medios de prueba sean desahogados en su inmediación mediante la contradicción. El órgano jurisdiccional será el último eslabón de la cadena de custodia, que inicia con el hallazgo del elemento probatorio. El penúltimo eslabón lo constituye quien ofrece la prueba y quien la contradice, tanto en el aspecto de su protección, como de su desahogo.²⁷⁰

2.3.1.5. Audiencia preliminar.

Existen –básicamente- dos escenarios que pueden suscitarse en la etapa de investigación: que se haya presentado la flagrancia o el caso urgente, o que una vez realizadas las investigaciones, el Ministerio Público decida solicitar al juez de control una orden de aprehensión, de comparecencia o que el involucrado se presente de manera voluntaria.

Cada escenario determina el contenido y objeto de la audiencia preliminar que se suscita durante la etapa formalizada de investigación (control de detención, formulación de la imputación, vinculación a proceso, solicitud de medidas cautelares y fijación del plazo para el cierre de la investigación).

a) Control de detención:

El control de detención es el acto de revisión legal y constitucional que efectúa el Juez de control o de Garantías al inicio de la audiencia intermedia con la cual también inicia la fase formalizada de la investigación. Inmediatamente que se presente el detenido por flagrancia o urgencia ante el Juez de Control, éste debe calificar la detención en la propia audiencia, que comienza con la individualización (identificación) de las partes. El juez informa al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se ha hecho con anterioridad, y califica la detención, ya sea que la ratifique por ser ajustada a la ley o que decrete la libertad. El Ministerio Público explica y justifica ante el Juez los motivos de la detención. En esta fase, las partes sólo argumentan y controvierten las circunstancias de la detención y los hechos que la motivaron.

Si el juez resolviere dejar en libertad al imputado, la investigación puede seguir su curso y si la detención se califica de legal, la detención sólo será una

²⁶⁹ “PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA HUMANA. EN SU DESAHOGO DEBEN OBSERVARSE LAS ETAPAS DE LA CADENA DE CUSTODIA A FIN DE GARANTIZAR LA CONFIABILIDAD DEL EXAMEN Y DEL DICTAMEN.” Novena época. TCC, tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, marzo de 2010, II.3º.C.75C.

²⁷⁰ Cfr. **HIDALGO MURILO, José Daniel**. *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*, ob. cit., pp. 294.

medida cautelar –siempre que cumpla los requisitos de necesidad, proporcionalidad, temporalidad y excepcionalidad-.

b) Formulación de la imputación:

En la misma audiencia preliminar, el Ministerio Público puede formular la imputación, que es la comunicación al imputado, en presencia de su abogado defensor y en audiencia oral, pública y grabada, de la investigación que hasta ese momento se ha realizado en su contra. Se le debe hacer conocedor tanto de los hechos que se le atribuyen, como de los medios de prueba en que se apoyan, así como el fundamento jurídico en que se corroboran. La defensa puede solicitar aclaraciones o precauciones sobre la imputación.

Formulada la imputación, se pregunta al imputado si la entiende y si desea contestar el cargo mediante la rendición de su declaración. Si declara, lo hará de manera libre o mediante preguntas que realice el defensor. Puede contestar, si es su deseo, las preguntas que le formule el Ministerio Público y el acusador coadyuvante. El juez puede formular preguntas destinadas a esclarecer lo afirmado por el imputado, pero éste puede abstenerse de contestar. De hecho, en cualquier momento de la audiencia o del juicio, el imputado puede solicitar que se le escuche para aclarar o complementar su dicho. Después de rendida la declaración o manifestado el deseo de no declarar, el juez abre un debate sobre las peticiones de las partes.²⁷¹

La formulación de la imputación se puede hacer también si el imputado no está detenido, pero se presenta por medio de una citación ante el Juez de Control.

c) Medidas cautelares:

Con independencia de los elementos argumentativos necesarios para configurar la procedencia del dictado de un auto de vinculación a proceso, que fija la materia de la investigación y de un eventual juicio que se derive de ella, el Ministerio Público puede solicitar al Juez de Control el dictado de medidas cautelares.

Bajo el modelo del juicio acusatorio prevalece el principio de presunción de inocencia, la adopción de medidas cautelares sólo es procedente ante la acreditación de su necesidad, proporcionalidad y adecuación al caso específico. Estas circunstancias se acreditan con los datos que aporten ambas partes.

El Ministerio Público debe justificar ante el Juez de Control la razón por la cual es necesaria, de manera excepcional y temporal, la imposición de medidas cautelares. Estas características se acreditan no sólo con los hechos atribuidos y

²⁷¹ Cfr. **GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal**. *Manual práctico del Juicio Oral*. UBIJUS, 2ª ed., México, 2010, pp. 117 y ss.

la sanción probable, sino por el riesgo que implica el imputado para la sociedad, para la víctima o porque pueda evadirse de la acción de la justicia.

La imposición de medidas cautelares no puede significar la oportunidad de adelantar la pena, ni la reparación del daño, sino asegurar el normal desarrollo del procedimiento penal. La vinculación al proceso no es la justificación para la imposición de medidas cautelares.

d) Vinculación a proceso:

En la misma audiencia inicial o en otra diferida²⁷² corresponde resolver al Juez de Control sobre la vinculación al proceso. Es el Ministerio Público quien puede solicitar tal medida, una vez que en la investigación se establezcan datos sobre la comisión del hecho ilícito, la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o haya participado en su comisión y que no se haya demostrado, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de responsabilidad.

Después de escuchar al abogado defensor y al imputado, con la presentación de sus medios de prueba, el juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado al proceso.

El auto de vinculación a proceso únicamente puede dictarse por los hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación, pero el juez podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el Ministerio Público al formular la imputación.

La no vinculación procederá cuando no se cumplan los requisitos establecidos en la ley. Ésta implica la revocación de las medidas cautelares decretadas, pero no significa que el Ministerio Público no pueda continuar la investigación para realizar nueva imputación.

El modelo acusatorio conceptúa a la vinculación a proceso como un momento en que derivado del conocimiento que tiene el imputado de los hechos que se le atribuyen, el juzgador puede determinar si las investigaciones son conducentes para llevar el asunto a juicio, y controlar las actuaciones que pudieran derivar en afectación a los derechos fundamentales del imputado.

Sin embargo, cuando se reformó la Constitución mexicana, se sustituyó el anterior “auto de término constitucional” en que puede dictarse la “formal prisión”, por el “auto de vinculación a proceso”. Se dice que esto ocurrió en el afán de adecuar las normas constitucionales a las normas legales ya vigentes en ciertas entidades federativas donde ya se encontraba el vigor el juicio acusatorio. Como quiera que haya sido, el hecho de que se haya sustituido un nombre por otro, ha

²⁷² Ello depende de si el imputado hace uso o no de la ampliación del plazo establecido en el artículo 19 de la Constitución.

llevado en el foro mexicano a distinguir de manera obligada ambas instituciones, que guardan notables diferencias, las cuales podemos resumir en el siguiente cuadro comparativo:

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

Se ubica en la etapa preliminar, en que se termina el periodo de investigación cerrada y se sujeta a control de garantías, para pasar al periodo de investigación abierta.

Se fija la materia de la investigación y el eventual juicio.

Se formula la imputación y se da a conocer al inculpado, quien puede declarar o no respecto de ella.

En este momento **el Ministerio Público tiene datos**, la defensa estaría en posibilidad de presentar pruebas.

El modelo general del sistema acusatorio **no precisa definir la situación jurídica. El único país que da el término de definición de situación jurídica es México.**

La determinación para vincular a proceso se toma teniendo en cuenta únicamente los datos aportados por el Ministerio Público que determinen:

- La existencia de un hecho que se señale como delito por la ley.
- Probabilidad en la comisión o participación del activo.²⁷³

AUTO DE FORMAL PRISIÓN

Se ubica inmediatamente después de la consignación, una vez concluida la investigación ministerial.

Se define la situación jurídica del inculpado y la materia del juicio inminente.

La imputación se hace una vez terminada la investigación. El inculpado puede o no deponer en declaración preparatoria.

Tanto **los elementos del Ministerio Público** como de la defensa, **tienen ya efectos probatorios.**

Define situación jurídica.

El auto de formal prisión tiene en cuenta los elementos de prueba aportados por el Ministerio Público que determinan:

- El cuerpo del delito (elementos objetivos, normativos y subjetivos)
- La probable responsabilidad del inculpado.

²⁷³ Los Tribunales Colegiados de Circuito que ya conocen en amparo de juicios bajo el sistema acusatorio, han comenzado a emitir criterios de interpretación de sus figuras procesales. En la distinción del auto de vinculación a proceso frente al auto de formal prisión, se ha destacado el nivel de acreditación que se exige entre una y otra resolución, que repercute en sus efectos:

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. SU NATURALEZA Y EFECTOS SON DISTINTOS AL DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE OAXACA). El *auto de formal prisión* en los procedimientos tradicionales y el *auto de vinculación a proceso* en el procedimiento penal adversarial son de naturaleza y efectos distintos, pues el primero no tiene sentido y sustento bajo el nuevo sistema de enjuiciamiento oral, de corte garantista, en el que los imputados deberán ser considerados inocentes, hasta que se dicte sentencia firme en su contra, además, cuenta con nuevas reglas procesales, ya que *para dictar un auto de vinculación a proceso únicamente se requiere que los datos (no pruebas formalizadas) que fueron recabados en la carpeta de investigación establezcan el delito que se atribuye al imputado, el lugar, tiempo y las circunstancias de ejecución, y que exista la probabilidad de que él lo cometió o participó en su comisión; incluso se sustituyó la determinación de resolver sobre la libertad del imputado, pues eso, en su caso, será motivo de una medida cautelar, la que de manera independiente deberá solicitar la autoridad investigadora de los delitos; además, el Juez sólo puede decretar la prisión preventiva a petición del Ministerio Público cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado está siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso; y el Juez sólo podrá*

El Ministerio Público es sujeto procesal desde el principio. **Se convierte en parte con el auto de formal prisión.**
No se tiene por seguro un proceso con **Sí tiene pretensión punitiva.**

decretar la prisión preventiva de oficio, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios como armas y explosivos, así como en delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, y que pongan en riesgo el libre desarrollo de la personalidad y la salud.”

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 228/2010. 1º de septiembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sergio González Bernabé. Secretario: Miguel Ángel Domínguez Velasco. Novena Época. TCC. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, febrero 2011. Tesis aislada XIII.P.A.28.P.

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA). De los artículos 16, tercer párrafo, 19, primer párrafo, y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados el 18 de junio de 2008, se advierte que el Constituyente, *en el dictado del auto de vinculación a proceso no exige la comprobación del cuerpo del delito ni la justificación de la probable responsabilidad*, pues indica que *debe justificarse únicamente la existencia de “un hecho que la ley señale como delito” y la “probabilidad en la comisión o participación del activo”*, esto es, la probabilidad del hecho, no la probable responsabilidad, dado que *el proveído de mérito, en realidad, sólo debe fijar la materia de la investigación y el eventual juicio*. Consecuentemente, en el tratamiento metódico del llamado auto de vinculación a proceso, con el objetivo de verificar si cumple con los lineamientos de la nueva redacción del referido artículo 19, no es necesario acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos, en el caso de que así los describa el tipo penal, es decir, el denominado cuerpo del delito, sino que, para no ir más allá de la directriz constitucional, sólo deben atenderse el hecho o los hechos ilícitos y la probabilidad de que el indiciado los cometió o participó en su comisión; para ello, *el Juez de Garantía debe examinar el grado de razonabilidad (teniendo como factor principal, la duda razonable)*, para concluir si se justifican o no los apuntados extremos, tomando en cuenta como normas rectoras, entre otras, la legalidad (*si se citaron hechos que pueden tipificar delitos e información que se puede constituir como datos y no pruebas*), la ponderación (*en esta etapa, entre la versión de la imputación, la información que la puede confirmar y la de la defensa*), la proporcionalidad, lo adecuado y lo necesario (*de los datos aportados por ambas partes*) para el dictado de dicha vinculación.”

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en Revisión 22/2010. 22 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en Revisión 110/2010. 2 de julio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en Revisión 133/2010. 15 de julio de 2010. Mayoría de votos. Disidente: Martha Olivia Tello Acuña. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Juan Fernando Luévano Ovalle.

Amparo en Revisión 147/2010. 19 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Novena Época. TCC. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, octubre de 2010, Tesis aislada XVII, 1º, P.A.63.P.

pretensión punitiva.

Se fijan hechos materia de la investigación, se acotan los actos de molestia.

Nunca el juez ordena prueba.

No suspende derechos políticos.

La ficha sinaléctica y los estudios de personalidad se dan después de la deliberación en la audiencia de individualización judicial de la sanción.

El inculcado no queda a disposición del juez, **las medidas cautelares varían.**

Los datos expuestos están en **medio videograbado.**

Se fija un **periodo para el cierre de investigación.**

Se fijan hechos materia del proceso y prueba.

El juez puede llegar a ordenar pruebas.

Se suspenden derechos políticos.

En el auto de plazo **se ordena la aplicación de la ficha sinaléctica** y estudios de personalidad.

Queda **a disposición del juez.**

Contenidas en **un expediente.**

La investigación ya ha terminado. Se abre el juicio a prueba.

e) Plazo para el cierre de investigación:

En la misma audiencia, el juez fija un plazo para el cierre de la investigación, para lo que deberá tomar en cuenta la naturaleza de los hechos atribuidos y la complejidad de la misma.

El plazo lo solicitan las partes y sirve al Ministerio Público para direccionar la causa, objeto de la investigación.²⁷⁴ Las normas establecen plazos que suelen depender del grado de punibilidad del delito que se investiga.

Transcurrido el plazo para el cierre de la investigación, el Ministerio Público debe cerrarla, pero también puede solicitar prórroga. Si transcurre el plazo y no se ha cerrado la investigación, el juez puede proceder a hacerlo.

Practicadas las diligencias necesarias para la investigación del hecho punible y de sus autores o partícipes, el Ministerio Público declara cerrada la investigación y puede proceder a *formular acusación, solicitar el sobreseimiento de la causa o la suspensión del proceso*. Incluso, puede ser el caso de que las partes soliciten autorización para poner fin al conflicto, a través de una *salida alterna*.²⁷⁵

2.3.1.6. Criterios de oportunidad.

Antes de continuar con la siguiente etapa del proceso, es importante reflexionar sobre la posibilidad que tiene el Ministerio Público de evitar la consecución de una investigación o de un proceso, en atención a las particularidades del caso, mediante la aplicación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Se trata de la posibilidad exclusiva del Ministerio

²⁷⁴ Cfr. **GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal**. *Manual práctico del Juicio Oral*, ob. cit., pp. 137 y ss.

²⁷⁵ Estas figuras serán explicadas más adelante.

Público de no proseguir con la intención punitiva, ante las circunstancias que observa se suscitan en el caso particular.

La aplicación de criterios de oportunidad es una cuestión de política criminal y, como todo en la práctica jurídica, obedece a la idea que se tenga de los objetivos del Derecho.

Tradicionalmente hemos estado inmersos en concebir al derecho penal como un sistema cuyos principales fines se enfocan en recomponer el orden jurídico con la aplicación de una pena que retribuya la culpabilidad del agente, imponga castigos ejemplares a manera de prevención y busque la reparación del daño. Bajo este esquema, la persecución del delito no puede tener excepciones.

Sin embargo, las teorías utilitaristas del derecho, específicamente del penal, inspiradas en los estudios de James Mill, Jeremy Bentham y John Stuart Mill, propician una manera distinta de ver al dilema jurídico, bajo la idea de que la moral y la razón deben cesar las antinomias entre el provecho de cada uno y el bien de todos.

Conforme a las teorías utilitaristas, el objetivo de la ley es llevar felicidad a toda la comunidad y eliminar lo que tienda a sustraerla; es decir, excluir lo que sea pernicioso. Y en tanto la pena es un mal y es pernicioso, su aplicación sólo debe ser en la medida en que prometa evitar un mal mayor.²⁷⁶

El mal en que se traduce la pena sólo se justifica cuando se demuestre que resultará más beneficioso que no infligirlo. El mayor beneficio de la imposición de la pena puede ser la prevención o la reducción del crimen, ya sea por disuasión o por la reforma operada en el victimario. Así, la pena no tiene un fin exclusivo de retribuir la culpabilidad o recomponer el orden jurídico alterado, sino que tiene un objetivo utilitario de integración social, pues aplicar la pena a una gran cantidad de personas provocaría su desintegración.

Entonces, bajo la perspectiva utilitarista, la aplicación de la pena o del castigo se justifica si:

- A) La pena es un medio eficaz para impedir que ocurran otros males sociales;
- B) No existiese otra forma menos perjudicial para evitar otros males sociales mayores;

²⁷⁶ “The general object which all laws have, or ought to have, in common, is to augment the total happiness of the community; and therefore, in the first place, to exclude, as far as may be, every thing that tends to subtract from that happiness: in other words, to exclude mischief. But all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil.”
BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation.* Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 158.

- C) El perjuicio resultante para el destinatario, en tanto miembro de la sociedad, es menor que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara.

En este contexto es que se justifica el criterio de oportunidad como un mecanismo de racionalización del sistema por virtud del cual, a pesar de que el Ministerio Público tenga elementos que establezcan el hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, podrá prescindir de manera total o parcial de la persecución penal, sobre alguno o varios hechos delictuosos, limitarla a alguna o varias infracciones o a alguna o algunas personas.

La posibilidad de ejercer esta facultad discrecional se justifica además en el criterio real de que ante la sociedad de masas, el Estado no tiene capacidad humana ni material para procesar todos los casos penales que se producen en su seno.

La aplicación del criterio de oportunidad entonces, permite resolver una colisión de intereses basados en los valores jurídicos y sociales que el derecho penal dice proteger, y con eso, despresurizar el congestionamiento judicial y hacer efectiva la resolución de conflictos originados por la comisión de delitos.

Mediante la aplicación del criterio de oportunidad se hace una selección racional basada en criterios de política criminal, que implica la descriminalización de hechos punibles, cuando existan otros mecanismos de reacción social más eficaces, o que la situación concreta haga innecesario el proceso y la pena.

También se busca la eficiencia de la pena frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, descongestionando al sistema judicial de la ya saturada justicia penal.

Los criterios de oportunidad se podrán actualizar, en general, bajo los supuestos siguientes:

1. **Un hecho insignificante**, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe, salvo que afecte gravemente el interés público o lo cometa un servidor público en sus funciones.
2. El imputado **haya producido la reparación integral**, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos.
3. **El imputado haya sufrido**, a consecuencia del hecho, **daño físico o psíquico grave que torne desproporcionada la aplicación de la pena**, o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación.
4. Cuando **la pena o medida de seguridad que pueda imponerse, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta**, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o delitos a

la misma persona, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en la jurisdicción federal o en el extranjero.

5. Asuntos de **delitos graves y el imputado colabore eficazmente con la investigación**, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se prescinde total o parcialmente resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.
6. Cuando la sanción a la que pudiera llevar la persecución en el Estado carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta en otra jurisdicción.
7. El imputado pueda colaborar con el Ministerio Público para esclarecer hechos relacionados con delincuencia organizada.

Para el caso de aplicar los criterios de oportunidad, el Ministerio Público tiene que esgrimir razones objetivas y asegurar que el daño sea razonablemente reparado. El espectro de posibilidades de aplicación de criterios de oportunidad para la solución de problemas es amplio, por lo que su práctica indefectiblemente redundará en el desahogo de conflictos y en la realización efectiva de la solución social, sin necesidad de desgastar a los órganos de persecución del delito y de administración de justicia.

Julio Maier lo dice en estas palabras: *“la aplicación del principio de oportunidad torna más sencillas las cosas, menos arduas las soluciones dogmáticas y más real la solución: se trata de casos en los cuales, por las razones ya advertidas, se autoriza a los órganos de persecución penal, con o sin aquiescencia del tribunal competente, según los sistemas, a prescindir de la persecución penal o a concluir la ya iniciada”*.²⁷⁷

2.3.2. La etapa intermedia. Un modelo dinámico de solución de conflictos.

Entre la etapa de investigación y el juicio oral, existe una etapa intermedia de carácter oral, que se sustancia ante el Juez de Control o de Garantías, y tiene por objeto la preparación del juicio. En esta etapa se fija el objeto del proceso, los sujetos intervinientes y la prueba a examinar.

El inicio de la etapa intermedia se marca por la conclusión de la investigación y dura hasta que se dicte el auto de apertura de juicio oral o cuando se decida el sobreseimiento por el Juez de Control.

²⁷⁷ Cfr. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 158.

La etapa intermedia tiene como fin la depuración de la teoría del caso de las partes. Tanto el Ministerio Público como la defensa –desde ese momento– deben tener claridad sobre la versión de los hechos que sustentarán en la etapa del juicio oral, dado que es en la intermedia en donde se depuran los medios de prueba²⁷⁸ que apoyarán dichas versiones. Incluso, las partes sólo podrán presentar en el juicio los medios de prueba que sean admitidos e incorporados en el auto de apertura de juicio oral. Cualquier otro medio de prueba que deseen presentar en la audiencia de juicio oral tendrá que aprobar el test de los requisitos de la prueba superveniente.²⁷⁹

En esta fase, se fijan los hechos controvertidos que serán materia del juicio oral y, en función de ellos, se depuran de los medios de prueba obtenidos en la etapa de investigación, que serán presentados posteriormente para su desahogo. También aquí se presenta la última oportunidad para poner fin al conflicto penal por medio de salidas alternas, toda vez que cuando se arriba al auto de apertura a juicio oral, esa oportunidad deja de existir.

Se trata de una etapa de apreciación y análisis para decidir la acusación, plantear mecanismos de defensa contra la acción penal y para analizar pruebas. Es una etapa de filtro en la que se depuran errores y se controlan los presupuestos y bases de la imputación, primero por el propio órgano acusador y luego por el órgano judicial, con el fin de establecer si es viable convocar al debate penal en el juicio oral o si resulta el sobreseimiento o la preclusión del proceso.

En tanto el juez que decide el litigio debe mantenerse extraño al conflicto planteado (*ne procedat iudex ex officio*), por razones de equidad que informan los principios constitucionales del juicio previo y de la inviolabilidad de la defensa, existe la necesidad de que haya una etapa introductoria de las cuestiones en donde una de las partes planteará su pretensión al órgano jurisdiccional en razón de un suceso ocurrido con significación jurídica y la otra tendrá la oportunidad de enterarse y contestarla.

El Juez de Control, como director de la etapa intermedia, se encarga de que los objetivos de esta etapa se cumplan. Así, tiene las siguientes funciones adicionales a las de su papel en la etapa de investigación.²⁸⁰

²⁷⁸ La prueba en investigación sólo da lugar a fuentes o medios de prueba, los que sólo tendrán valor probatorio si se introducen en la etapa intermedia y se desahogan en el plenario, con excepción de las pruebas anticipadas y las preconstituídas.

²⁷⁹ Cfr. **GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal**. *Manual práctico del juicio oral*, ob. cit., pp. 147 y ss.

²⁸⁰ Cfr. **NEYRA FLORES, José Antonio**. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, ob. cit., pp. 214 y ss.

- a) *Función ordenatoria.*
 - a. Dirige y dicta las decisiones relativas al sobreseimiento y enjuiciamiento del imputado, decidiendo sobre la procedencia del juicio oral.
- b) *Función de decisión.*
 - a. Se pronuncia sobre el fondo de la pretensión penal, limitada en los procedimientos simplificados o en la terminación anticipada.

El modelo adversarial trae aparejado un nuevo paradigma estratégico del proceso penal en tanto supone un mecanismo con propósitos múltiples, que busca diversas formas de solución a los conflictos, que pueden ir desde la abstención del Ministerio Público para acusar, por medio de criterios de oportunidad, hasta una sentencia condenatoria; pasando por diversas formas de acuerdo entre las partes.

En efecto, el éxito del sistema acusatorio se ha encontrado en la aplicación de una política criminal de aplicación de criterios de oportunidad, mecanismos de solución de controversias y formas alternativas de terminación del proceso, que suceden antes del auto de apertura a juicio. Nuevamente, la posibilidad de aplicar estos mecanismos, se presenta siempre que se hubiese contado con una adecuada investigación previa de la policía.

El proceso penal abandona la estructura de un conjunto de pasos sacramentales y se convierte en una serie de actuaciones procesales orientadas por las necesidades de las partes. Éstas son las protagonistas. No son más objeto, sino sujetos del proceso, susceptibles de respeto y tutela en sus derechos fundamentales, y atendibles en la satisfacción de sus demandas, más allá de la imposición de un castigo.

Aparejado con esta visión de los sujetos en el proceso, el juez se fortalece en una función de decisión y de preservación de las garantías individuales.

2.3.2.1. Acusación.

La etapa intermedia consta de una fase escrita y una oral. La escrita está integrada por la acusación y la oral es propiamente la audiencia intermedia o de preparación a juicio oral.

Concluida la investigación y declarado su cierre, el Ministerio Público formula la acusación si estima que hay mérito para ello, o solicita el sobreseimiento.

La acusación es la manifestación formal del Ministerio Público de su decisión de perseguir la responsabilidad criminal del imputado cuando ha practicado las diligencias necesarias para la investigación del hecho punible y de sus partícipes.

Se dice que el juicio acusatorio descansa sobre la existencia de la acusación previa, de la imputación por parte del órgano de persecución penal de un hecho presuntamente ilícito, concreto y preciso en el que se considera que la persona imputada ha intervenido de forma que se hace acreedora a una sanción penal. Esta acusación se da a conocer antes del inicio del juicio y no puede ser alterada durante su curso. Estas características exigen que la acusación se formule de manera clara, precisa y circunstanciada, con la calificación jurídica de los hechos.²⁸¹

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica dispone que cuando el Ministerio Público estima que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, debe requerir al tribunal la decisión de apertura del juicio. Este requerimiento, que para el código en mención debe ser escrito, debe contener lo siguiente:

1. Los datos que sirvan para identificar al imputado y el nombre y domicilio de su defensor.
2. La relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que atribuye al imputado.
3. Los fundamentos sintéticos de la imputación, con expresión de los medios de prueba utilizados.
4. La expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables.
5. La indicación del tribunal competente para el juicio.

Con la acusación remitirá al tribunal las actuaciones y los medios de prueba materiales que tenga en su poder.

El ministerio público podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.²⁸²

El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación adiciona a los elementos anteriores los siguientes:²⁸³

- a) *El nombre y el domicilio del tercero objetivamente responsable, si existe, y su vínculo con el hecho atribuido al imputado;*
- b) *La participación que se atribuye al acusado;*
- c) *Los medios de prueba que el ministerio público piensa producir en el juicio, así como la prueba anticipada que se haya desahogado en la fase de investigación;*

²⁸¹ *Ibidem*, p.139.

²⁸² Artículo 263 del Código Penal Modelo para Iberoamérica.

²⁸³ Artículo 321, Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos.

- d) *El monto estimado de la reparación del daño;*
- e) *La pena en el caso en que el ministerio público la solicite; y*
- f) *En su caso, la solicitud de que se aplique el proceso abreviado.*

La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la resolución de vinculación a proceso, aunque se efectúe una clasificación jurídica distinta.

Presentada la acusación, el juez de instrucción ordena su notificación a las partes y cita a la audiencia intermedia, con la entrega de copia de la acusación tanto al acusado como a la víctima u ofendido, con la constancia de que quedan a su disposición los antecedentes de la investigación.

La víctima u ofendido puede constituirse como acusador coadyuvante.

2.3.2.2. *Sobreseimiento.*

Se trata de una forma previa de terminación del proceso penal y constituye la alternativa a la apertura del juicio, el cual, aun cuando esté aperturado, es todavía objeto de sobreseimiento. Es la resolución emanada del órgano jurisdiccional –en la etapa intermedia- mediante la cual se pone fin al proceso penal, sin la actuación del derecho punitivo del Estado.²⁸⁴ El sobreseimiento es definitivo en su eficacia y favorece al imputado con el principio *ne bis in idem*, como ocurre con la sentencia absolutoria.

El juez puede decretar el sobreseimiento a petición del Ministerio Público cuando éste concluye de su investigación que el hecho no se cometió o no constituyere delito, apareciere claramente establecida la inocencia del imputado, éste esté exento de responsabilidad penal, se hubiere extinguido la acción penal, sobrevenga un hecho que –con arreglo a la ley- pusiere fin a la responsabilidad penal del imputado, el hecho de que se trate hubiera sido materia de un proceso penal en el que hubiese recaído sentencia firme respecto del imputado y cuando hubiere transcurrido el plazo máximo de duración de la etapa preliminar.²⁸⁵

2.3.2.3. *Audiencia intermedia.*

La audiencia intermedia la dirige el Juez de Control y se desarrolla oralmente. Los principios rectores del sistema acusatorio operan también en esta etapa del procedimiento. Es requisito de validez que el Juez se encuentre presente de manera ininterrumpida, así como la parte acusadora y la defensa.

²⁸⁴ Cfr. **BAYTELMAN A., Andrés y Mauricio DUCE J.** *Litigación penal. Juicio oral y prueba.* FCE, INACIPE, 2ª reimpresión, México, 2009, p. 66.

²⁸⁵ Cfr. **HIDALGO MURILLO, José Daniel.** *La etapa de investigación en el sistema penal acusatorio mexicano*, ob. cit., pp. 168-169.

Identificadas las partes, se abre el debate sobre los medios de prueba que éstas desean presentar en la audiencia de juicio oral. Si el acusado plantea excepciones de cosa juzgada o de extinción de la acción penal, se abrirá el debate sobre tales cuestiones. El juez puede permitir durante esta audiencia la presentación de pruebas que considere relevantes y deberá resolver de inmediato sobre cuestiones de litispendencia, incompetencia y otras necesarias para proceder.

Sobre la cosa juzgada y la extinción de la acción penal, el juez puede acoger una o más de las que se hayan deducido y decretar el sobreseimiento, siempre que la decisión se encuentre justificada en antecedentes de la investigación. Si no es así, dejará la resolución de la cuestión para que sea materia del juicio oral y de su consiguiente debate.²⁸⁶

A instancia de cualquiera de las partes, en esta audiencia se pueden desahogar medios de prueba encaminados a demostrar la ilicitud de los medios de prueba que se pretenden llevar a juicio oral. El Ministerio Público puede ofrecer pruebas en la audiencia únicamente con el fin de contradecir directamente las pruebas aportadas por la defensa.

Si no hay problemas formales o de fondo, el Juez de Control fija el objeto del debate, determina los medios de prueba –con la exclusión de los medios de prueba ilícitos (los que se hubieren obtenido con infracción de los derechos fundamentales) o los que sean inconducentes-. Las partes pueden llegar a acuerdos probatorios sobre hechos que no requerirán ser probados en el juicio.²⁸⁷

En efecto, las partes pueden solicitar al juez, de manera conjunta, que dé por acreditados ciertos hechos que no podrán ser discutidos en el juicio, los cuales constituyen *acuerdos probatorios*, que se autorizan por el juzgador si los considera justificados y existen antecedentes en la investigación que acrediten su certeza. Si se autorizan, se incorporan al auto de apertura del juicio oral. El hecho de que existan acuerdos probatorios permite agilizar aun más el trámite del procedimiento penal, en beneficio de todos los participantes.²⁸⁸

²⁸⁶ Cfr. **GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal**. *Manual práctico del juicio oral*, ob. cit., pp. 158 y ss.

²⁸⁷ Cfr. **BAYTELMAN A., Andrés y Mauricio DUCE J.** *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, ob. cit., pp. 42 y 43.

²⁸⁸ Se ha puesto en cuestión la constitucionalidad de los acuerdos probatorios en México cuando la Constitución Federal dispone en su artículo 20, apartado A, fracción II “toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”. La pregunta es si pueden las partes en la etapa intermedia y, por ende, de la audiencia de preparación del juicio oral, sujetar al tribunal de juicio, mediante sus acuerdos probatorios. La importancia de la pregunta es que en México las reglas del juicio acusatorio se encuentran constitucionalmente establecidas. Cfr. **HIDALGO MURILLO, José Manuel**. *La argumentación en la audiencia oral y pública desde los principios de la intermediación y contradicción*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2012, p. 50.

También se depuran los medios de prueba que no sean pertinentes o que tengan efectos dilatorios, los que provengan de diligencias o actuaciones que hayan sido declaradas nulas, y se dejarán únicamente los óptimos a debatirse en la audiencia del juicio oral.

La etapa intermedia es también momento propicio para solicitar que se rinda la prueba anticipada, como puede ser la declaración anticipada de peritos, cuando es previsible que la persona a declarar se encontrará en imposibilidad de ocurrir al juicio oral, etc.

Al término de la audiencia intermedia, el Juez de Control dicta *el auto de apertura de juicio oral*, en que se delimita el objeto del juicio oral al fijar los hechos y circunstancias sobre los cuales aquél debe recaer, así como los medios de prueba ofrecidos para acreditar los mismos. Este auto debe contener:

- El Tribunal competente para celebrar la audiencia de debate de juicio oral.
- La o las acusaciones que serán objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado sobre el particular.
- Los hechos que se tengan por acreditados en virtud de los acuerdos probatorios.
- Las pruebas que deban producirse en el juicio oral y las que tengan que desahogarse en la audiencia de individualización de las sanciones y de reparación del daño.
- La individualización –identificación- de quienes habrán de ser citados a la audiencia de debate, con mención de los órganos.

En suma, en esta etapa se decide si es posible iniciar un juicio en contra de uno o varios individuos para determinar su responsabilidad penal sobre ciertos hechos con caracteres de delito. De celebrarse el juicio, desde la etapa intermedia se verifica que no existan vicios en la investigación que pudiesen redundar en la validez del juicio oral.

2.3.2.4. *Formas anticipadas de terminación del proceso.*

Las formas anticipadas de terminación del proceso importan una menor afcción en los derechos del sujeto que las que comportaría la aplicación de la reacción punitiva en la ley penal y que implican la satisfacción de otros intereses que los meramente punitivos.²⁸⁹ Este tipo de medidas representan las siguientes ventajas:

- a) Economía de tiempo y recursos para el Ministerio Público, en el marco de un programa de priorización de tareas en la persecución penal;

²⁸⁹ Cfr. **HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián.** *Derecho procesal penal chileno*, ob. cit., p. 450.

- b) Evita los efectos nocivos inherentes a un proceso criminal de la eventual imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad en la sentencia definitiva; y
- c) Satisfacción de varios intereses a través de la imposición de condiciones que el imputado debe cumplir para la víctima.²⁹⁰

De acuerdo con Julio Maier, el Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal -bajo el modelo acusatorio- comparten una tendencia hacia la reducción del protagonismo social del sistema penal tradicional, respuesta que se origina en la incapacidad efectiva del sistema para la solución de los conflictos. Así, la posibilidad de aplicar formas anticipadas de terminación del proceso y de orientar la solución jurídica del caso a la reparación del daño, pretende el mejoramiento de la calidad de solución que se ofrece a la víctima en el sistema penal y colabora en la búsqueda del máximo aprovechamiento de los recursos de la administración de justicia penal, para dirigir los esfuerzos estatales a una razonable eficacia en los casos que representan mayor costo social.²⁹¹

La iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales propone cuatro formas de terminación anticipada del procedimiento: *el acuerdo reparatorio, el procedimiento simplificado, la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado.*

Estos mecanismos se aplican con respeto a la voluntad de las partes y en observancia a los principios de flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias suelen proceder en delitos de acción privada²⁹², de acción pública a instancia de parte, delitos culposos, cuando proceda el perdón, en delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia, en los que se admita la sustitución de sanciones o la condena condicional o en que la pena máxima de prisión no exceda de cierto rango, además de que por las circunstancias concretas, el ilícito carezca de trascendencia social. Una restricción obligada a este tipo de mecanismos es que el imputado hubiese celebrado con anterioridad otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza.

²⁹⁰ *Ibíd.*, p. 552.

²⁹¹ Cfr. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 152 y 153.

²⁹² El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público, sin embargo, la regulación del sistema acusatorio prevé que la víctima u ofendido ejerza directamente la acción penal privada de manera expresa, salvo en aquellos casos en que se vea afectado el interés general. La acción penal privada podrá ser ejercida directamente por la víctima u ofendido, en delitos como simulación de pruebas; delitos cometidos en el ejercicio de la profesión; responsabilidad profesional y técnica; abandono, negación y práctica indebida del servicio médico; negación del servicio público; discriminación, chantaje, extorsión e intimidación (este tipo de delitos se prevén en la legislación del Estado de Durango, donde ya opera el sistema). La acción penal privada podrá ser ejercida por la víctima u ofendido, sin perjuicio de que también pueda ejercerla el Ministerio Público cuando se actualicen las condiciones de procedibilidad.

Si las partes llegan a acuerdos alternativos o restaurativos, se elabora por escrito el convenio en que se establecen las obligaciones contraídas, en que debe comprenderse necesariamente la reparación del daño. El convenio debe ser aprobado por el Juez de Control si ya ha iniciado el procedimiento el Ministerio Público, o por el centro especializado en mecanismos alternativos de solución de controversias que se encuentre reconocido por ley, si no se ha iniciado aquél.

a) Acuerdo reparatorio:

Procede en los delitos que se persiguen por querrela, pero no en aquellos que sean cometidos con violencia. Tampoco es posible su celebración si el imputado ya ha celebrado otros acuerdos, por hechos de la misma naturaleza, durante un determinado número de años anteriores –que varía según las legislaciones-.²⁹³

Su procedimiento es sencillo: las partes solicitan al Juez (hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral) que suspenda el proceso penal por un cierto tiempo razonable, para que puedan concertar el acuerdo y éste se somete a su aprobación. Si el Juez de Control lo aprueba, el plazo para cumplir las obligaciones suspenderá la prescripción de la acción penal.

Los efectos del acuerdo reparatorio son:

- **Si se cumple**, se impide automáticamente el ejercicio de la acción penal, o en su caso, se extingue la acción penal iniciada.
- **Si se incumple sin justa causa** por parte del imputado (dentro de un término fijado por la ley), el procedimiento continuará como si no se hubiera arribado a acuerdo alguno.

b) Procedimiento simplificado:

El procedimiento simplificado requiere de forma concurrente la actualización de varios requisitos:

- Que el delito sea sancionado con pena de prisión máxima de hasta cierto número de años²⁹⁴ y no haya sido cometido con violencia;
- Que se asegure la reparación del daño y el imputado acepte la acusación que formule el Ministerio Público, es decir, los hechos y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen, y consienta la aplicación del procedimiento.

²⁹³ El proyecto de CFPP establece cinco años.

²⁹⁴ Cuatro, según el proyecto de CFPP.

No procede si el imputado se ha beneficiado con antelación por un procedimiento simplificado ni deberá estar gozando de dicho beneficio, excepto que haya sido absuelto o haya transcurrido un tiempo²⁹⁵ desde el cumplimiento de la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.

El procedimiento inicia cuando lo solicita el Ministerio Público, quien podrá hacerlo inmediatamente después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta la formulación de la acusación. En caso de que el Ministerio Público no haya formulado la acusación, lo hará cuando solicite el procedimiento; podrá ampliar la acusación, modificarla y solicitar una pena distinta, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento simplificado.

Por tratarse de un procedimiento ágil cuya aplicación se plantea para la atención de delitos de bajo impacto social, el Ministerio Público puede solicitar la reducción de la pena que le correspondiere al delito por el cual acusa, incluso respecto de la pena mínima.

La víctima u ofendido puede oponerse al procedimiento simplificado cuando considere que el Ministerio Público, en su acusación, ha efectuado una clasificación jurídica de los hechos diferente a la que legalmente corresponde o ha atribuido una forma de participación que no se ajusta a la conducta realizada por el imputado.

Si el Juez de Control aprueba la tramitación del procedimiento simplificado, se realiza un debate en el que participarán las partes; posteriormente, el Juez emitirá su fallo en la misma audiencia y deberá dar lectura pública a la sentencia, dentro de un corto plazo.

En su resolución, el Juez de Control no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público, y deberá ordenar la absolución del acusado cuando, a pesar de la aceptación de los hechos y la clasificación jurídica de los mismos, no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación.

En caso de que el sentenciado hubiere reparado el daño y, en su caso, pagado el importe de la multa impuesta, el Juez de Control o de Ejecución –según disponga la ley- podrá sustituir la pena de prisión por trabajo en favor de la comunidad, ordenando la libertad del sentenciado.

c) Suspensión del proceso a prueba:

La suspensión del proceso a prueba o suspensión condicional del procedimiento es un mecanismo procesal que permite al Ministerio Público, con el acuerdo del imputado y la aprobación del Juez de Control, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley y se

²⁹⁵ Cinco años, según el proyecto de CFPP.

satisfacen determinadas condiciones fijadas por el Juez, que permiten suponer que el imputado no volverá a ser imputado de un delito.²⁹⁶

Esta figura tiene como finalidad suspender el trámite de la causa en beneficio del imputado. De acuerdo con el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público puede solicitar la suspensión condicional del proceso cuando:

- Se trate de delitos cuya pena máxima de prisión sea *mayor* de cuatro años;
- El imputado asegure la reparación del daño y el cumplimiento de los acuerdos pactados; admita el hecho y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen y no se oponga a esta forma anticipada de terminación del proceso.

La suspensión condicional no procede:

- Cuando se trate de delitos graves, de delitos cometidos por servidores públicos o cometidos contra la administración de justicia, se exija la calidad específica de servidor público o se hubiese cometido en asociación delictuosa, banda o pandilla;
- Cuando el imputado haya sido condenado por delito culposo grave o doloso;
- Cuando el imputado se haya beneficiado con antelación por cualquier forma de terminación anticipada en cualquier fuero o se encuentre gozando de la misma;
- No se admitirá respecto de quien hubiere incumplido un acuerdo en trámite anterior o no haya transcurrido un mínimo de cinco años a la firma de un acuerdo reparatorio en otro procedimiento penal.

La suspensión del proceso procederá después del auto de vinculación a proceso hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral. El procedimiento es también sencillo. El imputado o el Ministerio Público proponen un “plan de reparación” que podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que pudiera llegar a imponerse, así como los plazos para cumplirla.

El Juez de Control aprueba dicho plan conforme a criterios de razonabilidad, una vez que haya escuchado a las partes, y fija el plazo de suspensión condicional del proceso, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. También determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, encaminadas a su reinserción social y conforme al ilícito cometido:

- Residir en un lugar determinado o abstenerse de salir del país.
- Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas.

²⁹⁶ Cfr. **HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián.** *Derecho procesal penal chileno*, ob. cit., p. 552.

- Comenzar o finalizar la educación básica si no la ha cumplido, aprender un oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez.
- Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
- Someterse a la vigilancia que determine el juez por cualquier medio.
- Cumplir con los deberes de asistencia alimentaria, entre otros.

La suspensión condicional del proceso no extingue las acciones civiles de la víctima u ofendido; y, transcurrido el plazo que se fije sin que la suspensión fuere revocada y cumplidas las obligaciones impuestas, se extinguirá la acción penal, debiendo el juez dictar, de oficio o a petición de parte, el sobreseimiento. Durante el período de suspensión condicional del proceso, quedará suspendida la prescripción de la acción penal.

En caso de que el imputado incumpla las condiciones impuestas o el plan de reparación del daño, o cometa un nuevo delito, el Ministerio Público debe solicitar al Juez de Control que se le cite a audiencia y se le revoque la suspensión, además se le impondrá una multa o arresto y se resolverá de inmediato sobre la reanudación de la persecución penal. Si la víctima u ofendido ha recibido pagos durante la suspensión del proceso que posteriormente es revocada, se abonarán al pago de la reparación del daño que, en su caso, le pudiere corresponder.

d) Procedimiento abreviado:

El procedimiento abreviado es un procedimiento especial que es susceptible de ser desahogado precisamente en la etapa intermedia del proceso. Esto, siempre que el imputado, contando con una defensa técnica, confiese los hechos objeto de la acusación que hubiesen sido acreditados como probables, junto con su responsabilidad.²⁹⁷ Para admitirlo, el juez debe constatar que el Ministerio Público cuenta con una relación de hechos claros, precisos y específicos en tiempo, modo, lugar y circunstancias que facilite al imputado su reconocimiento e impida abrir causa por hechos distintos, y que entre el imputado, su defensor, el Ministerio Público y demás sujetos procesales, preexista un acuerdo sobre la calificación y la pena a imponer con sus respectivos beneficios.

Más que una confesión, se requiere de un reconocimiento –voluntario y con conocimiento de las consecuencias- ante la autoridad judicial, de la participación en el delito y la consecuente corroboración de la imputación. A cambio, se pueden otorgar beneficios al inculpado, cuya definición queda a criterio del legislador secundario.

El origen de esta institución se halla en el *plea bargaining* del derecho anglosajón, más precisamente en una de sus modalidades, denominada *sentence*

²⁹⁷ Cfr. HIDALGO MURILO, José Daniel. *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*, ob. cit., pp. 229 y ss.

bargain, en que el imputado admite su culpabilidad a cambio de una recomendación del fiscal ante el juez para que éste imponga una pena leve o mínima por el hecho supuestamente cometido.²⁹⁸ Esta figura se ha receptado en otros países como Italia, con el “*patteggiamento*”; en España, con la “conformidad en la calificación o en el acto, de hechos o en el procedimiento”; o la “conformidad” en Argentina.²⁹⁹

La admisión de los hechos constituye el límite de lo pactado entre las partes, fija la litis y resguarda la garantía del imputado de ser juzgado con base en los hechos admitidos. De esta manera, la actividad jurisdiccional se restringe al conocimiento de los hechos admitidos, pero subsiste la obligación del Juez de Control o de Garantía de valorar la prueba y concretar la imposición de la sanción pecuniaria, sin exceder el monto que conformó la imputación. Esto es, aun cuando haya habido admisión de los hechos, el juez sigue obligado a aplicar los elementos argumentativos derivados de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.³⁰⁰

²⁹⁸ En el otro caso de *plea bargaining* el fiscal acusa por un hecho más leve que aquel supuestamente cometido o, cuando se trata de la sospecha de un concurso real, imputa menor cantidad de hechos que aquellos supuestamente cometidos. Cfr. **CÓRDOBA, Gabriela E.** “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”. En *El procedimiento abreviado*, Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 230.

²⁹⁹ Cfr. **GUZMÁN, Nicolás.** “La verdad y el procedimiento abreviado”. En *El procedimiento abreviado*, Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 289 y ss.

³⁰⁰ Este análisis ya ha sido materia de pronunciamiento por parte de los órganos judiciales federales mexicanos que ya se encuentran conociendo del tema en los Estados de la República donde se aplica el procedimiento penal acusatorio:

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. EL JUEZ DE GARANTÍA PUEDE, SIN EXCEDERSE DEL MONTO QUE CONFORMÓ LA IMPUTACIÓN, VALORAR LAS PRUEBAS Y CONCRETAR LA IMPOSICIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO, AUN CUANDO EL ACTIVO, AL ADMITIR EL HECHO QUE SE LE ATRIBUYE, HAYA ESTADO DE ACUERDO CON LA ACUSACIÓN POR CONCEPTO DE DICHA REPARACIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA). En los artículos 14, 20, apartado A, fracciones II, VII, VIII y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se tutela la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, además, se otorga al Juez la facultad exclusiva de desahogar audiencias, valorar las pruebas, imponer las penas y determinar su modificación y duración. Para no colapsar el proceso en el Estado de Chihuahua **se crearon mecanismos de terminación anticipada, entre otros, el procedimiento abreviado** previsto en los numerales 387 a 392 del Código de Procedimientos Penales del Estado, *cuya naturaleza es distinta a los acuerdos preparatorios y suspensión del proceso a prueba, porque la admisión de los hechos constituye el límite de lo pactado entre las partes, se fija la litis y el imputado decide renunciar al derecho de un juicio oral, quedando con ello resguardada su garantía de ser juzgado con base en tales hechos, lo que además consiste en la única restricción de la actividad jurisdiccional, ya que las cuestiones de derecho relacionadas con la valoración de la prueba no se delegan ni forman parte del citado acuerdo, a diferencia de los hechos, respecto de los cuales no debe existir oposición; de ahí que aun cuando el activo, al admitir el hecho que se le atribuye, haya estado de acuerdo con la acusación por concepto de reparación del daño, el Juez de Garantía puede, sin excederse del monto que conformó la imputación, valorar las pruebas y concretar la imposición de dicha sanción pecuniaria*, toda vez que no puede quedar despojado de esa facultad que constitucionalmente le ha sido dada y que se encuentra obligado a cumplir,

La posibilidad de que en nuestro sistema el Juez de Control valore las pruebas y concrete la imposición de la reparación del daño permite superar –al menos en parte- las graves críticas que la academia ha vertido en contra de este procedimiento, por considerar que desvirtúa el principio de contradicción y de juicio previo del sistema acusatorio.³⁰¹

Se ha llegado a considerar que el procedimiento abreviado se aleja de los principios acusatorios y toma un carácter inquisitivo, pues se condena sobre la base de la confesión y de pruebas recolectadas sin control de la defensa. Incluso, se ha dicho que el procedimiento abreviado supone una regresión al juzgamiento escrito y el reforzamiento de la confesión, característica del sistema inquisitivo.³⁰²

Me parece que esta crítica se salva con el hecho de que se exija una defensa técnica al momento de que el imputado exprese su conformidad y aceptación de la acusación. El Juez de Control tiene la obligación de percatarse de que el imputado conoce las consecuencias de esta conformidad y que ello implica la renuncia a un juicio oral y público en que pueda controvertir la imputación.

Ferrajoli ha dicho que el pacto tanto sobre la pena como respecto del proceso desquicia al sistema de garantías: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no depende de la gravedad del primero, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad, en tanto se desvanezca el criterio legal que condicione el

aplicando la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, en estricto apego a los principios fundamentales de objetividad y deber de decidir, así como de fundamentación y motivación, según los artículos 17 a 20 de la Constitución Federal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 387/2009. 26 de febrero de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Martínez Calderón. Secretaria: Martha Cecilia Zúñiga Rosas.

³⁰¹ Cfr. **BOVINO, Alberto**. “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”. En *El procedimiento abreviado*. Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 73 y ss. Estas críticas son desarrolladas también por **ALMEYRA, Miguel Ángel**. “Juicio abreviado ¿O la vuelta al inquisitivo?”. En *La Ley*, Buenos Aires, 1997; así como por **LANGER, Máximo**. “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”; **ANITUA, Gabriel Ignacio**. “El juicio penal abreviado como una de las formas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”; **DÍAZ CANTÓN, Fernando**. “Juicio Abreviado vs. Estado de Derecho”; **GUZMÁN, Nicolás**. “La verdad y el procedimiento abreviado”; estos últimos en *El procedimiento abreviado*. Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.

³⁰² Cfr. **FERRAJOLI, Luigi**. “Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso penal”. En *El procedimiento abreviado*. Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 41.

actuar del Ministerio Público; la inderogabilidad del juicio; la presunción de inocencia y la carga de la prueba de la acusación.³⁰³

Esta confusión que parece injustificable en el plano teórico se explica en el histórico, pues la discrecionalidad de la acción penal y los acuerdos son de hecho los restos modernos del carácter originariamente privado y/o popular de la acusación, cuando la oportunidad de la acción y de los pactos con el imputado eran consecuencia de la libre acusación.

El peligro que advierte Ferrajoli es que se provoque una perversión burocrática y policial de gran parte de la justicia penal, de manera que el juicio sea “un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos.”³⁰⁴

Bajo este esquema, la Fiscalía o Ministerio Público retoma un poder muy significativo en el procedimiento, pues está en posibilidad de formular acusación y solicitar la apertura del procedimiento abreviado desde la audiencia intermedia en la fase de control de detención, hasta antes de que se inicie la audiencia de juicio oral. A la vez, el Ministerio Público puede solicitar la aplicación de algunas ventajas a favor del imputado, como es la reducción de la pena.

Estas ventajas constituyen una compensación en razón de la abreviación del procedimiento, que implica la reducción del desgaste del órgano jurisdiccional y de las partes en la tramitación de un juicio ordinario. Las razones a favor de este tipo de procedimiento son precisamente prácticas y de celeridad, en sacrificio de la posibilidad de la sustanciación de un juicio en donde se de en toda su extensión la contradicción entre las partes.

Los argumentos a favor de este tipo de solución se enfocan en que con ello los hechos son aclarados con prontitud, se facilita la confianza de la víctima, y se evita el trabajo logístico de coordinar a todos quienes intervienen en el proceso, incluidos el Ministerio Público, defensa y órgano juzgador. Así, el procedimiento abreviado se justifica bajo una política criminal que pondera la solución de conflictos, la reparación del daño y el resarcimiento, por encima del castigo por el castigo.

Con base en el criterio del legislador secundario, las posibilidades del beneficio para el imputado pueden variar dependiendo del momento procesal en que éste admita su responsabilidad y los efectos que dicha admisión pueda tener. Las variables pueden ser que el procedimiento abreviado se inicie desde la audiencia de control de detención o en la vinculación al proceso; que al admitirse el delito, el imputado colabore eficazmente con la investigación en contra de otros imputados o evite que se perpetren otros ilícitos; si se inicia después de haberse

³⁰³ *Ibidem*, p. 47.

³⁰⁴ *Ibidem*.

ordenado la vinculación al proceso o incluso ya al inicio de la audiencia del juicio oral.

El procedimiento abreviado se tramita con la apertura del juicio al debate, concediendo el Juez de Control la palabra al Ministerio Público para que efectúe la exposición resumida de la acusación y de las actuaciones de investigación. Luego se da la palabra al acusado, de quien el Juez debe cerciorarse conoce la implicación de la admisión de los hechos y de su responsabilidad, y de su renuncia a que se celebre un Juicio Oral. Cerrado el debate, el Juez emite su fallo en la misma audiencia, sin que pueda imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público. El procedimiento abreviado no es obstáculo para la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, si correspondiere, los cuales serán materia de análisis más adelante.

2.3.3. La acción del Juez de Juicio Oral.

Aunque se dice que el eje central de la reforma está constituido por la instauración del juicio oral³⁰⁵, la regla general es que los conflictos penales se resuelvan antes de llegar a esta etapa porque prevalece la eficiencia, la celeridad y el resarcimiento de los daños, frente al desgaste del aparato judicial y de las partes.

Recordemos que este sistema no busca el castigo ejemplar o un remedio ante el ilícito, sino la composición, el resarcimiento y la paz social, que se logran a través de mecanismos eficientes de solución de conflictos. Si no operara ninguno de estos medios (la aplicación de criterios de oportunidad, los medios alternativos de solución de controversias o la tramitación del juicio abreviado o simplificado), procede entonces celebrar la etapa de juicio oral.

Cerrada la investigación y formulada la acusación, el juez de control que dicta el auto de vinculación y la resolución de apertura a juicio, deja de ser competente para conocer del mismo. La idea es que el juez o tribunal del juicio no tenga sino el auto de apertura en el que se indique cuál es la acusación y la prueba que será desahogada en el juicio, que el órgano de decisión escuchará por primera vez. Esto, para garantizar la imparcialidad judicial y evitar que los jueces predispongan su ánimo con información que no haya sido desahogada en el juicio.

El tribunal que conoce del juicio oral regularmente es colegiado, se integra por tres jueces profesionales. El número de jueces varía según las necesidades de la jurisdicción. El juez presidente se encuentra a cargo de la administración del tribunal.

³⁰⁵ Cfr. **BAYTELMAN A., Andrés y Mauricio DUCE J.** *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, ob. cit., p. 43.

El desahogo de la audiencia en el juicio oral se plantea como un método que debe permitir a las partes hacer efectivas las garantías reguladas constitucionalmente y facilitar la generación de información relevante para la toma de una decisión de calidad.

El juicio oral es público, concentrado, con observancia del principio de inmediación. La presencia del juez se exige ininterrumpida, como también la de las partes que han de establecer los puntos de debate y las peticiones concretas, para lo que deben presentar su caso. Salvo casos excepcionales, los testigos y peritos deben comparecer personalmente al juicio para declarar y ser examinados y contraexaminados directamente por las partes, sin que se reproduzcan las declaraciones anteriores.

El control de veracidad de lo que cada una de las partes argumenta lo realiza la contraparte; pero llegados al juicio oral, en tanto el Ministerio Público tiene obligación constitucional de demostrar su caso, deberá producir toda la prueba pertinente, la que debe ser efectivamente desahogada en la audiencia. Sobre estos elementos objetivos se constituirá el debate en la audiencia de juicio oral.

Así, a diferencia de lo que ocurre en el inquisitorio, en el acusatorio no es prueba el acta de la declaración de testigos durante la investigación, sino el propio testimonio rendido en audiencia pública; igualmente, no es prueba el informe pericial, sino el peritaje rendido en audiencia pública.

2.3.3.1. Alegatos de apertura y Teoría del Caso.

Al inicio del juicio, el tribunal no cuenta sino con el auto de apertura elaborado por el juez de garantía, en que se contiene la acusación y la exposición de la defensa. En él se ha acotado la materia del debate y se la delimitado la prueba que se rendirá en el juicio.

Los jueces del juicio oral no cuentan con un expediente como en el juicio inquisitivo ni tienen acceso a la investigación previa, únicamente contarán con la exposición de las teorías o hipótesis de cada una de las partes sobre los hechos ocurridos.

Las partes llegan a la audiencia principal con el conocimiento preciso de los hechos que serán materia de discusión, el derecho que cada quien invocará, cuáles son las pruebas que se desahogarán y la información que se pretende aportar para formar la convicción judicial.³⁰⁶ Por ello, a las partes corresponde introducir al tribunal, mediante un ejercicio retórico, en el tema sobre el cual versará el juicio. Cada una de ellas, primero la acusadora y después la defensa, expondrán al tribunal su versión de los hechos, la anunciación de los elementos con los cuales piensan acreditarlos y la hipótesis jurídica que se proponen probar.

³⁰⁶ *Ibidem*, pp. 47 y ss.

A este ejercicio retórico se ha denominado ***alegato de apertura***. Es un ejercicio argumentativo que tiene por objeto disponer al tribunal a favor de la versión que se le expone, primero con una frase que de manera concisa describe cuál es la posición que se sustentará en el juicio y, enseguida, con la justificación que empiece a convencer al tribunal desde los primeros momentos del juicio.

El alegato de apertura es el momento de presentación de la ***teoría del caso*** de los litigantes. Con el alegato de apertura se inicia la actividad de los litigantes en el juicio oral; desde ese momento se va construyendo la credibilidad de la teoría del caso presentada por el litigante tendente a la persuasión del juzgador.

Pero ¿qué es la teoría del caso? La teoría del caso es la versión de lo sucedido y la idea central que adopta cada parte para explicar y dar sentido a los hechos que se presentan como fundantes de una historia, con lo que se da cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica (posición jurídica).

La teoría del caso es una clara y simple historia de lo que “realmente sucedió”. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con la propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. No sólo debe mostrar qué ocurrió, sino que debe explicar por qué las personas en la historia actuaron de la manera en que lo hicieron. Debe ser una historia persuasiva, que será la base de la evidencia y los argumentos durante el juicio.

La teoría del caso da cuenta del qué, cómo, cuándo y el porqué de los hechos, y para su eficacia deber ser:

- ÚNICA
- AUTOSUFICIENTE
- OMNICOMPRESIVA
- SIMPLE
- VEROSÍMIL
- CONSISTENTE

Si alguna de estas características no se puede completar, no se tiene una buena teoría del caso.

Es ***única***, en tanto el litigante debe presentar una versión determinada de los hechos a objeto de explicarlos y dotarlos de consistencia argumentativa. La oralidad es un medio que fácilmente puede propiciar la confusión, en que hay devenires, por lo que se tiene que tener UNA teoría, que se sostenga de manera constante y consistente. El hecho de que sea única, favorece su credibilidad y evita conflictos con los elementos probatorios, pero no significa que no prevea todos los presupuestos fácticos que pueden ser tomados en consideración por el juzgador como atenuantes, para el evento de una condena.

Es **autosuficiente**, en tanto la versión o idea central que el litigante maneje desde la fase de investigación, debe ser capaz de dar cuenta del conjunto de hechos que ocurrieron, sin dejar cabos sueltos o circunstancias relevantes que no puedan ser explicados por esa versión o teoría central.

Es **omnicomprensiva** en tanto debe dar cuenta exhaustivamente de los hechos y analizar el conjunto de las pruebas para reforzar todos los ángulos y explicaciones del caso, con la comprensión de detalles que parezcan marginales.

Bajo el sistema inquisitivo tradicional, la defensa se prepara sólo para hacer bloqueo espejo a la versión del Ministerio Público. En el juicio oral se trata no sólo de desvirtuar la credibilidad contraria, sino de sustentar la credibilidad propia. El sistema acusatorio es un sistema de estrategias argumentativas y cada una de las partes debe tener su propia teoría, pero no puede ser el centro de la explicación el bloqueo al contrario.

Es **simple y verosímil**. Debe ser planteada en términos simples, utilizando en su configuración reglas elementales de la lógica, conocimientos científicamente afianzados y/o máximas de la experiencia adquirida por cualquier persona. Con la lógica, las máximas de experiencia o la científicidad, se arma el argumento de credibilidad.

Que los hechos narrados sean posibles de reconducir a una experiencia cotidiana y general de la gente, a argumentaciones que tengan un desarrollo causal y que incluso estén avalados por conocimientos científicos generales, contribuye a dotar de plausibilidad y razonabilidad al relato que se intenta acreditar.

Es **consistente** en tanto la teoría del caso tiene capacidad de dotar de lógica y sentido al conjunto de los hechos que rodean un caso. La consistencia hace posible presentar la idea central con tal contundencia, que la contraparte no puede dañar esa coherencia interna con hechos que no somos capaces de explicar a partir de la teoría del caso seleccionada.³⁰⁷

La estructura argumentativa de la teoría del caso tiene su base en *proposiciones fácticas*, afirmaciones de hecho, que sustentan los pasos previos para poder demostrar la versión de los hechos y, por ende, la figura jurídica o teoría jurídica que constituye la tesis de la teoría.

Esto es, a partir de una versión de los hechos, su exposición puede argumentarse exponiendo en enunciados cortos, objetivos y ordenados, cada una de las situaciones que integran a los sucesos ocurridos. Se trata de una descripción diseccionada de la versión de los hechos.

³⁰⁷ Lecciones de Eloísa Quintero. Teoría del Caso. Diplomado sobre Juicio Acusatorio, ob. cit.

Por ejemplo, si se tratara de un caso de homicidio en que el occiso fue encontrado en el jardín de la persona a quien se imputa la comisión del delito, la versión de los hechos de éste podría ser que estando dormido escuchó ruidos en el jardín de su casa, tomó un arma que posee para la defensa de su hogar y la detonó cuando vio la sombra de una persona que corría por su jardín.

Las proposiciones fácticas son cada paso en la descripción de los hechos:
1. El imputado estaba dormido en la recámara de su casa. 2. La recámara se encuentra en el segundo nivel. 3. El imputado escuchó ruidos en su jardín que le despertaron. 4. El imputado tomó un arma de la cual tiene el permiso correspondiente para poseer en su hogar. 5. El imputado bajó al primer nivel para asomarse al jardín. 6. El imputado vio una sombra de una persona corriendo por su jardín. 7. El imputado creyó que era un asaltante y produjo un disparo para ahuyentarlo.

Cada uno de estos enunciados son las proposiciones fácticas que integran la versión de los hechos y que llevan a la conclusión de la teoría jurídica (el imputado quiso defender su hogar y si bien el imputado privó de la vida al asaltante, lo hizo en legítima defensa). Entonces, las proposiciones fácticas producen un camino lógico que lleva a inferir una conclusión de lo sucedido, que sustenta una versión jurídica; esto es, de una manera inductiva, que parte de los hechos concretos, sencillos y aislados, se arriba a una conclusión general sustentada en aquéllos.

La teoría del caso tiene entonces elementos fácticos, jurídicos y de prueba. Se integra de proposiciones fácticas que tienen que ser probadas estratégicamente para devenir en conclusiones jurídicas contundentes. De esta manera, se forma un silogismo, en que la premisa mayor es la proposición fáctica, la menor es la acreditación que se le da a través de la prueba, y la conclusión es el elemento jurídico acreditado.

Las proposiciones fácticas pueden ser *débiles o fuertes* en la medida en que satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas, lo que no tiene que ver necesariamente con que se tenga prueba para acreditarla. La debilidad de la proposición entonces, tiene que ver con su ineptitud para satisfacer el elemento legal para el que fue ofrecida.³⁰⁸

De cualquier manera, la integración del silogismo es posible mediante la prueba, que tiene que ser la adecuada para acreditar precisamente, cada proposición fáctica.

³⁰⁸ Para evaluar la calidad de una proposición fáctica se necesita de una “prueba de superposición”: “mientras más esté mi contraparte en condiciones de superponer a esa misma proposición fáctica otra interpretación al menos igualmente razonable y creíble de los hechos, más débil es ella.” **BAYTELMAN A., Andrés y Mauricio DUCE J.** *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, op. cit. pp. 90-91.

Ahora bien, en tanto la **teoría del caso** tiene tres elementos: los fácticos, probatorios y normativos, es en ese orden que es conveniente exponerla, teniendo en cuenta que ésta debe ser única, simple, lógica y persuasiva de lo que ocurrió.

El alegato de apertura contiene todos los elementos de la teoría del caso: el relato persuasivo de los hechos, los elementos jurídicos que permiten sostener legalmente el caso y el material probatorio idóneo.³⁰⁹

En esta instancia los litigantes presentan su plan estratégico, su versión de los hechos al juzgador imparcial y hacen un ofrecimiento de lo que se va a demostrar en el juicio con los medios probatorios idóneos para solventar las afirmaciones de hecho que se presentan.

En el alegato de apertura se brinda al juzgador el esquema general del caso, los aspectos más importantes que le dan forma de manera ordenada. Se señala lo que la prueba va a demostrar y desde qué punto de vista debería ser apreciada por el juzgador. En el alegato de apertura se hará una “promesa” de lo que se presentará en el juicio³¹⁰.

No existe una única manera de presentar el alegato de apertura³¹¹, ello depende de las particularidades del caso y la estrategia a asumir por cada parte. Sin embargo, las siguientes son pautas generales que guardan gran similitud con la estructura de un discurso retórico encaminado al convencimiento del auditorio:

a) Introducción. Desde el inicio se debe enviar un mensaje que logre captar la atención del juzgador. La introducción debe contener la información esencial empleando enunciados o frases semejantes a titulares de revista o diarios que resuman medularmente el caso, identificando directamente a los intervinientes del caso: imputados o víctimas vinculándolos directamente, de esta manera personalizan o humanizan el conflicto.

³⁰⁹ **GARCIA HERRERA, Catarino** (coordinador). *Técnicas de Litigación Oral en el Sistema Penal de Nuevo León*. Programa de divulgación. USAID. Monterrey- Nuevo León. Septiembre. 2004. p. 99.

³¹⁰ En ese sentido se pronuncia BAYTELMAN: El alegato de apertura es por excelencia el momento para ofrecer ese “punto de vista” para la apreciación de la prueba. No la valoración o el peso de la misma (todavía no se ha presentado), sino el ángulo desde el cual leerla. Este es el momento para comenzar a configurar la disposición mental del Juzgador hacia el caso y la prueba (**BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE**. *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*, ob. cit., p. 50).

³¹¹ RAFAEL BLANCO señala que lo común es que se utilice una estructura de la forma siguiente: introducción, descripción de personas, hechos, contextos y cierre o conclusión (**BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros**. *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 157).

Dicho mensaje debe ser repetido durante todo el juicio, e incluso en el alegato de cierre, de manera que el juzgador se familiarice con éste y lo reconozca como un resumen válido del caso.

Antes que presentaciones distractoras y llenas de contenido abstracto o doctrinal, es conveniente, desde el comienzo, enviar el mensaje claro del tema sobre el que versa la teoría del caso.³¹²

Ejemplo: La defensa plantea la siguiente introducción en un caso de violación sexual: *“Señores Jueces, este es un caso donde tenemos a dos víctimas y un delincuente suelto por las calles. No negamos que la víctima haya sido efectivamente violada, pero descartamos rotundamente que el acusado, hombre de intachable conducta durante los 30 años de su vida, haya realizado tan despreciable acto. Este es un caso de ‘confusión de identidades’”*.³¹³

b) Presentación de los hechos sustentados en medios probatorios. Sólo debemos presentar nuestras afirmaciones de hecho y los medios probatorios que las acreditan, sin emitir conclusiones respecto de ellas. Se debe tener en cuenta que todavía no se ha producido prueba.

Al no existir aún el caudal probatorio practicado y controvertido, no hay lugar para realizar la crítica de las pruebas, ni inferir o argumentar conclusivamente sobre el caso, lo que es propio de un alegato final³¹⁴.

c) Presentación de los fundamentos jurídicos. Es conveniente enunciar las disposiciones sustantivas y procesales que fundamentan la teoría, se trata de remarcar la concurrencia de los elementos necesarios para declarar la absolución o condena del acusado.

No es imprescindible que en el alegato de apertura se profundice en aspectos jurídicos, en una buena mayoría de casos penales el derecho está bastante claro y lo que realmente determinará el caso es el establecimiento de los hechos.

d) Conclusión. Para el final de la presentación del alegato de apertura, además de las conclusiones y peticiones, se debe terminar con una nueva referencia a la introducción del caso, además se puede colocar una idea nueva vinculada a una máxima de la experiencia a la que se puede asociar el caso o

³¹² **GARCIA HERRERA, Catarino (coordinador).** *Técnicas de Litigación Oral en el Sistema Penal de Nuevo León*, ob. cit., p. 101.

³¹³ **NEYRA FLORES, José Antonio.** *La influencia de las técnicas de litigación oral en el sistema acusatorio adversarial*, ob. cit., p. 249.

³¹⁴ **CHECCHI AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA.** *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Lecturas Complementarias.* USAID – Programa de Fortalecimiento y acceso a la Justicia, Bogotá, 2004, p. 110.

mencionar algún aspecto particular sobre la víctima o acusado, que sensibilice favorablemente al juzgador.³¹⁵ Así, las técnicas oratorias de sensibilización al auditorio tienen aplicación plena en esta fase.

2.3.3.2. *Desahogo de prueba.*

Expresados los alegatos de apertura, se procede a la recepción de la prueba. En el sistema acusatorio se admite todo medio que pueda producir convicción, siempre que se cumpla con los requisitos generales de la prueba (pertinencia, relevancia, licitud, que esté incluida en el auto de apertura, etc.)³¹⁶

En tanto este sistema establece la regla de valoración libre de la prueba, los hechos pueden probarse por cualquier medio sin que ninguno tenga credibilidad preconcebida ni peso probatorio más allá del que se desprenda de su desahogo en el juicio. El sistema de libre valoración de la prueba, sin embargo, no significa arbitrariedad ni en su admisión ni en su valoración; por el contrario, exige mayores parámetros de motivación en la sentencia y de explicación por parte del juez, sobre la forma en que se valoró la prueba presentada y desahogada en juicio.

En este sistema no existen testigos inhábiles ni tachas; y cualquier elemento de cercanía, enemistad o interés en el juicio, puede impactar en su credibilidad e incluso su desestimación, pero no hace imposible su desahogo y su eventual credibilidad. En cuanto a los peritos, tiene además que acreditarse su conocimiento y experiencia en la materia, la cual no se hace depender de su pertenencia o no de una lista preexistente de peritos, pues puede haber expertos que no tengan un título universitario o quienes lo tengan, pero no sean expertos, y es responsabilidad del juzgador evaluar esta circunstancia de manera directa.

Todas las pruebas que ingresan al juicio deben pasar un examen de admisibilidad y de credibilidad; incluso ante objetos, instrumentos o documentos. No se puede desacreditar apriorísticamente, por ejemplo, que una de las partes invoque la falsedad de una instrumental pública.

Ahora bien, es responsabilidad de las partes escoger el tipo de pruebas a ofrecer y la forma en que serán expuestas y desahogadas, para conseguir la valoración e interpretación queridas. La estrategia lógica es acreditar cada una de las proposiciones fácticas que integran la teoría del caso, de manera que la verdad que se concluya de cada una de ellas, conlleve a la conclusión lógica de la veracidad de la teoría jurídica que se trate de sustentar.

³¹⁵ Cfr. **BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros.** *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, ob. cit., p. 162.

³¹⁶ Cfr. **BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE.** *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*, ob. cit., p. 51.

Como hemos comentado, el contenido de cada proposición fáctica a probar, es la que determina la prueba a desahogar para su acreditación. Esta determinación es estratégica, pues la posibilidad de probar no depende de la prueba por sí sola, sino de la exposición que las partes hagan de ella y los alcances de demostración que le den.

La responsabilidad del tribunal en la admisión, desahogo y valoración de la prueba es:

- No intervenir en las actividades probatorias de manera oficiosa o unilateral. (Lo que es una característica del método seguido en el sistema inquisitivo)
- Sólo pueden formular preguntas a peritos, testigos o al imputado, para la aclaración de dichos.
- Verificar que la prueba sea obtenida legítimamente.
- Que en su desahogo se posibilite la refutación y la contradicción en igualdad de condiciones para las partes.
- Pronunciarse únicamente sobre la prueba rendida ante sí.
- Pronunciarse mediante la libre convicción y motivación.

La forma de rendición de la prueba depende de la naturaleza del medio de prueba. Las reglas difieren según se trate de peritos, testigos, documentos, objetos u otros medios de prueba no regulados expresamente.

Por ejemplo, la prueba documental sólo exige, para tener idoneidad probatoria, la lectura de su contenido y la exhibición del respectivo instrumento en el juicio, en tanto que la prueba testimonial y pericial requieren la comparecencia del respectivo testigo o perito, su declaración bajo promesa de decir verdad y el sometimiento al interrogatorio cruzado de las partes.³¹⁷

Si se trata de documentos privados, pueden originar una solicitud de reconocimiento, lo que implicará que quien comparezca para tales efectos, podrá ser interrogado sobre su contenido.

En fin, dependiendo del tipo de probanza y la inferencia que de ella se pretenda obtener, corresponderán los requisitos de desahogo.

En adelante, analizaremos algunas particularidades de las pruebas que suelen ser materia de desahogo en el juicio, con énfasis en sus correspondientes condiciones de desahogo para efectos de su justipreciación por el tribunal y por todo el auditorio, testigo de lo que sucede en el proceso oral y en quien también es importante la creación de una convicción de aceptación de lo que allí se decida.

³¹⁷ El interrogatorio cruzado es una técnica de litigación que básicamente consiste en la posibilidad de que el testigo o perito, después de haber declarado a instancia de la parte que lo ofreció, se someta a un contrainterrogatorio que formule la contraparte.

El juicio oral se convierte en un escenario en que las partes desarrollan un método argumentativo en que se confrontan las tesis de las partes y las herramientas de convencimiento, que más allá de los elementos objetivos que se desprenden de la prueba tangible y evidente, que posibilita inferir lo sucedido, con sus causas y consecuencias, también los constituyen los elementos lógicos.

a) Testigos:

El testigo es toda persona que ha tenido conocimiento de hechos anteriores, coetáneos o subsiguientes al acontecimiento delictivo.³¹⁸

En el sistema acusatorio no se requiere que el testigo sea ajeno al procedimiento, pues la calidad de interviniente y testigo no es necesariamente incompatible. Así, la víctima, que es interviniente, puede tener también la calidad de testigo, cuyo testimonio puede ser clave y absolutamente necesario. Sabemos que puede haber testigos presenciales o de referencia; ambos son admisibles, pero de tal condición dependerá la necesidad de reforzar la credibilidad de su dicho con otras pruebas.

Ahora bien, todo testigo tiene el derecho de negarse a responder las preguntas cuya respuesta pueda acarrear peligro de persecución penal; norma que se deriva del derecho que tiene el imputado de un delito a guardar silencio o de no autoincriminarse. Este principio se extiende a la posible incriminación de ciertos parientes cercanos. El relevo de la obligación de declarar puede darse también por razones de secreto profesional.

En el desahogo de la prueba testimonial es relevante la observancia de los principios de inmediación y oralidad del juicio, pues es imprescindible la percepción directa de las declaraciones de los testigos, lo que se dice, lo que se calla, las contradicciones, los titubeos, las expresiones verbales y corporales; de ahí que la prueba anticipada difícilmente debe utilizarse en el desahogo de la prueba testimonial.³¹⁹

Los interrogatorios son realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la prueba y luego por las restantes (interrogatorio y contrainterrogatorio). Entre las reglas para la formulación del interrogatorio, se ha diseñado comenzar por las preguntas encaminadas a acreditar la imparcialidad del testimonio, pues si bien ya hemos comentado que no cabe la invocación de tachas, sí es posible cuestionar su credibilidad.

Luego, se formulan los interrogatorios y contrainterrogatorios. En el primero, se tiene el propósito de que el testigo aporte la mayor parte de información que se

³¹⁸ Cfr. **HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián.** *Derecho procesal penal chileno*, ob. cit., p. 273.

³¹⁹ *Ibidem.*

busca beneficie al oferente, por lo que se suelen formular preguntas abiertas, que conduzcan al testigo por el sendero de la revelación de los elementos que interesan al oferente; sin embargo, está prohibido realizar preguntas inductivas o sugerentes de la respuesta. Quien debe oponerse a la formulación de una pregunta inductiva o sugestiva debe ser la contraparte, siendo el tribunal quien decide la petición; pero nunca es éste quien, motu proprio, califica las preguntas. Esto es así en tanto impera el principio de imparcialidad que debe mostrar el juzgador, incluso para el desahogo de la prueba. El control en la actuación de las partes lo realizan ellas mismas. En esto consiste precisamente el principio de contradicción, propio del sistema acusatorio.

Este control tiene como propósito evitar que el interrogador conduzca la declaración de manera que pierda objetividad ante el tribunal, quien debe tener la posibilidad de discernir entre la realidad y la información que proviene del testigo.

En el contrainterrogatorio, por el contrario, el interviniente puede formular preguntas sugestivas al testigo e incluso confrontarlo con sus propios dichos, pues el objetivo de esta fase de la prueba es enfrentar a un testigo hostil, cuyas declaraciones pueden ser perjudiciales para los intereses que se representan.

En los métodos de interrogación se establecen prohibiciones absolutas, pues nunca pueden admitirse preguntas engañosas, poco claras o de coacción ilegítima. Para impedir la formulación de este tipo de preguntas, algunos sistemas permiten la actuación oficiosa del tribunal.

Las objeciones que realicen las partes respecto de las preguntas formuladas por su contraparte deben ser resueltas por el tribunal de inmediato, pero si el deponente hubiese contestado la pregunta declarada inadmisibles, el tribunal deberá ponderarla al formar su convicción en la sentencia.

Es importante que los testigos den razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declaran, para dejar claro al tribunal y a la audiencia si los presenciaron, si los dedujeron o si los oyeron referir de otras personas. De su narración se debe tener claro si vieron, oyeron o percibieron las cosas, circunstancias que si bien no tienen que ver con la admisión del testimonio, sí con su valor probatorio.

La apreciación de esta prueba debe basarse en la objetividad percibida de la narración, nunca en las opiniones, conjeturas o creencias que de ella se pudieran desprender.

b) Peritos:

El informe de peritos tiene por objeto acreditar algún hecho o circunstancia relevante, en que sean necesarios o convenientes los conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.³²⁰

El desahogo de esta prueba, sin embargo, tiene muchas similitudes con la testimonial, pero la gran diferencia es que el perito no declara sobre hechos concretos que le ha tocado percibir, sino sobre los principios y reglas que rigen determinados fenómenos o actividades cuya comprensión resulta –por lo general– inaccesible a quien no sea especialista.

Con independencia de la existencia del informe o dictamen pericial, la prueba se desahoga con la declaración personal del perito, en la audiencia del juicio oral, sobre el contenido del informe previamente elaborado.

El informe pericial escrito se presenta ante el juez de garantía o de control, a quien corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba, pero es la declaración de los peritos en el juicio oral la que puede acreditar la idoneidad del experto y el convencimiento del contenido de sus conclusiones, que nunca se valoran de manera aislada, sino en relación con otras pruebas.

En su desahogo, como sucede en la testimonial, existe un interrogatorio y un contrainterrogatorio. Durante el primero, el perito debe exponer el contenido y las conclusiones de su informe, que permite la formulación de preguntas, tanto directas como cruzadas.

La declaración del testigo es personal, pues se busca acreditar su solvencia en los conocimientos que se dice tener para llevar a la idoneidad o no de su opinión, pero también se busca que el tribunal y la audiencia se convenzan o no, directamente, de la opinión técnica vertida. Por eso, esta declaración no puede ser sustituida por la lectura del dictamen; de ahí que el informe no constituya una prueba documental y su presentación únicamente es para efectos de la admisibilidad de la prueba.

Al igual que los testigos, los peritos no pueden ser inhabilitados, pero sí puede desprenderse del interrogatorio su idoneidad para rendir el informe. Ellos están habilitados para emitir opiniones, que son precisamente el objeto de su declaración.

Como en el caso de los testigos, el tribunal puede formular preguntas al perito, una vez que las partes han formulado sus interrogatorios, para efectos de aclaraciones. Esto es justificable porque el perito pudo haber utilizado un lenguaje técnico o científico complejo, que requiera del esclarecimiento para su plena comprensión, tanto del tribunal, como de la audiencia. Peritos y testigos pueden

³²⁰ *Ibidem*, p. 295.

ser llamados en más de una ocasión, a petición de las partes, para efectos de aclaración o abundamiento en un tema no agotado.

La fortaleza de la prueba pericial radica entonces en la coherencia lógica entre las conclusiones periciales y las premisas fundantes, así como en la capacidad explicativa del perito de todos los aspectos vinculados al objeto o hecho sobre el cual se ha realizado examen pericial.³²¹

Desde la etapa de investigación, la actividad pericial es crucial en este modelo de sistema penal porque tiene incidencia directa en la integración de los elementos de prueba a partir de los primeros datos. El material que se logre reunir desde la etapa de investigación será determinante para acusar, activar la maquinaria procesal y probar en la etapa de juicio. No habrá momentos posteriores a la investigación para el perfeccionamiento de la prueba, habida cuenta que el perito suele enfrentarse al material objeto o producto del delito que debe ser preservado, custodiado, analizado y tratado con el mayor cuidado para que logre tener efectos probatorios en etapas muy posteriores. Del desempeño profesional del perito desde la etapa de investigación y de su credibilidad, coherencia y consistencia en el desahogo de la prueba, dependerá en gran parte el resultado del proceso. Así, la profesionalización de los peritos, como de todos los agentes que intervienen desde la investigación, es crucial.

c) Documentos y objetos:

El concepto jurídico procesal de documento radica en que se trate de soportes escritos, pues la manera que surte efecto como medio de prueba en el sistema acusatorio, es a través de su lectura. Otro tipo de soportes materiales como planos, mapas, fotografías o grabaciones, deben ser exhibidos o proyectados para posibilitar su percepción visual o auditiva.

Los objetos son todas aquellas cosas o elementos de carácter material que tienen relevancia probatoria para la determinación de los hechos en el juicio. En esto se comprende tanto a los instrumentos como a los efectos del delito.³²²

En su desahogo, los documentos son leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen, con lo que se incorporan, en el entendido de que lo que ingresa es el contenido ideológico del documento, no su materialidad.

Normalmente, el autor del instrumento comparece al juicio para efectuar el reconocimiento y ser interrogado sobre el contenido, las motivaciones y demás circunstancias de elaboración o suscripción, con lo que la prueba además de ser

³²¹ *Ibíd*em, pp. 406 y ss.

³²² *Ibíd*em, p. 304. *Instrumentos del delito* son los medios materiales empleados en la perpetración del delito; *efectos del delito* son los objetos materiales sobre los cuales haya recaído el comportamiento delictivo o que sean producto de ella.

documental, se fortalece con una testimonial. El reconocimiento no sólo es sobre la autoría, sino también puede ser sobre su origen o referencia.

En caso de que se desconociera su veracidad, integridad o autenticidad, puede también ser complementado con pruebas periciales, todo lo cual se va determinando circunstancialmente. El hecho de que se trate de documentos públicos o privados es relevante por el grado de necesidad de su autenticación.

Igualmente, los objetos que constituyan evidencia deben ser exhibidos y examinados por las partes. Su influencia en la formación de la convicción judicial se realiza a través de los sentidos, por lo que tienen que ser accesibles a los intervinientes en el juicio, incluyendo, por supuesto, al tribunal.

En este punto surge nuevamente la importancia de la preservación y cuidado de la prueba en la cadena de custodia que, como recordaremos, es el control que inicia desde el momento del hallazgo y recolección de evidencias y que tiene como fin llevarlas intactas e inalteradas hasta el juicio oral, para su controversia y valoración. De que lleguen inalteradas e invioladas al juicio, puede depender la decisión.

d) La confesión:

El acusado es un sujeto procesal y no un medio de prueba, bajo el sistema acusatorio. En su condición, goza de garantías, entre las que se encuentra el derecho a guardar silencio y declarar sólo como medio de defensa.

Si el acusado decide declarar, debe someterse a las reglas del interrogatorio cruzado; es decir, después de ser interrogado por su abogado defensor, el Ministerio Público puede interrogarlo también. Sin embargo, si bien puede no declarar, si acepta hacerlo, debe aclarar las contradicciones en que incurra.

La confesión que pudiese producir constituye un elemento fundante en la sentencia, pero no se concibe como un medio de prueba en el sentido del sistema tradicional. Esto es así porque a la confesión, bajo esta perspectiva garantista, se le considera un evento contingente, que depende de la voluntad del imputado y sólo si es libre y es obtenida en un procedimiento respetuoso de las garantías del debido proceso, puede ser tenida en cuenta en la sentencia. Esta valoración, por supuesto, no tiene tasación alguna, sino que debe ser relacionada con los demás elementos probatorios que converjan en el debate.

Ahora bien, un tema relacionado es la posibilidad de la incriminación por un coimputado. Este tema es controvertido, pues hay sectores de la doctrina que opinan que la declaración incriminatoria del coimputado no se debe tomar como prueba testimonial porque el imputado no puede ser testigo en su propio proceso, en tanto no podría ser conminado con las penas que castigan el falso testimonio. Sin embargo, ante una eventualidad como ésta, el problema es qué valor

probatorio se puede dar a la declaración inculpatoria de un coacusado, en tanto tendría que ser corroborada con otras pruebas rendidas en el juicio.

En México, este tema se trata desde la figura del testigo protegido o del testigo colaborador, sobre todo, para asuntos de delincuencia organizada, en que tales testimonios son absolutamente admisibles, e incluso premiados y causantes de beneficios.

2.3.3.3. Alegatos de clausura.

El alegato de clausura es la última fase del juicio. Llegado este momento toda la prueba ha sido desahogada y procede armar el rompecabezas, juntando todas las piezas de información que se han aportado en el desarrollo del juicio. Todas las actuaciones en el juicio oral y toda la información obtenida, están dirigidas a estructurar el alegato de clausura.

El alegato de clausura, de cierre o informe final, es un ejercicio conclusivo y responde a la pregunta *¿por qué debe prevalecer mi caso?* En él las partes sugieren qué conclusiones se deben extraer de las pruebas desahogadas en el debate. Es la última oportunidad que tiene el litigante para comunicar al tribunal y a la audiencia, su caso.

En el cierre, cada parte organiza el material y lo presenta de un modo explícito. El propósito es proponer al tribunal –a partir de las pruebas desahogadas en el juicio- la forma de pensar y evaluar la prueba, toda vez que las decisiones acerca de los hechos se basarán en ciertos elementos básicos de la prueba.

Al igual que en el de apertura, no se pueden sobredimensionar las bondades del alegato de clausura, porque siendo éste un resumen analítico de todo lo sucedido, no puede introducir novedades al juicio.

Se trata de ofrecer al tribunal una guía acerca de cómo debe entenderse la información proporcionada y porqué una interpretación debe ser superior a las otras. En referencia al sistema norteamericano se pronuncia Goldberg³²³ de la siguiente manera: “El propósito principal del argumento de cierre –*alegato de clausura*- no es repasar los hechos (que es el propósito de la declaración de apertura), ni repasar la ley (que es el propósito de las declaraciones del Juez). El propósito del argumento de cierre es repasar el razonamiento que determina que nuestra idea sea preferible a la del contrario y que deba construirse en un marco de sus argumentos que conducen directamente a la conclusión deseada.”

Las otras instancias del debate se limitan sólo a anunciar lo que, en la visión de la parte deberá ocurrir en el juicio (alegato de apertura) u obtener

³²³ **GOLDBERG, Steven.** *Mi Primer Juicio Oral ¿Dónde me Siento? ¿Y Qué Diré?* (Título Original: *The First Trial Where Do I sit? What Do I Say?*). Traducción: Aníbal Leal. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 71.

información de los órganos de prueba (exámenes, contraexámenes a testigos y peritos), mientras el alegato final es la etapa genuina de discusión en torno a la teoría del caso de cada litigante.

Si bien el alegato final debe ser acorde con la teoría del caso y es la última oportunidad del litigante de persuadir al juzgador, el juzgador evaluará toda la actuación de los partícipes en el juicio.

El objetivo es convencer a los jueces que nuestras proposiciones fácticas han sido acreditadas, son exactas, y resultan legalmente válidas y moralmente justas.

El caso en particular determinará la estructura a seguir en la formulación del alegato. No existe una forma única para ello, todo dependerá del tipo de delito que se esté juzgando y del tipo de prueba que se haya presentado, admitido y desahogado en el juicio. Lo que importa es tener la información y el material necesario para poder estructurarlo.

La siguiente es una manera básica de organizar el alegato de clausura:³²⁴

- Introducción donde se haga referencia a la teoría del caso.
- Breve descripción de los hechos.
- Repasar la prueba rendida, prueba por prueba, con hincapié en sus aspectos centrales, lo que se puede realizar de forma cronológica³²⁵.
- Agrupar la prueba que tiende a demostrar cada una de las proposiciones fácticas.
- Extraer inferencias, ya sea por deducciones o inducciones, cuando la prueba no permite llegar directamente a las conclusiones directas, lo que implica razonar a partir de la primera premisa fáctica, una premisa intermedia, y llegar a una conclusión determinada.
- Desarrollar el proceso de razonamiento judicial. Se debe predecir el proceso de razonamiento del Juez y las conclusiones que se pueden consignar en la sentencia.

³²⁴ Cfr. **NEYRA FLORES, José Antonio**. *La influencia de las técnicas de litigación oral en el sistema acusatorio adversarial*, ob. cit., pp. 249 y ss.

³²⁵ **BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros**. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 252. Refiere que una revisión testigo por testigo puede ser: “Escuchamos en esta audiencia cómo es que la administradora del centro comercial nos indicó que luego de entrar los acusados al local comercial, se percató del momento preciso en que ellos tomaban sus especies y las introducían al interior de sus ropas... escuchamos también a la cajera cómo nos indicó que los acusados salían del local con las especies sustraídas”. No se repasa la historia completa, si no que se recurre a testimonios precisos y determinados que apuntan al relato fáctico con relevancia jurídica. En cambio si se opta por la segunda, es conveniente tener presente que si el juicio ha estado marcado por relatos fragmentados en variados testimonios los Jueces pueden no llegar a percibir exactamente aquello que realmente aconteció.

- Refutar al adversario, indicando al Juez que no puede acoger la teoría del caso de la contraparte porque ha distorsionado la prueba o sus argumentos son contradictorios, o al haber aceptado la evidencia solicitar al Juez llegue a una conclusión distinta a la formulada por la contraparte.
- Argumentar en función a la credibilidad de los testigos que han rendido su testimonio en juicio.
- Indicar a los Jueces qué esperamos del juicio.
- Indicar a los Jueces la sentencia esperada, entregándoles los argumentos que permitan acoger o desechar las peticiones de las partes poniendo énfasis en las siguientes materias: hechos probados, hechos no probados, participación aceptada, participación no aceptada.
- Conclusiones, es el sentido de la existencia del alegato.

En el planteamiento del alegato de clausura, las siguientes características no pueden dejar de atenderse:

1. Debe ser **claro y directo**. En él se emiten conclusiones acerca de la prueba actuada en el juicio oral, no es una oportunidad para apelar a los sentimientos del Juez para que nos favorezca, ni para hacer una declaración de principios, entre otros ejercicios argumentativos, que sólo nos quitan la atención del juzgador.
2. Debe tener **coherencia lógica**. Ser coherente con nuestra teoría del caso. El planteamiento es más extenso que la sola teoría del caso, pues ya se cuenta con prueba necesaria para poder argumentar con propiedad y hacer inferencias necesarias.
3. Debe **captar la atención del juzgador**, quizás comenzando la argumentación con una pregunta o premisa impactante. Para esto hay que creer en nuestra argumentación, pues si nosotros no estamos convencidos, el juzgador no lo estará.
4. **No repetir argumentos consagrados por el uso**. Hegland³²⁶ refiere que los progresos tecnológicos del arsenal son eficaces en una sola guerra, después la gente aprende el modo de contrarrestarlos. Lo mismo puede decirse de los argumentos rutinarios. Todos pueden ser rechazados.
5. **Reiterar la teoría del caso**. Con los siguientes pasos:
 - Manejar el primer momento
 - Manejar el tiempo (ahora se narra en pasado)
 - Utilizar temas y calificativas relevantes

³²⁶ En el texto, se ofrece un ejemplo que el autor toma de Gary Bellow: "Un fiscal solía terminar su alegato final con estas palabras: 'Damas y caballeros del jurado, a diferencia de la defensa, nadie se sienta a mi lado. La silla está vacía, pero a decir verdad, no está vacía. En esa silla se sientan los representantes del Estado, para exigir que ustedes obliguen a los criminales a responder ante la justicia.' Bien, esto era eficaz. Pero un día un abogado defensor que estaba haciendo carrera depositó una silla más al lado del acusado: 'Damas y caballeros del jurado, la silla vacía al lado de mi cliente ya no está vacía. En ella se sienta el pueblo del Estado, que le exige proteger a las víctimas de las falsas acusaciones.'" **HEGLAND, Kenney F.** *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 139.

- Utilizar preguntas retóricas
- Argumentar con la experiencia y el sentido común
- Confrontar los puntos problemáticos
- Utilizar los hechos no controvertidos
- Realizar concesiones convenientes
- Concluir con fuerza
- Petición concreta al tribunal (condena y pena o absolución)

2.3.3.4. *Sentencia.*

Cerrado el debate entre las partes, el tribunal procede a hacer lo propio en forma privada para adoptar una decisión de absolución o condena, y pronunciar sentencia definitiva. Concluida la deliberación, el tribunal debe pronunciar su sentencia en la propia audiencia, de manera que comunique al acusado su decisión respecto de cada uno de los delitos imputados. Debe explicar las razones tomadas en consideración para haber llegado a la conclusión de condena o absolución.

Con absoluta diferencia de lo que sucede en el sistema tradicional inquisitorio, en que el tribunal puede reflexionar sin –prácticamente- límites de tiempo y extensión en el papel, el tribunal oral debe tener la capacidad analítica, de argumentación y de expresión para que terminado el debate, proceda a pronunciarse de manera inmediata y a explicar las razones de su decisión.

Ese es un reto racional y argumentativo para los jueces que han sido formados bajo el sistema tradicional basado en la expresión deductiva y escrita. Ahora, debe dar un giro de ciento ochenta grados para pensar inductivamente y expresarse oralmente, de manera que su auditorio lo entienda. El auditorio no sólo es el gremio jurídico especializado, sino –principalmente- la persona que ha sido sometida al proceso penal y los demás intervinientes e interesados en el resultado del juicio; sin dejar de lado a la sociedad en general, ante la cual se legitima en la medida de la racionalidad de su resolución.

Si bien la deliberación puede prorrogarse, en atención a la dificultad del caso, eso sólo sucede por tiempo muy breve, en que los miembros del tribunal no pueden tener contacto con ninguna persona para no contaminar su convicción.

El hecho de que la decisión no se dé conforme a estas normas, implica la nulidad del juicio. Tal es grado de importancia del momento de la decisión judicial. Si fuera posible prolongar indefinidamente el pronunciamiento de absolución o condena, se abrirían vacíos o debilidades de la memoria del tribunal respecto de lo sucedido en el juicio, con lo que los principios que informan este procedimiento se harían nugatorios.

En el pronunciamiento de la decisión definitiva existen dos momentos: el primero, la comunicación que debe hacer el tribunal al acusado y a las demás

partes e intervinientes, de la absolución o condena; el segundo, la lectura de la sentencia definitiva. La omisión de este segundo acto llevaría a la nulidad sólo si la sentencia fuese de condena.

El sistema acusatorio exige del juez que esa decisión adoptada de manera inmediata se comunique y se explique al enjuiciado y a todo interesado en la suerte del juicio, para garantizar que el pronunciamiento es vivo y derivado de la convicción recién formada en el raciocinio del tribunal. El reto es explicarlo de manera comprensiva, completa, integral y sin dejar lugar a dudas.³²⁷

Sin embargo, después de la explicación se prevé un segundo momento en que el tribunal, una vez elaborado un documento escrito en que conste la resolución, sus motivos y alcances, le da lectura; incluso, se prevé la celebración de una audiencia específica para tales fines.³²⁸

³²⁷ La relevancia de la excelencia en la decisión judicial es subrayada en el marco de los principios de ética judicial en un proceso acusatorio, cuando textualmente se señala: **“No puede alcanzarse la excelencia en la toma de decisiones judiciales a menos que el juez explique debidamente su decisión.** Los motivos de la decisión son necesarios porque: 1) permiten que el juez centre su atención en las cuestiones destacadas y reducen la posibilidad de pasar por alto o infravalorar aspectos importantes del derecho o de los hechos; 2) permiten a ambas partes del litigio comprender las razones por las que el litigio se resolvió de una determinada manera; 3) permiten una revisión coherente por un tribunal de apelación, ya que el tribunal de apelación puede establecer si el juez de primera instancia cambió de opinión sobre las cuestiones reales del caso; 4) sirven para incrementar el respeto y la confianza del público en el sistema judicial, al permitirle comprender cómo se llegó a un determinado resultado; y 5) pueden ser una forma de elaboración del derecho ya que sirven como precedentes en otros casos.” *La ética judicial en un proceso acusatorio* (Versión preliminar), junio de 2011, Documento preparado por el Grupo de Trabajo México-Canadá con motivo de la Misión de Trabajo de Expertos de la Oficina del Comisionado de la Magistratura Federal de Canadá sobre ética judicial en el contexto del Proyecto de Sensibilización y Capacitación para Jueces entre México y Canadá.

³²⁸ En México, los tribunales federales que ya conocen en amparo del juicio acusatorio, han determinado, mediante criterio aislado, las formalidades que debe reunir la resolución escrita:

SENTENCIAS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO. DEBEN EMITIRSE EN FORMA ESCRITA Y ESTAR DOCUMENTADAS EN CONGRUENCIA CON LOS ARTÍCULOS 14, 16, 20 Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 2, INCISO C, 47, 65, 66 Y 393 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO. De la interpretación armónica, histórica, sistemática y actualizada de los artículos 14, 16, 20 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que todo acto de autoridad que entrañe afectación a la libertad de una persona, como lo es una sentencia de condena, debe estar justificado en mandamiento escrito que cumpla las formalidades esenciales del procedimiento, motivado y fundado en leyes expedidas con anterioridad al hecho, lo que materializa las garantías de legalidad y seguridad jurídica. Así, el contenido de los respectivos preceptos constitucionales, por lo que hace a los juicios orales, que se caracterizan porque la mayoría de sus actos se realizan verbalmente, guarda relación directa con los artículos 2, inciso c), 47, 65, 66 y 393 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que señalan de manera específica que la sentencia que en estos juicios se dicte deberá ser por escrito y contendrá los requisitos legales respectivos. De lo anterior se muestra la finalidad de seguir con la exigencia de legalidad de todo proceso penal, incluyendo los que habrán de regirse por los principios del sistema acusatorio

Ese documento escrito debe reunir las características formales de una resolución judicial, pero la estructura argumentativa debe adecuarse al razonamiento inductivo propio del sistema acusatorio. Recordemos que el debate se armó para propiciar un encuentro dialéctico en igualdad de circunstancias y oportunidades racionales de las partes, en que el tribunal fue un espectador, que se formó una convicción sobre bases jurídicas y lógicas. Estas razones son las que tienen que ser explicadas bajo la estructura en que fueron concebidas, y no mediante las tradicionales deducciones del sistema inquisitivo en que simplemente se busca la adecuación de los elementos aportados, a un tipo penal; con la presunción apriorística –pretextada en un principio de legalidad- de que la conducta enjuiciada se adecuará a una hipótesis punible y el juez sólo tiene que vaciar el contenido aportado por las pruebas en el continente del tipo.

No. Ahora la ruta del razonamiento no puede ser igual. El juez tiene un reto explicativo mucho mayor. Desde el principio de inocencia, debe partir del supuesto de que no habrá adecuación de la conducta al tipo necesariamente, y que las partes han aportado -por lo menos- una hipótesis no derrotable para que se

o adversarial; esto es, la oralidad no excluye la exigencia constitucional de legalidad y seguridad jurídica, basada en la emisión de una sentencia escrita y cabalmente documentada sobre todo para su examen constitucional, pues dicho principio de oralidad, al igual que todos los inherentes al nuevo sistema penal, son propios del proceso ordinario, pero no necesariamente para el juicio de amparo cuya naturaleza y fines son distintos, toda vez que su análisis se basará en los registros o medios de documentación de la actuación de la autoridad y no en el examen reiterativo y directo de lo que es responsabilidad de aquélla. Por lo que es incuestionable que la circunstancia de que los juicios penales de mérito se desarrollen de manera eminentemente oral, no exime a la autoridad responsable de observar los requisitos impuestos por el invocado numeral 16 y demás disposiciones aplicables, al emitir la sentencia que resuelve el asunto en lo principal. Amén de que es necesario documentar, en los términos de las legislaciones procesales respectivas, lo cual otorga certeza jurídica a lo resuelto en un procedimiento y constituye la base de análisis para el eventual control de constitucionalidad en sentido estricto pues, de no ser así, se incumple con la obligación de actuar en congruencia con los citados artículos 14, 16, 20 (en lo conducente a la oralidad) y 133 (por la supremacía constitucional), pues la sentencia definitiva constituye el acto jurídico en donde se plasma la decisión del órgano jurisdiccional que falla la causa o controversia, por lo que es necesario que ese documento público conste como expresión, título o prueba que dé certidumbre de la existencia misma del acto jurídico y perpetúe las manifestaciones en él asentadas, preservando así su contenido para el futuro y librando de posibles contradicciones o desconocimientos, a fin de brindar seguridad y confianza en cuanto a la valoración que la autoridad finalmente realizó respecto de los hechos y pruebas que conoció para resolver de determinada manera; tanto para la seguridad jurídica de los implicados, la potencial revisión de la forma de actuar de la autoridad y la posible ejecución misma del fallo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 77/2010. 15 de julio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendain Carrillo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Marzo de 2011, Tesis aislada II.2ºP.255P.

presuma o no la comisión de un hecho ilícito y la responsabilidad del imputado. Su razonamiento ahora es inductivo, probabilístico, en que las piezas aportadas por las pruebas, llevan a una interpretación general, que prevalece sobre otras interpretaciones. Esa prevalencia debe convencerlo a él y a su auditorio, lo que sólo puede suceder mediante una argumentación lógica y material suficiente.

En esta labor de valoración, el sistema penal acusatorio abandona definitivamente el sistema tasado de la prueba y pasa a uno de racionalidad distinto, libre de vínculos formales, basado en la probabilidad, inspirado en criterios científicos y en el sentido común, conforme a las exigencias de la verdad empírica.³²⁹ Esto implica que el tribunal es libre de decidir a cuál de todos los medios de prueba le va a reconocer mayor mérito, sin que la ley pueda limitar ese enjuiciamiento.

Sin embargo, el pronunciamiento del tribunal no es libérrimo, tiene que someterse a las máximas de experiencia, a las leyes de razonamiento lógico y al conocimiento científico. En el sistema de libre valoración importa que los fallos se fundamenten de manera detallada en las pruebas que forman la convicción del juez, las que debe integrar una convicción más allá de toda duda razonable para efectos de condenar.³³⁰

Se ha dicho que el paso del sistema de prueba legal o tasado hacia la libre convicción, no se sustituyó por principios racionales generalmente aceptados, sino por el vacío.³³¹ La libre convicción se asocia así a la discrecionalidad incontrolada y al subjetivismo irracional, bajo los cuales el juez se pronuncia sobre bases poco objetivas e irracionales.

La solución es el desarrollo de un concepto racional y justificado de la libre valoración de la prueba, en que la libertad del juez se oriente a alcanzar una determinación tendencialmente verdadera de los hechos, mediante el uso de criterios racionales controlables por las partes.

El planteamiento argumentativo es que la verificación fáctica se presente de manera inductiva, en que las premisas son la descripción del acontecimiento, inferido de la evidencia y de la explicación sobre la misma, y la conclusión es la enunciación del hecho que se considera probado por las premisas.

³²⁹ **HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián.** *Derecho procesal penal chileno*, ob. cit., pp.332 y ss.

³³⁰ “La parte toral de la transición a un verdadero sistema acusatorio, radica en el sistema probatorio, porque determina los niveles de efectividad y de norma probatoria, la exclusión de pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales y la motivación de la imposición de sanciones mediante una sentencia justificada en un sistema de libre valoración, que incluya principios de la lógica y la máxima experiencia (sic).” **AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel.** *Presunción de Inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, ob. cit., p. 40.

³³¹ *Ibidem.*

Se abandona el sistema deductivo propio del juicio inquisitorio en que se parte de verdades y no de probabilidades. En el razonamiento acusatorio existe una relevante probabilidad que puede llevar a considerar adecuadas o convincentes una o más pruebas. Tan relativa es esta probabilidad, que por ello opera el principio *in dubio pro reo*, que implica que las posibilidades pueden ser objetivamente falsas y objetivamente verdaderas, a la vez.

En el pronunciamiento de la resolución judicial debe entonces existir coherencia entre la acusación y los elementos probatorios producidos, aceptabilidad que se logra por la mayor capacidad explicativa de una determinada hipótesis. Esta mayor capacidad explicativa sólo es posible cuando la conclusión deviene de un contradictorio en que operaron las reglas de la refutación, sin que ninguna prueba hubiese sido suficiente para sembrar una duda razonable sobre tal hipótesis.

Es decir, la hipótesis acusatoria debe estar confirmada por las pruebas y no ser desmentida por ninguna, de manera que prevalezca sobre toda hipótesis en conflicto.

La justificación de la inducción procesal se garantiza mediante la imposición de la carga de la prueba al órgano acusador, por el principio de contradicción y por el deber de motivación del juez, quien al condenar debe justificar adecuadamente o absolver, no sólo si la hipótesis acusatoria resulta desmentida, sino también si las demás hipótesis en competencia se sostienen y prevalecen. Entonces, la garantía probabilística de la conclusión se vuelve contundente.

Esta contundencia se refleja en el deber del tribunal de motivar su fallo, justificar mediante argumentaciones racionales su decisión, habiéndola sometido a un control externo de verificación, que es precisamente el debate que le precedió y la estructura lógica que en su decisión evidencie la no derrotabilidad de sus conclusiones.

El juez que dicta el fallo lo hace sobre la base de lo ocurrido en el juicio oral. El conocimiento obtenido de él es el único que habilita un pronunciamiento adecuado sobre el fondo del asunto. Ésta es la causa por la cual en el sistema acusatorio se limitan los recursos y vías de impugnación, a fin de evitar la reiteración del juicio ante un tribunal distinto.

La solidez de la sentencia garantiza su posterior control y legitima la decisión judicial.

2.3.3.5. Audiencia para determinar sanción.

El tribunal de juicio oral, una vez pronunciada la decisión de condena, si lo estima necesario, puede citar a una audiencia en que se debaten los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena;³³² las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que sean ajenas al hecho punible y sobre la procedencia de medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad ajenas al hecho punible se basan en el comportamiento del sujeto, anterior y posterior al delito, como puede ser que se haya reparado el daño, que hubiese habido una entrega voluntaria a la justicia o que se hubiese colaborado eficazmente al esclarecimiento de los hechos.

Lo importante en esta parte es tener en cuenta que bajo el sistema del juicio acusatorio, incluso las modalidades de la imposición y cumplimiento de la sanción, es materia de debate. Esto es, no existen decisiones judiciales que no devengan del previo debate entre las partes y que no deban estar justificadas en él.

2.3.4. El juez en el recurso.

Uno de los más significativos debates en la instauración del proceso penal de tipo acusatorio ha sido si debiera o no incluirse más de una instancia y en qué momentos. Esto, en razón de que en los modelos más puros del sistema, al encontrarse diseñados para que sea o bien un jurado o un tribunal plural el que se pronuncie sobre la responsabilidad del inculpado, una vez que ha percibido de manera directa e inmediata el desahogo de las pruebas y la exposición de las alegaciones de cada una de las partes, excluye la posibilidad de que un tribunal o juez de alzada revise su resolución, sin haber tenido la oportunidad de percibir directamente todos aquellos factores que llevaron a la decisión primaria.³³³

De hecho, en el sistema acusatorio los controles funcionan en el mismo momento en el que se integra la prueba delante del juez en el examen cruzado. *“Un control sucesivo no tiene sentido; el examen cruzado funciona en la primera vez que se hacen determinadas preguntas, aprovechando el así llamado ‘efecto sorpresa’; si se hacen por segunda vez las mismas preguntas, es poca la*

³³² *Ibidem*, p. 339.

³³³ La exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española del año 2000, por ejemplo señalaba al respecto *“La doble instancia penal repugna la índole y naturaleza del proceso penal y público”*. **GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María**. “Aspectos generales sobre el proceso penal español”. En *Temas de derecho procesal penal de México y España*. (David Cienfuegos Salgado; Natarén Nandayapa, Carlos F.; y Ríos Espinosa, Carlos, coordinadores) Serie Doctrina Jurídica Núm. 208, UNAM, IJ, México, 2005, p. 65.

*posibilidad de que ellas resulten útiles... las impugnaciones tiene el fin más limitado de controlar si el juez ha respetado los derechos de las partes y, en particular, el derecho a la prueba; tienen también el fin de evaluar si el juez de primer grado ha motivado la decisión en modo razonable.*³³⁴

Es por esa razón que la resolución de los jueces de segunda instancia se propone para la revisión del derecho y no de los hechos, sobre los cuales no tuvieron el privilegio de percibir los factores que llevaron a la conclusión de la responsabilidad o no del procesado. Bajo esta lógica, es que en el modelo ideal del sistema penal acusatorio cabe un recurso de casación que sólo se ocupa del análisis de aplicación de la ley. De manera práctica, los modelos han introducido a la apelación como una forma de revisión de los hechos, tal como ocurre en el proceso civil, para asegurar la substanciación de una segunda instancia en esta materia.

Otra circunstancia por la cual los modelos más radicales del sistema acusatorio se resisten a admitir la revisión de un tribunal de alzada, es que el sistema judicial inquisitivo –como ya se ha mencionado en páginas anteriores- se generó bajo una estructura jerárquica de tribunales, en que la facultad originaria de juzgar se encontraba en el rey, quien delegó en funcionarios menores estas funciones. De esta manera, la facultad originaria de juzgar podía reasumirse en cualquier momento.

Sin embargo, en el contexto de los sistemas democráticos, la integración y estructura de los órganos jurisdiccionales permite asumir a las primeras instancias una plena jurisdicción, la cual puede ser sujeta de revisión como una garantía para el procesado, más que como una reasunción de la facultad de juzgar. Se trata de preservar los principios de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia y, en el contexto de América Latina, siguiendo al artículo 8, numeral 1, inciso h) de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, que establece el derecho inherente a toda persona de recurrir un fallo ante juez o tribunal superior, para reencausar el concepto del debido proceso, en todas las etapas del procedimiento penal.

Un modelo abstracto de recursividad en el sistema acusatorio admite básicamente a la revocación, la apelación, la casación y la revisión; aunque existen modelos –como el chileno- en que se adiciona un recurso de nulidad (de similares repercusiones que la casación).

³³⁴ SFERLAZZA, *Ottavio*. *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, op. Cit, p. 64.

2.3.4.1. Revocación.

El recurso de revocación se plantea ante el propio órgano jurisdiccional que emitió la resolución; en este sentido, se le conoce también como retractación, de reforma, reposición, reconsideración o súplica.³³⁵ Mediante este recurso, el mismo órgano, en la misma instancia, repone su decisión, lo que significa una retractación mediante el dictado de una nueva resolución que deja sin efecto una anterior, en ejercicio de la misma potestad que permitiera dictar la resolución impugnada. Se trata entonces de un medio de impugnación no devolutivo.³³⁶

Esto significa que el juez o tribunal que concede rectificar o modificar su propia resolución, ante la solicitud de alguna o varias de las partes, se manifiesta de manera prudente, racional y ecuánime en la administración de justicia. El que el propio tribunal revise sus resoluciones, propicia la economía y celeridad procesal.

Precisamente por su naturaleza no devolutiva, el recurso tiene por objeto la revisión de decretos, autos o resoluciones de trámite. Suele proceder contra todas las resoluciones de tal naturaleza, dictadas durante la audiencia, excepto las finales y debe resolverse de manera inmediata, sin suspensión.³³⁷ Esta condición exige del juzgador una capacidad resolutive y argumentativa inmediata y racional. Si bien, trata sobre una cuestión concreta y de trámite, el juez no tiene oportunidad de meditar su resolución en la privacidad de sus oficinas, sino que debe tener la capacidad de revisar sus propios pronunciamientos en el mismo momento en que se establezca la impugnación, atender los argumentos del recurrente, analizarlos y argumentar las razones de su resolución de confirmación, modificación o revocación. Ello, en un mismo momento.

Así, para la resolución de un recurso de revocación, debe converger en el juzgador la humildad suficiente para corregir sus propias determinaciones, en aras del beneficio del recurrente y de las partes en general, y tener la capacidad racional y argumentativa necesarias para que su segunda determinación sobre un mismo tema tenga el mayor grado de aceptación y entendimiento de las partes, tanto en materia de derecho, como de hechos. Sobre todo, teniendo en cuenta que la resolución que adopte en revocación suele no ser impugnable.³³⁸

³³⁵ Cfr. **BENAVENTE CHORRES, Hesbert**. *Los recursos impugnatorios en el proceso penal acusatorio y oral*. Flores editor y distribuidor, México, 2010, p. 119.

³³⁶ Cfr. **VESCOVI, Enrique**. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 86.

³³⁷ Cfr. **NEYRA FLORES, José Antonio**. *Manual del nuevo proceso penal & y de litigación oral*, ob. cit., p. 383.

³³⁸ Aunque el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos, sí admite que sea recurrible esta resolución en apelación o casación (art. 440).

Cabe la excepción a la exigencia de oralidad, si la resolución impugnada se dicta fuera de audiencia, caso en el cual se admite la promoción del recurso por vía escrita, con traslado para las demás partes.

2.3.4.2. Apelación.

El recurso de apelación es el medio impugnatorio por excelencia y se orienta a establecer el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto. La apelación se acepta generalmente como un medio de impugnación por los vicios legales de la resolución definitiva en el proceso, o por infracción de las normas del procedimiento, que permitiría la anulación de la sentencia de instancia.³³⁹ Este recurso responde al principio de doble grado de jurisdicción, en que la causa no se considera definitivamente resuelta por el juez de primera instancia, sino que a instancia de la parte condenada, se demanda el recorrido de un segundo estadio y de un nuevo examen por parte de un juez jerárquicamente superior al primero.

Como habíamos apuntado, las características del sistema acusatorio tienden a defender una instancia única, en la que han regido los principios de libre valoración de la prueba, de oralidad, de inmediación y de contradicción; lo que implica que una segunda instancia puede tener dificultades para percibir los mismos elementos de convicción que tuvo el tribunal a quo al momento de pronunciarse. No obstante, la garantía procesal penal de existencia de una segunda instancia, como reconocimiento a la falibilidad humana, ha primado sobre las razones que pudiera tener un modelo puro de juicio acusatorio para tender hacia la única instancia. La apelación constituye una garantía para el acusado de buscar un nuevo conocimiento de la causa, la que se ha reforzado con la posibilidad de que en la segunda instancia puedan también desahogarse pruebas. Ello dependerá de cuál es el objeto de la apelación: si la resolución versa únicamente sobre apreciaciones de derecho (errores *in procedendo*), no será necesario que el tribunal de alzada agote mayor prueba que la que hubiese tenido a su alcance el juez a quo; pero si se tratare de valorar hechos (errores *in iudicando*), que pudiese modificar el pronunciamiento sobre la responsabilidad, entonces el tribunal de alzada debiera tener posibilidad de realizar un nuevo examen en una nueva audiencia en presencia del acusado y los demás interesados.

Para estos efectos, la doctrina ha distinguido entre la apelación plena y la limitada.³⁴⁰ En su *sentido pleno*, la nueva fase es una continuación de la primera, en que cabrá un nuevo pronunciamiento autónomo sobre el fondo del asunto, en

³³⁹ Cfr. **BENAVENTE CHORRES, Hesbert**. *Los recursos impugnatorios en el proceso penal acusatorio y oral*, ob. cit., p. 137.

³⁴⁰ *Ibidem*.

que se admiten tanto las alegaciones esgrimidas en primera instancia, como nuevos medios de acusación y de defensa, lo que implica la introducción de nuevo material probatorio, ya sea porque corresponde a hechos ocurridos posteriormente a la etapa de primera instancia, porque no se conocían o porque simplemente no fueron utilizados de manera voluntaria.³⁴¹ Bajo la perspectiva limitada, la apelación ha sido consagrada sustancialmente como una *revisio prioris instantiae*, en que el juez de apelación debe pronunciarse sustancialmente en base al material de la primera instancia, con el poder oficioso de anular lo actuado en aquélla³⁴²

Por el contrario, en la apelación *limitada*, el órgano de revisión sólo efectúa un control de legalidad de la resolución apelada, de manera que la sentencia podría ser anulada si no es conforme a Derecho, sin poder juzgar sobre el fondo del asunto. Las partes, por tanto, no pueden deducir nuevas excepciones ni medios de ataque, ni hechos o pruebas no propuestos en primera instancia. De esta manera el juez *ad quem* opera desde el punto de vista del juez *a quo*, con los mismos materiales de prueba y argumentativos con que se contó en primera instancia.³⁴³

Los modelos de apelación tanto en sistemas inquisitivos como acusatorios no son puros y ello ha dependido tanto de la naturaleza de la resolución recurrida, como de los efectos que se han planteado en la resolución de apelación. Recordemos que los efectos en este tipo de recurso pueden ser suspensivo o devolutivo, en función también del tipo de resolución impugnada: en el primer caso, la competencia del juez inferior queda supeditada a la del superior y el proceso se suspende hasta en tanto exista resolución en la apelación; en el segundo caso, sólo la materia de apelación se transfiere al superior, pero el trámite continúa en la primera instancia. El hecho de que la apelación sea suspensiva o devolutiva se relaciona intrínsecamente con la *unidad del procedimiento de impugnación*, pues si el procedimiento en primera instancia es uno, el que se promueva con la apelación también lo debe ser.³⁴⁴

³⁴¹ Este sistema nace en la Alemania de 1877, con la Ordenanza Procesal Civil Alemana, aplicable también al proceso penal. Este sistema implica que la apelación es una mera continuación de la primera instancia, que significa un *novum iudicium* encaminado a obtener una segunda decisión judicial sobre la controversia inicialmente deducida y que el material instructorio en segunda instancia se nutre tanto del aportado en primer grado como del introducido de manera novedosa. Cfr. **NEYRA FLORES, José Antonio**. *Manual del nuevo proceso penal & y de litigación oral*, ob. cit., p. 384.

³⁴² Cfr. **ARIANO DEHO, Eugenia**. “En los abismos de la ‘cultura’ del proceso autoritario”, ob. cit., p. 114.

³⁴³ Incorporado por la Ordenanza Civil Austríaca de 1895, como una crítica al modelo de apelación anterior, en que el órgano revisor se limita a efectuar un simple control de lo resuelto en primera instancia. *Ibidem*.

³⁴⁴ Cfr. **ARIANO DEHO, Eugenia**. “En los abismos de la ‘cultura’ del proceso autoritario”, ob. cit., pp. 114-115.

Por ejemplo, el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos, cuando señala cuáles son las resoluciones apelables, deja implícito que son las que sean desfavorables, pongan fin a la acción o imposibiliten que continúe; y especifica que todas las resoluciones dictadas por el juez de control son apelables con efecto devolutivo, es decir, no se suspende el proceso; excepto si se trata de la revocación o negativa de la condena condicional o se otorgue sin goce inmediato:

Artículo 450. Resoluciones apelables

1. Además de los casos en que específicamente se autorice, el recurso de apelación procederá contra las resoluciones dictadas por los jueces, siempre que sean declaradas apelables, que *sean desfavorables, pongan fin a la acción o imposibiliten que ésta continúe.*
2. Serán apelables las siguientes resoluciones dictadas *por el juez de control:*
 - a) Las que pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o lo suspendieren por más de treinta días;
 - b) Las que se pronunciaren sobre las medidas cautelares;
 - c) Las que concedieren, negaren o revocaren la suspensión condicional del proceso;
 - d) La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado;
 - e) El auto de vinculación a proceso;
 - f) La negativa de orden de aprehensión;
 - g) Las resoluciones denegatorias de medios de prueba, dictadas hasta en el auto de apertura de juicio;
 - h) La negativa de abrir el procedimiento abreviado; y
 - i) Las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios o no los ratifiquen.
3. La resolución será ejecutada de inmediato y en caso de que se interponga el recurso de apelación no se ordenará la suspensión de la misma, salvo que se trate de los supuestos que establecen los incisos c) cuando revoquen la condena condicional y d) cuando se niegue la condena condicional o se otorgue sin goce inmediato.

En cuanto al trámite, se prevé la celebración de una audiencia en que las partes y sus abogados puedan comparecer para hacer uso de la palabra, sin que se admita réplica. Al tribunal se le permite interrogar a los recurrentes sobre las cuestiones planteadas en el recurso y, concluido el debate, debe pronunciar su resolución de manera inmediata o en los tres siguientes días a la celebración de la audiencia, en que podrá revocar, modificar o confirmar la resolución recurrida.³⁴⁵

³⁴⁵ Artículo 454 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos.

Por su parte, la iniciativa del Ejecutivo Federal, del proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales³⁴⁶, propone como apelables las siguientes resoluciones (art. 458):

- I. Las que se pronuncien sobre cuestiones de jurisdicción y competencia;
- II. Las que concedan o nieguen la acumulación de las acusaciones;
- III. Las que pongan fin al procedimiento, hagan imposible su prosecución o lo suspendan por más de treinta días;
- IV. Las que se pronuncien sobre las medidas cautelares;
- V. Las que concedan, nieguen o revoquen la suspensión condicional del proceso;
- VI. El auto que decida sobre la vinculación a proceso del imputado;
- VII. Las que nieguen la orden de aprehensión o comparecencia, sólo por el Ministerio Público;
- VIII. Las resoluciones denegatorias de medios de pruebas;
- IX. La negativa de abrir el procedimiento simplificado o abreviado o de acción penal por particular;
- X. Las que nieguen la celebración de acuerdos reparatorios o no los ratifiquen;
- XI. La sentencia definitiva dictada en cualquiera de los procedimientos especiales, procedimiento simplificado o abreviado, previstos en este Código;
- XII. Las sentencias definitivas dictadas dentro del juicio oral, y
- XIII. Las demás que establezca este Código.

De éstas, son apelables en efecto suspensivo las sentencias definitivas pronunciadas en cualquiera de los procedimientos especiales, en el procedimiento simplificado, abreviado o dentro del juicio oral en que se imponga una sanción o medida de seguridad; así como las resoluciones denegatorias de prueba, ya sea porque no se admitan o excluyan (art. 580).

De acuerdo con el proyecto, el recurso de apelación permite al tribunal de alzada realizar un análisis de exacta aplicación de la ley, de observancia de los principios reguladores de valoración de la prueba, si se alteraron los hechos o no se motivó correctamente (art. 570). La definición de este objeto, en lo que tiene que ver con la observancia de los principios de valoración de la prueba, conserva una visión taxativa de ella y olvida que en el sistema acusatorio no existen principios reguladores de valoración de la prueba, sino que ésta es libre y conforme a las reglas de razón.

El recurso puede ser interpuesto oralmente en la audiencia o por escrito ante el mismo juez que dictó la resolución. De cualquier manera, los agravios se expresan por escrito. El juez debe remitir al tribunal de apelación la resolución

³⁴⁶ *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, número 3353-II, jueves 22 de septiembre de 2011.

recurrida y los registros y constancias de los antecedentes que sean pertinentes - si el recurso es admisible en efecto suspensivo- o remite copia si se trata de recursos admisibles en efecto devolutivo. Recibidas las constancias, el tribunal de alzada se debe pronunciar de manera inmediata sobre la admisión del recurso, bajo la consideración de si la resolución es apelable, si el recurrente se encuentra legitimado para apelar, si se han cumplido los requisitos de tiempo, forma y contenido y el señalamiento del efecto devolutivo o suspensivo de la admisión. Si el recurrente fuere el imputado o acusado, se le prevendrá para que nombre defensor o se le nombrará uno, en su caso. Admitido el recurso, el tribunal debe correr traslado a las partes para que se manifiesten por escrito, y citará a una audiencia de vista en que el recurrente o el adherente, si lo estiman necesario, podrán exponer oralmente sus argumentos, o bien ampliar o modificar los fundamentos de la apelación y las otras partes fijar su posición en relación con los agravios (art. 582). El tribunal podrá interrogar a las partes sobre las cuestiones planteadas en el recurso o en su contestación. Concluido el debate, el tribunal declarará visto el asunto y pronunciará oralmente la sentencia de inmediato o dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia, confirmando, modificando, revocando o reponiendo el procedimiento cuando fuere procedente (art. 583).

2.3.4.3. Casación.

El recurso de casación tiene como fin la obtención de la anulación de una sentencia definitiva o equiparable a la definitiva. Decretada la anulación, el tribunal de alzada puede ejercer una jurisdicción positiva y proceder a dirimir el conflicto, o reenviar la causa a la instancia anterior para que sea ésta la que dicte una nueva sentencia.³⁴⁷ Piero Calamandrei la define como el *“instituto judicial consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en la solución de mérito”*.³⁴⁸

El concepto moderno de casación se gesta en la Francia revolucionaria, en que en aras de lograr la mayor seguridad jurídica a partir de las disposiciones del legislador en contra de la arbitrariedad de los jueces, se instituyó en 1790 la *Cour de Cassation*, como un órgano político a la par del Poder Legislativo, cuya función

³⁴⁷ Cfr. **BENAVENTE CHORRES, Hesbert**. *Los recursos impugnatorios en el proceso penal acusatorio y oral*, ob. cit., p. 195.

³⁴⁸ **CALAMANDREI, Piero**. *La casación civil*. T. I. Vol. II. Biblioteca Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 376.

era anular toda sentencia que contraviniese expresamente el texto de la ley.³⁴⁹ Su finalidad era, entonces, nomofiláctica, es decir, vigilante de la ley, sin relevancia de los hechos, de la prueba, ni del control de la lógica del razonamiento del sentenciante. Bajo esta lógica, la competencia del tribunal de casación era esencialmente negativa, se concretaba a casarla (anularla) y remitir el asunto a otro Tribunal, este sí de naturaleza judicial, para que dictara una nueva sentencia.

Habiendo nacido como un instrumento político, se convirtió en un instrumento jurisdiccional, de manera que la *Cour de Cassation* se instituyó como un órgano en la cúspide del Poder Judicial (1837) con una función de homogeneización de la jurisprudencia. De esta manera, la competencia limitada de considerar sólo la contravención expresa al texto de la ley, debió extenderse a juzgar sobre la interpretación errónea de la ley.³⁵⁰

Frente al modelo francés, el español nació con naturaleza jurisdiccional (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855), de manera que el Tribunal Supremo español tuvo como misión resolver positivamente, sin reenvío, la contienda una vez emitida su sentencia casatoria, con el objeto de proveer una solución justa a la causa si se hubiese incurrido en errores de hecho que demostrasen la evidente equivocación del juzgador. Alemania la incorporó en 1877 y en Italia existió desde el siglo XII la figura de la *querela nullitatis*, formada de antecedentes del derecho romano y germánico, a la que se considera el antecedente remoto del recurso de casación. En Latinoamérica, se encuentra incorporada en las leyes argentina, colombiana y guatemalteca, por ejemplo.³⁵¹

En general, el recurso de casación penal procede por la inobservancia o por la errónea aplicación de la ley sustantiva, bajo la sanción de nulidad. Un tribunal de casación, al resolver bien puede rechazar el recurso –con lo que la sentencia apelada adquiere validez de cosa juzgada-; o acoger el recurso por inobservancia de normas procesales anulando la sentencia con reenvío a nuevo juicio.

Sobre los objetivos de la casación, Carnelutti reflexionaba: “*Quien recurre en casación, no pide la invalidación, sino la reforma, de la sentencia impugnada. La casación de la sentencia no es más que la primera etapa de un camino que debe terminar en la sustitución de una sentencia injusta por otra sentencia justa.*”³⁵²

³⁴⁹ Decreto del 27 de noviembre de 1790, en que se suprime el *Conseil des parties* y se otorga funciones específicas al Tribunal de Casación. Cfr. **SANDOVAR LÓPEZ, Rafael**. *Recurso extraordinario de casación penal*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2008, p. 17.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ Cfr. **LÓPEZ CASTILLO, Magdalena**. *El recurso de casación penal por infracción de ley*. Colección Estudios de Derecho Procesal Penal, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2007, pp. 12 y ss.

³⁵² **CARNELUTTI, Francesco**. *Temas de Derecho Procesal Penal*. Editorial Leyer, Bogotá, 2007, p. 315.

Las consecuencias de la casación de la resolución dependen de la naturaleza del agravio y del tipo de resolución impugnada. Cuando el motivo se refiere a la inobservancia de formas procesales prescritas bajo sanción de nulidad, la Corte anulará lo actuado y remitirá el asunto para su nueva sustanciación a un tribunal distinto al que primero conoció del asunto. El objeto del recurso de casación es la sentencia o resolución equiparable y la nulidad debe incidir sobre ella de manera esencial, pero también tendría que comprender todos los actos anteriores o contemporáneos que tengan conexión con ella y sus consecutivos. La declaración de nulidad de los primeros debe ser expresa y, sobre los segundos, es implícita.

Por su naturaleza, la casación tendría que ser decidida por el más alto tribunal en las instancias judiciales en el procedimiento penal, de manera que sus interpretaciones verdaderamente uniformen la aplicación de la ley. Esto le da a este medio un sentido extraordinario y determina su procedencia en contra de sentencias de segunda instancia, por yerros taxativamente previstos en la ley, con el fin de que se anule la sentencia, se reparen los agravios inferidos y se unifique la jurisprudencia.³⁵³

El papel del tribunal de casación (como el de apelación) debe observar los principios de taxatividad, limitación, prioridad y no agravación. Es decir, el recurso es taxativo en tanto las infracciones que permiten su procedencia son limitadas por ley, lo que limita también el papel del tribunal en el estudio y decisión del recurso, a menos que sea ostensible la violación de garantías fundamentales. Además, en tanto las causales de casación tienden a invalidar la sentencia, si éstas extendiesen su vicio de nulidad hacia el proceso, su estudio se hace prioritario. Finalmente, en su pronunciamiento, el tribunal no puede agravar la pena impuesta al condenado.³⁵⁴

En su análisis, el tribunal de casación debe hacer apreciaciones sobre la legalidad de la sentencia (errores *in iudicando*) o sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores (errores *in procedendo*). El error *in procedendo* se produce cuando hay una inejecución de la ley procesal, ya sea por omisión de los sujetos del proceso (inejecución *in omittendo*) o por ejecución de lo que la ley prohíbe (inejecución *in faciendo*).³⁵⁵ Así, el error *in procedendo* implica una defectuosa o incompleta actividad procesal que puede conducir a la nulidad de la sentencia si carece de alguno de los supuestos de su formación procesal.

Los errores *in procedendo* pueden ser *errores de estructura* o *errores de garantía*. Son *de estructura* cuando se rompe la unidad del proceso, como puede

³⁵³ Cfr. **FERNÁNDEZ VEGA, Humberto**. *El recurso extraordinario de casación penal*. Edit. Leyer, Bogotá, 2002, p. 24.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ Cfr. **CALAMANDREI, Piero**. *La casación civil*, ob. cit., p. 376.

ser el desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en la acusación y son errores de garantía cuando se trata de significativa violación de derechos o garantías procesales reconocidos a las partes, como puede ser la falta de competencia del juez de la causa o la violación del derecho de defensa.

En cuanto a los errores *in iudicando*, el vicio ocurre en el razonamiento que el juez lleva a cabo en la fase de decisión³⁵⁶ y puede ser *de derecho o de hecho*, según el yerro se ubique en el juicio valorativo de la norma o en el juicio estimativo de la prueba. Se dice que el error de derecho se comete cuando el juzgador realiza un “falso juicio valorativo de la norma”, sea porque se aplique una norma no vigente, impertinente o porque se le interprete de manera contraria a su teleología, y para efectos de declaración de nulidad de la sentencia, se trataría de la violación de una norma de derecho sustancial.³⁵⁷

El error de hecho se considera en relación con la existencia del medio probatorio, si se ignora la prueba pese a existir en el proceso o se da por existente, sin que aparezca en él. En relación con su sentido, el error se da cuando el hecho que se evidencia de la prueba se tergiversa. Este tipo de error contradice la verdad formal del proceso. El control de hecho significa control sobre la motivación relativa al juicio de hecho, llevado a cabo por el juez de mérito. Es decir, que no se trata de un reexamen del hecho sino de su motivación por parte del juez del conocimiento.³⁵⁸

Los errores *in procedendo* afectan la totalidad de la sentencia porque inciden en toda su estructura, por ser consecuencia de un trámite indebido; mientras que los errores *in iudicando* pueden afectar la totalidad o parte del fallo, siempre que trasciendan a la decisión tomada. Los errores *in procedendo* pueden también invalidar total o parcialmente el proceso.³⁵⁹

Las distinciones entre el error de hecho y de derecho, puestas en práctica, suelen tener fronteras difíciles de dilucidar. Incluso, calificar al error de derecho en razón de “un falso juicio valorativo de la norma” en razón de que la interpretación que se le dé sea contraria a su teleología, puede no ser tan claro. Para tener certeza de cuándo se comete o no un error de esta naturaleza, tendríamos que tener previamente establecida la correcta interpretación de cada norma y eso no es posible de manera apriorística, al menos desde una perspectiva de interpretación judicial en que a partir del caso concreto se busque la solución, y no

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ Cfr. **FERNÁNDEZ VEGA, Humberto**. *El recurso extraordinario de casación penal*, ob. cit., p. 56.

³⁵⁸ Cfr. **ZAPATA ORTIZ, Javier**. “La verdad como telón de fondo en la casación penal”. En *Corte Suprema, Corte de Casación 120 años, Revista de la Corte Suprema de Justicia*, Bogotá, Año 9, No. 22, noviembre de 2006, p. 72.

³⁵⁹ Cfr. **FERNÁNDEZ VEGA, Humberto**. *El recurso extraordinario de casación penal*, ob. cit., p. 56.

a la inversa. Esta es una disyuntiva propia del conflicto de dos visiones del derecho, una positiva y subsuntiva, y la otra, material e inductiva.

Esta reflexión nos lleva a considerar la dificultad de la aplicación del recurso de casación si desde su procedencia, el tribunal tiene que considerar la existencia de errores de derecho, lo que más bien sería una consideración en el fondo del recurso; independientemente de que este medio de impugnación no necesariamente puede encontrar cabida en sistemas jurídicos como el mexicano, en que impera un juicio de amparo, de similares efectos.

En México, el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales sugiere la procedencia de la declaración de nulidad de las actuaciones con motivo de ciertas circunstancias de violación grave de los principios rectores procesales. Aunque esta posibilidad se encuentra en lo tocante al recurso de apelación, el símil corresponde a los efectos de una casación. Así, se prevé que el tribunal –de apelación- puede decretar la reposición del procedimiento de oficio o a petición de parte por irregularidades en el procedimiento, siempre que quien las alegue por vía de agravio no haya consentido expresamente la irregularidad, ni las que causen alguna resolución con la que no se hubiere intentado el recurso que la ley conceda (art. 584). Las causas de reposición (art. 585) son que no se hubiere hecho saber al sentenciado el motivo del procedimiento y el nombre de su acusador si lo hubiere; que se hubiere quedado sin defensa, sin traductor o la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada se exija bajo sanción de nulidad; por irregular citación a las diligencias o por el pronunciamiento de un tribunal incompetente o imparcial. Si en la apelación se decreta la reposición del procedimiento (artículo 586), se determinará concretamente cuáles son los actos a los que se extiende y, de ser posible, se ordenará que se renueven, rectifiquen o ratifiquen; lo que implica una sustitución del tribunal de alzada sobre el de primera instancia. En caso de ser necesario, se prevé una especie de reenvío, al ordenarse la celebración de un nuevo juicio y envío del auto de apertura de juicio a un juez de la misma categoría diferente de aquél que profirió la decisión, a fin de que celebre nuevo juicio.

En Estados en que se ha implementado el recurso de casación como parte del sistema penal acusatorio, como ocurre en Chihuahua, el recurso procede contra las sentencias definitivas de juicio oral, contra las cuales no procede la apelación. En realidad, el recurso de casación así implementado, guarda un gran símil con la apelación.³⁶⁰

2.3.4.4. Revisión.

La revisión ha sido definida como el proceso especial que tiene por objeto impugnar una sentencia por razones que no pertenecen al proceso mismo, sino

³⁶⁰ Título Décimo, Capítulo IV, Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua. Publicado el 9 de agosto de 2006.

por cuestiones que le son extrínsecas y que determinan vicios que le son trascendentes.³⁶¹

La naturaleza jurídica de la revisión oscila entre considerarle un recurso propiamente, en tanto constituye una vía para la impugnación de la resolución judicial (la sentencia definitiva condenatoria) o bien, que se trate propiamente de una acción que permite la impugnación de sentencias firmes.³⁶² De hecho, la revisión guarda características procedimentales que le asemejan más a una nueva acción, por tratarse de planteamientos diferentes a la sustanciación del juicio original. Se realizan planteamientos por parte de la parte legitimada, se emplazan a las demás partes interesadas, se celebra una audiencia de debate oral en que se pueden desahogar pruebas contradictorias y formular alegatos y, finalmente se dicta una nueva resolución sobre estos nuevos elementos.

Así, el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales prevé la procedencia del recurso de revisión contra la sentencia ejecutoriada, en todo tiempo y únicamente a favor del sentenciado en los siguientes casos: cuando la sentencia se funde en medios de pruebas documentales o testimoniales que después de dictada fueren declarados falsos en juicio; cuando después de emitida la sentencia aparecieren medios de prueba documentales que invaliden la prueba en que descansa aquélla o que sirvieron de base a la acusación y a la determinación; cuando condenada alguna persona por el homicidio de un supuesto individuo, se presentare éste o alguna prueba irrefutable de que vive; cuando el sentenciado hubiere sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos, en este caso prevalecerá la sentencia más benigna (art. 587).

El recurso puede ser promovido por el sentenciado, por el cónyuge, concubina, concubinario o pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad, si el sentenciado ha fallecido (art. 588) y su tramitación es escrita. Se interpone ante el tribunal que se fije como competente por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que, con seguridad, será el Juez de Ejecución.

El papel del tribunal es examinar la procedencia del recurso, notificar su admisión de manera personal, correr traslado a las demás partes, y admitir las pruebas y ordenar de oficio las indagaciones que se consideren útiles. Con estos elementos, se prevé la celebración de una audiencia oral en que se propiciará un debate. El defensor podrá exponer la causal de la revisión, sus fundamentos y la descripción de los elementos de prueba para su demostración. Tanto el Ministerio Público como los demás intervinientes podrán exponer sus argumentos; posteriormente, se procederá al desahogo de las pruebas admitidas.

³⁶¹ Cfr. **HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián.** *Derecho procesal penal chileno*, ob. cit., p. 447.

³⁶² *Ibidem.*

Terminado el desahogo de los medios de prueba se concederá nuevamente la palabra al defensor del recurrente, al ministerio público y a la víctima u ofendido, si hubieren asistido, para que en ese orden emitan sus alegatos finales, los cuales deberán circunscribirse a las cuestiones de hecho y de derecho que fueron objeto del debate y al resultado de las pruebas que se produjeron para demostrar la causal de revisión invocada, mismos que durarán el tiempo que el tribunal les otorgue conforme a la naturaleza y complejidad del asunto. Al término del debate, en la misma audiencia o dentro de las veinticuatro horas siguientes, se dictará la resolución que proceda.

Si el tribunal encuentra fundada la causal invocada por el recurrente, declarará nula y sin efectos la sentencia que motivó el recurso y dictará la que corresponda cuando se deba absolver. De igual forma, el tribunal remitirá copia de la sentencia correspondiente a las autoridades jurisdiccionales y administrativas a que haya lugar para que sin más trámite se acate el reconocimiento de inocencia del sentenciado con todos sus efectos legales y, en su caso, se ponga en libertad. En la misma resolución se ordenará la restitución de la cantidad pagada en concepto de pena pecuniaria y, siempre que sea posible, los objetos decomisados, pero si no, se pagará el equivalente al bien decomisado. Además ordenará, si fuere el caso, la libertad del sentenciado y la cesación de la inhabilitación que haya sido impuesta como pena principal o accesoria (art. 593).

En el proyecto no se prevén ciertas circunstancias con las cuales el tribunal podría enfrentarse en el momento de dictar resolución, como puede ser si resultare no fehaciente la inocencia del condenado, pero sí se hubiese acreditado la causal de revisión, lo que podría dar lugar o no a la realización de un nuevo juicio; circunstancia que habría que valorar en aras de no violentar el principio de *non bis in idem*.

2.3.5. El Juez de Ejecución.

El tercer párrafo del artículo 21 constitucional señala que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial. Esto significa que la participación del Poder Judicial, en sus distintos niveles, es también activa en la etapa de ejecución de las penas y que se trata de una fase más de la administración de justicia penal.

En efecto, bajo el modelo acusatorio, la ejecución penal es la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos de jurisdicción penal, para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución y las sentencias firmes de condena dictadas en procesos penales.³⁶³ Aunque el texto constitucional no lo establece de manera expresa, el control que ejerce la autoridad judicial en esta fase es propia de un Juez de Ejecución, según la experiencia comparada y la opinión de los

³⁶³ Cfr. **BENAVENTE CHORRES, Hesbert**. *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*. Flores editor y distribuidor, México, 2011, p. 66.

expertos.³⁶⁴ De acuerdo con este modelo, del Juez de Ejecución se espera una vigilancia y pleno control en el cumplimiento de las penas³⁶⁵, además de generar la posibilidad de fortalecer el respeto a los derechos humanos de los sentenciados; de manera que se constituye en un ente de control garantista, que trata de evitar o actuar contra los abusos o ilegalidades de la actuación administrativa.³⁶⁶

El Juez de Ejecución es la autoridad judicial con facultades de decisión y vigilancia, que controla la ejecución de la sentencia, valora el grado de reinserción social del sentenciado y el respeto de los derechos constitucionales. En ese sentido, guarda una doble vía en sus funciones: como órgano de jurisdicción ordinaria y como órgano de jurisdicción constitucional, en tanto protector de los derechos fundamentales del sentenciado.

La incorporación de un juez de tal envergadura implica más que la creación de un nuevo órgano, la asunción de la etapa de ejecución de la pena como una parte integrante del proceso penal desde el ámbito jurisdiccional y no ya meramente administrativo. El cuidado en su inclusión en el sistema penal debe concentrarse en los inconvenientes que pudiese acarrear en términos de cadenas de mando y jerarquía, por lo que la figura debe ser diseñada pensando en su mejor utilidad y en la delimitación concreta de su atribuciones, que a grandes rasgos tendrían que ser las siguientes:

- Cumplimiento de penas privativas de libertad:
 - Verificar los tiempos de cumplimiento de las penas.
 - Los avances en el sistema progresivo de ejecución de la pena.
 - Las posibilidades de acceso a beneficios penitenciarios.
 - La posibilidad de ingresar en la modalidad de ejecución a través de la libertad condicional.
 - El control sobre las sanciones disciplinarias aplicadas por la administración penitenciaria a los recursos.
 - El cumplimiento de la observancia de los derechos de los condenados, por parte de las autoridades administrativas.
- Supervisión de condiciones impuestas en la aplicación de mecanismos alternativos. Esta podría ser una función compartida o delegada a los jueces de control.

³⁶⁴ Cfr. **GONZÁLEZ, Samuel y otros**. *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y Práctica*. Aquesta Terra, Fontamara, 2ª ed., México, 2006, pp. 578 y ss.

³⁶⁵ Cfr. **PÉREZ GARCÍA, José Heriberto**. "El Juez de ejecución de sanciones penales". En *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, PJF, SCJN, CJF, Segob, México, 2011, p. 284.

³⁶⁶ Cfr. **BENAVENTE CHORRES, Heshbert**. *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, ob. cit., p. 51.

El control de la ejecución tanto de las penas privativas de libertad como de las no privativas, las medidas de seguridad, la aplicación de la libertad condicional y otras figuras de sanción, han entrado al campo jurisdiccional, lo que implica la separación de funciones entre órganos judiciales y administrativos. Esta etapa ha sido tradicionalmente la más olvidada en el sistema penal, y se suele regular de manera fragmentada y sólo reglamentaria, lo que de ninguna manera ha satisfecho la protección que los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano prevé para los sentenciados, en especial, las normas contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen como principio toral, el trato humano y el respeto debido a la dignidad de las personas privadas de la libertad, cuya condición jurídica tiende a ser igualada a la de los ciudadanos libres.

Para dar cumplimiento a tales exigencias –que hoy día, a la luz del nuevo texto constitucional mexicano en materia de protección de derechos humanos, es no sólo necesario, sino imperativo- se requiere la judicialización de la ejecución penal.

Contar con jueces especializados con atribuciones para conocer y decidir de las cuestiones que les sean sometidas durante la fase de cumplimiento de las sentencias y, de manera muy concreta, atender las solicitudes y reclamaciones que los internos hagan de las autoridades penitenciarias, es uno de los más significativos avances en materia de justicia penal.

El artículo 18 constitucional, reformado en junio de 2008 y 2011, establece los principios que deben regir al sistema de reinserción social: el respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir. Se trata de medios y no de fines, pues la reinserción no es el fin de la pena, sino el objetivo que debe intentar concretar el sistema que tutela el proceso de ejecución de la pena privativa de libertad.³⁶⁷

Los principios y/o directrices que rigen en materia de ejecución de penas, pueden ser resumidos en los siguientes puntos:³⁶⁸

- Seguridad jurídica.
- Legalidad en la ejecución.
- Racionalidad, proporcionalidad y equidad de los actos de la autoridad ejecutora.
- Respeto a la dignidad humana.

³⁶⁷ Cfr. **QUINTERO, María Eloísa**. *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*, ob. cit., pp. 273 a 294.

³⁶⁸ Cfr. **PÉREZ GARCÍA, José Heriberto**. “El Juez de ejecución de sanciones penales”, ob. cit., pp. 391-392.

- Escrutinio público en la aplicación de las normas penitenciarias y en la información estadística.
- Personalización administrativa de la sanción, con independencia de los hechos materia de juicio.
- Condiciones de seguridad que no agraven la naturaleza de la sanción.
- Igualdad de trato.
- Profesionalización.
- Interpretación a favor de los detenidos, procesados y sentenciados.
- Principio de defensa.
- Mínima aflicción.
- Prestación de servicios a favor de la comunidad que atenúen los efectos desocializadores.
- Restricción de la trascendencia de la sanción.
- Aplicación de garantías constitucionales y del proceso.
- Judicialización de las controversias en razón de la ejecución de sanciones.

Otras reglas a seguir, establecidas en el marco constitucional para el sistema penitenciario son las siguientes:

- Los sitios destinados para la extinción de penas deben ser distintos a los de ejecución de la prisión preventiva.
- Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.
- La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.
- Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo.
- Los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto.
- El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.
- Los sentenciados podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.³⁶⁹

³⁶⁹ El 10 y 12 de enero de 2012 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió los Juicios de Amparo en Revisión 151/2011, 197/2011, 199/2011, 205/2011, 198/2011, 204/2011, 230/2011, 276/2011, 200/2011, 202/2011, 152/2011 y 203/2011. Determinó que la reinserción social, a la luz del texto constitucional reformado, es materia penal, con lo que se superó un

- Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales.
- Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

El papel del Juez de Ejecución comienza una vez que la sentencia ha causado ejecutoria. Si se ha impuesto pena privativa de libertad, el sentenciado debe ser puesto a su disposición para efectos del cumplimiento, modificación y duración de la pena, al propio tiempo que queda en custodia de las autoridades penitenciarias para el tratamiento técnico progresivo que permita la reinserción social. Si se han impuesto penas alternativas, únicamente recibe copias de la sentencia.

En su desempeño, el Juez de Ejecución celebra diversas audiencias. La primera es la **Audiencia de ejecución de la sanción penal**. Radicada la causa, notifica de ello al sentenciado y su defensa, así como al Ministerio Público y a la víctima u ofendido, con la convocatoria a la Audiencia de Ejecución de la Sanción Penal. Con esta citación, termina la etapa escrita de la fase de ejecución, y comienza la etapa oral. La Audiencia de Ejecución tiene por **objeto** que el juez –tomando en consideración la opinión de las partes- *fije las condiciones para la ejecución de las sanciones penales impuestas*:

- Duración de la pena privativa de libertad, tomando en cuenta la sentencia condenatoria y el tiempo que el sentenciado estuvo detenido bajo el régimen de prisión preventiva, en su caso.
- Términos para que proceda la suspensión de la pena privativa de libertad, de acuerdo con la sentencia condenatoria.
- Medidas laborales, educativas, de salud o cualquier otra autorizada por la ley, orientadas a la reinserción social del sentenciado, si se trata del tratamiento en libertad.
- Forma de ejecución de la prohibición de residir o acudir a un lugar determinado.
- Inicio al procedimiento administrativo de ejecución relacionado con la reparación del daño, en términos de las disposiciones fiscales.
- Fijación del plazo para que se cumpla la multa, teniendo en cuenta la solvencia económica del sentenciado. En su caso, sustitución de la multa de manera total o parcial, por prestación de trabajo a favor de la comunidad.

anterior criterio jurisprudencial. Igualmente señaló que en el artículo 18 constitucional se contiene un derecho fundamental inherente al sentenciado, de purgar su pena en un centro penitenciario cercano a su domicilio y el Estado debe tomar las medidas para que ello sea posible.

- Forma de ejecución de la sanción restrictiva de otros derechos, como la suspensión de derechos, destitución e inhabilitación para el desempeño de cargos, comisiones o empleos.
- Forma de ejecución del trabajo a favor de la comunidad, teniendo en cuenta los convenios celebrados con instituciones públicas en general, de carácter educativo o de asistencia social, públicas o privadas.
- Términos de ejecución de la vigilancia de la autoridad, como medida de seguridad.
- Forma de ejecución del tratamiento de inimputables, sea bajo internamiento o en libertad, como medida de seguridad, teniendo en cuenta las particularidades del caso.
- Ejecutar la amonestación, con la advertencia al sentenciado de las consecuencias del delito que cometió, la conminación a la enmienda y la advertencia de las penas que se imponen a los reincidentes.

Ante el Juez de Ejecución pueden realizarse otras gestiones, que se desahogan igualmente en audiencia oral, en que las partes tienen oportunidad de realizar sus peticiones, expresar sus argumentos y aportar elementos en lo tocante a la ejecución de la sentencia. Tales audiencias son, en general, las relacionadas con los siguientes temas:

- Suspensión condicional de la pena y sustitutivos penales
- Beneficios penitenciarios
- Régimen penitenciario disciplinario

Audiencia de suspensión condicional de la pena y/o sustitutivos penales. El sentenciado y su defensor pueden plantear la solicitud de aplicación de la suspensión condicional de la pena³⁷⁰ o de algún sustituto a la pena privativa de libertad³⁷¹, en caso de que no se haya señalado así en la sentencia condenatoria. En esta audiencia, la autoridad ministerial puede solicitar la revocación de tales medidas, cuando el beneficiado no ha cumplido con las obligaciones impuestas

Este tipo de solicitudes podrían ser resueltas de plano por el juez sin intervención de las partes en audiencia oral, si considera que las solicitudes son notoriamente improcedentes o no se ofrecen pruebas para ellas.

Audiencia de beneficios penitenciarios. Quien se encuentre cumpliendo una sentencia podrá acceder a cualquiera de los beneficios penitenciarios señalados en la ley, bajo ciertos requisitos, en la inteligencia de que se trata de estímulos que forman parte del tratamiento progresivo para la reeducación y reinserción social, conforme a las exigencias de individualización de la pena.

³⁷⁰ La libertad del condenado es restringida imponiéndole determinadas obligaciones durante un plazo de prueba, bajo advertencia de ejecutar efectivamente la pena en caso de incumplimiento.

³⁷¹ Sustitución de la pena por multa, tratamiento en libertad o semilibertad o por trabajo a favor de la comunidad, además del pago de la reparación del daño.

Los beneficios permiten que el interno egrese anticipadamente del establecimiento penitenciario por haber manifestado una conducta abiertamente positiva al orden convivencial establecido en las normas que regulan la vida cotidiana, lo que prioriza que la verdadera resocialización sólo puede obtenerse en un ambiente de plena libertad.³⁷²

Realizada la solicitud, el Juez de Ejecución solicita a las autoridades administrativas penitencias que, por conducto del Consejo Técnico Interdisciplinario, remitan los estudios de personalidad del sentenciado, que giran en torno al área médica, psicológica, educativa, criminológica, social ocupacional y de vigilancia. Con ello, el juez cita a los intervinientes a audiencia para que ofrezcan el material probatorio que consideren oportuno. Cabe en esta etapa, sea a petición de parte o de oficio, dar trámite a un procedimiento para la modificación o extinción del beneficio penitenciario otorgado, en caso de existir elementos para ello.

En el otorgamiento o no de los beneficios penitenciarios, el Juez de Ejecución tendrá que tener presente la disyuntiva conceptual de si se trata de un derecho del interno o una simple gracia judicial, pues a partir de ello es que su razonamiento será construido. Bajo un modelo de juicio acusatorio, la perspectiva dominante es que se trata de derechos encaminados a lograr el acortamiento de la pena impuesta, en razón de los objetivos del tratamiento penitenciario y que son la reeducación y la reinserción social, pues paradójicamente la prisión, lejos de favorecer la futura reinserción, se erige en el obstáculo más difícil de soslayar.

Audiencia relacionada con el régimen penitenciario disciplinario. El objetivo de esta audiencia es que el Juez de Ejecución revise la imposición de las medidas de restricción excepcional de derechos del recluso, impuestas por la autoridad penitenciaria para resguardar el orden y la convivencia en el recinto. Si el régimen de ejecución de sentencias tiene por objeto la reinserción social, las sanciones deben seguir esa misma naturaleza.

En el procedimiento que se tramite ante el Juez, el sentenciado afectado puede solicitar la revisión de la medida disciplinaria impuesta y la autoridad administrativa penitenciaria debe comprobar la falta y la responsabilidad del interno, quien goza de la presunción de inocencia. Si se detecta que ha sido violatoria de derechos humanos, se ordena la revocación, con conocimiento de las autoridades competentes para que investiguen la comisión de un hecho punible. Este procedimiento debe ser sumario y admitir, incluso, la suspensión provisional de la medida disciplinaria.

El Juez de Ejecución tiene la responsabilidad de garantizar en todos sus actos los derechos del sentenciado, lo que exige de él que visite los centros

³⁷² Cfr. **BENAVENTE CHORRES, Hesbert.** *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, ob. cit., p. 122.

penitenciarios para constatar el respeto a los derechos fundamentales, resolver las peticiones o quejas y atender reclamos. Así, la participación del Juez de Ejecución se exige más activa que la del Juez de Juicio Oral o el de Control, en razón del ejercicio de control judicial que ejerce sobre la administración penitenciaria.

2.3.6. Resolución alternativa de conflictos penales.

Tal como sucede con las características en general del sistema acusatorio, la justicia alternativa es un nuevo término para un viejo concepto. A lo largo de la historia de la humanidad, distintas formas de solución de conflictos entre las partes han permitido restaurar la paz entre las comunidades, sin necesidad de la intervención coactiva de la autoridad.

En el contexto del proceso penal de tipo acusatorio, la justicia restaurativa opera como un medio de participación activa de la población en encontrar otras formas de relación que privilegien la responsabilidad personal, el respeto al otro, la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo.

Se pretende el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y lograr la integración de la víctima y del infractor a la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

La resolución alternativa de conflictos penales ha sido acotada en el artículo 17 de la Constitución como “mecanismos alternativos de solución de controversias”, que permiten resolver el conflicto de la manera más sencilla y breve posible. La regulación de este tipo de soluciones se ha dejado a las leyes secundarias, siempre que se asegure la reparación del daño y que se prevean los casos en que se requiera supervisión judicial. Sin embargo, las formas alternativas de solución de conflictos han operado con antelación en el sistema jurídico mexicano, específicamente para delitos perseguibles por querrela y no de oficio, o en que opera el perdón como causa de extinción de la acción penal³⁷³; ello, como una forma minimizada de reacción ante el delito.

Existe multiplicidad de criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza de los medios alternos de solución de conflictos, entre los que resalta la siguiente jurisprudencia, en virtud de que reconoce que el *ius puniendi* no es el único medio de control social ni un singular instrumento para la protección de los intereses personales:

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD PENAL Y A LOS ARTÍCULOS 3º, FRACCIÓN X Y 118 DEL CÓDIGO DE

³⁷³ HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo. *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*, ob. cit.

PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS, EL MINISTERIO PÚBLICO DEBE CELEBRAR DICHA DILIGENCIA EN LOS DELITOS QUE SE PERSIGUEN POR QUERRELLA NECESARIA Y EN LOS PERSEGUIBLES DE OFICIO CUANDO EL PERDÓN DEL OFENDIDO O LA VÍCTIMA SEA CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Los artículos 3°, fracción X y 118 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tamaulipas, reformado y adicionado, respectivamente, mediante decreto publicado en el Periódico Oficial de la entidad el 10 de julio de 2003, prevén la figura de la **conciliación entre el ofendido o la víctima y el inculpado en los delitos que se persiguen por querrela necesaria, y en los perseguibles de oficio cuando el perdón del ofendido o la víctima sea causa de extinción de la acción penal**. Ahora bien, de dichos numerales se advierte que el legislador utilizó la expresión “deberá”, denotando que es una obligación para el Ministerio Público durante la integración de la averiguación previa llevar a cabo la audiencia de conciliación, pues de lo contrario, si la intención del legislador hubiera sido dejar un amplio espacio discrecional a la representación social en este tema se habría utilizado el diverso vocablo “podrá”, supuesto en que se dejaría al arbitrio ministerial la potestad de decidir si procura o no la conciliación de las partes; aspectos los anteriores que **sitúan al derecho penal como una disciplina de mínima intervención** y que concibe a dicha área como **un mecanismo que sólo debe tutelar determinados bienes jurídicos**, es decir, aquellos que **entrañan valores esenciales de la vida en comunidad, cuya vulneración trasciende más allá del ámbito de los particulares para convertirse en una afectación a la sociedad derivada de la incidencia y la gravedad de las conductas ilícitas**, de tal suerte que el derecho penal constituya la última ratio para reprimir determinadas conductas consideradas ilícitas dentro del ordenamiento jurídico. No todas las conductas ilícitas que sanciona el derecho penal pueden ser perseguidas de oficio por la autoridad por el solo conocimiento de los hechos delictivos, ya que **existen bienes jurídicos tutelados cuya vulneración, a pesar de afectar indirectamente a la sociedad, impactan sólo a las víctimas u ofendidos, pudiéndose ver reparadas las afectaciones a través de componendas entre particulares y, con ello, verse restituido el orden público**. Esta perspectiva del derecho penal con una **actividad preconciliatoria ministerial importa un cambio en esta rama del derecho en su acepción tradicional, que se identifica como un modo de control social formal de reacción, por la de derecho penal mínimo** que lleva la aplicación del derecho penal mínimo de conductas transgresoras y que reconoce que **el ius puniendi no es el único medio de control social ni un singular instrumento para la protección de los intereses personales**, y sobre esa base deben

acudirse a medios alternos para la solución de conflictos y dejar para el final al derecho penal, dada la gravedad del control que por medio de esta rama del derecho se ejerce y que, por lo mismo, no es posible utilizarlo frente a todas las situaciones, por ello debe ser la última ratio de la política social del Estado en la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del derecho penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito), constituyéndose así, el llamado **principio de subsidiariedad penal, esto es, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos.**³⁷⁴

Este criterio ubica a los medios alternativos como una solución para los casos que ameritan una reacción mínima por parte del Estado y que, por la naturaleza particular del bien jurídico que se tutela, permiten ser solucionados entre ofendido y ofensor. No obstante, la visión de los medios alternos, desde un sistema penal de tipo acusatorio es más amplia y no sólo pretende que subsista la solución alterna de conflictos para asuntos menores o de poco interés social, sino que constituyan un significativo medio de solución, pues la perspectiva de un derecho penal mínimo es integral en el contexto acusatorio.

La siguiente tesis aislada ha sido pronunciada en el contexto de la aplicación del sistema acusatorio en el Estado de México, y en ella se considera una violación al presupuesto procesal de continuidad de la audiencia preliminar y, por tanto, una violación al procedimiento predominantemente oral, el que la autoridad judicial omita o limite la conciliación entre ofendido e inculpado. Así, bajo la aplicación del sistema acusatorio, se da una mayor importancia al elemento conciliatorio:

AUDIENCIA PRELIMINAR. LA OMISIÓN O LIMITACIÓN DE LA FACULTAD DE CONCILIACIÓN ENTRE OFENDIDO O VÍCTIMA E INCULPADO, IMPUTABLE A LA AUTORIDAD JUDICIAL, ASÍ COMO LA AUSENCIA DE LA CONSTANCIA DEL RESULTADO POSITIVO O NEGATIVO DE ELLO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN AL PRESUPUESTO PROCESAL DE CONTINUIDAD DE AQUELLA DILIGENCIA Y, POR ENDE, UNA VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO PREDOMINANTEMENTE ORAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO) De la interpretación sistemática y gramatical de los artículos 275-J, 275-K y 275-L del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (adicionados mediante decreto número 202, publicado en la Gaceta del Gobierno de la entidad el 2 de enero de 2006), se advierte, entre otras cuestiones, el presupuesto procesal de continuidad de la audiencia preliminar, en los casos permitidos por la ley, integrado no

³⁷⁴ Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, septiembre de 2010, Jurisprudencia XIX.1°.P.T.J/9. Registro 163878.

sólo con la invitación o exhortación a las partes (ofendido o víctima e inculpado) para ejercer la facultad de conciliación, sino también con el resultado de este último; pues de concretarse un acuerdo satisfactorio, por tratarse de una formalidad que constituye un mecanismo trascendental (alternativo) para la resolución del asunto, se impediría la continuación de la audiencia, en términos del artículo 387, fracción III, del código invocado y conllevaría a la conclusión del procedimiento con la determinación correspondiente; y en caso contrario, de no resultar la conciliación o ante la inasistencia del ofendido o la víctima a la comparecencia, podrá continuarse con las demás fases de la audiencia de que se trata. Por tanto, la omisión o limitación de la facultad de conciliación entre ofendido o víctima e inculpado, imputable a la autoridad judicial, o bien, la ausencia de la constancia del resultado positivo o negativo de ello, constituye una violación al presupuesto procesal de continuidad de la citada audiencia y, por ende, una violación al procedimiento predominantemente oral, al restringir la facultad otorgada por la ley para solucionar en forma alterna el juicio desde la audiencia “preliminar”, con indudable trascendencia al resultado del fallo.³⁷⁵

La justicia restaurativa en materia penal se presenta como una solución a los efectos devastadores del sistema penal en la vida del delincuente y la posibilidad de desarrollar mecanismos tendientes a exaltar los derechos del hombre y de las víctimas. Esto es, la justicia alternativa en materia penal se propone en razón de que la imposición de la pena estatal no ha logrado cumplir con sus fines y de que no obstante que existe un sinnúmero de prohibiciones y mandatos respaldados por la amenaza estatal, con el objeto de que quien hubiese infringido la norma sea atrapado por el sistema y la víctima sea eventualmente reparada del daño, el esquema no cumple sus fines y, paradójicamente, se engrosa con nuevas prohibiciones y mandatos que contradicen su papel de *última ratio* del control social.

El sistema de resolución alternativa de conflictos propicia una solución rápida y eficaz, la recuperación de la paz social alterada en el conflicto, la devolución de la confianza de la víctima en el sistema, la humanización de las consecuencias del delito y el logro de que tanto la víctima como el victimario encuentren –a partir de la confrontación y el diálogo- una nueva perspectiva desde la cual valorar los hechos que derivaron en la generación del conflicto.

El sistema de justicia alternativa hace hincapié en el significado moral de la autonomía individual y se orienta a pensar más en el daño individual, que en del conjunto de los ciudadanos. Se busca la reparación proporcional y consensuada

³⁷⁵ Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, julio de 2011, Tesis II.3º.P.10P, Tesis aislada, registro 161695.

que restablezca la confianza perdida entre dos personas, lo que difícilmente se consigue con una sentencia judicial que obliga a reparar a manera de castigo.³⁷⁶

Precisamente, entre los principales problemas que enfrenta la aplicación de soluciones alternas de conflictos se encuentra “la educación para el estigma” o la cultura de la pena para resolver un conflicto. En efecto, la imposición de una pena como resultado del proceso penal es la consecuencia lógica de la comisión de un ilícito, en un esquema propio del sistema penal inquisitivo, en que la ofensa es predominantemente para la sociedad, que requiere de la intervención estatal, en que la afectación e interés de la víctima en particular tiene una posición marginal.

El sistema de resolución alternativa de conflictos significa un vuelco a la estructura tradicional y posa la vista en el interés de la víctima y del ofendido, dando preeminencia a la satisfacción de sus intereses, por encima de la ofensa social.

El prejuicio de la necesidad de la pena suele tener mayor problema en el mediador que en la víctima o el ofendido. Las víctimas saben que la satisfacción de sus necesidades no se derivará de un proceso penal en que su participación suele ser marginal; el ofensor, por su parte, sabe que tiene mayores oportunidades en un sistema informal, pero el mediador debe superar el prejuicio sobre el papel de las partes y entender que ser víctima o victimario ha sido una situación circunstancial y contingente, de manera que no tienda a la mayor protección hacia una de las partes o demasiado rigorista con la otra.

Quien es convocado a un encuentro de resolución anticipada de conflictos sabe que un comportamiento agresivo no lo va a dejar en mejor lugar que el que ya tiene y la víctima sabe que en un sistema de enjuiciamiento criminal poco se puede ganar y mucho se podría perder. Estas circunstancias evidencian una realidad social propicia para gestionar un caso penal bajo el sistema de resolución alternativa.

Los principios que rigen a la resolución alternativa de conflictos son la voluntariedad, confidencialidad, neutralidad y horizontalidad –específicamente este último, para los asuntos penales- y que se traduce en que el facilitador debe comportarse, respecto de las partes, como alguien sin poder sobre ellas y en tanto la legitimación de su intervención se encuentra en la aceptación de ambos. Esta característica es esencial porque en el sistema alternativo son las partes quienes gobiernan su solución y si el facilitador se apropia de la decisión, sólo se crearía un símil del sistema penal, donde víctima y defensor suelen no ser sujetos sino objeto de la decisión.

³⁷⁶ Cfr. **CÓRDOBA, Víctor Alfonso**. “Teorías de la pena y sistemas de resolución alternativa”. En *Resolución alternativa de conflictos penales*. Gabriela Rodríguez Fernández (Comp.). Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp 79 y ss.

El facilitador no puede erigirse en las funciones de un juez, pues no será quien resuelva el conflicto, sino que su función es la de iniciar el proceso de comunicación y propiciar un intercambio de ideas, en un esquema en que las partes se han reconocido mutuamente como tales. El mediador debe evitar a toda costa el ejercicio de actos de poder que lo tornen en un juez informal.

La resolución alternativa de conflictos en materia penal se propone como un mecanismo con gran potencial para garantizar que la solución del conflicto sea sustentable. Si voluntariamente las partes involucradas en un conflicto en que preexiste la ley penal y un tercero facilitador sostiene la posibilidad de diálogo sobre las razones y los efectos del suceso ocurrido, la situación es propicia para que las partes cambien sus posturas y ellas mismas definan qué es lo justo para el caso según sus creencias e intereses.³⁷⁷ Su eficacia suele depender de que suceda tan pronto como sea posible tras el delito, cuando los recuerdos están muy frescos. Si la composición tiene lugar después de que el caso ha sido adjudicado, el proceso de confrontación puede polarizar el conflicto e inhibir la reconciliación.

Básico resultará que las instancias legales tengan respeto por el contenido del acuerdo al que los involucrados lleguen, pues el reconocimiento de los acuerdos adoptados, por parte del Estado, transmite a la sociedad el mensaje de que no todas las soluciones se encuentran en la intervención del poder estatal, sino que es posible la resolución de conflictos entre ciudadanos y miembros de una misma cultura que reafirma los valores que comparte.³⁷⁸

Así, la naturaleza jurídica de un modelo de justicia alternativa, se basa en que es resolutoria, conciliatoria y comunicativa; es decir, pretende colmar las expectativas y necesidades de víctima, victimario y sociedad, mediante el arreglo y solución del problema en un espacio de diálogo que pretende la recomposición del daño causado y la garantía de la paz y convivencia sociales. De esta forma, puede

³⁷⁷ Aunque la conciliación tiene amplios precedentes históricos, para los estudiosos de los programas de reconciliación víctima-ofensor, el "caso Elmira" es considerado como su progenitor. En 1974, en un asunto rutinario de vandalismo juvenil en el pueblo de Elmira, Ontario, el oficial de libertad condicional asignado al caso, sugirió al juez que presidía el tribunal provincial que los dos jóvenes procesados se presentasen personalmente a las víctimas de sus numerosas ofensas, como una medida terapéutica para ellos. El juez Gordon McConnell aceptó la petición y el oficial acompañó a los muchachos a los 21 lugares donde habían causado daños; en cada uno se identificaban a sí mismos como los culpables y explicaban que habían llegado a determinar los costes de sus delitos. Fueron multados con 200 dólares y puestos en libertad condicional durante 18 meses con la condición de que indemnizaran a sus víctimas por las pérdidas no aseguradas, que sumaban la cantidad 1,100 dólares. A los tres meses, los jóvenes habían entregado personalmente el dinero a cada víctima. Cfr. **WOOLPERT, Stephen**. "Los programas de reconciliación víctima-ofensor". En *La mediación y sus contextos de aplicación*. (Karen Grover Duffy, James W. Grosch y Paul V. Olczak, coords.). Paidós, Barcelona, 1996, p. 324.

³⁷⁸ Cfr. **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela** (Comp.). *Resolución alternativa de conflictos penales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 31.

afirmarse que la visión alternativa de la justicia se fundamenta en tres ejes: Verdad, Justicia y Reparación.³⁷⁹

Existe un gran número de asuntos penales cuya naturaleza no es considerada grave por las legislaturas y muchos de estos conflictos ocurren entre personas con algún nivel de conocimiento previo (familiares, vecinos, amigos, socios, etc.). Estas personas suelen haber actuado por desesperación, inconciencia, desidia o enojo, por lo que en el marco de una historia vincular relativamente larga, los lugares de víctima y victimario podrían resultar intercambiables.

La *alternatividad* del sistema se manifiesta en varios niveles: Puede ser alternativo *al sistema penal, al proceso penal, a la pena y a la pena privativa de la libertad*.³⁸⁰ Es *alternativo al sistema penal* cuando se procesan casos en que aún no se ha ejercitado la acción penal; es *alternativo al proceso* cuando éste ya ha sido iniciado, pero aún no se ha sustanciado el juicio de culpabilidad o de responsabilidad; es *alternativo a la pena* cuando el sistema alternativo se deriva del proceso penal luego del juicio de culpabilidad, pero antes de la individualización de la pena; y es *alternativo a la pena privativa de libertad* cuando se ha individualizado la pena, pero su cumplimiento queda en suspenso, supeditado a la conciliación.

El carácter alternativo estriba en que la solución eficiente y exitosa del acuerdo paralice efectivamente el funcionamiento de la maquinaria penal. Es decir, que la solución alternativa realmente desempeñe un papel que resuelva con efectividad el asunto y haga innecesaria la intervención del Estado, con el consecuente beneficio para el imputado y para la víctima.

Los métodos alternativos operan de acuerdo al *sentido de pertenencia* del caso. Es decir, un problema a resolver bajo este esquema puede provenir de distintas fuentes, de manera que puede ser *comunitario* (cuando el caso deriva de la comunidad, de la víctima o del ofensor directamente y los procesa un mediador no profesionalizado), *retenido* (cuando se trata de casos ingresados al sistema penal, procesados por personas del propio sistema –fiscales, jueces, etc.-) o *derivado* (cuando los órganos del sistema penal derivan el caso a un sistema de resolución alterna, alojado dentro del Estado).³⁸¹

Estas clasificaciones se corresponden con la que hicieron Coates y Gehm (1989).³⁸²

³⁷⁹ Cfr. **POSADAS ESTRADA, Claudia Elizabeth**. “La justicia alternativa como un modelo de justicia accesible y de reforma penal en México”, en *Justicia Alternativa*, Revisa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Año II, No. 2, Abril 2009, p. 133.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² Cfr. **WOOLPERT, Stephen**. “Los programas de reconciliación víctima-ofensor”, ob. cit., p. 342.

- **Modelo de resolución de conflictos *comunitarios* normalizado.** Los residentes locales llevan voluntariamente sus disputas, penales o no, al programa de reconciliación independiente del sistema de justicia penal estatal. Su objetivo es la mejora de las relaciones interpersonales. (Comunitario y alternativo al sistema penal)
- **Modelo de desviación.** El programa elige a los delincuentes menores antes de sus juicios, para encauzarlos fuera de la carrera criminal. (Derivado y alternativo al proceso penal)
- **Modelo alternativo a la encarcelación.** Se propone un acuerdo de mediación satisfactorio para que el tribunal sancione con una medida intermedia entre la libertad caucional y la reclusión. (Retenido y alternativo a la pena privativa de la libertad)
- **Modelo de justicia.** La justicia restauradora opera dentro del sistema de justicia formal, pero subraya la indemnización de la víctima como la sanción apropiada para casi todas las conductas criminales. Bajo este modelo, se busca incorporar el objetivo de la responsabilidad personal hacia las víctimas dentro de todo el abanico de sanciones, desde la libertad condicional hasta la encarcelación. (Retenido y alternativo a la pena)

Así, los casos que son susceptibles de ser resueltos mediante vías de solución alterna pueden tener naturaleza y sustrato muy variados. Puede ser que se trate de casos relativamente “sencillos”, de *pertenencia comunitaria*, en que tanto la víctima como el agresor acuden directamente a esta solución y quien procesa no necesariamente es un profesional, sino una persona en quien confían para desempeñar tal papel y, que a la vez, el asunto no ha dado lugar al ejercicio de la acción penal, por lo que es alternativo al sistema penal. En este caso, el mediador cuenta con un esquema de amplia disposición de las partes, sin que la amenaza de intervención del Estado signifique una posibilidad.

Otra situación se daría si la *alternatividad* del caso no es al sistema penal, sino al proceso penal –cuando ya éste se inició, pero todavía no hay sentencia– pues existe la posibilidad de la reactivación de la acción penal. Además, de que en una situación como ésta, muy probablemente el asunto sea *derivado* del proceso y lo trate un mediador profesionalizado, sea o no parte del poder del Estado.

El hecho es que en los distintos programas se combinan elementos de los diversos modelos y ello obedece al alcance y objetivos que se planteen en cada sistema. En todo caso, éstos deben quedar claros en la relación de los sistemas alternativos con el sistema de justicia formal, para determinar si en un modelo específico se incluyen formas de solución alternativa comunitarias, derivadas o retenidas y si la *alternatividad* será respecto del sistema, del proceso o de la pena. De la definición de estos factores, depende si el sistema tiene un carácter extra o intra judicial, y sus respectivas consecuencias de prevención y de *alternatividad* en la sanción. Entre más se tienda a la solución extrajudicial y más amplio sea el grado de *alternatividad*, mayor será la posibilidad de que el sistema logre un

desgaste menor en los aparatos de justicia formal y en las consecuencias sociales del conflicto penal; pero eso exige la apertura del pensamiento hacia la solución extrajudicial, el abandono de paradigmas tradicionales de la necesidad de la sanción y, por supuesto, una mayor participación y compromiso social.

En el marco de los modelos de sistemas alternativos, existen diversos mecanismos que se han dado en ser clasificados como formas de solución de conflictos autocompositivas o no adversariales y heterocompositivas o adversariales³⁸³; entre las primeras se encuentran la negociación y los procedimientos en que participa un tercero neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión sea ejecutable (mediación y conciliación).³⁸⁴ Entre los procedimientos adversariales, se encuentran los que concluyen con una decisión que es provisionalmente vinculante (Paneles de Adjudicación de Controversias o *Dispute Adjudications Boards*³⁸⁵); y los procedimientos que concluyen con una decisión o laudo que es ejecutable conforme a derecho (litigio y arbitraje)³⁸⁶.

Los modelos estandarizados de este sistema para el ámbito penal son la mediación y la conciliación, y existe un tercero que puede ser una etapa preparatoria para arribar a los dos en mención, denominado “Conferencia de conciliación con moderador”.³⁸⁷

- a) **La mediación.** Se caracteriza por el mayor nivel de “horizontalidad” entre las partes y el tercero (mediador, procesador o facilitador) que dirige las

³⁸³ ZÚÑIGA FAYAD, Octavio. “Medios alternos de solución de conflictos: una solución alternativa y confiable para la empresa del siglo XXI”. En *Justicia Alternativa*, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Año II, No. 2, Abril 2009, p. 14.

³⁸⁴ En forma principal también se comprenden la Evaluación Neutral, la Evaluación Neutral de un Experto, el Mini Juicio (*Mini-Trial*) y los Paneles de Revisión de Controversias (*Dispute Review Boards*). Aunque también existen diversidad de métodos secundarios: Juez Privado (*Rent-a-Judge*), Oyente Neutral (*Neutral Listener*), Determinaciones de Hecho por Expertos (*Neutral Expert Fact Finding*), Decisión no Obligatoria (*Non-binding ex parte adjudication*), Adaptación de Contratos (*Contract Adaptation*), Consultas (*Consultations*), Buenos Oficios (*Good Offices*) e Investigaciones (*Survey*).

³⁸⁵ Se trata de mecanismos de uso internacional bajo formatos contractuales que difieren básicamente en los sujetos intervinientes, el momento y duración de los procesos, entre otras cuestiones; pero en cada uno de ellos operan facilitadores que buscan darle una solución al conflicto.

³⁸⁶ Estas formas siguen una postura publicista que no niega el acuerdo de voluntades, pero que ante la falta de cumplimiento del acuerdo, convenio o laudo, se tendría que recurrir al cumplimiento forzoso. Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área*. Disponible en www.gdca.com.mx/PDF/varios/CONCILIACION%20en%20mexico.PDF.

³⁸⁷ Cfr. LERNER, Martín; MAIDANA, Marcelo y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela. “Sistema de resolución alternativa de conflictos penales. El proyecto RAC”. En *Resolución alternativa de conflictos penales*. Gabriela Rodríguez Fernández (Comp.). Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 92 y ss.

sesiones conjuntas. Su participación se limita a la dirección del procedimiento, sin poder proveer soluciones, sino sólo cooperar en su búsqueda. Se trata de un proceso generalmente corto, que no se extiende más allá de unas cuantas horas y en que se tratan los casos de menor conflictividad y con mayor nivel de disposición al diálogo.

- b) **La conciliación.** En este modelo, el tercero tiene mayor participación durante las sesiones conjuntas. Su posición se robustece para permitir identificar los conflictos y ofrecer alternativas de solución; sin embargo, tampoco puede indicar qué solución es la mejor, en tanto las partes continúan en poder de su problema y siguen siendo quienes deben promover un resultado.

Existe confrontación de ópticas respecto del conflicto, pero el tercero está habilitado para dar a conocer opiniones que despejen algún obstáculo planteado a lo largo del procedimiento. El conciliador puede dirigir la audiencia, e incluso transmitir a cada parte propuestas de la otra y explorar los puntos de acuerdo y desacuerdo.

Este modelo se usa en casos donde los intervinientes se encuentran en clara situación de desigualdad o alguno de ellos tiene una mala disposición al diálogo. Normalmente, estos procedimientos conciliatorios se extienden por dos o tres sesiones.

- c) **Conferencia de conciliación con moderador.** Este es un procedimiento más largo, donde la característica de horizontalidad se difiere por la intervención de un grupo de tres consejeros que tras una serie de sesiones conjuntas, pronostican las posibilidades de solución que el conflicto presentaría si fuera sometido al sistema judicial.

Este método se usa para casos en que los involucrados no salen de su posición y otorgan a su propia versión el carácter de verdad histórica, con apoyo de elementos probatorios reales o inexistentes, no obstante afirman tener interés en la solución no adversarial del conflicto.

De hecho, este método puede ser una parte preparatoria de la conciliación o de la mediación. Entre los miembros del consejo puede designarse a personas de la confianza de las partes, pero siempre debe haber un miembro del sistema entrenado en la resolución de conflictos.

Los consejeros deben fundar su opinión en las distintas versiones del conflicto que las partes presentan. Esta opinión debe ser informada a las partes, por separado, al final de las sesiones, para invitarlas a intentar alguno de los sistemas de conciliación o mediación, que los lleven a un acuerdo.

Su misión no es dilucidar el conflicto, sino solamente evaluar qué oportunidades tendrían los implicados con los elementos de prueba con que contasen, en un posible proceso penal. La conclusión a que llega el consejo no es vinculatoria y quienes se encuentren frente a él tienen la oportunidad de decidir si optan por llevar el conflicto a instancias judiciales, continuar con la causa ya existente o elegir el sistema alternativo.

De llegar a esa segunda fase, el facilitador debe ser distinto a los consejeros que hubiesen conocido las primeras exposiciones, con el fin de

que no pueda verse afectado con alguna parcialidad para cualquiera de las partes.

La mediación, conciliación y la conferencia de conciliación con moderador se diferencian entre sí en tanto varían en el grado de horizontalidad del mediador o facilitador respecto de las partes, lo que se hace corresponder con el nivel de dificultad de composición y arreglo entre ellas, el cual se determina por su disposición al diálogo y al arreglo amigable.

La intervención de abogados es posible, pero marginal, pues recordemos que el objetivo del procedimiento no es establecer responsabilidades; además de que este tipo de procesos tienen como base la participación con consentimiento informado.

El uso de medios alternativos de solución de controversias en materia penal requiere de una profesionalización específica de quienes intervienen en el proceso de solución, que se aleje de la tradicional posición del procesador penal, de otorgar soluciones al caso, definiendo de manera unilateral lo importante y lo secundario de los hechos trascendentes al conflicto. Si estamos hablando de procedimientos horizontales, el profesional experto en resolución alternativa no debe posicionarse en una situación superior a las partes en el entendido de que aconseja, ayuda o conduce, sin dejar de mantener su lugar de igual con aquellos con quienes interactúa.

Los mediadores se forman para escuchar de manera activa y objetiva, y no juzgar, a fin de conseguir la confianza de las dos partes. No deben interrumpir ni interrogar a los contendientes, pues su papel es tan sólo el de mediar y el extraer información por medio de sugerencias reflexivas y no verbales. Sus mejores características son la paciencia, la flexibilidad, la rápida absorción de la información y sus habilidades asertivas.

Cuando en materia penal se emplean mecanismos alternativos de solución de controversias, debemos de tener en cuenta que más que una manera informal, flexible y rápida de resolver el conflicto, se trata de una reconciliación total y de que las partes tengan la oportunidad de restablecerse en una dimensión moral y humana respecto de la ofensa experimentada. Esta dimensión, más que jurídica, es social.

En estos mecanismos, el debate no se da para la confrontación, sino para la composición. No existe un Juez que concluya cuál es la verdad que debe prevalecer, sino que hay un árbitro que permite a las partes concluir en un arreglo, en un contexto en que el agresor ha aceptado su responsabilidad, con lo que la contradicción queda totalmente atenuada.

Si bien este tipo de mecanismos atienden a las necesidades de la víctima, la comunidad no deja de estar en el centro de atención, no como sujeto pasivo del delito, sino como un elemento participativo que fomenta la reintegración del

infractor y de su familia. La aplicación de este tipo de mecanismos presupone que el infractor se rige por un libre albedrío de responsabilidad social y moral, de manera que así como se busca que la víctima resuelva sus necesidades también se persigue que el ofensor resulte con una actitud de no volver a delinquir (prevención) a partir del reconocimiento de su responsabilidad y de considerarse parte activa en la solución y reparación del daño que produjo.³⁸⁸

Con esto, se busca romper con el círculo de violencia que el sistema de justicia formal conserva, pues la intervención activa y directa de los participantes en la solución del conflicto genera en ellos la idea de que se ha hecho justicia. Se crea un círculo virtuoso en que se apuesta por la prevención del problema, de conflictos futuros y la creación de conciencia sobre formas más adecuadas de relación social.

³⁸⁸ Cfr. **ESPINOZA HERNÁNDEZ, Raúl**. “La mediación penal dentro del marco de la justicia restaurativa” en *Justicia Alternativa*, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Año II, No. 2, Abril 2009, p. 96.

CAPÍTULO 3:

PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

3.1. CONTEXTOS DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL.

El Poder Judicial en un Estado constitucional ejerce funciones inmediatas y mediatas. Las primeras tienen relación con los asuntos que resuelve cotidianamente y que significan una salida institucional de los conflictos; y las segundas, son el resultado agregado de esas acciones, que implican los efectos de las resoluciones hacia el complejo social, la definición de los requerimientos para iniciar nuevos procesos y la previsibilidad del sentido de las resoluciones de los integrantes del Poder Judicial.

La acción de los poderes judiciales no se circunscribe a la esfera jurídica de las partes involucradas en los procesos, sino que el resultado de sus decisiones tiene importantes implicaciones para la sociedad en general. La actuación judicial genera seguridad jurídica y contribuye a reforzar las motivaciones y los incentivos de las partes para entrar en acuerdos y cumplir sus obligaciones.

La actividad judicial permite conocer la manera en que se definen los alcances y las condiciones de aplicación de la ley y, en muchas ocasiones, las decisiones de los jueces terminan por integrar el derecho mediante la creación de nuevas reglas inspiradas en la interpretación de la legislación, con lo que se proporciona a la sociedad parámetros claros sobre las reglas que la rigen y sobre las condiciones de su aplicación.

Incluso, de manera mediata, los tribunales desempeñan una función económica, pues la realización de una labor eficiente y eficaz contribuye a generar condiciones favorecedoras del desarrollo del país.³⁸⁹

De esta manera, el desempeño de los poderes judiciales contribuye al fortalecimiento de las instituciones de Estado, en tanto la labor de la justicia constituye uno de los pilares fundamentales para la articulación de la vida institucional.

No obstante este papel, los tribunales y la justicia se encuentran hoy en medio de una paradoja: Son objeto de críticas permanentes sobre su actuación y su capacidad para cumplir con las funciones encomendadas, a la vez que la sociedad exige de manera simultánea el cumplimiento de enormes responsabilidades relacionadas con la defensa de las libertades y la democracia y, prácticamente, se ha concebido a los jueces como los únicos capaces de poner freno a los abusos de los poderes públicos y privados, los responsables últimos de la eficiencia de la economía y la producción de certeza en una sociedad que enfrenta con dificultades el riesgo y la incertidumbre.

En el sistema judicial recaen entonces altas responsabilidades sociales y de Estado, que con la reforma constitucional de junio de 2008, se pretenden contextualizar en una sólida cultura de certeza jurídica y seguridad para todos. Sin embargo, me parece que se espera demasiado de esta reforma constitucional. En realidad, no es más que un sistema procesal penal metodológicamente diferente, pero no significa que su implantación conlleve necesariamente a la obtención del estatus de justicia y seguridad jurídica que la actual sociedad mexicana está urgiendo.

No obstante, el juzgador debe asumir la responsabilidad que en su campo de acción le corresponde, y que es –en el contexto del nuevo sistema penal acusatorio- ejercer las funciones de arbitrio y decisión en el proceso.

Al decidir, el juez desempeña una tarea argumentativa, que es el arma que legitima sus decisiones al revestirlas de convencimiento ante las partes y la

³⁸⁹ Sobre este tema es muy interesante el trabajo del doctor Héctor Fix-Fierro, en que analizó la eficiencia –en términos de economía- de la justicia. Cfr. **FIX-FIERRO, Héctor**. *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*. UNAM, IJMJ, México, 2006. En ese contexto, afirma: “El proceso para la toma de decisiones jurídicas tiene un valor propio para los participantes que es independiente del valor (eficiencia) que tiene el resultado para éstos. Si el litigio no es justo, los ciudadanos tendrán escaso incentivo para utilizar los tribunales, independientemente de qué tan eficiente pueda ser el resultado. Y si están dispuestos a sacrificar la eficiencia, los costos sociales más elevados que esto genera pueden ser ampliamente compensados por la menor conflictividad social, así como por la mayor legitimidad y aceptación de las discusiones institucionales.” p. 330. Otro documento interesante es “*Introducción al análisis económico del derecho y la jurimetría*”, de Edgardo Buscaglia, en **GONZÁLEZ, Samuel y otros**. *El sistema de justicia penal y su reforma, teoría y práctica*, Fontamara, México, 2006.

sociedad, más allá del texto estricto de la ley, de los precedentes judiciales o de la doctrina jurídica.

Si bien, el Poder Judicial basa su legitimación –en primera instancia- en el respeto de las garantías procesales y de fondo, y las dimensiones que le legitiman son su independencia, responsabilidad, unidad y exclusividad (monopolio de la jurisdicción), la coexistencia de la judicatura y la democracia se justifica en tanto aquélla, a través de su trabajo argumentativo, logre la mejor adecuación de las razones a los hechos.

En ocasión de la inauguración de un evento sobre temas de transparencia, el entonces Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, dijo textualmente: *“Creemos que la sociedad debe conocer el sentido de nuestras resoluciones, pero también entender los razonamientos y argumentos que la sustentan. Sólo así se garantizará un pleno acceso a la justicia.”*³⁹⁰

Dar a conocer el sentido de las resoluciones por parte del Estado no es un problema “difícil”, si no es por los requisitos de infraestructura y de protección de información legalmente reservada; el gran tema es cómo hacer que la sociedad en general, integrada por legos en materia jurídica, pueda entender los razonamientos y argumentos que las sustentan y, más adelante, aceptarlos.

Las resoluciones judiciales no suelen ser accesibles a la comprensión general, tanto por su estructura, como por el lenguaje especializado que en ellas se utiliza. Si a eso se suma que la expresión de la resolución adolezca de problemas de contradicción, coherencia y dificultades lingüísticas, los problemas de comprensión aumentan.

Tradicionalmente, las resoluciones judiciales han sido redactadas y explicadas para que las entiendan otros juristas, pero una justicia de entidad democrática debe ser entendible tanto para las partes en el juicio, como para la sociedad en general y eso es precisamente lo que se persigue en un sistema acusatorio.

En la estructura de una resolución judicial se ha recomendado identificar qué es lo que se quiere decir, lo que se traduce en la delimitación de la controversia a resolver, es decir, la delimitación de la *litis*. Hay que fijar las preguntas jurídicas a contestar y bosquejar las etapas analíticas y argumentativas que se usarán para ello. La fijación de la *litis* debe entenderse como la precisión del tema central de la resolución.³⁹¹

³⁹⁰ Discurso de inauguración de la Séptima Semana Nacional de la Transparencia, Secretaría de Relaciones Exteriores, Agosto 25 de 2010.

³⁹¹ Cfr. **PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos**. *Manual de Redacción Jurisdiccional para la Primera Sala*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 6.

Los asuntos se derivan de los agravios y peticiones hechas valer por las partes, aunque la idea es tratar de reducir esa lista a la menor cantidad posible de cuestiones jurídicas mediante aproximaciones sucesivas.

Para validar estas preguntas se sugiere realizar categorizaciones, es decir, derivar de una idea central tantas como sea posible relacionar con ella. Las razones con las cuales se va estructurando la delimitación de la *litis*, involucran el conocimiento de los hechos, los alegatos de las partes y la aplicación de normas jurídicas determinadas a los hechos y a los alegatos.

Se recomienda no desarrollar cada uno de los argumentos en oraciones largas y complejas e identificar a las razones y argumentos torales en palabras clave, a partir de las cuales se pueda desprender el desarrollo de las ideas.³⁹²

El hecho es que para que la resolución escrita u oral sea asequible a las partes y a la sociedad tiene que guardar una estructura coherente, en que el sentido de la resolución quede claro en su integridad y alcances. Pero además, que explique las razones por las cuales se adopta una y no otra posición para la resolución del asunto, sin olvidar que la convicción que éstas causen otorga legitimidad al quehacer judicial.

Lon L. Fuller –quien fue profesor en la Universidad de Harvard- utilizaba “*el caso de los exploradores de cavernas*”³⁹³ como documento didáctico para introducir a los alumnos de derecho, en el debate de un caso ficticio en cuya resolución los miembros de un tribunal emplearon argumentos disímolos que los llevó a condenar a la horca a cuatro exploradores por el delito de homicidio. Un grupo de espeleólogos quedaron atrapados cerca de un mes en una caverna por motivo de una avalancha, y su única opción para sobrevivir fue dar muerte a uno de ellos para servir de alimento a los demás, mientras eran rescatados.

La ley del lugar establecía sin diferencias la pena de muerte para quien comete homicidio, por lo que el juez de la causa sentenció en consecuencia. En revisión, un tribunal colegiado confirmó la sentencia, pero sus integrantes, al debatirla, expusieron sus propias convicciones. Uno, con el argumento de inocencia más allá del texto de la ley³⁹⁴; otro, convencido de que como juzgadores no podían ir más allá del mandamiento del legislador³⁹⁵ y, uno más, que expuso

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ FULLER, Lon. L. *El caso de los exploradores de cavernas*. Trad. Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Niilus. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

³⁹⁴ “un hombre puede violar la letra de la ley, sin violar la ley misma. Toda proposición del derecho positivo, ya contenida en una ley, ya en un precedente judicial, debe interpretarse en forma razonable, a la luz de su propósito evidente” (*Ibidem*, p. 28).

³⁹⁵ “las excepciones judiciales a la larga causan más perjuicio que las sentencias rigurosas. Los casos rigurosos quizá tengan inclusive un cierto valor moral al hacer ver al pueblo su propia responsabilidad frente a la ley, que en última instancia es su propia creación” (*Ibidem*, p. 59).

que el tema era de sentido de común y de atención a las circunstancias alrededor de las cuales se habían dado los hechos.³⁹⁶

El caso ofrece muchos elementos de discusión ética, filosófica, de teoría del delito, de ponderación de principios e, incluso, de análisis sociológico del impacto de la resolución judicial. Pero, sobre todo, muestra cómo alrededor de un mismo conflicto –específicamente de naturaleza penal- pueden suscitarse discursos argumentativos que sustentan soluciones absolutamente diferentes. El grado de convencimiento de cada uno de ellos depende de su estructura lógica formal y material, contextualizada en el pensamiento social en el cual se da. No obstante, la asimilación y aceptación que de ella hagan las partes y la sociedad en general depende en enorme medida de que sean explícitas.

En este análisis, se ha de tener en cuenta que el procedimiento penal implica, desde una perspectiva funcional, la asunción de dos cuestiones: primero, la producción de una decisión definitiva para la solución de un conflicto determinado y, segundo, que la misma genere un efecto vinculante como consecuencia de su legitimación formal a través del procedimiento, que impida cualquier protesta de irrazonabilidad o arbitrariedad en su contra.

Es necesario distinguir entre el proceso de producción de la decisión y el procedimiento previo encaminado a la adopción de la misma como partes de un proceso constitutivo de legitimación que posee una vertiente material y otra formal.

La función material del proceso de decisión depende de la clase de conflicto de que se trate. El objeto del proceso penal es el específico conflicto penal proveniente de la frustración de una expectativa normativa. Existiendo la sospecha de la infracción de una norma jurídico-penal debe decidirse si ésta se encuentra fundada y si se requiere la aplicación de una sanción penal para la confirmación de la vigencia de la norma. Desde esta perspectiva, el proceso penal es un genuino mecanismo de legitimación “retrospectiva” del conflicto concreto de su solución.³⁹⁷

3.2. FUNCIONES DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL.

Bajo el modelo de Estado democrático, la decisión debe incluir a la argumentación. Alexy estableció que hay dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: la existencia de argumentos correctos o

³⁹⁶ “en este caso (...) está en juego la vida de cuatro hombres, que ya han sufrido más tormentos y humillaciones que los que la mayor parte de nosotros soportaría en mil años. Llego a la conclusión de que estos acusados son inocentes” (*Ibidem*, p. 77).

³⁹⁷ Cfr. **HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián.** *Derecho procesal penal chileno*, ob. cit., p. 25.

razonables y personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptarlos.³⁹⁸ Se requiere de actores jurídicos con capacidad de desarrollar argumentos correctos y razonables, especialmente el juzgador, en quien recae la tarea de legitimar su decisión, precisamente en la calidad de la justificación. Se requiere de un juez en condiciones de responder a las exigencias de un modelo contradictorio y esencialmente argumentativo.

Los operadores judiciales se valen (entre otros métodos y técnicas) de la interpretación y la argumentación jurídicas. La primera reduce la subjetividad en la asignación de sentido a una disposición legal y la segunda incorpora estándares de racionalidad a las premisas y a la conclusión de cualquier fallo, de forma tal que genere certeza y seguridad de que la decisión no es arbitraria.³⁹⁹

La argumentación judicial permite acceder a un grado aceptable de certeza práctica sobre los hechos que sirven de base a la decisión judicial a través del fenómeno probatorio. En el nivel argumentativo, el análisis de los hechos ya no es ontológico, sino respecto de los enunciados sobre los hechos y el derecho mismo; por lo que lo que se requiere de la teoría de la argumentación judicial son herramientas para operar con tales enunciados y en la valoración de la prueba. Aunque no existe un catálogo cerrado de reglas que pauten el *modus operandi* judicial, sí debe haber criterios dignos de considerar.

La responsabilidad del juez de justificar sus decisiones se explica porque el conocimiento obtenido mediante la inducción probatoria es conocimiento probable, lo que hace necesario acreditar que la decisión no es arbitraria, sino que se funda en razones objetivas. La garantía de que así sea, se desprende del rigor de la selección y el tratamiento de las fuentes de prueba, en la calidad de las máximas de experiencia aplicadas a la valoración de los elementos de prueba y la correlación entre éstos.

La teoría de la argumentación judicial aplicada a la sentencia debe permitir claridad de las hipótesis de partida usadas por el juzgador, las fuentes de prueba utilizadas y los medios para examinarlas, los elementos de prueba obtenidos y su aportación al resultado. Todos estos puntos deben ser expresados de forma clara, mediante un lenguaje que traduzca la forma de argumentar sobre la prueba, de discurrir sobre los hechos y de practicar la motivación.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Cfr. **ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y ALEX Y, Robert.** *Jueces y ponderación argumentativa.* UNAM, IJ, México, 2006, p. XI.

³⁹⁹ Cfr. **ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel.** *Reflexiones sobre tres sentencias del Tribunal Electoral.* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, p. 9.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. XII.

La **evaluación argumentativa judicial** tiene que cubrir los siguientes postulados básicos:⁴⁰¹

- A. Toda valoración judicial, relevante para la decisión del caso, debe estar expresamente **justificada mediante argumentos**.
- B. Los argumentos usados por el juzgador han de tener tres propiedades formales:
 - 1. **No deben contener inferencias erróneas**.
 - 2. **No deben ser incompletos** (en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explicitadas).
 - 3. Han de ser **pertinentes** (versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar).
- C. Los argumentos deben ser **convincentes** y poder ser juzgados como razonables por cualquier juzgador imparcial.
- D. Ni las premisas empleadas y justificadas, ni el fallo, pueden vulnerar los contenidos de las normas jurídicas, al menos en lo que sean claros. (El juez no puede rebasar los límites normativos procesales y el fallo no puede contradecir el derecho sustantivo).

La aplicación de las herramientas argumentativas en el razonamiento judicial no pretende la arbitrariedad en el juicio, sino el control de la racionalidad en el mismo. La argumentación judicial respetuosa de ciertas reglas racionales permite diseccionar críticamente las sentencias para diferenciar cuándo existe un recto ejercicio de la discrecionalidad y cuándo son arbitrarias. Esto lo explica el doctor García Amado en la siguiente cita:

“El juez que fundamenta adecuadamente su fallo no ha demostrado con ello su plena corrección material o su justicia, no nos da cuenta de que haya descubierto mediante el sano ejercicio de la razón práctica la única solución correcta. Simplemente nos hace ver que, con los argumentos que el sistema jurídico le permite manejar, ha tratado de alcanzar la solución que le parece más correcta y, además, nos hace partícipes de sus razones con el propósito de convencernos de que es un juez en su papel y no alguien que trata de imponer sus convicciones sobre cómo debe ser y organizarse el mundo, su moral o sus intereses.”⁴⁰²

⁴⁰¹ Cfr. **GARCÍA AMADO, Juan Antonio**. “La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial sobre los hechos”. En *Criterio y Conducta, Revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*, No. 8, Julio-Diciembre 2010, pp. 53 y ss.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 63.

3.3. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS APLICADOS AL ÁMBITO JUDICIAL.

En el análisis de la argumentación judicial es necesario distinguir entre la que se emplea en el proceso y la que corresponde a la motivación de la sentencia. Igualmente, debemos partir de la premisa de que el juez, en su función, ha de *despersonalizarse*, convertirse en un observador imparcial, abstraído de su ideología, de sus intereses, de sus fobias y filias. Este es un presupuesto de racionalidad que le permite decidir como lo haría cualquier otro que tuviera los conocimientos técnicos debidos y que hubiera escuchado y ponderado los argumentos de las partes.

Precisamente, la vinculación entre los argumentos de las partes y la decisión judicial explica la exigencia de que la motivación judicial sea congruente entre unos y otra. Esta relación de congruencia debe darse tanto en la argumentación en el proceso como en la argumentación en la sentencia. Asimismo, la corrección de la argumentación en el proceso, garantizará la corrección de la argumentación en la sentencia.

La decisión final será el producto lógico de una serie de decisiones previas que se configuran como las premisas que le dan contenido.

Durante el proceso, las reglas no sólo velan por la igualdad y la libertad de las partes, sino que encauzan sus argumentaciones para evitar deslealtad en el discurso. El derecho procesal asume que los argumentos de parte son parciales, pero trata de conducirlos en una disputa dialéctica que permita la comparación bajo la mayor objetividad posible.

En cada resolución durante el proceso, el juez tiene que motivar su fallo para que prevalezca racionalmente una u otra posición. Esta motivación tiene que ser exhaustiva, en el entendido de que la regla de exhaustividad en la argumentación significa que *“toda afirmación relevante para la configuración de una premisa de la decisión final y cuyo contenido no sea perfectamente evidente debe estar basada en razones explícitas, tantas y tan convincentes como sea posible”*.⁴⁰³

Se trata de que el juez dé el porqué de la valoración en que funda su convicción: otorgar ulteriores argumentos que den las razones de la razón.⁴⁰⁴ Ello, bajo la consideración de que un argumento sólo justifica una elección cuando tiene una *relación relevante* con el supuesto que se debate.⁴⁰⁵

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁰⁴ No basta con señalar que un testigo no es creíble para desestimar el valor de una prueba testimonial, sino que es necesario decir por qué el testigo no es creíble, pero de una manera racional y no arbitraria.

⁴⁰⁵ Será relevante descartar la credibilidad de un testigo evidenciando las contradicciones en que ha incurrido, por ejemplo.

Otorgar razones significa otorgar argumentos, que en las resoluciones judiciales se traducen en enunciados o conjunto de enunciados que otorgan una razón a favor de una decisión.⁴⁰⁶ En las sentencias se suelen usar argumentos de muy diferentes tipos, que dependen de la perspectiva teórico-jurídica que se maneje en su estructura. Si se trata de dar mayor jerarquía a puntos de vista iusmoralistas, se empleará el argumento de justicia.

Los argumentos admisibles tienen que reunir la característica de habitualidad y de relación con algún valor o propiedad que se considere esencial para el sistema jurídico.⁴⁰⁷ Los argumentos más habituales funcionan como tópicos al suscitar una predisposición al acuerdo, pero cuanto más consolidado está como tópico un argumento, con tanta más frecuencia será meramente mencionado, pero no rectamente usado. Es decir, su mención tiende a dejar de cumplir la regla de exhaustividad, en tanto empieza a tornarse en una verdad irrefutable.

Los argumentos sistemáticos se usan como propiedades de un sistema jurídico que pueda cumplir adecuadamente su función; el argumento teleológico se sostiene en la conexión de las decisiones judiciales y las necesidades sociales; el argumento literal o gramatical es delimitador de las interpretaciones posibles y se relaciona directamente con el respeto al legislador legítimo y con el principio de seguridad jurídica. El argumento de autoridad tiene funciones como el que hace uso del derecho comparado, pues hacen referencia a autoridades o sistemas modélicos.

Dos elementos torales a tener en cuenta en el análisis de la argumentación judicial son la argumentación sobre el derecho y la argumentación sobre los hechos. Ambas implican una discriminación del juez hacia la normativa no aplicable y el hecho no relevante, respectivamente. El proceso por el cual se razona tal discriminación es el que interesa conocer.⁴⁰⁸

Ambas argumentaciones se encuentran íntimamente relacionadas si tenemos en cuenta que el punto de partida de un proceso son los hechos que - aislados o en conjunto- puedan ser relevantes jurídicamente. La norma se selecciona e interpreta por referencia a los hechos del caso, los que a su vez se seleccionan a la luz de su relevancia jurídica.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ En una crítica de la concepción de la sentencia como silogismo, Recasens Siches resaltaba la dificultad que significa para el juzgador la determinación de la norma y de los hechos en el proceso: "la auténtica miga de la función judicial y la pesada carga de la misma no consistiría en deducir la conclusión de dos premisas, sino en la tarea, muchas veces difícilísima, de sentar las dos premisas correctas." **RECASENS SICHES, Luis**. "El disparate de concebir la sentencia como un silogismo", En *Revista jurídica Messis*, División de Estudios Superiores, Facultad de Derecho, UNAM, Año I, No. 2, México, 1971, p. 122.

En el proceso se configuran varias historias –las que presentan las partes- y la historia final que son los hechos que se configuran en la sentencia, que a su vez tienen una implicación jurídica.

La racionalidad argumentativa, como base de la decisión, demandaría que las partes sean oídas en equilibrio de fuerza y oportunidad y que en la motivación el juez no sólo explicita sus razones, sino que las refiera a lo alegado por cada interviniente.

Durante el proceso, podemos diferenciar tres etapas para efectos de la evaluación de la argumentación judicial que tiene implicación directa en la resolución final:

- a) La selección de los hechos.
- b) La recepción de la prueba.
- c) La valoración de la prueba.

Respecto de la selección de hechos, en un primer paso se presentan ante el juez aquéllos que pueden tener relevancia para iniciar un proceso y respecto de los cuales tendrá que formular un juicio de si los hechos mostrados o averiguados se adecuan a los supuestos de la norma que una de las partes pretende que se aplique. Si se trata del proceso penal bajo el sistema acusatorio, el juez tendrá que decidir si se comienza o no la instrucción para el juicio oral en función de que existan indicios racionales del delito. Este juicio sobre los hechos es un juicio sobre la *posibilidad* de que los mismos contengan elementos suficientes para que haga sentido la aplicación de la norma correspondiente. Tanto la relevancia como la irrelevancia de los hechos, para efectos del inicio del proceso, tendría que ser justificada por el juzgador.

José Antonio García Amado distingue, para efectos del análisis de los hechos por parte del juzgador durante el proceso, la necesidad de la integración del “*caso previo*”, “*el caso procesal*” y “*el caso de la sentencia*”. El primero se integraría por los hechos que dan lugar al inicio del proceso, el segundo está formado por las circunstancias que se entienden relevantes y que deben ser probadas para determinar si la norma se aplica o no, o se aplica con un alcance u otro. El caso de la sentencia se integra por los hechos que el juez declara probados.⁴⁰⁹

La selección para la integración del “*caso procesal*” se hace tomando en consideración la norma que será aplicable o no, o que lo será con diversa consecuencia. Si una de las partes subraya la relevancia de un hecho, el juez debe justificar su juicio de irrelevancia o viceversa.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 89.

Los sistemas jurídicos, por lo general, norman –por cada tipo de proceso– las dimensiones de la prueba (legitimación para proponerlas o disponerlas, licitud, desahogo, valoración). Del juez se exige que argumente la inadmisión de una prueba por su irrelevancia o impertinencia, o la admisión de una prueba que hubiese sido objetada, así como las razones de ilicitud.

Ahora bien, para la práctica de la prueba, existen los principios propios del sistema acusatorio consistentes en la inmediación, contradicción y publicidad, que tienen como objetivo –respectivamente– que el juez se forme por sí y con conocimiento directo, su juicio sobre el valor de las pruebas; que cada parte pueda dar su interpretación de cada prueba y cuestionar la de la otra; y que todos puedan conocer las bases del juicio como las contempló el juez. Bajo este esquema, se propicia un intercambio dialéctico que contribuye a una equilibrada y mejor fundada valoración de la prueba.

Debe aclararse que el principio de libre valoración de la prueba que rige en el sistema acusatorio no debe ser entendido como valoración no argumentada, ni tampoco puede llevar a la idea de que toda prueba tenga igual valor que las demás. Lo que significa, es que el juez no está restringido a una previa tasación de la prueba para efectos de su valoración y que de cada prueba concreta –sin importar su tipo– el juez debe formarse una opinión.

Las pruebas no dejan de tener un valor objetivo, aunque éste tome un tamiz más o menos claro, pero dentro de los márgenes delimitados por toda una serie de datos objetivos.

La valoración que haga el juez de la prueba vale en tanto la explicitud de las razones en las que se apoye. De ello dependerá que se elimine cualquier resquicio de arbitrariedad.

En cuanto a la formación del juicio del juez sobre los hechos de la sentencia tendrá que explicitar las razones de porqué unos hechos y no otros, de los que podían haber sido tomados en cuenta, resultan relevantes para el caso, de manera que la conclusión a la que arribe contenga el esencial elemento del convencimiento racional.

Los razonamientos de selección de hechos y de recepción y valoración de la prueba, se conjugan en la sentencia, que resulta ser el continente de la explicitación del objeto o finalidad del proceso. Los esquemas de las sentencias bajo el sistema acusatorio tendrían que ocuparse de manera ideal de los siguientes puntos:⁴¹⁰

⁴¹⁰ Aunque en Latinoamérica sólo Venezuela ha incluido expresamente en sus normas a la finalidad del proceso como el “establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esa finalidad deberá atenerse el juez al adoptar su decisión” (Artículo 13, Código Orgánico Procesal Penal). Guatemala y Honduras le han dado un objeto simplificado de investigación de los hechos, la posible participación, la sentencia y la ejecución. En México, los códigos modelo y los de los Estados que lo han adoptado, guardan una similitud a lo

1. Determinar la verdad real, procesal o histórica.
2. Determinar la existencia de un hecho típico.
3. Identificar al autor de ese hecho ilícito.
4. Resolver el conflicto suscitado entre las partes.
5. Procurar la reparación del daño a favor de la víctima.
6. Aplicar, a favor de las partes y sujetos procesales, los principios de debido proceso.
7. Favorecer, con la oralidad, los principios de publicidad, contradicción, intermediación, concentración y continuidad.

En el siguiente apartado se analizan algunas sentencias adoptadas por tribunales que funcionan bajo el sistema acusatorio –por lo menos de una manera mixta- tanto en nuestro país como en otras naciones. Se ha preferido circunscribir el campo a países latinoamericanos, que guardan mayor similitud cultural, política y jurídica con el nuestro.

El objeto de este análisis es obtener, a partir de una muestra aleatoria de sentencias pronunciadas en juicio oral, incluso algunas en juicio abreviado, por diferentes tribunales de Latinoamérica y mexicanos, que se encuentran incursionando en el sistema de juicio acusatorio.

Se trata de obtener un panorama de las formas que se empieza a sentenciar, teniendo como parámetro de comparación el esquema ideal de sentencia que se ha descrito en líneas anteriores.

Es pertinente aclarar que el modelo que ahora nos servirá de parámetro ideal de comparación es únicamente un acercamiento a uno más detallado de pronunciamiento de sentencia, que se planteará en el capítulo siguiente. No obstante, sirve de base de análisis comparativo de las resoluciones que en adelante se describen.

Así, si tenemos en cuenta que una sentencia en el sistema acusatorio, de manera ideal debe determinar la existencia de un hecho típico; identificar al autor de ese hecho ilícito; resolver el conflicto suscitado entre las partes; procurar la reparación del daño a favor de la víctima; aplicar, a favor de las partes y sujetos procesales, los principios de debido proceso y favorecer, con la oralidad, los principios de publicidad, contradicción, intermediación, concentración y continuidad; pero además debe ser clara y asequible a las partes al momento de adoptarse y

anterior. Cfr. **HIDALGO MURILLO, José Daniel**. *Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal*, ob. cit., pp. 11 y ss. El autor agrega también los siguientes dos elementos, que yo separo por considerar que si bien se aplican al sistema acusatorio, no exactamente al momento del dictado de la sentencia de juicio oral: 1. Encontrar la celeridad con la aplicación reglada de criterios de oportunidad y las formas alternativas de terminación del proceso. 2. Facilitar, con la admisión de los cargos, el procedimiento abreviado.

explicarse, podemos proponer los siguientes indicadores de análisis de las sentencias desde un punto de vista argumentativo:

1. ¿Cuál es la estructura básica de la sentencia?
2. ¿Cómo se determinan los hechos?
3. ¿Cómo se califica jurídicamente a los hechos?
4. ¿Cómo se identifica al autor y su responsabilidad?
5. ¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Estas preguntas serán respondidas en el análisis de cada sentencia que en adelante se revisa.

Los sistemas jurídicos de países latinoamericanos que han adoptado el sistema acusatorio tienen variantes entre sí de naturaleza procesal. Sin embargo, guardan los mismos principios generales y la estructura esencial de este tipo de proceso, en que se exige que en la resolución final, con la posibilidad de una deliberación privada, el tribunal se pronuncie. En algunos casos se anuncia el sentido de la sentencia y después se emite el documento que le da sustento y, en otros, la explicación (o en su caso sólo lectura) es simultánea a la emisión del documento⁴¹¹. Los siguientes son ejemplos de sentencias que se han escogido de manera aleatoria y que corresponden a resoluciones de primera instancia en materia penal.

3.4. ARGENTINA.

El sistema de justicia argentino ha enfrentado diversos desafíos y esfuerzos de transformación democrática, desde la dictadura, a una condición en la que el poder judicial se encuentre al servicio de la sociedad civil. El primer paso fue la remoción de los jueces que se vieron comprometidos por su asociación con el régimen militar y la reincorporación de aquéllos que habían sido separados ilegalmente de sus cargos durante la dictadura. El segundo paso fue comenzar a sanear las deficiencias del sistema judicial, un objetivo establecido poco después de la restauración de la democracia en 1982.

Los planes de una profunda reforma al marco procesal penal se propusieron inmediatamente después de la transición a la democracia a mediados de la década de 1980, pero se fueron suscitando moderadamente, de manera que las facultades investigativas quedaban en manos de los jueces de instrucción y se anulaban los procesos de transición a un sistema de jurados. Con la reforma

⁴¹¹ El Código Procesal Penal de la Nación Argentina, por ejemplo, dispone que terminado el debate, los jueces pasan inmediatamente a deliberar en secreto (art. 396). Redactada la sentencia, el tribunal se constituye nuevamente en sala de audiencias y, convocadas las partes y defensores, el Presidente la leerá, en el plazo máximo de 5 días desde el cierre del debate. (art. 400).

constitucional de 1994 se otorgó autonomía a la Procuración General y se creó una Defensoría Pública. El proceso de transición hacia el sistema acusatorio se inició en 1999 con la implantación en algunas provincias, y por delitos.⁴¹²

Hoy día el proceso penal en Argentina ha dejado de tener como objeto la totalidad de la conducta de una o varias personas, como si fuese la investigación de su vida entera. El objeto de conocimiento se ha limitado suficientemente para el juzgador a la acción u omisión singular de una persona que se reputa punible (lo que no significa que no se puedan tratar varias acciones punibles, lo que dará lugar a un proceso con pluralidad de objeto). La sentencia en el juicio plenario debe ser correlativa a la acusación, lo que asegura esencialmente la intervención del imputado durante el procedimiento. La imputación contenida en la acusación originaria puede extenderse si se amplía la acusación durante el debate, pero esa ampliación sólo puede referirse a circunstancias del mismo suceso histórico descrito originalmente.⁴¹³

CASO 1: TENTATIVA DE HOMICIDIO

17 DE MAYO DE 2010

CÁMARA EN LO CRIMINAL NO. 1, EN LA CIUDAD DE CORRIENTES

JUICIO ORAL

EXP. 7231

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se integra por los siguientes apartados:

1. ¿Está probado el hecho y la autoría del procesado?
2. ¿Qué calificación legal corresponde aplicar? Y en su caso ¿Cuál es la responsabilidad penal del imputado?
3. ¿Qué pena debe imponerse? y ¿Corresponde la imposición de costas?

Determinación de los hechos:

El tribunal tuvo por acreditado que el 15 de febrero de 2007, aproximadamente a las 13.30 horas, el imputado llegó a la planta baja de una unidad habitacional en que se encontraba la víctima, la hija de la víctima y el esposo de ésta. Al llegar, el imputado hizo señas a la víctima para que bajara a conversar con él, aquél bajó porque lo conocía y cuando estaba frente a él, a un metro y medio aproximadamente, el imputado sacó un arma de fuego y le dijo “ahora te voy a hacer bailar”, tras lo cual comenzó a disparar hacia sus pies. Para evitar las balas, la víctima caminó en zigzag hasta una columna para resguardarse y se mantuvo detrás de ella hasta que el imputado dejó de disparar y se marchó del lugar. Dos proyectiles impactaron en el muslo y pie izquierdo y le causaron lesiones de carácter leve.

El tribunal arribó a esta conclusión con base en lo siguiente:

- Que las **circunstancias de tiempo y lugar** surgieron de las actas policiales y del croquis ilustrativo, las que se correspondieron con el relato del ofendido.

⁴¹² Cfr. **DE SHAZO, Peter y Juan Enrique VARGAS**. *Evaluación de la Reforma Judicial en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005.

⁴¹³ Cfr. **J. MAIER, Julio B.** *El proceso penal contemporáneo. Antología*. Edit. Palestra, Perú, 2008, pp. 116 y ss.

- **Si bien el arma no fue hallada, se demostró su existencia** con las vainas servidas encontradas, y los informes balísticos y químicos que revelaron la detonación y el tipo de arma a que correspondían.
- Las **heridas fueron producidas por disparo de arma de fuego**, lo que se demostró con el informe médico. No pusieron en peligro la vida y en función del tiempo de curación **son leves**.

A esta conclusión arribó después de contrastar las pruebas y de tener en cuenta los dos postulados antagónicos de las partes, reflejados en sus **Alegatos finales**:

- **La Fiscalía formuló acusación** por la **comisión del delito de abuso de armas**, habiéndose acreditado que el imputado utilizó un arma de fuego, que causó heridas a la víctima en el muslo y pié izquierdo, que se encontraron manchas de sangre humana, que se encontraron tres vainas servidas de proyectiles de arma de fuego recientemente disparadas, que las lesiones fueron causadas por arma de fuego y que eran leves. Que la declaración de la víctima es coherente y que la del imputado no se apoya en elementos de prueba.
- **La Defensa aceptó los hechos y la autoría, pero descartó la existencia del dolo** requerido para encuadrar la conducta en el delito imputado. Señaló que al disparar al piso para “hacer bailar” al agredido, tenía un *animus jocandi*, que es una agresión atípica; por lo que descartado el dolo, sólo quedan las lesiones leves y al no haberse solicitado la instancia correspondiente, se debe declarar la nulidad de lo actuado.

Calificación Jurídica del hecho:

Sobre la dimensión jurídica del hecho, señaló:

- La **modificación de la calificación legal por parte de la Fiscalía es razonable**. Se deriva del material probatorio legalmente incorporado al debate, del que no es posible extraer la existencia del dolo de matar, requerido para la configuración del delito de homicidio en grado de tentativa.
- El **hecho encuadra en la figura de abuso de arma**, que se estructura sobre la idea de agresión y acometimiento sobre la persona, generando para ella una situación de peligro.
- **No se descarta el dolo**, como lo pretende la defensa, pues radica en la noción de peligro creado por el autor.

Identificación del autor y su responsabilidad:

Si bien el imputado niega el dolo, su declaración no corresponde con ningún elemento probatorio, además de que el defensor sí admite la autoría. Por el contrario, el relato de la víctima sí se corrobora con los elementos probatorios y ha sido coherente y sincero, lo que se concluye al responder a las preguntas del fiscal en que al señalar que le parecía que no le quisieron matar, denota la ausencia de algún interés especial de perjudicar al imputado.

En la escala penal de uno a tres años de prisión, se impusieron dos –que fue lo solicitado por la fiscalía-, en tanto los hechos se produjeron en lugar abierto, en plena luz del día, en presencia de otras personas, tuvo un efecto intimidatorio y no se registró circunstancia atenuante de la pena.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Desde el punto de vista estructural y argumentativo, la sentencia es clara, coherente, consecuente y lógica. Secciona su exposición para dar respuesta a tres preguntas concretas: si se probaron los hechos y la autoría, la calificación legal y la pena. Cada respuesta es una premisa, que ordenada sucesiva y consecuentemente, da lugar a la solución general.

Sin embargo, en el cuerpo de la sentencia, al quedar fijada la imputación por la Fiscalía, no se menciona cuál es el argumento de defensa primario, de manera que quede claro el punto argumentativo de contradicción. Si bien se señala el argumento de defensa que correspondió a los alegatos finales, no se estableció en un principio –con claridad- la litis fijada por las partes al iniciar el proceso.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

No obstante, la sentencia analiza de manera sucinta y clara los puntos de contradicción establecidos y relaciona las pruebas con la acreditación de los hechos, tarea que en el caso no parece mostrar dificultad, pues todos los elementos de prueba confirmaban el dicho del Fiscal y de la víctima, sin que el hecho de que la versión del imputado –por ser discordante- afectare el sentido de la conclusión, toda vez que no se confirmaba por ningún otro elemento probatorio.

La sentencia fue construida bajo un esquema consecuencialista. Los hechos se tuvieron por ciertos, en parte, con base en pruebas objetivas como son las periciales químicas, balísticas y médicas, para concluir que efectivamente el acusado produjo disparos de arma de fuego que lesionaron a la víctima de manera leve; pero para determinar tanto las circunstancias de estas lesiones como la autoría y responsabilidad del imputado, el tribunal tejió los dichos de víctima e imputado, lo que resultó suficiente con la aceptación de los hechos del propio defensor. Mayor dificultad se hubiese suscitado, si ésta no se hubiese presentado.

CASO 2: ABUSO SEXUAL

23 DE DICIEMBRE DE 2006

CÁMARA EN LO CRIMINAL NO. 1, EN LA CIUDAD DE CORRIENTES

JUICIO ORAL

EXP. 5989

Estructura básica de la sentencia:

1. ¿Está probado el hecho y la autoría del procesado?
2. ¿Qué calificación legal corresponde aplicar? Y en su caso ¿Cuál es la responsabilidad penal del imputado?
3. ¿Qué pena debe imponerse? y ¿Corresponde la imposición de costas?

Determinación de los hechos:

El tribunal tuvo por acreditado que el imputado, esposo de la madre de la víctima, aprovechando la situación de convivencia preexistente y por medio de amenazas, abusó sexualmente de la joven, desde los 12 a los 17 años de edad, en reiteradas ocasiones.

Para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta la imputación y la defensa que se pusieron en contradicción:

- **La Fiscalía** imputó la comisión del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el resultado, por haber provocado un daño grave en la salud mental de la víctima, por la calidad del autor –en tanto encargado de la guarda- y por haber sido cometido contra una menor, aprovechando la situación de convivencia preexistente. Entre 1997 y diciembre de 2002 sometió a la menor, hija de su esposa, a reiterados actos de abuso sexual con acceso carnal. El primer hecho se produjo en la casa en que vivían y seis meses después el procesado comenzó a penetrarla, en forma reiterada, dos o tres veces por semana, durante cinco años. Afirmó la existencia de circunstancias agravantes (el trauma psicológico se basa en un informe psicopatológico), e hizo mención de la acción civil resarcitoria iniciada por los padres de la menor.
- La **defensa planteó la nulidad** del auto de elevación de la causa a juicio en razón de la indeterminación de los cargos, así como del tiempo y lugar en el que se habrían realizado los supuestos abusos, pues no se permite conocer el hecho y las circunstancias que lo califican, ni controlar el proceso de subsunción, ni ejercer el derecho a la defensa.

En el análisis de este planteamiento preliminar, el jurado hizo una relación dialéctica del planteamiento de la defensa y la contrargumentación de la Fiscalía. La defensa, para solicitar el sobreseimiento del juicio por no estar precisadas las circunstancias fácticas de los hechos que se imputan y, la Fiscalía, con el alegato de que no es posible exigir una descripción tan detallada pues no es posible que una niña

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

ultrajada aporte todas esas precisiones, además de que no se requiere que la acusación se base en hechos probados con certeza, pues eso será objeto de discusión en el juicio.

El Tribunal resolvió que por la naturaleza de los hechos investigados, pretender las precisiones que exige la defensa en la etapa procesal de inicio del juicio oral, implicaría incurrir en un excesivo rigorismo formal que operaría en desmedro de la recta administración de justicia, además de que los jueces deben hallar el punto de equilibrio entre las garantías constitucionales del imputado y los derechos del niño (cita a la Convención Internacional de los Derechos del Niño). En el caso, la descripción de la conducta atribuida al procesado –relacionada con las pruebas en que se basa la imputación- cumple con la garantía de defensa en juicio.

En la sentencia, el tribunal, en alusión a las reglas de la sana crítica racional- tuvo por acreditado:

- Que el encausado, en aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente y el estatus de guardador, por medio de amenazas, abusó sexualmente de la joven desde los doce a los diecisiete años de edad, en reiteradas ocasiones cuando la madre y hermanos estaban ausentes o no podían verlos.
- El primer abuso sexual con acceso carnal tuvo lugar en 1997, cuando la niña tenía 12 años, en el dormitorio matrimonial de la vivienda familiar, y se describen las circunstancias. Seis meses después continuó el abuso, pero ya por la vía vaginal. Los abusos se prolongaron hasta 2002.
- Existe dificultad probatoria en los casos de abusos sexuales de menores, pues se trata de actos cometidos en la intimidad. En la valoración de la declaración de la víctima, se tuvo en cuenta que se recibió con una modalidad especial, que permitió resguardar a la menor en la cámara Gessel, y salvar la mediación para el acusado. El Tribunal describe cómo es que se realizó la declaración, las circunstancias, y las oportunidades del acusado de escuchar y tener contacto con sus defensores, quienes interrogaron ampliamente a la joven.
- La mediación permitió conocer a la víctima, escucharla, ver sus gestos, su temblor permanente y su angustia. Presenciar su relato claro y coherente, en que se describieron los abusos sexuales. Esto fue relevante para determinar el modo de consumar el estado de sometimiento de la joven, en tanto las preguntas formuladas por los defensores dieron más credibilidad al testimonio de la víctima, quien no dudó y recordó datos sobre su vida que ubican los hechos en tiempo.
- El testimonio de la víctima fue contundente. Sobre la primera violación recuerda que tenía doce años y que en ese día tenía el acto del colegio, pues salía del 6º grado, porque datos como esos quedan bien grabados. También recuerda con claridad el último hecho, la ocasión en que tuvo retraso –mismo que pudo ser corroborado por la testimonial del médico que realizó la ecografía-.
- Los testimonios de los médicos que describieron las lesiones, su antigüedad y su causa son relevantes.
- Los testimonios de las psicólogas coincidieron en que la menor es una persona influenciable y que tiene una particular dependencia psicológica del acusado.
- Concluye que la declaración del acusado y los argumentos de su defensa no fueron sostenidos por elemento probatorio alguno, mientras que la imputación de la menor sí.

Calificación Jurídica del hecho:

- El hecho atribuido encuadra en la figura de abuso sexual con acceso carnal, agravado por la causación de un daño grave en la salud física (psicológica) de la víctima, por la calidad de guardador del autor y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de edad.
- Se han determinado los dos hechos concretos de violación que marcan el inicio y el fin de los abusos sexuales de esta categoría.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

- En el lapso temporal comprendido entre ambos existieron otros abusos que no pudieron determinarse. No se puede realizar una estimación, pues se estaría en el campo de las suposiciones, que anularía el derecho de defensa.
- La imposibilidad de determinar el número de actos no puede ser un puente de impunidad. La solución reside en la norma aplicada, pues el daño –que es la agravante- se relaciona con la modalidad y la reiteración de los abusos. Precisamente la duración y circunstancias de comisión del delito impiden la determinación concreta del número de actos, pero este factor es el que constituye la agravante de reiteración de abusos. Si el daño se demuestra al evidenciarse la salud psicofísica de la víctima, y éste depende de la reiteración de los abusos, entonces su indeterminación es precisamente lo que constituye la agravante.

Identificación del autor y su responsabilidad:

La actuación del acusado fue valorada con base en los testimonios de la víctima y de sus familiares, perfil que constituyó un terreno propicio para mantener el secreto de la niña.

En tanto el imputado tiene capacidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, se le consideró plenamente responsable.

Se determinó que en la escala penal de tres a veinte años de prisión, se impusieran dieciséis –que fueron los solicitados por la fiscalía-, además del pago de accesorias legales y costas. Igualmente se impuso una indemnización por daño moral, solicitada por los representantes de la víctima.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Desde el punto de vista estructural y argumentativo, la sentencia es clara, coherente, consecuente y lógica. Sin embargo, dada la complejidad del caso y el número de testimonios que se recibieron en el contradictorio, su concreción y brevedad se dificultó.

En esta sentencia no existe una sección de “resultandos” o de “antecedentes” en que se suelen relacionar las pruebas desahogadas en el juicio; sino que en aras de contestar una pregunta concreta, específicamente si está probado el hecho y la autoría del procesado, se hace una relación de los elementos probatorios de los cuales se puede desprender la respuesta.

Se tuvo en cuenta que acreditar la existencia del hecho y la responsabilidad penal y civil en el abuso sexual implica dificultades probatorias porque se trata de actos cometidos en la intimidad y normalmente sólo los protagonistas (abusador y abusado) pueden indicar los detalles del hecho. Toda vez que las versiones de éstos son contradictorias, es necesario relacionarlas con los demás elementos probatorios para acercarse a una probabilidad, la más alta, de cómo sucedieron los hechos. Los jueces subrayaron la importancia en este caso de la intermediación en el debate y el contacto directo con los protagonistas. Esto es, la convicción sobre los hechos que se tuvieron por acreditados, según el razonamiento explicado, en la percepción de los juzgadores – si bien concatenada con los demás testimonios- tuvo radical importancia la declaración de la víctima, a la que dicen conocieron, escucharon, vieron sus gestos, su temblor permanente, su angustia, aunque su declaración fue clara, coherente, segura y entera. El lapso temporal y el modo en que se consumó el estado de sometimiento de la joven se reforzó, en opinión de los jueces, en que dijo recordar la edad en que comenzaron los abusos, pues todavía estaba en el Jardín (preescolar) y dio los nombres de las maestras.

El testimonio de la víctima fue contundente y llevó a los jueces a otorgar credibilidad a su dicho y, consecuentemente, a tomar esta conclusión de veracidad como premisa para imputar la existencia y autoría del hecho, y proceder a su calificación legal e imposición de penas y sanciones.

Esta sentencia guarda un estado de dificultad evidente en razón del tipo de actos que fueron materia de juzgamiento y la alta dificultad probatoria. El mayor reto a que se enfrentó el tribunal fue a tener por verosímil la declaración de la víctima, quien era

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

menor en los momentos en que se realizaron los actos abusivos sexuales y cuyo testimonio es el único directo sobre los hechos, en razón de la naturaleza íntima de los sucesos.

No obstante, el Tribunal relacionó en general y en temas particulares la declaración de la víctima con las de sus familiares, quienes aportaron en la ubicación de circunstancias y de contexto social; con las de los peritos médicos, que corroboraron las lesiones físicas sufridas, propias del abuso; y las de los peritos psicólogos, quienes describieron los indicadores psíquicos de abuso en la joven y coincidieron en no encontrar rastros de falseamiento de la historia.

Muy importante fue la valoración de verosimilitud que hizo el propio Tribunal, únicamente con base en sus percepciones al momento de presenciar la declaración de la menor. Describe el Tribunal el estado de ánimo de la joven, sus alteraciones, su angustia, pero también su coherencia, firmeza y consistencia.

Es de destacarse que si bien se encuentra en todo el cuerpo de la sentencia un ejercicio argumentativo constante de interrelación de datos identificados en cada probanza, para arribar, de manera inductiva a conclusiones generales, finalmente hay un ejercicio deductivo de derecho, hecho, consecuencia en la declaración de la pena.

El argumento usado por el Tribunal para sostener que no es importante que no se hayan podido determinar fácticamente los abusos que ocurrieron entre el primero y el último de los identificados es muy interesante:

▫ **Problema planteado por la defensa.-** No se puede condenar –ni se habría podido procesar- por hechos que no están precisados por la acusación. En el caso, los abusos sucedidos entre el primero y el último.

Solución del Tribunal.- No obsta la falta de precisión fáctica de los hechos entre el primero y el último, porque una de las agravantes que se está aplicando es la del grave daño. En la configuración del grave daño, se tiene en cuenta la modalidad y la reiteración de los abusos. En el caso, la duración y circunstancias de comisión del delito impiden la determinación concreta del número de actos, pero sí se comprobó que fueron reiterados y bajo amenaza, por lo que sí hay un grave daño.

El Tribunal tuvo una muy buena intención de no dejar impune la reiteración de los actos de abuso. En abono a la claridad del argumento, podemos desmembrarlo –a la manera de Toulmin- como sigue:

Premisa o Razón 1: En la configuración del grave daño en delitos de abuso sexual, se tiene en cuenta la modalidad y reiteración de los abusos.

Premisa o Razón 2: No se precisa el número de actos ni sus circunstancias fácticas específicas; pero sí se comprobó que fueron reiterados.

Conclusión o pretensión: Se configura la modalidad de grave daño por reiteración de abusos, aunque éstos no estén especificados en número.

Respaldo: El legislador quiso que este tipo de situaciones no quedaran impunes, al referirse a la duración y circunstancias de comisión del delito.

Cualificador modal: En este tipo de asuntos es muy difícil que se especifiquen por la víctima los eventos concretos de abuso reiterado en un tiempo tan prolongado, lo que no puede quedar en la impunidad.

Condiciones de refutación: Se tiene que tener en cuenta si esta conclusión no se contrapone con la presunción de inocencia y la exigencia de que toda acusación sea exhaustiva y precisa en los hechos.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

El único problema en la configuración de este argumento podría ser que la premisa primera no sea verdadera, o más bien válida. El Tribunal da por sentado que el daño grave se integra por la reiteración de abusos y la modalidad. Si esto no estuviera previsto en una norma y sólo fuera inferencia del Tribunal, entonces se está partiendo de una premisa falaz, porque no se explicita cómo es que se hace tal afirmación.

3.5. COLOMBIA.

En el año de 1991 se generó en Colombia una reforma constitucional que sentó las bases para la reforma del sistema de justicia penal. Se introdujo la figura de Acción de Tutela, se creó una Corte Constitucional, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación, la Justicia Penal Militar, un Estatuto para la defensa de la justicia y el Consejo Superior de la Judicatura. En 2002 hubo otra reforma constitucional en que se establecieron el principio de oportunidad, el juicio oral público y contradictorio, la facultad del Congreso de expedir o modificar un nuevo Código de Procedimientos Penales, y el Penal, una ley penitenciaria, de Habeas Corpus, y otra Estatutaria de la Administración de Justicia. Asimismo, se previeron los recursos necesarios para la implementación gradual del sistema acusatorio, entre el 1° de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008.⁴¹⁴

El proceso penal acusatorio colombiano, en su normal discurrir, posee los tres estadios básicos de *indagación* (investigación previa), *investigación propiamente dicha* (instrucción) y *juzgamiento penal*. En la primera se determina la ocurrencia de los hechos y sus circunstancias, mediante la acción de la policía en coordinación con el fiscal, hasta la formulación de una imputación directa, con la que comienza la fase de investigación que se extiende hasta la presentación del escrito de acusación, de preclusión o de aplicación del principio de oportunidad. El juzgamiento, como tercera etapa, se inicia con la acusación, para llevar a cabo el juicio oral y terminar con el anuncio del sentido del fallo.⁴¹⁵

CASO 3: EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA

21 DE SEPTIEMBRE DE 2010

JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE OCAÑA CON FUNCIONES DE
CONOCIMIENTO

JUICIO ORAL

RADICADO 544984004001-2010-00028-000

⁴¹⁴ Cfr. **HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo**. *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*, ob. cit., p. 253.

⁴¹⁵ Cfr. *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Manual General para Operadores Jurídicos, 2ª ed., USAID (Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos) Colombia, 2009, p. 30.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia tiene la siguiente estructura:

- Hechos (de la acusación)
- Identidad e individualización de los procesados
- Actuación Procesal
- Cargos Imputados
- Juicio Oral
- De los Alegatos de las Partes
- Consideraciones del Despacho
- Resolutivos

Determinación de los hechos:

La sentencia es absolutoria de los cargos, si bien el juez tiene por acreditados los hechos imputados, no se convenció de la responsabilidad de los procesados. Los hechos que tuvo en cuenta fueron aquellos materia de acusación:

La víctima denunció que fue objeto de extorsiones desde el 18 de marzo del año 2010, en que recibió una llamada de un número celular, de un sujeto que dijo pertenecer al grupo “Gaitanistas”, comandante de 16 jóvenes, que iban a empezar a operar en Ocaña para “sacar a los rastros” y seguir mandando ellos. Que necesitaban el apoyo de los comerciantes y entre ellos estaba él. A los cuatro días le volvieron a llamar desde el mismo número, pidiéndole cien mil pesos para sacar unas motos que les habían retenido. Decidió entregarles el dinero para no tener problemas. El 25 de marzo llegaron a su panadería y le dijeron que necesitaban que siguiera colaborando y que ellos estarían pendientes de la seguridad del pueblo. El 12 de abril le pidieron doscientos mil pesos, bajo la amenaza de que se atuviera a las consecuencias con su familia. Le dijeron que el 13 de abril iría un individuo llamado “Alexander” y le dieron un número de celular para que llamara. Decidió llamar al Gaula, lo que no había hecho antes porque le daba miedo. El Gaula montó un operativo en la mañana del 13 de abril en su panadería, y cerca de las 11 horas se presentaron dos hombres en una motocicleta, uno de ellos entró al negocio y recibió los doscientos mil pesos, y el otro se quedó sentado en la moto. Se capturó a los dos sujetos que ahora son procesados.

Es de subrayarse que la reseña de estos hechos es muy oscura en el texto de la sentencia por lo que, para su claridad, se ha redactado una versión que pretende una mejor estructura sintáctica.

Calificación Jurídica del hecho:

El Juez tuvo por acreditados los hechos que configuran el delito de extorsión en grado de tentativa, lo cual afirmó, pero no justificó, pues únicamente se concretó a relatar de manera muy poco clara los hechos imputados y los alegatos de las partes, concluyendo que la única prueba con que se contaba era un video filmado por un agente de policía, del que no se podía probar que los imputados sean autores de la extorsión, porque el denunciante no se presentó a declarar en juicio y no se tiene certeza de que estas personas fueron quienes hicieron las llamadas extorsivas, ni que se hubiesen presentado antes en la panadería, por lo que infiere que fueron instrumento de los verdaderos autores de la extorsión.

Identificación del autor y su responsabilidad:

Por las razones anteriores, no hay identificación del autor y de su responsabilidad.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

No, esta resolución no es clara ni consistente desde el punto de vista argumentativo. La redacción de hechos, los alegatos de las partes y la relatoría de la audiencia de juicio oral son difíciles de comprender aun cuando no se realizan transcripciones.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

En el apartado de “consideraciones del despacho” que son las conclusiones a que arriba el Juez, se señala que sólo se cuenta con un video filmado por un agente de policía, del que no se puede inferir que los procesados sean los autores de la extorsión, pues para ello eran necesarias declaraciones o pruebas documentales. Hizo falta también la declaración de la víctima, pues los otros testigos sólo señalaron que sabían que la víctima recibió llamadas extorsivas, pero no aseguran que los procesados fuesen quienes extorsionaron. Lo que sí se ha identificado es a un autor intelectual, lo que concluye sin mayor sustento que la imputación que hace uno de los procesados, quienes en su defensa señalan que fueron simplemente instrumento de aquél.

El juez se apoyó en su decisión en el “hecho notorio” de que en Ocaña, lugar de los hechos y del juzgamiento, debido a la falta de trabajo y de oportunidades, los jóvenes se dedican a oficios varios, realizar mandados, “vender minutos”, “hacer domicilios” y uno de los procesados probó que poseía un negocio dedicado a esta clase de actividades, por lo que prospera la teoría del caso de la defensa, en el sentido de que sólo se dedican a hacer domicilios –se infiere a hacer servicio de mensajería- y que habían sido enviados por el supuesto autor intelectual, pero no sabían ni qué recogerían ni a quién iban a ver.

Por considerar que faltó una investigación integral y ante la falta de convencimiento sobre la plena responsabilidad, el Juez decidió exonerar de los cargos.

La falta de sostén argumentativo y expositivo del juzgador fue evidenciada en este caso por el Tribunal de Apelación –cuya sentencia pudo ser consultada- y que fue dictada por la Sala Penal de Decisión en San José de Cúcuta del Tribunal Superior del Distrito Judicial.⁴¹⁶ En efecto, el 16 de noviembre de 2010, la Sala revocó la sentencia de primera instancia y condenó a los procesados, bajo el razonamiento de que el Juez se equivocó al basar la absolución en el video que la policía grabó como parte de un operativo, en donde se filmó a los procesados el día de su captura y respecto del cual el juzgador señaló que no existían ensayos anteriores que comprometieran la responsabilidad de los enjuiciados y que cualquier persona pudo haber acudido a recibir el dinero. Ello, sin tener en cuenta que ese video debió ser valorado como una “prueba silente”, autenticada con la acreditación del proceso mediante el cual se tomó la película, para lo cual no se requiere que comparezca la persona que realizó la filmación sino la procedencia del registro.

En el video se observa a uno de los acusados ingresar al establecimiento propiedad de la víctima, entablar una conversación con él y recibir la suma de dinero acordada en doscientos mil pesos, los cuales contó y se fue del lugar. El juez dio la razón a la tesis del defensor, quien dijo que uno de los procesados tenía un establecimiento de comercio, dedicado a alquilar lavadoras y motocicletas y hacer entregas a domicilio, teoría que tendría que haber sido desestimada por ilógica porque la defensa manifestó que el acusado recibió una llamada de una persona para que recogiera una entrega en un domicilio a su nombre, pero no le dijo quién le entregaría ni qué le entregaría, pero por experiencia se sabe que ninguna persona y menos un mensajero –mucho menos siendo el dueño del servicio de mensajería- acude a recibir una entrega sin tener certeza de qué va a recibir ni a quién le va a recibir.

En suma, el Tribunal evidenció la falta de consistencia argumentativa de la primera instancia por guiar su razonamiento en supuestos no apoyados en las máximas de experiencia y en premisas que no se derivan una de la otra, en cuanto a su contenido.

CASO 4: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO
30 DE MARZO DE 2012

⁴¹⁶ Sentencia de segunda instancia Ley 906 de 2004. No. 54-498-61-06113-2010-80149-01, Delito Extorsión en Grado de Tentativa, Partida 990 Cód. 199, Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Penal de Decisión, Cúcuta, 16 de noviembre de 2010.

JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA CON FUNCIONES DE
CONOCIMIENTO

RADICADO 470016001018-2011-00016-00

CAUSA 2011-00016

Estructura básica de la sentencia:

- I. Asunto por decidir
- II. Los hechos
- III. El acusado
- IV. Audiencia de juicio oral
- V. Alegatos finales
 - a. La representante de la fiscalía
 - b. La representante de la víctima
 - c. El agente del Ministerio Público
 - d. El defensor
- VI. Consideraciones del Juzgado
- VII. Manifestación de las partes con respecto al artículo 447 de la Ley 906 de 2004
- VIII. Dosificación de la pena
- IX. De los subrogados penales
- X. Resolutivos

Estos títulos son atribuidos en estos términos por el propio juzgador.

Determinación de los hechos:

En el apartado de hechos el Juez resume sintética y claramente que estos ocurrieron en el mes de enero de 2011, en horas de la mañana, cuando el acusado aprovechó la circunstancia de encontrarse solo con su hijastra, quien para esa época contaba con 13 años de edad, y así realizarle maniobras sexuales consistentes en tocamientos en sus partes íntimas, concretamente vagina y senos.

Estos hechos los tuvo por probados por el Juez primordialmente con el testimonio de la menor, administrado con el de su hermano y el de la perito forense que hizo una exploración ginecológica, incluso con el testimonio de la madre de la menor, quien sin apoyar su dicho y sí el del acusado, confirmó varias circunstancias de los hechos narrados por la menor.

En su valoración, el Juez señaló que si bien la víctima evidencia cierto rezago en su madurez y fluidez verbal, relató claramente los hechos y realizó una imputación directa, la cual sostuvo en todo momento del proceso, de manera esencial. No obstó que la madre la contradijera y que su hermano, quien denunció, luego se retractara, diciendo que con posterioridad la menor le había confiado que todo era mentira.

El Juez desestimó las contradicciones de la madre y del hermano porque la menor se sostuvo en su dicho de manera constante y porque –siguiendo las máximas de experiencia- dedujo que la madre tendía a proteger al acusado que es su pareja y respecto del hermano de la víctima, se nota influenciable por la madre.

Consideró desnaturalizada la actitud de la madre e incluso ordenó compulsar a la Fiscalía General de la Nación en contra de ella, por el delito de falso testimonio.

Los hechos se tuvieron por acreditados, incluso con el dictamen médico forense desahogado en el juicio oral, en que se concluyó que los genitales externos de la menor eran de aspecto usual y el himen no había sido desflorado, pero no se descartó la ocurrencia de los hechos ya que algunas maniobras como besos, caricias o tocamientos pueden no dejar hallazgos observables en el cuerpo.

Calificación Jurídica del hecho:

El Juez tuvo por acreditada la conducta punible y su atribución al responsable sin dubitación alguna, respecto del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, el cual analizó desde el texto del tipo penal que requiere la realización de

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

actos sexuales diversos al acceso carnal con persona menor de catorce años, con la agravante de que poseía un carácter de autoridad sobre la víctima por ser su padrastro.

Identificación del autor y su responsabilidad:

Con los mismos elementos con que se tuvieron por configurados los hechos y el señalamiento directo de la menor hacia el imputado, se le tuvo por identificado.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es clara y de estructura consistente. Se dio un gran peso probatorio a la declaración de la menor, no obstante que no se contó con una prueba pericial psicológica que reforzara su credibilidad. Incluso, en la sentencia de segunda instancia, a la cual se tuvo acceso,⁴¹⁷ el Tribunal confirmó en apelación la sentencia condenatoria, señalando que el juzgador había valorado correctamente la prueba de la menor –la cual fue desahogada con las formalidades propias de la práctica del testimonio de la menor víctima (sin público, en presencia del defensor de familia y un psicólogo)-. El peso probatorio de esta declaración se le dio porque a pesar de mostrar un desarrollo cognitivo lento, la niña fue clara, precisa y contundente en sus afirmaciones.

El Tribunal de alzada reforzó la conclusión del juez de primera instancia –basado en una máxima de experiencia- en el sentido de no atender el dicho de la madre, al presumir que ésta aún mantiene cercanía con el procesado, en tanto la víctima actualmente vive con su madrina y no con su madre.

Estos argumentos fácticos, que no fueron materia de prueba, sino de percepción directa de los entes juzgadores, sólo pueden ser empleados por ellos en sus razonamientos, mediante inferencias no lógicas desde el punto de vista formal, sino material, lo que precisamente es uno de los objetivos del juzgamiento acusatorio.

3.6. COSTA RICA.

Este país fue uno de los primeros en Latinoamérica en optar por una reforma procesal penal encaminada a la adopción del juicio acusatorio. Desde los años setenta inició una serie de reformas que cambiaron su sistema de justicia penal, introdujo las bases del juicio oral y dividió el proceso en dos fases, una instructora –a cargo de un juez- y otra de juicio oral.

La reforma inició en 1973 con la instauración de un Código Procesal Penal, inspirado en el de la Provincia de Córdoba, Argentina, que implementó la oralidad y adscribió a la Policía Judicial y al Ministerio Público al Poder Judicial, con lo que son independientes del Poder Ejecutivo.

En 1988 se eliminó la fase de instrucción, de manera que el juicio oral se volvió la parte medular del proceso penal. Los principios que rigen a este sistema son el de legalidad, interpretación restrictiva de las normas que limiten el ejercicio de derechos de los sujetos procesales, juez natural, justicia pronta, independencia, objetividad, solución de conflictos por medios alternos, decisiones de tribunales colegiados, estado de inocencia, medidas cautelares, persecución única, inviolabilidad de la defensa, defensa técnica, intérprete, saneamiento de defectos formales y acción pública y privada.

⁴¹⁷ Sentencia de 26 de junio de 2012, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Colombia, radicación 47001600102120110001601, Rad. Trib. 300-12.

El proceso se divide en tres fases: procedimiento preparatorio, intermedio y juicio. El preparatorio se refiere a la investigación y recolección de elementos necesarios para fundar la acusación sobre un hecho delictivo. Comienza con la denuncia, querrela o actuación oficiosa de las policías o del Ministerio Público. En el procedimiento intermedio se formula acusación o se soluciona el caso mediante el procedimiento abreviado. Se pueden objetar las decisiones del Ministerio Público, oponer excepciones, ofrecer pruebas para el juicio oral y plantear cuestiones de preparación al mismo. El juez del procedimiento intermedio decide sobre estas cuestiones y emite, en su caso, auto de apertura del juicio oral.

En la audiencia del juicio oral se verifica la presencia de las partes, los testigos y peritos. Se lee la acusación y la querrela y se determinan las posiciones respecto de la acusación. Se toma la declaración del imputado y se sigue con el interrogatorio de testigos y peritos. Los documentos son leídos y exhibidos en la audiencia, con indicaciones de su origen; en su caso, se reciben pruebas supervenientes. Terminada la recepción de pruebas, se inician los alegatos finales, se valoran las pruebas por el Tribunal y se dicta la sentencia.⁴¹⁸

Las sentencias que en adelante se comentan corresponden, la primera, a un procedimiento abreviado, en que el inculcado aceptó en la etapa intermedia la comisión de los hechos delictivos, lo que evitó la celebración de la audiencia de juicio oral y a él le permitió gozar de un beneficio en la pena. En este tipo de asuntos la sentencia no resuelve en estricto un contradictorio, pero sí se ocupa de fundar y motivar la acreditación de la comisión, la responsabilidad del ilícito y la imposición de la pena. La segunda sentencia corresponde a la emitida por un Tribunal en juicio oral, en donde sí se resolvió un contradictorio.

CASO 5: POSESIÓN Y TRANSPORTE DE DROGA

2 DE OCTUBRE DE 2009

TRIBUNAL DE JUICIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE LA ZONA SUR, SEDE
CORREDORES.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

EXP. 09-200590-456-PE

Estructura básica de la sentencia:

- Identificación de la causa y encausado
- Resultandos⁴¹⁹
- Considerandos

⁴¹⁸ **HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo.** *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*, ob. cit., pp. 243 y ss.

⁴¹⁹ Relación sucinta de los hechos, constancia de la solicitud del inculcado de someterse al procedimiento abreviado, aprobación del juez penal, y constancia de que en el procedimiento se han observado los términos y prescripciones de la ley y el plazo legal para el dictado de la sentencia.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

- Hechos probados
- Inventario de prueba y análisis jurídico
- Acerca del fondo de la cuestión
- Acerca de la pena
- Sobre la medida cautelar
- Acerca del comiso
- Resolutivos

Determinación de los hechos:

En ubicación de tiempo y lugar el acusado poseía y transportaba para el tráfico, en un vehículo -en compartimiento oculto- cinco paquetes de clorhidrato de cocaína, con un peso de cinco mil gramos con una pureza de 78%. Además de la droga, portaba 222,000 mil colones, producto de su actividad ilegal. Estos hechos se respaldan de las actas de traslado del vehículo, de requisa, registro, inspección y secuestro, y del dictamen criminalístico, así como de la evidencia consistente en la bolsa plástica transparente.

Calificación Jurídica del hecho:

Se tuvo por configurado el delito de posesión y transporte de droga, cocaína, con fines de tráfico. Se tuvo por probadas la posesión y transporte para fines de comercialización, de clorhidrato de cocaína, la que encontrada dentro del vehículo, lo que constituye el elemento objetivo básico del tipo penal. Se identifica la lesión al bien jurídico tutelado de la salud pública y el daño social que implica. Se subsume la conducta a la norma penal prohibitiva, así como el dolo en la voluntad del encausado.

Identificación del autor y su responsabilidad:

El Tribunal hace una relación de *cómo determina que el inculpado es el autor y responsable único del delito de posesión y transporte de droga con fines de tráfico*, de manera que se completa el “círculo constructivo del marco de probabilidad delictiva”. Para ello se sirve de:

- *Confesión del acusado*
 - *Acta de traslado del vehículo*, en que se hizo constar:
 - Intercepción del vehículo por la sospecha de transportar droga.
 - Traslado a la aduana para su revisión.
 - Revisión personal al imputado, quien voluntariamente extrajo de sus bolsillos dinero y documentos.
 - Descripción de las condiciones visibles del vehículo decomisado.
 - Revisión del vehículo, en que en un lugar oculto de la guantera, se encontraron cinco paquetes con envoltorio amarillo con una sustancia blanca, sólida, que al realizar la prueba de campo, indicó ser clorhidrato de cocaína.
- Con lo anterior, se concluye:
- Se documentan las diligencias realizadas por el órgano acusador y la asistencia policial.
 - Las actas tienen plena vitalidad procesal y no son objeto de combate.
- *Dictamen criminalístico*, del que se desprende:
 - El análisis científico de los paquetes, que concluye que contenían cinco mil gramos de material blanco con clorhidrato de cocaína.
 - Que dicha cantidad permite confeccionar setenta y cinco mil “puntas” puestas al servicio del mercado consumidor.
 - *Acta de audiencia preliminar*: El encausado solicita la aplicación del procedimiento abreviado y acepta la pena pactada.

En razón de las pruebas documentales y la aceptación de los cargos, el Tribunal tiene la certeza de que:

- El procesado cometió el delito de posesión y transporte de droga (cocaína) con fines de tráfico.
- Que dispuso de toda voluntad para que ocurriera de ese modo.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

- Que poseía y transportaba los cinco kilos de estupefaciente a sabiendas de que era prohibido.
- La antijuridicidad de la conducta en tanto se pone en peligro la salud pública.
En este punto, el Tribunal hace una reflexión alejada de la técnica jurisdiccional y más bien tendente a la sanción moral:

“Pudiéndose desarrollarse como buen ciudadano del planeta, habitante amigable, comportarse decentemente, disponer de su vida por los senderos de la ley, decide escoger la ruta del delito, del sombrío y bochornoso submundo de la droga... el reproche penal no queda silenciado; el manto de la inocencia que lo cubría, se ha derribado; la culpabilidad emergió limpia e inmaculada (...)”.

Con esto, el Tribunal concluye tener certeza sobre la responsabilidad de la comisión del delito.

Respecto de la pena se tuvo en cuenta que:

- El encausado es una persona joven (30 años de edad), sin antecedentes penales.
- La pena pactada no se hubiese aplicado en el contradictorio.
- La habilidad y experiencia policial impidió continuara con el transporte de droga y alcanzare su destino.
- Tenía en su poder dinero proveniente del negocio.
- El tipo de droga produce desmejoramiento de la salud.
- El encausado admitió los hechos y propició economía en el juicio y ahorro para el Estado.
- Se estima procedente mantener la pena pactada de 6 años de prisión.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

En este asunto no se resuelve una contienda de argumentos en acusación y defensa, pero sí se debe justificar la imposición de la pena, aun cuando ésta se haya pactado y se hubiesen aceptado los hechos y la responsabilidad por el encausado, en tanto el Estado sigue teniendo la carga de desvirtuar con fundamento de ley y acreditación de hecho, del desvanecimiento de la presunción de inocencia del procesado. Esta carga de prueba para el órgano jurisdiccional, implica justificar con elementos fácticos la actualización del ilícito y la responsabilidad.

Fue muy claro para el juzgador llegar a esta inferencia no sólo por la confesión, sino con el resto de las pruebas exhibidas que fueron documentales, pero que consistieron en actas circunstanciadas de eventos de la investigación que evidenciaban el nexo entre los hechos y el responsable.

Cabe hacer notar que en esta resolución, el juez no tiene que abundar en elementos formales como es la competencia o la legitimación, porque nada de eso se controvertió (lo que es característico en las resoluciones del sistema acusatorio).

Tampoco tuvo que transcribir las constancias que toma como elementos de prueba, sino sólo citarlas y referirlas, con el énfasis específico del dato relevante a tener en cuenta para llegar a la conclusión.

El tipo de argumentos que se usan son de naturaleza inductiva, pues con la reunión de un conjunto de elementos fácticos que se desprenden de la investigación, se arriba a la conclusión general sobre la responsabilidad del autor y la actualización de los hechos.

Es interesante comentar que en su juicio se insertan reflexiones que van más allá de un estricto raciocinio técnico, para hacer un reproche moral al encausado, en el sentido de que *en lugar de ser un buen ciudadano del planeta, un habitante amigable con comportamiento decente y hubiese dispuesto su vida por los senderos de la ley, haya escogido la ruta del delito*. Este tipo de reflexiones sancionatorias tienen el peligro de ser altamente debatibles por su subjetividad, pero dado que en el caso se expresan una vez evidenciados objetivamente todos los elementos de realización del suceso delictivo y de la comisión, ésta reflexión otorga un peso moral sancionatorio y de reproche al encausado por parte del Estado y la sociedad.

CASO 6: ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD

6 DE JUNIO DE 2008

TRIBUNAL DE JUICIO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE LA ZONA SUR, SEDE
CORREDORES

JUICIO ORAL

EXP. 06-200828-456-PE

Estructura básica de la sentencia:

- Identificación de la causa y encausado
- Resultandos
- Considerandos
 - Hechos probados
 - Inventario y valoración de la prueba
 - Acerca del fondo de la cuestión
 - Acerca de la pena
- Resolutivos

Determinación de los hechos:

El 23 de septiembre de 2006, por la tarde, sin precisar hora, en un lugar determinado, el inculpado abusó sexualmente de la víctima, de nueve años de edad, cuando llegó a la casa de la hermana de la menor y con fines sexuales, tomó a la niña, le bajó el pantalón corto y el calzón y le puso la boca en la vagina, y le dio un beso. Estos hechos encuentran respaldo en diversos testimonios, en la denuncia del padre de la menor, y en los dictámenes forenses psiquiátrico y psicosocial.

El Tribunal interpreta el alcance de las expresiones de la niña, quien dijo que al estar en casa de su hermana mayor, el inculpado le bajó el pantaloncito, el calzón y puso la boca en la vagina, y que le dio un beso largo. Para el tribunal, la expresión usada por la niña de que hubiese sido “un beso” es una forma inocente, descriptiva y única –dada su limitación lingüística y expositiva en imágenes-, de denominar al acto “*libidinoso, protervo y claro de la búsqueda de placer sexual*”.

De la declaración del padre de la niña, el tribunal encuentra coincidencias de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, aun cuando su conocimiento es por referencia de lo que le contó la menor, pero destaca el Tribunal que el testigo haya dicho que la niña contó que el inculpado “le había faltado al respeto”, lo que para los jueces constituyó un eufemismo popular que señala el abuso y la incursión delictiva de índole sexual de una persona sobre otra.

El Tribunal considera creíble la declaración de la niña por las siguientes razones:

- Depuso con voz clara, fuerte, sin señal de mentira, venganza o inquina.
- No es posible exigirle a una niña como ella que se defiende gritando o forcejeando por dos razones: él es de un físico muy fuerte para ella y los niños no han sido educados, formados o instruidos suficientemente para enfrentarse al mundo de los adultos, que en el caso del inculpado, es perverso.
- Los niños sufren una especie de parálisis emocional ante un ataque contra su voluntad de tal magnitud, inédita e inexplicable para su edad, que no les permite gritar.
- El adulto es hostil.
- Las deformaciones educacionales de las niñas no les permiten enfrentar a un agresor sexual gritando, corriendo, llamando o maldiciendo.
- El examen psicosocial forense practicado a la niña contiene respuestas a un interrogatorio que coincide con lo que ha denunciado del evento. Se concluye que no se detectaron ideas fantasiosas que no tiene razones ni capacidad para inventarse un episodio tan grave como el que relató.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Calificación Jurídica del hecho:

El acto del inculpado sobre la niña es abusivo y se configuran los elementos objetivos del delito, porque:

- Lo hizo contra la voluntad de la niña.
- La niña no pudo oponerle resistencia merecida.
- El físico del encausado, su condición de adulto y su presencia dentro de la casa donde estaba la menor constituyeron los factores más directos de aprovechamiento.
- El “beso”, en el lenguaje de la menor, tenía toda la marca de un acto con fines sexuales.
- El acto perseguía placer, con el fin de satisfacer su libido.
- La niña tenía nueve años, por lo que era menor de trece.

La vertiente subjetiva se tiene acreditada con:

- El hecho de que desde que el inculpado se encontró a solas con la menor “puso en circulación su estrategia libidinosa”.
- Su voluntad estuvo al servicio del esquema normativo penal.
- Lo hizo con dolo.
- El hecho es antijurídico.
- No hay justificación de su conducta.
- El mundo de los adultos destruye al de los niños.
- Los niños están espantados ante la brutalidad de los adultos.
- Los niños son para respetarlos, cuidarlos y dejarlos libres.
- El inculpado hizo lo contrario, aplastó la voluntad de la menor y la abusó.
- La niña vivirá mucho tiempo, sino toda su vida, con el tenebroso recuerdo.
- El inculpado está en toda su capacidad de culpabilidad, sabía lo que hacía.
- Pudo disponer la ruta de sus instintos al control de conciencia humana y ética para no agredir a la menor.

Identificación del autor y su responsabilidad:

La hipótesis del Ministerio Público de que fue el encausado el que cometió el hecho ilícito, se confirma porque:

- La prueba testimonial de la niña fue conteste, directa y clara.
- La niña identificó al inculpado por su nombre y circunstancias.
- No obsta que el inculpado haya dicho que no cometió el delito.
- El único que estaba con ella ese día era él. (Lo que incluso él mismo admitió)

El Tribunal relaciona elementos aislados para arribar a estas conclusiones. A saber, ubica al encausado en el sitio, hora y día de la comisión de los hechos, a partir de la propia declaración del encausado, de la menor y del padre de la menor. Relaciona las tres declaraciones para concluir que son coincidentes en cuanto a la ubicación del encausado. A la declaración de la menor la considera coherente y verosímil porque coincide con los datos de tiempo y lugar que señaló el encausado (la menor no pudo precisar la fecha, pero sí dijo que había sido un sábado en la tarde) y, en cuanto al modo, ella fue la que lo relató.

Del dictamen psiquiátrico forense practicado al inculpado se concluyó que no le detectaron elementos sugerentes de psicopatología y que tiene capacidades cognitivas, volitivas y judicativas, y es capaz de reconocer la naturaleza, carácter e implicaciones de sus actos y declaraciones.

Al final, en la sentencia, el Tribunal realiza una serie de reflexiones de naturaleza moral, más allá de la técnica jurídica, a manera de sanción al encausado:

“XX es un hombre, aunque joven, es un adulto que no tiene control de sus instintos sexuales y ha dejado lastimada moralmente a la menor. Ella, generó miedo ante él, no quería pasar por su casa, no quería verlo, además que ella señaló que él le decía que se muriera junto a su padre. El abuso sexual sobre una niña es obviamente traumático; se trata de una persona fuera de su familia, de un advenedizo, que deja una huella negativa en su vida futura y de su integración como persona. XX aprovecha que la

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

hermana mayor lava fuera de la casa en una pila apartada; obliga a la menor a sentirle la cara, la boca, los labios, y quizá más, sobre su vagina. El encausado atemorizó a su víctima y le hizo cambiar algunas concepciones sobre las personas y especialmente sobre él (...)

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Los asuntos que tienen que ver con violaciones o abusos sexuales a menores revisten un impacto social muy importante. En el juzgador recae la responsabilidad de pronunciar una sentencia que sea objetiva y que venza la presunción de inocencia del encausado.

En su valoración, tiene que atender equilibradamente tanto las pruebas de la víctima, como del inculpado, y para ello tiene que hacer uso tanto de razones de derecho, como de razones materiales guiadas por la lógica y la experiencia.

Esta sentencia consideró acreditada tanto la comisión del hecho delictivo como la responsabilidad del encausado, para lo cual la prueba determinante fue la declaración de la menor. Sin embargo, la veracidad que se le otorgó se sustentó en razones no objetivas y eso es un problema en el sostén argumentativo de esta resolución.

En efecto, las premisas de las cuales partió el Tribunal para concluir en que la declaración de la menor es veraz fueron que al declarar lo hizo con voz clara, fuerte, sin señal de mentira, venganza o inquina. Esa razón podría dar un indicio de que la niña se encontraba serena en el momento de declarar, pero no se explican las razones por las cuales no se encuentra mentira, venganza o inquina.

También se dice que es veraz la afirmación porque no es posible exigir a una niña como ella que se defienda, ya sea con gritos o forcejeos, por dos razones: él es de un físico muy fuerte para ella y los niños no han sido educados, formados o instruidos suficientemente para enfrentarse al mundo de los adultos, que en el caso del inculpado, es perverso. En este argumento, el tribunal usó elementos disímolos que tienen que ver con la imposibilidad material de la niña de defenderse y su falta de preparación educativa para enfrentar al mundo de los adultos, cuestiones que en sí y en estricto son presunciones que no se encuentran objetivadas con otras razones en el específico caso de la víctima en este asunto. Además, independientemente de que así se acreditara en ella, su falta de capacidad física o mental para enfrentar al abusador, no constituye una premisa que tenga como consecuencia argumentativa la veracidad de su dicho.

Hay un tramo entre la hipótesis de su imposibilidad de defensa y la veracidad de sus dichos, que no queda claro ni explicado. Con la imposibilidad de defensa, se puede justificar y creer que simplemente no se pudo defender, pero esa afirmación no da sustento a la veracidad integral del dicho de la menor.

Otra hipótesis a partir de la cual se sustenta la veracidad de la declaración de la menor es que “los niños sufren una especie de parálisis emocional ante un ataque contra su voluntad de tal magnitud, inédita e inexplicable para su edad, que no les permite gritar”. Esta hipótesis sólo permite suponer que la niña no se pudo defender, pero no significa que la niña esté diciendo la verdad al describir los hechos. Nuevamente queda un tramo en que no existe un nexo de necesidad o causalidad entre la hipótesis y la consecuencia de verdad de la declaración. Además, la premisa de la cual se parte no está sustentada en otra u otras que la hagan objetiva, pues la afirmación de que los niños (entiéndase “todos los niños”) sufren una especie de parálisis emocional que les impide gritar ante un ataque contra su voluntad de tal magnitud, requiere de una explicación científica y/o técnica, y eso no sucede, sino que se afirma como si fuera una verdad inobjetable, respecto de la cual todas las opiniones estuvieran convencidas, y no es el caso.

Lo mismo sucede con las afirmaciones de que la veracidad de la declaración se sustenta en que “el adulto es hostil”, o que “las deformaciones educacionales de las niñas no les permiten enfrentar a un agresor sexual gritando, corriendo, llamando o maldiciendo”.

Sin embargo, cuando el Tribunal señala que la veracidad de la declaración de la niña se prueba o se sustenta en las conclusiones del examen psicossocial forense que le

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

fue practicado, del que se desprende consistencia en la denuncia y que no existen en ella ideas fantasiosas, ni razones ni capacidad para inventarse un episodio tan grave como el que relató, entonces sí se cuenta con un argumento convincente, lógico en lo material y en lo formal, basado en una fuente de autoridad científica, sobre la verosimilitud de su declaración.

En cuanto a las conclusiones de fondo a que arriba el Tribunal, hay argumentos que se encuentran claramente sustentados y otros que podrían ser objeto de crítica. Es clara, por ejemplo, la manera en que el Tribunal tiene por acreditada la responsabilidad del enjuiciado, a partir de la declaración de la menor –considerada como conteste, directa y clara-; la identificación del inculpado por parte de la menor y su ubicación en tiempo y lugar, admitida por él mismo, no obstante que niegue haber cometido el delito.

La calificación del acto como abusivo se configura porque la actuación fue en contra de la niña, quien no pudo oponer resistencia merecida en razón del físico del inculpado, su condición de adulto y la presencia dentro de la casa (que se puede interpretar como la confianza otorgada –aunque el Tribunal no lo expresa-).

Otros elementos objetivos para calificar al acto como abusivo son que tuvo fines sexuales y que la niña era menor de trece.

El problema argumentativo surge nuevamente al integrar la vertiente subjetiva, pues su voluntad delictiva se analiza a partir de hipótesis no objetivas, como son que “el mundo de los adultos destruye al de los niños”, “los niños están espantados ante la brutalidad de los adultos”, “los niños son para respetarlos, cuidarlos y dejarlos libres”, “el inculpado hizo lo contrario, aplastó la voluntad de la menor y la abusó”, “la niña vivirá mucho tiempo, sino toda su vida, con el tenebroso recuerdo”.

No obstante, las afirmaciones sobre la vertiente subjetiva respecto de que “el inculpado está en toda su capacidad de culpabilidad, sabía lo que hacía” y que “pudo disponer la ruta de sus instintos al control de conciencia humana y ética para no agredir a la menor” sí se fundan en los resultados del dictamen psiquiátrico que le fue practicado.

Finalmente, al imponer la pena de prisión de cuatro años, el Tribunal la consideró como correcta, proporcional y justa, por razones subjetivas sustentadas en la edad del inculpado o el hecho de ser delincuente primario y, además, plasma una sanción de naturaleza moral, que apela a su falta de control de los instintos sexuales y la afectación a la menor; argumentos que si bien pueden ser convincentes para la sociedad en general, no logran vencer objetivamente la presunción de inocencia del inculpado.

3.7. CHILE.

El 16 de septiembre de 1997 se publicó en Chile la Ley de reforma constitucional No. 19.519 que estableció la institución del Ministerio Público -en tanto era el Juez del Crimen quien asumía las funciones de investigar y juzgar- y se inició la saga de cuerpos legales en relación con el Código Procesal Penal. En efecto, en 1999 se emitió la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y en el año 2000 el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, inspirados en el Código Procesal Modelo para Latinoamérica, lo que incorporó a la legislación chilena en el cambio del sistema inquisitivo al acusatorio. Esto fue el resultado de un prolongado trabajo desarrollado por académicos especialistas de la región vinculados al Instituto Iberoamericano del Derecho Procesal.

El Código Procesal Penal de Chile del año 2000 establece un procedimiento por audiencias, el proceso se desarrolla reunidos el juez, las partes,

los testigos y los peritos. La expresión usual es la de “proceso por audiencias”, se estima que se procura la intermediación. La acusación y la sentencia tendrán que seguir siendo escritas, en pro de la seguridad de la documentación y se redactan actas que dan fe de lo actuado, pero ningún acto de prueba ni de alegación debe ser escrito.

Bajo sus esquemas, en el juicio oral, una vez terminada la recepción de pruebas, se da a las partes el uso de la voz para exponer sus conclusiones y se les otorga la oportunidad de replicar, pero sólo sobre las conclusiones realizadas. Finalmente, se da la palabra al acusado y se cierra el debate. El dictado de la sentencia se rige por el principio de que nadie puede ser condenado sin que el tribunal llegue a la convicción plena de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable. En el proceso chileno nadie puede ser condenado sólo por su confesión y para condenar, el tribunal se debe fundar en los medios probatorios permitidos y en el uso de presunciones administradas con otros elementos que generen convicción.⁴²⁰

CASO 7: TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

30 DE JULIO DE 2008

QUINTO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA CIUDAD DE SANTIAGO

AUTOS RIT N° 56-2008

JUICIO ORAL

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se estructura en los siguientes rubros:

1. Acusación.
2. Defensa.
3. Análisis de la prueba rendida en la audiencia de juicio oral.
4. Duda razonable.
5. Otros argumentos relativos a la decisión de absolución en relación a la descripción de los presupuestos fácticos en la acusación fiscal.
6. Conclusión de absolución.
7. Costas.

Determinación de los hechos:

Se resolvió absolver a las acusadas, en tanto no se pudo acreditar que la sustancia que les fue encontrada hubiese sido algún tipo de droga de la sancionada por la ley, ni su cantidad, ello porque no hay seguridad de que aquella respecto de la cual se emitió peritaje hubiese sido la misma que les fue encontrada. El Tribunal consideró que el principio de presunción de inocencia no fue desvirtuado por la fiscalía.

Para arribar a esta conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta las dos posturas, tanto de la acusación, como de la defensa:

- **Acusación.** En cierta fecha y hora, en una plaza pública, las tres imputadas tenían en su poder 20, 23 y 20 papellitos contenedores de pasta base de cocaína – respectivamente-, para ser transferidos a los consumidores del sector.

⁴²⁰ Cfr. **HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo.** *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*, ob. cit., pp. 250 y ss.

- **Defensa.** Solicitó absolución por la inexistencia de prueba rendida en juicio que permitiera determinar que la sustancia encontrada a las acusadas se trate efectivamente de droga, en consideración de serias omisiones en torno a la *cadena de custodia*⁴²¹ que dan lugar a que no se pueda vincular la sustancia periciada con la encontrada a las imputadas.

Calificación Jurídica del hecho:

En la calificación legal de la acusación, se transcribe el texto normativo correspondiente y se analiza el tipo penal en su literalidad, específicamente sobre los términos “traficar”, “poseer”, “adquirir”, “guardar”, “portar” y “transferir”.

Se alude al contenido del testimonio de uno de los carabineros que realizaron la detención. Testimonio que para el Tribunal fue importante, porque determinó cómo se inició el procedimiento que culminó con la detención de las acusadas; además de los testimonios de otros dos carabineros, uno de los cuales aseguró que lo que habían encontrado era pasta base de cocaína, pero no explicó si se realizó alguna prueba para determinarlo o si la entregó a funcionarios especializados para ello. El tribunal destaca que no se dio cuenta del procedimiento de cadena de custodia sobre las especies incautadas a las acusadas.

El Tribunal señala que los relatos sólo sirven para tener por cierta la premisa de que en cierto día y a cierta hora los funcionarios policiales detuvieron a las acusadas, a quienes se les encontró entre sus vestimentas dinero y diversos papellitos contenedores de una sustancia indeterminada.

El Tribunal analiza lo declarado en la audiencia del juicio oral por uno de los carabineros sobre que las especies encontradas a las acusadas fueron retiradas, separadas en tres bolsas distintas y enviadas a la unidad policial para la respectiva prueba de campo, pero no señaló el resultado de ésta ni el pasaje total de la sustancia.

Relacionó las pruebas testimoniales con una prueba pericial, de las que concluye que se cuenta con dos premisas ciertas más allá de toda duda razonable:

1. Que los funcionarios policiales sorprendieron a las acusadas en una plaza con una cantidad de papellitos contenedores de una sustancia, previo a realizar movimientos corporales y conversar con diversos jóvenes del sector que se les acercaban, con lo que se procedió a su detención.
2. El Instituto de Salud Pública de Chile, con fecha indeterminada, emitió dictamen respecto de tres muestras de ciertos gramos que resultaron ser pasta base de cocaína con una pureza de 13, 20 y 16 por ciento, respectivamente.

Sin embargo, no existe una vinculación de hecho o conexión entre las dos premisas referidas, que lleven a concluir con certeza y más allá de toda duda razonable, que las muestras periciadas corresponden a las encontradas en poder de las acusadas. A esta

⁴²¹ “El procedimiento –de cadena de custodia- debe demostrar en el proceso una serie de eslabones que, en tiempo, modo, lugar y personas, demuestren que la evidencia ‘procesada’ que ofrece un medio de prueba que, a la vez, relaciona al imputado con el lugar, la víctima y le hecho, es la misma que se valora en el juicio... la cadena de custodia demuestra que no ha existido manipulación de los iguales principios de transferencia, relación y causalidad. La cadena de custodia de la evidencia antes de su procesamiento y, de la prueba, después de su procesamiento inicia con el primer eslabón en el hallazgo de la evidencia misma. Más propiamente, con la ‘fijación’ de la evidencia en la escena, lo que se realiza, en el lugar, a través de la planimetría y, en las personas, a través de la inspección corporal. La planimetría ubica en la escena las muestras encontradas en la inspección. Luego, requiere levantar, embalar y etiquetar las muestras, mismas que han de ingresar a los laboratorios respetando protocolos de custodia. Cuando la evidencia ofrece un dato probatorio, además de su capacidad de comprobar lo que ha de probar en juicio, debe demostrar que la prueba que se incorpora para su valoración es la misma evidencia que ingresó para su procesamiento desde la escena en que se realizó su hallazgo y acopio”. **HIDALGO MURILLO, José Daniel.** *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*, ob. cit., p. 30.

conclusión se arriba porque ninguno de los funcionarios policiales pudo dar cuenta de las diligencias efectuadas con la sustancia que estaba en el interior de los papelillos, una vez que los llevaron a la unidad policial. Incluso, les atribuyeron responsabilidad a los carabineros de la 30ª Comisaría, que no declararon en estrados.

Identificación del autor y su responsabilidad:

Se dictó sentencia absolutoria por existir **duda razonable** en cuanto a la naturaleza de la sustancia incautada y la relación entre ésta y la pericia practicada. El tribunal justifica su decisión al decir que el estándar de prueba dentro del ámbito penal debe ser el más alto dentro del sistema judicial, lo que significa que si el Estado no logra satisfacer el estándar probatorio, la consecuencia del incumplimiento es la absolución del acusado.

El objetivo del juicio criminal –dice el tribunal- no es elegir entre las historias de las partes, sino determinar si la única explicación plausible del evento en cuestión es o no que el acusado es culpable en los términos en que ha sido acusado. Los juicios criminales son búsquedas unilaterales de la verdad que buscan responder si el inculpaado es con certeza culpable.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

El esquema de la estructura de la sentencia es dialéctico. Comienza por el planteamiento de la acusación, la defensa y analiza las pruebas desahogadas en juicio.

Los apartados de duda razonable y de “otros argumentos” refuerzan al análisis de pruebas. Precisamente, en su análisis, el tribunal tiene por probadas dos premisas fácticas que actualizarían en parte al tipo penal materia de acusación: la primera, el que a las procesadas les fueron encontrados varios papelillos con una sustancia, cuando estaban en una plaza donde conversaban con diversos jóvenes que se les acercaban; la segunda, que se realizó una prueba pericial en fecha indeterminada a ciertas muestras que resultaron ser pasta base de cocaína. No obstante, no hay una relación entre la sustancia encontrada a las acusadas con la sustancia que fue materia de peritaje, porque no se dio un seguimiento estricto a la sustancia una vez que se encontró y siguió una cadena de custodia. Los testigos –funcionarios policiales- evidenciaron esa falta de relación entre la sustancia incautada y la que fue materia del peritaje.

Ante el imperativo que rige en el sistema penal acusatorio, de que una sentencia condenatoria sólo puede ser dictada cuando no existe duda razonable de la responsabilidad del hecho, el tribunal resuelve absolver.

Se hizo un ejercicio dialéctico y también deductivo. Por un lado, tuvo en cuenta el contenido de la acusación; y, por otro, el contenido de la norma que define los requisitos a reunir en la imputación del delito de “comercialización y porte de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, en grado de consumo”. Sin embargo, las inferencias que se dedujeron de las testimoniales de los carabineros, que evidenciaron la falta de seguimiento en el resguardo de las sustancias incautadas, y que dieron lugar a que el Tribunal tuviera una duda sobre si tales sustancias eran o no una droga, así como su cantidad y grado de pureza, fueron elementos importantes para desvirtuar la prueba y estar en imposibilidad de adecuar los hechos de la imputación al tipo penal.

El Tribunal consideró necesario definir dogmáticamente ciertos vocablos del tipo, y lo hizo -al parecer- para tener claridad de la calificación que se dio a los hechos de la imputación. Por otra parte, también consideró necesario definir el objetivo del juicio criminal, para justificar la imposibilidad de dictar sentencia condenatoria.

El Tribunal no necesitó de pruebas aportadas por la defensa, le bastaron las aportadas en la imputación por el propio Ministerio Público, para encontrar en ellas varias deficiencias tanto en la acusación como en el trámite de la investigación, que vino a repercutir en el juicio oral. Hizo hincapié en que el juicio penal no es una contienda, sino que es un método para determinar si existe o no un delito y la participación del acusado y a ese objetivo obedeció el esquema seguido en esta sentencia.

CASO 8: VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL

25 DE AGOSTO DE 2008

QUINTO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA CIUDAD DE SANTIAGO
CAUSA RUC 0500388716 2 Y RIT 65 2008

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se estructura en los siguientes rubros:

- 1 Acusación.
- 2 Hecho acreditado.
- 3 Elementos fácticos no controvertidos.
- 4 Prueba de cargo y valoración.
 - a. Concordancia con la prueba pericial.
 - b. Baremo de credibilidad judicial.
 - c. Baremo de credibilidad psicológica.
- 5 Calificación jurídica de los hechos acreditados.
- 6 Participación del acusado.
- 7 De la eximente invocada por la defensa.
- 8 De las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal invocadas por las partes.
- 9 De las demás alegaciones de la defensa.
- 10 Pena aplicable.

Determinación de los hechos:

Se tiene convicción de que el acusado, quien conocía desde hace varios años a la familia y quien había formado una relación de confianza, el 15 de agosto de 2005 solicitó y obtuvo el consentimiento del matrimonio para trasladar a sus niños de 7 y 12 años de edad a su domicilio, en donde introdujo su pene en el ano de ella, causándole lesiones y obligó al varón a que le introdujera su pene en el ano y le efectuó tocamientos.

En la determinación de los hechos, el Tribunal tuvo en cuenta los elementos fácticos no controvertidos (edad de los menores, residencia del acusado e identificación de los padres)

Respecto de las pruebas que se controvirtieron, razonó lo siguiente:

Sobre la relación de confianza existente entre el acusado y la familia de las víctimas. Al Tribunal le bastó la declaración de la madre de las víctimas para tener por acreditada tal relación. Al testimonio se le dio crédito porque fue asertivo y convincente. En este razonamiento no se transcribe la declaración, sino que se extraen los puntos de ella que son relevantes para crear la convicción de la relación de confianza existente. El Tribunal relaciona este testimonio con el de los propios niños y la de un testigo que vivía con el acusado y describió aquella relación. Se confirma esta convicción con el testimonio del policía de investigaciones que entrevistó a la madre.

Sobre la vivencia abusiva en contra de la menor niña, se tuvo en cuenta la declaración de la afectada –la que no se reprodujo textualmente, sino que se destacaron los puntos esenciales-. Esta declaración se tuvo por reforzada con la del médico legista y la psiquiatra, así como por la del policía de investigaciones. Para el Tribunal, esta declaración es verosímil y ajustada a la forma como sucedieron los hechos, por lo que se le dio pleno valor probatorio.

Es interesante destacar que el Tribunal, para darle este valor realizó un *test exhaustivo de verosimilitud*, basado en su concordancia con la prueba pericial y

científica, y en parámetros de credibilidad judicial y psicológica. Esto se desglosa de la siguiente manera:

a) Concordancia con la prueba pericial:

- a. De lesiones físicas.
- b. De secuelas psicológicas.

b) Credibilidad judicial:

Para que el testimonio de la víctima sea revestido de una verosimilitud tal que desvirtúe el principio de presunción de inocencia, se han establecido una serie de exigencias. Se cita un precedente de la sala penal del Tribunal Supremo Español⁴²², en que se definen tales exigencias:

- a. *Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador-acusado.* Que no exista un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés, etc.
- b. *Verosimilitud o constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo*, que avalen lo que no propiamente es un testimonio; es decir, la constatación objetiva de la existencia del hecho.
También tiene relación con la concordancia ideo-afectiva del contenido de la declaración y las actitudes, conductas y sentimientos del deponente al momento de relatar los hechos.
- c. *Persistencia en la incriminación.* Debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, para permitir que el imputado cuestione eficazmente la declaración, en tanto es la única prueba que enfrentará.

A partir de estos requisitos, el Tribunal realiza el *test de verosimilitud* de la menor afectada:

- a. *La menor tiene completa credibilidad subjetiva*, pues no hay motivos de inquina o animadversión suficientemente poderosos para llevarla a inventar o fabular los hechos de la imputación. Se toman en cuenta algunas consecuencias de su denuncia, como el hecho de que desde entonces, ya no vive con su familia, sino en un hogar de menores, y que el denunciado era amigo y ayudaba económicamente a su familia.
- b. *La declaración de la víctima es verosímil*, porque estaba en situación de percibir y sufrir en sus sentidos y en su integridad física todo sobre lo que deponen; lo que además se confirma con el testimonio de sus hermanos, de su madre y del testigo que vivía con el acusado.

El relato también es verosímil porque está lleno de antecedentes de hecho corroborados por otras probanzas rendidas en juicio, que hacen *presumir* que si la niña no ha faltado a la verdad en otros antecedentes accidentales o secundarios, no existen motivos para considerar que ha mentado en lo esencial.

Se dan ejemplos de los elementos aportados que hacen posible arribar a una conclusión inductiva de la veracidad de la declaración de la niña, que fueron consistentes con los testimonios de sus hermanos, del testigo y/o de su madre:

- Detalles sobre la pieza en que sucedían los hechos.
- Detalles sobre los aparatos y mobiliario existente en la pieza.
- El preludio de los episodios abusivos, consistente en la exhibición de películas sobre sexo explícito.
- La relación previa existente entre el victimario y su madre.
- La desintegración de su familia una vez que se revelaron los hechos.
- No es óbice que la niña estuviese tranquila al declarar en el juicio porque la psiquiatra definió esta actitud como un mecanismo de defensa.

⁴²² Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de septiembre 1988 (RJ 1988/7070), 26 mayo y 5 junio 1992 (RJ 1992/4487 y RJ 1992/4857) 8 noviembre 1994 (RJ 1994/8795), 27 abril y 11 octubre 1995 (RJ 1995/3381 y RJ 1995/7852), 3 y 15 abril 1996 (RJ 1996/2866 y RJ 1996/3701) y especialmente sentencia 1029/1997, de 29 de diciembre del mismo año.

- c. *Es persistente en la incriminación*, pues durante toda la secuela de la investigación y desde agosto de 2005 ha mantenido su versión, tanto en lo central como en lo accesorio, sin incurrir en contradicción.

c) Credibilidad psicológica:

En su razonamiento, el Tribunal también somete el dicho de la niña afectada a un test de credibilidad psicológica, para lo cual se aportó por el Ministerio Público una pericia psicológica sobre la veracidad del relato. Se explica la metodología empleada y el estudio de los antecedentes en la carpeta de investigación. La psicóloga sostuvo la credibilidad del dicho y explicó en qué se basaba para ello: la relación es desestructurada –como son los relatos verídicos-; aporta muchos detalles de las personas participantes y de los propios hechos y la niña es capaz de adecuar contextualmente los hechos; recuerda con detalle interacciones y diálogos con su agresor -el que se aporten detalles superfluos son propios del recuerdo-; se incorporan detalles inusuales para esta clase de relatos –y que no se incorporan cuando son recursos aprendidos o falaces-.

La psicóloga concluyó que el testimonio es válido porque hay un perjuicio en denunciar a una persona que es proveedora (como es el caso), la niña no tuvo presiones para acusar falsamente, su relato es consistente con otros antecedentes que se desprenden del examen ginecológico; conclusión que se reforzó con la aplicación de la metodología de doble examen ciego o interjueces, en que los resultados de la entrevista son revisados por una segunda perito, sin conocer la identidad de la primer perito.

El Tribunal subrayó la importancia de este tipo de pericias para poder valorar los testimonios de las víctimas en situaciones de abuso sexual, máxime si no hay huellas visibles o externas, o la declaración de testigos presenciales del hecho.

Los jueces aplicaron un método de evaluación denominado SVA (*Statement Validity Assessment* o *Evaluación de la Validez de la declaración*) que es una técnica empleada para evaluar la veracidad de las declaraciones verbales, junto con la herramienta CBCA (*Criteria Based Statement Analysis* o *Análisis de Contenido Basado en Criterios*)⁴²³

⁴²³ El *Statement Validity Assessment* (SVA) (*Evaluación de la Validez de la declaración*) es una técnica empleada para evaluar la veracidad de las declaraciones verbales. El SVA se desarrolló en Alemania y se sustentó en la experiencia clínica de diversos psicólogos. Alrededor de 1950, Udo Undeutsch realizó la primera descripción del SVA (ver Undeutsch, 1989) y posteriormente fue modificada hasta su forma actual por Steller y Köhnken (1989) y Raskin y Esplin (1991). En un principio, el SVA se desarrolló para valorar las declaraciones verbales de niños que habían sido víctimas de abuso sexual. Sin embargo, se ha intentado validar y generalizar la aplicación de este instrumento a adultos (Vrij et al., 2001; Vrij et al., 2000). A pesar de que es un instrumento ampliamente utilizado en el ámbito forense como prueba psicológica no se le debe considerar un test o una escala estandarizada, sino un método semi-estandarizado para la evaluación de la credibilidad de las declaraciones (Steller, 1989). El desarrollo del SVA está fundamentado en lo que Steller (1989) ha denominado la hipótesis de Undeutsch. De acuerdo a esta hipótesis, un testimonio basado en una experiencia real difiere en cuanto a su calidad y contenido de un testimonio basado en un acontecimiento imaginado. El *Criteria-Based Content Analysis* (CBCA) (*Análisis de Contenido Basado en Criterios*) es el componente principal del SVA, lo que lo ha llevado a ser el elemento más frecuentemente estudiado por los investigadores (Ruby y Brigham, 1997). El SVA está formado por tres componentes mutuamente dependientes: a) una entrevista estructurada con la víctima, b) el CBCA que evalúa el contenido de la declaración de la persona, y c) la integración del CBCA con la información derivada de un set de preguntas denominado *Lista de Validez*, el cual combina la información extraída del análisis del contenido de la declaración con otra información relevante del caso y con la información obtenida a partir de la exploración de la entrevista o entrevistas previamente realizadas. Cfr. **GODOY-CERVERA, Verónica e HIGUERAS Lorenzo**. *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*. Universidad de Granada, Facultad de Psicología, España, <http://www.psicjurid.com.mx/content/file/art3.pdf>.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

El Tribunal le concedió a esta metodología un valor científico, en tanto es ampliamente aceptada en el país, con lo que estimó psicológicamente creíble el relato de la menor, y a la declaración del perito como un medio de prueba “relevante, ilustrativo e iluminador” de la convicción judicial.

Sobre los presupuestos fácticos de la vivencia abusiva cometida en contra del otro menor varón, el Tribunal se convenció con el dicho del afectado. Para eso se hace una relación sucinta de lo que se destaca en su narración y se le otorga verosimilitud en tanto emana de una persona que se encontró en situación de percibir todo lo que depone y sin motivos de inquina o animadversión. Su dicho se ajustó con el de su menor hermana, que para este efecto es testigo de contexto, y con el del otro testigo que también participó en los hechos.

El tribunal infiere que si el testigo no faltó en cuestiones accesorias, no hay motivos para sospechar que haya mentido respecto del fondo, máxime que la denuncia le ha reportado perjuicios y sufrimientos.

Al igual que en el análisis de la declaración de su hermana, sus dichos se han sostenido en el tiempo.

El Tribunal tuvo en cuenta en este caso un elemento que consideró “poderoso” para reforzar la aptitud probatoria de la declaración del menor, que fue la evidencia física encontrada en un examen médico forense realizado en fechas cercanas al abuso, en que se encontró en el contorno del prepucio una manifestación clínica de infección por el virus de papiloma humano, que es considerada una enfermedad de transmisión sexual. Esta prueba no fue controvertida por la defensa.

Se tuvo en cuenta el resultado de una pericial psiquiátrica, en que se informó que no se pudo completar la entrevista porque el menor rompió en llanto, pero sí se arrojó la existencia de ideas depresivas y de una autopercepción de alta vulnerabilidad, baja autoestima, incapacidad para defenderse, alteración de su imagen corporal y de su desarrollo psicosexual, lo que guarda correspondencia con datos que de ordinario se advierte en niños abusados. A esta conclusión se arribó por una técnica psicológica denominada proyectiva, la que fue explicada por el Tribunal en términos técnicos, con la cita de una fuente autorizada, para afirmar la contundencia de este elemento de convicción.

Otros dos elementos de credibilidad es que en juicio una perito psicóloga refirió que al entrevistar a la madre del menor, ésta le dijo que en esa época el niño había bajado sus calificaciones, que lo sorprendía llorando, que estaba muy agresivo y tenía problemas en el colegio y que en una ocasión el niño llegó con una moneda que le había regalado su agresor y que a pesar de sus escasos recursos económicos la enterró sin usar pues dijo que estaba “cochina”.

Sobre la fecha en que tuvieron lugar los hechos, se concluye que la última ocasión del abuso fue el 15 de agosto de 2005. Para ello, el tribunal hace una inferencia a partir de varios elementos: la denuncia fue formulada el 24 de agosto, los niños dijeron que la última agresión había ocurrido la última vez que fueron enviados a casa de su agresor, fecha que el padre de las víctimas recordó como el 15 de agosto por ser un día feriado, lo que se tuvo por cierto porque el 15 de agosto es fiesta nacional. Además, del 15 al 24 de agosto, en que se practicó el examen médico que tuvo el hallazgo de la infección del virus del papiloma humano, transcurrió un tiempo adecuado para la incubación del mismo. Se aclara que no importa que los niños no recuerden bien las fechas.

Calificación Jurídica del hecho:

El Tribunal hizo una adecuación de la conducta al tipo: En perjuicio de la menor, violación impropia, y respecto del niño, abuso sexual. Contrario a la imputación formulada por el Fiscal, no encontró ilícitos reiterados porque a pesar de que hay fuertes indicios de que las conductas se repitieron en el tiempo, hay duda razonable de

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

que hayan sucedido después del 16 de junio de 2005, que es la fecha en que empezó a operar la reforma procesal penal en la región, y en que el Tribunal tiene competencia para emitir pronunciamiento.

Se hace un análisis del bien jurídico protegido que identifica como el libre desarrollo de la sexualidad, el que fue conculcado en el caso del menor varón.

Identificación del autor y su responsabilidad:

Se concluye que el imputado fue autor de los hechos, para lo que se relacionan de manera sucinta los dichos de las víctimas ante su madre, el médico, la policía, el psiquiatra, además del reconocimiento de la madre y el testigo que vivía con él.

La defensa solicitó absolución por estar exento de responsabilidad criminal, al sufrir un proceso sicótico crónico con pseudo-alucinaciones que constituyen esquizofrenia paranoidea residual. Para resolver este punto, el Tribunal tomó en cuenta tanto las pruebas y alegaciones de la defensa, como la del fiscal; de ellas, observa que las conclusiones de los peritos psiquiatras son absolutamente discrepantes. Para resolver este punto, tuvo en cuenta que el perito oficial es el más experimentado, pero los peritos de la defensa practicaron más pruebas accesorias, aunque una de ellas parece poco seria.

El Tribunal desestimó este argumento de defensa y las razones sostenidas para ello fueron:

- La entrevista clínica psiquiátrica es idónea para el diagnóstico de la enfermedad.
- El psiquiatra de la defensa señaló que las pruebas accesorias eran relevantes sólo para cuantificar y confirmar una impresión diagnóstica basada en la entrevista, las que no son necesarias cuando hay un diagnóstico claro desde la entrevista.
- De las pruebas periciales se concluye que:
 - a. El comportamiento del imputado al acercarse a la madre de los menores se destinaba a ganarse su confianza.
 - b. El testigo que vivía con él declaró que el imputado usó el mismo *modus operandi* con su familia y con él cuando tenía 15 años de edad.
Con esto, el Tribunal infirió que el imputado tiene un comportamiento que no es aislado sino una modalidad delictiva sostenida, lo que no es propio de quien ha perdido el juicio de realidad y no es capaz de preordenar sus conductas en el contexto social con miras a la obtención de un fin determinado.
 - c. La impresión inicial de confianza, la fortaleció con ayuda a la señora en términos materiales, con gestiones burocráticas en su beneficio y al enseñarle un oficio. Eso no parece propio de quien tiene dificultades para relacionarse con la realidad.
 - d. Al mentir sobre su nombre y su identidad, puede inferirse que planeaba o pensaba realizar una acción antijurídica de cuyas consecuencias no deseaba responder, lo que evidencia una clara capacidad de anticiparse a los escenarios.
 - e. El amenazar a una de sus víctimas con matar a su familia si contaba lo sucedido y/o comprar su silencio con obsequios, supone un conocimiento claro de lo realizado y plena comprensión del daño y sufrimiento que causaba a los niños.
 - f. El haber buscado quedar a solas con la menor en varias ocasiones, para evitar testigos hostiles, supone conocimiento de la forma en que se dan por probados los hechos.
 - g. El haber mentido al perito ministerial sobre cuándo empezó a consumir medicamentos, sobre sus antecedentes biográficos que podrían serle perjudiciales, sobre si había o no tenido relaciones sexuales en su vida, etcétera, evidencia su intención de engaño y de no haber perdido el juicio de la realidad.
 - h. También se desecha este argumento de defensa porque no se probó que los atentados sexuales hubiesen sido causados por la supuesta enfermedad.

Pena aplicable:

El Tribunal hace un análisis normativo de la pena aplicable a manera de tener en cuenta la penalidad de dos delitos con sanciones graduadas de manera diferente:

- Pena de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

- Inhabilitación para cargos, oficios públicos y derechos políticos.
- Sin derecho a recibir beneficio en la ejecución.
- Vigilancia durante 10 años después del cumplimiento de la pena
- Interdicción del derecho de ser guarda y ser oído como pariente.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La exigencia de que el principio de presunción de inocencia sea desvirtuado en juicio para poder condenar queda muy claramente evidenciada en esta sentencia.

El asunto tiene la particularidad de que se basa en los testimonios de dos menores de edad que fueron víctimas de violación y abuso sexual. A pesar de que sus testimonios no fueron únicos –pues entre ellos había coincidencias y hubo un tercer testigo adulto que incluso participó en los actos ilícitos-, el Tribunal necesitó de otras pruebas que relacionadas con los testimonios, los reforzara e, incluso, los confirmara en su veracidad.

Para ello, fueron importantes las pruebas psicológicas no sólo sobre el estado emocional de la niña violada, sino sobre la veracidad de su testimonio. En estos razonamientos de valor, el Tribunal no se restringe a las conclusiones periciales, sino que aborda la metodología, la crítica y/o la aprueba y forma sus propias conclusiones revestidas de carácter técnico.

El tipo de argumento que se usa para dar veracidad a los testimonios de los menores abusados (que suelen no tener testigos de los actos) y considerarlos prueba relevante y creíble en todas sus fases, va más allá de la simple deducción a partir de la pericial, o de la sola inducción, a partir de las demás pruebas relacionadas.

El argumento construido recurre a la autoridad técnica, no para someterse a ella, sino para hacerla suya, pero de manera razonada con elementos técnicos y otros tomados de la sana crítica y la experiencia, que se evidencia en un contexto social.

El propio Tribunal, cuando analiza las periciales en relación con los testimonios, trae a colación indicios que se desprenden de otras pruebas, como son informes de los policías, la declaración de la madre, del padre, etcétera.

Esto, sin necesidad de transcribir en la sentencia la totalidad de los testimonios o de las pruebas, sino sólo destacando los elementos útiles en su raciocinio. (Por ejemplo, de la declaración del padre de las víctimas únicamente se cita que recordaba que la última fecha en que fueron los niños a casa del acusado fue en un día feriado, que debió ser el 15 de agosto). Nada más era útil para la sentencia, y sólo eso se usó.

Respecto del testigo adulto que también participó en los actos lascivos, sólo se cita lo útil de su deposición, ubicando cada parte de ella, en el contexto argumentativo oportuno. Por ejemplo, fue hasta la valoración de si el imputado tenía o no una enfermedad mental, cuando se citó el relato de que había cometido una conducta similar con la familia del testigo y con él mismo, con lo que se infirió que este modus operandi es reiterado y consciente.

Es interesante que al analizar la credibilidad judicial del testimonio de la menor se invoca un criterio del Tribunal Supremo español y lo aplica para practicar un test de verosimilitud de la declaración de la víctima del delito, y agota el test con absoluta exhaustividad. No se diga lo ocurrido con el test de verosimilitud psicológica, que ya hemos comentado en líneas anteriores, y que evidencia una técnica argumentativa muy objetiva sobre el análisis probatorio de una declaración, a partir de elementos científicos ajenos al dogma jurídico.

La estructura de la sentencia es lógica, coherente, ordenada. El incluir definiciones o alcances dogmáticos y/o legales de ciertos conceptos que analiza, forma un preludio útil para la mayor comprensión del sentido de la sentencia.

La estructura argumentativa y de contenido es, sin duda, ejemplar en el diseño y explicitación de las razones judiciales.

3.8. GUATEMALA.

Guatemala fue el primer país en acoger el modelo procesal penal acusatorio planteado en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que fue producto de las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Penal realizadas a fines de la década de los años setenta del siglo pasado. A partir de este modelo, Guatemala acogió los principios de separación de las funciones de investigar y juzgar, una mayor consideración a la víctima, el aseguramiento de la defensa del imputado, la introducción de formas adecuadas de solución de conflictos distintas a la imposición de la pena, la creación de la Defensoría Pública, el fortalecimiento del Ministerio Público, la simplificación de procedimientos, la publicidad de los juicios y una mejor organización judicial.⁴²⁴

No obstante, existe un antecedente de un modelo similar con los llamados “Códigos de Livingston”, que tuvieron vigencia en ese país de 1837 a 1838, y que tomaron el nombre del jurista norteamericano que fue autor de las leyes aplicadas en el estado de Luisiana, al momento de anexarse a los Estados Unidos en 1825, bajo una fusión del sistema continental y anglosajón. Ese modelo establecía la oralidad y la publicidad, el sistema de jueces de distrito y el juicio por jurados. Se dice que el motivo que llevó a la derogación de estas leyes en Guatemala, fue la creación de jueces de distrito independientes, lo que afectaba al poder político y religioso que se encargaba de la administración de justicia.⁴²⁵

En 1992 el Congreso de la República aprobó el Decreto Legislativo 51-92, que inició su vigencia en 1994. Unos meses antes, la Corte Suprema de Justicia había creado la Unidad de Planificación y Transformación de la Justicia Penal y la Escuela de Estudios Judiciales. El proceso judicial guatemalteco se desarrolla en cinco fases: la investigación o fase de preparación que sirve para determinar el ejercicio de la acción penal; la etapa intermedia cuyo fin es fijar el hecho que se imputa al acusado y servir de filtro para evitar acusaciones sin fundamento; la etapa de juicio, en que se incorporan y valoran las pruebas, se escuchan argumentos de las partes y se dicta sentencia; la de impugnación y la de ejecución.

La mayoría de los casos encuentran solución mediante las figuras de desjudicialización y si no hay contradictorio por aceptación de los hechos, se pueden resolver sin la etapa de juicio, en procedimiento abreviado⁴²⁶, como sucedió en los siguientes asuntos:

⁴²⁴ Cfr. **BARRIENTES PELLECCER, César**. “Evaluación de la Reforma Procesal Penal en Guatemala”. En *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 15, No. 21, octubre 2003, p. 48.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁴²⁶ También es innecesaria la primera etapa cuando la acusación puede plantearse por la existencia de suficientes elementos de prueba.

CASO 9: ROBO

20 DE JUNIO DE 2011

JUZGADO CUARTO DE PRIMERA INSTANCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS
CONTRA EL AMBIENTE. MUNICIPIO DE GUATEMALA DEL DEPARTAMENTO DE
GUATEMALA

SENTENCIA PROCEDIMIENTO ABREVIADO
01069-2010-02169 OF. 1RO

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se estructura de la siguiente manera:

Vista (generales del procesado)

Considerandos:

1. Hechos atribuidos.
2. Estimación de los hechos como probados.
3. Imposición de la pena.
4. Calificación de los hechos.
5. Otorgamiento del beneficio de suspensión condicional de la pena.

Disposiciones legales aplicables.

Parte resolutive.

Determinación de los hechos:

La juez tuvo por acreditados los hechos imputados que consistieron en que el 23 de octubre de 2010, en hora y lugar determinados, el imputado, con violencia y bajo amenazas con un arma, despojó a la víctima de 70 quetzales en efectivo en billetes de diversas denominaciones y de un teléfono celular, lo que ocurrió cuando la víctima se conducía por el lugar en compañía de su hijo de siete años de edad, a quien el acusado le puso el arma en la cabeza para obligarle a entregar sus pertenencias. El imputado se dio a la fuga, pero fue aprehendido, y le fueron incautados los objetos robados.

La juez tuvo por acreditados los hechos en razón del reconocimiento que el imputado hizo de ellos, además de los medios de investigación recabados por el Ministerio Público como fueron la testimonial del agraviado, las declaraciones de los agentes de la Policía Nacional Civil que dieron fe de las circunstancias del hecho y de la aprehensión realizada, así como el acta de inspección ocular del objeto.

En este asunto no hubo planteamiento de contradicción, por lo que de manera muy breve se hace en la sentencia la relación de los elementos probatorios y se impone pena de prisión.

Llama la atención que en la redacción de la sentencia, específicamente en la parte de la relación de hechos imputados y la pena a imponer, la juez utiliza un lenguaje dirigido personalmente al sindicado. Es decir, a manera de relato y de explicación dirigida al procesado, señala que el Ministerio Público presentó acusación en el sentido de que “usted...” ejecutó ciertos actos. Esta modalidad en el uso del lenguaje es un indicativo de la intención del juez –bajo el contexto del modelo acusatorio- de dirigirse al sentenciado para explicarle los alcances de la imputación y de su responsabilidad.

Calificación Jurídica del hecho:

La juez procedió a calificar el hecho como robo, bajo la consideración de que se trata de un delito consumado, bajo la consideración de tener los hechos probados –principalmente- con la aceptación de los mismos por parte del sentenciado.

Identificación del autor y su responsabilidad:

No se realiza un razonamiento específico sobre la identificación del autor, pero sí sobre su responsabilidad, derivada de la aceptación que hizo de los hechos.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es clara y consistente. Ello se facilita con la circunstancia de que no existió un contradictorio por haber aceptado el sindicado la acusación y su responsabilidad, lo que le benefició para ser sujeto de la imposición de una pena no mayor a la solicitada por el Fiscal y con el otorgamiento del beneficio de la suspensión condicional de la pena, atendiendo a que se trata de un primodelincuente. También se le exoneró del pago de costas procesales, en atención a su pobreza, aunque no se explicaron los elementos tenidos en cuenta para concluir esa circunstancia.

La resolución es breve y agota los rubros de acreditación de los hechos, de la responsabilidad y de la condena, pero en el extremo de su simplicidad, deja de razonar elementos menores como el señalado en el párrafo anterior.

La resolución tiene el defecto de que en su parte considerativa, el juez anticipa la imposición de la pena cuando aún no ha hecho el razonamiento de la calificación jurídica del hecho, lo que altera el orden lógico en el razonamiento judicial de valoración, calificación, responsabilidad e imposición de sanción.

Finalmente, debe decirse que la resolución invoca una serie de numerales de disposiciones legales aplicables, sin que se haga alusión a su temática o contenido, lo que constituye en sí mismo un defecto en el razonamiento judicial, pues no explicita en qué consiste la aplicabilidad de la normatividad aludida.

CASO 10: ATENTADO Y DISCRIMINACIÓN

4 DE ENERO DE 2011

JUZGADO CUARTO DE PRIMERA INSTANCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE. MUNICIPIO DE GUATEMALA DEL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA

SENTENCIA PROCEDIMIENTO ABREVIADO
01069-2010-01995 OF. 8VO.

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se estructura de la siguiente manera:

Vista (generales del procesado)

Considerandos:

1. Hechos atribuidos.
2. Estimación de los hechos como probados.
3. Valoración de la prueba.
4. Calificación de los hechos.
5. Imposición de la pena con el beneficio de suspensión condicional.

Disposiciones legales aplicables.

Parte resolutive.

Determinación de los hechos:

El juez tuvo por acreditados los hechos consistentes en que el sindicado fue aprehendido el 12 de septiembre de 2010, en hora y lugar determinados, cuando amenazaba e insultaba en forma discriminatoria a una Agente de la Policía Nacional Civil, quien al realizar un recorrido de seguridad ciudadana para prevenir delitos, le solicitó su documento de identificación personal en virtud de que el acusado tenía mucho tiempo de estar parado en el mismo lugar. El imputado, al momento de observar los apellidos de la víctima en su uniforme, le indicó que era una “perra india” y se negó a ser identificado. Además, el imputado le dio dos patadas en el glúteo.

En este asunto tampoco hubo planteamiento de contradicción, por lo que de manera muy breve se hace la relación de los elementos probatorios, que consistieron en información que la víctima hizo constar en actas y en un dictamen pericial de reconocimiento médico legal.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

También en la redacción de esta sentencia, el juez se dirige personalmente al sindicado en la narración de los hechos, a manera de explicarle la conducta que se le imputa.

Calificación Jurídica del hecho:

Los hechos se calificaron como Atentado y Discriminación, bajo la consideración de que se trata de delitos consumados que fueron probados –principalmente- con la aceptación de los mismos por parte del sentenciado.

Identificación del autor y su responsabilidad:

No se realiza un razonamiento específico sobre la identificación del autor, pero sí sobre su responsabilidad, derivada de la aceptación que hizo de los hechos.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es clara y consistente. Ello se facilita con la circunstancia de que no existió un contradictorio por haber aceptado el sindicado la acusación y su responsabilidad, lo que le benefició para ser sujeto de la imposición de una pena no mayor a la solicitada por el Fiscal y con el otorgamiento del beneficio de la suspensión condicional, atendiendo a que se trata de un primodelincuente. También se le exoneró del pago de costas procesales, en atención a su pobreza, aunque no se explicaron los elementos tenidos en cuenta para concluir esa circunstancia.

La resolución es breve y agota los rubros de acreditación de los hechos, de la responsabilidad y de la condena, pero en el extremo de su simplicidad, deja de razonar elementos menores como el señalado en el párrafo anterior.

3.9. PERÚ.

El modelo acusatorio fue adoptado en el Perú en julio de 2004, cuando se publicó el Nuevo Código Procesal Penal, mediante Decreto Legislativo 957, lo que implicó un cambio de paradigma en el sistema de enjuiciamiento penal mediante la separación de las funciones procesales. La vigencia del sistema se ha hecho progresiva en los distintos distritos judiciales de Huaura (2006), La Libertad (2007), Moquegua, Tacna, Arequipa (2008), Tumbes, Piura, Lambayeque, Puno, cusco, Madre de dios, Ica, Cañete (2009), Cajamarca, Amazonas y San Martín (2010).⁴²⁷

Los grandes problemas que consideran tienen en su implementación son la falta de capacitación de la Policía, ante los instrumentos normativos que ofrecen mayor poder de acción represiva e investigadora; la falta de capacitación a Jueces, Fiscales, Abogados de oficio, auxiliares de justicia y demás operadores del modelo, así como la falta de adecuación de ambientes y de adquisición de equipo.⁴²⁸

Un dato de sumo interés es que se afirma que las Salas Penales, encargadas de la realización del juicio oral, no toman en cuenta, al momento de sentenciar, las pruebas actuadas en el juicio oral, sino –en la mayoría de los

⁴²⁷ Cfr. **NEYRA FLORES, José Antonio**. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, ob. cit., p. 7.

⁴²⁸ *Ibidem*.

casos- son motivadas con información obtenida en actos de investigación y en una significativa minoría se motivan con información obtenida en actos de prueba; lo que evidencia un desconcierto en los objetivos del juicio acusatorio y en la importancia de que la convicción del juzgador se forme de manera objetiva e inmediata en el juicio.⁴²⁹

La Corte Superior de Justicia en Perú tiene facultades para el juzgamiento de asuntos penales instaurados en contra de altos funcionarios. La primera de las dos siguientes sentencias fue dictada en asuntos de esta naturaleza, bajo el sistema acusatorio; la segunda es un asunto dictado en el orden común, resuelto por un juzgado unipersonal:

CASO 11: COLUSIÓN DESLEAL Y ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

19 DE AGOSTO DE 2005

SALA PENAL PERMANENTE, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA,
LIMA, PERÚ

CAUSA PENAL. REGISTRO NO. 31-2003. SENTENCIA 31-2003 A.V

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se estructura de la siguiente manera:

Vista (generales del procesado y relación sucinta de los antecedentes de instrucción)

Considerandos:

1. Acusación.
2. Defensa.
3. Reparación civil.
4. Absolución del delito de asociación ilícita para delinquir.
5. Acreditación del delito de colusión desleal.
6. Acreditación de la actuación dolosa.
7. Procedencia de condena.
8. Pena.
9. Reparación civil.
10. Inhabilitación.

Fallo.

Determinación de los hechos:

El Tribunal parte del planteamiento de hechos realizado por la acusación, que consiste en que el imputado fue miembro de una agrupación delictiva cuyo principal objetivo era contribuir al sostenimiento ilegal del régimen del ex Presidente Alberto Fujimori, quien lideraba dicha asociación junto con el entonces asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres. Esa asociación tenía dominio sobre las instituciones militares y policiales, en la que sus integrantes desempeñaban diversos roles. El imputado fue Ministro de Defensa en 1998 y participó en las irregularidades cometidas en la adquisición de 650 paracaídas de combate por \$1'984,079.50 dólares, al aprobarla mediante Resolución Ministerial número 1252-98-DE/EP del 7 de diciembre de 1998, a favor de la empresa B&F Comercialización y Representaciones S.R.L., con

⁴²⁹ *Ibíd.*, p. 106. Resultado estadístico de un universo de 100 sentencias de la Corte Superior de Justicia de Lima, de la tesis para obtener el grado de maestro del José Antonio NEYRA FLORES, denominada *El Juicio Oral Acusatorio Adversarial*, Universidad de San Martín de Porres, sustentada el 11 de abril de 2005.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

pleno conocimiento de que no se había realizado el proceso de licitación, puesto que los paracaídas ya se encontraban en los depósitos del Ejército desde 1995. En la supuesta licitación se suscribieron actas inexistentes y se elaboraron informes falsos. El precio que se consignó de los paracaídas fue el mismo que tenían en 1995, sin tener en cuenta la depreciación por el tiempo transcurrido.

El Tribunal tuvo en cuenta también la postura de la defensa y de la parte civil que es la que reclama la reparación del daño.

La postura de la defensa fue:

En cuanto al delito de colusión desleal:

- Si bien se firmó la Resolución Ministerial, su contenido y sus antecedentes fueron revisados antes por otras instancias en las que él confió y que se enteró de las irregularidades de la compra mucho tiempo después.
- Los paracaídas no estaban depreciados, sino que eran cien por ciento operativos, puesto que se encontraban enfardelados y envasados al vacío.
- No se integraba la colusión desleal puesto que no se probó una concertación entre el imputado y la empresa vendedora, ni que la firma de la Resolución hubiese sido antes de que se firmaran las actas de la licitación.
- No existió perjuicio económico puesto que la vida útil de los paracaídas se computa desde su puesta en uso y no desde su fabricación.

En cuanto al delito de asociación ilícita:

- No se probó que el imputado hubiese integrado la agrupación ilícita da liderada por Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos.
- La asociación ilícita debe tener un objeto genérico y no un fin específico, es decir, no puede haber una asociación ilícita para delinquir con el propósito de cometer un único y específico delito.

La parte civil planteó:

- Se cometió un daño económico al Estado puesto que los paracaídas sufrieron una depreciación desde el año en que ingresaron a los almacenes, hasta que fue regularizada su compra.
- Se cometió un daño moral al Estado por la imagen negativa que el Perú proyecta al exterior. (Este daño se reclama en un \$1'195,440.70 dólares, sin que quede constancia de la fórmula del cálculo)

El Tribunal concluyó:

Mediante un razonamiento de adecuación de la conducta al tipo de Asociación Ilícita para Delinquir, que no existe prueba que demuestre que el acusado, al firmar la resolución ministerial, haya cometido un acto como integrante de alguna agrupación dedicada a cometer ilícitos penales, por lo que lo absuelve. El tipo penal requiere que la agrupación de personas tenga cierta duración en el tiempo, que esté organizada, que algunos de los miembros den órdenes y otros las ejecuten, y que exista un propósito colectivo para perpetrar delitos. Sin embargo, si bien se ha dicho que existe una organización delictiva dirigida por Vladimiro Montesinos y que tenía su ramificación en el Ejército, no se ha probado la vinculación del acusado como miembro de esa organización.

Por el contrario, sí se probó la comisión del delito de Colusión Desleal de manera dolosa. El razonamiento del Tribunal también se hace mediante la adecuación de la conducta al tipo, en que se tiene en cuenta la calidad de funcionario del imputado y la concertación con la parte contratante directa o indirecta, porque se probó que en 1995 se ingresaron –de manera irregular- a los almacenes del Ejército, 650 paracaídas, sin que mediara contrato, lo que después se regularizó con vulneración a los procedimientos legales de licitación. Para el Tribunal es clara la existencia de una concertación entre los representantes de la empresa con el imputado, lo que se tiene demostrado con diversas testimoniales que se enuncian, pero no se transcriben -dejando constancia de que existen en autos escritos- de las que se colige que a diversos funcionarios militares les fue ordenado firmar las actas de regularización de la inexistente licitación.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Se sostiene que la comisión fue dolosa porque aunque la defensa alegue que actuó bajo el principio de confianza, es inverosímil que el imputado no haya tenido conocimiento de la forma irregular en que se adquirieron esos bienes y por el monto de la adquisición tenía que tomar todas las precauciones necesarias sobre la rectitud y legalidad del proceso y no confiar en la buena fe de los otros mandos militares. En este razonamiento, el tribunal hace una inferencia a partir de un elemento objetivo que es la condición de servidor público del imputado, con las responsabilidades inherentes a su cargo, como condición que le obligaba a conocer los procesos de adquisición en que participó, por lo que la falta de cuidado en su desempeño se traduce en un actuar doloso, con perjuicio al erario del Estado.

Llama la atención que en la sentencia se tienen en cuenta pruebas testimoniales que quedaron constantes en autos escritos, lo que evidencia que el registro del debate se integra de manera escrita en este sistema.

Calificación Jurídica del hecho:

En la calificación jurídica, como se ha relatado, el Tribunal tiene por acreditado únicamente el delito de colusión desleal, para lo que hace un análisis del tipo y considera que todos los elementos se reúnen, incluyendo la concertación y el fraude al Estado que puede ser real o potencial de perjudicarlo económicamente, lo que ocurrió al no realizarse la licitación, pues se imposibilitó la contratación con un proveedor en las mejores condiciones, además de que los paracaídas habían sido fabricados cuatro años antes y su tiempo de vida útil había disminuido, lo que se hizo constar en una inspección técnica.

Identificación del autor y su responsabilidad:

La responsabilidad del autor queda probada por su calidad y por la presunción de su actuar doloso, pues tenía un deber de cuidado con motivo de sus funciones, que fue incumplido. También se presume una concertación con la empresa beneficiaria de la venta, pues el procedimiento licitatorio fue absolutamente irregular. Este razonamiento es de naturaleza deductiva, pues parte de elementos objetivos concretos que llevan a una afirmación de responsabilidad genérica.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es clara y consistente. ES un asunto que aun cuando tiene un alto grado de complejidad, no requiere para la expresión de sus argumentos más que de la enunciación de los elementos esenciales constitutivos de los tipos penales que se imputan. Para ello, tuvo en cuenta, de manera dialéctica, las posturas de la acusación, de la defensa y de la parte reclamante de la responsabilidad civil; esencialmente en los puntos torales de imputación.

Las pruebas con las que tuvo por acreditados los elementos típicos fueron mencionadas, pero sin necesidad de transcribirlas, y sólo para efectos de señalar la esencia útil de lo depuesto o probado para efectos de tenerlo en cuenta en la acreditación de los hechos.

También el Tribunal, para efectos de tener configurados elementos de difícil acreditación objetiva, como la concertación previa en el delito de colusión desleal, recurre válidamente a un razonamiento basado en la razón, en el sentido de no es creíble que el acusado, al ser un servidor público con altas responsabilidades, no haya conocido la irregularidad de la operación que aprobaba y que para ello necesariamente debió haber celebrado concertación con la empresa privada, en perjuicio del erario del Estado. Razonamiento que soluciona de manera efectiva la solución del caso.

Debe subrayarse que el Tribunal absolvió al imputado de la comisión del delito de Asociación Ilícita para Delinquir, por no haberse acreditado que el acusado hubiese actuado como parte de tal sociedad, lo que también evidencia objetividad en la sentencia.

CASO 12: SUMINISTRO Y TENENCIA DE MATERIAL INFLAMABLE

5 DE OCTUBRE DE 2011

SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
TACNA, PERÚ

EXPEDIENTE 0223-2010-65-2301-JR-PE-01

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se integra por los siguientes apartados:

1. Vistos y oídos:
 - a. Competencia objetiva, generales del acusado y desarrollo procesal
2. Considerandos.
 - a. Hechos imputados por el Ministerio Público
 - b. De la pretensión penal y civil
 - c. Pretensión de la defensa
 - d. Examen del acusado, informe de una agraviada y autodefensa
 - e. Descripción típica
 - f. Sobre el arrendamiento del local donde ocurrió la explosión
 - g. El acusado y la actividad comercial que realizaba
 - h. Consumación del delito
 - i. Fijación de la pena
 - j. Circunstancias agravantes
 - k. Circunstancias atenuantes
 - l. Antijuridicidad y culpabilidad
 - m. Efectividad de la pena
 - n. Reparación civil
3. Fallo.

Determinación de los hechos:

El Juzgado sigue un esquema dialéctico en la determinación de los hechos, de manera que tiene en cuenta las versiones que sustentan el Ministerio Público y la Defensa, y hace un análisis de ambas posturas, a partir de las pruebas desahogadas.

Los hechos descritos por la parte acusadora consisten en que el 4 de diciembre de 2009, a las 12.32, la policía intervino un inmueble donde funcionaba un grifo clandestino de gas licuado de petróleo, que se expendía al menudeo a unidades particulares y para uso doméstico. En esa fecha se produjo una explosión y un incendio, que tuvieron como consecuencias lesiones graves en tres adultos y un menor, así como daños materiales en el inmueble y en otros alrededores. (Dos de los adultos murieron posteriormente, por la gravedad de las lesiones). La responsabilidad de estos hechos se imputan al acusado por ser conductor de un establecimiento ilegal de venta de gas.

La defensa alegó que el acusado se encontraba en otra parte el día de los hechos, que se dedica a ser músico y que no era dueño del grifo, ni lo sabía manipular. El imputado negó ser arrendatario del inmueble, al que sólo llegaba para descansar junto con una de las personas que murieron, pero que esa persona tampoco se dedica a la venta del gas.

El juzgador tuvo por acreditada la posesión del inmueble en virtud de un arrendamiento celebrado de manera informal, pero probado por el testimonio de la esposa de uno de los copropietarios (muerto por razón del incendio), al cual se le dio credibilidad y aptitud probatoria porque no había enemistad por parte de la declarante ni otra razón que invalidara el testimonio. Éste, además, fue corroborado con otro testimonio de una vecina.

La operación en ese lugar de un expendio de gas licuado de petróleo se acreditó igualmente por diversos testimonios, para cuyo análisis en el texto de la sentencia se citan textualmente las partes conducentes en que se hace referencia a que el dueño era el imputado y su hijo era quien atendía (el menor lesionado). De esta manera, se tuvo

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

convencimiento de que el imputado había alquilado el local para fines comerciales en el rubro de expendio público de gas licuado de petróleo.

Llama la atención que en la valoración de los testimonios, el juzgador tiene en cuenta que hay personas que tienen interés en el resultado del proceso (por ser agraviadas), pero él concluye que ese interés es motivado por la búsqueda de la justicia y no por razones de venganza o resentimiento, puesto que con anterioridad a los hechos no había entre el acusado y los testigos, enemistad o relaciones de similar índole. Esta es una inferencia que cumple con los requisitos formales y materiales de una inducción, a partir de elementos específicos que se toman como premisas – basadas en la experiencia- que dan sustento material a la conclusión: El argumento se visualiza así:

1ª Premisa: Los testigos tienen interés en el asunto por ser familiares de las víctimas.

2ª Premisa: Los testigos no tenían antes de los hechos, enemistad o relaciones de similar índole con el acusado.

Conclusión: El interés de los testigos debe ser interpretado como la búsqueda de la justicia y no por razones de venganza.

Calificación Jurídica del hecho:

En la calificación jurídica, el juez recurre a hacer –en primer lugar- un análisis del tipo al suministro y tenencia de material inflamable y que se configura cuando el agente ilegítimamente fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales inflamables, asfixiantes o tóxicos, o sustancias o materiales destinados para su reparación. En el caso, el juez considera que el agente tenía en su poder, de manera ilegítima, materiales inflamables.

El juez tuvo por acreditada la posesión –aunque no haya sido a título jurídico-, lo que le da precisamente la calidad ilegítima. Consideró al delito consumado, aun cuando el agente no hubiese sido sorprendido *in fragranti*, pues el tipo penal no lo requiere, sino que lo que se castiga es la tenencia ilegítima. Con el mismo detalle, menciona el bien jurídico protegido, el sujeto activo y el dolo. Este ejercicio lo hace de una manera subsuntiva.

Identificación del autor y su responsabilidad:

La identificación de autor se realiza mediante un razonamiento inductivo, con los elementos otorgados por los testimonios; de manera que se identificó a la persona poseedora del bien inmueble, el cual dedicaba al expendio ilegal de gas licuado de petróleo para uso doméstico y unidades vehiculares. En este negocio se conducía como dueño y empleaba a su menor hijo, todo ello, a pesar de que el imputado no hubiese estado presente en el inmueble el día de los hechos.

El reproche no es sólo por la tenencia de los bienes, sino por los daños causados a la vida e integridad de los agraviados y los de naturaleza material.

Se consideró que el acusado obró con conciencia y voluntad de realizar la conducta típica porque sabía que la posesión de bienes peligrosos podía generar mínimamente peligro en la colectividad. No obstante, el juez no razona por qué llega a esta conclusión.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es muy clara en tanto tiene una estructura lógica que parte de los hechos planteados por la acusación y la defensa, y las pretensiones civiles y penales. Inmediatamente procede a realizar un análisis del tipo, con base en el cual arma de manera deductiva los hechos que va teniendo por probados para acreditar tanto el tipo como la responsabilidad. Si bien detectamos que hubo afirmaciones que no fueron totalmente razonadas, puede inferirse que éstas se expresaron con base en máximas de experiencia o mayoría de razón, aunque esto no se explicitó y eso es un defecto de argumentación.

Cabe destacar que en el apartado que se denomina “Efectividad de la pena” el juez razona que el imputado se encuentra libre al momento del dictado de la sentencia y ordena que, en virtud del principio de presunción de inocencia, siga en libertad hasta que la sentencia no sea firme, pero se tomen medidas de restricción de ley. Esto, en razón de que la gravedad del delito permite tal excepción, así como las atenuantes de que es un primodelincuente.

3.10. MÉXICO.

Desde antes de la reforma constitucional de 2008, las entidades federativas de la República presentan avances en la implementación del nuevo sistema de justicia penal, como es el caso de los Estados de Nuevo León (2005), Oaxaca (2007), Chihuahua (2007), Morelos (2008), Durango (2008), Estado de México (2009), Zacatecas (2009) y Baja California (2010), entre otros. A continuación se analizan algunas sentencias que se han dictado ya bajo el esquema del sistema penal acusatorio.

3.10.1. Baja California.

El 19 de octubre de 2007 se publicó un nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, bajo el modelo acusatorio. En diciembre de ese año, el gobierno del Estado instaló la Comisión Interinstitucional de Implementación, integrada por miembros de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Estado, con inclusión específica de los órganos de procuración de justicia y de seguridad pública.⁴³⁰

Se dispuso que el nuevo código entrara en vigor de manera gradual: en Mexicali, el 11 de agosto de 2010; en Ensenada, el 3 de mayo de 2012; y en Tijuana, Tecate y Playas de Rosarito, el 3 de mayo de 2013.

CASO 1: EXTORSIÓN AGRAVADA POR PERTENECER A UNA INSTITUCIÓN POLICIAL, EN GRADO DE TENTATIVA
24 DE FEBRERO DE 2011
TRIBUNAL DE JUICIO ORAL DEL PARTIDO JUDICIAL DE MEXICALI, BAJA CALIFORNIA
CAUSA PENAL 0025/2010

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se estructura de la siguiente forma:

Datos de identificación del asunto.

Resultandos:

- Individualización del Ministerio Público y la Defensa
- Circunstancias de inicio de la audiencia de debate
- Contenido del auto de apertura a juicio oral
- Alegatos de apertura del Ministerio Público

⁴³⁰ Página del Nuevo Sistema de Justicia Penal en Baja California (www.justiciabc.gob.mx).

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

- Sobre la reclamación de daños
- Relación de pruebas desahogadas, ofrecidas por el Ministerio Público
- Relación de pruebas desahogadas, ofrecidas por la Defensa
- Constancia de formulación de alegatos de clausura
- Constancia de emisión del fallo
- Constancia de celebración de la Audiencia de Individualización de Sanciones y Reparación del daño y lectura de la sentencia definitiva

Considerandos:

1. Competencia
2. Existencia del hecho
3. Responsabilidad del acusado
4. Individualización de sanciones
5. Reparación del daño
6. Beneficios
7. Devolución de evidencia material
8. Suspensión de los derechos políticos del sentenciado
9. Orden de amonestación pública
10. Remisión a la Dirección de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales

Resolutivos

Determinación de los hechos:

En la determinación de los hechos, el tribunal tuvo por prevalente la teoría del caso de la representación social, que consistió en que el acusado (agente de la policía ministerial) amenazó a la víctima con causarle un daño en su integridad corporal, de algún miembro de su familia o de sus empleados o con “reventar” su negocio de grúas, si no le entregaba \$2,500.00 dólares; finalidad que no llegó a consumarse por causas ajenas a la voluntad del activo.

La Defensa argumentó una teoría del caso diferente, que el Tribunal no tuvo por acreditada, y que consistió en que al no haberse demostrado la existencia del dinero, como objeto del delito, éste no se configuró por ser de carácter eminentemente patrimonial. Además de que el inculpado había acudido al lugar para recoger un teléfono celular que había extraviado en ese lugar.

El Tribunal tiene por acreditados los hechos acusados, fundamentalmente a partir de la declaración de la víctima, para concluir en que: La víctima conoció al agente de la policía acusado y su compañero, en la primera semana de agosto de 2010, cuando se quemó un camión en su negocio; ese día le estuvieron llamando para que fuera al negocio y cuando llegó, lo subieron a un vehículo y le dijeron que el camión se lo habían quemado porque debía droga, que sabían que se dedicaba a actividades ilícitas, le describieron todos sus bienes y le pidieron 2,500 dólares para dejar las cosas en paz, si no le reventarían el negocio o quizá cuando estuviera en la calle le echarían droga a su vehículo para perjudicarlo. El 1° de septiembre de 2010, alrededor de las 11 de la mañana, se presentaron los policías en su negociación y preguntaron por él. Un empleado les dijo que no se encontraba y le dejaron el recado de que iban por lo pendiente, por lo que habían acordado, que contestara el radio y que después volverían. Como a la media hora regresaron, ahora más violentos y le dijeron al empleado que le dijera a su patrón que sabían que estaba dentro del negocio y que lo único que querían era el dinero acordado. Regresaron como al medio día y él habló a las oficinas de la Policía Ministerial, de donde mandaron unos agentes a quienes contó todo. Al estar estos policías en su oficina, recibió una llamada a su nextel de los policías que le pedían el dinero con la amenaza de no dejarlo en paz. Los agentes que estaban en su oficina pudieron escuchar la llamada y corroborar que se hacía desde un número de donde le habían marcado como treinta veces al día. Los agentes permanecieron en el lugar por alrededor de dos horas y se retiraron, dejándole un número de teléfono para que les llamara por si volvían a molestarlo. Alrededor de las seis de la tarde, llegaron otra vez los policías que lo amenazaban, quienes le dijeron que si no les entregaba el dinero lo iban a matar y a quienes contestó que conseguiría lo que pudiera para

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

dárselos. Fue a buscar a su hijo, quien le prestó un fajo de cien billetes de dólar, los cuales introdujo en dos sobres tamaño carta y alrededor de las 9.30 de la noche les marcó para decirles que tenía un poco de dinero. Cuando pasaban de las 11 de la noche, vio pasar frente a su negocio el vehículo de los policías que le pedían dinero, por lo que llamó a los Agentes Ministeriales que le ayudarían. El auto se estacionó frente al negocio y él se acercó para entregarles los sobres, cuando llegaron los policías que los detuvieron. Soltó los sobres y cayeron al piso. Antes de irse, los Agentes le dijeron que tenía que presentarse en las oficinas con el dinero.

Esta reseña de hechos se deduce de la sentencia, en la que el Tribunal hace prácticamente una transcripción de la declaración de la víctima para delimitarlos, lo que evidencia una carencia en la capacidad de elaborar una conclusión judicial propia.

Es de aclararse que en la configuración de los hechos, el Tribunal tuvo en cuenta también otras pruebas como son las declaraciones de los Agentes Ministeriales que realizaron la detención, así como peritajes en criminalística (de inspección del lugar) y en materia psicológica, respecto del estado emocional de la víctima.

La posición de la Defensa fue desestimada por “reñir con el sentido común de las cosas, con el correcto entendimiento y las máximas de experiencia”.

Es de destacarse que en esta resolución se analizó la licitud de una de las pruebas, que fue el dinero en dólares que la víctima proporcionó y que señaló como los cien billetes de un dólar que consiguió para entregar a los policías extorsionadores y que finalmente no fueron entregados. Se calificó de ilícita a la prueba porque los agentes ministeriales que realizaron la detención no aseguraron esa prueba, sino que la dejaron en manos del ofendido y le pidieron que llevara el dinero a la Agencia del Ministerio Público; ello, en lugar de haber asegurado el dinero y tratarlo bajo la debida cadena de custodia. Aunque esta prueba fue calificada de ilícita, la imposibilidad de valorarla no tuvo consecuencias negativas en el convencimiento del Tribunal.

Calificación Jurídica del hecho:

El Tribunal tuvo por acreditada la ejecución de una conducta dolosa a título de coautor, del delito de extorsión agravado en grado de tentativa, en tanto se tuvo por probado que el inculpado se constituyó en diversas ocasiones en la negociación propiedad de la víctima, con la firme convicción de ejecutar el delito de extorsión, sin importar ser Agente de la Policía Ministerial. En su conclusión, el Tribunal no consideró necesario hacer un juicio de tipicidad.

Identificación del autor y su responsabilidad:

Con los mismos elementos con que se calificó jurídicamente a los hechos, el Tribunal tuvo el convencimiento, más allá de toda duda razonable, de que el acusado cometió el delito de extorsión agravado por pertenecer a una institución policial en grado de tentativa, de forma dolosa y como coautor. Exteriorizó su resolución de cometer el delito, con la ejecución de la conducta que debía producirlo, al obligar al ofendido a realizar actos en perjuicio de su patrimonio bajo la amenaza de que si no lo hacía, le reventaría el negocio o le causaría un daño en su persona, familia o empleados; delito que no se consumó ya que fue detenido en flagrancia.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia tiene una estructura lógica, que parte de las posiciones argumentativas de cada una de las partes, para hacer una síntesis de ellas. No obstante, se dificulta la claridad del argumento en tanto para ello recurre constantemente a reproducir –prácticamente en su integridad- las declaraciones de la víctima y de los testigos, elementos que constituyen las pruebas torales para tener por demostrados los hechos y la probable responsabilidad.

Esto refleja una dificultad en la síntesis de los elementos probatorios para extraer de ellos los elementos esenciales de conclusión, tanto que, para delimitar los hechos probados, el Tribunal recurre prácticamente a una transcripción de la declaración de la víctima.

CASO 2: VIOLACIÓN EQUIPARADA Y VIOLACIÓN IMPROPIA

4 DE MARZO DE 2011

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL DEL PARTIDO JUDICIAL DE MEXICALI, BAJA CALIFORNIA

CAUSA PENAL 36/2010

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se integra por los siguientes apartados:

Datos de identificación del asunto.

Resultandos:

- Intervinientes
- Apertura de la audiencia de debate de juicio oral
- Hechos y circunstancias materia de la acusación
- Alegatos de apertura
- Alegatos de clausura
- Clausura de la audiencia de debate
- Emisión del fallo
- Audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño

Considerandos:

- Competencia
- Existencia del delito (relación de pruebas)
- Responsabilidad penal (relación de pruebas)
- Penalidad
- Lugar de ejecución y cómputo de la pena
- Beneficios
- Suspensión de los derechos políticos
- Amonestación
- Remisión a la Dirección de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales
- Alegatos de clausura de defensa

Resolutivos

Determinación de los hechos:

En la determinación de los hechos, el Tribunal tuvo en cuenta como premisa los que fueron materia de la acusación y que consistieron en que el 20 de septiembre de 2010, entre las 15:15 y las 17:15 horas, al encontrarse la menor víctima de seis años de edad en el domicilio que habita el imputado, ésta la condujo a su recámara, la despojó de su short y su calzón, y él también se desnudó quedándose únicamente con los calzones en las pantorrillas. Recostó a la niña en la cama, bocabajo, empujando sus rodillas hacia enfrente, le abrió las piernas y le introdujo su pene en el ano, con lo que le ocasionó una lesión en la región anal, que se determinó como reciente.

Para tener por acreditados los hechos, el Tribunal hizo transcripción de cada una de las declaraciones de la víctima y de los testigos. En tanto la víctima es una menor, destacó que depuso en testimonio especial y en audiencia a puerta cerrada y describió cómo la menor explicó lo sucedido con ayuda de unos muñecos. Descrita con detalle la declaración de la menor, el Tribunal la valoró como suficiente para evidenciar el contenido de la acusación. En esta valoración destacó que la niña dibujó en un rotafolio un pene, refiriendo que era la “cosita” del imputado, y señaló al ano de la muñeca, como “sus nalguitas”, simulando con ellos una relación sexual vía anal. Destacó el Tribunal que por tratarse de un delito sexual, suele cometerse en lo oculto, sin la presencia de testigos, por lo que no es posible acreditarlo con una prueba directa. La declaración de la niña tiene relevancia porque no se le puede tachar de malicia o mala fe, además de que la narración resulta creíble por estar saturada de detalles en cuanto a las circunstancias de ejecución y que no es posible que sean materia de su invención, por

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

lógica y conforme a las máximas de la experiencia, pues los niños no inventan este tipo de sucesos si no los han vivido o experimentado, además de que no existe dato indicador de que mienta la menor al declarar o que hubiese sido inducida u obligada a rendir esa versión. El Tribunal señaló que a su corta edad, la menor cuenta con la capacidad para apreciar los hechos de que fue víctima, y relata en forma clara, coherente, precisa y sin dudas, no sólo respecto de la consumación, sino también en la identificación de su agresor.

La declaración de la menor fue entonces el más importante medio de prueba para tener por acreditados los hechos, complementada con las declaraciones de los tutores de la niña, de quienes el Tribunal también detalló exhaustivamente su relato. De estas declaraciones se infiere el entorno circunstancial bajo el cual se sucedió la violación, pues tienen una comadre a quien encomiendan el cuidado de la niña por unas horas para que la lleve a clases de inglés y fue en casa de esta persona donde ocurrieron los hechos, bajo la autoría de un hijo de la señora, al encontrarse solo con la menor. Narraron la forma en que se dieron cuenta que la niña había sido abusada y las medidas que tomaron una vez que lo supieron.

Importantes fueron también los testimonios del perito médico ginecólogo y de la perito en psicología, quienes revisaron a la menor y emitieron los dictámenes correspondientes. En la valoración de estas pruebas técnicas, el Tribunal tuvo en cuenta la descripción de los métodos usados, las conclusiones a que se arribó y el grado de experticia de los dictaminadores.

Finalmente, también se hizo mención de un acuerdo probatorio celebrado previamente entre las partes, respecto de la edad de la víctima.

Calificación Jurídica del hecho:

Con los elementos de prueba señalados, el Tribunal tuvo por acreditada la existencia del delito de violación equiparada, en tanto el imputado copuló con una menor de catorce años de edad.

Hecha la calificación jurídica, el Tribunal desestimó los testimonios de la defensa en razón del parentesco consanguíneo y político que tienen con el acusado, de lo que desprendió el ánimo de favorecerle por el sentimiento familiar y porque dijeron que habían tenido conocimiento de los hechos el mismo día en que ocurrieron, sin que hubiesen declarado con anterioridad, como bien pudieron hacerlo al resolverse la vinculación al proceso; por lo que, en opinión del Tribunal, es extraño que sea hasta ahora, cinco meses después, que declaren, si ellos dicen haber sabido de su inocencia y si bien los testimonios son contestes, los contradice la versión de la menor, cuya imputación no es creíble que sea falsa porque razonablemente no tiene interés en perjudicarlo, además de que dicha imputación es más creíble al estar fortalecida por las restantes pruebas.

Identificación del autor y su responsabilidad:

El Tribunal se convence de la responsabilidad penal y del obrar doloso del acusado porque tuvo plena conciencia de los elementos objetivos del tipo penal y ejecutó voluntariamente los actos encaminados a la constitución del delito. En el razonamiento de esta participación, el Tribunal hizo nuevamente un recuento del testimonio de la víctima, y realizó la misma valoración que para tener por probados los hechos. Lo mismo ocurre con el resto de los demás testimonios.

Destaca que el Tribunal, al valorar nuevamente la prueba pericial psicológica, para efectos de la responsabilidad concluye que es un firme apoyo a lo expuesto por la menor víctima, que permite considerar que la niña se condujo con honestidad, fuera de todo aleccionamiento, lo que hace valorar a la testimonial de la perito, como un indicio de la responsabilidad penal del acusado. Aclara que no obsta que no obren los documentos o contenidos de la batería de pruebas psicológicas que se practicaron a la menor, porque sólo son la verificación de un resultado expuesto al desahogar la entrevista y la observación de la menor.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

También llama la atención que el Tribunal invoque, para fortalecer su razonamiento una tesis aislada de la Octava Época, de un Tribunal Colegiado de Circuito, en que se señala que la declaración del ofendido en tratándose de delitos sexuales “cobra mayor relevancia si proviene de una niña a quien no se le puede tachar de malicia o mala fe”. Razonamiento que en sí mismo es falaz y carente de sustento racional sólido, pues no se puede atribuir credibilidad o mayor peso valorativo a una imputación, sólo por provenir de una niña, pues esa sola circunstancia fáctica no tiene por consecuencia necesaria que no haya malicia o mala fe en su imputación. La prueba tiene que ser fortalecida o administrada con otras, como ocurrió en el caso.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es clara y consistente, aunque adolece de reiteraciones y repeticiones argumentativas, pues los mismos razonamientos que se emplean para tener por probados los hechos, se usan para la acreditación de la responsabilidad penal, mientras que en la estructura argumentativa pudiera encontrarse una forma más asertiva y concreta de razonar ambos temas, sin necesidad de reiterar los razonamientos.

3.10.2. Chihuahua.

En mayo de 2005 los Poderes del Estado firmaron un acuerdo para la transformación del Sistema de Justicia Penal en la entidad. Se desarrolló un marco normativo para la reforma y un plan estratégico para su implementación. El marco normativo entró en vigor el 1° de enero de 2007 y se dispuso una implementación gradual del sistema, primero la ciudad de Chihuahua y siete municipios; después Ciudad Juárez y, a partir de enero de 2008, la totalidad del Estado. El primer juicio oral bajo este nuevo orden, se realizó en enero de 2007.⁴³¹

CASO 3: VIOLACIÓN AGRAVADA EN SEGUNDO GRADO

23 DE MAYO DE 2011

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL EN EL DISTRITO JUDICIAL MORELOS Y MANUEL OJINAGA

CAUSA PENAL 1035/2010

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se integra por un proemio breve, ocho considerandos y puntos resolutivos, con la siguiente temática:

1. Competencia
2. Acusación
3. Fijación de los hechos
4. Calificación de los hechos
5. Calificación de la autoría
6. Medios de prueba que se rechazan
7. Análisis de los alegatos de las partes
8. Individualización de sanción y reparación del daño
9. Puntos resolutivos

⁴³¹ Cfr. **HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo**. *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*, ob. cit., pp. 557 y ss.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Determinación de los hechos:

- 1) El 6 de noviembre de 2009, aproximadamente a las 13.00 horas, al encontrarse la víctima de 9 años de edad, caminando por la colonia Jardines de Oriente, el acusado la sujetó, le tapó la boca y la subió por la fuerza a un vehículo de su propiedad. Luego la trasladó a un lugar despoblado, donde le hace bajar el pantalón, le tapa los ojos con un pañuelo y le impone la cópula por vía anal. Después, la bajó del vehículo en ese lugar.
- 2) El 21 de mayo de 2010, aproximadamente a las 17.00 horas, otra víctima salió de la escuela, subió a un camión urbano para trasladarse a su domicilio, observó un vehículo que iba al lado del camión y al bajarse, cerca de su domicilio, se detuvo el vehículo, bajó el imputado, quien la tomó de las axilas, la subió al auto, le puso algo negro en la cara, la tiró al piso, y la trasladó a un terreno bardeado con un portón negro, en donde le ordenó que se quitara la ropa de abajo y le impuso la cópula vía anal. Posteriormente, salieron del terreno y dejó a la menor en un lugar solitario.

Para concluir en el primero de los supuestos, el Tribunal tuvo en cuenta lo siguiente:

- 1) *El relato de la víctima*, quien describió en detalle las circunstancias, las características físicas de su agresor, la camioneta a que fue subida y los momentos posteriores en que fue encontrada y auxiliada. La credibilidad de la víctima aumentó cuando negó que alguna persona le hubiese orientado para declarar. El Tribunal relata la forma en que se desahogó esta declaración, en que la víctima pudo reconocer en fotografías la camioneta, los objetos encontrados dentro, y el bonete que portaba el acusado en el momento de la agresión.
- 2) *Declaración de la madre*, quien describió las prendas que portaba su hija ese día, la forma en que desapareció y lo que hizo para localizarla. También tuvo en cuenta la reproducción de un audio de la llamada de auxilio que hizo la madre para localizar a la niña a la autoridad municipal.
- 3) *Declaraciones de empleados del departamento de limpia municipal*, que encontraron a la niña y la auxiliaron, y del agente policial que la recibió.
- 4) *Datos desprendidos de la investigación ministerial*: recorrido con la víctima y su mamá del trayecto seguido, serie fotográfica, entrevista a testigos sobre la camioneta, y la ubicación del lugar.
- 5) *Hallazgos de la perito médico*, que el Tribunal valoró utilizando máximas de experiencia, como la afirmación de que “es temerario que un perito tratara de establecer la fecha exacta en que ocurrió un hecho de la naturaleza que nos ocupa y lo que ocurre es que aporta determinados datos para situarlo en un rango de horas, días o hasta meses”
- 6) *Conclusiones de las peritos psicólogas*, sobre el estado emocional de ansiedad y angustia de la víctima al relatar los hechos, impresión diagnóstica que se consideró atendible por ser compatible con la agresión.

En el análisis del segundo de los supuestos, el Tribunal tuvo en cuenta lo siguiente:

- 1) El relato de la víctima, que se consideró confiable en razón del apoyo probatorio de otros elementos. En su relato, la menor detalló que circunstancias adicionales que relacionaron al autor con los hechos y que le dieron veracidad a la declaración, como el hecho de que ella llevaba su mochila de la escuela, se cayeron sus cosas en el auto y ella las recogió, luego de que se cayó algo de la guantera. La existencia de la mochila y de una boleta de infracción que se fue en ella, fueron determinantes para localizar la camioneta y a su dueño. Igualmente, la menor reconoció en fotografías el lugar y lo describió con detalles, incluso el olor de excremento de animal.
- 2) Declaraciones de los agentes ministeriales que prestaron auxilio a la menor al ser abandonada y a quienes se les entregó la boleta de infracción.
- 3) Información en ejecución del cateo realizado al domicilio del dueño de la camioneta, en que se encontraron los guantes de látex, un bonete color negro, objetos sexuales y objetos personales.
- 4) Información otorgada por la perito médico legista, quien observó datos compatibles con penetración vía anal de reciente data y analizó muestras biológicas tomadas en

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

cavidad anal y el calzón de la niña. Se hizo hincapié en el seguimiento de la cadena de custodia.

- 5) Impresión diagnóstica de las peritos psicólogas, que encontraron datos compatibles con un trastorno por stress agudo, malestar psicológico intenso y abuso sexual del niño.

Calificación Jurídica del hecho:

El Tribunal concluyó que se cometió el delito de violación con penalidad agravada, en número dos, en perjuicio de las dos víctimas menores de catorce años. Se consideraron demostrados los elementos objetivos y normativos: ambas víctimas son menores de catorce años (edad acreditada con documentos y deposiciones técnicas); la imposición de la cópula (acreditada con las declaraciones de las víctimas, sus progenitoras, y la información de otros órganos de prueba como la médico forense y la psicológica). La agravante de violencia física no se tuvo acreditada en la imposición de la cópula, aunque sí en la sustracción de su ámbito de acción.

Identificación del autor y su responsabilidad:

El tribunal tuvo probada la intervención culpable y penada del imputado en su calidad de autor material, para lo cual expresó haber tenido en cuenta la prueba directa y circunstancial, como son:

- 1) Los firmes reconocimientos de las víctimas, cuyos datos aportados fueron suficientes, en razón de no haber estado en aptitud de observar detenidamente al agresor.
- 2) La prueba genérica encontrada en restos seminales, en el calzón de una de las menores.
- 3) La circunstancia de que el acusado se desempeñaba como agente policial, supervisor escolar en el distrito, función que le permitía trasladarse sin restricciones por las colonias que le correspondían.
- 4) La diligencia de cateo realizada en su domicilio, donde se encontraron objetos que lo relacionaban con los hechos, y ubicado en un lugar cercano al de ejecución.
- 5) Similitud del modus operandi en ambos casos.
- 6) La falta de acreditación de la coartada de defensa, de que estuvo en otro lugar.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Esta sentencia es clara y tiene una fuerte consistencia argumentativa. Está dictada conforme a los principios que rigen al sistema acusatorio, de contradicción, valoración libre de la prueba, convicción de responsabilidad más allá de toda duda razonable, uso de reglas de la razón y de la experiencia, y relación armónica de los elementos de prueba que se aportaron.

Formal y materialmente, la sentencia abarca los elementos argumentativos indispensables en la resolución del caso, a saber, la fijación de los hechos, su calificación jurídica, la autoría, el análisis de los medios de prueba que surtieron valor, el análisis dialéctico de los argumentos de las partes y la individualización de la sanción y la reparación del daño.

El Tribunal tejió armónicamente los argumentos, interrelacionó las pruebas, evaluó la confiabilidad de las declaraciones, el desempeño de la fiscalía y la defensa, y logró sostener con firmeza sus conclusiones, sin dejar de analizar –bajo el principio de exhaustividad- tanto los argumentos en pro como en contra y las pruebas de defensa que desechó en su valor. Sus argumentos fueron de tipo inductivos y abductivos (en que los hechos probados permitieron al Tribunal llegar a una hipótesis que los explican), como las evidencias reunidas alrededor de la identidad del autor.

No obstante que el asunto es complejo en tanto fueron dos los hechos que se integraron en esta causa, y que las pruebas se desahogaron para acreditar ambos, la sentencia es clara, asequible, no necesitó de razonamientos deductivos, ni de transcripciones redundantes e inútiles. El Tribunal, incluso, valoró el actuar del Ministerio Público y de la Defensa, en el contexto del sistema acusatorio, usó elementos

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

de experiencia y de razón común para adherirse o no a las opiniones periciales, evidenció el alto grado de especialización y confiabilidad de la pericial en genética y la solidez de su sostenimiento en juicio, dio seguimiento a la acreditación de la “teoría del caso” planteada por cada una de las partes, y destacó que sus razonamientos los hacía en el contexto del nuevo sistema, dejando atrás los formalismos propios del registro en expediente. Privilegia esquemas de credibilidad del órgano de prueba (verosimilitud de los relatos) ante la presencia directa de los jueces.

CASO 4: RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD O DE QUIEN NO TIENE CAPACIDAD PARA COMPRENDER EL SIGNIFICADO DEL HECHO

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL, DISTRITO JUDICIAL MORELOS,
CHIHUAHUA

5 DE SEPTIEMBRE DE 2011

JUICIO ORAL 38/2010

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia –que es de tipo absolutorio- se integra de diez considerandos con la siguiente temática:

1. Identificación del asunto y competencia
2. Hecho materia de acusación
3. Alegatos de las partes. Se omiten por ser tratadas más adelante.
4. Constancia de que la acusada ejerció su derecho de ser escuchada.
5. Hechos que se consideran acreditados
6. Motivación de la valoración de los hechos
7. Falta de acreditación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar
8. Llamamiento enérgico a los padres para que se ocupen del interés superior de la menor hija
9. Rechazo de valoración de pruebas
10. Conclusión de insuficiencia de pruebas
11. Resolutivos

Determinación de los hechos:

Si bien el Tribunal transcribe los hechos de la imputación, concluye que habiendo valorado la prueba rendida, los hechos acreditados son que la acusada y el querellante contrajeron matrimonio y procrearon una hija, quien cuenta actualmente con trece años de edad. La acusada inició el trámite de divorcio contencioso y el querellante promovió diligencias en materia de controversias del orden familiar, en que la juez decretó la convivencias entre el querellante y su menor hija, las cuales se llevarían a cabo los lunes y jueves de cada semana, de las dieciséis a las veinte horas, y los domingos, cada quince días, de las diez a las diecinueve horas. Durante 2009 y 2010 se dio cumplimiento irregular de las convivencias de la menor y su padre.

Calificación Jurídica del hecho:

Después de tener en cuenta la resolución del juez de lo familiar (que transcribió por considerarlo necesario), el Tribunal señaló la existencia previa de un mandato judicial relativo a permitir la convivencia entre la menor y su padre, a partir del 2 de mayo de 2008, hasta que esa determinación se revocó o se modificó. De las pruebas rendidas en el juicio oral penal se desprende que no hubo notificación personal y oportuna a la acusada, por lo que la conducta atribuida no alcanzó trascendencia típica al omitirse configurar, por el Ministerio Público y el acusador coadyuvante, los extremos requeridos.

También se razonó que el incumplimiento de las convivencias debía revestir una temporalidad más o menos permanente y absoluta, en la que se revele una conducta contumaz y reacia de la acusada, pero la prueba en el juicio fue insuficiente para

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

demostrarlo, pues sólo se acreditó la existencia de una serie de cumplimientos imperfectos, a partir de diciembre de 2008. Para ello, se analizó la declaración del coadyuvante, quien no fue preciso en establecer las irregularidades de convivencia.

De los atestes del coadyuvante y de la testigo hermana de la acusada, se desprende que el propio padre es inconstante en acudir por la menor en las fechas permitidas.

Identificación del autor y su responsabilidad:

Como consecuencia de la atipicidad de la conducta, no se pudo determinar responsabilidad.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Sí se logra consistencia argumentativa, la sentencia es acorde con las pretensiones del sistema acusatorio, porque plantea de forma dialéctica el problema y lo resuelve a través de la contradicción y la valoración de la prueba desahogada en juicio. El Tribunal hace reflexiones vívidas sobre la materia del problema planteado en juicio, de manera que no sólo analiza si se configuraron los elementos típicos del delito imputado, sino que encuentra que los padres de la menor “han utilizado indebidamente la situación de su hija para enfrascarse en demandas recíprocas” y hacen uso indebido de las instituciones judiciales para sus propósitos personales y para ocasionarse daños y perjuicios de toda índole, y que es intolerable que minimicen y desconozcan el interés superior de la menor.

Entonces, los argumentos que usa el Tribunal son tanto de naturaleza jurídica, como de estricto análisis de las pruebas desahogadas en juicio y de contextualización social de la situación planteada.

3.10.3. Durango.

El Estado de Durango ha implementado la reforma penal de manera gradual, a partir del año 2008. El 20 de noviembre de 2007, los representantes de los tres poderes de la entidad suscribieron el Acuerdo “*Reforma Integral al Sistema de Justicia Penal en el Estado de Durango*”, por el cual se dispuso la creación de la *Comisión para la Reforma Integral del Sistema Penal* que a su vez elaboró el proyecto de Código Procesal Penal. En el planteamiento del nuevo ordenamiento, se tomó como referencia las legislaciones de Baja California, Estado de México, Chihuahua, Morelos, Oaxaca, Nuevo León y Zacatecas.

El Estado cuenta con una Ley para la Reforma Penal que tiene por objeto regular la planeación, programación, ejecución, evaluación y control de las acciones a desarrollar por el poder público para la implementación de la reforma penal. Esta ley fue publicada el 13 de julio de 2008.

El 30 de septiembre de 2008, se promulgó el Decreto de Reformas Constitucionales que establece el proceso penal acusatorio y oral, habiéndose ya presentado el día 26 de ese mismo mes y año, la iniciativa de un nuevo Código Procesal Penal.⁴³² En la implementación de la reforma, se han adecuado también el Código Penal, el Código de Justicia para Menores Infractores, la Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la Ley Orgánica del Poder Judicial,

⁴³² www.congresodurango.gob.mx.

la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado, la Ley de Seguridad Pública, la Ley del Instituto de la Defensoría Pública, la Ley de Justicia Penal Restaurativa y la Ley de Justicia Alternativa.⁴³³

CASO 5: SECUESTRO

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL DEL PRIMER DISTRITO DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO
28 DE JUNIO DE 2011
CAUSA 174/2010

Estructura básica de la sentencia:

Se trata de una sentencia absolutoria, integrada por la siguiente estructura:

Proemio

Resultandos:

1. Acusación (transcripción) y enunciación de las pruebas del Ministerio Público y la defensa,
2. Constancia del auto de radicación
3. Relato de lo sucedido en audiencia de juicio oral

Considerandos:

1. Competencia
2. Estudio dogmático del delito
3. Responsabilidad penal

Puntos resolutivos

Determinación de los hechos:

El documento no hace una determinación concreta de los hechos, sino que los va deduciendo de las diversas declaraciones que se desahogaron en juicio – principalmente-. El orden de la deducción obedece al análisis de tipicidad que realiza el tribunal en el segundo de sus considerandos, de manera que va buscando entre las pruebas los elementos que configuren el delito. Parte de la acusación –que transcribe como premisa de los hechos, pero no hay una conclusión plenamente identificable de la versión de los hechos a que arriba. De sus razonamientos de valoración, se puede concluir que tiene por ciertos los hechos que dieron lugar a la configuración del secuestro, no así a la responsabilidad del inculpado.

A partir de las inferencias que se hacen en la sentencia, se puede esbozar que el Tribunal tuvo por cierto que:

El 25 de agosto de 2010, entre las doce y las trece horas, los sujetos activos que se encontraban a bordo de dos vehículos de motor, que fueron plenamente identificados, al llegar a una de las calles de la colonia Ponderosa de esa ciudad, se percataron de que la víctima iba saliendo de una tienda. Uno de ellos le dio la orden de que se subiera a uno de los vehículos y al no obedecer, le ordenó a otro de los individuos que lo subieran. Lo subieron, lo golpearon y le dijeron que lo iban a matar. Se lo llevaron a una casa donde lo bajaron del vehículo y lo siguieron golpeando, para después subirlo en la cajuela del auto. Estando en dicho lugar, llegaron elementos de la policía que lograron rescatarlo.

Calificación Jurídica del hecho:

El tribunal hizo un análisis de tipicidad, de manera que encontró encuadramiento de la conducta en el tipo penal de secuestro, con el propósito de alterar la integridad

⁴³³ www.durango.gob.mx.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

física o mental del secuestrado. Concluyó que la acción de los sujetos activos fue con el propósito de causar un daño a la integridad física de la víctima, habiéndose demostrado el dolo en la privación de la libertad.

Con la prueba pericial que dictaminó el tipo de lesiones, se infirió el propósito de los sujetos activos de causarle un daño en su integridad, concatenada con el dicho del propio ofendido. No se tuvo por demostrada la alteración de la integridad mental de la víctima.

Identificación del autor y su responsabilidad:

No se tuvo por acreditada la responsabilidad penal como coautor en la comisión del delito de secuestro porque no hubo un señalamiento directo. Si bien en la etapa de investigación se tuvieron elementos, no se incorporaron las pruebas debidamente al juicio. Los dos testigos directos del momento en que se privó de la libertad fue la víctima, que no hizo señalamiento directo y un menor, que no compareció en el juicio oral.

Se aportaron dos pruebas indirectas, la declaración de un policía y una pericial en dactiloscopia. El policía dijo que detuvo al acusado en la azotea y que la víctima lo señaló como uno de los participantes, pero en la audiencia oral, la víctima no hizo tal señalamiento. En cuanto a la pericial, se encontró que en el vehículo asegurado había una huella perteneciente al imputado, pero hubo inconsistencias en la hora en que se hizo el levantamiento de la huella y el dedo al que correspondía, por lo que el Tribunal la desestimó.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es consistente, pero guarda una estructura esencialmente subsuntiva de los hechos a la norma. Su premisa es el estudio dogmático que hace sobre la integración del tipo de secuestro con el propósito de alterar la integridad física o mental del secuestrado. Para ello, parte del texto de la norma y analiza que debe configurarse un fin doloso de alteración de la integridad de la salud y que el núcleo del delito es la acción de privar de la libertad dolosamente.

En la sentencia se arman, como un rompecabezas, los elementos del tipo descrito, tomados de las declaraciones de la víctima y los testigos. En la valoración de la prueba, el tribunal transcribe la parte de la declaración que sirve para su propósito y la valora con una fórmula repetitiva, bajo la siguiente leyenda:

“por lo que al ser valorado bajo las reglas de la sana crítica tal como lo exige la fracción II del apartado ‘A’ del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 355 del Código Procesal Penal del Estado, ya que de acuerdo al principio lógico de identidad dicho testimonio adquiere tal categoría con el resto de las pruebas, que más adelante se valoran, con las cuales es coincidente para establecer el delito.”

El esquema de valoración de las pruebas guarda un sistema repetitivo, tanto para configurar el tipo penal, como para no tener por acreditada la responsabilidad del acusado. Se trata de un análisis de suficiencia de pruebas para una y otra cuestión. No obstante, en el estudio de cada uno de los elementos del tipo o de la responsabilidad, es difícil ver al documento como un todo, en que de manera concreta, el Tribunal arribe a una conclusión clara sobre el seccionamiento de sus reflexiones.

Considero que en el afán de la exhaustividad en el análisis de la tipicidad y la responsabilidad, se excluye un ejercicio de argumentación más integrador de lo demostrado en el juicio.

CASO 6: HOMICIDIO EN RIÑA
28 DE ABRIL DE 2010
JUICIO ORAL

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL CON RESIDENCIA EN
DURANGO
CAUSA PENAL 4/2009

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se integra por:

Resultandos:

1. Constancia de la celebración de la audiencia de debate
2. Generales del acusado
3. Constancia de emisión del fallo condenatorio por parte del Tribunal, una vez cerrada la audiencia de debate
4. Constancia de celebración de audiencia de individualización de sanciones

Considerandos:

1. Competencia
2. Acusación
3. Síntesis del alegato de apertura y de clausura del Ministerio Público
4. Síntesis del alegato de apertura y de clausura de la defensa
5. Relación de las pruebas desahogadas
6. Hechos probados y calificativa
7. Responsabilidad penal
8. Audiencia de individualización de sanciones
9. Reparación del daño
10. Decomiso del instrumento del delito
11. Gastos procesales

Resolutivos

Determinación de los hechos:

El 25 de diciembre de 2009, entre las 9 y 10 de la mañana se encontraban varios sujetos en la esquina que forman las calles de Matamoros y Libertad, cuando el sujeto pasivo comenzó a provocar al acusado al decirle que les consiguiera una botella de alcohol, a lo que éste se negaba aduciendo que no traía dinero, pero el hoy occiso continuaba insistiendo. Ante ello, el acusado solicitó dinero prestado para comprar una botella de vino, la que le entregó al hoy occiso al tiempo que le decía que ya se retiraba del lugar. El pasivo comenzó a decirle al acusado que no se iba a ir, que le tomara a la botella, a lo que éste se negaba. El ahora occiso lo insultó y le dio un golpe con el puño, que impactó en la región labial del acusado y que provocó que cayera hacia atrás, golpeándose en la espalda. Acto seguido, el hoy occiso se lanzó sobre el acusado con la intención de continuar agrediendo, pero el acusado, al encontrarse en el piso, sacó de entre sus ropas un arma punzocortante y le ocasionó una lesión en la región izquierda del tórax, a nivel del tercer espacio intercostal, la que perforó el lóbulo superior del pulmón izquierdo y laceración del pericardio y de aurícula izquierda de corazón, lo que le ocasionó hemorragia tanto interna como externa. Esta lesión le causó de manera directa la muerte.

Calificación Jurídica del hecho:

El Tribunal calificó los hechos como constitutivos del delito de homicidio en riña, para lo cual razonó que en el acusado surgió el ánimo de reñir al momento de sacar de entre sus ropas el arma punzocortante, con lo que se colocó en el mismo plano de ilicitud del hoy occiso y tácitamente puso de manifiesto su deseo de contender de obra con el ánimo de causar un daño al hoy occiso.

Se hace un análisis de tipicidad, con la transcripción del tipo en la ley y el desglose de sus elementos,

Identificación del autor y su responsabilidad:

Se tuvo por demostrada la calidad de autor directo y la plena responsabilidad. Fundamentalmente, el fallo tiene en cuenta la declaración del inculpado y la coincidencia de su narración con la mecánica de los hechos, en el sentido de que fue él quien ocasionó la lesión con el arma punzocortante.

En este razonamiento, el tribunal tejió los elementos de prueba que se obtuvieron para concluir que hubo testigos que si bien no vieron el acto de lesión, sí presenciaron los momentos inmediatos posteriores. Observaron que el imputado empuñaba el cuchillo lleno de sangre, mismo que fue entregado por el acusado al Presidente de la Junta Municipal, quien a su vez lo entregó al Agente de policía que lo aseguró y embolsó. La perito farmacéutica también estableció que las manchas de color rojo que presentaban las prendas y el cuchillo que portaba el acusado eran de sangre humana pertenecientes al grupo sanguíneo que coincide con el del hoy occiso.

Descartó el Tribunal la versión defensiva de que el acusado no tenía intención de privar de la vida a la víctima, pues fue ésta la que al lanzarse sobre él se lesionó con el cuchillo que trataba de arrojar, pues esta versión no se encuentra apoyada con elementos de prueba. Por la mecánica de los hechos y la profundidad de la lesión no se puede considerar que el acusado tuviera sólo la intención de deshacerse del arma punzocortante, pues para poder penetrar y lesionar hasta el lóbulo superior del pulmón izquierdo, el pericardio y la aurícula del mismo lado, se precisaba sostener fuertemente el arma. Este razonamiento lo estableció como máxima de experiencia y no con un dictamen técnico. No obstante, sí fue con base en un dictamen pericial, que el Tribunal concluyó que la lesión tuvo una trayectoria ligeramente ascendente y que tanto el arma como la región corporal donde se produjo la lesión no se encontraban en un mismo plano.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es clara y consistente, pero en su afán por ser exhaustiva en el análisis del tipo y de la responsabilidad del imputado, emplea repetidamente silogismos deductivos, para llenar cada espacio que abre cada uno de los elementos de tipicidad y de responsabilidad. Esto ocasiona que la sentencia se vuelva circular en su estructura y haga uso en ocasiones de razonamientos innecesarios que tratan de evidenciar cuestiones más que evidentes, como es la identificación de la víctima o que ésta estuviera con vida antes de los hechos. Cuestión muy diferente es concentrar el razonamiento en cuestiones como que la supresión de la vida se haya sucedido y que ésta hubiese sido intencional.

Ahora bien, en la valoración de las pruebas periciales, el tribunal basa la credibilidad de las conclusiones en el currículum de los peritos sustentantes, pero no hace referencia a su lógica, sino que el sostén racional de la conclusión pericial pende de la persona que lo sustenta y no de la lógica de sus razonamientos. Si bien es importante que el perito acredite su experticia, no puede ser ese el elemento que de manera fundamental dé valor probatorio a sus afirmaciones, sino la demostración lógica de sus conclusiones y la explicación del método usado para arribar a ellas.

3.10.4. Estado de México.

Los juicios orales en el Estado de México comenzaron a ser aplicados en octubre de 2009, luego de la aprobación del Código Procesal Penal de enero de ese año. Se instalaron tribunales unitarios para el conocimiento de delitos generales y para los graves, tribunales colegiados, con la medida cautelar oficiosa de prisión preventiva. Primero se instalaron en el Distrito Judicial de Toluca y, paulatinamente en los quince distritos judiciales restantes, para que en 2011 fuesen practicados en toda la entidad.

CASO 7: ROBO CON VIOLENCIA

25 DE FEBRERO DE 2011

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

JUEZ DE CONTROL Y DE JUICIOS ORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE TOLUCA,
MÉXICO

CAUSA 58/2011

Estructura básica de la sentencia:

Resultandos

Considerandos:

- I. Competencia
- II. Acusación Ministerial
- III. Hecho delictuoso (robo con la modificativa agravante de haberse cometido con violencia)
 - a) Apoderarse de un bien ajeno mueble
 - b) Sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de él conforme a la ley

Datos de prueba con los que se acredita:

Sujeto activo

Sujeto pasivo

Objeto material

Resultado y afectación del bien jurídico

Nexo de atribuibilidad

Elementos normativos

Modificativa agravante del hecho delictuoso

- IV. Responsabilidad penal

Dolo

Forma de intervención

Antijuridicidad

Culpabilidad

- V. Punición

- VI. Sustitutivo de prisión

Resolutivos

Determinación de los hechos:

El 2 de febrero de 2011, aproximadamente a las 22.30 horas, el pasivo caminaba rumbo a su domicilio cuando fue interceptado por el acusado y otro sujeto, quienes lo amagaron con un arma de fuego y lo despojaron de su mochila con objetos personales. En momentos posteriores, el acusado fue asegurado por la Policía Municipal que lo puso a disposición del Investigador.

Calificación Jurídica del hecho:

El **hecho delictuoso** es analizado a partir del texto normativo que prevé el tipo penal, en los componentes de “*apoderarse de un bien ajeno mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de él conforme a la ley*”. En esta sección, la sentencia hace un **análisis de tipicidad**:

La **conducta** se tuvo por acreditada –teniendo en cuenta que se trata de un juicio abreviado- con la entrevista realizada al oficial remitente, al denunciante, el oficio de puesta a disposición, el registro de cadena de custodia e inspección ministerial de objetos (descripción de un arma de fuego), inspección de ropas de los presentados, informe de dactiloscopia de no registro de antecedentes penales, certificado médico de los presentados (sin lesiones y con aliento etílico), informe de entorno social, de

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

valuación de objetos (que determinó la imposibilidad de determinar el valor), informe de balística (que concluyó que el objeto no es un arma de fuego) y cartas de buena conducta.

Se determinó al **sujeto activo, al sujeto pasivo, el objeto material** (los objetos materiales identificados y de los que no se pudo tener certeza del valor), el **resultado y afectación del bien jurídico, el nexo de atribuibilidad** (los actos de amago al denunciante, el desapoderamiento de la mochila con objetos personales y el darse a la fuga), los **elementos normativos** (bienes muebles, susceptibles de detención y de propiedad privada, que no pertenecían al acusado y sí al ofendido –lo que se acreditó con su dicho-). El apoderamiento también es descrito desde la teoría.

Desde su descripción normativa, se considera acreditada la violencia moral como **modificativa agravante** porque participaron dos sujetos que amagaron al ofendido con arma de fuego, lo que fue suficiente para minar su resistencia al atraco, con independencia de que se haya concluido que el arma de fuego no fuera tal.

Identificación del autor y su responsabilidad:

La sentencia concluyó en la existencia de dolo, coautoría material, acuerdo previo, dominio del hecho, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Punición.- Se resolvió aplicar las penas mínimas previstas para el delito reducidas en un tercio; la suspensión de sus derechos políticos y civiles y amonestación pública por ser un delito doloso. Se ordenó la sustitución de prisión por no haber sido condenado con anterioridad por delito doloso, ni tener antecedentes criminales.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Aun cuando la sentencia no resuelve un contradictorio, es decir, la postura de dos partes que sustentan distintos argumentos de imputación y defensa respecto de un elemento de controversia, sí guarda una estructura que correspondería a tal supuesto. Es decir, no obstante que el imputado aceptó la comisión de los hechos, la juez se preocupó por justificar con detalle cómo se tuvo por probada la conducta, la evidencia del sujeto activo, del pasivo, el objeto material, la afectación al bien jurídico, el nexo de atribuibilidad, y la integración de los hechos normativos. Para ello, realizó un juicio de tipicidad, con base en la acusación aceptada.

Con antelación al análisis típico, también analizó de oficio su competencia en sentido material, territorial, de fuero y subjetiva.

La sentencia guarda un formalismo exhaustivo –incluso ocioso– no obstante que hubiese una aceptación de la comisión de los hechos y sus circunstancias y no haya objeción por ninguna de las partes de la competencia del juzgador.

En una circunstancia como la planteada, la resolución judicial podría ser más concisa, con el señalamiento de los puntos de imputación, de aceptación y de punición adecuada al procedimiento abreviado; incluso, sin necesidad de pronunciamiento sobre cuestiones preliminares fijadas en otra etapa del proceso diferente a la sentencia.

Se observa que la tradición del formalismo, que se ha hecho exigible por razón de la eventual revisión por parte de instancias no sólo de casación sino de amparo, prevalece en esta sentencia.

CASO 8: HOMICIDIO CALIFICADO

7 DE JUNIO DE 2010

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL PENAL DE PRIMERA INSTANCIA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TOLUCA, CON RESIDENCIA EN ALMOLOYA DE JUÁREZ, MÉXICO

CAUSA PENAL 07/2010

Estructura básica de la sentencia:

- I. Sujeto Acusado
- II. Ofendido y Víctima
- III. Resultandos

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

- IV. Considerandos
 - 1. Competencia
 - 2. Acusación y Alegatos
 - 3. Hecho delictuoso (homicidio)
 - Elementos objetivos
 - Conducta
 - Sujeto activo
 - Sujeto pasivo
 - Víctima
 - Resultado y afectación al bien jurídico
 - Objeto del delito
 - Nexo de atribuibilidad
 - Calificativas del delito
 - Premeditación
 - Ventaja
 - Alevosía
 - Traición
 - Responsabilidad penal
 - Dolo
- V. Argumentos y pruebas del acusado
- VI. Punición
- VII. Providencias administrativas
- VIII. Resolutivos

Determinación de los hechos:

El 25 de noviembre de 2009, entre las 16:45 y las 19:01 horas, en la ciudad de Toluca, en un radio ubicado entre ciertas calles, el sujeto activo privó de la vida a la víctima empleando un cordón, cable u objeto similar, con el que la estranguló. Posteriormente abandonó su cuerpo en la cajuela de la unidad automotriz de la víctima en el aeropuerto internacional de la ciudad de Toluca.

En acuerdo probatorio⁴³⁴ se tuvo por acreditado el momento en que se vio con vida a la víctima por última vez, la causa y el sitio de su muerte. Se acreditó que el imputado estuvo a las 19:01 horas en una casa de empeño, dejando en prenda joyas que la pasivo portaba antes de su deceso. Estas alhajas fueron reconocidas por el esposo de la fallecida.

Calificación Jurídica del hecho:

En la sentencia se define al **sujeto pasivo**, a la **víctima**, el **resultado** y **afectación al bien jurídico**, el **objeto del delito**, y el **nexo de atribuibilidad**, mediante un análisis de tipicidad. Lo mismo sucede con las calificativas del delito de premeditación, ventaja, alevosía y tradición. Para ello, se cita a la norma que las prevé, tesis de jurisprudencia aplicables y se concluye con la adecuación de lo probado, con un ejercicio silogístico o de deducción en cada caso. La premeditación por la estrangulación; la ventaja porque la occisa no tuvo afectaciones físicas características de la defensa; la alevosía, porque el surco de lesión en el cuello provocado por el estrangulamiento se ubica al frente del cuello, lo que hace concluir que el ataque fue por la espalda, en tanto entre la víctima y el victimario había una relación de tipo comercial que permitió que el agresor se le acercara y que la forma del ataque hace concluir que se empleara la sorpresa. La conducta fue de acción, consumación instantánea y se apeg a la calificación legal.

⁴³⁴ El acuerdo probatorio o convenciones probatorias son susceptibles de celebrarse por las partes en la etapa anterior en preparación al juicio oral, ante el juez de garantía, que puede tener por acreditados ciertos hechos que no serán discutidos en juicio. Ello, por acuerdo de las partes y por economía procesal. Cfr. **HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno, ob. cit., T. II, p. 137.**

Identificación del autor y su responsabilidad:

Se realizan razonamientos inductivos, a partir de los medios de prueba concretos que se tuvieron por acreditados, para concluir en cuál fue la forma de intervención del sujeto activo. Las pruebas que se tienen en cuenta se toman como indiciarias, que hacen presumir la existencia de hechos desconocidos. Es decir, las situaciones conocidas llevan a la inferencia de que sucedieron otros, respecto de los cuales no se tiene certeza fáctica.

Así, la responsabilidad material se presumió y asumió a partir de los siguientes indicios:

- El imputado tenía un adeudo con la víctima.
- El imputado no contaba con dinero para pagar.
- Imputado tuvo comunicación con la víctima horas antes de los hechos, desde una caseta telefónica cercana al domicilio del imputado.
- Dos horas después del último momento en que la víctima fue vista con vida, el imputado llevó a empeñar las joyas que portaba la occisa el día de los hechos.
- Tres días después se entregaron \$50,000.00 como rescate en un sitio cerca del cual fue visto el imputado.
- En una diligencia de cateo en el domicilio del imputado se le encontró una bolsa con la cantidad de \$34,000.00
- En la misma diligencia se encontraron unos guantes que portaba el conductor del vehículo de la occisa, cuando fue estacionado en el aeropuerto, con el cadáver en la cajuela. Los guantes se identificaron mediante una cámara de vigilancia.
- En la diligencia de cateo también se encontró una agenda donde estaba registrado el número de la hermana de la víctima.
- A partir del deceso de la víctima, el encausado tuvo recursos financieros y empezó a empeñar los bienes que había dejado en préstamo.

Con ello, el tribunal concluye que:

- El imputado fue quien privó de la vida a la víctima.
- El imputado también despojó a la víctima de sus pertenencias y dinero que portaba.
- El imputado fue quien estacionó el vehículo de la víctima con el cadáver en la cajuela y abandonó el vehículo.
- El imputado fue quien hizo llamadas y envió mensajes a la hermana de la víctima para solicitar el rescate, pues lo tenía en su agenda y no había motivo para que conociera ese número, de no haber sido porque lo tomó del teléfono celular de la ofendida o se lo exigió personalmente
- El acusado logró que se le entregara la cantidad de \$50,000.00, de los cuales fueron hallados \$34,000.00 en su domicilio.
- Se descartó la calificación de *robo agravado por causar muerte* porque no se conoce del apoderamiento de bienes como móvil del delito, y del *secuestro* porque no se conoce la intención inicial de plagiar a la agraviada, sino que se tiene certeza de la inmediatez de la muerte por lo que se infiere que el motivo del delito fue deshacerse de la occisa como acreedora del inculpado y después aprovechó la muerte y obtuvo beneficios económicos.

La forma de intervención como autor material con dolo, la tuvo por acreditada el tribunal con una serie de medios de prueba que fueron descritos con minuciosidad en su forma de desahogo conforme al artículo de la ley procesal aplicable.

Se expresó que no se surtieron elementos de antijuridicidad y sí de culpabilidad. Se resolvió en función de la naturaleza de la acción dolosa, la magnitud del daño que fue máximo, (en circunstancias en que la víctima no pudo proveerse de auxilio), su actuación directa, su actuación posterior al hecho, el riesgo social que presenta y la probabilidad de su reincidencia (a partir de peritajes)

Se impuso una pena equivalente a tres cuartas partes de la máxima, de prisión de 62 años, seis meses; multa, amonestación pública y reparación del daño.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La resolución tiene una estructura complicada, de rigor exhaustivo, que le resta claridad y la hace redundante. Guarda un extremo formalismo en la integración del análisis de la conducta del imputado, para adecuarlo bajo todos los supuestos que desde la ley la hacen típica y a él responsable. No obstante, se realizan claros ejercicios argumentativos, primero de naturaleza deductiva, para adecuar los hechos al tipo, y después se emplean argumentos inductivos, en que se relacionan indicios desprendidos del desahogo de las pruebas en el juicio, que dan lugar a conclusiones específicas sobre cómo sucedieron los hechos y cómo se arriba a la inferencia de que fue el acusado quien privó de la vida a la occisa, aun cuando no se tiene registro ni testimonio del momento preciso de la muerte.

Basta con ubicar un lapso de tiempo probable, una locación también cercana, las circunstancias en que se dieron los hechos (la deuda previa, la insolvencia del acusado, las constantes llamadas entre ambos, la falta de disposición de pagar del acusado) y los hechos posteriores (el empeño de las joyas que portaba, la petición de un rescate). Sin omitir la importante probanza de los videos obtenidos de las cámaras del estacionamiento del aeropuerto internacional en la ciudad de Toluca.

Esta es una sentencia típica de un sistema estricto en la aplicación de la norma penal, en que se exige la adecuación de la conducta al tipo y la evidencia de la responsabilidad, bajo el dictado de la norma y la relación de las pruebas lícitas. Dada la dificultad de probar ciertos hechos no evidentes por la vía empírica, se permite la evidencia de los hechos por la inferencia lógica, sin que ello signifique un atentado al principio de legalidad o de seguridad jurídica.

En una sentencia formulada en el contexto del sistema acusatorio, debiese regir la libre convicción y la sana crítica racional, así como el estándar de convicción más allá de toda duda razonable, pero esta sentencia se ha formulado bajo esquemas tradicionales en que los argumentos son estrictamente deductivos de la norma al hecho. La sentencia transcribe prácticamente todo lo sucedido en el juicio oral, los testimonios, documentos, hallazgos de cateo, informes de policía, lo que refleja que en el afán de respetar los principios de seguridad jurídica, se sacrifica la sencillez y claridad en la sentencia. El diseño de este tipo de documentos es muy propio de los sistemas escritos y no orales, en que las partes y los tribunales se afanan en dejar constancia de todo por escrito, para que cualquiera que lo revise (sea un tribunal de casación o de garantías) tenga todos los elementos del expediente porque no asistió personalmente al desahogo del juicio, no existen más constancias que esas y la única realidad judicial es la que se encuentra escrita.

3.10.5. Morelos.

El sistema procesal penal acusatorio entró en vigor en esta entidad desde el 30 de octubre de 2008, en el Primer Distrito Judicial del Estado, que abarca los Municipios de Cuernavaca, Temixco, Jiutepec, Emiliano Zapata, Xochitepec, Tepoztlán y Huitzilac. A partir de julio de 2009 entró en vigor en el 6º Distrito Judicial, y con posterioridad, en el 5º, parte del 4º, 2º, 3º y 7º.

CASO 9: VIOLACIÓN EQUIPARADA

FEBRERO 11 DE 2011

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DEL ESTADO

EXP. JO/54/2010

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia guarda un alto grado de exhaustividad, complejidad, redundancia y formalismo. Se integra por trece considerandos y ocho puntos resolutivos. Los considerandos contienen la siguiente temática:

1. Competencia
2. Fechas de celebración de la audiencia del juicio oral y datos del inculpado y de la víctima.
3. Transcripción de la acusación realizada por el Ministerio Público.
4. Transcripción de los alegatos de apertura, clausura y réplica del Ministerio Público.
5. Transcripción de los alegatos de apertura y cierre de la defensa.
6. Constancia de que el acusado sí rindió declaración.
7. Enunciación de los testimonios desahogados en la audiencia.
8. Cita de las normas que prevén el tipo penal de violación agravada y la identificación de sus elementos.
9. Enunciación de los acuerdos probatorios
10. Existencia del sujeto activo
11. Responsabilidad
12. Comisión del hecho punible por el acusado como autor material y a título doloso
13. Conclusión de condena

Resolutivos

Determinación de los hechos:

Para el tribunal, tiene sentido el planteamiento de los ofendidos sobre cómo ocurrieron los hechos: la madre llegó a su casa como a las 5 de la tarde, en donde estaba su concubino ingiriendo bebidas alcohólicas con un amigo, se fundió el foco del lugar donde estaban y salió su concubino a comprar un refresco. En un lapso de aproximadamente media hora, el amigo se quedó sentado junto a la niña de un poco más de cuatro años de edad, en una banca, en un lugar oscuro, mientras la madre se había dado vuelta para regar las plantas. Una vez que llegó el concubino, la madre fue a bañar a la niña y en ese momento, la menor le avisa que el amigo de su padre la lastimó con el dedo (introducción de un dedo en vía vaginal y anal).

Calificación Jurídica del hecho:

Se condenó por la comisión del delito de violación agravada en contra de una menor de cuatro años de edad, y se impuso una pena de prisión de 25 años, la reparación del daño moral, una amonestación y la correlativa suspensión de los derechos políticos.

Identificación del autor y su responsabilidad:

Se tuvo por demostrada la existencia del sujeto activo, en tanto la víctima lo logra reconocer. Para ello, se transcribe el interrogatorio realizado a la víctima, al perito en medicina forense y a la madre de la víctima. Al primer testimonio se le otorga el valor de prueba preponderante, al segundo de prueba plena y al tercero, indiciario; aunque con posterioridad, el tribunal les da valor de prueba plena en su conjunto.

Para tener por acreditada la agravante en el tipo, consistente en que la víctima es menor de doce años, se cita el acta de nacimiento, además de que se trató de uno de los acuerdos probatorios.

Para tener por demostrada la responsabilidad penal se transcribe nuevamente la declaración de la víctima, a la que se le vuelve a atribuir valor preponderante, con la cita textual de un criterio jurisprudencial de un tribunal colegiado, referente al alcance de la declaración de la ofendida en delitos de violación, según el cual tiene que estar corroborada con otras pruebas. En esta relación de pruebas, se alude al testimonio del médico legista.

Se transcribe también el testimonio del padre de la menor, al que se le atribuye un valor probatorio indiciario, con el que se corrobora el dicho de la menor. Igualmente se corrobora con el testimonio del policía ministerial que realizó una inspección y recorrido

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

fotográfico del lugar. Esta última declaración no se transcribe y sólo se señalan sus conclusiones y el valor probatorio indiciario que se le atribuye.

Se menciona la declaración del imputado, la cual no se transcribe, pero sí se relata, para concluir que la negativa de los hechos es insuficiente para desvirtuar los elementos de prueba mencionados. Además, no obstante que el acusado propuso la testimonial de una persona que dijo que estuvo con él el día de los hechos, al haber incurrido en contradicciones, carece de valor probatorio. En este punto de análisis el Tribunal sí hace un contraste entre las manifestaciones del acusado y la testigo, para concluir que no se puede tomar en consideración lo alegado por el primero para desvirtuar la imputación.

En este análisis se menciona también el resultado de las periciales psicológicas realizadas a la menor víctima y al acusado. En la primera no se advirtió indicadores de que la víctima hubiese sido atacada sexualmente, pero el tribunal no la consideró determinante para concluir que los hechos no ocurrieron, pues el perito indicó que existen casos en que no obstante la agresión sexual, puede suceder que la afectación sea posterior.

Respecto de la pericial psicológica practicada al acusado, el resultado no fue contundente para señalar su proclividad a estímulos sexuales, por lo que la opinión del especialista no fue tomada ni a favor ni en contra.

En suma, se tiene por demostrada la plena responsabilidad penal con el recuento de los hechos acreditados, la identificación del acusado como autor material de los hechos, narrados tanto por la menor víctima como por sus padres, cuya veracidad trató la defensa de cuestionar arguyendo que el acusado nunca estuvo solo con la menor, lo que no pudo acreditar.

Los testimonios de la niña y los padres son congruentes, mientras que el acusado sostuvo que sí estuvo, pero lo acompañaba una mujer, quien al testificar incurrió en contradicción con el acusado, quien invocó motivos diferentes por los cuales se vieron en ese lugar.

La defensa alegó que era imposible que la madre no se hubiera dado cuenta de un ataque de esta naturaleza, pues debió haber habido forcejeos o lloriqueos, pero el propio Tribunal concluye que una menor de poco más de cuatro años de edad no podía comprender la acción y eso explica que no hubiese reaccionado en defensa. Un argumento que usa el tribunal a partir de la experiencia.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Si bien la sentencia como documento tiene una estructura lógica, que parte desde la fijación de la competencia, los datos del juicio y las partes, la postura del Ministerio Público, la Defensa y la enunciación de las pruebas que aportan, en su afán de exhaustividad y formalismo cae en discursos circulares y reiterativos. La exigencia asumida por los tribunales penales de condenar o absolver a partir de la adecuación de la conducta al tipo, conduce a vicios argumentativos como los que aquí suceden:

La conducta se acredita con las pruebas 1, 2 y 3, que se transcriben; la identificación del sujeto activo también se acredita con las pruebas 1, 2 y 3; y así sucesivamente.

Se trata de una subsunción de los hechos transcritos a la norma, realizada de manera mecánica y sucesiva.

Este alto grado de formalismo y reiteraciones no tiene más explicación que en el alto grado de desconfianza de las instituciones de sí mismas y de la sociedad hacia ellas. Cada dato relevante del tipo es estudiado con precisión, a través de un método de deducción repetitivo (norma-hecho-adequación), cuando esta redundancia podría ser resuelta bajo un esquema argumentativo contradictorio y más sencillo, claro y no menos explícito: un método inductivo, de interrelación de los datos destacados de cada prueba, a partir de los cuales se pueda arribar a conclusiones que abarquen la configuración de todos los elementos típicos. (pruebas-datos-conclusiones generales-adequación al tipo).

Para ello, el tribunal tendría que ser capaz de identificar los datos relevantes que de cada prueba se desprendan, interrelacionarlos, ligarlos lógicamente y arribar a

conclusiones generales, en un ejercicio no deductivo, sino inductivo sobre los hechos materia de prueba.

CASO 10: ROBO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR AGRAVADO Y LESIONES CALIFICADAS

26 DE NOVIEMBRE DE 2010

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DEL ESTADO

EXP. JO/44/2010

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia guarda un alto grado de exhaustividad, complejidad, redundancia y formalismo. Se integra por quince considerandos y doce puntos resolutivos, con la siguiente temática:

1. Competencia
2. Fechas de celebración de la audiencia del juicio oral y datos del inculpado y de las víctimas.
3. Transcripción de la acusación realizada por el Ministerio Público en el auto de apertura, con la precisión de que en el alegato de clausura se cambió el tipo penal que se consideró acreditado (de homicidio en grado de tentativa a lesiones calificadas).
4. Transcripción de los alegatos de apertura y clausura del Ministerio Público.
5. Transcripción de los alegatos de apertura y cierre de la defensa.
6. Constancia de que el acusado decidió no rendir declaración.
7. Enunciación de los testimonios desahogados en la audiencia.
8. Cita de las normas que prevén al tipo penal de *robo de vehículo automotor* agravado y una sucinta explicación dogmática de los elementos constitutivos de todo tipo penal y los que constituyen al tipo que en el caso se estudiará.
9. Análisis de la comisión del delito.
10. Condena por los delitos de robo de vehículo automotor agravado y lesiones calificadas.
11. Individualización de la pena.
12. Reparación del daño moral.
13. Suspensión de derechos ciudadanos.
14. Declaración de que no hay pronunciamiento sobre libertad preparatoria o remisión parcial de la sanción impuesta, por ser facultad del juez de ejecución.
15. Orden de notificación.

Determinación de los hechos:

El Tribunal tuvo por ciertos los hechos de la acusación, consistentes en que el 2 de abril de 2010, aproximadamente a las 19.00 horas, el imputado, en compañía de otra persona del sexo masculino, solicitó un servicio de taxi de sitio, el que fue conducido por la víctima. Al llegar a su destino, le indicaron que siguiera calles más adelante, en donde el imputado sacó una navaja, amagó a la víctima, le dio navajazos en su brazo izquierdo, lo despojó del auto con lujo de violencia física y moral, metió a la víctima en la cajuela y horas después, en otro lugar, lo sacó de la cajuela para lesionarlo otra vez.

(En la acusación se pretendió el homicidio en grado de tentativa, lo que posteriormente fue modificado a lesiones por parte del Ministerio Público; modificación que aceptó el Tribunal, y con base en la cual juzgó).

Debe destacarse que en la sentencia no se hace una conclusión sobre los hechos probados, sino que se transcribe una y otra vez la acusación formulada, en la que se contienen datos pormenorizados del vehículo y las rutas que se siguieron.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Calificación jurídica del hecho:

Se tuvo por acreditado más allá de toda duda razonable la *comisión del delito de robo de vehículo automotor* agravado, para lo cual se vuelve a hacer relato de los hechos y se tuvieron en cuenta los siguientes elementos:

- La *existencia del vehículo automotor*, acreditada con la factura y la declaración de la víctima.
- La *acción de apoderamiento*, acreditada con la declaración de la víctima. (Se transcribe y se le da pleno valor probatorio –en tanto es rendida por quien presencié los hechos y no hay medio de prueba que le reste valor-). Se le relaciona con la declaración de dos policías que dieron apoyo al denunciante (elementos que se consideran eficaces, aunque no hayan presenciado los hechos quienes depusieron). Se argumenta que relacionadas las tres pruebas testimoniales se puede tener por acreditado el apoderamiento, que se “refuerza” con la transcripción de un criterio jurisprudencial sobre los requisitos de testimonio único como fundamento de la sentencia condenatoria.
- El *ánimo de dominio o apropiación en el apoderamiento* se acreditó también con la declaración de la víctima, a la que se le vuelve a dar valor probatorio.
- El elemento consistente en que el *apoderamiento se realice de manera antijurídica, sin consentimiento de quien puede otorgarlo*, también se deriva de la declaración de la víctima, y se vuelve a valorar plenamente la prueba.
- La *circunstancia modificativa agravante de violencia* también se acredita con la declaración de la víctima, relacionada con la del médico legista.

La *comisión del delito de lesiones calificadas*, a partir del texto de la norma aplicable, se analiza a través de los elementos del tipo:

- La *existencia de un daño en la salud*, que se define y se tiene por acreditada con la declaración del médico legista, la cual se transcribe y a la que se concede valor probatorio pleno.
- El elemento consistente en que el *daño a la salud del pasivo sea producido por una causa externa*, es decir, sea atribuible a persona distinta de la víctima se acreditó nuevamente con la declaración de la víctima. En esta parte ya no se transcribe la declaración, concretándose a destacar las narraciones de las que se deduce la forma en que se produjeron las lesiones. Esta declaración se concatena con la del médico legista, que sólo es enunciada.
- La *calificativa de ventaja* la deduce el Tribunal nuevamente de la declaración de la víctima y del médico legista. El razonamiento consiste nuevamente en una deducción que tiene como premisa el concepto legal, doctrinal y jurisprudencial de *ventaja*, luego con el material probatorio se acreditó que los agresores llevaban un cuchillo que utilizaron para inferir siete lesiones cuyo grado fue calificado por el perito médico legista. La conciencia de superioridad se acredita porque de la declaración de la víctima se infiere que sin provocación ni justificación, uno de los activos usó un arma punzocortante y metieron a la víctima en la cajuela, circunstancia que no se atenúa por el hecho de que el pasivo hubiese reaccionado al darles un golpe para preservar su vida.

Identificación del autor y su responsabilidad:

Se atribuye la *comisión a título doloso y como coautor*, y se analiza la existencia de los elementos objetivo y subjetivo de dicha coautoría, pues se presupone el acuerdo para perpetrar el delito y la codecisión conjunta. Se descarta la existencia de un error esencial de prohibición, se acredita el estado imputable con conciencia de antijuridicidad.

Se condena por unanimidad al acusado por los delitos de robo de vehículo automotor agravado y lesiones calificadas. En esta conclusión se transcriben los textos de las normas sobre acciones dolosas y de participación. Se vuelve a hacer relación de los hechos, a tener por acreditada la responsabilidad con la imputación de la víctima y con el testimonio de uno de los policías que practicó una diligencia de reconocimiento

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

del agresor por parte del agredido (testimonio que se transcribe). También se relaciona la declaración de otro policía, que detuvo al agresor.

Se abordan los elementos de defensa en el sentido de que el acusado no se encontraba en el vehículo en el momento de la detención, y el tribunal tuvo en cuenta que al momento de la detención dijo ser chofer del vehículo, mismo que en la cajuela y en el volante tenía rastros de sangre. Concluye el tribunal que no hay apoyo de la defensa para acreditar su dicho e invoca una tesis que señala que el inculpado tiene la carga de la prueba cuando la presunción de inocencia se desvirtúa en la causa penal.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Si bien la sentencia tiene una secuencia y orden lógicos, pues parte desde el planteamiento del problema, y analiza si se probaron los elementos de los tipos penales sobre los que se realizó acusación, para arribar a conclusiones de configuración del tipo y de responsabilidad en su comisión, su estructura no ayuda a contar con un documento asequible y ágil para la comprensión de las partes.

En su afán de exhaustividad y de cumplimiento de la legalidad, es reiterativa en exceso, lo que la hace circular en su exposición. El tribunal se afana en integrar una sentencia integrada por múltiples razonamientos aislados sobre un mismo tema.

Para argumentar si hubo o no la integración de los elementos del tipo penal y la responsabilidad del acusado, divide su argumentación en múltiples razones aisladas para cada uno de los elementos del tipo y de la responsabilidad. En cada argumento realiza un ejercicio deductivo que parte del supuesto normativo, la doctrina y la jurisprudencia, por las pruebas tenidas en cuenta –las cuales, en vez de ser analizadas, son transcritas- y, con ello, se concluye una pequeña parte de la integridad a razonar.

Este ejercicio sucesivo se repite cuantas veces es necesario, según el número de elementos aislados que integran al gran total del análisis de tipicidad y de responsabilidad.

Este tipo de razonamiento integrado por argumentos aislados no es erróneo, permite arribar a las conclusiones perseguidas, pero adolece de falta de claridad y comprensión para las partes. Esta complicación en el razonamiento existe porque a un solo problema se le divide en muchos. El Tribunal se impone un análisis de legalidad, más que un análisis fáctico, sin tener en cuenta la importancia del análisis integral de los hechos a partir de los elementos inferidos de las pruebas desahogadas en juicio.

En vez de ello, para el Tribunal lo importante se restringe a la evidencia de la actualización normativa en cada elemento típico y de responsabilidad, que se evidencia por un análisis quirúrgico de la teoría del tipo penal.

Cumplir con el requisito de que la pena o la absolución sean conformes a la actualización o no de la previsión normativa es posible con el uso de argumentos integrales y no seccionados, razones que partan de los hechos concretos –acreditados o no- y arriben a conclusiones generales sobre la existencia o no del delito y su comisión por parte del acusado.

El camino argumentativo de la sentencia analizada es seccionado, desintegrado y lineal. Un camino argumentativo alternativo podría ser integral e incluyente de cada una de las posturas generales y específicas de las partes. El camino argumentativo de esta sentencia tiene en cuenta la base normativa y la evidencia, un camino alternativo requeriría de mayor reflexión dialéctica integral más allá de la evidencia objetiva transcrita en la resolución.

3.10.6. Nuevo León.

En junio de 2004 se reformaron la Constitución local y la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado. En materia penal se dieron las bases para la creación de Juzgados de Preparación de lo Penal, como apoyo para la obtención de órdenes judiciales necesarias para el adecuado desarrollo de las averiguaciones

previas, así como para la gradual implementación de los juicios orales; asimismo, se crearon Juzgados del Juicio Oral Penal y se incluyeron los métodos alternos de solución de conflictos.⁴³⁵

El Código de Procedimientos Penales del Estado incorporó el juicio oral - aplicable en una primera etapa a los delitos culposos no graves-; el procedimiento abreviado; la conciliación penal en los delitos de previa querrela y de oficio no graves; la mediación penal; la suspensión del procedimiento en la Preparación de la Acción Penal en delitos con pena alternativa o de multa o prisión máxima de 2 años; la suspensión del procedimiento a prueba en delitos no graves y con pena máxima de prisión de 8 años; el beneficio de reducción de la pena al delator que coopere con la identificación y localización de coautores; entre otros.

El primer juicio oral bajo esa nueva legislación se celebró el 23 de febrero de 2005, en el Municipio de Montemorelos, Nuevo León, por el delito de homicidio culposo por causa de un incidente automovilístico, en que se sentenció a tres años de prisión y al pago de 441 mil pesos.⁴³⁶

CASO 11: LESIONES A TÍTULO DE CULPA

1 DE SEPTIEMBRE DE 2011

JUICIO ORAL

JUZGADO TERCERO DEL JUICIO ORAL PENAL DEL ESTADO

EXP. 36/2011

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se integra por los siguientes elementos:

Vistos.

Resultandos:

- Contenido del auto de apertura y relación de pruebas desahogadas en la audiencia

Considerandos:

1. Definición de sentencia y sus formalidades
2. Competencia
3. Solicitud del Agente del Ministerio Público, análisis de tipicidad y acreditación
4. Procedencia de aplicación de la pena
5. Individualización de la pena
6. Reparación del daño
7. Suspensión de derechos civiles
8. Constancia de la recursabilidad de la sentencia
9. Beneficio de condena condicional

Resolutivos

Determinación de los hechos:

El Juez tuvo por probado que el día 9 de abril de 2010, entre las 3.30 y 4.00 de la tarde, el imputado conducía un vehículo de reversa para salir de uno de los cajones de estacionamiento de una Clínica, y al estar realizando la reversa, impactó a la víctima con la parte trasera del auto. La víctima cayó y el auto pasó por encima de la pierna derecha y, de nueva cuenta al acomodarse en el cajón de estacionamiento, volvió a

⁴³⁵ Cfr. **HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo**. *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*, ob. cit., p. 550.

⁴³⁶ *Ibidem*.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

pasar por encima de la misma pierna. Con ello, le causó fractura de tibia, peroné y tobillo.

Para tener por determinados los hechos, el Juez tuvo en cuenta los testimonios de diversas personas que presenciaron los hechos, la declaración de la víctima. Las consecuencias del atropello fueron acreditadas con certificados médicos y con el expediente clínico, además de que el propio juez señala haber apreciado el día de la audiencia que el lesionado aún se trasladaba en silla de ruedas. Llama la atención que en la valoración de la prueba, el Juez les otorga valor pleno, que es un estándar de valoración tradicional de prueba tasada, pues bajo los parámetros racionales en el juicio acusatorio, la valoración de la prueba no requiere de plenitud, sino de suficiencia.

Calificación Jurídica del hecho:

Se tuvo por acreditada la comisión del delito de lesiones culposas, tanto por haberse obtenido un resultado igual al que produce un delito doloso o intencional como porque el agente obró con inobservancia del deber de cuidado, unidas por un nexo causal. Al analizar estos tres elementos, el juez le dio valor probatorio pleno a las testimoniales de quienes presenciaron los hechos, a la declaración de la víctima y a la confesión del inculpado. Esta confesión fue relevante para tener por acreditada la inobservancia del deber de cuidado, pero llama la atención que fue formulada ante el Ministerio Público, en etapa de investigación y no en audiencia de juicio; no obstante, el juez le otorgó valor probatorio pleno, por así permitirlo la normativa aplicable.

El nexo causal se hace consistir en el daño en la integridad física de la víctima, consistente en la fractura de tibia, peroné y tobillo. Sin embargo, el Juez descartó que una enucleación del ojo que sufrió con posterioridad la víctima hubiese sido una consecuencia del atropellamiento, pues no se probó que el accidente hubiese ocasionado una descompensación metabólica en la víctima.

Identificación del autor y su responsabilidad:

La responsabilidad del acusado se tuvo también por acreditada con el testimonio de las personas que presenciaron los hechos, la imputación del oficial de tránsito y la confesión del inculpado.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es clara y consistente, pero adolece del uso de razonamientos y aclaraciones innecesarios, no propios de una sentencia que busque ser directa y contundente. Por ejemplo, el hecho de que uno de los resultandos esté dedicado únicamente a explicar de manera genérica qué es una sentencia y cuáles son los requisitos formales que debe contener, en nada abona a su contenido esencial. Tampoco es necesaria la relación de todas las pruebas que se desahogaron en audiencia, pues ello consta en los registros del auto de apertura y de la propia audiencia y, para efectos de la sentencia, basta que el juez cite el contenido de la prueba que resulte relevante y útil para sostener sus argumentos. Este mismo vicio de realizar transcripciones más allá de lo necesario, se presenta en el considerando dedicado a analizar el pago de la reparación del daño, para lo cual la acusación presentó un gran número de facturas y recibos médicos, que en la sentencia son transcritos con detalle uno a uno, como una certificación de incorporación de prueba.

Este tipo de usos en el dictado de una sentencia se ha considerado necesario para satisfacer el principio de exhaustividad y para hacer constar en un solo documento todo elemento que da lugar a la decisión. Además, sirve de instrumento único para el tribunal de alzada a quien corresponda revisar la legalidad o constitucionalidad de la sentencia, pero todas estas circunstancias se han desahogado a lo largo del juicio, en que ha venido quedado constancia de ello, por lo que citarlos de nueva cuenta al extremo de que ello signifique un nuevo desahogo demerita en claridad y contundencia al objetivo esencial de la sentencia, que es el pronunciamiento sobre los hechos y la responsabilidad, a partir de todo lo sucedido.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

En la sentencia se evidencia que el sistema normativo vigente en el estado de Nuevo León contiene elementos tanto del juicio inquisitivo como acusatorio, como es el hecho de que se valore la prueba con reglas propias de la prueba tasada, o que se dé valor probatorio a la declaración de imputado formulada en etapa de investigación y no en juicio; factores que evidentemente trascienden en la estructura de la argumentación de la sentencia.

CASO 12: LESIONES Y HOMICIDIO CULPOSO

13 DE MAYO DE 2009

JUZGADO SEGUNDO DE JUICIO ORAL EN MONTERREY, NUEVO LEÓN

JUICIO ORAL PENAL 15/2009

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se integra por los siguientes elementos:

Vistos: a partir del contenido del auto de apertura, con el señalamiento del procesado, los delitos y hechos que se imputan.

Resultandos:

- Competencia

Considerandos:

- Hechos y delitos imputados, y relación de probanzas admitidas y desahogadas por las partes
- Constancia de que las partes expusieron sus conclusiones y alegatos, y cierre de debate
- Conclusiones del Ministerio Público
- Conclusiones de la defensa, y análisis y valoración de las pruebas
- Estudio de tipicidad y culpabilidad
- Reparación del daño
- Suspensión de derechos civiles y políticos
- Amonestación
- Constancia de recursabilidad

Resolutivos

Determinación de los hechos:

Después de narrar las posturas tanto del Ministerio Público, como de la defensa, en cómo fue que sucedieron los hechos, el Juez señala que habiendo analizado las pruebas concluye:

- El 22 de julio de 2008 se suscitó un evento vial, en hora y lugar específicos.
- Que participaron principalmente un vehículo de carga marca Dodge, conducido por el acusado y un vehículo Jetta.
- Que también estuvieron involucrados cuatro vehículos más.
- Que como consecuencia del accidente vial, perdieron la vida tres personas y una resultó lesionada.
- Que la causa del accidente fue que el procesado conducía el vehículo a exceso de la velocidad permitida, por el segundo carril de circulación, y al intentar cambiar al carril de su izquierda no se percató que por allí circulaba el vehículo de la marca Jetta, con lo que invadió su carril de circulación de manera imprudente y sin observar el deber de cuidado que le incumbía. Con esto, provocó ser impactado en el costado izquierdo, en la parte media y delantera de su vehículo, y ambos vehículos se proyectaron, brincaron el camellón central de la avenida, impactaron la malla ciclónica e invadieron la circulación contraria.
- El vehículo Jetta impactó a otro vehículo Honda, de manera que el Jetta realizó un semicírculo y fue impactado por otro vehículo de la marca Chevrolet.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

- El vehículo Jetta terminó volcado sobre su capicete, lo que trajo como consecuencia que en un mismo evento vial se causara la pérdida de la vida de tres personas y lesiones en una de sus tripulantes.

Esta relación de hechos se infiere del razonamiento que hace el juzgador. El resumen es nuestro y se ha desprendido de la exposición en la sentencia.

Calificación Jurídica del hecho:

Después de valorar las pruebas, el Juez concluye que el acusado violó el Reglamento de Vialidad y Tránsito del Municipio de Monterrey, por inobservancia del deber de cuidado que le incumbía, al invadir el carril de circulación del vehículo Jetta, con lo que provocó la muerte de tres personas y lesiones en otra, por lo que se reúnen los elementos de los delitos de homicidio y lesiones culposos.

Identificación del autor y su responsabilidad:

El Juez hizo un análisis de culpabilidad penal, atribuyéndola al responsable por ser la persona que conducía el vehículo marca Dodge, con exceso de la velocidad permitida y quien al intentar cambiar de carril no se percató que por ese circulaba otro vehículo. Al realizar imprudentemente la maniobra con inobservancia del deber de cuidado, provocó ser impactado en su costado, la proyección y volcadura del auto Jetta y la muerte de tres personas y una lesionada.

A esta conclusión llegó una vez que confrontó las dos tesis antagónicas de las partes: El Ministerio Público señaló que el responsable de la colisión fue el conductor de la camioneta, al realizar una maniobra de invasión de un carril, sin observar el deber de cuidado; mientras que la defensa argumentó que fue el conductor del auto Jetta el que dio alcance a la camioneta del acusado por conducir a exceso de velocidad, en total estado de ebriedad y que carecía de una mano y parte de su antebrazo por razón de una malformación congénita.

Las pruebas que fueron esenciales para que el Juez otorgara razón a la tesis del Ministerio Público, fueron las periciales que determinaron las causas que originaron el hecho vial, y que dieron luz de cómo y dónde se originó el impacto. El vehículo de carga no presentaba ningún impacto en la parte trasera derecha ni en su costado derecho, y sí en todo su costado izquierdo, resultado del impacto con el Jetta, el que a su vez presentaba daños en la parte media trasera derecha y en el costado izquierdo, producto del impacto con el camellón. De ahí se determinó que fue el conductor del camión de carga quien invadió el carril y no el vehículo Jetta, pues de no ser así, la dirección que hubiesen tomado los vehículos al ser proyectados, habría sido hacia la derecha y no habrían brincado el camellón.

Esta circunstancia técnica prevaleció, a pesar de que la defensa rindió una pericial que señalaba como responsable de la colisión al conductor del vehículo Jetta; además de que se controvertió la identidad de la persona que conducía el vehículo Jetta para saber si efectivamente se trataba de quien se encontraba en estado de ebriedad y que padecía una malformación congénita en un brazo. Estas circunstancias no fueron relevantes para el Juez, pues lo importante fue la determinación de la responsabilidad de quien provocó la colisión, conforme a la lógica de la pericial rendida.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia es consistente y exhaustiva, y guarda una estructura lógica; sin embargo, es reiterativa en sus argumentos, lo que complica su claridad. En su afán de dejar constancia escrita de los elementos probatorios tenidos en cuenta hace una transcripción pormenorizada de los medios de convicción ofrecidos y desahogados por las partes, lo que no es necesario si se tiene en cuenta que el registro de pruebas se puede realizar por otros medios de audio y video o en constancias diferentes al razonamiento judicial. Prácticamente es el mismo razonamiento el que lleva a concluir sobre la configuración de los hechos delictivos, como la responsabilidad del autor, lo que hace también reiterativa a la sentencia.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

La sentencia dedica una parte amplia a la fijación de los montos a pagar como reparación del daño, pero no es para razonar el porqué de la responsabilidad, sino para transcribir el tipo de gastos que las víctimas tuvieron que realizar, los documentos que lo acreditan, lo que si bien lleva al cumplimiento de un deber de certidumbre en la condena, demerita el carácter argumentativo de fondo.

La sentencia tiene la particularidad de que el Juez sí valoró la declaración del inculpado, rendida en fase de investigación ante el Ministerio Público, mientras que éste optó por abstenerse de declarar en el debate oral. Esto es contrario a los principios del juicio acusatorio, en que las pruebas que el Juez debe tener en cuenta son las que se llevan al debate del juicio oral o sobre las que hubo un previo acuerdo o fueron preconstituidas o supervenientes, lo que no ocurrió en el caso.

Se muestra entonces una serie de características propias del sistema inquisitivo tradicional en el proceso y en la forma de razonar deductiva del juzgador al dictar sentencia, lo que se evidencia en la necesidad que le resulta imperiosa de seccionar su razonamiento para cumplir con los requisitos de forma, más que concentrarse en un solo razonamiento de fondo, del que deriven las conclusiones alternas.

3.10.7. Oaxaca.

La reforma procesal en Oaxaca inició con la iniciativa elaborada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado, en el año 2003. El estudio fue apoyado por consultores nacionales e internacionales y propuso, en 2005, la introducción de la oralidad en los juicios penales. Se elaboró un anteproyecto de Código Procesal Penal en que se adoptaba el sistema acusatorio adversarial, y que fue analizado por una comisión interinstitucional, integrada por miembros del Tribunal Superior de Justicia, la Procuraduría General de Justicia del Estado y asesores del Ejecutivo Estatal, que concretó un proyecto que fue presentado como iniciativa del Gobernador del Estado ante el Congreso Estatal el 27 de julio de 2006.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca fue aprobado por el Congreso el 6 de septiembre de 2006 y, para su entrada en vigor, se estableció una *vacatio legis* de doce meses a partir de su publicación. El sistema de vigencia se estableció de manera gradual, por razón de territorio, igual que como ocurrió en Chihuahua, y a diferencia de Nuevo León y el Estado de México, en que se atendió a la naturaleza y gravedad del delito. El primer juicio oral en el Estado, bajo este nuevo sistema, se celebró el 19 de septiembre de 2007, en la ciudad de Salina Cruz, Oaxaca, por el delito de insultos y lesiones.

Se dice que los modelos de Oaxaca y de Chihuahua coinciden en lo esencial con el sugerido en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que fue seguido por el modelo chileno. Se contempla una etapa preliminar o de investigación, guiada por la autoridad investigadora; una etapa intermedia, en que el protagonista es el Juez de Control o de Garantía; y una etapa de juicio oral, a cargo del tribunal de juicio oral, sea colegiado o unipersonal.⁴³⁷

⁴³⁷ Cfr. **HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo**. *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*, ob. cit., pp. 557-559.

CASO 13: VIOLACIÓN AGRAVADA

8 DE JUNIO DE 2012

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL CON RESIDENCIA EN LA CIUDAD Y
DISTRITO DE SALINA CRUZ, OAXACA
CAUSA PENAL ___/2011

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia se integra por los siguientes apartados:

Datos de identificación

Antecedentes: Acusación

Fundamentos probatorios y fácticos:

- Competencia
- Descripción probatoria
 - Testimoniales del Ministerio Público
 - Incorporación de una documental
 - Pruebas de la Defensa
- Valoración de pruebas
- Hechos acreditados
- Fundamentación jurídica
- Responsabilidad
- Determinación de la pena
 - Graduación de culpabilidad
 - Determinación de la pena
 - Penas pecuniarias
 - Reparación del daño

Sentencia (resolutivos)

Determinación de los hechos:

Esta sentencia tiene la particularidad de que el Tribunal delimita de manera sintética los hechos que ocurrieron, según su convencimiento. Los tribunales o juzgados de juicio oral suelen partir –al menos en México- de los hechos narrados en la acusación, realizan la valoración de las pruebas en una cita más o menos exhaustiva del contenido de las pruebas, y terminan concluyendo en los mismos hechos materia de la acusación, si es que la resolución es condenatoria.

En la sentencia que nos ocupa, el Tribunal, si bien parte de los hechos de la acusación, relaciona el contenido de las pruebas, las valora y concluye en una síntesis de hechos probados, según su convicción, sin remitirse nuevamente al texto de la acusación, sino integrando una versión resumida de los hechos acreditados, lo que le da mayor claridad a su resolución –aunque tal versión es bastante mejorable en su redacción y consecuente claridad-.

En el caso, el Tribunal tuvo por acreditado que siendo aproximadamente entre la una y una y media de la mañana, del 27 de diciembre de 2010, en el paraje denominado *el pozo*, aproximadamente a kilómetro y medio de la bahía, el imputado, al ir acompañado de su menor hija a bordo de su camioneta, se detuvo y la jaló de los cabellos, le golpeó en la nuca y le dijo que ya sabía lo que quería. La acostó en el asiento y le hizo el sexo anal y vaginal. La menor le dijo que no lo hiciera, pero el imputado le contestó que lo iba a seguir haciendo, la cacheteó y le repitió que si no lo hacía o decía algo, mataría a su madre, por lo que ante tales golpes y amenazas, la víctima no pudo resistirse.

En la acreditación de los hechos, el Tribunal tuvo en cuenta principalmente la testimonial de la menor víctima, la cual se transcribió, como también ocurrió con las demás testimoniales ofrecidas por el Ministerio Público, como fueron la de la tía de la menor, con quien se refugió y quien la apoyó para denunciar, y las de los peritos

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

médico y psicóloga. De hecho, las transcripciones son a tal grado exhaustivas, que se incluyen el contenido del interrogatorio y de los contrainterrogatorios.

En la valoración de las pruebas, el Tribunal consideró válida la declaración de la menor por las siguientes razones:

- Haber sido producida aun cuando fue advertida de que podía abstenerse en virtud de que el imputado era su padre (elemento de validez de naturaleza formal).
- La consideró creíble a pesar de su minoría de edad (16 años) –aunque no da razones para que este factor fuera causa de no credibilidad-.
- No expresó verbal o corporalmente ánimo o interés de perjudicar al imputado, sino que vino a exigir justicia por la agresión que sufrió.
- No dudó en explicar los hechos que vivió.
- No denotó síntomas de mendacidad en su actitud
- Si bien en ocasiones contestaba de manera errática, es entendible dada su escasa instrucción educativa y porque al momento de narrar los hechos los revivió y sufrió
- El Tribunal notó lo difícil que le resultó revivir los ataques a su persona
- Su relato fue lógico y coherente
- Narró los hechos de manera cronológica y creíble

En atención a argumentos de la defensa, el Tribunal sostuvo la credibilidad del testimonio con las siguientes razones:

- Es lógico que no recordara las fechas de los eventos y los lugares en específico, porque tenía la edad de 13 años cuando comenzó a ser abusada y las fechas no podrían estar claramente fijas, pues su rutina era todos los días la misma, ayudando a sus padres a vender el producto del mar que su padre llevaba.
- El hecho de que la menor permaneciera en su casa pese a las agresiones sufridas no demerita la credibilidad de su dicho ni puede ser interpretado como consentimiento, pues subsistía el sometimiento del padre sobre la víctima y por ser menor se refugiaba en el núcleo familiar.

Resultó relevante para el Tribunal tener por aclarado lo que la víctima entiende por violación, abuso sexual y sexo, que para ella son sinónimos y se traducen en que el imputado la penetró con su pene por la vía anal y vaginal.

Esta declaración se complementó con la de su tía, a la que también se le dio validez por ser clara y precisa y no advertirse mendacidad o ánimo de perjudicar al imputado. Igualmente, se dio valor probatorio a los testimonios del perito médico y de la psicóloga, así como de un oficial de investigación que hizo un reconocimiento físico de los lugares en donde ocurrieron las agresiones. El primero señaló que si bien no se presentaron lesiones físicas, es entendible que ocurriera dado el tiempo transcurrido desde la última agresión y en virtud del himen elástico que posee la víctima. Por su parte, la psicóloga justificó técnicamente sus métodos y dictamen emitido. Finalmente, el reconocimiento de inspección de los lugares, permitió al Tribunal percibir que los lugares descritos eran parajes solitarios y de difícil acceso, y corroborar el dicho de la víctima.

La defensa no presentó más que la declaración del imputado, a la cual no se le dio alcance probatorio porque se concretó a negar los hechos y realizar afirmaciones que nada tuvieron que ver.

Calificación Jurídica del hecho:

Se tuvo por actualizado el delito de violación agravada, para lo cual el Tribunal hizo un análisis deductivo a partir del texto legal que describe al tipo, puesto que existió cópula impuesta por la violencia, sin contar con la voluntad de la pasivo. De la declaración de la menor se extrajeron los datos que configuraron los elementos del tipo.

La agravación del tipo se calificó en la parte de la punición, pues el imputado es padre de la menor, lo que se tuvo por probado con el acta de nacimiento de ella y la aceptación de las partes.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Identificación del autor y su responsabilidad:

La responsabilidad se tuvo por configurada en razón de la imputación primordial y directa que en su contra realizó la víctima y si bien el imputado negó los hechos, no dio datos para desvirtuar el señalamiento. Además, el imputado tuvo capacidad de actuar y de querer, pues sabía en su contexto personal que tenía que respetar la libertad sexual de su hija o de cualquier persona, tanto que procuró los medios para hacerlo en un lugar despoblado en una hora nocturna. Conocía las reglas mínimas de sociedad y religiosas que le imponen la obligación de cuidar a los hijos y no lastimarlos.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Esta sentencia tiene un alto grado de consistencia argumentativa, si bien incurre en el vicio de la cita integral de las pruebas aportadas, en un apartado hace el razonamiento de valoración de la prueba de manera individualizada y consistente, concatenando la declaración de la víctima con las pruebas que la robustecieron. Se usan argumentos basados en las máximas de experiencia, explicitados con claridad y asequibilidad.

De esta misma manera, se desestima la única prueba de la defensa, que consistió en la declaración del imputado.

Lo que no queda claro de la sentencia es la teoría del caso que hubiese esgrimido la defensa, pues si bien se alude a ella, nunca quedó explicitada, y por lo tanto en el texto del fallo no se comprende cuál fue el argumento a vencer por parte de la acusación, a no ser el de la presunción de inocencia.

No obstante, en la sentencia sólo se tienen por demostrados los hechos concernientes a la última de las agresiones sufridas por la víctima, cuando en su imputación ella narró otras agresiones anteriores, acontecidas desde que tuvo la edad de 13 años. Incluso, el Tribunal justificó que la menor no hubiese podido precisar las fechas de los anteriores acontecimientos y que hubiese permanecido en la casa familiar, aun con las agresiones. Además, al valorar la inspección ocular realizada por el agente de policía, señaló que éste le creó convicción de los lugares recónditos en donde la víctima señaló que sucedieron varios de los eventos de agresión sexual. Esta es una incongruencia de razonamiento de evidente importancia en el fallo que quedó sin explicación.

CASO 14: VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

29 DE MAYO DE 2012

JUZGADO DE GARANTÍA EN MATERIA PENAL

CAUSA PENAL __/2012

Estructura básica de la sentencia:

Se trata de una sentencia dictada en un juicio abreviado, por un juez de garantía. El imputado aceptó la responsabilidad de los hechos; no obstante, la sentencia agotó la motivación y fundamentación debida, pues si bien no se planteó un contradictorio entre las partes, sí se debía vencer el principio de presunción de inocencia en la configuración de los hechos.

La sentencia se estructura de la siguiente manera:

- Identificación del juicio y del procesado
- Considerandos:
 - Competencia
 - Hechos objeto de acusación
 - Defensa (*Se dejó constancia de que no se hizo defensa y sólo se solicitó que el juez resolviera conforme a su consideración*)
 - Elementos probatorios (*Se señala que ya no se describen porque así se hizo en el preámbulo de la audiencia, pero sí se transcribe su desahogo*)
 - Valoración de la prueba (*Cada una, por separado*)

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

- Conclusión sobre los hechos
- Calificación jurídica de los hechos
- Responsabilidad
- Pena
- Reparación del daño
- Beneficio de sustitución de la pena de prisión
- Sentencia (*Resolutivos*)

Determinación de los hechos:

Después de valorar la prueba por separado, es decir, de manera aislada cada una, el juez concluye en considerando aparte que las pruebas “superan el estándar necesario para dar por acreditado más allá de toda duda razonable los siguientes hechos”:

Que la víctima y el acusado son hermanos y habitan el mismo domicilio. El 28 de enero de 2012, aproximadamente a las 22 horas, al estar los dos en su domicilio, junto con sus familiares, el acusado amenazó al a víctima con matarla, la jaló del cabello y le puso un cuchillo en el cuello. Al intervenir sus familiares, el acusado la dejó. Solicitaron el auxilio de la policía municipal, cuyos agentes procedieron a la detención del acusado y le aseguraron el cuchillo utilizado.

Estos hechos se tuvieron por probados con el oficio de puesta a disposición del acusado, la denuncia de la víctima, la declaración de dos testigos, parientes tanto de la víctima como del victimario, dictamen de criminalística sobre el arma encontrada, set fotográfico del arma, dictamen en psicología respecto de la afectación a la víctima, acta de inspección ocular al lugar de los hechos (realizada por el agente estatal de investigaciones), set fotográfico del lugar.

La valoración fue realizada por el juez prueba por prueba, atribuyéndole veracidad ya sea por su legalidad, la congruencia entre los atestes, la estabilidad mental de la víctima al declarar, etcétera, pero no realiza un argumento en que conjunte los elementos de prueba para arribar a la conclusión que dice tener. Incluso, incluye en las pruebas utilizadas, un informe presupuestal realizado por la perito en psicología, en que señala el costo de la terapia a que tendrá que ser sometida la víctima, elemento probatorio que nada tiene que ver con la acreditación de los hechos, sino en todo caso, tiene relación con el cálculo de la reparación del daño.

La valoración de los hechos es aislada y dispersa.

Calificación Jurídica del hecho:

En el razonamiento de calificación jurídica, el juez parte de la premisa de que se ha configurado el delito de violencia intrafamiliar, y desglosa los elementos que le integran, como son el uso de la violencia física o moral, el atentado contra la integridad física, psíquica o ambas de la víctima, que el agresor y agraviado cohabiten en el mismo domicilio y que tengan relación de parentesco consanguíneo en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación de grado.

Con un razonamiento deductivo, el juez adecuó los elementos probatorios recabados a cada requisito del tipo penal. Tuvo por demostrada la violencia física y psicológica hacia la víctima, con la relación de hechos narrados por la denunciante y los testigos. La afectación a su integridad psicológica, la tuvo por acreditada con el informe pericial psicológico realizado.

Identificación del autor y su responsabilidad:

La autoría material se tuvo por acreditada con la propia acepción el acusado y los atestes vertidos. A esta actuación se calificó de dolosa, con la consideración de la culpabilidad e imputabilidad del acusado.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

La sentencia se encuentra razonada bajo los parámetros de un sistema inquisitivo y no bajo el sistema acusatorio. El argumento se encuentra seccionado y no forma una

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

unidad, por lo que su comprensión se hace difícil, en demérito de su claridad y consistencia. Si bien está dictada en un procedimiento abreviado, en donde no hubo una contienda entre las partes, sí existe para el juzgador una presunción de inocencia a vencer a través de un argumento sólido de que los hechos se configuraron como relevantes para el mundo penal y la responsabilidad del inculpado se actualizó. Esto sí se evidencia, pero bajo un esquema de argumentación difícilmente asequible, dinámico y concreto, como es propio del sistema bajo el cual se ha dictado.

3.10.8. Zacatecas.

Zacatecas, conjuntamente con los Estados de Chihuahua, Morelos y Oaxaca, fueron las entidades federativas pioneras en implementar un sistema de justicia penal adversarial, constituyéndose en un referente importante para impulsar este sistema en todo el país. El 15 de septiembre de 2007 fue publicado en el periódico oficial del Estado, un nuevo Código Procesal Penal, pero la vigencia del sistema comenzó a partir del 5 de enero de 2009 en el Primer Distrito Judicial de la Capital. De manera sucesiva, en julio de 2012, entraría en vigor de los distritos judiciales segundo y séptimo, y a partir de enero de 2013, en el resto del territorio.⁴³⁸

El 4 de agosto de 2012, fue publicado en el Periódico Oficial del Estado, el Decreto número 414 por el que se reformó al Código Penal del Estado, para actualizarlo con la terminología del sistema acusatorio; incrementar las penas de algunos delitos (la pena máxima se incrementó de treinta a cincuenta años de prisión); crear nuevos tipos penales (como el feminicidio, delitos de protección al medio ambiente, operaciones con recursos de procedencia ilícita, usurpación de identidad o la actividad conocida de los “halcones”, que consiste en la revelación de la información relativa a los operativos policiacos que impide su éxito); derogar algunos tipos penales (como el adulterio o la difamación, así como el secuestro, éste para efectos de homologar la tipología con las normas generales emitidas); y finalmente, para regular las figuras de reparación del daño y de persecución de delitos.⁴³⁹

CASO 15: ROBO CALIFICADO

14 DE SEPTIEMBRE DE 2010

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL, DISTRITO JUDICIAL DE ZACATECAS

CAUSA 205/2009 Y ACUMULADAS 36/2010 Y 60/2010

Estructura básica de la sentencia:

La sentencia tiene la siguiente estructura básica:

- Datos de identificación del juicio
- Resultando único (antecedentes de trámite)

⁴³⁸ Decreto 346, para que la Legislatura del Estado declare incorporado el sistema Constitucional de Justicia Penal en el Estado de Zacatecas, 30 de junio de 2009. (www.congreso Zacatecas.gob.mx).

⁴³⁹ Decreto 414, Suplemento no. 5 del Periódico Oficial Mo. 62, 4 de agosto de 2012. (Página de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Zacatecas <http://pgje.zacatecas.gob.mx>).

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

- Considerandos
 - “La competencia”
 - “La enunciación de los hechos y de las circunstancias o elementos que hayan sido objeto de la acusación o de su ampliación y de la resolución de apertura”
 - “Teoría del caso de la defensa”
 - “Breve y sucinta descripción del contenido de la prueba oral, antes de proceder a su valoración”
 - “El voto de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho”
 - “La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado”
 - “La determinación precisa y circunstanciada respecto de la responsabilidad penal”
 - “La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicables”
 - “Reparación de daño”
 - “Sobre la concesión de beneficios”
 - “Sobre la suspensión de derechos políticos”

- Resolutivos

La sentencia tiene la particularidad de que subtitula todos los considerandos. Estos subtítulos se han transcrito para ilustrar la técnica empleada en el diseño del documento. En efecto, el dar un nombre a cada una de las secciones considerativas constituye una importante herramienta para la comprensión del texto.

Determinación de los hechos:

Es en el considerando denominado: “*La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado*”, en que se razona la conclusión sobre los hechos a la que ha arribado el órgano juzgador. Nótese que esto sucede una vez que se enunciaron los hechos de la acusación, la teoría de la defensa, la relación de pruebas, y se ha anticipado la conclusión del Tribunal. Es decir, en la sentencia se anuncia el parecer del Tribunal y luego se motiva. Esta estructura permite al foro comprender de manera muy clara cuál es el sentido de la resolución y el entendimiento de sus razones.

El Tribunal consideró demostrado que se sucedieron tres hechos de robo de vehículo, en fechas muy cercanas entre sí, ejecutados bajo el mismo *modus operandi* (los autos fueron sustraídos cuando estaban estacionados en la vía pública y de noche), y fueron ejecutados por dos o más personas.

Cada uno de los eventos fueron denunciados y dieron lugar a su interrelación. El último en suceder fue determinante porque la víctima –con ayuda de sus familiares y con los datos obtenidos por un testigo del robo- pudo localizar su auto en un lote que ocupa el procesado como taller de autos, vivienda y yunke. Se efectuó la denuncia y se realizó un cateo, en que se encontraron múltiples piezas de autos, el último auto robado –ya desbalijado- y un número importante de placas de autos reportados como robados –entre éstas, las que corresponden a los autos involucrados en los hechos materia de este proceso-.

Para llegar a esta conclusión el juez tuvo en cuenta las declaraciones de las víctimas, los resultados del cateo, las declaraciones de los policías que intervinieron en la investigación y las declaraciones de algunos testigos.

Calificación Jurídica del hecho:

Para tener por configurado el contenido del tipo penal de robo, expresó sus razones sobre la existencia de la cosa mueble, su ajeneidad y la falta de consentimiento, los que tuvo por acreditados haciendo inferencias a partir de los hechos, independientemente de los documentos de acreditación de propiedad que se exhibieron.

La figura típica se agravó al acreditarse que el vehículo estaba estacionado en la vía pública y ocurrió durante la noche, elementos que de acuerdo con la ley aplicable agravan la conducta.

Identificación del autor y su responsabilidad:

La responsabilidad del acusado se acreditó por la evidencia de su participación como auxiliador en la realización del concurso real de delitos de robo, en número tres. El indicio definitivo para definir su responsabilidad fue la posesión del predio en que se realizaban los desmantelamientos de los autos robados, el cual fue objeto de cateo y en que se le aprehendió. Se le señaló como la persona que se dedicaba a vender autopartes para reuso o en chatarra, actividad que realizaba junto con su familia.

Este señalamiento se logró con los testimonios de sus vecinos y de una de las personas que le compraba chatarra. Además, en el cateo del predio se encontraron las herramientas usadas y los restos de autos robados, destacando un buen número de placas de autos así reportados.

No obstante, el razonamiento del juez es más amplio y hace una reseña pormenorizada de los indicios (reportes de robo, registros fotográficos, testimonios) que consideró relevantes para tener por responsable al acusado.

En una de sus conclusiones realiza, por ejemplo, una inferencia interesante: Se demuestra la participación activa del acusado pues:

1ª Premisa: El vehículo en que trasladaba la chatarra estaba reportado como robado.

2ª Premisa: El acusado era visto en él con su familia cuando llevaba a vender la chatarra.

Conclusiones: El activo era quien, previo acuerdo con sus partícipes-desmantelaba y partía en pedazos los vehículos robados que recibía para venderlos, desapareciendo toda evidencia y obteniendo un beneficio producto del robo. Su familia también participaba de los hechos

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Esta sentencia es ejemplar en su estructura argumentativa. Tiene una secuencia lógica que permite al lector comprender desde el inicio, el sentido de la resolución del Tribunal, para más adelante contar con los elementos de razón que llevaron al órgano juzgador a condenar. La valoración de las pruebas se trabaja de manera ordenada y se relacionan unas con otras, evidenciándose el mayor peso que se da a ciertos indicios, como fue el resultado del cateo en el caso concreto.

Es muy loable que el razonamiento de tipicidad y conformación de los hechos punibles no sea exactamente el mismo que llevó a la conclusión de la responsabilidad, lo que suele ocurrir en muchas sentencias. En este caso, el órgano juzgador distinguió los indicios que lo llevaron a concluir que sí se dieron los hechos típicos, de aquéllos que le hacen inferir el grado de responsabilidad del acusado, que es cosa distinta, que se suele confundir o sintetizar de manera poco analítica en el cúmulo de probanzas de un juicio.

Si bien la resolución es larga y complicada, sí es clara y no incurre en vicios como las largas transcripciones o la repetición de argumentos para llegar a las diversas conclusiones. Su complejidad se debió a que en ella se juzgaron tres hechos que dieron lugar a un concurso real de delitos y en ella también se juzgó la imposición y gradación de la pena.

CASO 16: ROBO CALIFICADO

15 DE DICIEMBRE DE 2009

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL, DISTRITO JUDICIAL DE ZACATECAS

CAUSA 51/2009

Estructura básica de la sentencia:

El documento se integra de la siguiente manera:

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Datos de identificación del asunto y procesado

Resultandos

- Antecedentes de libramiento de orden de aprehensión
- Audiencia de vinculación a proceso
- Audiencia intermedia, auto de apertura a Juicio Oral
- Audiencia de debate

Considerandos

- “La competencia”
- “La enunciación de los hechos y de las circunstancias o elementos que hayan sido objeto de la acusación o de su ampliación, y de la resolución de apertura”
- “Teoría del caso de la defensa”
- “Breve y sucinta descripción del contenido de la prueba oral, antes de proceder a su valoración”
- “El voto de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho”
- “La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado”
- “La determinación precisa y circunstanciada respecto de la responsabilidad penal”
- “La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicables”
- “Sobre la reparación del daño a las víctimas”
- “Sobre la concesión de beneficios”
- “Sobre la suspensión de derechos políticos”

Resolutivos

Como en el asunto anterior, la sentencia se encuentra subtitulada en sus considerandos, lo que le da una mayor claridad de contenido y de comprensión; además de que muestra una estructura lógica en la exposición y en el pensamiento del Tribunal, que parte de los planteamientos de la acusación y de la defensa, para expresar su conclusión y las razones por las cuales llegó a ella.

Determinación de los hechos:

El Tribunal tuvo por probado que el 19 de mayo de 2009, entre las 20.30 y 21.00 horas, tres personas del sexo masculino, cubiertos de la cara y portando armas de fuego, ingresaron a una negociación, amagaron a los empleados y visitantes de la empresa y los condujeron a la segunda planta de las oficinas. Los concentraron en un espacio que funciona como sala de juntas, en donde se desarrollaban tareas de capacitación. Reunido el personal de la empresa y visitantes, los hicieron tirarse al piso con el rostro boca abajo para luego realizar el ilícito apoderamiento de bienes propiedad de la empresa, dinero en efectivo y objetos personales de los empleados y asistentes al curso.

Estos hechos se tuvieron por acreditados con el dicho de las víctimas, por ser protagonistas de los sucesos y por los peritajes criminalísticos realizados.

Calificación Jurídica del hecho:

Se tuvo por acreditada la comisión de los delitos de robo calificado, ejecutados bajo las hipótesis de violencia física y moral en las personas y en las cosas, en lugar cerrado, de noche, portando armas y siendo más de dos los participantes. Delitos consumados.

Para arribar a la calificación jurídica, el Tribunal hizo, en primer lugar, una relación “sucinta” de las pruebas, que en realidad fue más que exhaustiva, pues retomó casi en su integridad la narración de los hechos efectuada por los testigos, que a su vez fueron las víctimas, relacionadas con los resultados periciales criminalísticos, de donde se evidenciaron los daños producidos a muebles y puertas forzados para extraer el numerario robado, así como una pericial contable que confirma el monto de lo robado, a partir de los documentos de registro contable y fiscal de la empresa.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Identificación del autor y su responsabilidad:

En la identificación del autor, el Tribunal hizo un análisis exhaustivo, pues precisamente la teoría del caso de la defensa consistió en negar que fuese el imputado uno de los coautores de los delitos de robo.

El Tribunal tuvo por acreditada la identificación del autor y su responsabilidad a partir del señalamiento que hizo una de las víctimas, quien lo reconoció por sus ojos y frente, pues el resto de la cara la llevaba cubierta. Otro señalamiento lo hizo otra de las víctimas, quien lo reconoció por su voz y dijo que conocía al imputado de tiempo atrás, detallando las circunstancias de ello. En efecto, lo había tratado como cliente en un bar, en que el testigo había trabajado como bar man; después de ello, el ahora acusado le vendió un tanque de gas, el cual fue a recoger al domicilio del imputado, quien trabajaba en un expendio de gas.

Con estos datos, la policía profundizó en las investigaciones y, en efecto, encontró que en el establecimiento de gas señalado por el testigo trabajaba el ahora imputado, quien en su expediente tenía registrado como domicilio el señalado por el testigo como el lugar donde recogió el tanque de gas. También recabó testimonio la policía de un compañero de trabajo, quien le dijo que el imputado portaba armas y detalló sus hábitos y las personas que solían visitarlo; otro testigo empleado de la empresa asaltada y amigo del imputado, declaró que éste le pidió los registros contables de la empresa correspondientes al día del asalto y que se los entregó sin ninguna sospecha.

Estos datos, concatenaron con otros obtenidos en diversas declaraciones, pues el testigo que lo reconoció por su voz, fue amenazado por el propio acusado y personas que solían acompañarlo, precisamente en un auto identificado por varios testigos. Las amenazas se realizaron tanto personalmente como por teléfono, e investigado el número desde el cual se efectuaron, se relacionó con el domicilio del acusado.

Resulta interesante la forma en que el Tribunal expone su razonamiento de inferencia para arribar a la convicción de la autoría y responsabilidad del imputado, que si bien no se transcribe, sí se esquematiza de la siguiente manera:

El sentido común, las máximas de experiencia y las reglas de la lógica, permiten inferir la veracidad de la declaración del testigo que reconoció al imputado como uno de los responsables del asalto porque:

- El sujeto se tapó la cara cuando vio al testigo, lo que indica que eran conocidos y que trató de evitar ser reconocido.
- Fue precisamente ese testigo y no otro el que podría reconocer al acusado.
- Es lógico que por haber sido objeto de intimidaciones, el testigo hubiese dicho en juicio oral que dudaba del reconocimiento cuando en etapa de investigación estaba totalmente seguro.

Este tipo de razonamientos se objetivan por el Tribunal con base en indicios ciertos y determinados desprendidos de las pruebas, como es que el testigo dijo haber reconocido al acusado por su voz, que fue intimidado posteriormente y que en un principio afirmó con toda seguridad tal reconocimiento. Esto tuvo para el Tribunal un mayor peso que el hecho de que con posterioridad, en el juicio oral, el testigo hubiese dudado y señalado que el reconocimiento lo había en un 70 u 80%. Así, se construyen razonamientos basados en máximas de experiencia que permiten justificar la decisión de la responsabilidad.

¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Definitivamente la sentencia logra consistencia argumentativa, aunque el registro escrito casi íntegro de las pruebas desahogadas no es acorde con el sistema de juicio oral, en que el registro de las pruebas se sucede en vivo, y queda grabado en medios de una tecnología más dinámica.

La sentencia tiene que dejar de ser el documento que recoja todo lo ocurrido en el juicio, pues su fin es únicamente expresar la conclusión del Tribunal y sus razones, para lo cual éste debe ser capaz de explicar sin tener la necesidad de reiterar lo ocurrido en el juicio, pues esa es una etapa superada que todas las partes conocieron.

Incluso, para efectos de la revisión de la sentencia, si fuese necesario que un Tribunal de alzada revise detalles del desahogo de pruebas, tendría que recurrir a los medios de grabación de lo sucedido y no a la sentencia como documento.

El sistema acusatorio se propone superar a la sentencia como atavismo y más bien configurarse como expresión del razonamiento judicial por excelencia.

3.11. CONCLUSIONES.

A) Aclaraciones generales. En el análisis comparativo realizado en este capítulo, es pertinente aclarar varios puntos:

Las **sentencias analizadas son, en su mayoría, resoluciones de primera instancia en Juicio Oral**, pronunciadas bien por un Tribunal o por un Juez, según cada legislación. Algunas sentencias –las menos- son de juicio abreviado, que se consideró pertinente incluir para obtener un panorama ampliado, en que si bien hubo aceptación de los hechos por parte del imputado, el Tribunal tiene obligación de vencer el principio de presunción de inocencia, mediante la exposición de las razones que le hacen concluir en que sí se integraron los hechos delictivos y la responsabilidad penal, a partir de los datos recabados en investigación.

Lo que en este capítulo se ha presentado es **un panorama comparativo**, pues se han reseñado un par de resoluciones por cada lugar –país de Latinoamérica o entidad federativa en México- que sirven de ejemplo de lo que se está haciendo en el trabajo judicial en juicio oral, al momento de resolver, pero no pretende hacer un análisis estadístico ni general en tanto no representa una muestra suficientemente representativa suficiente ni homogénea para tales efectos.

Los delitos por los que se realizaron los juzgamientos fueron variables, pero coincidentemente, se obtuvieron varias sentencias en casos de abuso sexual o violaciones a menores, lo que permitió comparar de manera más precisa el tratamiento argumental que se dan a casos similares en las diferentes regiones donde se encuentra ya en práctica el sistema acusatorio.

En esta parte conclusiva, **se usan tres cuadros que comparan a las sentencias analizadas**, a partir de diversos indicadores de su estructura, su forma argumentativa y uno dedicado a la argumentación y valoración en las sentencias relacionadas con delitos de abuso sexual o violación a menores. En estos casos, los tribunales o juzgados argumentaron sobre hechos comparables de difícil acreditación objetiva en tanto un abuso o violación a un menor suele suceder en privado, sin que haya más testigos que el sujeto activo y la víctima, y la declaración de esta última resulta ser determinante como elemento de prueba.

Un cuadro más de comparación que se usa, es uno que muestra en síntesis la estructura de las sentencias analizadas en lo general, de lo que se puede

concluir que una integración complicada y larga demerita en su objetividad, contundencia, claridad y consistencia argumentativa.

B) Con base en estas advertencias, es conducente arribar a las siguientes **conclusiones generales**:

- 1. Integración y estructura de las sentencias.** La integración y estructura de las sentencias que se dictan en primera instancia, al pronunciarse en juicio oral o en procedimientos abreviados, trasciende en su estructura argumentativa. La objetividad, especificidad y concreción de la estructura en sentencia, permite al juzgador analizar de manera concreta los puntos de resolución y, a las partes y sociedad, comprender el sentido de manera clara. Así, en las sentencias donde se muestra la tendencia a abreviar los argumentos, se logra mayor sencillez, claridad y contundencia. Esto ocurre con las sentencias que reseñan los antecedentes y las pruebas, y que en los análisis de los hechos y de la responsabilidad no requieren de transcripciones que propician la redundancia.
- 2. Subtítulo de secciones.** Las sentencias donde los jueces subtitulan las secciones de las sentencias, no sólo bajo los grandes rubros de “Resultandos” y “Considerandos”, sino en secciones más específicas y ordenadas racionalmente, resultan más claras y asequibles para su comprensión.
- 3. Uso de argumentos inductivos.** El uso de argumentos de tipo inductivo, en que se identifican razones relevantes de las pruebas desahogadas, las que se interrelacionan para llegar a conclusiones generales que conduzcan a la inferencia de si se actualizan los supuestos normativos de tipicidad y de responsabilidad penal, son los argumentos ideales a usar por el juzgador bajo el sistema acusatorio, pues permiten la libre apreciación de la prueba y el uso racional de las máximas de experiencia y la conformación objetiva de la mayoría de razón.
- 4. Uso de argumentos deductivos.** El uso de argumentos deductivos, que parten del supuesto normativo para tomar los elementos fácticos aislados que se adecuen a tales premisas, son característicos de los sistemas inquisitivos de juzgamiento, en que el objeto primordial es la aplicación de la norma al caso, con independencia de las demás circunstancias fácticas que pudiesen incidir en un razonamiento más complejo.
- 5. Uso del lenguaje común.** La prelación del uso del lenguaje no técnico logra mayor claridad y asequibilidad en las sentencias. Si bien es indispensable que la sentencia haga uso de un lenguaje técnico en sus motivaciones, el juzgador debe tener presente que el documento se encuentra dirigido, primordialmente, al sentenciado, a las víctimas y demás intervinientes en el proceso en general y, de manera secundaria, a otros letrados que podrán revisarla y criticar sus argumentos. El lenguaje técnico no debe ser usado más que en lo necesario y, en lo posible, debe ser explicado en términos coloquiales para la comprensión

de su trascendencia. De otra manera, el objetivo democrático del sistema acusatorio no se cumplirá.

6. Uso de máximas de experiencia. El uso de máximas de experiencia es un recurso argumentativo propio del sistema acusatorio, pues atiende no necesariamente al texto de la ley para razonar si un hecho debe ser penado o si una persona es responsable de la comisión de un delito. Mediante las máximas de experiencia, el razonamiento se amplía a contenidos fácticos que se comprenden por la sociedad en general y que tanto el juzgador como las partes, conocen, comparten y justifican. Las sentencias que recurren a este tipo de herramientas, tienden a clarificar sus conclusiones de manera determinante.

C) Conclusiones respecto de las sentencias latinoamericanas:

Las sentencias analizadas, principalmente las que provienen de Argentina, Chile y Colombia, logran mayor **contundencia**. En ellas hay una tendencia a abreviar los argumentos, lo que propicia mayor sencillez, claridad y contundencia. Se reseñan los antecedentes y las pruebas, y en el análisis de los hechos y de la responsabilidad no requieren de transcripciones que propician la redundancia.

Las sentencias provenientes de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica contienen **subtítulos**, no sólo bajo los grandes rubros de “Resultandos” y “Considerandos”, sino en secciones más específicas y ordenadas racionalmente, por lo que resultan más claras y asequibles para su comprensión.

Especial mención merece el caso de **Argentina**, pues las sentencias analizadas tienen una estructura argumentativa particularmente ejemplar, basada en un cuadro dialéctico que se ocupa de contestar tres preguntas concretas:

1. *¿Está probado el hecho y la autoría del procesado?*
2. *¿Qué calificación legal corresponde aplicar? Y en su caso ¿Cuál es la responsabilidad penal del imputado?*
3. *¿Qué pena debe imponerse? y ¿Corresponde la imposición de costas?*

En la sentencia no se hacen transcripciones, no se ocupan de temas no esenciales (como la competencia, en tanto se tuvo ya por fijada en otro momento procesal), y se concentran en ser puntuales en contestar concretamente si el hecho y la autoría fueron probados, la calificación legal correspondiente y la pena a imponer, en su caso. Para cada respuesta, se hace una relación sucinta de los elementos de razón que se desprenden de la prueba, se relacionan inductivamente y se concluye de manera concreta.

Este esquema argumentativo es claro tanto para el juzgador como para su audiencia, hace a un lado los análisis deductivos y se concentra en la objetividad de la pregunta, sin necesidad de hacer un recuento de todo lo sucedido en el juicio.

Las sentencias de **Chile** contienen argumentos más exigentes y rigoristas para las precisiones de facto en la imputación. Una de ellas desechó la validez de una prueba esencial para evidenciar que la droga identificada como base de cocaína era la que se había encontrado en posesión de las encausadas. Como no se tuvo cuidado en la relación de la evidencia encontrada y la periciada (fallas en la cadena de custodia), las procesadas no tuvieron oportunidad de defenderse sobre ese preciso hecho de imputación. Prevalció entonces en este argumento el principio de presunción de inocencia.⁴⁴⁰

También aplicó el tribunal chileno un estricto análisis de verosimilitud de la declaración de la víctima en el caso de abuso sexual en contra de menores, no sólo desde su experiencia y sana crítica, sino con elementos técnicos psicológicos y jurídicos, los que además fueron materia de prueba y de evaluación. Para ello, tuvo en cuenta un criterio del Tribunal Supremo Español.

D) Conclusiones respecto de las sentencias mexicanas.

En México, -esencialmente en las sentencias que se analizaron, provenientes de **Baja California, el Estado de México, Morelos y Nuevo León**- las resoluciones se están estructurando con dificultad. Son largas, con transcripciones completas de las pruebas desahogadas en el juicio, y se dividen en un sinnúmero de argumentos deductivos que corresponden a cada uno de los elementos del tipo penal a analizarse, lo que evidencia una gran inclinación a conservar las tendencias del sistema inquisitivo que guarda estructuras de argumentos deductivos, esencialmente.

Esto es, se tiende a conservar el esquema de las sentencias que corresponden a los sistemas escritos, en que es preciso hacer constar íntegra y exhaustivamente todo lo ocurrido en juicio, en aras del principio de seguridad jurídica y de exhaustividad para hacer constar en un solo documento todo elemento que da lugar a la decisión. Esta tendencia se ha justificado porque la sentencia ha sido hasta ahora el único instrumento que un tribunal de alzada tiene para revisar su legalidad o constitucionalidad; pero bajo el sistema acusatorio los sucesos se dan a lo largo del juicio, en donde jueces y partes perciben de manera directa su desarrollo y el objetivo de la sentencia es el pronunciamiento final, cuya motivación no debe implicar un nuevo desahogo de constancias que demeriten en la claridad y contundencia.

El esquema rigorista que aún se está siguiendo en México propicia argumentos circulares, reiterativos y aislados, en detrimento de su asequibilidad al entendimiento de la sociedad.

⁴⁴⁰ “el derecho a la presunción de inocencia impone la carga de la prueba sobre el Estado, de manera que el juicio oral no puede ser concebido como una competencia entre dos versiones para determinar cuál es la mejor, sino fundamentalmente como un test impuesto a la prueba de la acusación para decidir si ésta satisface o no el estándar de convicción impuesto por la ley para condenar.” **HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián.** *Derecho procesal penal chileno*, ob. cit., T. II, p. 144.

No obstante, en Estados como **Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas**, las formas de argumentar en la sentencia se muestran más evolucionadas hacia un ideal de sistema acusatorio. Aunque sí se recurre a ciertas transcripciones y redundancias, su tendencia es más bien a la reseña, análisis y síntesis de los datos obtenidos en el juicio, para arribar a conclusiones concretas. Su método de análisis es inductivo, principalmente, a partir de los elementos reunidos en juicio, que concatenados entre sí, llevan a conclusiones relevantes para la determinación de la tipicidad de los hechos y de la responsabilidad penal.

Las sentencias de los estados de **Baja California, Oaxaca y Zacatecas** hacen uso de los subtítulos de secciones específicas, que sirven para propiciar una mejor comprensión del texto, su estructura y su sentido.

Caso particular es el de **Nuevo León**, en que se nota que el sistema mezcla formas procesales y de fondo propias del sistema inquisitivo con el acusatorio, como es que se permita la tasación de la prueba o la valoración en juicio de pruebas obtenidas durante la indagación. Esas sentencias en particular, se pronunciaron sobre la reparación del daño, para lo cual dejaron constancia de todas las facturas y recibos con los que se acreditaban los montos reclamados, lo que demerita en forma y fondo a una resolución propia del juicio acusatorio oral.

Cabe hacer especial mención de las resoluciones provenientes del estado de **Chihuahua**, que tienen la particularidad de que son claras y tienen una fuerte consistencia argumentativa. Están dictadas conforme a los principios que rigen al sistema acusatorio, de contradicción, valoración libre de la prueba, convicción de responsabilidad más allá de toda duda razonable, uso de reglas de la razón y de la experiencia, y relación armónica de los elementos de prueba que se aportaron.

Formal y materialmente, se abarcan los elementos argumentativos indispensables en la resolución del caso, a saber, la fijación de los hechos, su calificación jurídica, la autoría, el análisis de los medios de prueba que surtieron valor, el análisis dialéctico de los argumentos de las partes y la individualización de la sanción y la reparación del daño.

El Tribunal tejió armónicamente los argumentos, interrelacionó las pruebas, evaluó la confiabilidad de las declaraciones, el desempeño de la fiscalía y la defensa, y logró sostener con firmeza sus conclusiones, sin dejar de analizar –bajo el principio de exhaustividad- tanto los argumentos en pro como en contra y las pruebas de defensa que desechó en su valor. Sus argumentos fueron de tipo inductivos y abductivos (en que los hechos probados permitieron al Tribunal llegar a una hipótesis que los explican), como las evidencias reunidas alrededor de la identidad del autor.

Las sentencias de **Zacatecas** resultaron ejemplares en su estructura argumentativa. Tienen una secuencia lógica que permite al lector comprender desde el inicio el sentido de la resolución del Tribunal, para más adelante contar

con los elementos de razón que llevaron al órgano juzgador a condenar. La valoración de las pruebas se trabajó de manera ordenada y se relacionaron unas con otras, evidenciándose el mayor peso que se da a ciertos indicios, como fue el resultado de un cateo en uno de los casos.

Es muy loable que las sentencias no usen los mismos argumentos para analizar los hechos que para concluir sobre la responsabilidad penal, pues son conceptos de distinta entidad. El órgano juzgador distinguió los indicios que lo llevaron a concluir que sí se dieron los hechos típicos, de aquéllos que le hicieron inferir el grado de responsabilidad del acusado.

Las sentencias tienen la particularidad de que todos los considerandos fueron subtítulos, lo que constituyó una importante herramienta en la comprensión del texto. Se razona la conclusión sobre los hechos a la que ha arribado el órgano juzgador una vez que se enunciaron los hechos de la acusación, la teoría de la defensa, la relación de pruebas, y se ha anticipado la conclusión del Tribunal. Es decir, en la sentencia se anuncia el parecer del Tribunal y luego se motiva. Esta estructura permite al foro comprender de manera muy clara cuál es el sentido de la resolución y el entendimiento de sus razones.

E) Sentencias en caso de abuso sexual a menores:

Este rubro es necesario comentarlo de forma apartada en razón de que se analizó un número significativo de sentencias, tanto de origen mexicano como latinoamericano, que tuvieron que ver con este tipo de casos. Se observó que en ellas se da valor preferente a la declaración del menor, ya sea en virtud de convenciones internacionales, por tratarse de delitos en donde no hay más testigos que las víctimas, o por correlación con otros indicios testimoniales y periciales, principalmente las de carácter psicológico y médico.

En las sentencias de Argentina y Costa Rica se invoca a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño para ponderar con mayor valor las declaraciones de los niños, como víctimas de abuso sexual, en aras de la protección de sus derechos, sobre los del imputado.

Las sentencias de Argentina y Chile se enfrentaron a la problemática de decidir si se condenaba sobre actos reiterados que no se pudieron precisar fácticamente en la acusación. El Tribunal argentino decidió condenar y para ello tuvo en cuenta que no se precisaron los actos, pero sí se supo que habían sido reiterados y, en ese sentido, se integran como factor de definición del *daño grave*, que se tomó en cuenta en la calificación del hecho. Este fue un argumento que pareciera estar fundado en una petición de principio, en tanto era necesario explicitar si la reiteración es característica del daño grave, lo que no se hizo. En cambio, el Tribunal chileno no condenó por esos hechos indeterminados. Las sentencias provenientes de Colombia y de Oaxaca tampoco tuvieron por acreditados este tipo de hechos.

ANEXO: EXPLICACIÓN DE LOS CUADROS COMPARATIVOS

1. CUADRO COMPARATIVO DE SENTENCIAS ANALIZADAS A PARTIR DE SU ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA (LATINOAMÉRICA):

CUADRO COMPARATIVO DE SENTENCIAS ANALIZADAS A PARTIR DE SU ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA (LATINOAMÉRICA)						
	Argentina	Colombia	Costa Rica	Chile	Guatemala	Perú
Referencia al auto de apertura						
Transcribe						
Reseña		X	X	X		
Sólo lo menciona					X	X
Ninguno de los anteriores	X					
Pruebas						
Transcribe						
Reseña		X	X			
Cita las necesarias	X			X	X	X
Delimitación de los hechos						
Transcribe						
Analiza y sintetiza	X	X	X	X	X	X
Argumentos sobre los hechos						
Requiere transcripción de pruebas						
No requiere transcripción de pruebas	X	X	X	X	X	X
Mismos argumentos que para la responsabilidad		X	X			X
Uso de argumentos específicos	X			X	X	
Argumentos sobre la responsabilidad						
Requiere transcripción de pruebas						
No requiere transcripción de pruebas	X	X	X	X	X	X
Mismos argumentos que para los hechos		X	X			X
Uso de argumentos específicos	X			X	X	
Claridad y consistencia argumentativa						
Se logra	X	X	X	X	X	X
No se logra						
Los casos fueron variables		X				
Vicios de argumentación identificados						
Redundancia						
Repeticiones no útiles						
Análisis del tipo mediante deducción innecesaria						
Omisión en explicitar razones de sus premisas						

Las sentencias de origen latinoamericano (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Guatemala y Perú) fueron analizadas en su estructura con el fin de identificar la forma en que se desarrollan los siguientes puntos:

- a) Referencia al auto de apertura.
- b) Pruebas.
- c) Delimitación de los hechos.
- d) Argumentos sobre los hechos.
- e) Argumentos sobre la responsabilidad.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

En cada uno de estos rubros se tiene en cuenta si las sentencias contienen transcripciones, se realizan reseñas, o sólo se hacen menciones. Si se hace distinción entre los argumentos sobre los hechos y sobre la responsabilidad y la forma en que éstos se analizan. Finalmente, si se logra claridad y consistencia argumentativa y si se identifican vicios en la argumentación.

El resultado de este análisis es que las sentencias revisadas no requieren de transcripciones, sino que tienden a hacer reseñas o sólo citas del auto de apertura o de las pruebas. En el tratamiento de los hechos no se realizan transcripciones, sino que se dedican al análisis y a la síntesis.

Sin embargo, no en todos los casos se hace distinción entre los argumentos de los hechos y de la responsabilidad. Mientras Argentina, Chile y Guatemala sí hacen la distinción, Colombia, Costa Rica y Perú utilizan los mismos argumentos tanto para la responsabilidad como para la actualización de los hechos.

Finalmente se concluye que en todos los casos se logra claridad y consistencia argumentativa, y sólo en Colombia se encontraron casos variables.

2. CUADRO COMPARATIVO DE SENTENCIAS ANALIZADAS A PARTIR DE SU ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA (MÉXICO):

CUADRO COMPARATIVO DE SENTENCIAS ANALIZADAS A PARTIR DE SU ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA								
	Baja California	Chihuahua	Durango	Estado de México	Morelos	Nuevo León	Oaxaca	Zacatecas
Referencia al auto de apertura								
Transcribe			X	X	X	X	X	
Reseña	X							X
Sólo lo menciona		X						
Ninguno de los anteriores								
Pruebas								
Transcribe	X		X	X	X	X	X	
Reseña		X						X
Cita las necesarias		X						
Delimitación de los hechos								
Transcribe	X		X	X	X	X		
Analiza y sintetiza		X					X	X
Argumentos sobre los hechos								
Requiere transcripción de pruebas	X		X	X	X	X	X	X
No requiere transcripción de pruebas		X						
Mismos argumentos que para la responsabilidad	X				X		X	
Uso de argumentos específicos		X	X	X		X		X
Argumentos sobre la responsabilidad								
Requiere transcripción de pruebas	X		X	X	X	X	X	X
No requiere transcripción de pruebas		X						
Mismos argumentos que para los hechos	X				X			X
Uso de argumentos específicos		X	X	X		X	X	
Claridad y consistencia argumentativa								
Se logra		X	X				X	X
No se logra	X			X	X	X		
Los casos fueron variables								
Vicios de argumentación identificados								
Redundancia	X		X	X	X	X		
Repeticiones no útiles	X		X	X	X	X		X
Análisis del tipo mediante deducción innecesaria	X		X	X	X	X		
Omisión en explicitar razones de sus premisas							X	

Las sentencias de origen mexicano (Baja California, Chihuahua, Durango, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca y Zacatecas) fueron también analizadas en su estructura con el fin de identificar la forma en que se desarrollan los siguientes puntos:

- a) Referencia al auto de apertura.
- b) Pruebas.
- c) Delimitación de los hechos.
- d) Argumentos sobre los hechos.
- e) Argumentos sobre la responsabilidad.

En cada uno de estos rubros se tiene en cuenta si las sentencias contienen transcripciones, se realizan reseñas, o sólo se hacen menciones. Si se hace distinción entre los argumentos sobre los hechos y sobre la responsabilidad y la forma en que éstos se analizan. Finalmente, si se logra claridad y consistencia argumentativa y si se identifican vicios en la argumentación.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

El resultado de este análisis es que las sentencias revisadas en su mayoría sí requirieron de transcripciones del auto de apertura, de las pruebas desahogadas y de los hechos que de ellas se desprenden. Sólo las sentencias provenientes de Chihuahua y Zacatecas obviaron este requisito. Las provenientes de Baja California sólo reseñaron en auto de apertura. Al delimitar los hechos, las sentencias provenientes de Oaxaca no necesitaron de transcripción y se concentran en su análisis y síntesis. Asimismo, no en todos los casos se distinguen los argumentos para tener por configurados los hechos de aquellos necesarios para configurar la responsabilidad penal. Usan los mismos argumentos los Estados de Baja California, Morelos y Zacatecas.

De esto se concluye que no en todos los casos se logra claridad y consistencia argumentativa. Sí ocurre para los casos de Chihuahua, Durango, Oaxaca y Zacatecas; no así en los casos de Baja California, Estado de México, Morelos y Nuevo León.

En la mayoría de los casos se encontraron vicios de argumentación como son la redundancia, las repeticiones inútiles, y una deducción innecesaria en el análisis del tipo (casos de Baja California, Durango, Estado de México, Morelos y Nuevo León). En el caso de Zacatecas sólo se detectaron algunas repeticiones no útiles y en el caso de Oaxaca se encontró omisión en explicitar razones de sus premisas.

Las sentencias provenientes de Chihuahua son las que lograron la mayor claridad y consistencia argumentativa.

Si comparamos los resultados latinoamericanos con los mexicanos, podremos ver que las sentencias mejor logradas en general, desde el punto de vista estructural, son los primeros, y sólo en algunos casos como es el de Chihuahua y Zacatecas, se logran resultados más cercanos a los esquemas del juicio acusatorio.

3. CUADRO COMPARATIVO DE SENTENCIAS ANALIZADAS A PARTIR DE SUS ARGUMENTOS (LATINOAMÉRICA):

CUADRO COMPARATIVO DE SENTENCIAS ANALIZADAS A PARTIR DE SUS ARGUMENTOS (AMERICA LATINA)						
	Argentina	Colombia	Costa Rica	Chile	Guatemala	Perú
Razonamiento en la valoración de la prueba						
Tasada						
Libre	X	X	X	X	X	X
Mixta						
Tipos de argumentos evidenciados						
Dialéctico	X			X		X
Deductivo				X	X	X
Inductivo	X	X		x		X
Lógicos formales	X	X	X	X	X	X
Lógicos materiales	X	X		X	X	X
Correlación de indicios	X	X	X	X		X
Análisis del tipo						
En forma deductiva					X	
A partir de los hechos (inductiva)	X	X	X	X		X
Importancia a las máximas de experiencia						
Se usan	X	X	X			X
No se usan				X	X	
Relación imputación-sentencia						
Se sentenció conforme a imputación		X	X		X	
La imputación varió en sentencia						
Los casos fueron variantes	X			X		X
Se utilizan reproches morales						
Sí			X			
No se usan	X	X		X	X	X
Se logra objetividad y fuerza						
Sí	X			X		X
No			X			
Los casos fueron variantes		X			X	

Las sentencias de origen latinoamericano (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Guatemala y Perú) fueron también analizadas bajo los siguientes rubros que tienen que ver con el uso de argumentos y razonamiento utilizados:

- a) Razonamiento en la valoración de la prueba (tasada, libre o mixta).
- b) Tipos de argumentos evidenciados.
- c) Análisis del tipo.
- d) Importancia de las máximas de experiencia.
- e) Relación imputación-sentencia.
- f) Si se utilizan reproches morales.
- g) Si se logra objetividad y fuerza argumentativa.

En todos los casos latinoamericanos analizados se hizo una libre valoración de la prueba. Los asuntos de Chile y del Perú fueron los más completos en el uso de diversos tipos de argumentos (dialéctico, deductivo, inductivo, lógicos formales, lógicos materiales y de correlación de indicios). Y en el caso de Argentina no se hizo de la deducción, sino que predominó la inducción. En todos los casos se usaron argumentos de tipo lógico formal, es decir, en que se evidencia un control

de validez evidente; y predominó la correlación de indicios (excepción hecha del caso de Guatemala).

En cuanto a la forma de analizar el tipo penal, casi en todos los casos se hizo de forma inductiva, con excepción del caso de Guatemala en que se hizo uso de argumentos deductivos. El uso de máximas de experiencia también predominan, excepto en los casos de Chile y Guatemala.

La relación entre el contenido de la imputación y la sentencia fue variable, pues en tres casos se sentenció conforme a la imputación (Colombia, Costa Rica y Guatemala) y en los otros tres, los asuntos fueron variantes (Argentina, Chile y Perú).

Llama la atención que en las sentencias provenientes de Costa Rica se utilizan reproches morales no para la configuración de la responsabilidad, sino como un elemento complementario para que el sentenciado tenga en cuenta la reprochabilidad social de su conducta, una vez que se ha integrado objetivamente la actualización de los hechos y la responsabilidad penal.

Con todas estas variables se concluye que no en todos los casos se logra objetividad y fuerza argumentativa. Sin embargo, los casos de Argentina, Chile y Perú son los más consistentes y fuertes desde el punto de vista argumentativo. Costa Rica no logra tal contundencia y en Colombia y Guatemala los casos variantes.

4. CUADRO COMPARATIVO DE SENTENCIAS ANALIZADAS A PARTIR DE SUS ARGUMENTOS (MÉXICO):

CUADRO COMPARATIVO DE SENTENCIAS ANALIZADAS A PARTIR DE SUS ARGUMENTOS (MÉXICO)								
	Baja California	Chihuahua	Durango	Estado de México	Morelos	Nuevo León	Oaxaca	Zacatecas
Razonamiento en la valoración de la prueba								
Tasada								
Libre	X	X	X	X	X		X	X
Mixta						X		
Tipos de argumentos evidenciados								
Dialéctico		X	X					X
Deductivo	X		X	X	X	X	X	
Inductivo	X	X					X	X
Lógicos formales	X	X	X	X	X	X	X	X
Lógicos materiales		X	X	X	X	X	X	X
Correlación de indicios	X	X	X	X	X	X	X	X
Análisis del tipo								
En forma deductiva	X		X	X	X	X	X	
A partir de los hechos (inductiva)	X	X						X
Importancia a las máximas de experiencia								
Se usan	X	X	X	X	X	X	X	X
No se usan								
Relación imputación-sentencia								
Se sentenció conforme a imputación	X			X			X	X
La imputación varió en sentencia								
Los casos fueron variantes		X	X		X	X		
Se utilizan reproches morales								
Sí		X	X				X	
No se usan	X			X	X	X		X
Se logra objetividad y fuerza								
Sí	X	X	X			X	X	X
No				X	X			
Los casos fueron variantes								

Las sentencias de origen mexicano (Baja California, Chihuahua, Durango, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca y Zacatecas) fueron también analizadas bajo los siguientes rubros que tienen que ver con el uso de argumentos y razonamiento utilizados:

- a) Razonamiento en la valoración de la prueba (tasada, libre o mixta).
- b) Tipos de argumentos evidenciados.
- c) Análisis del tipo.
- d) Importancia de las máximas de experiencia.
- e) Relación imputación-sentencia.
- f) Si se utilizan reproches morales.
- g) Si se logra objetividad y fuerza argumentativa.

En casi todos los casos, con excepción de Nuevo León, se hizo una libre valoración de la prueba. De hecho, Nuevo León hace una valoración mixta en razón de que sus normas prevén un juicio acusatorio combinado con el inquisitivo.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

En general, prevalecen los análisis de tipo deductivo, lógico formales, lógico materiales y de correlación de indicios. Sólo Baja California, Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas utilizan argumentos inductivos.

Sin embargo, en el análisis del tipo penal, predomina el argumento deductivo, aunque Baja California, Chihuahua y Zacatecas sí utilizan el argumento inductivo en esta parte medular de la sentencia.

En todos los casos se usan las máximas de experiencia para razonar y la relación imputación-sentencia fue altamente variable. También se hizo uso de reproches morales al momento de sentenciar, como sucedió en Chihuahua, Durango y Oaxaca.

En Baja California, el Estado de México, Oaxaca y Zacatecas, se sentenció conforme a la imputación, pero en los demás casos hubo variabilidad.

Se concluye que no en todos los casos se logró objetividad y fuerza argumentativa, como es en el Estado de México y Morelos, en que predomina el razonamiento deductivo tradicional del sistema inquisitivo.

5. CUADRO COMPARATIVO DE ARGUMENTOS EN ASUNTOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES:

COMPARATIVO DE ARGUMENTOS EN ASUNTOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES								
	Argentina	Colombia	Costa Rica	Chile	Baja California	Chihuahua	Morelos	Oaxaca
Argumentos sobre declaración de la víctima								
Percepción directa del Tribunal	X	X	X	X	X	X	X	X
Con base en pericial psicológica	X		X	X	X	X	X	X
Con base en pericial médica	X	X	X	X	X	X	X	X
Con base en otros testimonios	X	X	X	X	X	X	X	
Análisis psiquiátrico al inculpado			X				X	
Mayor peso a declaración del menor	X	X	X	X	X	X	X	X
Uso de test de veracidad								
Sí			X		X			X
Si, con base científica y un precedente de sentencia extranjera				X				
No	X	X				X	X	
Importancia de las formalidades en su recepción								
Con asistencia de psicólogo	X	X		X	X			
En privado	X	X		X	X			
No fueron relevantes en valoración			X			X	X	X
¿Se acreditan abusos reiterados sin certeza de fechas o circunstancias?								
Sí, en virtud del daño	X							
Si, en virtud de acreditación objetiva								
No		X		X				X
No se hicieron valer			X		X	X	X	
Identificación del autor								
Basta con imputación de la víctima			X					X
Necesarias otras pruebas	X	X		X	X	X	X	

En este cuadro se combinan casos de países latinoamericanos y mexicanos en que la constante fue el análisis de asuntos de abuso sexual en contra de menores. Merece un tratamiento aparte porque estos tipos penales son de especial tratamiento argumentativo en razón de que acreditar su actualización requiere de un análisis muy especial de la prueba.

Las conductas suelen ser ejecutadas en privado y sin testigos, por lo que se cuenta básicamente con el dicho de la víctima menor de edad y, en ocasiones, con algunos testimonios no directos y pruebas científicas. La relación que haga el juez de estas evidencias le exigen una capacidad de inducción y correlación racional objetiva.

En estos asuntos se analizaron:

- a) El tipo de argumentos para valorar la declaración de la víctima.
- b) Si se usó o no un test de veracidad.
- c) Si se dio importancia a las formalidades en la recepción del testimonio de la víctima.
- d) Si se tuvieron por acreditados abusos reiterados sin que existiera certeza en las fechas y circunstancias.
- e) Y cómo es que se identificó al autor.

En todos los casos (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Baja California, Chihuahua, Morelos y Oaxaca) el tribunal tuvo percepción directa de la declaración de la víctima para valorarla. La pericial psicológica fue determinante en casi todos los casos, con excepción de Colombia. La pericial médica fue determinante en todos los casos, así como todos los demás testimonios (excepto en Oaxaca, en donde bastó el dicho de la menor). Sólo en dos casos el análisis psiquiátrico del imputado fue tenido en cuenta (Costa Rica y Morelos).

Y en todos los casos, la declaración del menor tuvo el mayor peso valorativo, aunque la forma de llegar a tal conclusión fue variable. Sólo Chile usó un test de veracidad con bases científicas y un precedente de una sentencia de origen español (Tribunal Constitucional). Costa Rica, Baja California y Oaxaca sí realizaron un test basado en la lógica y en las máximas de experiencia, pero en el resto de los países faltó explicitar las razones de mayor peso de esta probanza.

Los elementos formales en la recepción de la declaración de la víctima son importantes en casi todos los casos, pero para efectos de su valoración no se evidenció tal importancia en los casos de Costa Rica, Chihuahua, Morelos y Oaxaca.

Un punto aparte es la conclusión a la que se llegó respecto de los abusos reiterados de los cuales no se tuvo certeza circunstancial, si es que se hicieron valer. Sólo en un caso se tuvieron por acreditados, aún sin la objetividad de tiempo y circunstancia, pero bajo el argumento de que el daño sí se había hecho evidente (Caso de Argentina).

Finalmente, en cuanto a los elementos valorativos que tuvo en cuenta el juzgador para tener por identificado al victimario, sólo en dos casos bastó con la imputación de la víctima (Costa Rica y Oaxaca) y en los demás, sí se hizo necesaria la concurrencia de otras pruebas. No obstante, esto no se debe entender como que los jueces de Costa Rica y Oaxaca no tuvieron en cuenta otras pruebas, sino que al no tener a la mano otras probanzas para acreditar la responsabilidad, les fue suficiente la imputación de la víctima, relacionada con las máximas de experiencia y la aplicación de la lógica.

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

6. CUADROS DE ESTRUCTURA BÁSICA DE LA SENTENCIA:

Seccionados en los casos latinoamericanos y mexicanos, se muestra en cuadros comparativos la estructura básica de las sentencias, con la aspiración de lograr claridad comparativa en el diseño y complejidad de los documentos.

Estructura básica de la sentencia (casos Latinoamericanos)					
Argentina	Costa Rica	Colombia	Chile	Guatemala	Perú
<p>¿Esta probado el hecho y la autoría del procesado?</p> <p>¿Qué calificación legal corresponde aplicar? Y en su caso ¿Cuál es la responsabilidad penal del imputado?</p> <p>¿Qué pena debe imponerse? Y</p> <p>¿Corresponde la imposición de costas?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Identificación de la causa y encausado Resultados (relación de hechos sucinta y constancias) Considerandos • Hechos probados • Inventario y valoración de prueba • Fondo • Pena Resolutivos 	<p>Asunto por decidir</p> <p>Los hechos</p> <p>El acusado</p> <p>Audiencia de juicio oral</p> <p>Alegatos finales</p> <ul style="list-style-type: none"> • La representante de la fiscalía • La representante de la víctima • El agente del Ministerio Público • El defensor <p>Consideraciones del Juzgado</p> <p>Manifestación de las partes con respecto al artículo 447 del CPP (sustitutivo de pena)</p> <p>Dosificación de la pena</p> <p>De los subrogados penales</p> <p>Resolutivos</p>	<p>Acusación</p> <p>Hecho acreditado</p> <p>Elementos fácticos no controvertidos</p> <p>Prueba de cargo y valoración</p> <ul style="list-style-type: none"> • Concordancia con la prueba pericial • Baremo de credibilidad judicial • Baremo de credibilidad psicológica <p>Calificación jurídica de los hechos acreditados</p> <p>Participación del acusado</p> <p>De la eximente invocada por la defensa</p> <p>De las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal invocadas por las partes</p> <p>De las demás alegaciones de la defensa</p> <p>Pena aplicable</p> <p>*Cada sentencia analizada tuvo una estructura acorde al caso concreto, aquí se cita la más compleja</p>	<p>Vista (generales del proceso)</p> <p>Considerandos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Hechos atribuidos • Estimación de los hechos como probados • Imposición de la pena • Calificación de los hechos • Otorgamiento del beneficio de suspensión condicional de la pena <p>Disposiciones legales aplicables</p> <p>Parte resolutive</p>	<p>Vistos y oídos:</p> <p>Competencia objetiva, generales del acusado y desarrollo procesal</p> <p>Considerandos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Hechos imputados por el Ministerio Público • De la pretensión penal y civil • Pretensión de la defensa • Examen del acusado, informe de una agravada y autodefensa • Descripción típica • Sobre el arrendamiento del local donde ocurrió la explosión • El acusado y la actividad comercial que realizaba • Consumación del delito • Fijación de la pena • Circunstancias agravantes • Circunstancias atenuantes • Antijudicialidad y culpabilidad • Efectividad de la pena • Reparación civil <p>Fallo</p>

Estructura básica de la sentencia (Casos en México)			
Baja California	Chihuahua	Durango	Estado de México
<p>Datos de identificación del asunto.</p> <p>Resultandos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Intervinientes • Apertura de la audiencia de debate de juicio oral • Hechos y circunstancias materia de la acusación • Alegatos de apertura • Alegatos de clausura • Clausura de la audiencia de debate • Emisión del fallo • Audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño <p>Considerandos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Competencia • Existencia del delito (relación de pruebas) • Responsabilidad penal (relación de pruebas) • Penalidad • Lugar de ejecución y cómputo de la pena • Beneficios • Suspensión de los derechos políticos • Amonestación • Remisión a la Dirección de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales • Alegatos de clausura de defensa <p>Resolutivos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Competencia • Acusación • Fijación de los hechos • Calificación de los hechos • Calificación de la autoría • Medios de prueba que se rechazan • Análisis de los alegatos de las partes • Individualización de sanción y reparación del daño • Puntos resolutivos 	<p>Resultandos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constancia de la celebración de la audiencia de debate • Generales del acusado • Constancia de emisión del fallo condenatorio por parte del Tribunal, una vez cerrada la audiencia de debate • Constancia de celebración de audiencia de individualización de sanciones <p>Considerandos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Competencia • Acusación • Síntesis del alegato de apertura y de clausura del Ministerio Público • Síntesis del alegato de apertura y de clausura de la defensa • Relación de las pruebas desahogadas • Hechos probados y calificativa • Responsabilidad penal • Audiencia de individualización de sanciones • Reparación del daño • Decomiso del instrumento del delito • Gastos procesales <p>Resolutivos</p>	<p>Resultandos</p> <p>Considerandos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Competencia • Acusación Ministerial • Hecho delictuoso • Datos de prueba con los que se acredita: • Sujeto activo • Sujeto pasivo • Objeto material • Resultado y afectación del bien jurídico • Nexos de atribuidad • Elementos normativos • Modificativa agravante del hecho delictuoso • Responsabilidad penal • Dolo • Forma de intervención • Antijudicialidad • Culpabilidad • Punición • Sustitutivo de prisión <p>Resolutivos</p>

CAPÍTULO 3
PANORAMA COMPARATIVO DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS JUDICIALES QUE YA SE ENCUENTRAN EN
PRÁCTICA BAJO EL SISTEMA ACUSATORIO

Estructura básica de la sentencia (Casos en México)			
Morelos	Nuevo León	Oaxaca	Zacatecas
<ul style="list-style-type: none"> • Competencia • Fechas de celebración de la audiencia del juicio oral y datos del inculcado y de las víctimas. • Transcripción de la acusación • Transcripción de los alegatos de apertura y clausura del Ministerio Público. • Transcripción de los alegatos de apertura y cierre de la defensa. • Constancia de si el acusado rinde declaración. • Enunciación de los testimonios desahogados en la audiencia. • Cita de las normas que prevén al tipo penal y acreditación • Análisis de la comisión del delito en cada elemento típico • Condena • Individualización de la pena. • Reparación del daño moral • Suspensión de derechos ciudadanos. • Orden de notificación. 	<p>Vistos.</p> <p>Resultandos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Contenido del auto de apertura y relación de pruebas desahogadas en la audiencia <p>Considerandos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Definición de sentencia y sus formalidades • Competencia • Solicitud del Agente del Ministerio Público, análisis de tipicidad y acreditación • Procedencia de aplicación de la pena • Individualización de la pena • Reparación del daño • Suspensión de derechos civiles • Constancia de la recursabilidad de la sentencia • Beneficio de condena condicional <p>Resolutivos</p>	<p>Datos de identificación</p> <p>Antecedentes: Acusación</p> <p>Fundamentos probatorios y fácticos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Competencia ○ Descripción probatoria ○ Testimonios del Ministerio Público ○ Incorporación de una documental ○ Pruebas de la Defensa ○ Valoración de pruebas ○ Hechos acreditados ○ Fundamentación jurídica ○ Responsabilidad ○ Determinación de la pena <ul style="list-style-type: none"> ○ Graduación de culpabilidad ○ Determinación de la pena ○ Penas pecuniarias ○ Reparación del daño <p>Sentencia (resolutivos)</p>	<p>Datos de identificación del asunto y procesado</p> <p>Resultandos</p> <p>Antecedentes de libramiento de orden de aprehensión</p> <p>Audiencia de vinculación a proceso</p> <p>Audiencia intermedia, auto de apertura a Juicio Oral</p> <p>Audiencia de debate</p> <p>Considerandos</p> <ul style="list-style-type: none"> • "La competencia" • "La enunciación de los hechos y de las circunstancias o elementos que hayan sido objeto de la acusación o de su ampliación, y de la resolución de apertura" • "Teoría del caso de la defensa" • "Breve y sucinta descripción del contenido de la prueba oral, antes de proceder a su valoración" • "El voto de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho" • "La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado" • "La determinación precisa y circunstanciada respecto de la responsabilidad penal" • "La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicables" • "Sobre la reparación del daño a las víctimas" • "Sobre la concesión de beneficios" • "Sobre la suspensión de derechos políticos" <p>Resolutivos</p>

Relacionados estos cuadros con los que les preceden se puede concluir lo siguiente:

- Entre más compleja es la estructura de la sentencia, existe menos claridad y contundencia argumentativa.
- Las sentencias en que prevalece el argumento de tipo deductivo es la que requiere de mayor complejidad en su estructura, dada la reiteración que configura a tal tipo de argumento.
- Las sentencias más complejas son aquellas en que se suelen realizar transcripciones, en lugar de reseñas o citas necesarias.
- Las sentencias más sencillas son las más objetivas y claras.
- Las sentencias que desde un principio fijan la ruta a seguir ganan en claridad hacia sus destinatarios.
- Las sentencias que contienen guías temáticas (como es el caso de Zacatecas) ganan en claridad.
- La mayor incidencia de sentencias complejas y poco claras se dio en los casos mexicanos, excepción hecha de Chihuahua y Zacatecas.

CAPÍTULO 4

PLANTEAMIENTO DE UN ESQUEMA DE ARGUMENTACION JUDICIAL EN EL JUICIO ACUSATORIO

4.1. PRESENTACIÓN.

El juicio acusatorio representa nuevos esquemas de pensamiento y de trabajo para quienes intervienen en él. Las estructuras de razonamiento se conforman a partir de las hipótesis de lo sucedido en los hechos (teorías del caso) que cada una de las partes sustenta en juicio. La responsabilidad del juzgador es contrastar tales hipótesis, bajo la lupa de los elementos probatorios aportados y desahogados en juicio y obtener sus propias conclusiones, incluso más allá de lo que se le hubiese planteado, pues su directriz de pensamiento se elabora bajo las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, si bien bajo las estructuras de la ley, pero con la libertad que otorga una visión amplificada de los hechos, en donde el convencimiento sobre la responsabilidad penal debe ser pleno en el momento de la sentencia.

Estamos en presencia de una migración en las formas del pensamiento judicial, a partir de la transformación del sistema procesal penal. Esto ha quedado evidenciado en el segundo capítulo y ejemplificado en el tercero. Ahora, en este cuarto capítulo, se pretende evidenciar que los métodos procesales del sistema acusatorio representan una actividad más racional del juzgador en la valoración de la prueba sobre los hechos, que es el trabajo valorativo preponderante en el proceso penal y que se evidencia en el sistema acusatorio porque existe un sistema libre de valoración que lejos de representar una relajación en la decisión judicial, la obliga a sustentar sus conclusiones en elementos lógicos fuertes, susceptibles de superar toda prueba de contraste.

En este capítulo se demuestra la existencia de un mayor reto intelectual para el juzgador bajo el esquema del sistema acusatorio, quien en el sistema

inquisitivo podía descansar la responsabilidad de su decisión en el texto de la ley o de la jurisprudencia, lo que no puede suceder más en un sistema en el que la ley y el precedente son un elemento más para la decisión, pues ésta debe ser sustentada con factores de razón basados en la lógica y las máximas de experiencia (entendidas como conocimientos científicos y generalizaciones de sentido común)⁴⁴¹.

En este capítulo se pretende demostrar, como parte toral en la integridad de la tesis, que los elementos de razonamiento que aportan las teorías de la argumentación jurídica amplifican las herramientas del juzgador para razonar sus decisiones, quien más allá de las conclusiones de las partes en el juicio, debe justificar y argumentar su decisión. Eso significa valorar las pruebas aportadas sobre los hechos, lo que le implica realizar análisis individualizados de las mismas, previa identificación de que se trata de información fiel y completa. Esta valoración específica debe luego ser contextualizada con la integralidad de las pruebas, sin dejar de tener en cuenta la naturaleza de cada una de ellas y sus alcances probatorios. Así, se plantea la necesidad de que el juez atienda la totalidad de las pruebas, no sólo por cumplir con el principio de exhaustividad en el razonamiento judicial, sino porque cada una posee un peso probatorio específico que se implica en los demás elementos. Este espectro permite que el juzgador contextualice en la realidad la decisión por tomar.

Las técnicas de valoración judicial no se circunscriben a metodologías predeterminadas en la ley, sino que se dinamizan en el contexto de los hechos sucedidos, las circunstancias específicas del caso y de quienes han intervenido, así como en sus implicaciones sociales, pero bajo las reglas lógicas que le den un sustento auténtico a la decisión judicial.

Por ejemplo, el juez, al valorar la prueba científica no puede fiarse solamente de lo que el perito concluya, sino que debe preguntarse si verdaderamente se puede atribuir fiabilidad a las opiniones de los expertos o éstas son cuestionables en el contexto probatorio del caso. Igualmente sucede con los testimonios, conclusiones extraídas a partir de documentos u otros elementos objetivos de prueba. El juez no debe permitirse confiar absolutamente en las conclusiones que las partes presuman de estos elementos, sino que debe reflejar cuál es el grado de confiabilidad de cada prueba, su contexto y su aportación en la configuración de los hechos objeto de juicio, por muy evidente que se presuma por las partes o por muy prestigiado que sea el científico que opina.⁴⁴²

⁴⁴¹ Cfr. **IGARTUA SALAVERRÍA, Juan**. *El razonamiento en las decisiones judiciales*. Palestra, Temis, Perú, 2009, p. 127.

⁴⁴² Resulta de interés la tesis aislada T.A.; 10ª Época; TCC; SJF y su Gaceta, Libro XIX, abril de 2013, T. 3, p. 2263, Registro 2003363. **“PRUEBA CIENTÍFICA. SU JUSTIFICACIÓN Y VALIDEZ EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS**. Para la adecuada solución de un conflicto jurídico es posible acudir a elementos de convicción, tales como los dictámenes periciales o prueba científica, al tener la finalidad de auxiliar al juzgador, en temas y conocimientos científicos o tecnológicos que deba utilizar a través de exposiciones no jurídicas, pero necesarias para resolver la cuestión efectivamente puesta a su conocimiento, al tratarse de información proporcionada por

En este contexto, y con lo reflexionado en los capítulos precedentes, en los que nos hemos ocupado de los elementos de razón judicial que aportan las teorías de la argumentación jurídica, el cambio estructural en el proceso penal a partir del tradicional esquema inquisitivo hacia el esquema acusatorio y con el análisis comparativo de algunos ejemplos de sentencia que ya practican los tribunales mexicanos y latinoamericanos bajo el reciente sistema, es posible plantear en este capítulo un esquema de argumentación judicial adecuado. Esquema de razonamiento que se basa esencialmente en el razonamiento de hechos y no sólo en ejercicios de ponderación o de argumentación abstracta de principios.

En el planteamiento de este esquema, el presente capítulo se ocupará de desglosar los esquemas del juzgador en cada etapa procesal del juicio acusatorio (investigación –formalizada y desformalizada-, intermedia, juicio oral y sentencia). A partir de ello, se realizará un planteamiento del esquema de argumentación judicial que tiene en cuenta los elementos de identificación y acotación del problema, la distinción entre el contexto de descubrimiento y de justificación, el procedimiento justificatorio de las razones, el enfoque pragmático del problema, las hipótesis y líneas de argumentación, la fundamentación de la hipótesis elegida y la reconstrucción del argumento central. Asimismo, se tendrán en cuenta los principales elementos de transformación argumentativa en el sistema acusatorio y que consisten en la oralidad, la revaloración del proceso, el equilibrio procesal y la inmediatez, la prevalencia del principio de presunción de inocencia, la modificación de los criterios de valoración de la prueba y la importancia de los principios de

especialistas en la materia que se trate, que constituye una opinión técnica a la cual el juzgador le otorgará, según su prudente estimación, el valor que estime conveniente, atendiendo para ello a las máximas de experiencia y hechos notorios o públicos que constituyen reglas o verdades de sentido común y la sana crítica. Cabe precisar que un objetivo común tanto de la ciencia como del proceso judicial es la investigación de la verdad, porque una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión. En efecto, este instrumento probatorio es adecuado para que el juzgador se allegue de información necesaria –concretamente de conocimientos que la ciencia aporta- para determinar la veracidad de un enunciado o hechos y su trascendencia con el conflicto. En este sentido, la prueba científica consiste en nociones y métodos de análisis que rebasan el patrimonio cultural del que –en circunstancias normales- dispone el Juez a partir o conforme a una cultura media o del sentido común, lo que por supuesto implica que no puede conocer todas las nociones y metodologías científicas necesarias para la conformación de la prueba o la valoración de los hechos. Otra importante razón que justifica la prueba científica y sobre todo interpretarla y valerse adecuadamente de ella, obedece a que los juzgadores deben tener una visión completa de los hechos o fenómenos que son determinantes de la litis, aún cuando las partes, estratégicamente, se esfuerzan por presentar visiones incompletas, descontextualizadas, alteradas o deformadas de la realidad, con tal que les sean pertinentes o útiles para obtener decisiones a modo. En consonancia con lo anterior, es válido para los juzgadores apoyar sus determinaciones en la prueba científica, toda vez que contiene la opinión de expertos en una rama de la ciencia o tecnología, que aporta evidencia científica relevante para el caso, a través de la cual puede conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, cuyo contenido no fue refutado y fue obtenida mediante la aplicación de los métodos científicos que tienen la presunción de fidedignos y pertinentes.”

interpretación conforme y *pro personae* en razón de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos.

4.2. LOS ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS DEL JUZGADOR EN LAS DIVERSAS ETAPAS PROCESALES HASTA LA SENTENCIA DE JUICIO ORAL.

La decisión judicial en las diversas etapas del proceso penal acusatorio debe ser acorde con los principios y reglas que rigen a este sistema. Del juez se espera un papel absolutamente ecuánime, objetivo, imparcial, pero a la vez involucrado en el contexto del problema y sensible a la realidad social que representa. También se espera que sea un juez que resuelva de manera inmediata, sin dilaciones, como lo exige la unidad y concentración de cada etapa del proceso.

El procesado, la víctima u ofendido, la sociedad y los intervinientes en el proceso son espectadores de sus decisiones, las cuales además de inmediatas, tienen que ser razonadas, fuertes, sustentadas, pero también claras y asequibles a quienes afectarán de manera mediata e inmediata, así como al foro social que las observará, criticará, aclamará o lapidará.

En tanto el proceso de tipo acusatorio se da en un contexto de corte democrático, el escrutinio social de las decisiones judiciales es constante y éstas no podrán presentarse de manera legítima si no cubren todas estas características de claridad y sustento racional.

Los jueces tienen entonces un gran poder en sus manos y deben ejercerlo con responsabilidad, lo que sólo puede suceder si son capaces de decidir de manera objetiva, razonada y sustentada, en la forma más pronta y clara posible.

Este esquema ideal de decisión tiene que seguir estructuras propias de cada etapa del proceso, aunque es en la decisión final, la de la sentencia, en que los objetivos de esta investigación se concentran, por ser el momento cúspide del proceso judicial y de exigencia argumentativa del juzgador.

Una vez que en el capítulo anterior se ha hecho un recorrido crítico sobre el estatus de las estructuras de sentencia que se dictan actualmente en algunos países de América y en Estados de la República Mexicana en que ya opera este sistema, analicemos el papel del juzgador en cada etapa del proceso acusatorio y los esquemas argumentativos que tendría que seguir en su desempeño.

4.2.1. Etapa de investigación.

Como hemos visto en el capítulo segundo, dedicado al análisis del modelo del proceso penal de tipo acusatorio, la etapa de investigación se encuentra

dirigida –en su primera fase no formal- por el Ministerio Público, con auxilio de la policía y de los servicios periciales, principalmente. El modelo busca una mayor racionalidad de la investigación en que exista una colaboración directa entre fiscales, policías, peritos y demás auxiliares en el trabajo indagatorio. Si bien la conducción es del Ministerio Público, la policía tiene un amplio margen de actuación que debe estar sujeta al respeto a los derechos fundamentales, por lo que de ella se exige una mayor profesionalización.

La investigación comienza con la *notitia criminis* a partir de la cual el órgano investigador se crea una *hipótesis del caso*. Esta hipótesis, en principio parcial, tiende a ser objetivada con los actos policiales de investigación.

Desde el punto de vista argumentativo, la hipótesis del caso es un simple supuesto fáctico que se encuentra plenamente sujeto a verificación, la que debe ser objetiva y racional. A partir de esta verificación, el Ministerio Público se encontrará en aptitud de proponer una “*teoría del caso*”, que será su versión de los hechos desde el momento de la acusación y en todas las etapas procesales subsecuentes. Esta hipótesis tendrá que reunir tal fuerza racional que le permita mantener su consistencia en todo momento (no puede ocurrir –como sucede en el sistema inquisitivo- que las partes cambien su versión de los hechos ante cualquier vicisitud procesal). Esta consistencia es garantía de que la acusación es suficiente para iniciar un proceso,⁴⁴³ desde el momento que se formula, y de que la investigación fue exhaustiva y objetiva para darle tal sustento.

Sin embargo, la etapa de investigación no es exclusiva del actuar del Ministerio Público, la policía y demás auxiliares, específicamente si en ella se requiere de la realización de actos que afecten garantías procesales o derechos constitucionales, caso en el cual la intervención del Juez de Control o de Garantías es fundamental. La actuación del Juez de Control es la propia de un tercero imparcial que controlará los actos de investigación.

En este punto hay que tener en cuenta que la etapa de investigación puede ser dividida en **dos subetapas**, una *preliminar o desformalizada* en que sólo tienen intervención el Ministerio Público, la policía y los auxiliares, sin

⁴⁴³ El tema de cuándo se inicia el proceso no es claro para el sistema acusatorio. En el proceso de adopción que se hace actualmente en México, este punto procesal es muy importante para efectos de la procedencia del juicio de amparo. Existen dos posturas sobre el momento de su inicio, ya sea en el de la imputación o el de la acusación. La primera es más laxa e incluso se encuentra admitida expresamente por algunos ordenamientos procesales; mientras que la segunda es más estricta. La diferencia está en que cuando el Ministerio Público realiza la imputación, lo hace para iniciar la etapa formalizada en la investigación, que es una etapa previa al juicio oral en que aun no cuenta con todos los elementos para acusar, sino tan sólo para continuar la investigación con intervención de quien se encuentre involucrado; mientras que en el momento de la acusación, el Ministerio Público ya cuenta con elementos de mayor convicción para iniciar un proceso penal e incluso se ha superado la etapa de aplicar criterios de oportunidad que eviten iniciar etapas ulteriores. Cfr. **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. y SANCHEZ GIL, Rubén.** *El Juicio de Amparo y el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Estudio monográfico*, ob. cit., pp. 159 y ss.

conocimiento de la víctima o del ofendido, y en que las actuaciones son plasmadas en una carpeta de investigación y tienen carácter de reservadas hasta en tanto el imputado comparezca por cualquier forma y se pretenda su declaración o entrevista. En esta etapa, el Juez de Control no tiene sino una intervención esporádica o intermitente.

La segunda etapa se erige al *formalizarse* o *“jurisdiccionalizarse”* la investigación, lo que ocurre una vez que ésta ha sido suficiente para formular imputación y dar intervención al imputado, caso en el cual el Juez de Control se pronuncia sobre la pertinencia de vincular al proceso, la legalidad y constitucionalidad de la detención *–en su caso–*, dicta medidas cautelares y establece un plazo para el cierre de la investigación. Veamos el papel argumentativo del juzgador, con un poco más de detalle, en ambas subetapas:

4.2.1.1. Etapa de investigación desformalizada.

En la primera etapa desformalizada el Juez de Control debe intervenir para el caso de que se pretenda incorporar una prueba anticipada o realizar actos que afecten los derechos fundamentales de las personas. En tanto se trata de medidas extremas o excepcionales, el requerimiento del fiscal debe estar absolutamente motivado y acotado en sus alcances, como también la decisión del Juez de Garantías.⁴⁴⁴

De hecho, en el caso mexicano, cuando el artículo 16 constitucional exige a los Jueces de Control que resuelvan en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, con garantía de los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos, se hace referencia a la función del Juez de Control esencialmente en esta etapa.

En la fase desformalizada el policía tiene un amplio margen de actuación. Puede realizar actos encaminados a la investigación aclaratoria para determinar si un hecho existe, si puede ser constitutivo de delito, y quiénes son las personas involucradas. Si el policía considera que se requiere recabar datos de prueba, la intervención del Ministerio Público se hace necesaria.

Al actuar bajo la dirección del Ministerio Público, la policía trabaja ya bajo la línea de una hipótesis del caso, lo que implica proceder conforme a las normas relevantes para ello. Con los datos de prueba recabados por la policía, el Ministerio Público podrá formular la imputación y lograr el dictado judicial de la vinculación del imputado al proceso, a partir de la cual aquellos *datos de prueba*

⁴⁴⁴ Cfr. **NEYRA FLORES, José Antonio**. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*, ob. cit., p. 274.

podrán tornarse en *medios de prueba*,⁴⁴⁵ en virtud de la intervención del imputado, quien podrá contradecirlos mediante una defensa técnica.

En esta subfase, que parte desde la investigación policial hasta la intervención del Juez en la vinculación al proceso, no toda investigación policial ingresa a la investigación procesal. La discriminación de los casos en el juicio acusatorio es facultad del Fiscal, mediante la aplicación de criterios de oportunidad,⁴⁴⁶ lo que se traduce en una de las más importantes posibilidades de dinamizar la solución de conflictos penales sin necesidad de pasar a ulteriores etapas procedimentales, mucho menos a la de juicio.

En la etapa desformalizada de la investigación el juez tiene una intervención intermitente y esencialmente garantista de que el trabajo policial y ministerial, al afectar derechos fundamentales, se haga de manera necesaria y controlada para los fines de la investigación. El trabajo del juzgador en esta etapa es velar porque cualquier restricción a los derechos fundamentales sea admisible, necesaria y proporcional; revisión para la cual, en un modelo ideal de sistema acusatorio, el juez debe partir de un alto grado de confianza en la prudencia y atinencia del trabajo policial y pericial, que exige de un significativo nivel de profesionalización, tanto en los aspectos de técnica de investigación, como de respeto a los derechos fundamentales, lo que a su vez se puede traducir en un alto nivel de confianza por parte de la sociedad en las acciones policiales y de investigación.

El pronunciamiento del Juez de Control sobre el trabajo policial exige también un alto dinamismo. Se trata de que el Juez se pronuncie sobre la conveniencia de que la policía ejecute medidas de investigación emergentes o sobre la aplicación de medidas cautelares o precautorias cuya adopción es considerada necesaria bajo el criterio policial. Es decir, en esta etapa, el Juez juzga sobre el juicio policial,⁴⁴⁷ lo que quiere decir que existe un primer criterio en la investigación que corre a cargo del policía y se trata de un criterio prudencial basado en la experiencia, reflejado en la decisión de realizar algún acto investigatorio. Sobre estos postulados policiales, el juzgador decide con la celeridad que exige el trabajo de investigación, tanto sobre la pertinencia como

⁴⁴⁵ Recordemos que bajo el esquema del juicio acusatorio, se ha distinguido entre *datos de prueba*, *medios de prueba* y *elementos de prueba*. Los *datos de prueba* son los recabados unilateralmente en virtud de los actos investigatorios, los *medios de prueba* son los que se configuran por medio de la contradicción. Un medio de prueba es entonces, por ejemplo, el testimonio. De este medio de prueba podrá el juez desprender "*elementos de prueba*" para formar su convicción, los que se traducirían en aquella parte del testimonio que lo convence y que valora para tener por probado el hecho en su resolución. Cfr. **HIDALGO MURILLO, José Daniel**. *La etapa de Investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*, ob. cit., p. 33.

⁴⁴⁶ Recordemos que los criterios de oportunidad son márgenes de política criminal que permiten al Ministerio Público no proseguir con la intención punitiva. *Ibidem*, p. 68 y ss.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 8.

respecto de los alcances, pero no lo hace bajo un postulado contradictorio, pues el investigado no tiene oportunidad de audiencia en la fase de decisión de la práctica de la medida de investigación –como puede ser un cateo o la intervención de comunicaciones privadas- sino bajo el margen constitucional de protección apriorística de todo derecho fundamental, de manera que su argumento es esencialmente de tipo garantista. Esto no significa que en el momento de ejecutar la medida de molestia, el investigado no pueda tener oportunidad de contradicción, pues el ideal es que sea asistido técnicamente por un defensor.

En esta etapa, el Juez de Control también interviene para la práctica de pruebas anticipadas, en que si bien de manera unilateral decide su pertinencia, debe dar oportunidad a los involucrados de ejercer la contradicción en la ejecución de ese específico acto (como puede ser el desahogo de un testimonio).

Bajo estas circunstancias, el criterio del Juez de Control exige que amplíe su formación jurídica hacia campos diversos de los estrictamente jurídicos, de manera que se encuentre en aptitud de decidir sobre las acciones policiales, de investigación y sobre la evidencia que le aportan los auxiliares peritos. Aunque el juez de control sólo cuenta con los elementos que le aportan desde la investigación, no tiene que adecuarse *a priori* a lo que le dice el policía, el perito o el Ministerio Público, sino que siempre tiene que valorar y controlar críticamente el conocimiento policial y pericial, porque si no, deja de cumplir con su papel institucional. Para evaluar las evidencias policiales y periciales, tiene que conocer sus métodos y eso le exige ampliar su cultura y el panorama de sus conocimientos científicos.⁴⁴⁸ Esto no significa la exigencia de un imposible, que el juez tenga que conocer todos los campos científicos exhaustivamente, pero sí que cuente con las bases de razonamiento lógico para valorar los métodos por utilizar y los resultados por obtener.

En algunos países como Italia o los Estados Unidos, existe una rotación del personal judicial y fiscal, de manera que un juez pudo haber ejercido con anterioridad funciones de la fiscalía, incluso policiales, y viceversa; sin embargo, esos esquemas no se encuentran en nuestro país, en que la carrera judicial es exclusivamente sobre las funciones judiciales, como ocurre con las ministeriales y las policiales. Habría que preguntarse si la posibilidad de ampliar experiencias podría tanto hacer empatía con los razonamientos de tales esquemas, como poder proporcionar al juez los elementos críticos para pronunciarse sobre la viabilidad de las actuaciones policiales y ministeriales. En cuanto a los criterios científicos de los peritos, es necesaria la ampliación de la cultura del juzgador para que reconozca la existencia y métodos de las diversas disciplinas científicas en constante y dinámica evolución.

⁴⁴⁸ **TARUFFO, Michele.** *La valoración de la prueba científica.* Conferencia dictada el 14 de marzo de 2012 en el Instituto de la Judicatura Federal, PJF. También **TARUFFO, Michele y RAMÍREZ CARVAJAL, Diana.** *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad.* Ara editores, Perú, 2009, pp. 18 y ss.

En suma, de la etapa de investigación tenemos que tener claro que la acusación formulada por el Ministerio Público sólo es posible porque –en general- de manera previa existe una investigación no judicial, ni oral, ni acusatoria, ni adversarial, sino realizada básicamente bajo la autoridad, potestad y capacidad de investigación inquisitiva de la policía y del Ministerio Público, que podrán ser controladas con medidas propias del debido proceso en el menor tiempo posible. De hecho, los promotores del sistema acusatorio hacen hincapié en que “la parte más importante del proceso no es el juicio, por ser el resultado de una investigación, sino la investigación por ser causa del juicio”,⁴⁴⁹ pues aquella se inicia desde una hipótesis fáctica que requiere obtener datos de prueba de forma inquisitiva hasta en tanto el imputado no haya sido individualizado como producto de la investigación, y no haya sido citado o aprehendido para facilitar su intervención en la propia indagación, momento en el cual la investigación le podrá ser “acusada”.

4.2.1.2. Etapa de investigación formalizada.

Es a partir del momento de la imputación en que la etapa de investigación se formaliza y el Juez de Garantías ya actúa en total control en un esquema de tercero imparcial, ante los postulados de dos partes contendientes que debaten sobre la legalidad y la constitucionalidad de la detención –en su caso-, de la imputación, de las medidas cautelares y, en fin, de los alcances de la vinculación al proceso. Es aquí en donde los esquemas contradictorios y de inmediatez del sistema acusatorio cobran vida, sin perder de vista que “se llega al juicio desde la duda y no a la duda partiendo del juicio”⁴⁵⁰.

En este segundo momento de la investigación el juzgador comienza a ejercer funciones de síntesis argumentativa entre los dos postulados extremos de las partes contendientes; no obstante, continua con funciones de control ante la afectación de un derecho fundamental y de tutela, incluso después de haberse celebrado la audiencia preliminar, como puede ser cuando a petición de las partes, se necesite revisar los plazos de investigación. En este momento se empiezan a dibujar los alcances de argumentación de cada una de las partes, que en el sistema acusatorio se exigen consistentes desde el momento de formulación de la acusación y de contradicción a ésta.

El Ministerio Público, con los datos que considera suficientes para ello, formula formal imputación en una Audiencia Preliminar en que pueden sucederse una serie de decisiones judiciales de gran implicación procesal y de evidente molestia a la esfera jurídica del procesado. En primer lugar, si es el caso que se ha efectuado una detención, el juez debe pronunciarse sobre su legalidad y eso lo hace a partir de los elementos fácticos y de legalidad que le presentan tanto el

⁴⁴⁹ HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*, ob. cit., p. 60.

⁴⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, ob. cit., p. 213.

Ministerio Público como la defensa. Formulada la imputación por el Ministerio Público, el juez debe decidir si amerita la vinculación a proceso con los datos que expone el Ministerio Público, a pesar de los elementos de prueba y argumentos esgrimidos en ese momento por la defensa. Al pronunciarse sobre el particular, el juez tiene la obligación de valorar si de la investigación se han establecido datos que revelen que se cometió un hecho ilícito y que el imputado probablemente lo cometió o participó en su comisión y que además no se ha demostrado una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de responsabilidad. Para esto, en esta audiencia, las partes interesadas pueden presentar medios de prueba y el juez tiene que ponderarlos. Todo esto en una misma audiencia y de manera inmediata.

Si bien el juez se acota exclusivamente a los hechos que han sido materia de la formulación de imputación, así como a los elementos de prueba que le son ofrecidos y desahogados, puede, si decide vincular al proceso, otorgar una calificación jurídica a los hechos distinta a la propuesta por el Ministerio Público. Esta libertad jurisdiccional no se considera inquisitiva sino consecuencia de la racionalidad judicial inherente a la valoración de los elementos de prueba que se le han acercado para ponderar la naturaleza de la imputación.⁴⁵¹ En la vinculación

⁴⁵¹ El 25 de abril de 2012, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 478/2011, resolvió en interpretación del artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales, que éste faculta a la autoridad judicial a dictar el auto de formal prisión por el delito comprobado, siempre que tome en cuenta sólo los hechos materia de consignación. Este criterio es respecto de un dispositivo que corresponde al sistema inquisitivo aun vigente, pero resulta también aplicable a los principios del modelo acusatorio. Este criterio ya se había sustentado por la Primera Sala en otra resolución, esta sí respecto del modelo acusatorio:

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE DISTRITO, AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD, NO PUEDE CONSIDERAR DATOS NO OFRECIDOS NI DESAHOGADOS EN LA AUDIENCIA CORRESPONDIENTE.

Conforme al primer párrafo del artículo 78 de la Ley de Amparo, en las sentencias dictadas en los juicios de garantías, el acto reclamado se apreciará tal como aparezca probado ante la autoridad responsable, y no se admitirán ni tomarán en consideración las pruebas que no se hubiesen rendido ante dicha autoridad para comprobar los hechos que motivaron o fueron objeto de la resolución reclamada. Así, de llegarse a considerar en el análisis constitucional de un auto de vinculación a proceso los datos de investigación aportados por el Ministerio Público o los del imputado o su defensor que no se hayan ofrecido y desahogado en la audiencia de vinculación a proceso y, por tanto, tampoco sometidos al escrutinio de las partes procesales, se vulneraría la fracción V, del apartado A, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, en el sentido de que las partes tienen igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente y, con ello, el principio de contradicción que rige el proceso penal acusatorio, que permite el equilibrio entre las partes y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda.

Contradicción de tesis 412/2010. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito. 6 de julio de 2011. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

a proceso lo que hace el Juez es fijar la materia de investigación y no se pronuncia aún sobre los niveles de presunción de responsabilidad que tradicionalmente ha exigido el estándar del auto de formal prisión, en el sistema inquisitivo, además de que todavía estamos en la etapa de investigación.

Establecida la naturaleza de la imputación, corresponde al juez fijar un plazo de cierre de investigación en que tiene en cuenta la complejidad que ésta implica, para lo cual las normas establecen parámetros mínimos y máximos, relacionados con el grado de punibilidad del delito que se investiga.

El objeto de esta fase, entonces, es diverso: Se trata de hacer del conocimiento de la persona investigada la imputación de los hechos cuya probable responsabilidad se le atribuyen en la investigación aun no acabada y darle la oportunidad de defenderse respecto de tal imputación, así como de la eventual detención de que hubiese sido objeto. Con estos elementos, y al fijar la materia de investigación, el Juez hace un control de los actos policiales y de indagación ministerial, mismos que quedan dimensionados jurídica, material y temporalmente. Igualmente, en esta fase, el Juez de Control se pronuncia sobre las medidas cautelares que solicite el Ministerio Público en aras de asegurar la consecución del proceso y que, en todo caso, constituirán un acto de molestia para el investigado.

El juez realiza aquí un ejercicio más de valoración y de ponderación respecto de la situación concreta del imputado, la naturaleza jurídica de los hechos cuya responsabilidad se le atribuyen, la necesidad de la imposición de medidas cautelares en aras de prevenir los riesgos que puede implicar el imputado para la sociedad, para la víctima o para impedir la evasión de la justicia, siempre con la prevalencia del principio de presunción de inocencia, frente a los principios de necesidad, proporcionalidad y adecuación.

En suma, el trabajo decisorio del Juez de Control en esta etapa preliminar del proceso, objetivada en la investigación formalizada, es complejo porque en él convergen ejercicios de síntesis a partir de la oposición dialéctica de –por lo menos- dos argumentos antagónicos sustentados por las partes y acreditados por elementos indicativos de presunciones de responsabilidad, que jurídicamente aún no pueden ser considerados como pruebas, pero que de hecho sí tienen un papel probatorio para la formación de la convicción de la necesidad de continuar una investigación en contra de una persona o personas individualizadas.

Aunque estamos en la etapa de investigación, el triángulo propio del esquema procesal, integrado por las partes y un juez imparcial, se ha configurado, y al juzgador corresponde ponderar las dimensiones de los actos indagatorios, sus alcances, su temporalidad, así como las dimensiones de los actos de molestia que impliquen las medidas cautelares, mediante la ponderación de principios protectores de derechos fundamentales y del debido proceso.

Las opciones del juzgador en la audiencia de vinculación también comprenden la posibilidad de que concluya en la ausencia de pruebas “*ad initio*”, con la consecuente ausencia de expectativa probatoria para el juicio, permitir mecanismos alternativos de solución de controversias, el archivo del sumario, la abstención de persecución de la acción e, incluso, el sobreseimiento. Si bajo su criterio no existe posibilidad de comprobar el hecho que configure el delito y la probable responsabilidad, su resolución judicial es prácticamente definitiva desde esta etapa, razón adicional para que las reglas del debido proceso operen de manera inequívoca y para que la resolución judicial observe todos los requisitos formales y materiales que corresponden a una resolución que ponga fin a una litis.

El caso ha tomado forma procesal, ya existe una contienda argumentativa y dialéctica entre el órgano acusador y el imputado, ante un juez, sobre diferentes puntos de decisión propios de esta etapa. Ésta es una de las grandes distinciones entre el sistema acusatorio y el inquisitivo, pues en el primero, si bien es necesaria una etapa preliminar de investigación unilateral policiaca, una vez reunidos los datos necesarios de imputación, se requiere de la intervención, intermediación y defensa de la persona investigada, con intervención del juez tanto como órgano de garantía como decisorio de una contienda procesal naciente; mientras que en el sistema inquisitivo, la etapa de investigación se desarrolla de manera básicamente unilateral y sin oportunidad de una real contradicción y defensa.

4.2.2. Etapa intermedia.

Esta etapa se sustancia esencialmente ante el Juez de Control o de Garantías y es preparatoria del juicio oral. La investigación ha concluido y al juez corresponde dirigir y dictar las resoluciones relativas a la procedencia del juicio oral (si es que el Ministerio Público pudo recabar los elementos de prueba suficientes para el procesamiento del imputado) o al sobreseimiento (si es que durante la investigación no se reunieron los requisitos necesarios para el procesamiento). Esta decisión no la toma el juez de manera unilateral, sino que lo hace mediante un contradictorio.

La decisión judicial en la etapa intermedia se ocupa de la determinación del fondo de la pretensión penal para proceder a la siguiente etapa de juicio o bien, termina con el caso mediante la tramitación y decisión de procedimientos de terminación anticipada, que, como hemos visto en el capítulo correspondiente, pueden ser acuerdos reparatorios, el procedimiento simplificado, la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado.

La etapa intermedia también se subdivide en dos fases, una escrita y otra oral. La escrita corre a cargo del Ministerio Público al formular la acusación que constituye la manifestación formal de perseguir la responsabilidad penal del imputado, una vez que de la investigación se desprende la existencia del hecho punible y la identificación de los partícipes. No obstante, no se excluye la

posibilidad de que el Ministerio Público decida no acusar y solicitar el sobreseimiento o incluso, pedir que se suspenda la etapa para continuar con la investigación, si es que lo considera necesario.

La etapa oral propiamente es la audiencia intermedia o de preparación a juicio oral en que el juzgador establece la litis del asunto: fija el objeto del proceso, los sujetos intervinientes y la prueba a examinar. Sin embargo, también decide cuestiones previas al juicio, como son la cosa juzgada, la extinción de la acción penal, la litispendencia o la incompetencia, para lo cual es admisible la presentación de medios de prueba que se consideren relevantes para estos temas en específico.

Si la cosa juzgada o la extinción de la acción penal se considerasen acreditados, procedería decretar el sobreseimiento, resolución para la cual los elementos de la investigación resultan determinantes, por lo que su condición en esta etapa pasa a ser de efectos efectivamente probatorios. Igualmente, son admisibles los medios de prueba encaminados a demostrar la ilicitud de aquéllos que se intentan llevar al juicio oral. Incluso, en esta etapa es también propicio el desahogo de las pruebas anticipadas.

Hasta aquí, el trabajo del juez ha sido de depuración de los elementos que pretenden llevarse al extremo de un juicio oral, una vez que se han sucedido una serie de oportunidades de terminación y/o solución del caso, en que el pronunciamiento judicial va más allá del control para configurarse en una decisión de contienda. Hasta esta etapa es posible que se sucedan formas anticipadas de terminación del proceso o que el asunto se resuelva mediante medidas alternativas de solución, ya sea con la intervención del juzgador o derivadas hacia órganos administrativos especializados en ese tipo de soluciones. Recordemos que la esencia del sistema es la alternatividad y la solución ciudadana, pacífica y componedora de los conflictos penales.⁴⁵² Lo que menos se pretende en el esquema acusatorio es llegar a la etapa siguiente del proceso penal acusatorio que es la del juicio oral.

Esto exige del juzgador de control o de garantías una formación compleja e integral tanto para ejercer funciones de control constitucional como de control de legalidad y de decisión en la continuación de un procedimiento que se finca en contra de una persona, con los consecuentes actos de molestia e inminentes actos de persecución penal.

⁴⁵² Las *salidas alternas al juicio*, también llamadas *alternativas*, son institutos procesales modernos con claras funciones de economía procesal, que permiten flexibilizar y descongestionar la justicia penal, evitan el desarrollo progresivo y completo del proceso penal ordinario a través de formas simplificadas o abreviadas tendientes a obtener en menor tiempo la extinción de la acción penal en cualquiera de sus formas. *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Manual General para Operadores Jurídicos, 2ª ed., USAID (Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos), Colombia, 2009, p. 39.

El Juez de Control, hasta ahora, tiene un papel de decisión muy dinámico, sus resoluciones desde la etapa de investigación y en la intermedia se basan en los elementos aportados por el Ministerio Público y por la defensa, que le son expuestos de manera oral y, si son escritos, con su lectura. Recordemos que el Juez de Control no tiene acceso a la carpeta de investigación, sino que decide sobre lo que se le expone en audiencia, en la cual tiene que pronunciarse de manera inmediata.⁴⁵³

Entonces, no tiene posibilidad de meditar sus resoluciones por mucho tiempo ni de estructurar sus razonamientos por escrito con calma. Sus estructuras argumentativas tienen que ser armadas de inmediato, expuestas con claridad, fundadas en la normativa aplicable y razonadas no sólo conforme a tales previsiones legales, sino predominantemente sobre los hechos expuestos y acreditados bajo un estándar de prueba medio (recordemos que no estamos todavía en la etapa del juicio en que la prueba sí se debe constituir de manera integral).

El juez se encuentra en estas etapas previas al juicio ante varios problemas a resolver, como es precisamente si los elementos de prueba expuestos reúnen un estándar suficiente para proceder a la siguiente etapa de juicio o para considerar que se debe resolver el sobreseimiento. ¿Cómo medir el peso de la suficiencia o de la duda en los elementos de prueba? Esto lo hace el Juez de Garantías una vez despejados los problemas previos y si se reúnen las condiciones para ello, en el dictado del Auto de Apertura a Juicio Oral, en que fija

⁴⁵³ Este criterio ya ha sido adoptado por los Tribunales Federales mexicanos, como puede observarse en la tesis:

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUZGADOR, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, DEBE ABSTENERSE DE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN Y, EN SU LUGAR, VALORAR LA RACIONABILIDAD DE LOS ARGUMENTOS DE LOS CONTENDIENTES (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA). De los artículos 16, tercer párrafo, 19, primer párrafo y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados el dieciocho de junio de dos mil ocho, es dable considerar que el Constituyente, entre otras cuestiones, determinó, en principio, la no formalización de las pruebas en cualquiera de las fases del procedimiento penal bajo el sistema acusatorio, salvo excepciones; *el impedimento a los Jueces del proceso oral para revisar las actuaciones practicadas en la indagatoria fue con el fin de evitar que prejuzguen, manteniendo con ello la objetividad e imparcialidad de sus decisiones, así como el principio de igualdad y contradicción, dada la horizontalidad de la posición de las teorías del caso de los contendientes*, por una parte del agente del Ministerio Público, víctima u ofendido y, por otra, del imputado y la defensa, en relación con un hecho que la ley señale como delito (hecho ilícito, núcleo del tipo) y cuando exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. En conclusión, *en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio adversarial, el juzgador, al resolver sobre la vinculación o no del imputado a proceso, debe abstenerse de estudiar los datos de la carpeta de investigación y, en su lugar, debe valorar la racionabilidad de los argumentos expuestos por la representación social y, en su caso, la contra-argumentación o refutación del imputado o de su defensa.*

Tesis XVII.1º.P.A.62P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, octubre de 2010, p. 2900, Reg IUS. 163,686.

el objeto del posterior debate, es decir, el *objeto de la litis*, determina los medios de prueba –excluidos los ilícitos o los que sean inconducentes–, fija los acuerdos probatorios a que lleguen las partes y, en fin, depura los elementos de un posterior juicio.

El criterio sobre los hechos que el juzgador en el juicio oral empleará con posterioridad para decidir, se comienza a generar desde esta fijación de litis que hace el juez de control, litis que en la audiencia oral, a través de la prueba, se modulará. Debemos recordar que en el modelo acusatorio la verdad que se busca no es más aquella “verdad histórica” o “verdad formal” que se desprende de los hechos determinados en el procedimiento y que deviene de una *concepción cerrada de la prueba*, que tasa su valor y fragmenta su significado, en tanto parte de la premisa de que en el proceso penal únicamente se podrá lograr un acercamiento probable de lo que ocurrió, pero nunca una certeza de lo sucedido.

El sistema acusatorio se propone un concepto de prueba abierto, que permita la admisibilidad de pruebas típicas y atípicas, en tanto cualquier cosa que sirva para establecer un hecho es una prueba, siempre que pertenezca a la esfera de la lógica y la racionalidad. La prueba, en el sistema acusatorio, se amplifica para tomar, más allá de una dimensión jurídica, una perspectiva epistemológica.⁴⁵⁴

Estas condiciones de la prueba las debe tener en cuenta el Juez de Control al determinar aquellas que serán desahogadas en un juicio posterior. Jordi Ferrer identifica siete características relevantes que informan a la **prueba jurídica, desde una perspectiva abierta:**⁴⁵⁵

1. El objetivo institucional del proceso judicial –y en consecuencia, de la actividad probatoria– es la determinación de la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados, lo que a su vez es condición para que el Derecho tenga éxito como mecanismo incidente en la conducta de sus destinatarios.
2. Normalmente determina la ocurrencia de hechos pasados, con la relevancia de que se trata de hechos individuales irrepetibles.
3. La prueba está normada por reglas jurídicas, sobre la actividad probatoria (inicio y fin de la fase de prueba, admisión, sujetos, etc.); los medios de prueba y el resultado probatorio. Normas que desde la perspectiva abierta de la prueba tienden a permitir al juzgador mayor libertad de decisión.
4. Las decisiones sobre la prueba están sometidas a limitaciones temporales. La adopción de la decisión judicial sobre la prueba debe ser lo más expedita posible para que sea eficaz, para que se resuelva el conflicto

⁴⁵⁴ Este concepto holístico de prueba se toma de **TARUFFO, Michele**. *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2002, p. 319.

⁴⁵⁵ Cfr. **FERRER BELTRÁN, Jordi**. *La valoración racional de la prueba*. Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 29 y ss.

social o personal subyacente y no se propicie una situación de inseguridad jurídica.

5. Las partes intervienen en el proceso de prueba de manera determinante: delimitan el objeto de la prueba, la proponen y la practican. Incluso, en el modelo ideal del sistema acusatorio, el legislador no debe pretender regular *ex ante* la admisión y práctica de las pruebas.
6. La justificación en la valoración de la prueba es únicamente sobre los elementos presentados y admitidos en el proceso.
7. La decisión judicial sobre la prueba está dotada de autoridad.

El juez de control tiene entonces libertad para admitir una amplia gama de pruebas, siempre que cumplan con estos requisitos de razonabilidad, lo que constituye un paso propio del proceso epistemológico de la integración de los hechos a probar, determinantes en la decisión final. En la selección y depuración de pruebas que las partes pretenden desahogar en el juicio, el Juez de Control habrá de tener en cuenta entonces, que en el proceso se busca identificar la verdad, pero también proteger los derechos fundamentales, que el asunto se resuelva con celeridad, proteger los secretos de Estado, las relaciones defensa-defensor, etc. Por ello, el juez tiene que aplicar filtros de admisibilidad de la prueba y entablar un juicio de relevancia.

La aplicación de estos filtros implica un sacrificio epistemológico en detrimento del objetivo de la identificación de la verdad, que se justifica por la protección o maximización de otros fines, como es el caso de no admitir la práctica de pruebas ilícitas, que conculquen derechos de la intimidad, de comunicación privada, etc; o de no admitir testimonios de oídas que epistemológicamente no aportarían objetividad, lo que no ocurre con la admisión de varios testimonios sobre un mismo hecho, pues pueden otorgar consistencia y credibilidad en su conjunto a una hipótesis determinada.

Estos filtros de exclusión se rigen por *reglas extrínsecas e intrínsecas al razonamiento probatorio*.⁴⁵⁶ Las primeras son reglas fundadas en objetivos o valores asumidos por el derecho que carecen de fundamentación epistemológica y tampoco la pretenden (como la protección de derechos fundamentales, las pruebas imposibles de practicar o las ilegales). Las segundas, las reglas intrínsecas al razonamiento probatorio, sí tienen fundamentación epistemológica, como puede ser la exclusión de pruebas no relevantes, (es decir, que no se encuentren encaminadas a sostener o refutar las hipótesis que integran al *quid* del asunto, ya sea en sus aspectos principales o secundarios), o la exclusión del testigo de referencia o de oídas.

En suma, el Juez empieza a controlar desde este momento el grado de corroboración de las hipótesis a determinar en el momento de la valoración de la prueba, al depurar el material de juicio al siguiente juzgador, a quien

⁴⁵⁶ Cfr. **FERRER BELTRÁN, Jordi**. *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 85.

corresponderá ejercer otro tipo de control, que es el de contradicción en el desahogo de la prueba.

4.2.3. Juicio Oral.

Entre las principales características del sistema acusatorio –directamente relacionadas con el papel del juzgador- son las siguientes:⁴⁵⁷

- El proceso *nunca* puede ser iniciado *por el juez*.
- El impulso procesal sólo es dado por las partes, *nunca por el juez*.
- El juicio es público, salvo casos excepcionales.
- Existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre acusador y acusado y al juez corresponde vigilar que así suceda.
- El *juez es un tercero imparcial e independiente* de cada uno de los contradictores.
- *Al juez no le preocupa ni interesa la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real*, sino que procura el mantenimiento de la paz social. Esta afirmación no debe tomarse de manera absoluta, pues si bien es aplicable para las primeras fases del sistema acusatorio, en la fase de juicio oral el Juez sí debe buscar la verdad mayormente apegada a la realidad, en tanto de otra manera sus resoluciones no podrían considerarse justas.⁴⁵⁸ *“Si bien el proceso se orienta a la resolución de las controversias, los principios de legalidad y de justicia demandan que las controversias sean resueltas con decisiones justas y una condición para la justicia de la decisión la constituye la verificación de la verdad de los hechos”*⁴⁵⁹
- *Nadie intenta lograr la confesión del imputado*, pues su declaración es un medio de defensa y no de prueba.

Estas circunstancias, si bien son inherentes al proceso acusatorio en su totalidad, es en la etapa de juicio oral en que se hacen más patentes, pues es en donde se desahoga la prueba, se realiza el debate y se dicta el fallo. En esta etapa, las partes -en sus alegaciones- y el juzgador -en su resolución-, utilizan en el armado de sus argumentos todo lo percibido en audiencia y es en este punto en donde la palabra jurídica se desarrolla como un fenómeno dinámico para traducirse en la palabra judicial; lo que sólo es posible mediante un proceso en que hay contienda oratoria.

⁴⁵⁷ Cfr. **ALVARADO VELLOSO, Adolfo**. “Los sistemas procesales”, ob. cit., p. 82.

⁴⁵⁸ Cfr. **TARUFFO, Michele**. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010.

⁴⁵⁹ **TARUFFO, Michele y RAMÍREZ CARVAJAL, Diana**. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*, ob. cit., p. 17.

Así, la palabra, en el proceso judicial, se convierte en un símbolo de lucha vivificado y adquiere en él una virtud liberatoria de la contienda entre las partes.⁴⁶⁰ En el proceso, los argumentos se constituyen en un discurso orientado a un idéntico objetivo para cada una de las partes: llevar a la convicción sobre *su verdad* al Juez, quien debe terminar por decidirse por una de ellas, pero no de manera ordinaria o simplemente inferencial, sino mediante la valoración de los hechos probados.

El proceso del juicio oral favorece el máximo aprovechamiento del acervo probatorio, en razón de los principios de concentración, inmediación e identidad física del juzgador. En tanto los sujetos procesales “viven” la producción de la prueba, la perciben concentrada y directamente (sin la deformación de las actas escritas), tanto las partes como el juzgador pueden percibir todos los detalles acontecidos, lo que ayuda particularmente al Juez a realizar una valoración probatoria adecuada.

Con estos elementos de valoración probatoria a cuyo desahogo ha asistido personalmente, más los argumentos de debate procesal oral vertidos por las partes, el juzgador se enfrenta a resolver de manera consecuente. En su estructura, el debate judicial exige que el discurso tenga una lógica perfecta, una coherencia más realista que la propia realidad. El juzgador pondrá su atención en la circunstancia de que lo que se señale sea coherente con los hechos. Los discursos que conforman el conflicto, tanto el de la acusación como el de la defensa, han de presentarse como simétricamente opuestos, y excesivos en sus posiciones el uno frente al otro.⁴⁶¹

La oposición entre argumentos se distribuye conforme a las cargas probatorias, que tienen a su vez una evidente función epistémica, pues quien haya alegado un hecho tiene la carga de demostrar con pruebas que tal hecho ocurrió verdaderamente, si esto se logra, entonces la decisión del juzgador se motivará en tal determinación. En este punto es de tener en cuenta que la distribución de la carga de la prueba es un proceso dinámico que no está predeterminado por el legislador, sino por las pretensiones de cada una de las partes. Esto motiva que no existan presunciones legales que el juzgador deba seguir si se logran probar o no ciertos hechos, sino que caso por caso el juzgador debe valorar si los hechos fueron probados, con qué grado de fiabilidad y con qué repercusiones para la toma de la decisión final.

¿Cuál es el papel específico del juzgador entonces en esta etapa? Si tenemos en cuenta que el proceso ha sido “purificado”, liberado de consideraciones preliminares al juicio y elegidas las pruebas lícitas y conducentes para el objeto del debate, el Juez de Juicio Oral pareciera tener, en principio, un

⁴⁶⁰ Cfr. **TEDESCO, Ignacio F.** *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural.* Colección tesis doctoral número 8, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 287.

⁴⁶¹ *Ibidem.*

papel muy restringido. Pero paradójicamente, la oralidad implica una mayor actuación personal y verbal de los intervinientes en las etapas del proceso judicial.

El juez durante el debate es, en principio, un espectador y en tanto es distinto al Juez de Control que conoció previamente del asunto, se encuentra en un momento ideal de *tabula rasa* al iniciar la etapa de juicio oral. Sin embargo, su papel intelectual es muy complejo, pues además de aplicar el ordenamiento jurídico, tendrá que realizar eventualmente una adecuada confirmación del hecho a través de la epistemología de la prueba.⁴⁶²

Bajo el sistema acusatorio, el juez de juicio oral generalmente queda supeditado a la *ratio decidendi* que las partes han formulado y el juez de control ha definido en la fase intermedia, lo que le concibe más claramente como garante de los derechos y libertades de los ciudadanos (básicamente, el derecho de audiencia, de defensa y de contradicción efectiva de los medios de prueba), en tanto en esta fase su obra no es activa ni creativa.

Básicamente, quienes actúan son las partes, tanto la acusadora como la defensa. Ellos son quienes introducen al juez a la problemática del caso, le exponen sus pretensiones en cuanto a cómo sucedieron los hechos y quién es el responsable de éstos. Las partes son las que desahogan las pruebas ofrecidas desde la etapa intermedia y, finalmente, confrontan sus argumentos.

El juez durante la audiencia del juicio es un árbitro del desarrollo del esquema dialógico y racional que postulan las partes, pero ello no significa que se minimice al juzgador.⁴⁶³ Muy por el contrario, el juez es testigo de la parte

⁴⁶² Cfr. RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso”. En M. Taruffo y D.M. Ramírez Carvajal, *Conocimiento, Prueba, Pretensión y Oralidad*. Ara editores, Lima, 2009, p. 95.

⁴⁶³ En tesis aislada, los Tribunales Colegiados ya definen esta característica importante del juez en el sistema acusatorio:

SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. ACTUACIÓN QUE EL JUEZ DEBE TENER PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD, CONTRADICCIÓN Y EQUILIBRIO PROCESAL PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Aun cuando se reconozca el nivel de debate que en otras latitudes y en el plano teórico ha suscitado el tema de cuál debe ser el papel del Juez en el proceso acusatorio, este tribunal estima que, conforme a un sistema procesal penal racional de corte acusatorio y, particularmente, conforme a los principios de imparcialidad, contradicción y equilibrio procesal y las reglas sistemáticas consagradas en los dispositivos conducentes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Juez no puede estimarse como un simple observador del quehacer de las partes, pero tampoco puede conducirse como elemento protagónico cuya actuación injustificada represente un obstáculo para que las partes puedan ejercer a cabalidad sus derechos en el procedimiento probatorio. Por el contrario, de acuerdo con los lineamientos de tal sistema, aplicados en lo conducente y desde la perspectiva de la Constitución Mexicana, y visualizados sobre todo desde la racionalidad integral de la operatividad y eficacia perseguidas, *la función del Juez implica una gran responsabilidad en cuanto al seguimiento y la dirección de las*

fundamental del proceso y de la expresión máxima del principio de publicidad, que es la etapa de contradicción probatoria. El juez gira su atención del tema de la aplicación de la norma hacia la confirmación del hecho, y la formulación y contradicción de la prueba, lo que se traduce en una auténtica humanización del proceso.⁴⁶⁴

Debe entonces el juez recepcionar la prueba personalmente y en presencia de los otros sujetos procesales. Esta intermediación fortalece los criterios de discusión sobre la prueba y eleva la probabilidad de acercarse a una valoración consensuada, lo que implica para el juzgador mayores responsabilidades en la motivación de la decisión, pero también le permite que tal decisión reciba mayor aceptación tanto de los contendientes como de la sociedad en general, en tanto han sido testigos del desarrollo de tal contienda.

El juez de juicio oral también controla, a través del principio de contradicción, que la práctica de la prueba se realice con la intervención de las partes, quienes tienen la oportunidad de ofrecer pruebas de primer y segundo orden, es decir, sobre los hechos y sobre la prueba.⁴⁶⁵ De hecho, la práctica de la prueba en forma contradictoria, tiene su aplicación más clara en las pruebas personales desahogadas a través de la declaración (que por cierto, son la que predominan en el esquema acusatorio) y que permiten el interrogatorio cruzado de los declarantes, de modo que las partes pueden preguntar sobre la información de apoyo de sus respectivas hipótesis y poner a prueba la fiabilidad de lo declarado y del declarante.

audiencias, por eso pasa a ser el sujeto más importante en la triada procesal que debe buscar, mediante la ponderación racional, el constante equilibrio entre partes como base de la característica fundamental de adversariedad, esto es, una de las esencias metodológicas del sistema acusatorio. Lo anterior significa que el criterio que se estima congruente con los referidos principios constitucionales, es el que admite que dicho juzgador no puede permanecer impasible ante la notoria incongruencia o despropósito del actuar deficiente o tendencioso de las partes, pero tampoco asumir una postura de manipulación o interferencia en el debido ejercicio del derecho de aquéllas en relación con las pruebas y contrariando el principio de imparcialidad.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro I, Octubre de 2011, T. 3, Tesis Aislada, II.2°P.272 P (9ª), p- 1754, Reg. 160744.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 102.

⁴⁶⁵ Consideramos a las *pruebas de primer orden* como las encaminadas a probar o desvirtuar los enunciados fácticos principales o jurídicamente relevantes, en tanto las *pruebas de segundo orden* son las encaminadas a confirmar o desvirtuar la validez o confiabilidad de las pruebas anteriormente referidas. Es decir, las pruebas de segundo orden pueden entenderse como la prueba de la prueba. Esto no excluye otro punto de referencia a partir del cual a las pruebas se les pueda llamar secundarias o indirectas, cuando se encuentran encaminadas a probar enunciados fácticos secundarios, relativos a un evento que forma parte de la porción de la realidad en que está incluido el hecho principal. Estos hechos "secundarios", en sí mismos, no son jurídicamente relevantes, pero sí configuran a los principales o jurídicamente relevantes. Cfr. **TARUFFO, Michele**. *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 458.

El principio de contradicción también aplica para el desahogo de otro tipo de pruebas, como son las documentales o periciales, en tanto admiten también la proposición de pruebas contrarias o pruebas sobre la prueba, lo que se tuvo que haber hecho en la fase previa al juicio y que no excluye la figura de la prueba superveniente.

Es preciso tener en cuenta aquí que en etapas anteriores al juicio, el Juez de Control debía priorizar y estar atento a la posibilidad de solucionar el conflicto de manera anticipada o mediante una vía alterna, de forma que los sujetos intervinientes quedaran satisfechos en sus respectivas pretensiones, lo que hacía a un lado el objetivo de dilucidar “la verdad” de lo ocurrido para la solución del caso. En esta etapa de juicio oral, esas posibilidades se agotaron y ahora es prioridad para el juzgador identificar una “verdad” que sea lo más allegada a lo que realmente ocurrió. Para eso el juez tendrá que motivarse bajo los más altos grados de argumentos racionales y un método que permita someter su decisión a control y determine su validez.

En tanto el proceso es un lugar de conflicto, de competición y de oposición en que contrastan no sólo posiciones diferentes, sino narraciones diversas de los hechos, la finalidad del proceso para el juez es determinar que una de esas versiones es la “verdadera”, pronunciamiento que hará no sólo por la narración global que surgió del proceso, sino sobre la elección de la versión que considere preferible, lo que implica que descarte las otras como falsas o inaceptables.⁴⁶⁶

En este punto, vale la pena retomar la crítica que ha hecho Roberto Lara sobre la exclusión que el modelo acusatorio hace de las pruebas para mejor proveer, que en su consideración provoca o podría provocar en el juzgador “una peligrosa impasividad que le podría orillar a ser indiferente ante la verdad de los hechos, preocupándose más porque se cumplan las reglas y el proceso se conduzca con base en el deseo de las partes”⁴⁶⁷

El modelo estándar de juicio acusatorio requiere de un juez que se dedique a conducir el proceso, pero desde un punto de vista epistemológico, en que el juez comienza a hacer la selección de los hechos que considera probados durante el juicio y que integran el criterio con el cual habrá de resolver al final de la audiencia. De esta forma, el juez hace una valoración *in itinere*⁴⁶⁸, por lo que es evidente que su función no debería limitarse únicamente a ser el “director de la orquesta”

⁴⁶⁶ Cfr. **TARUFFO, Michele**. “Algunas consideraciones sobre la relación entre pruebas y verdad”. (Trad. Maurizio Betti y Rodrigo Coloma, Revisión Jordi Ferrer). En *Doxa* http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_03.pdf?portal=4.

⁴⁶⁷ **LARA CHAGOYÁN, Roberto**. *Argumentación Jurídica, estudios prácticos*. Edit. Porrúa, México, 2011, p. 94.

⁴⁶⁸ Detecta insuficiencias o riqueza del conjunto de elementos de juicio.

procesal, sino que al advertir la clara insuficiencia del material probatorio para resolver, pueda ordenar pruebas para mejor proveer; que no necesariamente se encaminen a acreditar hechos principales, sino a aclarar al juzgador las dimensiones de la materia de prueba, lo que suele suceder cuando requiere de elementos técnicos o científicos más allá de sus conocimientos jurídicos o experiencias y las partes no pudieran prever tal necesidad epistemológica que se le presenta al juzgador.

Si bien el modelo estándar de juicio acusatorio pretende un juez imparcial en absoluto, sin alguna sospecha inquisitiva en su conducta, el fiel de la balanza en el modelo puede llegar al extremo -que tampoco es sano- de concebir a un juez absolutamente limitado a los hechos expuestos por las partes y las pruebas por ellas aportadas. Lara –aunque con referencia en general a la actividad jurisdiccional y no específicamente a la penal- propone no circunscribirse a la interpretación de “*da mihi factum, dabo tibi ius*” como “dame los hechos (dime qué fue lo que sucedió, según tu interpretación), mientras que yo me limitaré a señalar cuál es la consecuencia jurídica correspondiente”; sino que más bien se entienda la actuación del juez en esta fase de desahogo probatorio, como “*da mihi petitio, dabo tibi ius*”, es decir, “dame tu pretensión (dime cuál es la interpretación de los hechos sumada a tu interés), mientras yo me encargo de verificar los hechos y determinar, conforme a Derecho, si tu interés debe o no prevalecer”.⁴⁶⁹

En defensa de que el juez penal, en un formato acusatorio, no tenga permitido dictar medidas para mejor proveer, Héctor Carlos Superti señala que en todo caso, el juez que las despache siempre colaborará con la acusación, con lo que pierde su imparcialidad y quiebra la igualdad de los contendientes. Esto lo explica porque si el juez tiene dudas al final del debate y con las pruebas que incorpore de oficio no se resuelven o le generen certeza de inculpabilidad o de no realización de los hechos delictivos, el juez tendrá que absolver de la misma forma en que hubiese sucedido si no se hubiesen producido las pruebas adicionales. Y si con las pruebas oficiosas, se generase certeza positiva sobre tales elementos de responsabilidad penal, entonces sí afectan al imputado con la generación de su condena.⁴⁷⁰

Sin embargo, este razonamiento prospera si se deja de lado que en el objeto del proceso prive la identificación judicial de la verdad, pues esta “potenciación” de una conducta pro-activa del juzgador se piensa específicamente para casos difíciles que por su naturaleza requieran complementar los elementos de comprensión que requiere el juez para tomar su decisión, lo que puede suceder durante el debate y no necesariamente hasta el final. La posibilidad de que el juez de juicio oral pudiera ordenar diligencias para mejor proveer en casos específicos

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁷⁰ Cfr. SUPERTI, Héctor Carlos. “La garantía constitucional del juez imparcial”. En *El Debido Proceso, Derecho Procesal Contemporáneo*. Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, Directores. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 344.

de dificultad en la dimensión de los hechos, se basa en el interés epistemológico del juzgador sobre el caso, lo que no debe confundirse con que tenga un interés o inclinación por las pretensiones de alguna de las partes. Su “interés” es el del mayor acercamiento a “la verdad” de los hechos, de cuyo concepto para los efectos de este modelo, nos ocuparemos más adelante.

4.2.4. Sentencia.

Lo que configura al acto final del proceso es la decisión judicial que según Binder “*podrá ser un soliloquio o un diálogo, pero nunca se ha entendido que... pueda ser un acto impulsivo. Esto demuestra... cómo siempre el sistema de libre convicción implica una apelación a la racionalidad que se expresa en el proceso de deliberación.*”⁴⁷¹ Pero ¿cuál es el criterio que usa el juez para elegir precisamente bajo el sistema de libre convicción? Es un criterio que se configura desde el litigio procesal y que se refleja en la sentencia.

Afirma Alvarado Velloso que “*el verdadero poder de los jueces no está en la dirección del proceso... El poder real, verdadero... está en la sentencia y, por ello, en la elección de los hechos a juzgar y en la posterior elección de la norma que se aplicará a esos hechos para solucionar el litigio*”⁴⁷² Precisamente, fruto de la dinámica, praxis humana y acción, desarrollados durante el proceso en el juicio oral, la sentencia se erige como su cristalización.

En la sentencia, el juez busca resolver, mediante un proceso de argumentación, un problema concreto, bajo ciertos lineamientos procesales, de manera que la sentencia se constituye en un trabajo de argumentación terminado en que el juez no se encuentra obligado a relatar todos los procesos mentales parciales mediante los cuales llegó a la conclusión, por lo que para su estructura se debe elegir el proceso argumentativo eficiente y descartar los procesos secundarios.⁴⁷³

Sea que se le considere un documento o un acto, la sentencia implica un proceso de argumentación precedido por toda una actividad intelectual más o menos compleja, en que el propio juez posiblemente se planteó varias hipótesis que luego descartó, estableció premisas que no utilizó, comprobó otras, etcétera; de manera que los elementos argumentativos con los que sostiene su decisión quedaron filtrados y depurados.

El trabajo del juzgador en la sentencia, en el contexto del juicio acusatorio, tiene una doble exigencia: por un lado, un *pronunciamiento inmediato* una vez que

⁴⁷¹ BINDER, Alberto M. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 46.

⁴⁷² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Los sistemas procesales”, ob. cit., p. 28.

⁴⁷³ Cfr. LARA CHAGOYÁN, Roberto. *Argumentación Jurídica, estudios prácticos*, ob. cit., p. 153.

la audiencia del juicio ha culminado y, por otro, que reúna los requisitos de congruencia, motivación y exhaustividad, los que deben quedar reflejados, indefectiblemente, en el documento escrito que se produzca.

El pronunciamiento inmediato garantiza varios factores que constituyen objetivos clave en el sistema acusatorio:

- 1) Que el juez no contamine su decisión con puntos de vista ajenos a lo producido en la propia audiencia.
- 2) Que la celeridad del juicio no se interrumpa o se vea entorpecida.
- 3) Que la audiencia no pierda la continuidad, unidad y concentración.
- 4) Que las partes reciban de manera inmediata una solución a sus planteamientos, y que la perciban clara y directamente desde la convicción del juzgador.
- 5) Que las partes reciban una explicación clara y asequible sobre los alcances de la resolución, de manera que la puedan comprender desde el primer momento.
- 6) Que la sociedad tenga elementos inmediatos para el escrutinio de las resoluciones de los órganos de justicia.

Sobre este particular, el doctor Eduardo Ferrer opina que en el proceso del juicio acusatorio, la expresión oral de las resoluciones judiciales no debe sustituir su expresión escrita, ni debe implicar una “relajación” en el deber de fundar y motivar las decisiones, sino que tales requisitos tienen que comunicarse de manera objetiva y suficientemente pormenorizada en una versión escrita.⁴⁷⁴

El modelo estándar del juicio acusatorio exige que el juez se pronuncie al final de la audiencia de juicio oral, principio que también se aplica en otras fases del proceso penal en que también el juez debe pronunciarse, esto es, en la audiencia preliminar y en las resoluciones que corresponden a la etapa intermedia, y que incluso pueden poner fin al proceso. Con independencia del pronunciamiento oral, el modelo sí exige un documento escrito que plasme los razonamientos que condujeron a la conclusión tomada de manera inmediata, para cuya formulación, las legislaciones otorgan un plazo razonable y más o menos corto. No obstante, el documento resultante, no altera la decisión tomada, sólo la motiva y fundamenta.

Entonces, habrá que distinguir los esquemas de pronunciamiento del juzgador, quien durante el desarrollo de la audiencia se ha formado un criterio para estar en posibilidad de pronunciarse sobre los puntos torales del proceso judicial, que son la existencia de hechos constitutivos de delito y la responsabilidad de los mismos. Lo que se exige del Juez en esta fase inmediata es que sin contaminar su decisión so pretexto del estudio del asunto, se pronuncie de manera inmediata. Ha tenido oportunidad de formar su criterio durante la audiencia que a

⁴⁷⁴ Cfr. **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. y SANCHEZ GIL, Rubén.** *El Juicio de Amparo y el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Estudio monográfico*, ob. cit., pp. 82 y 83.

su vez es única y continuada, para que no permeen informaciones distorsionadas en la convicción judicial.

Otra cosa es la etapa de elaboración de la resolución escrita en que el Juez debe fundar y motivar su resolución, sin exceder su pronunciamiento oral. Ahí es donde tiene la oportunidad de expresar el valor otorgado a las pruebas desahogadas en audiencia de juicio oral o de manera anticipada, también analiza los argumentos de las partes y establece las razones y criterios jurídicos que considera relevantes. Es en este espacio en donde reflejará el proceso epistemológico que finalmente lo llevó a tomar una decisión y evidenciará de manera escrita la adopción de sus razones, mediante el uso de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia, la valoración de las aportaciones científicas, a la luz de una sana crítica.

Cuando el juez resuelve oralmente lo hace sobre la configuración de los hechos delictivos y la responsabilidad penal, y si su decisión es condenatoria, no requiere individualizar la sanción de manera inmediata. El modelo permite que para ello se celebre una audiencia posterior en que las partes puedan contender sobre este punto específico, alegar y ofrecer pruebas. Esta audiencia es renunciable por las partes.

De cualquier forma, ya sea que su decisión sea absolutoria o condenatoria, no se encuentra el Juez obligado a motivar con exhaustividad su decisión final de manera oral, sino que cuenta con un tiempo corto y prudente para formular su escrito. Este documento es materia de explicación y ello debe ocurrir en una audiencia con citación de las partes, en la cual el juez no debe concretarse a dar lectura a su resolución, sino a explicarla oralmente. Ese es el sentido de la audiencia.

Tanto en su exposición oral como en el diseño del documento escrito, el Juez no se encuentra obligado a tener en cuenta todos los elementos sucedidos en el juicio, sino que tiene que ser selectivo de los argumentos relevantes y eso es precisamente lo que sugiere Roberto Lara en una estructura ideal desde un enfoque argumentativo del Derecho, regido por los siguientes principios que interactúan entre sí:⁴⁷⁵

- a) Precisión de los hechos.
- b) Delimitación.
- c) Economía de las sentencias.
- d) Coherencia interna.
- e) Claridad.

El *principio de precisión* de los hechos consiste en presentar de manera sucinta su narrativa y precisar la base fáctica del problema. Este tema no es

⁴⁷⁵ Cfr. **LARA CHAGOYÁN, Roberto**. *Argumentación Jurídica, estudios prácticos*, ob. cit., p. 154 y ss.

sencillo porque los hechos en el juicio le han sido expuestos al juez desde diversas perspectivas y pretensiones, por lo que no parte de una versión unánime de los mismos, aunque en el auto de apertura de juicio oral, el Juez de Control haya precisado la materia de la litis. El juez tiene que concluir en la versión de los hechos que le convence y que considera ha sido acreditada suficientemente en el juicio.

Nuestro autor sugiere que la *narración de los hechos*:

- a) Sea *indirecta*, que los hechos pasen por la mente del narrador, éste los abstraiga, los comprenda y los comunique, de manera que obvie transcripciones y citas textuales.
- b) Se refiera a *acciones realizadas y se enfoque en los hechos principales*.
- c) *Delimite las circunstancias* de tiempo, modo y lugar, pues a mayor claridad, mayor será su efecto comunicativo.
- d) Tenga un *orden directo o histórico*.
- e) Sea *sucinta y concisa*

El *principio de delimitación* se refiere a la fijación cuidadosa de la cuestión, lo que deriva directamente de la decisión sobre la versión de los hechos prevalente, carga que es exclusiva del juez y que le permite entender el problema y saberlo plantear.

El *principio de economía de las sentencias* tiene que ver con que éstas contengan todo lo necesario y sólo lo necesario para la construcción de los argumentos.

El *principio de coherencia* interna sugiere que la sentencia siga una línea argumentativa conductora sencilla y ordenada, desde el planteamiento del problema, el desarrollo argumentativo y la solución final del conflicto. Cada apartado de la sentencia tendría que ser excluyente, de manera que no se repita la información de uno a otro.

Finalmente, el principio de claridad busca que las sentencias dejen de formar parte de “un universo hermético al que sólo un círculo selecto de juristas tiene acceso”,⁴⁷⁶ pues ello aleja la posibilidad de que quienes se encuentran directamente involucrados en el fallo comprendan sus alcances y se merme el valor de la democracia y de la inclusión.

Ahora bien, es importante también reflexionar sobre la configuración discursiva de la sentencia, tanto en su fase oral como escrita, las cuales se encuentran muy vinculadas. En la exposición oral de la resolución, el juez realiza un discurso oratorio en que parte de un proemio o exordio (introducción al caso), la narración (de los hechos relevantes), la argumentación (las consideraciones

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 159.

jurídicas) y el epílogo (conclusión o resolución). Este discurso debe ser breve, sucinto, sin disgresiones, claro, verosímil y concreto, pues se trata de que el juez dibuje el sentido total de la sentencia, sin necesidad de explicar detalles que puedan robustecer su decisión en su expresión escrita.

Ahora bien, la estructura escrita de la sentencia, entre más sencilla, es mejor. Para el caso de la sentencia de primera instancia que dicta el juez de juicio oral, podríamos –en principio- señalar las siguientes secciones a partir de las exigencias mínimas que suelen disponer las normativas:⁴⁷⁷

1. Una parte introductoria, con los datos de identificación procesal indispensables, que indique lugar, fecha, tribunal o juez, identidad del sentenciado, de la víctima u ofendido y el delito o delitos por los cuales se fincó el juicio.
2. Versión de los hechos y circunstancias objeto de la acusación.*
3. Versión de los hechos y circunstancias hechos valer por la defensa.*
4. Daños y perjuicios reclamados, y la pretensión reparatoria.*
5. Acuerdos reparatorios.*
6. Narración de los hechos probados.
7. Razonamiento valorativo de la prueba.
8. Razones de condena o sustitutivos.
9. Puntos resolutive de condena o absolución.
10. Sanciones penales.

Ahora bien, las secciones señaladas con asterisco (*) no son indispensables de hecho en la estructura de la sentencia definitiva de juicio oral, pues la versión de los hechos de la acusación, de la defensa, las pretensiones de la acusación y los acuerdos reparatorios ya fueron precisados por el Juez de Control en el diseño del Auto de Apertura de Juicio Oral, por lo que es argumentativamente innecesario repetir esta información que ya se encuentra clara en la fijación de la litis. Todos estos puntos podrían aglutinarse en una sola sección de la sentencia definitiva, para ser referidos de manera somera, como parte de la sección de Antecedentes.

Con este reacomodo, la estructura escrita de la sentencia podría dividirse en las siguientes secciones:

⁴⁷⁷ Las distintas normativas señalan requisitos mínimos, por ejemplo, el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales dispone en su artículo 469 que la sentencia definitiva debe contener lugar y fecha, nombre del juez, nombre y apellido del sentenciado y datos de identificación y si se encuentra o no en libertad, nombre de la víctima u ofendido, narración de los hechos de la acusación, acuerdos probatorios, daños y perjuicios reclamados, pretensión reparatoria, defensas del acusado, hechos probados, valoración de la prueba, razones y fundamentos de calificación jurídica y del fallo, resolución de condena o absolución, sanciones penales y reparación del daño –en su caso-, razones para conceder o negar la condena condicional o sustitutivos de sanciones y la firma del juez.

1. PROEMIO: Datos de identificación procesal indispensables como son lugar, fecha, tribunal o juez, identidad del sentenciado, de la víctima u ofendido, y el delito o delitos por los cuales se fincó el juicio.
2. ANTECEDENTES: (relacionados de manera indirecta –abstraídos y comprendidos-, sucinta y breve):
 - a) Versión de los hechos y circunstancias objeto de la acusación.
 - b) Versión de los hechos y circunstancias hechos valer por la defensa.
 - c) Daños y perjuicios reclamados y la pretensión reparatoria.
 - d) Acuerdos reparatorios.
3. ARGUMENTACIÓN:
 - a) Narración de los hechos probados.
 - b) Razonamiento valorativo de la prueba.
 - c) Calificación jurídica del hecho y de la responsabilidad penal, en su caso.
 - d) Razones de condena o sustitutivos.
4. PUNTOS RESOLUTIVOS:
 - a) Condena o absolución.
 - b) Sanciones penales.

En la parte de “Argumentación”, el modelo de sentencia que analizamos de la República Argentina y que fue objeto de comentario en el capítulo correspondiente, hace una aportación importante en la estructura de pensamiento a seguir por el juez de juicio oral. Ese modelo de sentencia se propone contestar tres cuestiones principales.

- ¿Está probado el hecho y la autoría del procesado?
- ¿Qué calificación legal corresponde aplicar? En su caso, ¿cuál es la responsabilidad penal del imputado?
- ¿Qué pena debe imponerse? ¿corresponde la reparación del daño, imposición de costas, medidas sustitutivas?

Estas cuestiones tienen que quedar contestadas de manera clara en la parte argumentativa de la sentencia, que corresponde al razonamiento de valoración de la prueba y de condena, de los cuales el juez concluye su propia narración de los hechos.

Alberto Binder nos hace notar que al juez le corresponde la vasta tarea de construir un nuevo relato del conflicto que inicialmente ingresó a la justicia y debe hacerlo con la observación cuidadosa de los límites impuestos por el estado de Derecho; pero además no puede dejar de construirlo, porque el orden jurídico le

impone la obligación de solucionar el problema y la sociedad necesita que las causas judiciales lleguen a un final. No puede elaborar una solución contraria al Derecho, porque no es su misión sustituir al legislador, pero tampoco puede arribar a una solución que cause mayor alarma social que el delito mismo, que genere más violencia que el conflicto inicial, porque entonces aleja a la justicia penal de su función primordial, que es instaurar formas de paz social.⁴⁷⁸

El hecho de que se racionalice la decisión judicial, la legitima y permite que se ejerza la función social de la justicia, pues se necesita que la sentencia no aparezca como un producto personal del juez, sino como producto de una institución social instaurada para pacificar los conflictos.

El planteamiento que se realiza más delante de un esquema de argumentación, pretende otorgar mayores herramientas para la construcción de una resolución, específicamente en su parte argumentativa.

4.3. PLANTEAMIENTO DE UN ESQUEMA DE ARGUMENTACIÓN JUDICIAL.

“En el common law nosotros sabemos lo que es un juez. Él es un héroe de la cultura, incluso algunas veces una especie de figura paterna. Varios de los grandes nombres del common law pertenecen a jueces: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo... Pero en el mundo del civil law, un juez es algo enteramente diferente. Él es un empleado civil, un funcionario. La imagen neta es la de un juez como operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es sólo mecánica. Los grandes nombres del civil law no pertenecen a los jueces (¿quién conoce el nombre de un juez del civil law?) sino a los legisladores (Justiniano, Napoleón) o a la doctrina (scholars) (Gaius, Irnerius, Bartolus, Mancini, Domat, Pothier, Savigny, y una multitud de juristas europeos y latinoamericanos del siglo diecinueve o veinte)”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ **BINDER, Alberto M.** *Justicia Penal y Estado de Derecho*, ob. cit., p. 49 y 50.

⁴⁷⁹ **MERRYMAN, John H.** *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2a ed., Stanford University Press, Stanford, 1990, pp. 36-37.

Esta figura del juez activo, tan honrada en un sistema como el del *common law*, es un juez que en los sistemas judiciales como el nuestro en que la mayor influencia en su conformación se encuentra en modelos del *civil law*, no quiere ser admitido con motivo de la instauración del sistema acusatorio. Me parece que Manuel Atienza precisa muy bien qué tipo de modelo de juez es el que requerimos en contextos judiciales como el nuestro. No necesitamos de un juez activista, pero tampoco de uno formalista. Si bien el juez puede y debe ir más allá del Derecho en cuanto contribuye a desarrollarlo, eso sólo puede ser en niveles de coherencia y nunca contra el sistema jurídico. El juez no puede sustituir al gobierno de las leyes por el gobierno de los hombres, de manera que la razón jurisdiccional, como todas las razones, tiene que encontrar límites.⁴⁸⁰

Estos márgenes de actuación judicial en el sistema acusatorio penal se encuentran acotados por un modelo estándar de razonamiento básicamente cimentado en la íntima convicción y en la decisión adoptada “más allá de toda duda razonable” (aunque en el modelo acusatorio a implementarse en nuestro país sí existe la obligación judicial de razonar y justificar las decisiones, por lo que la íntima convicción no es aplicable y queda reservada a los modelos acusatorios del *common law*). Recordemos que en este modelo se parte de un supuesto de mayor confianza por parte del legislador en la función judicial, de manera que se evita imponer al Juez reglas de tasación de la prueba o de valoración de los hechos para tomar sus decisiones, con lo que al juzgador se le confía la posibilidad de pronunciarse bajo esquemas más libres que en el sistema inquisitivo, aunque bajo los límites del sistema jurídico, así como mediante esquemas argumentativos racionales y no impulsivos o faltos de sustento objetivo.

Pareciera que decir “el Juez tiene el límite de la razón” pudiera ser una afirmación vaga, pero los epistemólogos, filósofos del derecho y teóricos del proceso han diseñado esquemas de argumentación judicial que podemos retomar para proponer uno adecuado a la actividad judicial en un esquema acusatorio penal, en que el Juez constantemente valora los elementos de prueba y argumentos contradictorios de las partes y en que se ve obligado a optar por una de esas posiciones o elaborar la suya.

¿Cómo garantizar ese grado de racionalidad en el trabajo argumentativo judicial? Roberto Lara sugiere –en principio– un esquema genérico en la metodología de la argumentación judicial, integrado por las siguientes fases:⁴⁸¹

1. Identificar y acotar el problema.
2. Distinguir entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

⁴⁸⁰ **ATIENZA, Manuel.** *El argumento de autoridad en el derecho.* Conferencia dictada el 29 de septiembre de 2011 en el Instituto de la Judicatura Judicial, México.

⁴⁸¹ Cfr. **LARA CHAGOYAN, Roberto.** *Argumentación Jurídica. Estudios Prácticos*, ob. cit., pp. 12 y ss.

3. Establecer el procedimiento justificatorio de las razones.
4. Determinar el enfoque adecuado para abordar el problema: formal, material o pragmático.
5. Formular diversas hipótesis y establecer distintas líneas de argumentación.
6. Establecer la fundamentación de la hipótesis elegida.
7. Reconstruir el argumento central mediante un proceso de justificación interna.

1. Identificación y acotación del problema:

El juez necesita tener absoluta claridad sobre el punto a resolver, cosa que aunque es esencial y primaria, no resulta siempre fácil. Si bien las partes aportan la exposición de los hechos, los elementos de prueba y sus propios argumentos, es el juez el que fija los puntos de litis concretos, con la libertad de realizar él mismo la calificación jurídica de los hechos y la delimitación y alcances de las responsabilidades a atribuir. Este primer paso no es simple y para lograr su claridad y tener un punto de partida de análisis, el Juez tiene que desmenuzar los planteamientos.

Con la información adquirida durante el juicio, el juez construye un relato sobre los hechos y una solución para el caso, con base en el orden jurídico. Esta adquisición de la información se da para el juez a través de la prueba, la que es depurada durante el proceso y estructurada en la sentencia.⁴⁸²

El punto inicial de este desarrollo epistemológico por parte del juzgador parte de la narración de los hechos del caso; seguida por otras narraciones, modificaciones, ajustes, hipótesis y contrahipótesis, que complementan la construcción de la narración que el juez establece como fundamento de la decisión final.⁴⁸³ En su narración de los hechos, el juez no se limita a escoger entre una u otra de las versiones expuestas por las partes. El juez debe tener en cuenta los hechos que son relevantes para la calificación jurídica, pero también debe observar los hechos secundarios que sean lógicamente relevantes en la medida que constituyan las premisas de inferencias probatorias relativas a los hechos principales. Así, los hechos secundarios son también objeto de decisión.

2. Distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

Se trata de distinguir entre la hipótesis planteada y el proceso de su valoración. En efecto, la filosofía de la ciencia distingue entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas, pues por un lado existe el descubrimiento o enunciación de una teoría o hipótesis y, por otro, el

⁴⁸² **BINDER, Alberto M.** *Justicia Penal y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 25 y ss.

⁴⁸³ Cfr. **TARUFFO, Michele.** *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, ob. cit., p. 220.

procedimiento que la justifica o valida. Este segundo paso es el que confronta a la hipótesis con los hechos, para mostrar su validez.⁴⁸⁴

En la argumentación judicial en particular, una cosa es establecer la premisa y otra justificarla para hacerla aceptable. Estas dos fases deben quedar muy claras para el juzgador.

3. *Procedimiento justificatorio de las razones:*

Aquí Roberto Lara propone retomar el esquema de Stephen Toulmin,⁴⁸⁵ lo que me parece muy acertado porque este autor diseñó un modelo argumentativo muy esquemático que parte precisamente de una *pretensión* (hipótesis o lo que se quiere fundamentar), que a su vez debe ser apoyada por *razones* que den cuenta de su corrección, pero para explicar por qué estas razones apoyan a la pretensión, se utiliza la *garantía*, que es el enunciado que expresa la relación entre la razón y la pretensión. Esta garantía siempre radica en una regla, norma o enunciado general y a su vez tiene que estar apoyada en un *respaldo* que muestre la corrección o la vigencia de esa regularidad. Integrado este esquema justificatorio, su fortaleza se demuestra si se tiene en cuenta que existen *condiciones de refutación*, que son cuestiones o contraargumentos que pueden poner en entredicho a las razones. Si el razonamiento es suficiente para vencer a las condiciones de refutación, entonces hemos armado un argumento completo.

Este esquema de argumentación es particularmente sugerente porque Toulmin parte de un hecho real en la decisión, que es que cuando se argumenta para justificar una premisa, de hecho, ésta ya ha sido adoptada, la decisión ya se tomó por un convencimiento previo, que hace falta sostener y argumentar frente a un auditorio. Se trata de una representación de las argumentaciones que se aproxima a cómo, de hecho, la gente argumenta.⁴⁸⁶

El esquema argumentativo de Toulmin también tiene la virtud de que prevé la derrotabilidad de las pretensiones del argumento, lo que permite establecer una analogía general entre la conclusión y la inferencia derrotable, característica que ha sido aprovechada por los desarrolladores de modelos de análisis de revisión a

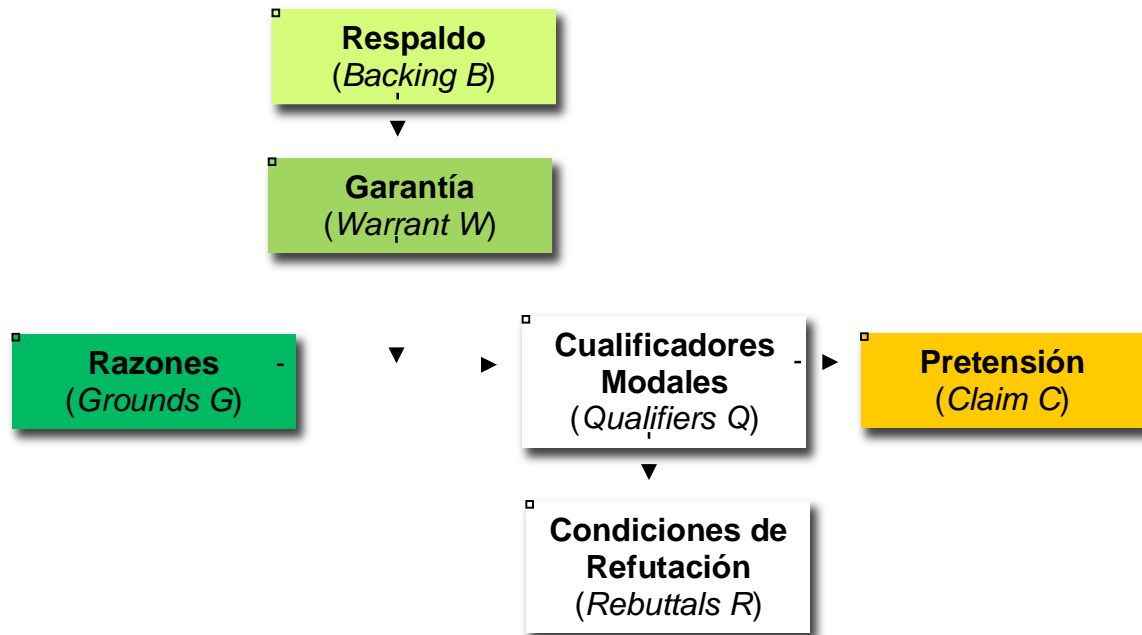
⁴⁸⁴ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 4.

⁴⁸⁵ Cfr. **FETERIS, Eveline T.** *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Trad. Alberto Supelano. Universidad Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 5, Colombia, 2007, pp. 79 y ss.

⁴⁸⁶ Cfr. **ATIENZA, Manuel**. "Análisis de las argumentaciones jurídicas". En *Argumentación Jurisprudencial*. Memoria del I Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Noviembre 2011, p. 59.

través de la formulación de preguntas críticas y de esquemas de jerarquías de preferencias en quienes toman la decisión.⁴⁸⁷

Este esquema ya lo hemos estudiado en el capítulo primero y vale traerlo a colación en el contexto del modelo acusatorio. La representación esquemática del modelo es la siguiente:⁴⁸⁸



¿Cómo podríamos traducir este esquema en alguno aplicable por el Juez en el sistema acusatorio?

Si se tratara de una decisión del Juez de Control al decidir sobre la legalidad de una detención, en la audiencia preliminar, según el esquema de Toulmin, podría partir de que la *pretensión (Claim C)* es: “*Es procedente vincular a proceso al imputado por el delito de homicidio en grado de tentativa*”. Aquí habría que abrir un paréntesis para explicar que el Juez parte de una hipótesis preconstituida, una teoría formulada en un contexto de descubrimiento que requiere ser justificada. Esta teoría se la ha formado bajo una convicción basada en su experiencia, su razonamiento jurídico precedente, incluso, por intuición, una vez que las partes le han expuesto las circunstancias de la detención, pero la pretensión del juzgador requiere ser justificada.

El caso expuesto por el Ministerio Público consiste en que “*una vez realizadas las investigaciones preliminares, se sabe, por testimonios, que el*

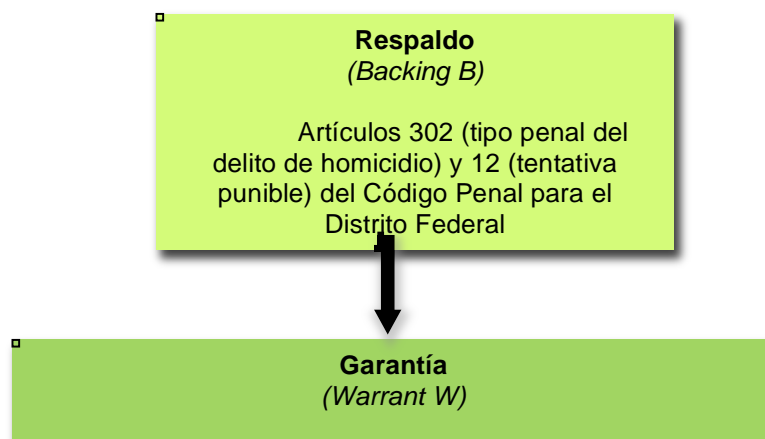
⁴⁸⁷ Cfr. **FUENTES BRAVO, Claudio**. “Desde la jurimetría a los esquemas de argumentación. Propuestas desde el CEAR y el K+D Lab”. En *Argumentación jurisprudencial. Memoria del I Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011, pp. 346-347.

⁴⁸⁸ Cfr. **LARA CHAGOYAN, Roberto**. *Argumentación Jurídica. Estudios Prácticos*, ob. cit., p. 16.

imputado llegó a la planta baja de un edificio en donde estaba la víctima, con quien iba a conversar, pero al estar a un metro y medio de distancia aproximadamente, el imputado apuntó directamente a la víctima con un arma de fuego y efectuó entre ocho y diez disparos y aunque la víctima se resguardó detrás de una columna, recibió impactos en el muslo, pie y planta izquierdos, que provocaron heridas leves, de acuerdo con el informe médico correspondiente. La policía realizó una inspección ocular con el hallazgo en el lugar de tres casquillos de proyectiles correspondientes a un arma de fuego y recabó peritaje balístico del que se desprende que corresponden a proyectiles recientemente percutidos y en que se describe el tipo de arma al que corresponden. En la inspección también se encontraron rastros en el lugar (paredes, piso y columna) de marcas de balas. La identificación del imputado se realiza con base en la declaración de la propia víctima y de testigos oculares.”

Con estos antecedentes, el juzgador aporta las *razones* (Grounds G) que sostienen su afirmación de vincular a proceso al imputado por la presunta comisión del delito de homicidio en grado de tentativa. La razón es que *“de acuerdo con los datos de prueba aportados por el Ministerio Público, fruto de su investigación preliminar, el imputado ha sido identificado como quien presuntamente intentó privar de la vida a la víctima y esa conducta se encuentra prevista por la norma penal como tentativa de homicidio.”* El respaldo de esta razón es el contenido de los artículos 302 (tipo penal del delito de homicidio) y 12 (tentativa punible) del Código Penal para el Distrito Federal. La *garantía* de esta razón se sustenta en que *“conforme a las investigaciones preliminares, en fecha y hora determinadas, el imputado fue visto por testigos e identificado por la víctima como la persona que en una planta baja de un edificio, al llegar a conversar con él, le apuntó directamente con un arma de fuego y efectuó entre ocho y diez disparos, que le provocaron heridas leves. De estos testimonios, se presume que el imputado cometió actos ejecutivos que debían haber producido el resultado de la muerte, lo que al parecer no ocurrió por causas ajenas a su voluntad, con lo que se podría estar ante un caso de tentativa de homicidio.”* Como condiciones de refutación podríamos considerar que *“no se demostró una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de responsabilidad.”*

La representación gráfica de este razonamiento sería la siguiente:



El modelo de Toulmin ha sido usado para analizar y evaluar argumentos jurídicos, tal como lo hizo Snedaker⁴⁸⁹ respecto del caso Samuel H. Sheppard, en que la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió el 6 de junio de 1966, que esta persona, declarado culpable en 1954 de asesinar a su esposa, había tenido un juicio injusto debido a la publicidad masiva, difundida y perjudicial en relación a su caso. Traerlo a cita resulta interesante para su mejor comprensión:

EL CASO SAMUEL H. SHEPPARD

□

Argumentos de la demanda de nulidad:

Sam Sheppard no tuvo un juicio justo

- a) *Razón:* Los tribunales inferiores reconocieron que el juicio había sido una “festividad romana” por los medios de comunicación.
Garantía: Un circo mediático obstruye el decoro serio y ordenado que supuestamente predomina en el ambiente de los juicios penales.
Respaldo: Muchos jueces de los tribunales inferiores habían reconocido que la publicidad anterior al juicio no se había ajustado a las nociones de juicio justo e imparcial.
- b) *Razón:* La indagatoria había sido impropia.
Garantía: Procedimientos como los de la indagatoria avivan las llamas del prejuicio (Se citó un precedente de la propia Corte).
- c) *Razón:* Los nombres de los jurados se habían publicado en los tres periódicos de Cleveland 25 días antes del juicio.
Garantía: Los miembros del jurado que son bombardeados con información se ven imposibilitados para decidir con imparcialidad.

Argumentos contra la nulidad:

El jurado fue imparcial

- Razón:* No había evidencia que indicara que la comunidad tenía prejuicios o que los jurados los tuvieran.
Garantía: Cualquier afirmación de que una comunidad dominada por el prejuicio influyó en el jurado se debe basar en evidencia real y demostrable.

Resolución de la Corte Suprema:

Se convenció de la nulidad porque las razones sustentadas fueron más efectivamente garantizadas y sustentadas, en virtud de la completitud del argumento.

⁴⁸⁹ SNEDAKER, K. “The content and structure of appellate argument: rhetorical analysis of brief writing strategies in the Sam Sheppard appeal” (1987), citado por FETERIS, Eveline T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, ob. cit., p. 85.

4. *Enfoque formal, material o pragmático del problema:*

Se trata de escoger un enfoque adecuado de argumentación, a partir de la teoría de Manuel Atienza –de la cual ya hemos hecho mención en el primer capítulo- de que el análisis de la argumentación jurídica se entiende precisamente desde las concepciones formal, material y pragmática.⁴⁹⁰ En realidad, el análisis argumentativo para Atienza se integra por estas tres piezas, las que se complementan y no deben presentarse de manera aislada; por lo que un argumento debe tener en cuenta los tres puntos de vista para su completitud.

La *parte formal del argumento* es que éste respete los principios de la lógica formal, desde las premisas hasta la conclusión; de manera que si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión sea verdadera. Desde esta perspectiva, la validez de los argumentos depende de la forma en que se ordenan sus elementos.

La *parte material del argumento* hace énfasis en que las premisas que integran el argumento sean materialmente verdaderas; es decir, que teórica o prácticamente contengan buenas razones que permitan sostener determinada tesis.

La *parte pragmática de la argumentación* se basa en un proceso interactivo en que dos o más sujetos pueden llegar a ciertos acuerdos a partir del convencimiento o de la persuasión. Se trata de un proceso dialéctico en que se hace un buen uso de la retórica y de la contradicción, basado en el diálogo racional encaminado a la resolución de un problema.

Más allá de escoger uno de los enfoques, habría que utilizar de manera complementaria las tres perspectivas, de manera que garanticen un esquema argumentativo completo. Las resoluciones de los jueces no pueden sólo basarse en la subsunción de los hechos sin revisar que tanto la parte de corrección material como pragmática queden agotadas. Esta complementariedad se hace más evidente cuando los casos son “difíciles”, pero aun cuando sean “fáciles” es menester ampliar siempre el horizonte de corrección más allá del ejercicio de subsunción.

5. *Hipótesis y líneas de argumentación:*

Se trata del ensayo de distintas alternativas de solución al caso, creo que podemos aplicarlo –bajo el enfoque de Toulmin- a la consideración de las “condiciones de refutación” que pueden suscitarse alrededor de uno o varios argumentos; es decir, tener en cuenta la existencia de argumentos contrarios a los

⁴⁹⁰ Cfr. **ATIENZA MANUEL**. *El derecho como argumentación*, ob. cit.

sostenidos y evaluar si estos últimos reúnen elementos de fortaleza suficientes para vencer a los primeros.

Los argumentos contrarios no sólo son los que hay que tener en cuenta, sino también los argumentos paralelos o alternos, pero como la solución judicial sólo puede ser una respecto de una pregunta específica, el juez deberá escoger cuál es la mejor bajo el test de racionalidad formal, práctica y pragmática planteados por Atienza. Esto es, la selección judicial no puede ser caprichosa, sino que se tiene que encontrar guiada por líneas racionales.

Para el análisis de discernimientos como éste se han desarrollado métodos de *outranking*⁴⁹¹ (Se trata de establecer una relación binaria entre el conjunto de alternativas de solución a un problema, de manera que el tomador de la decisión pueda declarar que una alternativa es tan buena como otra y que no hay razones esenciales para refutarla). Estos métodos se construyen a partir de una matriz de concordancia, otra de discordancia y un nivel de concordancia fijado por el decisor, de manera que para cada par de alternativas se acepta la relación “a supera a b” si se satisfacen dos test: uno de concordancia (existe la mayoría de criterios suficientes para declarar que “a es al menos tan buena como b”) y uno de no discordancia (de los criterios en desacuerdo, ninguno tiene la amplitud para justificar un veto)⁴⁹²

Este tipo de discernimientos guardan un cierto paralelismo con el esquema de “prueba prevaleciente” en que una hipótesis se considera probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria, la cual es aplicable en el ámbito civil, en la cultura jurídica anglosajona.⁴⁹³ Sin embargo, en el ámbito penal, operaría el estándar que exige que la hipótesis esté confirmada “más allá de toda duda razonable”, que requiere de una acreditación muchísimo mayor frente a otras hipótesis del caso con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condenar a un inocente, el cual será materia de un análisis más detallado en las siguientes páginas.

⁴⁹¹ Los métodos de *outranking* fueron desarrollados en Francia a fines de los años sesenta, desde la teoría del valor para enfrentar problemas prácticos. Bernard Roy desarrolló los métodos ELECTRE como métodos de selección de soluciones a problemas empíricos. Cfr. **KANGAS Annika, KANGAS Jyrki and PYKÄLÄINEN Jouni**. *Outranking Methods as Tools in Strategic Natural Resources Planning*. Silva Fennica 35 (2) research articles. (www.metla.fi/silvafennica/full/sf35/sf352215.pdf, consultado el 9 de abril de 2012).

⁴⁹² Cfr. **FUENTES BRAVO, Claudio**. “Desde la jurimetría a los esquemas de argumentación. Propuestas desde el CEAR y el K+D Lab”, ob. cit.

⁴⁹³ *Preponderance of evidence, preponderance of probability, balance of probabilities o greater weight of evidence*. Cfr. **TARUFFO, Michele**. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, ob. cit., p. 220. También **FERRER BELTRÁN, Jordi**. *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 47.

6. Fundamentación de la hipótesis elegida:

Concretada la vía de solución, hay que proceder a la demostración de la tesis central. Para ello, se sugiere que el uso de las razones y garantías que sostengan una pretensión (desde el lenguaje de Toulmin) sea guiado por escoger a las mejores, y darles un orden idóneo que muestre su fuerza de convencimiento racional.

Se trata de usar no muchas razones, sino las mejores, las adecuadas, las conducentes e idóneas. Eso es lo que demuestra la fuerza argumentativa de la resolución.

7. Reconstrucción del argumento central:

Se sugiere aquí concluir con una recapitulación del argumento central, con la demostración de su corrección formal, de manera que se logre la acepción del contenido de la conclusión, a partir de la previa aceptación del contenido de las premisas.

Este modelo puede ser complementado con uno más específico, aplicable al modelo acusatorio penal, concretamente para la resolución judicial en etapa de juicio, que es la materia en que se enfoca esta investigación. Si tenemos que la etapa de juicio oral es eminentemente probatoria y que su objetivo institucional es la averiguación de la verdad, entendida de manera correspondiente con la aplicación de la norma que prescribe una consecuencia jurídica, entonces el juzgador debe emplear las metodologías y análisis propios de la valoración de la prueba, en tanto son los mejores instrumentos disponibles para maximizar las probabilidades de que la decisión adoptada sobre los hechos se corresponda con lo ocurrido en el mundo.

De hecho, puede decirse que el gran problema del juez penal es el de la prueba.⁴⁹⁴ En el actuar del juzgador al pronunciarse en el juicio acusatorio, debemos partir de la premisa de que tal pronunciamiento lo hace a través de la valoración contextual de la prueba, es decir, mediante el conjunto los elementos de juicio. Asimismo, esta valoración la hace bajo una libertad entendida en el sentido de que no se encuentra sujeto a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración. Juzga con el apoyo empírico de un conjunto de elementos de juicio que apoyen a una hipótesis sujeta a criterios generales de la lógica y la racionalidad.⁴⁹⁵

También es de tenerse en cuenta que el estándar de valoración de la prueba en el modelo del juicio acusatorio penal es que la hipótesis que se

⁴⁹⁴ **BINDER, Alberto M.** *Justicia Penal y Estado de Derecho*, ob. cit., p. 49.

⁴⁹⁵ Cfr. **FERRER BELTRÁN, Jordi.** *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 45.

considere confirmada lo debe ser “más allá de toda duda razonable”, que implica que la hipótesis no se considerará probada aunque disponga de un apoyo empírico mayor que la hipótesis de la inocencia, salvo que ese apoyo ofrezca una corroboración muy alta a la segunda.⁴⁹⁶

Entonces, para la formación del criterio del juzgador es muy importante que prevalezca una versión fuerte del principio de inmediación que reserva casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba. La cara negativa de la aplicación de la versión fuerte del principio de inmediación es que en tanto exige la presencia del juzgador en el desahogo de la prueba, impide la posibilidad de revisión de la valoración que haga de ella, en tanto supone que la mejor posición epistemológica para tal tarea, ha sido la del juez de primera instancia.

Sin embargo, esta perspectiva del principio de inmediación tiene que ser modulada. La inmediación, como todo principio, no es absoluta. Si bien el modelo exige que la prueba y el debate sean desahogados ante la presencia directa del juzgador y de las partes, también es necesaria la existencia de una doble instancia, o de una instancia revisora en que si bien habrá la imposibilidad material de replicar el desahogo inmediato de pruebas, la instancia de impugnación es una prerrogativa que impone el derecho internacional para asegurar la corrección del fallo (Artículo 8.2.h del Pacto de San José).⁴⁹⁷

La forma de contrastar esta circunstancia que plantea el modelo estándar del juicio acusatorio es darle a la prueba una concepción más racional, que exige del juez una motivación fuerte de su decisión sobre los hechos, que clarifique los métodos de corroboración y refutación de las hipótesis convergentes.

De esta manera, la premisa de libre valoración de la prueba de la que partimos debe concebirse de manera racional y no libérrima. Es libre en tanto denota simplemente que no rigen reglas de prueba legal o tasada, vinculantes para el juez, pero tal libertad está limitada por las reglas generales de la epistemología, la jurisprudencia, la racionalidad y la lógica.⁴⁹⁸

Otra premisa a tener en cuenta en este esquema es que nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que sea, permitirá tener certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis, lo que no implica que no se pueda preferir racionalmente una hipótesis sobre otra, con base en la mayor corroboración de la primera. Por consiguiente, el razonamiento del proceso acusatorio es un razonamiento de tipo probabilístico.

⁴⁹⁶ *Ibidem.*

⁴⁹⁷ Cfr. **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. y SANCHEZ GIL, Rubén.** *El Juicio de Amparo y el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Estudio monográfico*, ob. cit., p. 90.

⁴⁹⁸ Cfr. **FERRER BELTRÁN, Jordi.** *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 45.

Entonces, el razonamiento judicial penal por excelencia se basa en una probabilidad inductiva, en que la valoración de cada elemento de prueba es individual, para posteriormente realizar una valoración conjunta. Así, el esquema es que una vez valorada o justipreciada la prueba individual (una declaración), si la hipótesis que afirma su veracidad (que el testigo efectivamente vio lo que dice haber visto) se considera probada, entonces podrán hacerse inferencias a partir de ella. De esta manera, cada paso del razonamiento probatorio se produce normalmente en cadena, asumiendo como ciertas las hipótesis que son aceptadas.⁴⁹⁹

Taruffo analiza el esquema de valoración de la prueba como la vía por excelencia para integrar una versión de los hechos. El tema es complejo en tanto un hecho no es nunca una entidad simple y homogénea, definible de forma exhaustiva a través de un enunciado elemental del tipo “x existe”, pues cada hecho se identifica a través de una variedad de circunstancias que lo integran. Así, no existe una sola narración apropiada de un hecho, sino que existen muchas y cada hecho puede ser narrado en una infinita variedad de formas, según las circunstancias que sean tomadas en cuenta y los puntos de vista desde los que se describa.⁵⁰⁰

El hecho puede ser complejo porque incluya conjuntos o concatenaciones de eventos o de conductas que se extiendan en el tiempo y el espacio o porque involucre una pluralidad de sujetos, eventualmente en situaciones jurídicas diferentes. Además, el hecho en cuestión puede ser objeto de diversos niveles de análisis. Frente a esta complejidad, el problema fundamental concierne a la elección de una narración que se asuma como fundamento de la decisión.

La narración que construye el juez es un conjunto ordenado de enunciados que describen las modalidades y las circunstancias de los hechos que dieron origen a la controversia. Se trata de conjuntos porque el hecho no está constituido por un acontecimiento singular, sino que tiene que ser descrito a través de una serie más o menos extensa de enunciados ordenados según el orden narrativo.

Taruffo distribuye la narración judicial de los hechos en cuatro niveles.⁵⁰¹

- a) Hechos principales.
- b) Hechos secundarios.
- c) Enunciados que resultan de las pruebas practicadas en el juicio.
- d) Circunstancias de las que se pueden extraer inferencias sobre la credibilidad o fiabilidad de los enunciados anteriores.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 125.

⁵⁰⁰ Cfr. **TARUFFO, Michele**. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, ob. cit., pp. 223-224.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

Estos cuatro niveles interaccionan a través de inferencias probatorias:

- a) Los hechos secundarios representan las premisas que permiten arribar a conclusiones relativas a los hechos principales. (Los hechos secundarios se toman en cuenta en la medida que resulten lógicamente relevantes como fuentes de prueba indirecta de un hecho principal)
- b) Los enunciados que resultan de las pruebas practicadas en el juicio son útiles para la determinación de los hechos principales (si se trata de prueba directa) o para la determinación de los hechos secundarios (si se trata de prueba indirecta).
- c) Finalmente, las circunstancias de las que se pueden extraer inferencias sobre la credibilidad o fiabilidad de los enunciados que se desprenden de las pruebas practicadas, son útiles para controlar el valor probatorio de tales afirmaciones.

Entonces, la conexión entre cada uno de los niveles de la narración judicial se da a través de inferencias, lo que en el modelo de Toulmin se traduce en la Garantía (*warrant*); es decir, la confirmación de las inferencias probatorias.

Construida la narración de los hechos por el juez, ahora cuenta con una hipótesis que ha de confirmar y que se especifica en los enunciados relativos a los hechos principales. La confirmación de su hipótesis será posible si las pruebas confirman de manera directa a los *enunciados que corresponden a los hechos principales*, y de manera indirecta a los *enunciados que corresponden a los hechos secundarios*, los cuales confirman de manera inferencial a los hechos principales.⁵⁰² Se trata de un círculo que se cierra de manera perfecta si además contamos con enunciados que den fiabilidad a los resultados producidos en las pruebas.

Un ejemplo de este esquema es el caso de un abuso sexual a una menor, en que la prueba crucial es el testimonio de la víctima, en virtud de la naturaleza del delito. Los hechos principales son que la menor fue abusada reiteradamente por su padrastro desde que tenía ocho años de edad y hasta los quince años; los hechos secundarios los constituyen las circunstancias en que tales abusos se dieron, como puede ser bajo la intimidación de la casa materna, durante las ausencias de la madre, bajo amenazas, etcétera. Del testimonio de la víctima se infieren tanto los hechos principales como los secundarios y su fiabilidad se constituye porque la menor lo ha expresado sin presión alguna, de manera espontánea, bajo sentimientos de culpa dictaminados así por una prueba pericial

⁵⁰² Los hechos principales son aquellos que tienen relevancia jurídica, la cual deriva de la calificación del hecho, según la norma que se le aplique, a efectos de la decisión. Los hechos secundarios (reflejados en enunciados secundarios, simples, indiciarios o circunstanciales) si bien no tienen una relevancia jurídica en sí mismos, sí la tienen de carácter lógico, porque a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado (TARUFFO, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", ob. cit., p. 19).

en materia psicológica y conductual, y sin tener motivos adicionales a los hechos que hagan inferir que se ha formulado una falacia.⁵⁰³

Pero ¿cómo obtener el respaldo de estas inferencias entre hechos para arribar a conclusiones? Sirven aquí los esquemas de Toulmin para conectar las pruebas con las hipótesis. Para ello plantea tener en cuenta el *backing* del *warrant*, es decir, el fundamento cognoscitivo por el cual la inferencia debe considerarse fundada y apta para atribuir un grado considerable de fiabilidad a la conclusión.

Estos fundamentos cognoscitivos podrían ser:

- a) Nociones de experiencia común que correspondan a leyes científicas de carácter universal (vgr. *Los cuerpos pesados caen*). Esta noción permite hacer una clara inferencia deductiva hacia las conclusiones.
- b) Nociones de experiencia común que corresponden a generalizaciones no universales, pero con un alto grado de probabilidad en razón de su frecuencia estadística. (vgr. X produce Y en el 98% de los casos)
- c) Nociones de sentido común que aparecen como “la normalidad” de determinados acontecimientos o conductas, pero que no tienen carácter universal. La inferencia que resulte no puede ser deductiva y produce conclusiones con un grado de fiabilidad no elevado.
- d) Nociones de experiencia común que corresponden a generalizaciones espurias o pseudoreglas que carecen de fundamento en la realidad empírica. Suelen derivarse de prejuicios o de pseudoconocimientos sin contenido cognoscitivo. Las inferencias que se funden en ellas, darían lugar a conclusiones erradas.⁵⁰⁴

El juez entonces tendría que dirigir su atención en el tipo de nociones a que recurre para hacer inferencias entre los hechos probados y arribar a una conclusión, de manera que sus respaldos inferenciales se basen en nociones que otorguen el mayor grado de fiabilidad.

Precisamente, los mayores grados de fiabilidad en la inferencia de “la verdad de los hechos” se pueden encontrar más bien a través del grado de racionalidad que otorga la ciencia y no el sentido común, caso en el cual la prueba científica tiene un papel crucial. Los criterios de racionalidad que pueden otorgar este tipo de pruebas al juzgador depende de que éstas cumplan con ciertos requisitos de científicidad que, de manera esquemática, definió la Corte Suprema

⁵⁰³ Este ejemplo está tomado de un caso real analizado en el capítulo tercero correspondiente de análisis de sentencias, Caso Abuso Sexual, Argentina.

⁵⁰⁴ Cfr. **TARUFFO, Michele**. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, ob. cit., pp. 237-238.

de los Estados Unidos en el caso *Daubert*⁵⁰⁵, en 1993, en que el juez Blackmun desglosó lo siguiente:

- a) Controlabilidad y falsificabilidad de la teoría científica en que se funda la prueba.
- b) Determinación de la probabilidad de error relativa a la técnica empleada.
- c) Existencia de un control ejercitado por otros expertos.
- d) Existencia de un consenso general en la comunidad científica a que se refiere.

Esto es, no todos los resultados de la prueba científica deben ser considerados por el juzgador como determinantes, sino que en él está valorarlos mediante el sometimiento de la prueba a un test como el planteado anteriormente, en que la naturaleza de la prueba tenga una acreditación dentro de la comunidad científica, sus métodos sean controlables y sus conclusiones guarden un alto nivel de probabilidad de acercamiento a la realidad.

La decisión sobre la pericia científica no es fácil para el juzgador; por ejemplo, en 1942, en el caso de Gregorio Cárdenas Hernández (Goyo Cárdenas o el *criminal de Tacuba*) por el homicidio de cuatro personas, el juzgador se enfrentó a un debate en torno a la salud mental del homicida, su personalidad y su imputabilidad. El asunto convocó a numerosos especialistas de diversas disciplinas provenientes de la Sociedad de Neurología y Psiquiatría de México, habiéndosele diagnosticado como *esquizofrénico, necrófilo con desdoblamiento de personalidad, heredohético obsesivo, vampiro o epiléptico psíquico*.⁵⁰⁶ Lo que se

⁵⁰⁵ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 US.579 (1993). Dos menores y sus padres alegaron que los niños sufrieron serios defectos de nacimiento ocasionados por la ingestión prenatal del medicamento Bendectin. La Corte de Distrito negó la petición basada en las buenas credenciales de los expertos y de una extensa revisión de literatura científica que concluía que el uso del medicamento no mostraba riesgo en defectos de nacimiento. Los demandantes presentaron la opinión contraria de otros expertos. La Corte de Apelación les dio la razón bajo la regla de que la opinión experta basada en una técnica científica no es admisible a menos que la técnica esté generalmente aceptada en la comunidad científica. Este caso es comentado por **TARUFFO, Michele y RAMÍREZ CARVAJAL, Diana**. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*, ob. cit., p. 15. Asimismo, es consultable en la dirección electrónica <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=509&invol=579>.

⁵⁰⁶ Cfr. **GARCÍA, Eric; LACALLE, José y PÉREZ-MÁRQUES, Aina**. “La psicología jurídica-forense y los juicios orales en materia penal: perspectivas, riesgos y desafíos en el caso del México actual, planteamientos generales”, Primera Parte, en *Jus Semper Loquitur*, No. 48, Oct.-dic. 2005, pp. 28 y 29. Un caso más que se cita en este artículo y que resulta de particular interés en la trascendencia de la apreciación judicial de los hechos, a partir de elementos objetivos periciales, es el de una persona de la sierra oaxaqueña que cometió un delito en los Estados Unidos y que requirió de una evaluación clínica con fines forenses. (Se le juzgó por seis homicidios y uno con tentativa) La persona que ingresó ilegalmente a ese país fue acusado del delito de violación y homicidio. El fiscal le atribuyó haber cometido “violación satánica” y “asesinato sangriento”, por las características del *modus operandi* y solicitó la pena de muerte. La evaluación clínica formó equipo con una antropóloga estadounidense especializada en poblaciones indígenas y dos neuropsicólogos del Instituto Neuropsiquiátrico de la Universidad de California en Los Ángeles. Una parte del equipo se trasladó a la zona de la mixteca en Oaxaca,

evidencia es que el juez se enfrenta no sólo a un problema de información, sino de lenguaje, ante lo cual el juez requiere contar con mayores fundamentos científicos, que le den al dictamen un cuerpo estandarizado, objetivo y válido, y lo que a él corresponde es analizar el dictamen en relación con el hecho que juzga.

Ahora bien, no todas las inferencias en los hechos las puede hacer el juzgador a partir de la prueba científica, sino que existe una amplia gama de medios de prueba que se constituyen en el contradictorio y a partir de los cuales el juez debe hacer una valoración prudencial y racional.

En este ejercicio racional los enunciados referidos al hecho principal constituyen las hipótesis a las cuales el juez, en su razonamiento, les otorga un grado de confirmación sobre la base de las pruebas que se refieren a ellas. En este punto, Taruffo encuentra que las hipótesis pueden situarse en alguna de las siguientes posibilidades:⁵⁰⁷

- a) La Hipótesis no ha obtenido ninguna confirmación.
- b) La Hipótesis ha obtenido una confirmación débil.
- c) La Hipótesis ha obtenido una confirmación fuerte.
- d) La falsedad de la Hipótesis no ha obtenido ninguna confirmación.
- e) La falsedad de la Hipótesis ha obtenido una confirmación débil.
- f) La falsedad de la Hipótesis ha obtenido una confirmación fuerte.

Estas posibilidades antagónicas entre sí son importantes en el razonamiento del juzgador en aras del principio de exhaustividad de las resoluciones, pues el juez tiene que pronunciarse tanto sobre los hechos cuyas descripciones han resultado confirmadas, como sobre aquellas que han resultado falsas o no sostenidas por una confirmación probatoria adecuada, y –por supuesto- siempre que las partes las hayan esgrimido, pues de no hacerlo así, la argumentación del juzgador correría el riesgo de debilitarse por no agotar los elementos en contra o de refutación a la hipótesis fáctica que considera probada.

Aquí cabe preguntarse cuál es el grado de confirmación que corresponde a cada enunciado fáctico en la determinación judicial. Esto depende tanto del sistema como del momento procesal. Para el caso del sistema acusatorio, se ha buscado que el juez aprecie las pruebas según la libre convicción. Que analice las

para recoger información sobre el medio familiar y sociocultural, bajo la óptica de la antropología y la psicología jurídica; la otra parte del equipo evaluó clínicamente al peritado. Con la búsqueda interdisciplinaria se estableció un diagnóstico preciso que sirvió para juzgar el comportamiento de la persona evaluada, en lo que atañe al porqué de los homicidios, con lo que el juez decidió imponer cadena perpetua en internamiento psiquiátrico y no la pena de muerte. Es decir, con la pericial interdisciplinaria, el juez pudo observar que la razón para la comisión de los homicidios implicaba atenuantes frente a la pena. Un diagnóstico bien fundamentado y la adecuada exposición oral puede ser fundamental para apoyar la estructura de una sentencia.

⁵⁰⁷ Cfr. **TARUFFO, Michele**. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, ob. cit., pp. 246 y ss.

pruebas y estructure el relato, bajo la consideración de la totalidad de los elementos del caso. Esto implica una apelación a la sana crítica racional del juez. Este principio de libre convencimiento no implica que el juez esté desvinculado de los criterios de racionalidad, sino que valore las pruebas con un amplio poder discrecional. Esto tampoco significa que pueda confiar en una intuición subjetiva y arbitraria.

Ahora bien, en el sistema penal acusatorio, el grado de confirmación probatoria se exige particularmente elevado. Para condenar, rige el criterio de que la prueba de culpabilidad opere más allá de toda duda razonable (*beyond any reasonable doubt*), aunque el significado exacto de este criterio es difícil de ser comprendido porque las cortes que tradicionalmente lo han empleado (bajo el derecho anglosajón) lo hacen bajo una íntima convicción que no requiere ser explicitada.

Asimismo, la definición de “duda razonable” también resulta poco clara, aunque existe el criterio⁵⁰⁸ de que es preferible que veinte culpables sean absueltos antes que condenar a un inocente, de manera que la prueba requerida para condenar debiera tener una probabilidad superior al 95%.⁵⁰⁹ La razón fundamental por la cual un sistema penal adopta este criterio es esencialmente de naturaleza ética o etica-política, pues se plantea como objetivo que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando se haya conseguido, por lo menos tendencialmente, la certeza de su culpabilidad. En tanto, el imputado tendrá que ser absuelto siempre que sobre su culpabilidad resulte una duda razonable sobre su eventual inocencia.⁵¹⁰

Este estándar de prueba es de difícil aplicación y puede dar lugar a diversas incertidumbres, pero lo que sí está claro es que requiere de un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado – muy aproximada a la certeza- con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena a un inocente. Estamos precisamente en el caso de un vacío de norma o principio que determine el estándar de confirmación necesario para que se produzcan los efectos de condena, por lo que la decisión de considerar un enunciado fáctico como adecuadamente probado exige los más altos criterios de racionalidad.⁵¹¹

⁵⁰⁸ El estándar que exige una confirmación de la hipótesis de la culpabilidad “más allá de toda duda razonable” supone que ésta no se considerará probada aunque disponga de un apoyo empírico mayor que la hipótesis de la inocencia, de forma que se presumirá la verdad de la hipótesis menos confirmada (la de la inocencia). Cfr. **FERRER BELTRÁN, Jordi**. *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 48.

⁵⁰⁹ Cfr. **LAUDAN, Larry**. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. En *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, España, 2005, p. 98.

⁵¹⁰ Cfr. **TARUFFO, Michele y RAMÍREZ CARVAJAL, Diana**. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*, ob. cit., pp. 25-26.

⁵¹¹ Cfr. **TARUFFO, Michele**. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, ob. cit., pp. 249-250.

Una vez que el juez cuenta con enunciados fácticos que considera que han sido probados debe proceder a interpretar su significación dentro del contexto jurídico, pues el hecho de que se haya probado que “*el día D a la hora H en el lugar L, A disparó a B una bala que le llegó al corazón y le provocó la muerte*” tiene un sentido diverso que depende del contexto fáctico general al que se refiera (por ejemplo, que si A y B son soldados enemigos, y A mata a B durante un combate, esto no transforma a A en un homicida, de manera que el significado de los enunciados fácticos sólo pueden ser individualizados desde sus propias particularidades.⁵¹²

Taruffo describe los siguientes puntos de vista desde los cuales el significado del enunciado fáctico cambia, en el contexto del proceso judicial.⁵¹³

- a) *Construcción selectiva.*- Un enunciado fáctico debe expresar lo jurídicamente relevante, lo que no excluye a los enunciados lógicamente relevantes (los que logran la vinculación o inferencias necesarias para acreditar la certeza de los hechos relevantes).
- b) *Construcción semántica.*- La formulación de un enunciado fáctico puede realizarse mediante el uso de un determinado lenguaje y sus reglas gramaticales, sintácticas y lógicas. Entre los muchos lenguajes posibles, el uso de términos descriptivos determina un significado diferente al mismo enunciado que se pronuncie en términos valorativos. En el desahogo de un proceso judicial, estos cambios son muy importantes; por ejemplo, cuando de un testigo se requiere que sólo comunique su conocimiento y que no haga valoraciones sobre los hechos.
- c) *Construcción cultural.*- Presupuestos éticos, políticos, consuetudinarios o religiosos de quien describe un hecho.
- d) *Construcción social.*- Se refiere a hechos cuya existencia no se determina en función de una referencia empírica o material directamente perceptible, sino en función de contextos sociales que “crean” determinados hechos. (vgr. La mayoría de edad, el estatus familiar, la posesión de un título de estudios)

La gradación de las construcciones desde el inciso a) al inciso d) demeritan desde la mayor objetividad posible a las *generalizaciones espurias*, que son aquellas que no tienen base empírica, aunque sean generalizaciones universales.⁵¹⁴

⁵¹² Ejemplo tomado de **TARUFFO, Michele**. *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, ob. cit., p. 15 y 17.

⁵¹³ *Ibidem*.

⁵¹⁴ Jordi Ferrer distingue entre los argumentos de las generalizaciones espurias de las no espurias. Las primeras no tienen base empírica y pueden ser un prejuicio, por ejemplo. En cambio, una generalización no espuria es aquella que dispone de base empírica, aunque no sea una generalización universal. (vgr. Sostener que los perros *pit bull* son agresivos, puede tener una

Elementos como los anteriores llevan a afirmar que todo enunciado fáctico es resultado de complejas actividades de “construcción” en su formulación y significado, lo que no impide que pueda ser sujeto de prueba en un proceso. La prevalencia de un sentido u otro se logra por el contraste dialéctico, en que se contrastan distintas narraciones a propósito de hechos jurídica y lógicamente relevantes.

Así, una metodología para la corroboración de la hipótesis en el trabajo argumentativo del juzgador se puede resumir en las siguientes tres fases sugeridas por Jordi Ferrer:⁵¹⁵

1ª Conformación del conjunto de elementos de juicio en el proceso judicial. Que es la fase integrada hasta antes del juicio oral, en que se filtraron todas las aportaciones probatorias a desahogarse en el contencioso. En aquella fase se generaron las hipótesis del caso, se configuró la materia del juicio y se preestableció el bagaje probatorio para acreditar y/o desacreditar las hipótesis en su contenido y en su fiabilidad.

2ª Valoración de la prueba, es decir, de los resultados obtenidos durante la práctica de la prueba que se traducirán en un determinado grado de corroboración de las hipótesis en conflicto. El juez de los hechos evalúa el grado de corroboración de una hipótesis a la luz de las demás y de los datos de ellas disponibles.

Ferrer Beltrán⁵¹⁶ apunta que en este trabajo valorativo, no cualquier tesis debe ser tomada en cuenta para efectos jurídicos y para ello debe reunir los siguientes elementos jurídicos:

- 1) Debe ser lógicamente consistente y significativa
- 2) Debe estar fundada en alguna medida en el conocimiento existente
- 3) Debe ser empíricamente contrastable
- 4) Esa contrastabilidad no debe ser sólo potencial, sino inmediata (que se produzca en la fase del proceso)
- 5) Debe tener por objeto hechos jurídicamente relevantes, es decir, que tenga consecuencias jurídicas.

La corroboración de la hipótesis supone que a partir de ella se puedan inferir eventos o estados de cosas empíricamente contrastables. Para mostrar este proceso en el proceso judicial, el siguiente ejemplo es claro:

base empírica estadística, aunque no todos los perros *pit bull* sean agresivos.) Cfr. **FERRER BELTRÁN, Jordi.** *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 106.

⁵¹⁵ *Ibidem*, pp. 126 y ss.

⁵¹⁶ *Ibidem*.

Los hechos son:

1. La policía se presenta en una casa alertada por la alarma antirrobo.
2. En el jardín de la casa se encuentra un sujeto y es detenido.
3. Inspeccionada la casa se comprueba que han sido robadas unas valiosas joyas que estaban en un baúl en la habitación conyugal de los propietarios de la casa.
4. Se registra al sujeto y en sus bolsillos se encuentran parte de las joyas.

Hipótesis 1 (de la policía): *“El detenido es el ladrón”*.

Hipótesis 2 (del detenido): *“Él es el jardinero, ha oído la alarma y al acercarse a la entrada principal ha encontrado las joyas tiradas en el suelo en el jardín, por lo que ha procedido a recogerlas para entregarlas a su propietaria en cuanto la vea”*.

Para el juzgador, el hecho de que las joyas se encontrasen en poder del detenido es compatible con ambas hipótesis, por lo que no aporta ninguna confirmación de una respecto de la otra, de manera que la haga preferir racionalmente.

Para corroborar mayores elementos de hipótesis serían necesarios mayores elementos de prueba. Si la hipótesis de que el detenido es el ladrón es correcta, y dado que cuando se toca un objeto con los dedos se dejan sobre él las huellas dactilares, y toda vez que no portaba guantes ni se han encontrado tirados en los alrededores, se puede predecir que se encontrarán sus huellas en el interior de la casa, en particular, en el baúl en que se encontraban las joyas originalmente. Si se cumple esta condición con la información que se desprenda de la toma de huellas dactilares, se tendrán elementos para elegir una de las hipótesis en conflicto, puesto que ya resultaría incompatible con la hipótesis del detenido.⁵¹⁷

La comprobación de las predicciones o inferencias que se desprenden de cada hipótesis, permite eliminar las otras que no pueden predecir o de las que no se puede inferir lo mismo. Así, la comprobación del cumplimiento de la predicción o de la inferencia, se convierte en el proceso en un nuevo elemento de juicio, una nueva prueba, como dato que se acumula con los subyacentes.

3ª Momento de la decisión sobre los hechos probados. Mediante una comprobación de naturaleza inductiva se atribuye un mayor grado de probabilidad a una hipótesis sobre los hechos, lo que posibilita al juez la determinación de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, dado los elementos de juicio disponibles. En realidad lo que hace el juez es evaluar la investigación realizada y expuesta por las partes.

Ahora bien, tenemos que recordar que el método inductivo no permite necesariamente adquirir certezas sobre la verdad de una hipótesis; lo que hace importante que en el proceso judicial se fije el umbral epistemológico o estándar de prueba, a partir del cual se acepte una hipótesis como probada.

En el sistema penal acusatorio ya hemos dicho que este estándar de prueba es muy alto y esa es la razón por la que debe ser un instrumento de *ultima ratio*, para resolver conflictos penales. Sin embargo, en los hechos existe una gran amplitud de tipos penales y de endurecimiento de las sanciones, como una política

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 135.

penal generalizada, lo que pudiera dar a que los estándares de prueba pudieran adecuarse a los delitos de que se trate, pero insisto, esa es una cuestión de política criminal, aunque directamente incide en el tema.

De hecho, ya hemos comentado que los estándares de prueba en el sistema penal acusatorio varían de momento a momento, de fase procesal a fase procesal, pues no es el mismo el estándar que rige el dictado de la sentencia, al que se requiere para el auto de vinculación a proceso o para el dictado de medidas cautelares, lo que también podría afirmarse para la apertura del juicio oral o para el sobreseimiento. En todos los casos diversos a la sentencia condenatoria, el nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria es menor para derrotar la presunción de inocencia. Esa es una decisión que corresponde al legislativo.

La determinación del estándar de prueba permite distribuir los errores judiciales en la declaración de los hechos probados.⁵¹⁸ En este análisis, Larry Laudan distingue al “falso positivo” del “falso negativo”. El primero es la decisión en que se declara probada una hipótesis, cuando en realidad es falsa. El falso negativo es la decisión en que se declara no probada la hipótesis, cuando es verdadera. Ambas decisiones pueden estar bien motivadas en los elementos de juicio, lo que les da una validez epistemológica, pero fallan en la identificación de la verdad.

Entre más exigente es el estándar de prueba, como sucede en el sistema penal, aumentan los falsos negativos y disminuyen los falsos positivos, precisamente porque es preferida una absolución falsa que una condena falsa, pero la sociedad no está precisamente dispuesta a soportar muchas absoluciones falsas y esta es una problemática constante.

De cualquier forma, el estándar de prueba en la decisión final, que es la que nos ocupa, se encuentra determinada en nuestro modelo por el “más allá de toda duda razonable” y para que este se configure es necesario que la prueba no se vincule con creencias o dudas del juez decisor sobre los hechos. Además, la hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente y las predicciones o inferencias que de ella se desprendan, deben confirmarse. Finalmente, la hipótesis prevalente debe haber refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que hubiesen sido compatibles con la inocencia del acusado y excluidas las meras hipótesis *ad hoc*⁵¹⁹ (hipótesis del complot, que son absolutamente inatendibles desde el punto de vista epistemológico y que para su mayor comprensión podría entenderse como una modalidad de falacia en que el imputado apela a un complot generalizado en su contra para refutar las hipótesis que le atribuyen responsabilidad).

⁵¹⁸ Cfr. LAUDAN, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, ob. cit., p. 97.

⁵¹⁹ Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., pp. 143 y ss.

El estándar exige que se hayan refutado todas las hipótesis compatibles con la inocencia. El siguiente ejemplo ilustra esta estructura de razonamiento:

Los hechos son:

1. La policía detiene a las 4 de la madrugada al señor X, quien conducía un vehículo por un lugar habitual de venta de drogas.
2. La detención se motivó porque una vez que la policía le ordenó parar el vehículo, el detenido hizo movimientos sospechosos, al intentar tirar algo que llevaba en el asiento.
3. Al detenerlo, la policía encontró un pequeño paquete en el asiento, que contenía 17 bolsitas con un total de 6.45 gramos de cocaína y le fue intervenido dinero en metálico por un valor de 1500 pesos.

En el proceso sucedió:

1. El juez de primera instancia condenó a X por el delito de tráfico de drogas.
2. En el recurso presentado por la defensa, el Tribunal de Casación realizó el siguiente análisis:
 - a) Es cierto que la droga realmente fue aprehendida, pero no se puede afirmar que fue en la cantidad de 6.45 gramos porque la pericial analítica cualitativa sólo se refiere a un producto blanco pulverulento con presencia de cocaína, distribuido en 17 dosis listas para el consumo.
 - b) Cabe la hipótesis de que el recurrente hubiese sido hallado en la proximidad de un lugar de venta de drogas ilegales, por un reciente acto de compra.
 - c) El intento de ocultar las papelinás, advertido por los policías, es compatible con la hipótesis de su posesión para el consumo, pues es una máxima de experiencia que ser sorprendido por la policía en la posesión de alguna sustancia ilegal depara incomodidades y problemas.
 - d) La cantidad de dinero encontrada no permite inferir nada respecto de la hipótesis a probar.
 - e) El informe médico forense indica que X es consumidor de cocaína y cannabis y el análisis toxicológico dio positivo a la primera.
 - f) Dos testigos manifestaron que en esa fecha, varios amigos y el acusado se habían puesto de acuerdo en que éste adquiriría cierta cantidad de cocaína, a pagar y consumir entre todos en una fiesta. La detención se produjo en las primeras horas de ese día.
 - g) Los agentes que llevaron a cabo la detención no presenciaron la realización de alguna acción de venta de estupefacientes.

La sentencia de segunda instancia absolvió al acusado por considerar que el estándar de prueba penal era insuficiente para superar la hipótesis de inocencia hecha valer por la defensa, de que X no era vendedor de droga, sino consumidor de ésta, y que la compró en esa fecha por encargo de sus amigos para ser consumida en una fiesta. Para corroborar la hipótesis de la acusación hubiese sido necesario contar con otros elementos de prueba, como es un análisis pormenorizado de los polvos blancos para determinar si todas las bolsitas contenían efectivamente cocaína y un registro domiciliario en la vivienda del acusado que hubiese permitido observar si disponía de instrumentos de peso de precisión, usuales en los traficantes de droga. En cambio, la hipótesis hecha valer por la defensa se confirmaba con todos los elementos de prueba existentes.

Circunstancias como éstas hacen evidente la exigencia de motivación de la decisión judicial sobre los hechos, que evidencie la justificación del cumplimiento del estándar de prueba por parte de la hipótesis que considera probada, así como

la justificación de que las hipótesis alternativas no alcanzaron el nivel de corroboración exigido en el estándar.⁵²⁰

4.3.1. Principales elementos de transformación argumentativa.

Los jueces en el sistema acusatorio, específicamente el Juez de Juicio Oral, ya sea unitario o colegiado, debe pasar por una transformación en su forma de razonar, argumentar y expresarse. Este cambio de paradigmas es grande y significativo, como lo hemos visto en éste y los anteriores capítulos.

En estos cambios inciden directamente los siguientes elementos:

4.3.1.1. La oralidad:

Con la oralidad se privilegia en el proceso y en la toma de decisión judicial al acto y no al acta.⁵²¹ Es lo sucedido en el proceso y no las constancias lo que resulta relevante para el juez en su toma de decisión. Si bien la oralidad es tan sólo una característica del juicio acusatorio, engloba y da lugar a otras circunstancias que se propician a su vez por la convergencia de los principios que revisten a este sistema y que son el de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, básicamente.

En el sistema acusatorio oral la producción de la prueba se realiza directamente ante quienes deben evaluarla. Existe una identidad física entre quien recibe la prueba y quien dicta sentencia, además de que la prueba se concentra en una sola audiencia en que también se debate, inmediatamente de lo cual se pronuncia el fallo.

Estas circunstancias permiten que el juez “viva” el caso. Que se sensibilice a las posturas de las partes y que se forme una convicción directa sobre cuál de esas hipótesis debe prevalecer o si existe una tercera versión de los hechos y de sus consecuencias, que considere se forma a partir de lo que se ha probado.

El juez va formándose durante la audiencia de juicio oral una convicción *in itinere*, sobre las pruebas, sobre los hechos que de ellas se desprenden, y ese convencimiento lo interioriza, lo procesa racionalmente y debe exteriorizarlo para que su auditorio (las partes y la sociedad) comprendan las razones de su decisión y la puedan evaluar.

El juez también debe comportarse a través de la oralidad. Sus instrumentos no son más las constancias de autos, lo que conste en el expediente, sino lo ocurrido en la audiencia de juicio oral que él mismo presenció. Su convicción no es

⁵²⁰ *Ibidem*.

⁵²¹ Cfr. SUPERTI, Héctor Carlos. “La garantía constitucional del juez imparcial”, ob. cit., p. 316.

íntima, sino que es racional y su responsabilidad es expresarla a través de razones.

4.3.1.2. Revaloración del proceso:

Bajo el tradicional esquema procesal de tipo inquisitivo, el proceso prácticamente no tiene mayor relevancia para la formación de la convicción judicial. Se ha observado que las sentencias bajo ese esquema corresponden en su sentido esencialmente con el contenido del auto de término constitucional;⁵²² es decir, los términos en que el Ministerio Público planteó la consignación son básicamente los mismos que forman el criterio para que el juez sentencie. Esto ha minimizado la trascendencia de los acontecimientos del proceso, pues el juez se ve vinculado por su propia convicción formada desde el inicio del proceso cuando dictó el auto de formal prisión con base en la consignación. El juez que decidió iniciar el proceso es el mismo que luego sentencia, lo que compromete su convencimiento.

Bajo el esquema acusatorio, el juez del proceso y de sentencia es distinto al juez que decidió el inicio del proceso. En efecto, el Juez de Control es el que dicta el auto de apertura de Juicio Oral, en que se fija la materia de la litis y las pruebas a desahogar, mientras que es un juez distinto, el de Juicio Oral, el que bajo un supuesto de *tabula rasa*, de no conocimiento de los antecedentes del caso para no encontrarse predispuesto a él, conoce del debate y del desahogo de pruebas, para después resolver.

El Juez de Juicio Oral no se siente absolutamente vinculado con el auto de apertura de juicio oral, y lo que le obliga legal y epistemológicamente son los acontecimientos del proceso porque la convicción se forma ahí. De esta manera, el proceso se revalora y adquiere una importancia que se había diluido bajo el sistema inquisitorio.

4.3.1.3. Equilibrio procesal e intermediación:

En todas las fases del proceso impera el principio de equilibrio procesal, en que concurre el de intermediación. El juez ya no puede desdeñar al proceso con la delegación de funciones, sino que por el contrario debe ser cuidadoso en vigilar personalmente el respeto a estos dos principios.

Bajo el modelo inquisitivo, el Ministerio Público ha tenido un papel determinante en la inclinación de la balanza, pues él tiene el monopolio de la acción penal, él gobierna la fase de averiguación y determina los elementos para consignar, mismos que el juez tiene en cuenta básicamente para dictar el auto de término constitucional, el cual le servirá de orientador casi absoluto para dictar la sentencia condenatoria.

⁵²² PÁSARA, Luis. *Cómo sentencian los jueces del D.F. en materia penal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, p. 36.

Ahora, bajo el sistema acusatorio, el Ministerio Público ya no tiene el monopolio de la acción penal, la víctima y/o el ofendido participa de manera activa desde la investigación, la etapa intermedia y, por supuesto, durante el proceso, lo mismo ocurre respecto del procesado desde el momento en que se realiza la imputación. Al juez corresponde velar que tengan igualdad de oportunidad para conocer lo que ocurre en el proceso, poder rebatirlo y poder acreditar o desacreditar los dichos de cada quien.

De esta manera, los argumentos de acusación y de defensa, así como los particulares de las víctimas y de los ofendidos, tienen que ser escuchados y valorados en igualdad de circunstancias por el juez.

4.3.1.4. *Prevalencia del principio de presunción de inocencia:*

Bajo el modelo inquisitivo, la versión de los hechos que suele prevalecer para el juzgador es la de la acusación. Se ha observado⁵²³ que la práctica de sentenciar en nuestro sistema inquisitivo recurre, a veces abusivamente, al criterio de “confesión calificada divisible” para darle valor probatorio a todo aquello que en la declaración pueda perjudicar al confesante y negárselo a lo que le pueda favorecer.⁵²⁴ Este criterio es absolutamente contrario al principio de presunción de inocencia, en tanto se basa en el de que quien afirma se encuentra obligado a probar, por lo que transfiere la carga de la prueba en el campo penal al procesado.

Por el contrario, en el sistema acusatorio, la carga de la prueba rige para la acusación. En el estudio realizado por Luis Pásara, sobre sentencias dictadas por

⁵²³ *Ibídem.*

⁵²⁴ **CONFESIÓN CALIFICADA DIVISIBLE. CASO EN QUE SE CONFIGURA** (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Si bien es cierto que la confesión es el reconocimiento de la propia responsabilidad y de la participación personal en la comisión de un delito, como lo establece el artículo 124 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado, también lo es que *si el procesado, reconociendo su responsabilidad, introdujo argumentos tendientes a acreditar que su actuación fue legal, éste debe demostrar tal circunstancia, pues el que afirma está obligado a probar* y, en caso de negar, es necesario probar la negativa cuando contraría una presunción legal, o envuelva la afirmación expresa de un hecho, según lo prevén los artículos 192 y 193 del ya mencionado código, por lo que dicho reconocimiento debe ser considerado como una confesión calificada divisible, y producir sus efectos en lo que le perjudica, de conformidad con lo que dispone el diverso 194 del mismo ordenamiento legal, siempre y cuando la conducta a él atribuida, a su vez se acredite en autos con otros medios de convicción. (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, 9ª época, Jurisprudencia, XVIII, dic. 2003, pág. 1206, Tesis VI. 1º P.J./43, Reg. 182699*).

CONFESION CALIFICADA DIVISIBLE. *La confesión calificada por circunstancias excluyentes o modificativas de responsabilidad es divisible si es inverosímil, sin confirmación comprobada o si se encuentra contradicha por otras pruebas fehacientes, en cuyos casos el sentenciador podrá tener por cierto sólo lo que le perjudica al inculpado y no lo que le beneficia.* (*Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, 8ª época, VI, Segunda Parte-1, Julio-dic. 1990, p. 337, Jurisprudencia, Tesis VI 2º.J/82, Reg. 224777*).

jueces de primera instancia en materia penal en el Distrito Federal, en el año de 2003, el cual hemos citado ya en párrafos anteriores, narra las experiencias de dos jueces sobre el tema, las que se retoman por ser altamente ilustrativas del status de pensamiento judicial bajo el esquema inquisitivo aún vigente:

“Un juez contó el caso de un procesado por homicidio ‘al que nunca se demostró tener un motivo para el delito’. El juez admitió haber tenido dudas hasta el momento en que lo sentenció a 27 años de prisión y precisó que la sentencia fue confirmada por la sala. Otro juez refirió el caso de un individuo que fue procesado por robo de vehículo, habiendo sido hallado dentro de un auto pero sin haberse probado que hubiera intentado llevárselo, salvo por una declaración de un menor que dijo que el carro había avanzado dos metros. ‘Debió ser absuelto –reflexionó el juez en la entrevista- pero lo condené por robo y pensé: ‘la sala lo va a absolver’. Sin embargo, la sala le dio tentativa. Tampoco ellos se atrevieron a absolver”.⁵²⁵

Pareciera que absolver fuera en el juez un acto de valor o de mayor esfuerzo que el de condenar, según se desprende del estudio en mención, del que se infirió que el juzgador suele actuar –preponderantemente- con criterios sancionatorios. Se preguntó a algunos jueces entrevistados cómo se explica el bajo número de absoluciones (en los tiempos del estudio, las estadísticas judiciales del INEGI situaban en alrededor del 90% el porcentaje de sentencias condenatorias en el país). *“Una juez explicó la dinámica percibida por ella, según la cual, ‘Es más fácil condenar que absolver. Absolver implica mayor razonamiento, hay que convencer’. En el fondo, subyace el hecho de que ‘hay mucha desconfianza en el juzgador’, detrás de la cual se halla ‘la sospecha de la corrupción’”*.⁵²⁶ Se da a entender que desde el punto de vista de la sociedad y de las instancias superiores judiciales es más aceptable una sentencia condenatoria que una absolutoria, pues ésta despierta sospecha de corrupción en el juez.

Sin embargo, llama la atención aquélla afirmación de que el absolver implica una tarea de mayor razonamiento, y eso es cierto. En las sentencias condenatorias se suelen usar “machotes”, transcripciones repetitivas y razonamientos de valoración de prueba conjunta, que sin mayor detalle o explicación llevan a la conclusión condenatoria. Por el contrario, elaborar un razonamiento que analice las pruebas para justificar una sentencia absolutoria pareciera una excepción a la generalidad, que implica un mayor esfuerzo argumentativo.

El modificar esa inclinación inercial por la sentencia condenatoria implica girar la visión hacia el principio de presunción de inocencia, en que ante la duda, el juez debe dar prevalencia a la inocencia del acusado y preferir un error judicial en

⁵²⁵ PÁSARA, Luis. *Cómo sentencian los jueces del D.F. en materia penal*, ob. cit., p. 35.

⁵²⁶ *Ibidem*.

que se suceda un “falso negativo” (absolución falsa), y no un “falso positivo” (condena falsa), lo que sólo puede suceder si se eleva el estándar probatorio de condena.

4.3.1.5. *Modificación de los criterios de valoración de prueba:*

El método tradicional de construir resoluciones en materia penal, bajo el esquema inquisitivo, es hacer una relación de las pruebas existentes y afirmar, al final, que con ellas se demuestra tal o cual extremo jurídico necesario para resolver. Se tiende a un análisis de pruebas no particularizado, que no aclara las razones jurídicas y fácticas por las que se otorga credibilidad a cada elemento de prueba.⁵²⁷ Es usual también que se realice una síntesis final de lo que supuestamente se desprende de la totalidad del material probatorio considerado, cuando si se examina es en determinados y muy reiterados elementos de prueba, en que se concentra tal determinación.

Bajo el sistema tradicional inquisitivo, las pruebas son valoradas mediante criterios tasados, ya sea legales, de hecho o por criterios establecidos. Los tipos de prueba que se han identificado como decisivos bajo este esquema son las declaraciones del denunciante o agraviado, del procesado, de los policías remitentes y de testigos.⁵²⁸ Los policías suelen no haber presenciado los hechos, pero sus testimonios pueden ser tomados en cuenta como una versión de lo sucedido y aunque los testimonios tengan un gran valor probatorio, si son pruebas de descargo, este valor aminora, con razonamientos de que si bien en materia penal no existe la tacha de testigos, cuando se demuestra la parcialidad con la que se conducen por ser familiares del acusado, por ejemplo, se presume que sus testimonios están encausados a la exoneración de la responsabilidad.⁵²⁹ Sin embargo, la evidencia de tal parcialidad no es real.

Entonces, el juzgador en el esquema acusatorio tiene que cambiar su método de valoración de pruebas para hacer explícitos los elementos de su convicción, lo que tiene que suceder a través de esquemas argumentativos como los propuestos tanto en la narración de los hechos, como en el análisis de la prueba de la que se desprenden.

⁵²⁷ Cfr. **IBARRA FERNÁNDEZ, Pablo Antonio**. *Guía para la estructuración de algunas resoluciones penales*. Comisión Especial para la Elaboración de Manuales de los órganos Jurisdiccionales, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2002, pp. i y ss.

⁵²⁸ Pásara pone como ejemplo un caso en que de una denuncia por robo de autoparte de vehículo, sólo se logró demostrar que el procesado se encontraba dentro del vehículo en estado de embriaguez, pero las declaraciones del dueño del vehículo, de la persona que lo manejaba y del policía remitente fueron suficientes para condenar, pese a que el procesado alegó que ingresó al vehículo sólo para dormir (exp. B-218-00) (**PÁSARA, Luis**. *Cómo sentencian los jueces del D.F. en materia penal*, ob. cit., p. 7).

⁵²⁹ *Ibidem*.

El trabajo del Dr. Pásara, narra un caso mexicano que evidencia la carencia en la narración judicial de los hechos y la consecuente errónea apreciación y calificación de los delitos:

“...se procesó al propietario de una fábrica como consecuencia de que resultaran muerto un niño y heridas varias otras personas, luego de que se produjera un incendio en las instalaciones del negocio. Entre los lesionados se halló un bombero que ingresó al local para sofocar el fuego en el momento en que se produjo la explosión de un tanque, como resultado de lo cual esta persona perdió ambas piernas. Desde un punto de vista técnico, el caso ofrecía una oportunidad especialísima para discutir la pertinencia de incorporar la noción de responsabilidad por omisión, a partir de la cual pudiera derivarse la condena del propietario por los daños causados... el punto clave en el análisis era determinar si el propietario, por determinada inacción, creó o aumentó el peligro de que ocurriera el siniestro, origen del perjuicio. Pese a que las pruebas actuadas no ofrecieron elementos de juicio indubitables y a que no se demostró conexión entre actos efectivamente omitidos por el acusado y la generación del siniestro, el juez consideró que el propietario desatendió un deber de cuidado, que ocasionó la muerte del niño y otros perjuicios. Pero la situación particular del bombero, en la que la propia víctima se puso en peligro, al asumir el riesgo al que se expuso, parece menos sencilla de ser colocada bajo las consideraciones generales del caso, dado que él mismo contribuyó con su conducta profesional al resultado causado. La riqueza del tema no fue advertida por el juzgador quien incluyó entre las lesiones causadas por el siniestro, y por las cuales debía responder penalmente el propietario del negocio, las sufridas por el bombero, en idénticas condiciones a las reconocidas en vecinos que resultaron lesionados.”⁵³⁰

Los errores en el tratamiento de los hechos, en la calificación legal y en la atribución de culpabilidad y, consecuentemente, de responsabilidad penal son tan delicados en sus consecuencias como la absolución errónea, este dilema no es nuevo ni fácil de solucionar, pero el proceso acusatorio trata de superarlo con un estándar de prueba exigente que pesa sobre la argumentación del juez penal. Esta argumentación se evidencia en las sentencias, que constituyen el producto principal del sistema de justicia, a través de las cuales se conoce no sólo al sistema, sino a los jueces que las dictan.⁵³¹

⁵³⁰ Exp. C-14-1997.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 2.

4.3.2. Asunción judicial de los principios de interpretación conforme y *pro personae*, en razón de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

A la reforma constitucional de junio de 2008 en materia penal, se suma la reforma de junio de 2011 en materia de derechos humanos. Se incorpora al sistema legal mexicano la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de acuerdo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, bajo la protección más amplia.⁵³²

En efecto, el diez de junio de dos mil once se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 1º de la Constitución Federal para quedar, en sus primeros tres párrafos, como sigue:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley”.

Con antelación a la reforma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se había planteado acatar la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el expediente Varios 912/2010⁵³³. En su resolución de 14 de julio de 2011, la Corte tuvo en cuenta uno de sus párrafos medulares de la dictada por la CIDH:

“cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del

⁵³² Cfr. **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SANCHEZ GIL, Rubén.** *El Juicio de Amparo y el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Estudio monográfico*, ob. cit., pp. 49 y ss.

⁵³³ Sentencia de 14 de julio de 2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010. Caso Radilla Pacheco, pp. 29 a 35.

Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."⁵³⁴

A partir de este postulado, la Suprema Corte estableció que todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por aquellos contenidos en la Constitución Federal, y adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.

Es interpretación del artículo 133 en relación con el 1º (ya para entonces reformado) se dispuso que los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

Se dispuso también que el parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

⁵³⁴ Sentencia de 23 de noviembre de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. los Estados Unidos Mexicanos, p. 339.

Se hizo énfasis en que la posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la *presunción de constitucionalidad de las leyes*⁵³⁵, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

La Suprema Corte estableció entonces tres pasos a seguir por parte de los órganos jurisdiccionales del país, en este tipo de interpretación:

- A) **Interpretación conforme en sentido amplio.** Los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, con la protección más amplia, en todo tiempo, a las personas.
- B) **Interpretación conforme en sentido estricto.** Cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, a partir de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- C) **Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.** Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

Con motivo de la reforma constitucional de junio de 2011, definida en sus alcances por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los jueces mexicanos federales y locales deben ajustar sus sentencias a lo contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados suscritos por México. Es decir, tienen obligación de ejercer un control convencional difuso *ex officio*.⁵³⁶

⁵³⁵ La presunción de constitucionalidad se traduce en que cuando una disposición legal admita más de una interpretación, debe privilegiarse la que sea conforme a la Constitución, por lo que cuando una norma legal admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición a la Ley Suprema, siempre que sea posible, se deberá optar por acoger a aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución. **(INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN.** No. Reg. 170280. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Febrero de 2008, Tesis: P.IV/2008, p. 1343).

⁵³⁶ La obligación de los jueces mexicanos de realizar el control difuso de convencionalidad *ex officio* deviene también de otras tres sentencias condenatorias al Estado mexicano en que expresamente se refiere al “deber” de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, de ejercerlo (Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 234; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, No. 216, párr. 219; y Caso Cabrera García y

Estamos ante la exigencia de la modificación o adecuación del discurso jurídico y de los argumentos que en sede judicial se formulan para hacer explícito en los hechos, la prevalencia de los derechos humanos.⁵³⁷

Es importante tener en cuenta que en ella se fijan dos principios de interpretación novedosos en el sistema legal mexicano, que inciden también en el campo judicial penal: el principio de *interpretación conforme*, que significa cumplir al mismo tiempo con la Constitución y con los tratados; y el principio *pro personae*, que da mayor peso a la interpretación que más favorezca a la persona.⁵³⁸

Aunque la norma que implique un mayor nivel de protección de los derechos de la persona sea jerárquicamente inferior o haya sido introducida al sistema jurídico con anterioridad a otra menos protectora, con base en el principio *pro personae* debe aplicarse sobre cualquier otra. Asimismo, conforme al principio de *interpretación conforme*, los jueces no sólo deben tomar en cuenta los instrumentos internacionales al momento de interpretar las normas de derechos humanos, sino incluso considerar los criterios jurisprudenciales que los diversos mecanismos universales y regionales de protección de derechos humanos han establecido.⁵³⁹

Se trata de una manifestación de la *progresividad* de los derechos humanos, pues su ámbito de protección siempre va hacia adelante y no admite regresiones. Por ello, al aplicar las normas protectoras de derechos humanos debe favorecerse la alternativa que dé mayor amplitud a la protección que ofrecen.⁵⁴⁰ Igualmente, se incluye la idea de *universalidad* que es sustancial a los

Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr.225) Igualmente, se deriva la obligación judicial del control convencional ex officio de lo dispuesto en los artículos 1º (obligación de respetar los derechos), 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho internacional) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la Convención Americana de Derechos Humanos, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981. Asimismo, de los artículos 26 (pacta sunt servanda) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del Tratado) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, vigente en México desde el 27 de enero de 1980. Cfr. **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo**. "Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano", en *Estudios Constitucionales*, Año 9, Núm. 2, Chile, 2011, pp. 532 y 533 [consultable en http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/artículo_13.pdf].

⁵³⁷ Cfr. **PLATAS PACHECHO, María del Carmen**. "Principios éticos de la argumentación a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos". En *Argumentación Jurisprudencial, Memorias del II Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*. SCJN, México, noviembre 2012, p. 141.

⁵³⁸ Cfr. **GARCIA CASTILLO, Tonatiuh**. *La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional*. Artículo por publicarse, p. 18.

⁵³⁹ Cfr. **PLATAS PACHECHO, María del Carmen**. "Principios éticos de la argumentación a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos", ob. cit., p. 141.

⁵⁴⁰ Cfr. **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SANCHEZ GIL, Rubén**. *El Juicio de Amparo y el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Estudio monográfico*, ob. cit., p. 58.

derechos humanos, pues exige que sus titulares sean todas las personas, sin discriminación alguna. Y en cuanto a los principios de *integralidad o indivisibilidad e interdependencia*, se implica que todos los derechos se encuentran interrelacionados y que no se puede garantizar su goce y ejercicio, sin atender a los demás.

Este control que el juzgador debe ejercer se circunscribe al caso concreto de su jurisdicción, dentro del ámbito de sus potestades legales, de las formas procesales que le corresponden y dentro de la litis que resuelve. En ese contexto debe verificar la compatibilidad de la norma nacional que se aplica en el caso concreto con las normas de máxima jerarquía de fuente interna y externa, primero a partir de la presunción de su constitucionalidad, después bajo la interpretación conforme y si no es posible, mediante su desaplicación, sin realizar una declaratoria de inconveniencia en sus resoluciones.⁵⁴¹

Los criterios protectores de los derechos humanos y los lineamientos de control convencional definidos por nuestro Alto Tribunal, inciden en la actividad jurisdiccional penal que ya de por sí, bajo el sistema acusatorio, exige que el juez prefiera, ante el caso de duda, absolver que condenar, presumir la inocencia, que la culpabilidad.

El imperativo de aplicar el *principio pro personae* y de *interpretación conforme* también se entiende en el ámbito penal para la protección de los derechos inherentes a la tutela jurisdiccional efectiva y que son de particular relevancia en el proceso penal, como son el acceso a la justicia, el debido proceso (que comprende a su vez las formalidades esenciales del proceso, la publicidad y el derecho a la información, el derecho de defensa, la exclusión de pruebas ilícitas, la igualdad procesal, el respeto al plazo razonable, la motivación de las resoluciones judiciales y el derecho a la impugnación) y la eficacia de la sentencia; a la par de la protección de la presunción de inocencia y la libertad e integridad personal.⁵⁴²

Entonces, en el sistema penal mexicano, el juez de juicio oral se ve ahora doblemente constreñido por imperativo constitucional a conducirse ex officio bajo los máximos criterios protectores de derechos humanos, no sólo bajo las directrices legales que sean aplicables a los procesos de su conocimiento, sino bajo los mandatos constitucionales e internacionales en que México se encuentre obligado.

⁵⁴¹ Cfr. **ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto**. *El control de convencionalidad ex officio. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los Jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación*. Serie Cuadernos de Jurisprudencia No. 8, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. SCJN, México, 2012, p. 29.

⁵⁴² *Ibidem*.

Si bien, este principio rige para todas las partes en el proceso, es indiscutible que quien resulta altamente expuesto a las mayores violaciones procesales y sustantivas en un proceso penal suele ser el inculpado, sin dejar de tener en cuenta que las víctimas y los ofendidos tienen un alto interés hasta ahora ignorado o minimizado.

El juez tendrá que resolver con una amplitud de perspectiva que tenga en cuenta las normas constitucionales y legales nacionales, que rijan en principio al proceso, armónicamente con las normas de origen internacional protectoras de derechos humanos, incluso, sobre ellas si es que son opuestas a las primeras.

Por tanto, del juez del sistema acusatorio se espera que dé un giro absoluto en sus formas de estructurar pensamientos, razonar, actuar. No estamos tan sólo ante un cambio de métodos, sino de paradigmas exigentes todos de un juez más capaz y apto en el conocimiento de las disposiciones internacionales protectoras de los derechos humanos. Esperamos un juez con una perspectiva amplificada a los campos del conocimiento de derecho internacional, a las técnicas de investigación policial y pericial, a la apreciación de la prueba caso por caso, sensibilizado en la trascendencia social de sus resoluciones y, por supuesto, con un alto nivel de capacidad argumentativa.

4.4. CONCLUSIONES.

Esperamos haber mostrado cómo el papel del juez en el juicio acusatorio varía en función de la etapa procesal de que se trate. De hecho, como hemos visto, no es el mismo juez quien interviene en una etapa u otra, lo que permite que el juzgador de ulterior etapa conozca del asunto sin tener predisposición hacia el mismo ni una decisión preformada. Se ha evidenciado cómo durante la investigación, el Juez de Garantías o de Control interviene principalmente para garantizar el respeto a los derechos fundamentales del investigado, o de ambas partes si es que deciden resolver el asunto por alguna vía de solución alterna al juicio. Resuelve también sobre situaciones específicas de sensible vulneración a derechos fundamentales, como es la práctica de pruebas anticipadas, medidas cautelares, providencias precautorias o ciertas técnicas de investigación a partir de las cuales pudiese constituirse elementos de prueba, como son los cateos o el aseguramiento de bienes.

La intervención del Juez de Garantías en esta etapa –como hemos visto- es intermitente pero ágil, e inmersa en las necesidades de la investigación y a la vez resguardante de los derechos fundamentales de los involucrados. En tanto se pronuncia sobre la pertinencia de las diligencias policiales, sus decisiones van más allá de la aplicación estricta de la ley, por lo que debe tener una amplitud de criterio sobre las circunstancias de la investigación, en equilibrio con su función garante de los derechos fundamentales. Este juez no cuenta con mucho tiempo

para meditar sus decisiones, por lo que tiene que ser asertivo en las cuestiones que se le presentan, a partir de los elementos que las partes le exponen.

Hemos visto que una vez que el Ministerio Público ha formulado la imputación, el Juez de Garantías pasa a integrarse a un esquema de tercero imparcial entre dos partes contendientes, decide sobre la procedibilidad de vincular a proceso al imputado, declarar legal y constitucional su detención y sobre su situación jurídica, a partir de la naturaleza de los hechos que se le imputan, acreditados por elementos indicativos de presunción de responsabilidad, que no requieren de un alto nivel probatorio aún.

Ha quedado también analizado cómo en la etapa intermedia, preparatoria al juicio oral, el Juez de Garantías decide sobre la pertinencia del juicio, establece la *litis* del asunto, el objeto del proceso, los sujetos intervinientes y la prueba a examinar. Asimismo, decide cuestiones previas al juicio y lo depura (competencia, extinción de la acción penal, cosa juzgada, litispendencia). Estas decisiones se toman con audiencia de las partes, quienes pueden ofrecer elementos de prueba para que el juez tome la decisión. Hasta ese momento, el Juez de Garantías se sigue pronunciando desde el punto de vista de legalidad y constitucionalidad, sus argumentos se forman en torno de lo planteado por las partes y de manera incipiente se pronuncia sobre la prueba de hechos. Esto es, hasta ese momento procesal el juez se ha enfocado en la decisión sobre la legalidad de las diligencias policiales, de investigación y de la procedencia del juicio, principalmente.

Así, ha quedado establecido que es en la etapa de juicio oral, en la que el Juez –quien es distinto al de Garantías- se ocupa desde una situación de *tabula rasa*, de conocer de los hechos que se le plantean. Si bien su argumentación tiene que ver en mucho con cuestiones de legalidad, el pronunciamiento que hará en el fondo será sobre la valoración de la prueba, cuyo desahogo ha presenciado directamente y ante la cual ha tenido la oportunidad de formarse una opinión en un contexto de descubrimiento (formación inicial o hipotética de solución del caso), para posteriormente situarse en un contexto de motivación (en que adoptada la decisión, es su responsabilidad clarificarla ante las partes y la sociedad, de manera sostenida, contundente, fuerte, bajo las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia).

En este capítulo nos planteamos si existe realmente diferencia de las estructuras argumentativas del juez de sentencia en el sistema acusatorio frente al inquisitivo. La respuesta obtenida es que sí, pues las estructuras son diferentes en tanto el juez tradicional ha solido tomar las conclusiones de cada prueba de manera aislada para “armar” o “configurar” cada uno de los requisitos que la ley define como integrantes de los tipos penales y de la responsabilidad penal. Este razonamiento toma de manera aislada cada prueba o, en ocasiones, concatenadas entre sí, pero con el objeto de cumplir con un elemento concreto que la ley impone para establecer la existencia de un hecho delictuoso o arribar en la responsabilidad del procesado. Los mismos elementos argumentativos que se usan para analizar los hechos, se emplean para configurar la responsabilidad

penal, de manera que mediante las mismas deducciones, se tiene por responsable a alguien y se tienen por configurados los hechos que se le imputan. Poco relevante resulta valorar cada prueba sobre los hechos y contextualizarla con las otras, pues la sentencia no se ve como un todo integrado, sino como un conjunto de conclusiones que ha logrado reunir -uno a uno- los requisitos aislados que la ley exige para sentenciar.

Después del análisis realizado, es dable concluir que el juez de juicio acusatorio debe superar esta estructura para analizar la prueba de los hechos de manera específica, pero contextualizada con las otras, de manera que sus conclusiones configuren un todo que se acerque objetivamente a la reconstrucción de lo sucedido, por un lado, y a la posibilidad de que esos hechos probados puedan ser imputados al procesado, por otro.

Hemos constatado la necesidad de que el juez distinga los razonamientos que lo llevan –por un lado-, a la configuración de los hechos delictivos y -por otro- a la imputación de la responsabilidad penal.

Es evidente que en el razonamiento argumentativo del juez de sentencia en el sistema acusatorio debe haber un cambio tanto en el orden de la estructura, como en la apreciación de la prueba. En cuanto a su orden estructural, debe haber un enfoque directo en la precisión de los hechos, que es la materia total de análisis judicial. El juez debe delimitar los hechos probados y relevantes para el juicio, de manera que la sentencia se concrete en ellos, lo que propiciará que se logre en ellas economía, coherencia y claridad.

Se ha constatado que el gran problema del juez oral es la prueba. Si se parte de la premisa de que en el juicio acusatorio el pronunciamiento se realiza a través de la valoración contextual de la prueba, bajo una libertad entendida como la no sujeción a normas que determinen el resultado de la valoración, el juez tiene la gran responsabilidad de sustentarse en criterios generales de la lógica y de la racionalidad. Ese razonamiento judicial se basa en una probabilidad inductiva, en que cada prueba se valora de manera individual para después realizar una valoración conjunta.

Por otro lado, los principales elementos que inciden en la transformación argumentativa son la oralidad, la revitalización del proceso, el imperio del principio de equilibrio procesal, la real prevalencia del principio de presunción de inocencia, y –como ya hemos dicho- la modificación de los criterios de la valoración de la prueba.

Es evidente que el proceso en el esquema acusatorio se transforma en un método cognoscitivo, en un conjunto de reglas en el que toda hipótesis sobre el hecho se somete a un control de verificación, de modo que la motivación del juez reproduce el racionalismo crítico que se dio en el proceso. La tarea del juez en la sentencia es reconstruir los hechos del pasado a partir de los datos del presente. Para ello, debe identificar las fuentes de prueba, valorar su fiabilidad, identificar los

medios de prueba que otorgan esas fuentes, y concluir en los elementos probatorios contenidos.

Una vez identificado el valor de cada prueba, se debe proceder a la valoración conjunta que parte precisamente de la relación de los elementos de prueba valorados en lo individual que lleva a conclusiones probabilísticas generales que deben ser capaces de resistir otras contrapruebas.

Al juez le corresponde escoger la explicación más probable, probabilidad que se explica en cuanto mayor es el número de circunstancias que se logran explicar. Igualmente, corresponde que esa explicación resista toda circunstancia de refutación, para lo cual la concepción argumentativa de Toulmin resulta una herramienta útil, pues se integra en un esquema dialéctico que prevé las fortalezas y debilidades de las razones argumentativas, que contextualizadas en los principios del sistema acusatorio, son base útil para el razonamiento judicial.

Conforme a lo expuesto, la fortaleza de los argumentos se encuentran en el esquema toulminiano en las razones, la garantía y el respaldo; nuestra contribución está en concluir que el juez de juicio oral, al integrar sus razones, garantías y respaldos, debe ir más allá de lo que le proporcionen las leyes y los precedentes (como ha ocurrido tradicionalmente en el esquema inquisitivo), sino que debe echar mano de nociones de experiencia común con un alto grado de probabilidad o, aun mejor, que provengan de la racionalidad que otorga la ciencia (de manera que la prueba científica tiene un papel crucial en el sistema), sin dejar de tener en cuenta que en todo caso el juez debe hacer un análisis integral de la prueba que lo lleve a concluir en la confirmación de las hipótesis planteadas, o en su desechamiento.

De esta forma, en este capítulo ha quedado demostrado que el estándar de prueba en la argumentación del juez penal es altamente exigente. Implica la ausencia de dudas en el tratamiento de los hechos, la calificación legal y la atribución de responsabilidad, con la responsabilidad acentuada a raíz de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos, que impone al juez aplicar en todo momento el principio *pro personae* (inclinarse por la interpretación más favorecedora a las personas) y de interpretación conforme (cumplir tanto con los principios constitucionales como los contenidos en los tratados internacionales). Conclusión que será válida sólo si ha resistido el contraste del proceso y si se ha ocupado de los hechos jurídicamente relevantes.

CAPÍTULO 5

EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LAS ESTRATEGIAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESQUEMA DE ARGUMENTACIÓN ORAL

“¿Las dificultades de implementación de la reforma procesal penal y la laxitud creciente del sector justicia deben llevarnos a deducir que la modernización y la eficiencia son imposibles? ¿Debemos pensar que no merecemos la justicia, que no la podemos alcanzar, que no contamos con condiciones para avanzar, que no tenemos preparación ni capacidad ni recursos, ni condiciones para la modernidad? ¿Debemos aceptar lo que algunos dicen sobre que normas de excelentes resultados para otros países son imposibles en nuestros pueblos, educados en el servilismo?”... “Si las personas pierden la confianza sobre la eficiencia del proceso judicial como método para realizar la justicia, el derecho pierde significado.”⁵⁴³

5.1. PRESENTACIÓN.

Una vez planteada la evidente transformación del esquema argumentativo judicial en el sistema procesal penal acusatorio, y señalados sus elementos, en este capítulo se pretende presentar estrategias concretas para la implementación del esquema argumentativo propuesto. Si bien estas estrategias corresponden a los poderes judiciales federal y locales, el planteamiento que ahora se presenta se concibe conveniente desde el Poder Judicial de la Federación, que desde antes de la publicación de la reforma en 2008 se ha preocupado por su recepción en el

⁵⁴³ BARRIENTES PELLECCER, César. “Evaluación de la Reforma Procesal Penal en Guatemala”, ob. cit., p. 65.

sistema judicial federal mexicano y que hoy día se ha posicionado como una instancia decisiva en el proceso de implementación.

Para realizar este planteamiento práctico, en este capítulo se analizan primero los antecedentes de trabajo del Poder Judicial de la Federación en cuestiones de implementación de la reforma penal, las fortalezas institucionales que consideramos posee y que le permiten avanzar en ello, las áreas de oportunidad que consideramos se deben explorar, desarrollar y fortalecer –entre las que evidentemente se encuentra el tema del desarrollo de esquemas argumentativos judiciales ideales- y, finalmente, la sugerencia de una guía práctica para la instauración de los esquemas de argumentación judicial en el contexto acusatorio, lo que comprende recomendaciones concretas para el Juez de sentencia.

5.2. ANTECEDENTES.

En octubre de 2008, el Poder Judicial de la Federación se integró al Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, que es la instancia encargada de establecer la política y coordinación nacionales para implementar, en los tres órdenes de gobierno, el sistema de justicia penal. En agosto de 2009, el Poder Judicial de la Federación firmó el Acuerdo al que concurren los tres Poderes de la Unión para la instalación de tal instancia de coordinación.

El 17 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo General 22/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que estableció la competencia de la función en materia de ejecución penal y creó los Juzgados de Distrito Especializados en Ejecución de Penas. De hecho, a la fecha también han sido creados juzgados especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones privadas, que trabajan las 24 horas de los 365 días del año, y que tienen ciertas funciones relacionadas con las que son propias de los juzgados de garantía, en el contexto del sistema acusatorio.

Desde 2008, el Poder Judicial de la Federación ha realizado un número importante de actividades de capacitación en el nuevo sistema, en que han participado como alumnos decenas de miles de profesionales del derecho, entre ellos magistrados, jueces, secretarios, actuarios y oficiales administrativos, así como abogados del foro jurídico. Resulta interesante que el Consejo de la Judicatura Federal ha aprobado la instalación de un circuito piloto para poner en ensayo las nuevas exigencias.⁵⁴⁴

⁵⁴⁴ Cfr. *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional*. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, México, 2011, pp. 12 y 13.

Ahora bien, México tiene la particularidad de que la implementación de la reforma penal ha sido experimentada en ciertas entidades federativas, antes de que ocurra a nivel federal, lo que es raro en nuestras formas típicas de cambio, pues por lo general, las grandes reformas se han generado desde el centro hacia el interior de la República. En esta ocasión, es la Federación la que tiene oportunidad de aprender a partir de las experiencias de las entidades federativas que ya aplican el sistema acusatorio.

Otra particularidad que ha sucedido en México es que después de la reforma de 2008 en materia penal, en 2011 se suscitaron dos reformas constitucionales muy importantes en el sistema de justicia y son las que se ocupan de la materia de Derechos Humanos (publicada el 10 de junio) y Juicio de Amparo (6 de junio). El Poder Judicial de la Federación contempla a estos eventos como un todo –junto con el de la reforma penal- y ha decidido integrarlos en un solo proceso de transformación del sistema judicial mexicano.

El criterio para esta integración es que se trata de tres grandes transformaciones en la forma de administrar justicia. A la penal, se adiciona la obligación de toda autoridad –incluso la judicial en general- de aplicar e interpretar las normas bajo el parámetro de protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y en el derecho internacional obligatorio para México. Este criterio inclusivo de resguardo de los derechos fundamentales se adecua perfectamente con los principios que rigen al sistema acusatorio adversarial y que buscan la protección de los derechos de las partes contendientes en el juicio penal, tanto para el procesado como para las víctimas, en un plano de máxima igualdad.

La reforma en materia de amparo da pie a una evolución significativa de la institución protectora de derechos fundamentales por excelencia en nuestro sistema, por lo que su convivencia con la reforma penal debe ser armónica.

Bajo una perspectiva integral, el 23 de noviembre de 2011, el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal acordó la creación de la Unidad de Implementación de las Reformas Penal, de Juicio de Amparo y Derechos Humanos en el Poder Judicial de la Federación, como área encargada del estudio, análisis y propuesta del diseño, planeación, ejecución y evaluación de los planes, programas y acciones necesarios para la implementación de dichas reformas en el Poder Judicial de la Federación, en relación interinstitucional con los poderes ejecutivo y legislativo federales, las entidades federativas y el Distrito Federal.

Esta Unidad ha planteado un modelo de implementación que pretender ser *contextual* (que promueva el cambio cultural de los actores jurídicos), *sistemático* (que integre el conjunto de elementos y actores del proceso), *interdisciplinario*

CAPÍTULO 5
EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LAS ESTRATEGIAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESQUEMA DE ARGUMENTACIÓN ORAL

(desde los distintos ámbitos de la administración judicial), *técnico* (sustentado en conocimiento técnico especializado) y *ordenado*.⁵⁴⁵

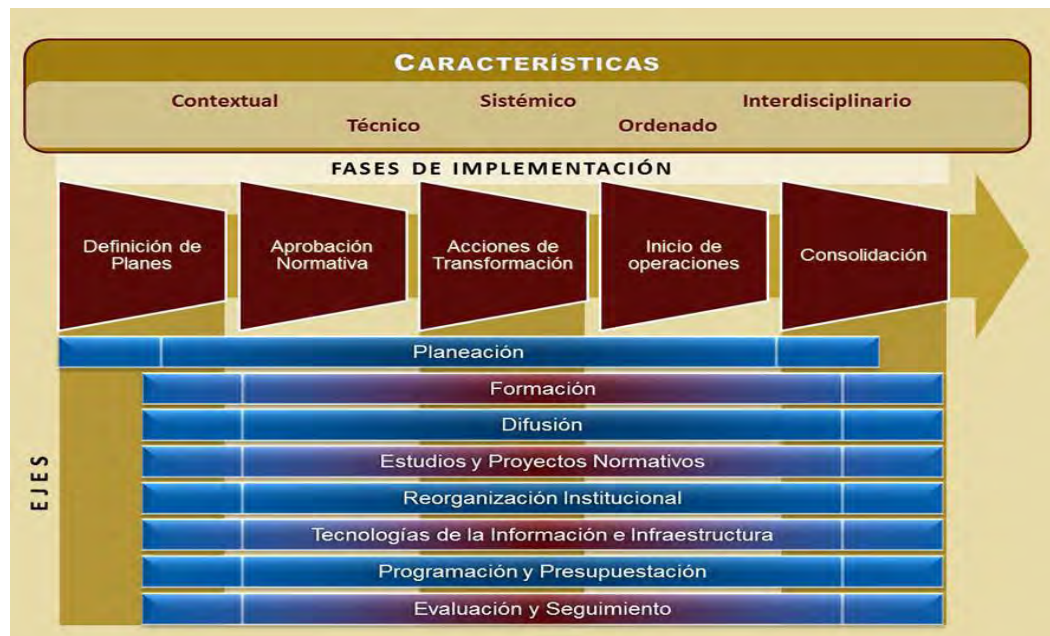
Este modelo se ha planteado en fases de:

1. Definición de planes
2. Aprobación normativa
3. Acciones de transformación
4. Inicio de operación
5. Consolidación

Y, de manera transversal a las fases mencionadas, se plantean los siguientes ejes:

1. Planeación
2. Formación
3. Difusión
4. Normatividad
5. Infraestructura y Tecnología
6. Reorganización Institucional
7. Programación y Presupuesto
8. Evaluación

De manera gráfica, el modelo de implementación se muestra de la siguiente manera.⁵⁴⁶



⁵⁴⁵ *Protocolo del Modelo de implementación de las Reformas Penal, de Juicio de amparo y Derechos Humanos*, Presidencia del Consejo de la Judicatura Federal, Unidad de Implementación de las Reformas Penal, de Juicio de Amparo y Derechos Humanos, p. 17.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 15.

Este modelo de implementación está pensado para el gran total de la reforma al sistema de justicia federal mexicano, pero el tema específico que nos concierne en el proceso de implementación es el del cambio hacia un esquema de argumentación judicial en el contexto acusatorio oral.

5.3. FORTALEZAS INSTITUCIONALES.

Las fortalezas del Poder Judicial de la Federación en el proceso de implementación de la reforma son:

- a) Que como uno de los tres Poderes de la Unión **tiene la fortaleza institucional** para poner en marcha un proceso de implementación respaldado por los medios materiales y humanos que sean necesarios.
- b) Es **consciente de que la implementación debe ser integral**, no sólo respecto de los temas de reforma, sino en cuanto a la normativa, los operadores jurídicos, los métodos de trabajo, los recursos materiales y el contexto social.
- c) Es **consciente de que la implementación debe ser coordinada** con los otros Poderes de la Unión, entidades federativas y Distrito Federal; pero, específicamente, con los otros operadores jurídicos intervinientes en el proceso: la policía, los peritos, los agentes del Ministerio Público, los defensores de oficio y privados, los jueces de control, de juicio y de ejecución, las autoridades administrativas auxiliares, etcétera.
- d) Es consciente de que la implementación **implica un cambio de mentalidad** en los procesos de la impartición de justicia.
- e) El Poder Judicial de la Federación **cuenta con un sistema de carrera judicial operante**, aunque bajo el esquema de impartición de justicia tradicional, el cual debe ser direccionado a la formación de servidores públicos capacitados en el sistema de justicia penal acusatorio.
- f) El Poder Judicial de la Federación es **consciente de que en el cambio de mentalidad se requiere de medidas de capacitación** en sus operadores jurídicos.

5.4. ÁREAS DE OPORTUNIDAD.

La más significativa área de oportunidad para el Poder Judicial de la Federación se encuentra en que, en tanto es consciente de que se requiere un cambio de mentalidad en el concepto de la justicia penal y de sus procesos, las herramientas para activar esta revolución son la capacitación en el sistema de sus miembros integrantes y el rediseño del perfil de sus jueces y personal judicial.

Para efectos de la implementación del esquema de argumentación oral, el perfil del juzgador debe transformarse esencialmente en el concepto de su papel en el proceso y bajo el rediseño de sus formas argumentativas.

El perfil del juzgador bajo el sistema acusatorio debe transformarse en ciento ochenta grados:

- a) **Del juez se esperan sentencias material y procedimentalmente correctas.** En lo material, en cuanto se esclarezcan los hechos (de una forma acercada y posible)⁵⁴⁷; y en lo procedimental, en tanto se respeten los derechos fundamentales, tanto del procesado como de la víctima, sin que dejen de repararse los daños causados.
- b) **Del juez se espera imparcialidad externa e interna,** para lo cual necesitan ser inamovibles, su salario irreductible y su selección objetiva.
- c) El juez de juicio oral –de acuerdo con el marco constitucional mexicano- **puede ser único o colegiado.** El ideal del sistema acusatorio es que sea colegiado porque el proceso está estructurado para que no haya necesidad de una segunda instancia, pues el juez natural es el que percibe y conoce de manera directa lo sucedido y desahogado en el juicio y tiene los elementos para decidir; y si es un órgano colegiado, puede discernir a través del intercambio de opiniones que proporciona una mayor objetividad a la decisión.
- d) El juez de juicio oral **no conoce del asunto sino hasta el momento de la audiencia.** En este sentido, no debe estar prejuiciado para resolver con base en lo que observó y analizó en la audiencia oral.⁵⁴⁸ Conforme al principio de inmediación, su convicción debe estar basada en lo que él mismo perciba durante la audiencia y no por lo sucedido con anterioridad en el proceso.
- e) El juez de juicio oral **es un juzgador pasivo,** a quien no le está permitido aportar pruebas, sino sólo observar cómo las partes desahogan las que aportaron y, con base en ello, emitir un veredicto. No obstante, se ha reflexionado sobre la posibilidad de que sólo en el afán de satisfacer sus herramientas cognoscitivas, pueda obtener claridad de las pruebas sin que se le considere su promotor.

⁵⁴⁷ El derecho procesal penal bajo el sistema acusatorio tiene como meta demostrar una verdad formal o procesal sujeta a verificabilidad, lo que la hace objetiva y, en ese sentido, garantista. Una verdad absoluta es ingenua desde el punto de vista epistemológico, por lo que la verdad procesal es aproximativa. Cfr. **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pp. 45 y ss.

⁵⁴⁸ Uno de los límites a la verdad procesal, señala Ferrajoli, es “la subjetividad específica del conocimiento judicial”, consistente en que el juez, por más que se esfuerce en ser objetivo, siempre será condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, sus sentimientos, inclinaciones, emociones y valores ético-políticos. A esto se suma que siempre existe un carácter probabilístico y opinable de la verdad, lo que ya le resta el grado de certidumbre (*Ibidem*, p. 56).

- f) El juez es vigilante del respeto al principio de contradicción durante la audiencia, lo que significa que debe garantizar que ambas partes tengan igualdad de oportunidad en el debate y el desahogo de sus pruebas. La pasividad del juzgador a que se refiere el inciso anterior no debe ser comprendida de manera absoluta, pues durante el juicio el **Juez es garante de que se respeten los principios de intermediación, publicidad y contradicción**, en garantía de las partes.
- g) El juez **debe emitir su fallo luego que termine el debate** (conforme al principio de continuidad), de manera que su resolución sea motivo inmediato de lo sucedido en audiencia, sin incidencia de factores externos a ella.
- h) Para la emisión de su fallo, el juez debe **valorar la prueba bajo un sistema libre**, específicamente basado en la sana crítica, lo que implica que tiene libertad para valorar las pruebas, pero bajo argumentos racionales.
- i) El **juez está obligado a explicar las razones de su resolución**, lo que evita la arbitrariedad judicial.

Este es precisamente el punto medular en el trabajo argumentativo del juzgador: El momento de la valoración de la prueba para la determinación de los hechos, su calificación como relevantes para el derecho penal y la determinación de la responsabilidad; labor argumentativa que se ve reflejada esencialmente en la sentencia.

No obstante, los métodos para la expresión del argumento en sentencia, en los sistemas de justicia que ya se encuentran en operación en Latinoamérica y algunas entidades federativas de nuestro país, guardan formas tradicionales, propias del sistema inquisitorial, en que el razonamiento deductivo, a partir de la adecuación de los hechos a la norma, que requiere de cuanta reiteración sea necesaria para colmar las exigencias de ley en la calificación de hechos de relevancia penal, siguen en práctica.

El uso de estos métodos se refuerza si tenemos en cuenta que en los códigos procesales de las entidades federativas donde ya se ha implementado el sistema acusatorio, el tema de la explicación de la sentencia no es importante o se tiene por cumplido con la lectura de la sentencia.

De manera general, los códigos procesales penales reformados conforme al juicio acusatorio en nuestras entidades federativas, han establecido que, concluido el debate, el juez o tribunal ordenará un receso para deliberar en privado en forma continua⁵⁴⁹ hasta emitir la decisión de absolución o condena que se hará en audiencia, en la cual el juez relator informará sintéticamente los fundamentos de hecho y derecho que la motivan.⁵⁵⁰ La sentencia absolutoria debe ser

⁵⁴⁹ La legislación de Durango establece que la deliberación debe ser “privada, continua y asilada” (Art. 353 y ss.).

⁵⁵⁰ Así está previsto en Baja California, Chihuahua, Durango, Zacatecas y Morelos.

redactada en un máximo de cinco días⁵⁵¹, por lo general, y la condenatoria en el lapso que transcurra hasta la audiencia para su lectura⁵⁵², o hasta la audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño. Sin embargo, en ningún caso se prevé sanción para el evento de que no se cumpla con los plazos de redacción. La necesidad de un nuevo juicio se plantea sólo para el evento de que hubiera la necesidad de reemplazar a un juez en la deliberación.⁵⁵³

La legislación del Estado de México sí señala expresamente la necesidad de que la sentencia sea explicada en audiencia,⁵⁵⁴ pero en la de Oaxaca se da prioridad a la redacción de la sentencia y su lectura, y sólo si el asunto es complejo, se prevé que los resolutivos sean leídos y los motivos explicados.⁵⁵⁵

El Proyecto de Decreto por el que se expide el Código Federal del Proceso Penal Acusatorio minimiza en su máxima expresión, la necesidad de explicar la sentencia. Prevé en su artículo 463 y siguientes que concluido el debate, el juez o tribunal ordenará un receso para deliberar en privado en forma continua hasta emitir la decisión de absolución o condena que se hará en audiencia. Con este “pronunciamiento” –conforme al artículo 465- se tiene por “explicada” la sentencia en términos del párrafo cuarto del artículo 17 constitucional. En los cinco días siguientes al comunicado y “explicación” oral del fallo, el juez o tribunal debe redactar y comunicar a las partes la sentencia por escrito y se les convocará para su lectura. En un plazo que no puede exceder a cinco días, se celebrará la audiencia de individualización de las sanciones penales (art. 476).⁵⁵⁶

El proyecto considera que basta con el anuncio del fallo en el sentido condenatorio o absolutorio, para tener *por explicada* la *sentencia*. Ese no es el sentido de la disposición constitucional que en el marco del sistema acusatorio pretende que el juez haga asequible a quienes se encuentra dirigido el fallo, las razones de éste. Explicar no significa anunciar un sentido de resolución, ni dar lectura a la sentencia o a las partes esenciales de la resolución, sino otorgar las razones que llevaron a su conclusión, con independencia de la redacción por escrito de un fallo.

Quienes ya escriben sobre el proceso implementado en nuestro país coinciden en que “la explicación requiere un lenguaje coloquial y comprensible

⁵⁵¹ Zacatecas establece un máximo de 10 días.

⁵⁵² Baja California, Chihuahua y Durango.

⁵⁵³ Zacatecas y Morelos.

⁵⁵⁴ Art. 382, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Decreto No. 266. Gaceta Oficial del Gobierno del Estado. 9 de febrero de 2009.

⁵⁵⁵ Art. 389 del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca. Decreto No. 308, publicado el 9 de septiembre de 2006.

⁵⁵⁶ *Proyecto de decreto por el que se expide el Código Federal del Proceso Penal Acusatorio*. Gaceta Parlamentaria, Año XV, Número 3499-XIV, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 26 de abril de 2012.

para cualquier parroquiano, sobre todo *ad hoc* al nivel cultural del imputado, quien no tiene constitucionalmente la obligación de ser letrado... el mensaje técnico jurídico (valoración probatoria y juicio de derecho) debe ser transmitido a las partes en un canal adecuado que lo haga comprensible, ya que... la sentencia como documento de decisión final no va dirigido a operadores jurídicos, sino a los interesados principales en el drama penal (imputado y víctima)⁵⁵⁷.

La explicación hace transparente al pronunciamiento del juez. El objetivo es que las partes entiendan las razones de absolución o de condena, y que el juez se legitime en la medida en que evidencia de manera clara y contundente que su fallo tiene un contenido racional y no arbitrario. Tanto en la explicación oral que realice, como en la constancia escrita de la sentencia, el juez debe explicitar sus razones con claridad, consistencia y concreción.

5.4.1. Rediseño de las formas argumentativas.

En el tránsito del sistema tradicional de corte inquisitivo que ha imperado en México, hacia un sistema penal acusatorio, se requiere que en los operadores jurídicos, especialmente para nuestro estudio, en el juez, haya un cambio de mentalidad y de formas de trabajo, acordes con los fines del nuevo sistema.

El sistema inquisitivo ha requerido de juzgadores atentos a la aplicación estricta del texto de la ley, específicamente, del tipo penal, para dictar sus resoluciones. A partir de lo que consta en los autos escritos, el juzgador conjunta en un solo documento todas las pruebas desahogadas y arma de manera deductiva (desde la norma) silogismos que relacionan el texto de la ley y las pruebas, para concluir en si se colman o no las previsiones legales.

Esta forma de argumentar en la resolución judicial no ha sido un error. Ha sido la forma adecuada a un sistema que requiere únicamente de que se colmen los supuestos legales para proceder a declarar la configuración de un hecho típico y la responsabilidad penal.

No obstante y como lo hemos reflexionado, el sistema penal acusatorio requiere de mayor dinamismo y flexibilidad en el razonamiento judicial. Esto no significa que se abandone el principio de aplicación estricta de la ley en materia penal, sino que el sistema acusatorio no se conforma sólo con argumentos deductivos que conecten a la ley con las constancias del expediente. El sistema acusatorio plantea la necesidad de que la resolución sea la síntesis de una contienda en vivo entre las partes, en que los elementos de convicción no se recogen por escrito, de manera paulatina, a lo largo del tiempo, en expedientes

⁵⁵⁷ REYES LOAEZA, Jahaziel. *El Sistema Acusatorio Adversarial a la luz de la Reforma Constitucional*. Porrúa, México, 2011, p. 219.

que hasta ahora han servido para justificar un principio de seguridad jurídica mal entendido.

Mientras que en el sistema inquisitivo sólo aquello que obrare en el expediente podría tener relevancia en el juicio, en el sistema acusatorio, el expediente dejó de tener importancia. Lo relevante en el juicio acusatorio es lo que sucede en la audiencia y de eso tiene el registro el juez –principalmente- de manera vivencial, por lo que no puede ya atenerse a sus registros escritos, sino que es su obligación estar atento a lo que ocurra ante sí en el desahogo de pruebas y de los alegatos. Su convicción se forma de manera psicológica y directa a partir de lo que percibe en el juicio. Por supuesto, esa percepción se encuentra guiada por sus conocimientos técnico-jurídicos precedentes, que le ilustran sobre la corrección del desahogo de las pruebas, el equilibrio en la contienda entre las partes, los alcances de sus acciones de control durante el juicio y, en general, las reglas que deben observarse en el proceso.

Su forma de argumentar, por consecuencia, al momento de resolver, exige mayor dinamismo, concreción, claridad y, especialmente, la posibilidad de que su expresión no sea sólo escrita sino oral.

El sistema acusatorio requiere de un juez que “explique”, lo que no ha requerido el sistema inquisitivo. No ha importado que las sentencias sean oscuras, ininteligibles, reservadas solo para el entendimiento de los concedores del Derecho, que se encuentren colmadas de transcripciones de las pruebas para hablar “por sí mismas” (con el pretexto de que con ello se ahorra al lector recurrir a las constancias del expediente), y que en su motivación baste el silogismo de la adecuación de la conducta al tipo y a los presupuestos legales de la responsabilidad y de la culpabilidad. Si lo único relevante para el caso es lo que válidamente conste en el expediente y que se adecue a los supuestos de ley, entonces para la argumentación judicial basta la deducción de la norma al hecho y nada más.

En el sistema acusatorio se requiere de un juez más reflexivo, que eche mano no sólo de los silogismos deductivos, sino de un universo más complejo en el análisis de las ideas, pues no sólo tiene la tarea de buscar la adecuación de los hechos a la norma, sino que antes de eso tiene que reflexionar exhaustivamente sobre si lo desahogado ante él, da lugar efectivamente a tener por probados los hechos que se imputan, lo que esencialmente requiere de razonamientos inductivos, dialécticos, de correlación, basados más allá de la subsunción legal, en la convicción que otorga la experiencia, la lógica, la sana crítica y cualquier elemento epistemológico razonable.

El juez del sistema acusatorio debe ser entonces más complejo al momento de razonar, en tanto sus herramientas de convicción tienen que diversificarse, pero a la vez tiene que ser más claro para razonar y para expresar su razonamiento. Por tanto las formas argumentativas tienen que mutar.

Ya no basta –como ocurre para el juez del sistema inquisitivo- que tenga conocimientos y habilidades de técnica jurídica-, sino que el juez del sistema acusatorio debe tener habilidades en otras ramas científicas para poder apreciar los hechos y calificar las pruebas, (conocimientos científicos y técnicos) debe conocer de lógica, de epistemología, de argumentación jurídica, incluso de psicología y oratoria y, por supuesto, de expresión escrita y oral.

Además, el nuevo sistema requiere de jueces que marquen el punto de equilibrio entre la pretensión acusadora, la respuesta del imputado y la defensa y las demandas de justicia de la víctima. Se precisan funcionarios judiciales respetuosos de los distintos roles procesales, pero capaces de asumir la dirección del proceso penal, legitimados y formados para orientarlo hacia el mayor acercamiento a la verdad, la realización de la justicia y el respeto a los derechos de cada interviniente. Los jueces tienen el reto de hacer del proceso, no un simple escenario de contemplación de la disputa entre partes en el conflicto, sino “un ámbito de realización de precisos fines constitucionales y legales que necesariamente convocan su responsabilidad como juzgadores.”⁵⁵⁸

5.4.2. Guía práctica para la instauración de los esquemas de argumentación judicial.

En el proceso de implementación del sistema penal acusatorio se ha tenido claro que la capacitación a los operadores jurídicos y específicamente al personal judicial, es determinante. Sin embargo, indebidamente ésta se ha concentrado en el estudio técnico del sistema acusatorio (sus principios, sujetos, fases procesales, recursos, medios alternos de solución, etcétera).

Si bien tales aspectos son muy importantes, es necesario también que la capacitación -atenta a las amplias y variantes competencias deseables en el juzgador- amplíe el horizonte hacia otras áreas del conocimiento, en razón de que el perfil del juez que se requiere para el sistema va más allá del aspecto técnico. Se necesita de un juzgador con visión interdisciplinaria, dialéctica, garantista, capaz en la técnica argumentativa, en la oratoria y en la solución inmediata de conflictos.

5.4.2.1. Ampliación de la capacitación.

La capacitación al juzgador debe abarcar también:

- 1. Argumentación Jurídica.** Tanto en materia de hechos y valoración de la prueba, como en la interpretación de la norma y demás fuentes del Derecho.

⁵⁵⁸ “Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano.” Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2005, p. 19.

2. **Expresión oral y escrita.** Estructuración del discurso y redacción de textos, estrategias en la expresión, redacción y sintaxis.
3. **Enfoque en la importancia de la explicación de la sentencia y de las resoluciones en general.** Hasta ahora y al menos en las experiencias de las entidades federativas mexicanas, la explicación de la sentencia se ha minimizado. Se debe concientizar al juzgador en que la clara y convincente explicación de su resolución no se agota en la lectura de la sentencia o de un resumen de ella; sino que es necesario hacerla asequible en aras de la transparencia y legitimidad de sus resoluciones.
4. **Técnicas de litigación oral.** Las técnicas de litigación se han entendido propias de las partes contendientes en el proceso, pero su manejo por parte del juzgador le permiten ponderar el desempeño correcto de las partes en el juicio y resguardar los derechos de contradicción, defensa e inmediatez, de manera equitativa.
5. **Conocimientos técnicos y científicos diversos al campo del derecho.** El Juez debe ampliar sus conocimientos jurídicos a campos de la ciencia y de la técnica, que son auxiliares a las ciencias forenses.⁵⁵⁹ El éxito del sistema radica en la coordinación de todos los actores en el proceso y las habilidades técnicas en la investigación deben ser comprendidas e interpretadas hábilmente por el juzgador.
6. **Psicología y análisis de la conducta humana.** En la que se hace énfasis por la importancia de sensibilizar al juzgador y darle herramientas para analizar la prueba que se desahoga de manera vívida en la audiencia y ponderar los efectos sociales de sus resoluciones.
7. **Epistemología.** El juzgador debe ser capaz de transitar desde un estadio de razonamiento inquisitorial, en que su función ha sido la de encontrar una verdad plena, incontrovertible y acreditable desde la formalidad de la prueba; hacia un estadio de razonamiento en que la verdad plena no es posible de acreditar, sino tan sólo a nivel aproximado. La estructura epistemológica en el juzgador ya no se basa en fórmulas de pruebas tasadas (*“la confesión es prueba plena, el acusado confesó, por lo tanto es culpable”*) sino que ahora su estructura epistemológica se basa en la valoración libre de la prueba, en que debe tomar en cuenta todos los elementos posibles que le lleven al mayor acercamiento de la verdad, sin fórmulas preconstituidas. Ante tal escenario, el Juez debe ser entrenado en el desarrollo de estructuras cognoscitivas flexibles y amplificadas.
8. **Ética.** Todas las virtudes previstas en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación: humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortaleza, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, laboriosidad, perseverancia, humildad, estarán más a la vista de los justiciables y de la sociedad en el sistema adversarial; por lo que el Juez adquiere un mayor compromiso en ser pulcro en su conducta conforme a

⁵⁵⁹ El objetivo no es que el juzgador sea también criminalista o criminólogo, y mucho menos perito en otras ciencias o técnicas, pero sí debe tener conocimientos generales técnicos y científicos inherentes a las ciencias forenses, de manera que cuente con elementos suficientes de apreciación de la prueba científica, más allá de la lógica y la experiencia.

los principios éticos. Por tanto, es menester tratar en la visión ética del juicio oral el fortalecimiento y blindaje de las virtudes de los jueces, la conciencia sobre el impacto de su conducta en la credibilidad social, el trato del juez hacia las partes y los auxiliares, el manejo de situaciones en conflicto, dilemas éticos, medidas frente a conductas desleales de las partes, el contacto del juez con las partes, creencias y personalidad del juez y el trabajo de casos hipotéticos.⁵⁶⁰

9. **Protección de Derechos Fundamentales.** En materia jurídica, la capacitación debe atender también a la protección de derechos fundamentales, tanto bajo el marco del derecho nacional, como de las normas de derecho internacional que son obligatorias para el Estado mexicano.

5.4.2.2. Capacitación y educación.

Las medidas de capacitación deben implementarse para los operadores jurídicos actuales, pero deben también tomarse en cuenta en la formación y educación de nuevos licenciados en Derecho, así como en la actualización de maestros y especialistas, en escuelas y facultades.

Tanto la capacitación como la formación de operadores jurídicos no deben ser aisladas, sino que han de estar coordinadas con la que se ofrezca a los demás sujetos en el procedimiento penal. Los programas de formación y de capacitación judicial deben ser acordes con los programas dirigidos a fiscales, defensores, policías, peritos, administradores de los centros de ejecución de sentencias, etcétera; en virtud de que el sistema acusatorio requiere para su ejecución de coordinación y homologación de criterios de todos quienes intervienen en él. El éxito de su implementación está en que cada operador comprenda y actúe en empatía con la dinámica y principios que rigen la actuación de los demás operadores.

La investigación tiene que ejecutarse de manera coordinada entre policías, fiscales y peritos, e incluso, bajo los criterios del juez de control. Por tanto, los paradigmas normativos y técnicos tienen que ser los mismos. Esta misma situación ocurre en las siguientes etapas preparatoria al juicio y de debate oral.

En la etapa de juicio oral, juez, fiscal, defensor, peritos y demás auxiliares, deben comprender que actúan todos bajo los mismos principios y con la responsabilidad de ser objetivos, transparentes, profesionales, respetuosos de los derechos de las víctimas y del procesado; por lo que los roles de cada operador tienen que ser comprendidos de manera conjunta.

⁵⁶⁰ Conclusiones de la Conferencia “Reforma del sistema de justicia penal: Independencia, ética y responsabilidad judiciales”, los días 11 y 12 de junio de 2012, en el marco del Proyecto México-Canadá para la Educación Judicial y la Capacitación de los Jueces, organizada por el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial.

5.4.2.3. Rotación de roles entre Juez, Fiscal y Defensor.

El sistema de carrera judicial federal en México se encuentra diseñado para que la formación de los jueces federales se concentre en sus exclusivas capacidades y funciones; sin embargo, las experiencias en países como Estados Unidos o Italia, en que los jueces tienen capacidad también para desempeñarse como fiscales o viceversa, han permitido que de manera práctica se desarrolle empatía en estas dos funciones.

Es ideal que Juez, fiscal y defensor pudiesen, al menos de manera simulada, intercambiar roles en el ejercicio de sus funciones, para lograr comprensión de los retos de cada uno. Ello posibilitaría crear verdaderamente servidores públicos empáticos con las aptitudes y responsabilidades de los distintos intervinientes en el proceso oral, con lo que pueden convenir sus objetivos por una sola vía y, así, fortalecerlos.

5.4.2.4. Aprendizaje de las experiencias de otros países latinoamericanos y entidades federativas.

Las experiencias que hasta ahora se han abrevado de Latinoamérica y entidades federativas que han puesto en práctica el sistema, han sido enfocadas en la técnica procesal del sistema acusatorio. Sin embargo, la experiencia en la argumentación judicial es un punto relevante en que convendría enormemente focalizar el aprendizaje.

Las entidades federativas que han puesto en práctica el sistema acusatorio lo han hecho a partir de los modelos de resolución que usaban bajo el sistema tradicional inquisitorio, con ajustes y adaptaciones al nuevo proceso.

Los modelos de resolución judicial bajo el sistema acusatorio obedecen a una forma de razonamiento diferente y las resoluciones no pueden ya emitirse bajo parámetros anteriores que no les corresponden.

5.4.2.5. Implementación de modelos ideales de resolución.

La propuesta de un modelo resolución es un instrumento práctico que puede servir de guía en el ejercicio de la argumentación judicial. Para ello, el modelo propuesto en el capítulo cuarto, en que se hizo énfasis –entre otras cosas– en que una resolución emitida en el marco del sistema acusatorio debe ser específicamente sobre los hechos relevantes y controvertidos, con información de calidad y no de cantidad, bajo sistemas de razonamiento principalmente inductivos, amplificados, comprensivos de todo elemento fáctico y normativo relevante, respetuoso de los derechos fundamentales de los intervinientes y con la mayor claridad, puntualidad, brevedad y concisión posibles, será una herramienta útil en la implementación de un nuevo esquema de argumentación adversarial.

5.5. RECOMENDACIONES PRÁCTICAS PARA EL JUEZ DE SENTENCIA. UNA GUÍA PARA LA DECISIÓN.

Si bien en el capítulo cuarto esbozamos un esquema ideal de argumentación judicial en el juicio acusatorio, vale plantear de manera conclusiva, una guía esquemática que tome en cuenta elementos epistemológicos y argumentativos para el juzgador en la elaboración de la decisión judicial, a partir de que se trata de un acto complejo que requiere de diversos elementos de corrección y validez.⁵⁶¹

Para elaborar su decisión, el juez debe:

1. Narrar los **hechos**
2. Plantear un **problema jurídico**
3. Elaborar una **tesis jurídica**
4. Elaborar los **argumentos** que sostienen la tesis jurídica
5. **Refutar las tesis** contrarias
6. **Decidir** (en sentido estricto)
7. **Explicar** su resolución

Veamos estos pasos en detalle:

5.5.1. Narrar los hechos.

Si bien son las partes las que aportan los hechos y los elementos para crear convicción sobre ellos, toca al juez identificar:

- Cuáles son los **hechos relevantes** para el juicio
- **Si éstos se encuentran probados**
- A diferentes hechos probados, diferente solución

La identificación o construcción de los hechos es importante porque a partir de ellos se determina si la prueba ha sido idónea, se plantean los problemas jurídicos, las posibles respuestas y el desarrollo de la argumentación.

La identificación de los hechos necesariamente parte de su narración, lo que implica un trabajo cognoscitivo de valoración y síntesis de la prueba. Los hechos a tener en cuenta son aquellos que efectivamente se encuentren acreditados y que así se consideren una vez relacionados los elementos probatorios entre sí, y valorados conforme a las reglas de la lógica, de la sana

⁵⁶¹ Una decisión judicial es correcta y válida en tanto: a) El juez es competente para tomar la decisión; b) Es razonada (determinada por argumentos sólidos); c) Respetar las reglas básicas de la lógica; d) Es garantista; e) Es resultado de la independencia y la imparcialidad del servidor público orientado por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia; y, f) Atiende los precedentes. Cfr. **CANO JARAMILLO, Carlos Arturo**. *El texto jurídico, redacción y oralidad. Conflicto, Argumentación y Convivencia*. Bogotá, 2009, p. 29.

crítica y de la experiencia. Esto es así, en tanto en el sistema acusatorio opera la libre valoración de la prueba, que permite al juzgador reflexionar con la mayor amplitud sobre los hechos.

El establecimiento de los hechos, para la fijación del problema jurídico, es una labor esencial en la decisión judicial penal, pues es a partir de su acreditación que podrá determinarse si hay consecuencias jurídicas relevantes en el sistema punitivo. Esta es la labor crucial del juzgador en la resolución penal: la conclusión sobre los hechos acreditados a partir de la prueba.

En este punto, el juez se crea una convicción sobre la verificación de los hechos, mediante un acercamiento más o menos probable a través de un procedimiento inductivo, que es el ideal de aplicar en un contradictorio en que las partes aportan elementos fácticos aislados que requieren de concatenación lógica para crear una realidad. En este proceso, el juez debe discernir de manera equitativa las connotaciones de los elementos de convicción que le han sido aportados, pues se encuentra en un plano dialéctico y bilateral, en que las partes ofrecen posiciones encontradas, con argumentos afirmativos y negativos y el juez oscila entre esas dos dimensiones para seleccionar la que esté mejor argumentada, o construir una tercera radicada en mayores argumentos de razón.

Es preciso señalar que en el análisis de los medios de prueba, no basta con su cita y resumen.⁵⁶² El juez debe evaluarlos en conjunto, recoger las razones y los argumentos por los cuales le convencen las pruebas. El juez debe ofrecer los juicios teóricos y empíricos que permiten aceptar su veracidad, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por ejemplo, si pretendemos tener por acreditado que “A es el padre de B”, expresémoslo así de claro y expongamos qué pruebas y argumentos se tienen para hacer tal afirmación y sostenerla (la conclusión sobre alguna prueba pericial, documental, testimonial u otros indicios).

La narración de los hechos que se concluyen como acreditados a través del proceso debe tener también una estructura:

1. Iniciación o planteamiento.
2. Desarrollo.
3. Resolución o desenlace.⁵⁶³

⁵⁶² Sobre el error de hacer transcripciones innecesarias en los argumentos sobre hechos, la sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, de la Suprema Corte Colombiana, ha dicho “*Son en extremo defectuosos y reveladores de una deplorable pereza mental los fallos que se nutren de transcripciones tan innecesarias como impertinentes de casi todas las piezas del proceso, sin fijar, en forma clara y precisa, los hechos materia del debate, las pruebas que los respaldan y las conclusiones jurídicas a que haya lugar. Ellos responden al vicioso sistema, por desgracia bastante difundido entre los jueces colombianos, de hacer las providencias judiciales los más largas, farragosas y confusas que sea posible, sin otro esfuerzo que el mecanográfico, para ocultar la pobreza o carencia de argumentos y la ignorancia o falta de estudio de las pruebas por resolver*”. Citado en *Ibidem*, p. 481.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 282.

La *iniciación o planteamiento* ofrece los antecedentes de la acción principal y la ubica en un espacio y tiempo determinados: cuándo y cómo sucedieron los hechos y quiénes son los protagonistas. El *desarrollo* se constituye por una secuencia de acciones, que se realizan en episodios enlazados y en diferentes circunstancias de tiempo y lugar. Y el *desenlace* es la solución final y el resultado de las acciones particularmente relevantes para el mundo jurídico. Sobre estos hechos girará la demostración, el planteamiento del problema, la tesis, la argumentación, la refutación y la calificación jurídica de la conducta.

De esta manera, los pasos a seguir en la narración jurídica, pueden ser resumidos en lo siguiente:

1. Concentrar los hechos relevantes.
2. Seguir un orden.
3. Especificar los antecedentes.
4. Indicar a los participantes.
5. Diferenciar los episodios.
6. Ser breve y claro.
7. Responder a las preguntas claves ¿quién? ¿qué? ¿a quién? ¿cómo? ¿con qué? ¿cuándo? ¿dónde? ¿cuánto? ¿para qué? ¿por qué?

A la jurisdicción corresponde reconstruir los hechos (gnoseológicamente) y determinar la ley que rige el caso. El discurso judicial esencialmente mira si existió o no un hecho y el peso decisivo de aplicación de la ley no reside tanto en la calificación jurídica, sino en el proceso de comprobación de los supuestos de hecho previstos en la norma.⁵⁶⁴

5.5.2. Plantear el problema jurídico.

Identificados los hechos relevantes, en atención al texto de la norma y a la realidad probada, el juez está en aptitud de identificar el **punto de Derecho** en que recae el problema.

Precisamente el método de trabajo del juez es el del pensamiento problemático. Si el juez va a declarar una responsabilidad penal, debe agotar o resolver varios problemas.

1. Si el hecho existió.
2. Si la conducta es típica.
3. Si la conducta es antijurídica.
4. Si la conducta es culpable.
5. Qué pena se debe imponer.

⁵⁶⁴ *Ibidem.*

6. Si procede la pena condicional.
7. Qué indemnizaciones se deben pagar.

5.5.3. Elaborar una tesis jurídica.

La tesis jurídica es una idea guía que se expresa en una oración o párrafo y que plantea una solución al problema. Se trata de la determinación de la o las hipótesis para la solución (que en el texto de la resolución es recomendable indicar desde el principio, para orientar el discurso y el convencimiento).

El juez no se encontrará con una respuesta única, apodíctica, totalmente cierta, sino que tendrá que aplicar un razonamiento propio de la tónica jurídica en que se trabaja con lo discutible, con posiciones dialécticas sobre puntos de vista verosímiles o probables. Esta situación ya la afrontó desde el momento que tuvo que valorar la prueba para discernir sobre los hechos probados, y se le presenta nuevamente para solucionar jurídicamente el problema planteado.

En efecto, en el momento del discernimiento de los hechos se encontró con problemas fácticos y ahora se encuentra con problemas normativos o jurídicos en estricto sentido. Respecto de los hechos, tuvo que fijar si se encontraban suficientemente probados, mediante una apreciación adecuada de la prueba.

En la solución del problema jurídico, el planteamiento es sobre el tipo de delito cometido, sus calificativas, el grado de responsabilidad, etcétera. Determinados los hechos relevantes, el juez ahora los confronta con las instituciones jurídicas.

La tesis escogida se convierte en una idea guía cuya correcta expresión dependerá del planteamiento correcto del problema, pues la tesis jurídica de la decisión constituye precisamente la respuesta al problema jurídico.

5.5.4. Elaborar los argumentos que sostienen la tesis jurídica.

Para responder el problema jurídico el juez efectúa un proceso lógico de preguntas y respuestas –problemas y tesis jurídicas-, que es lo que constituye el núcleo argumentativo de la sentencia. Este trabajo argumentativo comenzó desde la determinación de los hechos relevantes, su cotejo con las instituciones jurídicas y el planteamiento del problema de relevancia jurídica a resolver.

La argumentación de la sentencia es la *ratio decidendi* o conjunto de argumentos que fundamentan la tesis de solución y la podemos distinguir entre la argumentación que se dedica a la prueba de los hechos y la que se enfoca en el análisis normativo.

5.5.4.1. Argumentación sobre los hechos.

Estos argumentos son los que dan respuesta a la siguiente pregunta: ¿Por qué el juez da valor probatorio a tal medio o a cierto conjunto de medios de prueba y de esa manera parte de tal o cual premisa fáctica? Esta argumentación la elaboró el Juez desde el momento de la narración y fijación de los hechos, pues para ello tuvo que hacer un ejercicio de valoración de la prueba sobre los hechos que identificó como relevantes para el caso concreto.

Uno de los más importantes problemas que tiene el juez al argumentar es el manejo, clasificación y evaluación de la prueba. Es un error resumir solamente las pruebas aportadas a la actuación procesal, sin cumplir con el deber de apreciarlas. Es un vicio que los medios probatorios se relacionen y/o transcriben simplemente, sin apreciarlos de manera específica. Los medios de prueba deben ser clasificados en torno a los hechos que son conducentes de probar. Por ejemplo, la muerte y la causa de la muerte en un proceso de homicidio se pueden tener por probadas con el acta de levantamiento del cadáver, la historia clínica, el resultado de la necropsia y el acta de defunción, relacionados en sus resultados y en lo que evidencian, lo que constituye el nexo lógico entre cada elemento de prueba.

En los argumentos de valoración de la prueba también es necesario que se indiquen los motivos de estimación y desestimación, puesto que con eso se apuntalan las premisas que permiten llegar a la conclusión.

Ahora bien, los grandes errores judiciales no se producen por un defecto de construcción del silogismo, por una equivocada transición de las premisas a la conclusión, sino por una errónea formación de las premisas, lo que sucede precisamente en el momento de la valoración de las pruebas sobre las cuales se forman las premisas acerca de los hechos.

El descubrimiento, la judicialización y apreciación de la prueba es una actividad intelectual, lógica, crítica y analítica fundamental para acreditar la verdad y decidir con justicia. Por esto, es exigible al juez indicar los medios de prueba que acreditan la existencia o inexistencia de un hecho y la expresión de las razones que ha tenido para darle valor a un conjunto probatorio a un medio de prueba.

La valoración de la prueba se relaciona con la teoría del conocimiento en tanto operación cognoscitiva del juez y es que en la lógica judicial la comprobación tiene que ver básicamente con las fuentes del conocimiento. La *sana crítica* de que habla el sistema acusatorio como método de valoración de la prueba, es la crítica de las fuentes del conocimiento y el análisis lógico de los enunciados, la precisión de su alcance y el establecimiento de sus límites.⁵⁶⁵ La sana crítica toma así la dimensión de un método científico y se califica figuradamente de “sana”

⁵⁶⁵ Cfr. **DEVIS ECHANDÍA, Hernando.** *Teoría General de la Prueba Judicial.* Tomo Primero, Temis, Colombia, 2002, p. 88.

porque lo sano es lo que está libre de error o vicio, lo que es recto, saludable moral o psicológicamente. Este método exige del juez la utilización de las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, que en sí mismos son auténticos límites a la libertad valorativa del juzgador. Precisamente, las dimensiones en la valoración de la prueba en el sistema acusatorio las da la razón y el error o la omisión en la valoración de la prueba es un error *in iudicando* que puede llevar a la violación a la ley, de manera indirecta.

La valoración de la prueba judicial tiene dos dimensiones: una en conjunto y otra especial. La valoración en conjunto obedece al principio de unidad probatoria⁵⁶⁶ que indica que la prueba no puede ser explicada de manera separada, sino en conjunto y de forma homogénea y articulada con las demás. Esto no descarta la valoración de la prueba especial, en cuanto a sus motivos de credibilidad.

Los medios de conocimiento vistos individualmente pueden perder fuerza argumentativa, por lo que deben ser apreciados como las piezas de una unidad que le da fuerza y coherencia. La tarea del operador jurídico es exponer el mérito racional que le asigna a cada prueba, sin perder la visión integral.

En el sistema acusatorio también se habla de la *aplicación de las reglas de la experiencia* que son los hechos que normalmente ocurren en el medio social, ligadas con las reglas de la lógica y las reglas científicas. Si el juez valora el *testimonio*, habrá de atender tanto a la forma en que se declaró, las singularidades que pudieron observarse en el desahogo, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos del deponente, las circunstancias de tiempo y modo en que percibió, sus procesos de memoria y su comportamiento en general. Si se trata de la *prueba pericial*, se tendrá que apreciar la idoneidad técnico científica, e incluso moral, del perito, el grado de aceptación de los principios científicos y técnicos en que se apoya, sus instrumentos y métodos y la consistencia en conjunto de sus respuestas. Si se trata de la *prueba documental*, se tendrá en cuenta su autenticidad y no alteración, y el que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho.

Recordemos que en el sistema acusatorio existe libertad para valorar la prueba siempre que sea bajo principios racionales y también en este margen, existe libertad para la aportación de pruebas, siempre que sean legales, oportunas e idóneas para acreditar hechos relevantes en el juicio. De esta manera, el dinamismo en los argumentos de valoración se refleja y adapta también a la naturaleza y particularidades de la prueba y su desahogo.

En el sistema penal acusatorio la prueba se integra principalmente de manera indiciaria, por lo cual el argumento habrá de seguir los siguientes pasos:

⁵⁶⁶ Cfr. **CANO JARAMILLO, Carlos Arturo**. *El texto jurídico, redacción y oralidad. Conflicto, Argumentación y Convivencia*, ob. cit., pp. 412 y ss.

1. Mencionar la proposición que es objeto de demostración; por ejemplo: “*El acusado privó de la vida al occiso*” (hecho indicado).
2. Probar que *el acusado en realidad privó de la vida al occiso*, a través de elementos concretos acreditados (hechos indicadores).
3. Realizar la inferencia lógica o la conexión entre el hecho indicador y el hecho indicado.

Esta conexión tiene verdadera fuerza argumentativa cuando es unívoca y el hecho conocido permite llevar al hecho desconocido; pero si el hecho conocido es multicausal, se vuelve equívoco y pierde fuerza argumentativa. Por ejemplo, se conoce que una persona tenía manchas de sangre en su camisa pertenecientes al occiso, lo que constituye el hecho indicador. Necesitamos que a partir de los indicios, de manera unívoca, podamos concluir que esas manchas fueron ocasionadas por el acto de matar al occiso y no por alguna otra causa como puede ser que le hubiese dado auxilio al estar herido, momentos antes de morir. La certidumbre de las conclusiones sólo puede sostenerse por una inferencia lógica unívoca entre los indicios o hechos indicadores y el hecho indicado. Las sospechas, coincidencias o intuiciones del juez no pueden soportar los indicios y mucho menos las conclusiones.

¿Qué es lo que se persigue con la argumentación sobre los hechos y la conclusión sobre lo que sucedió y que es jurídicamente relevante en el juicio? La verdad. ¿Pero hasta dónde es posible obtenerla? ¿Qué grado de verdad se necesita acreditar? Como ya hemos reflexionado anteriormente, la determinación de una verdad absoluta es todo un problema de epistemología jurídica, pero debemos de tener claro que en la argumentación sobre los hechos se trabaja esencialmente con juicios de probabilidad, por lo que la verdad que se obtiene en el proceso penal no deja de tener un grado de relatividad, sujeto al error, a las fallas en la percepción, a la interpretación, a la subjetividad del lenguaje, etcétera. Por ello, es que en las inferencias lógicas se busca un grado de corrección máximo (o más probable) al exigir que en las conclusiones judiciales las inferencias sean unívocas en el mayor grado. Para esto, no hay más que confiar en la inteligencia, la razón y la capacidad de discernir del ser humano, por supuesto, con el importante apoyo de la prueba científica, que día a día toma un lugar determinante en el conocimiento de la verdad judicial.

Por ello, el sistema jurídico admite que la toma de decisiones se fundamente no en verdades absolutas, sino en motivos razonablemente fundados, sustentados en medios cognoscitivos y resistentes a toda condición de refutabilidad. Así, para acusar, se requiere de una afirmación con probabilidad de verdad de que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

Aquí se ubica exactamente la razón de que en los procesos penales se exija un resultado probabilístico más allá de toda duda razonable, exigencia probatoria que debe verse reflejada en la argumentación de la sentencia.

5.5.4.2. *Argumentación normativa.*

En la elaboración de sus argumentos, el juez debe atender a las fuentes de Derecho, que a su vez pueden requerir de interpretación para su aplicación. Cuando la argumentación discierne no sobre los hechos, sino sobre la norma a aplicar o su interpretación, su objetivo cambia y, en ese sentido, hablamos de argumentación normativa.

Los errores argumentativos que se pueden cometer en este campo, como ocurre también en la argumentación sobre los hechos, se traducirían en errores *in judicando*, ya sea en virtud del error en escoger la norma aplicable o en su interpretación.

El proceso de argumentación es un todo y requiere un conjunto de competencias de lenguaje, estructura del mensaje, narración, pruebas, derecho, etcétera. En tanto en la sentencia se pretende un alto grado de corrección – aunque no absoluto-, precedido de un debate público y oral, en donde hay controversia de diversas hipótesis de solución, el juez debe emitir decisiones con alto grado de razonabilidad, mediante el empleo de las herramientas que le proporciona la teoría de la argumentación.

En la argumentación las razones se organizan a partir del planteamiento de las tesis: qué es lo que se trata de probar, de sostener, de afirmar. Esto da lugar a la formación de un bloque argumentativo compuesto de premisas o razones que apoyen tal conclusión. El nexo entre la afirmación central y las razones que lo apoyan es un conector lógico que permite sintetizar la tesis en los argumentos, su forma depende de la estructura mental de correlación entre sus partes.

5.5.4.3. *Recomendaciones en la argumentación.*

A manera de guía práctica, vale tener en cuenta ciertas reglas básicas a seguir en el proceso de argumentación:⁵⁶⁷

- a. *Exploración e indagación.* Para decidir correctamente, hay que explorar con toda atención el asunto. Antes que resolver y argumentar sobre la decisión es necesario considerar las diversas posiciones o alternativas que existan y las razones que las apoyan. Igualmente, es necesario determinar cuáles son los argumentos más fuertes para cada una de las teorías posibles.
- b. *Evidencia racional.* No se debe admitir algo como verdadero, sin tener certeza de ello y, en ese sentido, no se debe afirmar lo que no se puede tener por probado adecuadamente. Esta regla tiene como punto central la

⁵⁶⁷ Carlos Arturo Cano Jaramillo ha propuesto estas reglas, que hemos reordenado, adicionado y adecuado al perfil del juzgador. *Ibidem*, pp. 544 y ss.

- necesidad de la prueba, pues para que haya solidez argumentativa tiene que haber investigación, preguntas, pruebas y razones.
- c. *Análisis*. Para explicar el todo, es necesario el conocimiento de las partes. En el argumento judicial en materia penal es importante no sólo el análisis de la norma, sino de las partes que integran al hecho.
 - d. *Síntesis*. El análisis conduce a la síntesis, pues permite ordenar los elementos que integran el todo, ya sea que se trate de los hechos o de la norma.
 - e. *Enumeración o control*. Es necesario hacer recuento integral de los elementos de análisis, de manera que no se omita ninguno. No dejar fuera pruebas o argumentos claves que respalden las conclusiones. Este recuento no debe ser una mera enunciación de los indicios, sino que deben ser relacionados. Por ejemplo, las pruebas que demuestran el hecho indicador deben cumplir con el proceso lógico de estructuración del indicio, es decir, debe haber una inferencia lógica o conexión entre los hechos conocidos y el hecho que se trata de tener por acreditado.
 - f. *Relacionar sólo la información relevante*. En la argumentación de la resolución no interesa la cantidad de información, sino su calidad. Lo interesante en la argumentación es la información relevante que conduzca a las conclusiones sobre la materia de resolución.
 - g. *Argumentar sólo sobre lo pertinente*. Los argumentos deben enfocarse en el tema, en el asunto y no cometer digresiones, que lejos de abonar a la fortaleza de la decisión, la debilitan.
 - h. *Elaborar un plan del texto antes de comenzar a escribir o hablar*. El orden de las cuestiones a desarrollar es determinante en la lógica y comprensión del argumento escrito u oral, así como en su contundencia y potencial de convencimiento. No se trata sólo de atender al orden tradicional de una sentencia (resultandos, considerandos y resolutivos), sino de que en el cuerpo del razonamiento, los argumentos tengan un orden lógico que atienda a la importancia de los elementos de análisis. La argumentación ha de iniciar por introducir la posición general de la decisión y, posteriormente, ocuparse del desarrollo de los argumentos que la sostienen. Los argumentos se exponen uno a uno, de manera que el escucha o el lector no se confunda ni pierda los aspectos importantes.
 - i. *Claridad y precisión*. La exposición tiene que evitar la oscuridad, la ambigüedad, ser breve y ordenada.
 - j. *Resumir al principio y al final*. Hacer una síntesis al comienzo permite precisar qué es lo que se propone en la resolución, guía la lectura y a la audiencia y facilita la comprensión de la línea argumental. Resumir al final lo que se pretende haber demostrado, le da al discurso la fuerza de un argumento bien armado.
 - k. *Refutar las tesis contrarias*. Un argumento fuerte es el que vence la posibilidad de una decisión diferente. La resolución de condena sólo resulta adecuada si además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no contradichas por ninguna contraprueba,

también está en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contrahipótesis planteadas y planteables.⁵⁶⁸

- l. *Cambiar de decisión, si es que es necesario.* Esta es una posibilidad discursiva inherente a la dialéctica, que se encuentra abierta a nuevos argumentos, que pueden reforzar la tesis propia, debilitarla o anularla. El juzgador debe ser flexible y estar abierto a otras posibilidades de razonamiento y no refugiarse en un falso principio de seguridad jurídica para no cambiar de posición, lo que puede ser contraproducente en gravedad a la resolución de los casos concretos.
- m. *Mayor esfuerzo argumentativo en relación con los puntos de desacuerdo entre las partes.* Los puntos de desacuerdo suelen ser los más importantes en la solución del problema jurídico y son precisamente alrededor de los cuales se ha producido prueba y argumentación dialéctica. El juzgador debe concentrarse en estos puntos y no distraer la contundencia de su resolución en cuestiones no controvertidas.

5.5.5. Refutar las tesis contrarias.

El inciso k. de las recomendaciones anteriores ya menciona la necesidad de que en la argumentación se refuten las tesis contrarias, en virtud de que los argumentos que han logrado vencer a los contrarios son necesariamente los más fuertes. Refutar es contraargumentar, enfrentar con razones la tesis contraria. Es la expresión de la naturaleza dialéctica del proceso. Si el juez no tiene en cuenta los argumentos contrarios, desconoce el proceso dialéctico que es inherente al sistema acusatorio.

En la refutación se parte del problema fáctico y jurídico sobre el que existen puntos discrepantes que ofrecen su propia teoría del caso, de manera que se parte de un problema concreto a discutir, la tesis, la antítesis y la síntesis, que pasará a constituir el argumento más fuerte.

En el proceso judicial adversarial impera el debate, la argumentación y el diálogo. La motivación del juez le exige someter la prueba y el derecho a tal controversia; de hecho, cuando las partes desarrollan sus tesis se convierten en colaboradores del juez en tanto aportan los elementos de contraste para que éste adopte un fallo. La refutación es entonces un auténtico método judicial para la toma de las mejores decisiones

Si bien la refutación es parte del proceso de argumentación y por eso se mencionó en las recomendaciones del punto anterior, es toral hacer hincapié en su importancia en el proceso de decisión, pues es garantía de que la tesis que

⁵⁶⁸ Cfr. **GASCÓN ABELLÁN, Marina.** *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba.* Marcial Pons, 2ª ed. Madrid, 2004, pp. 54 y ss.

sostenga el juez ha superado un test de razonabilidad a que lo somete el contraste con otras tesis igualmente sostenibles.

Esgrimir un argumento que superó el proceso de refutación, legitima de manera definitiva a la resolución y propicia el convencimiento de las partes contendientes en el juicio, así como de las instancias revisoras de la decisión, en su caso, y de la sociedad en general. La refutación, en este sentido, forma parte del debido proceso como manifestación del derecho de defensa y de realización del principio de contradicción que opera en el sistema acusatorio.

Como en todo proceso, en la refutación conviene tener un orden, lo que significa que a partir de la tesis que se sostenga, hay que visualizar los argumentos que le contraríen, para así obtener argumentos que les refuten. Esta confrontación dará lugar al descarte de las teorías insostenibles. En este proceso es preciso mantener la atención en el objeto de refutación, pues cualquier cosa en el procedimiento y en el razonamiento podría ser materia de ella, y el juez debe tener siempre claro el punto de discusión para obtener la solución certera.

5.5.6. Decidir (en sentido estricto).

La decisión es la conclusión del proceso de argumentación. De hecho, la decisión comenzó a ser tomada desde el momento en que el juzgador se plantea la tesis del asunto, una vez definido el problema o asunto jurídico a resolver. Por eso es que se especifica en este apartado que éste es el momento de una decisión en sentido estricto, en tanto que la decisión en general se comenzó a tomar desde el momento mismo de la narración de los hechos, en que se contrastaron las pruebas y se concluyó en una realidad probada. Este específico apartado es el momento de concreción de la decisión, una vez argumentada la tesis y contrastada con otras.

Si la tesis se encuentra sostenida por los argumentos, incluso aquellos que han vencido a los contrarios, la decisión se compone por el conjunto de órdenes concretas que adopta el juez para resolver el problema, con el que guardan una relación lógica. Si, por ejemplo, la argumentación y la tesis se han planteado alrededor de si los hechos se adecuan a una tipo penal u otro, la decisión habrá de resolver el dilema y sobre los efectos jurídicos de tal situación.

Para que la decisión se pueda estimar correcta y legítima debe ser independiente, motivada (argumentada), cognoscitiva y dialéctica.⁵⁶⁹ *Independiente* en tanto los operadores jurídicos se encuentren sometidos al imperio de la ley y tengan como criterios la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina; *imparcial* en tanto sea equilibrada y

⁵⁶⁹ Cfr. **CANO JARAMILLO, Carlos Arturo.** *El texto jurídico, redacción y oralidad. Conflicto, Argumentación y Convivencia*, ob. cit., p. 380.

neutra; *motivada*, en cuanto constituya el resultado de una correcta argumentación; *cognoscitiva*, en tanto esté motivada en el conocimiento empírico de los hechos determinado por las reglas procesales y *dialéctica*, en tanto la refutación hubiese sido el método para seleccionar, justificar y sostener las hipótesis que la sustentan.

En la decisión se refleja el objetivo justificador del proceso penal que en Ferrajoli se identifica con la garantía de las libertades de los ciudadanos a través de la garantía de la verdad, obtenida mediante pruebas y refutaciones frente al abuso y el error. En este punto, el juez tiene una función garantista con un importante valor político e intelectual y que le exige tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como hábito profesional y como estilo intelectual. La única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de los presupuestos jurídicos y fácticos.⁵⁷⁰

Un esquema que pretende resumir los pasos esbozados para la elaboración de la decisión desde un punto de vista argumentativo, es el siguiente:

4

- **¿Problema jurídico?**
 - Identificación de los hechos jurídicamente relevantes
 - Definición del tema o asunto jurídico
- **Tesis**
- **Fuentes**
- **Argumentos**
- **Resumen v refutación de las tesis de las**

5.5.7. Explicar su resolución.

El juez ha sido receptor de la información obtenida en el juicio y pasa a ser emisor de su decisión, que sintetiza lo aportado por las partes. En la emisión de su decisión el juez debe obtener la credibilidad de que su decisión ha sido adoptada de manera racional.

⁵⁷⁰ “La función judicial, y particularmente la penal, difiere conforme a ello de todas las demás funciones del estado porque es una actividad cognoscitiva, donde las elecciones y las decisiones vienen justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos pero siempre referidos, como en cualquier otra forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva. Es claro que, a diferencia del conocimiento científico, las decisiones sobre la verdad que intervienen en el juicio penal expresan un poder, dado que forman el presupuesto del silogismo práctico que concluye con un fallo, sea de absolución o de condena. Se trata sin embargo de un poder ‘de comprobación’ o ‘de verificación’ distinto de cualquier otro poder público y típicamente propio de la función judicial”. Cfr. **FERRAJOLI, Luigi**. *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 69.

La sentencia escrita y la sentencia explicada de manera oral requieren del juez aptitudes específicas. En el documento de sentencia se dejará constancia de los razonamientos pormenorizados que dan sustento a la decisión, lo que no es lo mismo a que el juez explique de manera concreta a las partes, y a la sociedad en general, el sentido de su resolución en forma oral.

Para explicar oralmente, el juez no sólo requiere de la claridad en sus argumentos, sino de su credibilidad, en tanto exponga el conocimiento que tiene del caso y el raciocinio de las conclusiones a que arriba, para lo que necesita que su discurso sea ágil, breve y fundamentado en la técnica y en la ciencia. Al hablar, requiere de energía y naturalidad, estar convencido de su decisión y así persuadir de ella. También requiere de serenidad, confianza y dominio de sí mismo, pues si bien el juez no entra al debate en el juicio oral, sí lo ha dirigido y valora lo que se dice para luego decidir, y esa decisión debe sostenerla y ser convincente en ello, pues de él se espera justicia y no arbitrariedad.

Durante el debate de la audiencia, la comunicación se dio de manera dialéctica, circular y sistémica. Al juez le corresponde cerrar este círculo bajo las mismas reglas de retroalimentación verbal y no verbal y asegurarse que sus oyentes reciban los significados que se ha propuesto compartir.

Tanto en el diseño de su escrito como en el de su exposición oral, el juez tendrá que ser **claro, sencillo, breve y preciso**. Para lograr *claridad*, necesita hacer un plan global del texto o del discurso: encontrar las ideas y ponerlas en orden, lo que le requiere una visión de conjunto del mensaje que quiere transmitir. Elaborado ese orden debe tener un dominio de sintaxis para plantear oraciones entendibles y lógicas e integrarlas en párrafos ordenados y acordes con la intención de la expresión.

Por ejemplo,⁵⁷¹ si se usa un razonamiento deductivo, el párrafo de su expresión habrá de comenzar por la frase general a sostener:

“El testigo ofrece credibilidad en tanto estaba presente en el lugar de los hechos, percibió de cerca y es una persona de reconocida honorabilidad. Sus afirmaciones son corroboradas por otros medios de prueba y se sabe de la sanidad de sus sentidos.”

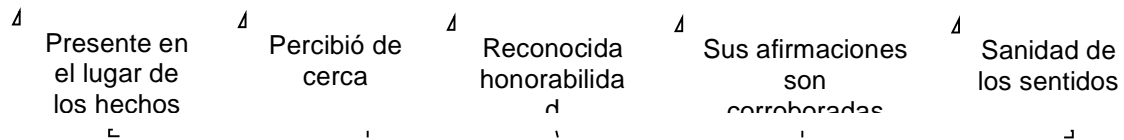
┌ “El testigo ofrece credibilidad” ┐

⁄ Presente en el lugar de los hechos	⁄ Percibió de cerca	⁄ Reconocida honorabilidad	⁄ Sus afirmaciones son corroboradas	⁄ Sanidad de los sentidos
--------------------------------------	---------------------	----------------------------	-------------------------------------	---------------------------

⁵⁷¹ Estos ejemplos son ofrecidos por Carlos Arturo Cano Jaramillo, en su obra en cita. *Ibidem*, p. 156 y 157.

Si se trata de un razonamiento inductivo, el párrafo habrá de partir de la concatenación de los elementos aislados para conjuntarlos en una idea principal, finalmente:

“El testigo estaba presente en el lugar de los hechos y percibió de cerca; se determina que es una persona de reconocida honorabilidad; sus afirmaciones son corroboradas por otros medios de prueba y se sabe de la sanidad de sus sentidos. Por lo tanto, el declarante ofrece credibilidad.”



“El testigo ofrece credibilidad”

Esto es, sus esquemas de lenguaje deben ser acordes con sus esquemas de pensamiento y de razón, pues si no es así, la transmisión de sus argumentos menguará en contundencia y entendimiento.

Ahora bien, el juez logrará *sencillez* en tanto no incluya elementos innecesarios, *brevedad* en tanto tenga claro los puntos problemáticos y el planteamiento central a sustentar en su decisión, y será *preciso* en tanto logre exactitud tanto en el pensamiento como en los conceptos a usar.⁵⁷²

Al organizar su discurso o su texto, el juez debe tener muy claro:

1. Qué es lo que va a decir
2. En qué orden lo va a decir
3. Cómo lo va a decir
4. Recordar lo que va a decir (al momento de la exposición oral)

Si bien estos pasos son una guía lógica para el diseño del discurso, el juez debe partir de una visión global, integral y única de su decisión. Para tener ese panorama completo se recomienda hacer uso de mapas conceptuales o cuadros sinópticos que permitan conectar y asociar las ideas, para que antes de empezar a hablar, se tenga organizado lo que se va a decir. La organización y jerarquización de las ideas, da lugar a que se puedan sintetizar y clasificar.

⁵⁷² *Ibíd.*, pp. 146-170.

CAPÍTULO 5
EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LAS ESTRATEGIAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESQUEMA DE ARGUMENTACIÓN ORAL

Finalmente, en la organización del discurso, es importante dar nombre a las estructuras y asignar un significado a las partes. Cuando analizamos en el capítulo tercero algunos casos de sentencias que hoy día se dictan por jueces en el sistema acusatorio, pudimos identificar la utilidad en la comprensión de los títulos y subtítulos de las partes de la sentencia, además de que le dan homogeneidad y orden. Si bien esto es claramente valioso en un documento escrito, se aplica igualmente en el discurso oral, tanto para el orden de las ideas, como para guiar a la audiencia en una explicación ciertamente compleja.

CONCLUSIONES

1. RECAPITULACIONES.

1.1. Primer Capítulo.

El problema planteado en la presente tesis ha consistido en analizar el trabajo argumentativo del Juez de Juicio Oral en el Sistema Penal Acusatorio y proponer el perfil que debe cubrir para ser capaz de realizar tal función. Para ello, se ha efectuado -en un Primer Capítulo- una comparación entre los dos grandes modelos de análisis del Derecho, cuya transición resulta ser el contexto en que se plantea el Sistema Acusatorio moderno. Se trata de la confrontación metodológica entre lo que he denominado el Modelo Aplicativo y el Modelo Argumentativo.

Por un lado, el Modelo Aplicativo aglutina a las ideologías que sustentan a la *decisión determinada*, directamente relacionada con la filosofía política del Estado liberal del siglo XIX y el pensamiento positivista (bastante bien dibujado desde Montesquieu). Bajo el Modelo Aplicativo, la separación de poderes garantiza la libertad de los ciudadanos expresada en el Parlamento, exclusivo promulgador de la ley. El pueblo se ve representado en el Poder Legislativo que fija el texto de la norma e impone los límites a su propia libertad. En contraparte, el poder de los jueces es prácticamente nulo porque son meros aplicadores de las normas creadas por los otros.

En el Modelo Aplicativo, el juez es la *“bouche qui prononce les paroles de la loi”* y la decisión judicial ha de estar perfectamente delimitada por el texto de la norma. Se concibe un sistema jurídico suficiente, preciso, autocompositivo, completo, cerrado y no contradictorio. Ante cualquier duda sobre el significado de la ley, debe acudirse a la voluntad de su autor, del legislador. Las contradicciones entre las normas sólo son aparentes, y si se detectan lagunas normativas, se integran por medio de la analogía desprendida de la voluntad legislativa. De esta manera, la decisión judicial se adopta mediante una inferencia lógico-deductiva, de aplicación de la norma válida a un hecho probado científicamente y objetivamente.

CONCLUSIONES

Por su parte, el Modelo Argumentativo rechaza la concepción positivista de la ley en tanto que por sí misma es incapaz de determinar las resoluciones judiciales. Esto es así porque las leyes pueden ser en muchos casos directivas y no definitivas, lo que las sujeta a una interpretación con cierto margen de maniobra. Por otro lado, el lenguaje legislativo está plagado de indeterminaciones y de expresiones valorativas, con frecuencia sus términos carecen de sentido único y preciso, e inevitablemente pueden darse contradicciones normativas o lagunas que evidenciarían que los sistemas jurídicos distan mucho de ser coherentes y completos.

Igualmente, la solución de los casos no puede obtenerse únicamente del texto de la ley, sino que es preciso atender a razonamientos lógicos más allá de la deducción, que tengan en cuenta elementos circunstanciales, reales, sociales, empíricos, que de manera integral y de forma inductiva, den solución al caso concreto.

Bajo el Modelo Argumentativo, el juez aprecia el caso en sus propias dimensiones concretas y no supuestos abstractos, como hace el legislador. Su fuente de resolución no es únicamente el texto de la ley, sino elementos de razón que debe expresar mediante la motivación para fortalecer y legitimar su decisión, siempre con el objeto de que ésta sea más que legal, justa. El juez deja de ser tan sólo la boca de la ley, para desempeñar un papel de mucha mayor responsabilidad social y democrática.

El Modelo Argumentativo se genera ante la crisis del método deductivo y la aplicación de métodos hermenéuticos en el razonamiento jurídico. Esta tesis se enfoca en las teorías de análisis argumentativo que han hecho planteamientos a partir de diferentes perspectivas. A saber, la llamada "teoría estándar" de la argumentación jurídica (formulada por Alexy y MacCormick, entre otros) hace un análisis normativo de la justificación para buscar la corrección en la aplicación de una norma a un caso u otro. Dworkin hace un planteamiento extensivo hacia elementos no necesariamente normativos, sino de contexto social y de principios, que permita a un juez ideal encontrar una solución correcta para cada caso. Los constructores de este Modelo Argumentativo retoman el método de la ponderación de principios para encontrar las soluciones justas a los casos difíciles, y de Viehweg, Perelman y Toulmin su análisis lingüístico y retórico del argumento.

Bajo el Modelo Argumentativo se acuña la concepción del Derecho desde la argumentación, que lo concibe como algo más que ciencia jurídica, normas, precedentes, dogmas o principios, los que más bien se complementan para el quehacer jurídico. Si bien es claro que el Derecho no puede reducirse a la argumentación, lo que se persigue es proporcionar un enfoque argumentativo que contribuya decisivamente a una mejor práctica jurídica.

De esta manera, en el análisis del Modelo Argumentativo concluimos en una teoría integradora como una concepción amplificada del Derecho que tiende a

conectar la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisión, de resolución de problemas jurídicos y que se integra con los problemas del método jurídico.

El análisis argumentativo tiene sus bases en una forma de ver al fenómeno jurídico, que se contrapone al punto de vista del derecho aplicativo. Es decir, podemos partir de que en el análisis del fenómeno jurídico imperan dos puntos de vista contrapuestos: uno, el del derecho aplicativo o tradicional, en que la solución del problema jurídico se encuentra básicamente en la subsunción del hecho a la norma. Y, por otro lado, el punto de vista desde el modelo argumentativo, que abre sus soluciones a elementos materiales y no sólo formales.

1.2. Capítulo Segundo.

El siguiente contraste que se realiza en esta tesis es el que se suscita con motivo de la transición del sistema penal en México. Partimos de un sistema penal tradicional de corte inquisitivo hacia un sistema evolucionado de corte acusatorio. Las diferencias son trascendentes en la metodología de los actores en el proceso. Esta tesis se enfoca en el trabajo argumentativo del Juez de Juicio Oral.

El sistema de enjuiciamiento inquisitivo ha respondido a una concepción absoluta del poder central y al escaso valor del individuo frente al orden social. El imputado se reduce a ser un objeto de investigación y no un sujeto de derechos. Bajo este esquema la persecución de los delitos es pública, obligatoria en su ejercicio, no depende de una manifestación de la voluntad particular del agredido y la meta principal del procedimiento es averiguar la verdad.

El enjuiciamiento penal acusatorio no es nuevo en el mundo occidental. Sus características fundamentales residen en la división de poderes ejercidos en el proceso por el acusador y por el imputado. El primero, con la persecución penal y el ejercicio del poder requirente y, el segundo, con la resistencia a la imputación y el derecho a defenderse. Ambos, en igualdad de condiciones frente a un tribunal que tiene el poder de decidir.

Las tres fuerzas (persecutor, imputado y juez) se vinculan y condicionan una a la otra: el límite de la acción del tribunal lo representa la acción del acusador, el contenido del reclamo y la posibilidad de resistencia del imputado frente a la acusación que se le imputa. De esta manera, se trata de un sistema de fuerzas paralelas.

Publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación son considerados –en general– por la doctrina, como los principios rectores o informadores del proceso penal de corte acusatorio. Estos principios permanecen en todo el proceso, por lo que se implican en los actos y actores procesales e, indefectiblemente, trascienden al desahogo y valoración de la prueba y al dictado de la sentencia.

CONCLUSIONES

Los principios del sistema acusatorio se implican unos con otros y se condicionan a sí mismos. La **publicidad** es necesaria para que las partes conozcan de manera inmediata los argumentos y pruebas que se aporten, lo que a su vez les posibilita contradecirlos. Conforme al **principio de concentración**, los actos requieren concentrarse y desahogarse de manera continua e ininterrumpida para que se posibilite una percepción inmediata de la prueba y del acontecer argumentativo, tanto para el Juez como para los demás sujetos procesales.

La **inmediación** implica el conocimiento directo de los sucesos en juicio y permite que las partes entren en **contradicción** y puedan oponer tanto pruebas como argumentos. La víctima y el acusado tienen oportunidad de confrontar alegatos y pruebas en audiencia pública, con presencia del juez y nunca en ausencia de la contraparte.

Por último, mediante el **principio de oportunidad**, se redimensiona el objeto del proceso hacia la mejor solución del conflicto. El sistema permite la suspensión del proceso para aceptar sistemas alternativos de solución de controversias, así como procesos penales simplificados o abreviados. Es en el Ministerio Público en quien se deposita la gran responsabilidad de decidir si acusar o no, bajo estos lineamientos.

Junto a estos principios, existen otros que se encuentran altamente vinculados con el sentido acusatorio del sistema, como es la **igualdad procesal**, la **valoración libre de la prueba** y la **suficiencia en el debido proceso legal**, principalmente. Conforme al principio de igualdad procesal, las partes deben gozar de las mismas condiciones y armas en el proceso. En cuanto a la valoración libre de la prueba, el juez –lejos de estar predeterminado para valorar la prueba por un sistema legal de tasación- debe aplicar su libre convicción y las reglas de la sana crítica, mediante la obligación de motivar debidamente sus resoluciones. Y la suficiencia en el debido proceso legal se traduce en la garantía del cumplimiento de las formalidades procesales.

La comparación de los dos sistemas muestra lo siguiente:

- En el sistema inquisitivo impera el secreto y la escritura, mientras que en el acusatorio se instaura la **publicidad y la oralidad**. En el sistema inquisitivo impera el secreto y el acceso al expediente –incluso para las propias partes- es variable y parcial, mientras que en el sistema acusatorio se pretende publicidad y transparencia, tanto en el desahogo y participación en las audiencias, como en el acceso a la prueba.
- En el sistema inquisitivo hay una concatenación de actos formales, sucesivos e intermitentes; mientras que en el acusatorio, los **actos son concentrados, continuos y procuran la inmediación**.
- El sistema acusatorio es un **sistema de partes**, que pregona la necesaria contradicción entre ellas, con el fin de que el ejercicio de acusación y

defensa –en una contienda con igualdad de armas- ocasionen una justa tensión en el sistema. En efecto, en el sistema inquisitivo existe una concentración en las funciones de investigar, acusar y juzgar; mientras que en el sistema acusatorio, la **separación de estas funciones es crucial**: la policía investiga, el Ministerio Público acusa, un Juez de Garantías analiza la procedencia del caso y dicta medidas cautelares, y un Juez o Jurado de Juicio Oral juzga sobre la culpabilidad y establece la pena. Incluso, se cuenta también con la figura del Juez de Ejecución de Sentencia para ocuparse de la fase posterior al juzgamiento de fondo.

- En el sistema inquisitorio el acusado es objeto de investigación, mientras que en **el acusatorio, es sujeto de derechos** y debe ser escuchado en el proceso. Esto implica que tiene derecho a conocer los actos de investigación, gozar del principio de presunción de inocencia, tener asesoría de un abogado y actuar como parte procesal.
- En el sistema inquisitivo, la detención y prisión preventiva operan como regla general, mientras que **en el sistema acusatorio se pretende que la libertad sea la regla general** y que, como medida cautelar, su privación sea la excepción.
- En el sistema inquisitivo la víctima regularmente no participa en la investigación ni en el proceso, mientras que **en el sistema acusatorio la víctima es parte importante del proceso**.
- En el sistema inquisitivo, la prueba se constituye desde la investigación, mientras que **en el acusatorio, las pruebas se constituyen en el juicio**, en presencia de las partes, de manera que exista inmediación y contradicción en su desahogo.

Todos los anteriores elementos de contraste confluyen en un resultado final evidenciado en la sentencia. En el sistema acusatorio, contrario a lo que ocurre en el inquisitivo, **el juez resuelve en público**, en un tiempo determinado, inmediatamente después de haber escuchado a las partes y sujetos procesales, de manera directa, en la propia audiencia y bajo la garantía de no recibir influencia externa entre el momento en que termina la audiencia y en el que decide.

Además, el juez tiene la carga de explicar el alcance de su resolución de manera oral, asequible a las partes y a la sociedad en general. La posibilidad de que esta explicación sea clara y acorde con lo sucedido en el proceso es la vía para lograr la más nítida forma de legitimación del Juzgador en el sistema acusatorio. Este es el punto que se ha considerado neurálgico en esta tesis.

1.3. Capítulo Tercero.

Para reunir elementos en la configuración de un esquema argumentativo idóneo para el Juez Oral, en el Capítulo Tercero se consideró pertinente plantear un panorama comparativo de esquemas argumentativos judiciales que ya se

CONCLUSIONES

encuentran en práctica bajo el sistema acusatorio, tanto en algunos países de Latinoamérica, como en ciertas entidades de la República mexicana.

En esta revisión, partimos de la premisa de que una sentencia en el sistema acusatorio, de manera ideal, debe determinar la existencia de un hecho típico; identificar al autor en ese hecho ilícito; resolver el conflicto suscitado entre las partes; procurar la reparación del daño a favor de la víctima; aplicar, a favor de las partes y sujetos procesales, los principios de debido proceso y favorecer, con la oralidad, los principios de publicidad, contradicción, inmediación, concentración y continuidad. Además, la sentencia debe ser clara y asequible a las partes al momento de adoptarse y explicarse.

De esta forma, para analizar las sentencias desde un punto de vista argumentativo, se usaron los siguientes indicadores:

1. ¿Cuál es la estructura básica de la sentencia?
2. ¿Cómo se determinan los hechos?
3. ¿Cómo se califica jurídicamente a los hechos?
4. ¿Cómo se identifica al autor y su responsabilidad?
5. ¿Se logra claridad y consistencia argumentativa?

Del panorama comparativo realizado, se obtuvieron las siguientes conclusiones:

1. Integración y estructura en las sentencias:

En las sentencias donde se muestra la tendencia a abreviar los argumentos, se logra mayor sencillez, claridad y contundencia. Esto ocurre en aquellas que reseñan los antecedentes y las pruebas, y que en los análisis de los hechos y de la responsabilidad no requieren de transcripciones ni propician redundancias.

De las sentencias analizadas, las de Argentina, Chile y Colombia logran mayor contundencia. Las provenientes de Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas son también un buen ejemplo.

2. Subtítulo de secciones:

El uso de subtítulos y secciones específicas y ordenadas en las sentencias, no sólo bajo los rubros de “*Resultandos*” y de “*Considerandos*”, las hace más claras y comprensibles. Así ocurre con las revisadas de Argentina, Chile, Costa Rica, Baja California, Oaxaca y Zacatecas.

3. Uso de argumentos inductivos:

La argumentación esencialmente inductiva es, en principio, la ideal para que el Juez en juicio acusatorio aprecie de manera libre la prueba y haga uso racional de las máximas de experiencia y de la mayoría de razón. Esto es así porque el razonamiento inductivo permite que a partir de las pruebas desahogadas, se infieran razones relevantes que, interrelacionadas entre sí, permiten arribar a conclusiones de tipicidad y responsabilidad penal.

4. Uso de argumentos deductivos:

El uso de los argumentos deductivos, que parten del supuesto normativo para tomar los elementos fácticos aislados que se adecuen a tales premisas, son característicos de los sistemas inquisitivos de juzgamiento, en que el objeto primordial es la aplicación de la norma al caso, con independencia de las demás circunstancias fácticas que pudiesen incidir en un razonamiento más complejo.

5. Uso del lenguaje común:

El uso preferente del lenguaje no técnico permite una mayor claridad y asequibilidad de las sentencias. Si bien es inevitable que la motivación haga uso del lenguaje técnico, el juez debe tener presente que la sentencia se encuentra dirigida primordialmente al procesado, a las víctimas, a los demás interesados y a la sociedad en general. Entonces, el lenguaje técnico no debe ser usado más allá de lo necesario y, en lo posible, debe ser explicado en términos coloquiales. De esta manera, se cumplirá el objetivo democrático del juicio acusatorio.

6. Uso de las máximas de experiencia:

Las máximas de experiencia son un recurso argumentativo determinante en el sistema acusatorio. No se atiende necesariamente al texto de la ley para razonar si un hecho es punible o si una persona es responsable de su comisión. Mediante las máximas de experiencia, el razonamiento se amplía a los contenidos fácticos que se comprenden por la sociedad en general y que tanto el juzgador como las partes, conocen, comparten y justifican. Las sentencias que recurren a este tipo de herramientas, tienden a clarificar sus conclusiones de manera determinante.

7. La tendencia argumentativa mexicana, con base en el panorama analizado:

Del análisis realizado a sentencias mexicanas que ya se están dictando bajo el esquema de juicio acusatorio, se puede concluir que existe cierta tendencia a conservar las estructuras tradicionales del esquema inquisitivo. En sentencias provenientes de Baja California, Estado de México, Morelos y Nuevo León se detectó que la estructura es larga, contiene transcripciones completas de constancias y se realizan análisis del tipo y de la responsabilidad de manera deductiva.

Esto es, cada uno de los elementos del tipo y de la responsabilidad penal se va satisfaciendo con un elemento desestructurado de los hechos, que puede ser usado en varias ocasiones para satisfacer un mismo supuesto legal. De esta manera, en el afán de satisfacer la estricta legalidad en la sentencia, se pierde el panorama integral de los hechos probados en aras de una fragmentación de las circunstancias que pierden al juzgador de las consecuencias reales de su sentencia.

No obstante, en entidades como Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas, las formas de argumentar en la sentencia se muestran más evolucionadas hacia un

ideal de sistema acusatorio. Aunque sí recurre a ciertas transcripciones y redundancias, su tendencia es más bien a la reseña, análisis y síntesis de los datos obtenidos en el juicio, para arribar a conclusiones concretas. Su método de análisis es inductivo e integrador, a partir de los elementos reunidos en juicio, que concatenados entre sí, llevan a conclusiones relevantes para la determinación de la tipicidad de los hechos y de la responsabilidad penal.

Caso particular es el de Nuevo León, en que se nota que el sistema mezcla formas procesales y de fondo propias del sistema inquisitivo con el acusatorio, como es que se permita la tasación de la prueba o la valoración en juicio de pruebas obtenidas durante la indagación.

8. Las estructuras argumentativas a seguir:

A partir del análisis de sentencias es posible identificar ejemplos que contienen estructuras argumentativas a seguir como es el caso argentino, en que se identificó el uso de un método dialéctico que se ocupa de contestar tres preguntas concretas:

- *¿Está probado el hecho y la autoría del procesado?*
- *¿Qué calificación legal corresponde aplicar? Y, en su caso, ¿cuál es la responsabilidad penal del imputado?*
- *¿Qué pena debe imponerse? y ¿corresponde la imposición de costas?*

La sentencia no hace transcripciones, no se ocupa de temas no esenciales (como la competencia, en tanto se tuvo ya por fijada en otro momento procesal), y se concentra en contestar concretamente si el hecho y la autoría fueron probados, la calificación legal correspondiente y la pena a imponer, en su caso. Para cada respuesta, se hace una relación sucinta de los elementos de razón que se desprenden de la prueba, se relacionan inductivamente y se concluye de manera sintética.

Este esquema argumentativo es claro, hace a un lado los análisis deductivos y se concentra en la objetividad de la pregunta, sin necesidad de hacer un recuento de todo lo sucedido en el juicio.

9. Los esquemas argumentativos de las sentencias chilenas:

Son más exigentes y rigoristas para las precisiones *de facto* en la imputación. Una de ellas, por ejemplo, desechó la validez de una prueba esencial para evidenciar que la droga identificada como base de cocaína era la que se había encontrado en posesión de las encausadas. Como no se tuvo cuidado en la relación de la evidencia encontrada y la periciada (fallas en la cadena de custodia), las procesadas no tuvieron oportunidad de defenderse sobre ese preciso hecho de imputación. Prevaleció entonces en este argumento el principio de presunción de inocencia. También aplicó el tribunal chileno un estricto análisis de verosimilitud de la declaración de la víctima en el caso de abuso sexual en contra de menores, no sólo desde su experiencia y sana crítica, sino con elementos técnicos psicológicos y jurídicos, los que además fueron materia de prueba y de evaluación. Para ello, tuvo en cuenta un criterio del Tribunal Supremo Español.

10. Los casos mexicanos:

En ellos destacan las resoluciones del Estado de **Chihuahua** consultadas, pues son claras y tienen una fuerte consistencia argumentativa. Están dictadas conforme a los principios que rigen al sistema acusatorio, de contradicción, valoración libre de la prueba, convicción de responsabilidad más allá de toda duda razonable, uso de reglas de la razón y de la experiencia, y relación armónica de los elementos de prueba que se aportaron. Formal y materialmente abarcan los elementos argumentativos indispensables en la resolución del caso, a saber, la fijación de los hechos, su calificación jurídica, la autoría, el análisis de los medios de prueba que surtieron valor, el análisis dialéctico de los argumentos de las partes y la individualización de la sanción y la reparación del daño.

Se evidencia el trabajo argumentativo armónico del Tribunal al interrelacionar las pruebas, evaluar la confiabilidad de las declaraciones, el desempeño de la fiscalía y la defensa, y sostener con firmeza sus conclusiones, sin dejar de analizar –bajo el principio de exhaustividad- tanto los argumentos en pro como en contra y las pruebas de defensa que desechó en su valor. Sus argumentos fueron de tipo inductivos y abductivos (en que los hechos probados permitieron al Tribunal llegar a una hipótesis que los explican), como las evidencias reunidas alrededor de la identidad del autor.

11. Las sentencias del Estado de Zacatecas:

Son también ejemplares en su estructura argumentativa las sentencias analizadas provenientes del Estado de **Zacatecas**. Tienen una secuencia lógica que permite al lector comprender desde el inicio el sentido de la resolución del Tribunal, para más adelante contar con los elementos de razón que llevaron al órgano juzgador a condenar. La valoración de las pruebas se trabajó de manera ordenada y se relacionaron unas con otras, evidenciándose el mayor peso que se da a ciertos indicios por razón de su contundencia probatoria.

Destaca que los argumentos usados para analizar los hechos no son los mismos que para concluir sobre la responsabilidad penal, lo que es correcto en tanto son conceptos de distinta entidad. Se hace hincapié en ello, porque de manera recurrente se suelen usar los mismos hechos y argumentos sobre los hechos para analizar tan variables elementos de sentencia.

En el Capítulo Tercero reparamos en la particularidad de los argumentos utilizados en sentencias sobre delitos de abuso sexual a menores. Ello, en virtud de que en varias de las resoluciones analizadas, coincidió que el tipo de delito era de tal naturaleza.

En estos casos el Juez afronta la particularidad de que los hechos son de difícil probanza, pues por lo general suceden en privado y sin testigos más que el agresor y la víctima, quien por ser menor, es susceptible de ser sujeta a falta de credibilidad.

CONCLUSIONES

Llama la atención que las sentencias analizadas dieron valor preferente a la declaración del menor, ya sea en virtud de convenciones internacionales, por tratarse de delitos en donde no hay más testigos que las víctimas, o por correlación con otros indicios testimoniales y periciales, principalmente los de carácter psicológico y médico. En las sentencias de Argentina y Costa Rica se invoca la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño para ponderar con mayor valor las declaraciones de los niños, como víctimas de abuso sexual, en aras de la protección de sus derechos sobre los del imputado.

Las sentencias de Argentina y Chile se enfrentaron a la disyuntiva de decidir si se condenaba sobre actos reiterados que no se pudieron precisar fácticamente en la acusación. El Tribunal argentino sí decidió condenar y para ello tuvo en cuenta que no se precisaron los actos, pero sí se supo que habían sido reiterados y, en ese sentido, se integran como factor de definición del *daño grave*, que se tomó en cuenta en la calificación del hecho. Este fue un argumento que pareciera estar fundado en una petición de principio, en tanto era necesario explicitar si la reiteración es característica del daño grave, lo que no se hizo. En cambio, el Tribunal chileno no condenó por esos hechos indeterminados, tal como ocurrió con las sentencias provenientes de Colombia y de Oaxaca.

Es interesante la comparación que resultó del análisis de diversos tribunales en sistemas jurídicos nacionales distintos, que se enfrentaron a hechos similares de abuso. La valoración de la declaración de la víctima –en tanto se trata de un menor de edad- se realizó en general a favor del menor, en detrimento del principio de presunción de inocencia del procesado, aunque en todas hubo una concatenación de pruebas diversas que debían confirmar el dicho de la víctima.

También llama la atención la valoración judicial sobre los hechos que se imputan previos y reiterados de abuso sexual. El tribunal argentino los consideró como un elemento de daño grave, mientras que otros tribunales como el chileno, colombiano y oaxaqueño ignoraron tales hechos anteriores, por una cuestión de seguridad y certeza jurídica al procesado.

1.4. Capítulo Cuarto.

Explorados los esquemas de argumentación que algunos juzgadores utilizan bajo el sistema penal acusatorio recién implementado en algunas entidades de la República y en varios países de Latinoamérica, en el Capítulo cuarto se propone un esquema argumentativo del juzgador. En la formulación de tal propuesta, ha sido necesario tener en cuenta que la decisión judicial varía en las diversas etapas del proceso penal acusatorio, en función de los principios y reglas que rigen en particular.

La **etapa de investigación** se divide en dos subetapas. Una, preliminar o desformalizada, en que sólo intervienen el Ministerio Público, la policía y los auxiliares, sin conocimiento de la víctima o del ofendido. Las actuaciones se hacen

CONCLUSIONES

constar en una carpeta de investigación y son reservadas hasta que pueda realizarse una imputación o el investigado comparezca por cualquier forma y se pretenda su declaración o entrevista.

En esta etapa, la policía tiene –en principio- un amplio margen de actuación. Puede realizar actos encaminados a la investigación aclaratoria para determinar si un hecho existe, si puede ser constitutivo de delito y quiénes son las personas involucradas. Si la policía considera que se requiere recabar datos de prueba, entonces interviene el Ministerio Público, quien con esos elementos está en aptitud de plantear una hipótesis del caso, que una vez confirmada, dará lugar a que se formule la imputación y se logre el dictado judicial de la vinculación del imputado al proceso. Aquellos datos de prueba recabados en investigación, podrán tornarse en medios de prueba, en virtud de la intervención del imputado, quien podrá contradecirlos mediante una defensa técnica.

La investigación la dirige entonces el Ministerio Público, con auxilio de la policía y de los servicios periciales, y se busca una mayor racionalidad y objetividad. La hipótesis del caso tiende a ser objetivada con los actos de investigación, de manera que reúna la fuerza racional suficiente para mantener su consistencia en todo momento y garantizar una acusación objetiva y robusta para iniciar un proceso.

El Ministerio Público también puede discriminar los casos mediante la aplicación de criterios de oportunidad, lo que se traduce en una de las más importantes posibilidades de dinamizar la solución de los conflictos penales sin necesidad de pasar a ulteriores etapas procedimentales.

Durante esta etapa, puede darse el caso de la intervención del **Juez de Control o de Garantías**, para pronunciarse sobre la realización de actos que afecten garantías procesales o derechos constitucionales. Su actuación es la de un tercero imparcial que únicamente controlará constitucionalmente los actos de investigación y su intervención es esporádica e intermitente. El trabajo del juzgador en esta etapa es velar porque cualquier restricción a los derechos fundamentales sea admisible, necesaria y proporcional. Así, en un modelo ideal de sistema acusatorio, el juez debe partir de un alto grado de confianza en la prudencia y atinencia del trabajo policial y pericial, que exige de un significativo nivel de profesionalización, tanto en técnicas de investigación, como en el respeto a los derechos fundamentales.

Las resoluciones judiciales por parte del Juez de Control exigen igualmente de un alto dinamismo, pues se pronuncia sobre la conveniencia de que la policía ejecute medidas de investigación emergentes o aplique medidas cautelares o precautorias. Es decir, en esta etapa el Juez juzga el juicio policial que es prudencial, basado en la experiencia y que se refleja en la decisión de realizar algún acto investigatorio.

CONCLUSIONES

El juzgador debe decidir con la celeridad que exige el trabajo de investigación, tanto sobre la pertinencia como sobre los alcances del acto sometido a su arbitrio, pero no lo hace bajo un postulado contradictorio, pues el investigado no tiene oportunidad de audiencia, sino que debe confrontar la pretensión del acto investigatorio frente al margen constitucional de protección apriorística de todo derecho fundamental, de manera que su argumento es esencialmente de tipo garantista.

Esto no significa que en el momento de ejecutar la medida de molestia, el investigado no tenga la oportunidad de contradicción, pues el ideal es que sea asistido técnicamente por un defensor.

Este esquema racional del Juez de Control requiere que amplíe su formación jurídica hacia campos diversos a los estrictamente jurídicos, que le permita comprender los alcances y pertinencia de las acciones policiales y de investigación que se le plantean, así como de sus dimensiones en la acreditación de la evidencia.

Aunque el Juez de Control sólo cuenta con los elementos que le aportan el Ministerio Público y la policía desde la investigación, debe tener elementos cognoscitivos para valorar y controlar críticamente el conocimiento policial y pericial. Esto significa que para evaluar las evidencias policiales y periciales, debe conocer sus métodos y eso exige ampliar su cultura y el panorama de sus conocimientos científicos. No se trata de que conozca todos los campos científicos, sino que cuente con las bases de razonamiento lógico para valorar los métodos a utilizar y los resultados por obtener.

La **segunda subetapa de la fase de investigación** es la que se le conoce como **formalizada**. La investigación se formaliza a partir de que el Ministerio Público realiza la imputación ante el Juez de Garantías. Desde este momento, el juzgador ya actúa bajo un esquema de tercero imparcial, ante los postulados contradictorios de las partes contendientes que debaten sobre la legalidad y constitucionalidad de la detención, si es el caso, de la imputación, de las medidas cautelares y demás alcances de la vinculación al proceso.

El juzgador ejerce funciones de síntesis argumentativa entre dos postulados extremos y continúa con funciones de control ante la afectación de derechos fundamentales. En este momento se empiezan a dibujar los alcances de la argumentación de ambas partes, que en el sistema acusatorio se exigen consistentes desde la formulación de la acusación.

En una audiencia preliminar, el Ministerio Público formula formal imputación y corresponde al Juez resolver una serie de cuestiones de gran implicación procesal y evidente molestia a la esfera jurídica del procesado. Si se ha efectuado una detención, el Juez se pronuncia sobre su legalidad a partir de los elementos fácticos y normativos que le presentan y explican tanto el Ministerio Público como la defensa. Formulada la imputación, el Juez decide si amerita vincular a proceso

CONCLUSIONES

al imputado a partir de los datos que le expone el Ministerio Público y a pesar de los elementos de prueba y argumentos esgrimidos en ese momento por la defensa. En este momento, el Juez debe valorar si de la investigación se deducen datos que revelen que se cometió un hecho ilícito y que el imputado probablemente lo cometió o participó en su comisión, sin que además quede demostrada una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de responsabilidad. Para la toma de estas decisiones el juez pondera los medios de prueba que las partes exponen, todo en una misma audiencia y de manera inmediata.

Si decide vincular a proceso, el juez puede otorgar una calificación jurídica a los hechos distinta a la propuesta por el Ministerio Público, libertad que es consecuencia de la racionalidad judicial inherente a la valoración de los elementos de prueba que se le han expuesto para pronunciarse sobre la naturaleza de la imputación.

Al pronunciarse sobre la vinculación a proceso, el juez fija un plazo de cierre de investigación dentro de los parámetros legales permitidos, para lo que tiene en cuenta su complejidad.

Esta fase tiene como objeto hacer saber al investigado la imputación de los hechos y la probable responsabilidad que se le atribuye, pero la investigación no está acabada, de manera que tiene oportunidad de defenderse. El juez fija la materia de la investigación, controla los actos policiales y ministeriales, y se pronuncia sobre las medidas cautelares necesarias. Ello, en confrontación del principio de presunción de inocencia, con los de necesidad, proporcionalidad y adecuación.

En suma, el trabajo argumentativo del Juez de Control en esta etapa preliminar del proceso es de una evidente complejidad dialéctica. Se presentan dos argumentos antagónicos expuestos por las partes y acreditados por los elementos objetivos, indicativos de presunciones de responsabilidad, que aún no pueden ser considerados pruebas, pero que de hecho tienen un papel probatorio para la formación de la convicción de continuar con una investigación o no.

Aunque se trata aún de la etapa de investigación, se ha configurado el triángulo propio del esquema procesal y al juzgador le corresponde dimensionar los actos indagatorios, sus alcances y temporalidad

La **etapa intermedia** del proceso se sustancia esencialmente ante el Juez de Control. La investigación ha concluido y corresponde pronunciarse sobre la procedencia del juicio oral. La decisión judicial en la etapa intermedia se ocupa de determinar el fondo de la pretensión penal para proceder a la siguiente etapa de juicio o concluir el caso mediante la aplicación de procedimientos de terminación anticipada.

CONCLUSIONES

Esta etapa también se subdivide en dos fases, una escrita y otra oral. La escrita está a cargo del Ministerio Público, al formular la acusación que constituye la manifestación formal de perseguir la responsabilidad penal del imputado, una vez que de la investigación se desprende la existencia del hecho punible y la identificación de los partícipes. Si es el caso, el Ministerio Público puede no acusar y solicitar el sobreseimiento o que se permita continuar con la investigación.

La etapa oral la constituye esencialmente la audiencia intermedia o de preparación a juicio oral, en que el juzgador establece la *litis* del asunto: fija el objeto del proceso, los sujetos intervinientes y la prueba a examinar. También se deciden cuestiones previas al juicio, como son la cosa juzgada, la extinción de la acción penal, la litispendencia o la incompetencia, para lo que es admisible la presentación de medios de prueba que se consideren relevantes.

El Juez de Control tiene un papel de decisión muy dinámico, sus resoluciones desde la etapa de investigación y en la intermedia se basan en los elementos aportados por el Ministerio Público y por la defensa, que le son expuestos de manera oral. El Juez no tiene acceso a la carpeta de investigación, sino que decide sobre lo que se le expone en audiencia, en la cual tiene que pronunciarse de manera inmediata.

El Juez de Control no tiene posibilidad de meditar detenidamente sus resoluciones ni de estructurar sus razonamientos por escrito en la calma de su oficina. Sus estructuras argumentativas se deben formular de inmediato, exponer con claridad, fundamentarse y razonarse no sólo conforme a la norma aplicable, sino predominantemente sobre los hechos expuestos y acreditados bajo un estándar de prueba medio, pues será hasta la etapa de juicio en que la prueba sí se debe tener por acreditada de manera integral.

El problema del Juez en esta etapa es resolver si los elementos de prueba reúnen un estándar suficiente para proceder a la siguiente etapa de juicio oral o para sobreseer. El criterio sobre los hechos se empieza a gestar desde esta etapa de fijación de *litis* que hace el Juez de Control, la cual en audiencia oral durante la etapa de juicio se modulará a través de la prueba.

El sistema acusatorio se propone un **concepto de prueba abierto**, que admite pruebas típicas y atípicas, pues cualquier cosa que sirva para acreditar un hecho es una prueba, siempre que pertenezca a la esfera de la lógica y la racionalidad.

La prueba jurídica desde una perspectiva abierta obedece al objetivo institucional del proceso judicial de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados, a través de la verificación de que se trata de hechos individuales irrepetibles. La perspectiva abierta de la prueba tiende a permitir al juzgador mayor libertad de decisión, pero en la forma más expedita posible para que sea eficaz y se resuelva el conflicto social o personal subyacente y no se propicie una situación de inseguridad jurídica. La intervención de las

CONCLUSIONES

partes en el proceso de prueba es determinante, pues delimitan el objeto de prueba, la proponen y la practican y la justificación de la valoración de la prueba es únicamente sobre los elementos presentados y admitidos en el proceso.

El concepto de prueba abierto debe ser tenido en cuenta por el Juez de Control al momento de seleccionar y depurar aquellas que las partes pretenden desahogar en el juicio, bajo la perspectiva de que en el proceso se busca identificar la verdad, pero también proteger los derechos fundamentales y una solución eficaz y rápida, por lo que el Juez debe aplicar filtros de admisibilidad de la prueba y entablar **un juicio de relevancia o de exclusión**.

Los filtros de exclusión se rigen por *reglas extrínsecas e intrínsecas al razonamiento probatorio*. Las primeras se fundan en objetivos o valores asumidos por el derecho que carecen de fundamentación epistemológica y tampoco la pretenden (como la protección de derechos fundamentales, las pruebas imposibles de practicar o las ilegales). Las reglas intrínsecas sí tienen fundamentación epistemológica, como es la exclusión de pruebas no relevantes o la exclusión del testigo de referencia o de oídas.

El juicio de relevancia implica entonces un ejercicio judicial de ponderación de un fin frente a otro, el del proceso judicial que es el mayor acercamiento a una verdad hipotética, frente al respeto a ciertos derechos de que gozan quienes intervienen en el proceso o, incluso, otras personas que pudiesen ser afectadas.

El Juez controla desde este momento del proceso el grado de corroboración de las hipótesis a determinar en el momento de la valoración de la prueba, que sucederá en la etapa de juicio oral. Deja depurado el material de juicio al siguiente juzgador, al que corresponderá realizar el control probatorio mediante la contradicción.

El papel argumentativo del Juez en la etapa de juicio oral del sistema acusatorio se basa en que el impulso procesal lo hacen las partes; en que existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre acusador y acusado, y al juez corresponde vigilar que así suceda; igualmente, el juez es un tercero imparcial e independiente de cada uno de los contradictores.

No obstante, una circunstancia crucial desde el punto de vista epistemológico es que al Juez de Control, quien participa durante las primeras etapas del proceso, no le preocupa ni interesa la búsqueda denodada de la verdad real, sino que su objetivo es el mantenimiento de la paz social; al Juez de Juicio Oral sí le corresponde tener un panorama racionalmente confiable y mayormente apegado a la realidad sobre los hechos ocurridos, pues de otra manera, sus resoluciones no podrían considerarse justas.

Durante la audiencia de juicio oral, el Juez es un árbitro del desarrollo del esquema dialógico y racional que plantean las partes, además de que es testigo de la parte fundamental del contradictorio y de la expresión máxima del principio

CONCLUSIONES

de publicidad. Si bien parte de una situación epistemológica de *tabula rasa*, al no conocer las consideraciones preliminares del juicio, el juez debe identificar a través de la contradicción y la inmediación la verdad más allegada a lo que realmente ocurrió. Ello, bajo la consideración de que el proceso es un lugar de conflicto, de competición y de oposición en que contrastan no sólo posiciones diferentes, sino narraciones diversas de los hechos, por lo que debe motivarse bajo los más altos grados de argumentación racional y un método que permita someter su decisión a control social y jurídico y, con eso, legitimarse.

El modelo estándar de juicio acusatorio requiere de un juez que se dedique a conducir el proceso, pero desde un punto de vista epistemológico el juez hace la selección de los hechos que considera probados y durante el juicio se forma un criterio con el cual habrá de resolver al final de la audiencia, por lo que durante ella integra una valoración *in itinere*. Su función no debiera limitarse a ser espectador y director del proceso, sino que pueda ordenar pruebas para mejor proveer que no necesariamente se encaminen a acreditar hechos principales, sino a aclarar las dimensiones de lo que está por juzgar, lo que suele suceder cuando se requiere de elementos técnicos o científicos que se encuentran más allá de sus conocimientos jurídicos o experiencias, y las partes no puedan prever tal necesidad epistemológica.

Si bien se pretende un juez imparcial en absoluto, sin ninguna sospecha inquisitiva en su conducta, se puede llegar al extremo insano de concebir a un juez absolutamente limitado a los hechos expuestos por las partes y a las pruebas por ellas aportadas. No se trata de que el juez reciba los hechos según la interpretación de las partes y que se limite a señalar la consecuencia jurídica; sino que de las partes se debe exigir dar al juez la interpretación de los hechos sumada a su interés y el juez determine si tal interés debe o no prevalecer, una vez verificados los hechos.

Esta potenciación de la conducta proactiva del juzgador se debe encaminar a casos difíciles, que por su naturaleza requieran complementar los elementos de comprensión que requiere el juez para tomar su decisión, lo que puede suceder durante el debate. Esta posibilidad se basa en el interés epistemológico del juez sobre el caso, que no debe confundirse con un interés o inclinación por las pretensiones de alguna de las partes. Su interés es el de mayor acercamiento a la verdad de los hechos.

La sentencia implica un proceso de argumentación precedido por una actividad intelectual más o menos compleja. En el contexto del juicio acusatorio, el juzgador tiene la exigencia de realizar un pronunciamiento inmediato una vez terminada la audiencia, y reunir los requisitos de congruencia, motivación y exhaustividad.

El pronunciamiento inmediato garantiza que el juez no contamine su decisión con puntos de vista ajenos a lo producido en la propia audiencia, que la celeridad del juicio no se interrumpa, ni pierda continuidad, unidad y

CONCLUSIONES

concentración, así como que las partes reciban de inmediato una solución a sus planteamientos y que la perciban clara y directamente desde la convicción del juzgador. Las partes reciben también una explicación clara y asequible sobre los alcances de la resolución, de manera que la comprendan desde el primer momento de ser pronunciada. Con ello, además, la sociedad cuenta con elementos inmediatos para el escrutinio de las resoluciones de los órganos de justicia. Esto no significa que en el acusatorio la expresión oral de las resoluciones judiciales sustituya a la expresión escrita, ni tampoco implica que haya una relajación en el deber de motivar y fundar las decisiones. La explicación oral tiene que comunicarse de manera objetiva y suficiente en una versión escrita.

De hecho, la exigencia al juez de pronunciarse de manera inmediata ocurre durante todas las etapas del procedimiento y, con independencia del pronunciamiento oral, el modelo sí exige un documento escrito en que queden plasmados los razonamientos que condujeron a la conclusión adoptada.

Tanto en su exposición oral como en el diseño del documento escrito, el Juez debe ser selectivo en sus argumentos, de manera que la narrativa de los hechos se presente de manera sucinta con la precisión de la base fáctica del problema; que la sentencia contenga todo lo necesario y sólo lo necesario en la construcción de los argumentos; que se siga una línea argumentativa sencilla, ordenada y clara, desde el planteamiento del problema, el desarrollo argumentativo y la solución final del conflicto.

La **estructura de la sentencia**, entre más sencilla, es mejor. Roberto Lara nos sugiere un esquema altamente aceptable: un *Proemio* que contenga los datos de identificación procesal indispensables; los *Antecedentes* del asunto, relacionados de manera indirecta –abstraídos y comprendidos–, sucintos y breves (acusación, defensa, daños, acuerdos reparatorios); la *Argumentación* (integrada por la narración de los hechos probados, el razonamiento valorativo de la prueba, la calificación jurídica del hecho y de la responsabilidad penal; y los *Puntos Resolutivos*.

Garantizar la racionalidad en el trabajo argumentativo judicial requiere de una metodología que bien puede resumirse en identificar y acotar el problema; distinguir entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación (distinguir entre la hipótesis planteada y el proceso de su valoración); establecer el procedimiento justificatorio de las razones; determinar el enfoque adecuado para abordar el problema (formal, material o pragmático); formular diversas hipótesis y establecer distintas líneas de argumentación; establecer la fundamentación de la hipótesis elegida y reconstruir el argumento central mediante un proceso de justificación interna.

En el procedimiento justificatorio de las razones, la aplicación de un esquema argumentativo como el planteado por Stephen Toulmin resulta de gran utilidad. El esquema parte de una *pretensión* (hipótesis o lo que se quiere fundamentar), que debe ser apoyada por *razones* que den cuenta de su corrección

CONCLUSIONES

y mediante una *garantía* se explique por qué estas razones apoyan a la pretensión. La garantía es el enunciado que expresa la relación entre la razón y la pretensión. La garantía es una regla, norma o enunciado general que debe estar apoyada por un *respaldo* que muestre la corrección o vigencia de esa regularidad. La fortaleza de este esquema justificatorio se demuestra si se tiene en cuenta que existen *condiciones de refutación* que son cuestiones o contraargumentos que pueden poner en entredicho a las razones y, a pesar de ellas, el razonamiento es suficiente para vencerlas.

Este esquema es útil al razonamiento del Juez Oral porque se parte del hecho de que la decisión la ha tomado ya por un convencimiento previo a la explicación de su razonamiento y lo que le hace falta es sostenerlo y argumentarlo frente a un auditorio que se constituye por las partes y por la sociedad en general.

El esquema prevé la posibilidad de ser derrotado, por lo que se hace especial enfoque en que las razones de la pretensión que se sostiene, su garantía y respaldo sean lo suficientemente consistentes para soportar los argumentos contrarios.

El gran problema del Juez penal es el de la prueba y se debe tener en cuenta que en el sistema acusatorio el pronunciamiento en juicio es a través de la valoración contextual y conjunta de los elementos, bajo una libertad de apreciación controlada por la razón. De hecho, el estándar de valoración consiste en que la hipótesis se considere confirmada *más allá de toda duda razonable*, lo que implica que la hipótesis no se considerará probada aunque disponga de un apoyo empírico mayor que la hipótesis de inocencia, salvo que ese apoyo ofrezca una corroboración más alta que la segunda.

La razón por la cual un sistema adopta este criterio es esencialmente de naturaleza ética que prefiere no condenar a un inocente, aunque ello pueda implicar la libertad de culpables. El juez puede condenar solamente cuando se haya conseguido, por lo menos tendencialmente, la certeza de la responsabilidad.

En el razonamiento de valoración de la prueba, se debe tener en cuenta que la premisa de libre valoración debe ser racional y no libérrima. Es libre en tanto no existen reglas de prueba legal o tasada, pero limitada por reglas generales de epistemología, jurisprudencia, racionalidad y lógica. Además, nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que sea, permitirá tener certezas sobre la verdad de una hipótesis y que el razonamiento del proceso acusatorio lo es de tipo probabilístico.

Así, el razonamiento judicial penal por excelencia, bajo este sistema, se basa en una probabilidad inductiva, en que la valoración de cada elemento de prueba es individual, para después ser conjunto e interrelacionado. En el análisis de la prueba, la argumentación sobre los hechos es crucial. Esto es complejo en tanto un hecho no es nunca una entidad simple y homogénea, definible en forma exhaustiva y suficiente en un enunciado individual. De hecho, no existe una sola

CONCLUSIONES

narración apropiada de un hecho, sino varias, según las circunstancias que se tengan en cuenta y los puntos de vista sobre su descripción. Esto da lugar a que los hechos sean objeto de diversos niveles de análisis, de manea que se pueden seccionar en hechos principales, secundarios, enunciados que resultan de las pruebas practicadas en el juicio y las circunstancias de las que se puede inferir su credibilidad o fiabilidad.

El fundamento cognoscitivo que garantiza que la inferencia sobre los hechos es adecuada y le atribuye un grado importante de fiabilidad se basa, según Taruffo, en nociones de experiencia común que corresponden a leyes científicas de carácter universal. En menor grado de fiabilidad se encuentran las que corresponden a nociones que no siendo universales tienen un alto grado de probabilidad de razón; a nociones del sentido común que aparecen como la “normalidad” de determinados acontecimientos, pero no tienen carácter universal; y, en última instancia, a nociones espurias o pseudoconocimientos sin contenido cognoscitivo.

De esta manera, el mayor grado de fiabilidad de la inferencia de la verdad respecto de los hechos se encuentra en la racionalidad que otorga la ciencia, por lo que la prueba científica ocupa el papel más fiable en la convicción probatoria. De cualquier manera, el juzgador no puede tomar los resultados de la prueba científica como determinantes, sino que debe ser sometida a un test de controlabilidad racional, a partir de los métodos empleados, su acreditación para la comunidad científica y en tanto las conclusiones guarden un algo nivel de probabilidad acerca de la realidad, en relación con los demás elementos de prueba.

Es factible concluir que los **principales elementos de transformación argumentativa** de un esquema inquisitivo a uno acusatorio se basan en los temas de **oralidad**, en que se privilegia todo lo sucedido en el proceso y no lo que ha quedado en constancias. El **proceso se revalora en la formación de la convicción judicial**; en el sistema tradicional, la decisión del juez queda prácticamente definida desde el auto de término constitucional, mientras que en el nuevo sistema acusatorio, el juez no se encuentra vinculado a un criterio primario, sino que lo forma durante el contradictorio para pronunciarse hasta que éste termina. En todas las fases del proceso **imperla el equilibrio procesal junto con el de intermediación**. El juez no puede delegar funciones que sean determinantes en la formación de la convicción y la confluencia de los argumentos y pruebas de todos los participantes en el proceso debe ser equilibrada y con oportunidad de desacreditación en igualdad de circunstancias.

Bajo el nuevo esquema, el **principio de presunción de inocencia** es prevalente en todo el proceso y, con mayor razón, en la decisión judicial. Ahora la carga de la prueba rige para la acusación. Hasta ahora, en el sistema tradicional, absolver parece ser un acto de valor o de osadía del juzgador y ello se explica por la mayor carga argumentativa que le implica. En suma, el juzgador debe cambiar

su método de valoración de pruebas y hacer explícitos sus elementos de convicción.

1.5. Capítulo Quinto.

A la reforma constitucional de junio de 2008, se suma la de junio de 2011, en materia de derechos humanos. Se incorpora la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de acuerdo a los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad, con el favorecimiento a la protección más amplia.

Con esta reforma se han fijado dos principios de interpretación novedosos en el sistema legal mexicano que inciden en la resolución judicial penal: la *interpretación conforme* con la Constitución y con los tratados, y el principio *pro personae*, que inclina la balanza hacia el beneficio de la persona. Se trata de una manifestación de progresividad de los derechos humanos que incide directamente en la tutela jurisdiccional efectiva, traducida en el acceso a la justicia y el debido proceso (formalidades esenciales del procedimiento, publicidad, derecho a la información, derecho a la defensa, exclusión de pruebas ilícitas, igualdad procesal, respeto al plazo razonable, motivación de las resoluciones judiciales y el derecho a la impugnación), así como la eficacia de la sentencia, la protección a la presunción de inocencia y la libertad e integridad personal.

Se refuerza la obligación del Juez de Juicio Oral de conducirse bajo los principios protectores de derechos humanos, no sólo mediante las directrices legales, sino constitucionales e internacionales. Se amplía la perspectiva de resolución, lo que implica no sólo un cambio de métodos, sino de paradigmas.

Estamos en expectativa de un juez con una perspectiva amplificada no sólo en su capacidad argumentativa, lógica y epistemología, sino en la apreciación de la prueba, específicamente de la de origen científico, y conocer del derecho internacional protector de los derechos fundamentales, sensibilizado en la trascendencia social de sus resoluciones.

La reforma constitucional de 6 de junio de 2011, en materia de Juicio de Amparo, dio pie también a una visión evolutiva de la institución hacia la protección de los derechos fundamentales, de manera que se armoniza con la reforma en materia de derechos humanos y con la naturaleza del juicio acusatorio que es garantista por excelencia.

En tanto estas reformas deben ser implementadas de manera armónica, en el seno del Poder Judicial de la Federación se ha creado una **Unidad de Implementación de las Reformas Penal, de Juicio de Amparo y Derechos Humanos**, como área encargada del estudio, análisis y propuesta del diseño, planeación, ejecución y evaluación de los planes, programas y acciones necesarios para la implementación de dichas reformas en el Poder Judicial de la

CONCLUSIONES

Federación, en relación interinstitucional con los poderes ejecutivo y legislativo federales, las entidades federativas y el Distrito Federal.

Esta Unidad ha planteado un modelo de implementación que pretender ser *contextual* (que promueva el cambio cultural de los actores jurídicos), *sistemático* (que integre el conjunto de elementos y actores del proceso), *interdisciplinario* (desde los distintos ámbitos de la administración judicial), *técnico* (sustentado en conocimiento técnico especializado) y *ordenado*.

Las **fortalezas que el Poder Judicial de la Federación** reconoce en el proceso de implementación de la reforma son que como uno de los poderes de la Unión, tiene la fortaleza institucional para poner en marcha el proceso; es consciente de que la implementación debe ser integral, coordinada, que implica un cambio de paradigmas y mentalidades en los procesos de impartición de justicia y que para ello cuenta con un sistema de carrera judicial operante, mejorable y adaptable al nuevo perfil que se requiere de juzgador.

2. CONCLUSIONES.

La hipótesis planteada en este trabajo de investigación tuvo en cuenta que el esquema de argumentación jurídica que se aplica actualmente en el dictado de las resoluciones judiciales, bajo el sistema de justicia penal escrito, no es viable en el nuevo procedimiento oral, contenido en las reformas constitucionales y penales de 2008. Por consiguiente, esta investigación se propuso responder a la pregunta de cuál es la metodología argumentativa judicial necesaria en el desarrollo del juicio oral en materia penal, bajo el esquema establecido por la Constitución en su reforma de junio de 2008.

La respuesta se ha logrado una vez que se cumplieron los objetivos particulares, consistentes en:

1. Identificar los elementos de las teorías de la argumentación jurídica útiles para el análisis de la argumentación judicial y la propuesta de nuevas metodologías.
2. Realizar un diagnóstico de los más significativos esquemas argumentativos judiciales actuales, en distintos ámbitos de carácter nacional e internacional.
3. Relacionar los principales cambios de metodología procesal que se implican con la reforma penal, con el fin de identificar las exigencias argumentativas que en cada etapa del proceso penal acusatorio y oral será necesario desarrollar, a partir de los nuevos esquemas procesales que se plantean con la reforma constitucional.
4. Obtener principios de argumentación e interpretación, como paradigmas a aplicar por el juzgador, bajo el sistema acusatorio y oral, acordes con el marco constitucional establecido para proponer el modelo argumentativo judicial que exige el mecanismo de la oralidad en los juicios, como una propuesta práctica en el tránsito a un esquema argumentativo judicial, acusatorio y oral.

2.1. Metodología Argumentativa Judicial aplicable al Sistema Acusatorio.

A partir de este trabajo de investigación, se ha confirmado el postulado de que el sistema penal acusatorio marca la necesidad de contar con nuevos métodos argumentativos para que el juzgador se pronuncie en sus resoluciones. El juez debe abandonar los esquemas tradicionales de aplicación de la norma al caso concreto, basados en un razonamiento deductivo, bajo la presunción de responsabilidad, con aplicación de la valoración tasada de la prueba y en un esquema escrito que no refleja la realidad de lo desahogado en juicio.

El nuevo método exige del juzgador una forma diversa de razonar, que parta de la aplicación efectiva del principio de presunción de inocencia, la percepción directa del desahogo de probanzas y la exposición de argumentos de las partes en contradicción, así como de la formación de una convicción basada más allá de la duda razonable, acotada por esquemas de racionalidad y máximas de experiencia. El juez debe conformar su convicción desde los hechos probados, concatenados y relacionados de manera integral, por lo que el esquema deja de ser deductivo para pasar a ser inductivo.

El hecho de que el Juez tenga la carga de explicitar su resolución en forma oral y pública, inmediatamente terminada la audiencia de juicio oral, propicia que su criterio no se contamine por presiones externas a lo sucedido en juicio, a la vez que le implica haberse formado durante la audiencia una convicción bajo el contexto de descubrimiento.

Las razones de su resolución deben ser sencillas, contundentes, objetivas y claras, sin que ello implique demérito en la exhaustividad. Inciden en su razonamiento la oralidad, la revaloración del proceso y el equilibrio procesal.

El esquema de razonamiento planteado por Toulmin es una herramienta metodológica adecuada para controlar la calidad del argumento judicial, que debe ser conclusivo de los expuestos y probados por las partes en igualdad de condiciones y ponderados por el juzgador. En ello se debe tener en cuenta que el razonamiento judicial es la vía por la cual el Juzgador legitima su decisión, lo que sólo ocurre si ésta es suficientemente fuerte para resistir cualquier cuestionamiento racional, desde las partes, los tribunales de alzada y la sociedad en general.

Este esquema es aplicable porque asume la preexistencia de una decisión tomada (que concuerda con el proceso decisivo propio del sistema acusatorio y, en general, de casi todos los procesos de decisión). La determinación adoptada durante el juicio constituye la hipótesis que se quiere fundamentar (*pretensión*). El juez apoya su corrección mediante *razones* cuyo uso se fundamenta en una *garantía* que exprese la relación entre la razón y la pretensión. La garantía siempre deviene de una regla, norma o enunciado general (*respaldo*). La fortaleza

CONCLUSIONES

de este esquema se demuestra si es capaz de derrotar sus contraargumentos (*condiciones de refutación*).

En la *primera etapa de investigación desformalizada*, el Juez de Control interviene de manera intermitente y esencialmente garantista para controlar el trabajo policial y ministerial en la posible afectación de derechos fundamentales. El Juez de Control debe ampliar su formación jurídica hacia campos diversos de los estrictamente jurídicos para estar en aptitud de decidir sobre la pertinencia de las acciones policiales, de investigación y sobre la evidencia pericial.

En la *etapa de investigación formalizada* el Juez de Control o de Garantías ya actúa en un esquema de tercero imparcial ante los postulados de dos partes contendientes que debaten sobre la legalidad y la constitucionalidad de la detención, la imputación, las medidas cautelares y los alcances de la vinculación al proceso. El sistema de inmediación y contradicción propio del acusatorio cobra vigencia y el Juez debe sintetizar argumentativamente los dos postulados extremos de las partes contendientes. El juez goza de una cierta libertad para otorgar una calificación jurídica distinta a los hechos, de la propuesta por el Ministerio Público, lo que no se considera inquisitivo, sino consecuencia de la racionalidad judicial inherente a la valoración de los elementos de prueba. El trabajo del Juez de Control en esta etapa es complejo porque convergen ejercicios de síntesis a partir de una oposición dialéctica de argumentos antagónicos sustentados por las partes y acreditados con elementos indicativos de presunción de responsabilidad, que formalmente aún no son considerados como prueba, pero de hecho sí tienen un papel probatorio dirigido a crear convicción sobre la pertinencia de continuar una investigación.

En la *etapa intermedia*, que es preparatoria del juicio oral, el Juez de Control se ocupa –principalmente- de determinar el fondo de la pretensión penal, es decir, fija la *litis* del asunto, el objeto del proceso, sujetos intervinientes y la prueba a examinar. Decide también cuestiones previas al juicio, para lo que es admisible la presentación de medios de prueba conducentes para tales determinaciones. Igualmente, se califica la licitud de las pruebas a desahogar en juicio o puede darse por terminado el proceso mediante alguna forma anticipada. Esta variedad de funciones, exige del juzgador una formación compleja e integral, en tanto ejerce funciones de control constitucional como de legalidad. Del juez se exige un alto dinamismo en su decisión, pues no tiene posibilidad de meditar sus resoluciones por mucho tiempo. Sus estructuras argumentativas son armadas de inmediato, sobre los hechos acreditados bajo un estándar de prueba medio, en tanto no es exigible que la prueba se constituya de manera integral, en esta etapa.

Desde aquí, el Juez controla el grado de corroboración de las hipótesis a determinar en el momento de la valoración de la prueba, pues tiene posibilidad de admitir una amplia gama de pruebas, siempre que reúnan los requisitos de razonabilidad suficientes para la integración epistemológica de los hechos a probar.

CONCLUSIONES

En la *etapa de juicio oral*, la función argumentativa del juez se centra en la valoración de los hechos. Debe determinar, en principio, que una de las versiones sustentadas por las partes es “la verdadera”, lo que no significa que deba ser indiferente ante la posibilidad de “otra verdad” que concluya a partir de sus propias inferencias. Desde un punto de vista epistemológico, el Juez selecciona los hechos que considera probados durante el juicio. Si bien el juicio acusatorio estándar no lo permite, debiera preverse que el Juez ordene pruebas aclaratorias de las dimensiones de otras, cuando advierta la clara insuficiencia del material probatorio para resolver y las partes no hubiesen previsto la necesidad epistemológica que se le presenta al juzgador, lo que suele suceder cuando requiere de elementos técnicos o científicos más allá de sus conocimientos jurídicos o experiencias.

Tanto en la expresión oral como en el documento escrito el Juez debe ser selectivo de los hechos probados y los argumentos relevantes. En la sentencia refleja el proceso epistemológico que lo llevó a tomar una decisión, mediante el uso de reglas de la lógica, las máximas de experiencia, la valoración de las aportaciones científicas, todo a la luz de la sana crítica.

En su selección, el juez debe partir de los hechos principales, interrelacionados con los secundarios que son los que precisamente le permiten arribar a las conclusiones sobre los primeros. Para ello, debe tomar en cuenta las circunstancias de las que se pueden extraer inferencias sobre la credibilidad de los enunciados que se desprenden de las pruebas, lo que le permite controlar su valor.

En efecto, el gran problema del juez penal es el de la prueba, que en el esquema acusatorio debe ser tratada bajo un esquema de tipo probabilístico inductivo, en que la valoración de cada elemento de prueba se realice de forma individual para luego pasar a la forma conjunta.

En la valoración de la prueba el juez no sólo enfrenta un problema de información, sino de lenguaje, el cual debe ser estandarizado, objetivo y válido para todos los intervinientes en el juicio, y esa estandarización la fija el propio juzgador en su razonamiento, mediante razones de prueba científica.

En suma, el trabajo valorativo debe ser consistente y significativo, fundado en el conocimiento existente, empíricamente contrastable a partir del proceso judicial, concentrado en los hechos jurídicamente relevantes, considerados así por las consecuencias jurídicas que implican.

Finalmente, en la decisión del juez bajo el sistema acusatorio debe tenerse presente que el estándar de prueba se conforma bajo la convicción de que la responsabilidad penal existe “más allá de toda duda razonable”. Esto significa que ante la duda, es preferible no tener por probada una hipótesis de culpabilidad, en tanto el estándar exige que se hayan refutado todas las hipótesis compatibles con la inocencia. La verdad relevante para el juez en el sistema acusatorio es la de

naturaleza epistemológica y siempre será preferida una absolución falsa que una condena falsa.

2.2. Perfil del Juzgador.

Estamos en posibilidad de afirmar que el **perfil del juzgador** que se requiere cubrir mediante la formación y la capacitación es un juez que *emita sentencias material y procedimentalmente correctas*; que sea *imparcial* externa e internamente; que siendo único o colegiado, *desarrolle la capacidad de percibir y conocer* de manera directa lo sucedido para reunir los elementos cognoscitivos de decisión; que no se prejuzgue en su resolución y que *su convicción se base en lo que él mismo perciba* durante la audiencia; que siendo un espectador, *pueda promover la claridad de las pruebas* para satisfacción de sus herramientas cognoscitivas; que sea un *vigilante del principio de contradicción* durante todo el proceso, garante de la igualdad en la oportunidad del debate y desahogo de pruebas, así como en la publicidad del proceso.

El juez *debe poder emitir su fallo luego de que termine el debate*, conforme al principio de continuidad, de manera que su resolución sea motivo inmediato de lo sucedido en audiencia, sin incidencia de factores externos a ella. Para ello debe ser *apto en la valoración de la prueba* bajo un sistema libre, basado en la sana crítica y bajo argumentos racionales.

Finalmente, el perfil del juzgador exige de él *capacidades argumentativas suficientes* para formular y explicar de forma sostenida y clara las razones de su resolución, lo que le legitimará y deslindará de la arbitrariedad judicial. Para ello, se debe poner énfasis en capacitarlo en el punto medular en el trabajo argumentativo del juzgador, que es el momento de la valoración de la prueba para la determinación de los hechos, su calificación como relevantes para el derecho penal y la determinación de la responsabilidad; labor argumentativa que se ve reflejada esencialmente en la sentencia.

A esto se suma también la ya mencionada amplificación de su visión protectora de derechos fundamentales y del conocimiento de otras ciencias auxiliares de la impartición de justicia que puedan incidir directamente en sus criterios de valoración de la prueba científica.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio relativo del razonamiento jurídico.” En *Sobre la justificación de las decisiones jurídicas, Doxa*, nº 8, 1990.

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *Presunción de Inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio.* Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, A.C., 2ª. Ed., México, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.* Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ALMEYRA, Miguel Ángel. “Juicio abreviado ¿O la vuelta al inquisitivo?”. En *La Ley*, Buenos Aires, 1997.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Los sistemas procesales.” En *El Debido Proceso, Derecho Procesal Contemporáneo*, (Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, Directores) Ediar, Buenos Aires, 2006.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa.* UNAM, IIJ, México, 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. “El juicio penal abreviado como una de las formas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”. En *El procedimiento abreviado.* Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.

ARISTÓTELES. *La Retórica.* Edit. Gredos, Madrid, 2005.

-----, *Tratados de Lógica (El Organón)*, Estudio introductorio de Francisco Larroyo, Porrúa, México, 2001.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel. “Análisis de las argumentaciones jurídicas”. En *Argumentación Jurisprudencial*. Memoria del I Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Noviembre 2011.

------. “Argumentación y legislación”. En *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid

------. *Curso de Argumentación Jurídica*. Trotta, Madrid, 2013

------. *El argumento de autoridad en el derecho*. Conferencia dictada el 29 de septiembre de 2011 en el Instituto de la Judicatura Judicial, México

------. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la Argumentación*. Edit. Ariel, Barcelona, 2006

------. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. UNAM, IJ, México, 2004

------. *Reflexiones sobre tres sentencias del Tribunal Electoral*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Ionomía*, nº. 27, 2007.

BAYTELMAN A., Andrés y Mauricio DUCE J. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. FCE, INACIPE, 2ª reimpresión, México, 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal*. Trad. Álvaro Bunster. Ed. Homero Alemán, México, 1998.

BARRIENTES PELLECCER, César. “Evaluación de la Reforma Procesal Penal en Guatemala” en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 15, No. 21, octubre 2003.

BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Edit. Porrúa, México, 2008.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*. Flores editor y distribuidor, México, 2011

------. *Los recursos impugnatorios en el proceso penal acusatorio y oral*. Flores editor y distribuidor, México, 2010.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation.* Clarendon Press, Oxford, Great Britain, 1996.

-----, *First Principles Preparatory to Constitutional Code. The collected works of Jeremy Bentham*, Ed. Philip Schofield, Oxford University Press, Oxford, 1989.

-----, *Nonomografía o el arte de redactar leyes.* Ediciones Mesa Directiva, Senado de la República, México, 2009.

BETTI, Emilio. *Teoría Generale della Interpretazione*, T. I y II. Giuffré, Milán, 1955.

BERUMEN CAMPOS, Arturo. *El Derecho como sistema de actos de habla. Elementos para una Teoría Comunicativa del Derecho.* Facultad de Derecho UNAM y Porrúa, México, 2010.

-----, "Política Criminal: Un enfoque de sistemas", en *Seguridad Pública y Teoría de los Sistemas en la Sociedad de Riesgo* (Augusto Sánchez Sandoval, Coord.), Porrúa, México, 2007.

BINDER, Alberto M. *Justicia Penal y Estado de Derecho.* Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*, Vol. I. J.B. Lippincott Co., Philadelphia, 1873.

BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal.* Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Derecho y lógica*, UNAM, IIJ. Serie de Estudios Jurídicos No. 78, México, 2006.

BODINO, J. *Los Seis Libros de la República*, Trad. Pedro Bravo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, Trad. Vicente Herrero, Colecc. Popular, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del derecho.* Trad. Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2000.

BOVINO, Alberto. "Procedimiento abreviado y juicio por jurados". En *El procedimiento abreviado.* Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.

- BUSCAGLIA, Edgardo.** “Introducción al análisis económico del derecho y la jurimetría”. En **GONZÁLEZ, Samuel y otros.** *El sistema de justicia penal y su reforma, teoría y práctica.* Fontamara, México, 2006.
- CALAMANDREI, Piero.** *La casación civil.* T. I. Vol. II, Biblioteca Argentina, Buenos Aires, 1961.
- CALVO GARCÍA, Manuel.** *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica.* Edit. Tecnos, Madrid, 1994.
- CANO JARAMILLO, Carlos Arturo.** *El texto jurídico, redacción y oralidad. Conflicto, Argumentación y Convivencia.* Bogotá, 2009.
- CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique.** *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, UNAM, Porrúa, México, 2008.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime.** *La argumentación como derecho.* UNAM, IJ, México, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco.** *Cuestiones sobre el Proceso Penal.* Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006.
- CARO CORIA, Dino Carlos.** *Las garantías constitucionales del proceso penal.* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, www.juridicas.unam.mx/publica/librej/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr19.pdf
- CARRIÓ, Genaro R.** *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- CIENFUEGOS SALGADO, David; NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y RÍOS ESPINOSA, Carlos, coordinadores.** *Temas de derecho procesal penal de México y España,* Serie Doctrina Jurídica Núm. 208, UNAM, IJ, 2005.
- CHECCHI AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA.** *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Lecturas Complementarias.* USAID – Programa de Fortalecimiento y acceso a la Justicia, Bogotá, 2004.
- COHEN, Felix S.** *El método funcional en el Derecho.* Trad. Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.
- COMANDUCCI, Paolo.** “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En *Neoconstitucionalismo(s).* Ed. Miguel Carbonell, Edit. Trotta, UNAM, México, 2003.

- CÓRDOBA, Gabriela E.** “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”. En *El procedimiento abreviado*, Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- CÓRDOBA, Víctor Alfonso.** “Teorías de la pena y sistemas de resolución alternativa”. En *Resolución alternativa de conflictos penales*. Gabriela Rodríguez Fernández (Comp.). Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- CORREAS, Oscar.** (Comp.). *El otro Kelsen*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.
- COSSÍO DIAZ, José Ramón.** *Derecho y análisis económico*. ITAM, FCE, México, 1997.
- DAVIES, CROALL y TYRER.** *Criminal Justice: an introduction to the criminal justice system in England and Wales*. Longman, USA, 1995.
- DEHESA DÁVILA, Gerardo.** *Introducción a la Retórica y la Argumentación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª ed., México, 2005.
- DE SHAZO, Peter y Juan Enrique VARGAS.** *Evaluación de la Reforma Judicial en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando.** *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo Primero, Temis, Colombia, 2002.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando.** “Juicio Abreviado vs. Estado de Derecho”. En *El procedimiento abreviado*. Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, T. D-H, Edit. Porrúa, UNAM, 13º ed., México, 1999.
- EHRlich, Eugen.** *I fondamenti della sociologia del diritto*. Trad. Alberto Febbrajo, Giuffrè, Milán, 1976.
- ESPIÑOZA HERNÁNDEZ, Raúl.** “La mediación penal dentro del marco de la justicia restaurativa” en *Justicia Alternativa*, Revisa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Año II, No. 2, Abril 2009.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier.** *El voto particular*. (Estudio introductorio de Juan Igartua Salaverria), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ VEGA, Humberto. *El recurso extraordinario de casación penal.* Edit. Leyer, Bogotá, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Trotta, Madrid, 8ª. ed, 2006.

-----, "Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso penal". En *El procedimiento abreviado.* Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba.* Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano", en *Estudios Constitucionales*, Año 9, Núm. 2, Chile, 2011, consultable en http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_13.pdf.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SANCHEZ GIL, Rubén. *El Juicio de Amparo y el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Estudio monográfico.* Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, SEGOB, México, 2011.

FETERIS, Eveline T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales.* (Trad. Alberto Supelano), Universidad Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 5, Colombia, 2007.

FIX-FIERRO, Héctor. *Tribunales, justicia y eficiencia, Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial,* UNAM, IJIM, México, 2006.

FLORES, Imer B. "¿Es el derecho un modelo aplicativo?". En *La filosofía del Derecho hoy.* Coords. Juan Federico Arriola Cantero y Víctor Rojas. Porrúa, México, 2010.

-----, "The problem about the Nature of Law vis-à-vis Legal Rationality Revisited: Towards an Integrative Jurisprudence". Version of the paper presented at McMaster University Philosophy of Law Conference *The Nature of Law: contemporary Perspectives*, 13-15 May, 2011 in Hamilton, Ontario, Canada.

FUENTES BRAVO, Claudio. "Desde la jurimetría a los esquemas de argumentación. Propuestas desde el CEAR y el K+D Lab". En *Argumentación jurisprudencial. Memoria del I Congreso Internacional de Argumentación Jurídica,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- FULLER, Lon. L.** *El caso de los exploradores de cavernas*. Trad. Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Niilus. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- GADAMER, Hans-Georg.** *Verdad y Método*. Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, Dos Tomos.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio.** “La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial sobre los hechos”. En *Criterio y Conducta*, Revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, No. 8, Julio-Diciembre 2010.
- GARCIA CASTILLO, Tonatiuh.** *La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional*. (Artículo por publicarse).
- GARCÍA, Eric; LACALLE, José y PÉREZ-MÁRQUES, Aina.** “La psicología jurídica-forense y los juicios orales en materia penal: perspectivas, riesgos y desafíos en el caso del México actual, planteamientos generales”, Primera Parte, en *Jus Semper Loquitur*, No. 48, Oct.-dic. 2005.
- GARCIA HERRERA, Catarino (coordinador).** *Técnicas de Litigación Oral en el Sistema Penal de Nuevo León*. Programa de divulgación. USAID. Monterrey- Nuevo León. Septiembre. 2004.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.** *Introducción al Estudio del Derecho*. Edit. Porrúa, 34° ed., México, 1982.
- GARCIA RAMÍREZ, Sergio.** *La reforma penal constitucional, (2007-2008)*. Edit. Porrúa, México, 2008.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina.** *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons, 2ª ed. Madrid, 2004.
- GLENN, H. Patrick,** *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- GOBER DUFFY, Karen; GROSCH, James W. y OLCZAK, Paul V.** (Coordinadores) *La mediación y sus contextos de aplicación*. Paidós, Barcelona, 1996.
- GODOY-CERVERA, Verónica y HIGUERAS, Lorenzo.** *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*, Universidad de Granada, Facultad de psicología, España, <http://www.psicjurid.com.mx/content/file/art3.pdf>.

- GOLDBERG, Steven.** *Mi Primer Juicio Oral ¿Dónde me Siento? ¿Y Qué Diré?* (Título Original: *The First Trial Where Do I sit? What Do I Say?*). Trad. Aníbal Leal, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994.
- GOLDSCHMIDT, James.** *Derecho, derecho penal y proceso. I Problemas fundamentales del derecho.* Edición Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis.** *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de derecho.* INACIPE, México, 2008.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco.** *Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área.* Disponible en www.gdca.com.mx/PDF/varios/CONCILIACION%20en%20mexico.PDF.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María.** "Aspectos generales sobre el proceso penal español". En *Temas de derecho procesal penal de México y España.* (David Cienfuegos Salgado; Natarén Nandayapa , Carlos F.; y Ríos Espinosa, Carlos, coordinadores) Serie Doctrina Jurídica Núm. 208, UNAM, IJ, México, 2005.
- GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal.** *Manual práctico del Juicio Oral.* Edit. UBIJUS, 2ª ed., México, 2010.
- GONZÁLEZ, Samuel y otros.** *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y Práctica,* Aquesta Terra, Fontamara, 2ª ed., México, 2006.
- GOODRICH, Peter,** *Languages of Law,* Weindenfeld and Nicolson, London, 1990.
- GUILLÉN, LÓPEZ, Raúl y CRUZ COVARRUBIAS, Armando E.** *La justicia penal en México, Un estudio de caso,* UNAM, México, 2008.
- GUZMÁN, Nicolás.** "La verdad y el procedimiento abreviado". En *El procedimiento abreviado,* Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- HABERMAS, Jürgen.** *Conciencia moral y acción comunicativa.* Trotta, Madrid, 2008.
- . "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?". En *Cuadernos de Filosofía del Derecho DOXA,* Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, España, 1988.

BIBLIOGRAFÍA

------. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Edit. Trotta, 5ª ed, Madrid, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Post scriptum al concepto de derecho*. UNAM, México, 2000.

HEGLAND, Kenney F. *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1995.

HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo. *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*. Universidad Panamericana y Flores Editor, México, 2011.

------. *La argumentación en la audiencia oral y pública desde los principios de la inmediación y contradicción*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2012.

------. *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*. Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2009.

------. *Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal*. Universidad Panamericana, Porrúa, México, 2010.

HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal Penal Chileno*. T. I y II, Edit. Jurídica de las Américas, México, 2008.

IBARRA FERNÁNDEZ, Pablo Antonio. *Guía para la estructuración de algunas resoluciones penales*. Comisión Especial para la Elaboración de Manuales de los órganos Jurisdiccionales, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2002.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las decisiones judiciales*. Palestra, Temis, Perú, 2009.

JHERING, Rudolf von. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Ed. De Federico Fernández-Crehuet, Trotta, Barcelona, 2008.

KANGAS Annika, KANGAS Jyrki y PYKÄLÄINEN Jouni. *Outranking Methods as Tools in Strategic Natural Resources Planning*. Silva Fennica 35 (2)

research articles. (www.metla.fi/silvafennica/full/sf35/sf352215.pdf, consultado el 9 de abril de 2012).

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1988.

-----, *Teoría Pura del Derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. Porrúa, UNAM, 6° reimp., Mexico, 1991.

LANGER, Máximo. “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”. En *El procedimiento abreviado*. Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.). Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.

LAUDAN, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. En *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, España, 2005.

LARA CHAGOYAN, Roberto. *Argumentación Jurídica. Estudios Prácticos*. Edit. Porrúa, México, 2011.

LEFEBVRE, Georges. *La revolución francesa y el Imperio (1787-1815)*. Breviarios, FCE, México, 1982.

LEVI, Edward Hirsch. *Introducción al razonamiento jurídico*. Trad. Genaro R. Carrió. Ed. Coyoacán, México, 2005.

LERNER, Martín; MAIDANA, Marcelo y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela. “Sistema de resolución alternativa de conflictos penales. El proyecto RAC”. En *Resolución alternativa de conflictos penales*. Gabriela Rodríguez Fernández (Comp.). Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. T. I. Trad. de la 18ª edición alemana de Quintiliano Saldaña. Reus, Madrid, 1914.

LÓPEZ CASTILLO, Magdalena. *El recurso de casación penal por infracción de ley*. Colección Estudios de Derecho Procesal Penal, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2007.

LOZANO GRACIA, Antonio. “Seguridad pública y justicia penal”. En *“La reforma penal en México. Análisis, críticas y perspectivas”*. Revista del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, Agosto 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- MACEDO DE LA CONCHA, Rafael.** “La Reforma del Sistema Penal: una exigencia social” en *Defensa Penal. La Estrategia del Procedimiento*. México, No. 2, abril 2008.
- MAIER, Julio B. J.** *Antología. El proceso penal contemporáneo*. Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, Edit. Palestra, Perú, Mayo 2008.
- , *Derecho Procesal Penal*. T.I. Fundamentos. Editores del Puerto, Buenos Aires, 3ª reimpresión, 2004.
- , *El proceso penal contemporáneo. Antología*. Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, Edit. Palestra, Perú, Mayo, 2008.
- MAIER, Julio B. y Alberto Bovino** (comps.). *El procedimiento abreviado*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- MAIER, Julio B., AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan. (Coordinadores)** *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung e Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. Edit. Ad.hoc, Buenos Aires, 2000.
- MERRYMAN, John H.** *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2a ed., Stanford University Press, Stanford, 1990.
- MOMMSEM, Teodoro.** *El Derecho Penal Romano*. Trad. del alemán de P. Dorado. Madrid, La España Moderna.
- MONTERO AROCA, Juan.** *El significado actual del llamado principio acusatorio*. En “Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio”. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MONTESQUIEU, Del Espíritu de las Leyes.** Trad. Daniel Moreno. Porrúa, México, 2007.
- MORALES VALDÉS, Hugo.** *Responsabilidad penal en el Common Law, Sistema Inglés*. Porrúa, México, 2007.
- NAVARRO MARCHANTE, Vicente J.** *El derecho a la información audiovisual de los juicios*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- NEYRA FLORES, José Antonio.** *La influencia de las técnicas de investigación en el sistema acusatorio adversarial*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Tesis de doctorado. Lima, Perú, 2008.

-----, *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Edit. Moreno, S.A., Perú, Julio 2010.

-----, *El Juicio Oral Acusatorio Adversarial*, Tesis Doctoral de la Universidad de San Martín de Porres (Lima), sustentada el 11 de abril de 2005.

NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*. Ariel, Barcelona, 1998.

OBANDO A. Jorge. “Reformas del proceso penal y seguridad ciudadana en Iberoamérica”, *Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PÁSARA, Luis. *Cómo sentencian los jueces del D.F. en materia penal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El Juicio Oral Penal. Técnicas y Estrategias de Litigación Oral*. Flores Editor y Facultad de Derecho UAEM, México, 2009.

-----, *Nuevo Sistema Procesal Acusatorio. Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*. Flores editor y distribuidor. México, 2009.

PAZ, Javier. *Simetría, equilibrio y oralidad como elementos rectores del proceso penal acusatorio mexicano*. (Artículo sin referencia de publicación).

PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Trad. esp. de J. Sevilla Muñoz. Editorial Gredos, Madrid, 1989.

PÉREZ GARCÍA, José Heriberto. “El Juez de ejecución de sanciones penales”. En *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, PJJ, SCJN, CJF, Segob, México, 2011.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *Introducción al Derecho Penal*, Temis, Colombia, 2009.

PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos. *Manual de Redacción Jurisdiccional para la Primera Sala*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.

PLATAS PACHECHO, María del Carmen. “Principios éticos de la argumentación a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos”, en *Argumentación Jurisprudencial, Memorias del II Congreso*

BIBLIOGRAFÍA

Internacional de Argumentación Jurídica, SCJN, México, noviembre 2012.

PLUNCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the Common Law*, Third Edition, Butterworth & Co. Publishers, Ltd., Bell Yard, 1940.

POSADAS ESTRADA, Claudia Elizabeth. “La justicia alternativa como un modelo de justicia accesible y de reforma penal en México”, en *Justicia Alternativa*, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Año II, No. 2, Abril 2009.

POSTEMA, Gerald J. *Philosophy of the Common Law*, en *The Oxford Handbook of jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

QUINTERO, María Eloísa. *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*, Edit. Porrúa, México, 2010.

------. “Teoría del Caso”. Apuntes de clase del Diplomado en Juicio Acusatorio. 23 octubre 2010. Universidad Panamericana, México.

QUINTERO, María Eloísa y POLAINO-ORTS, Miguel. *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica*. Ara Editores, Perú, 2010.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso”. En **M. Taruffo y D.M. Ramírez Carvajal**, *Conocimiento, Prueba, Pretensión y Oralidad*. Ara editores, Lima, 2009.

RECASENS SICHES, Luis. “El disparate de concebir la sentencia como un silogismo”, En *Revista jurídica Messis*, División de Estudios Superiores, Facultad de Derecho, UNAM, Año I, No. 2, México, 1971.

REYES LOAEZA, Jahaziel. *El Sistema Acusatorio Adversarial a la luz de la Reforma Constitucional*, Porrúa, México, 2011.

RIOS, Carlos Ignacio. *El juicio oral*. Nova Tesis, Ed. Jurídica, S.R.L., Buenos Aires, 2007.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela (Comp.) *Resolución alternativa de conflictos penales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto. *El control de convencionalidad ex officio. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los Jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación*. Serie Cuadernos de Jurisprudencia No. 8, Instituto de

BIBLIOGRAFÍA

Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. SCJN, México, 2012.

SANDOVAL LÓPEZ, Rafael. *Recurso extraordinario de casación penal*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2008.

SAVIGNY, Friedrich Karl. *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. I. Edición facsimilar de la SCJN, México, 2004, (original Madrid, F. Góngora y Co. Ed., 1879).

SFERLAZZA, Ottavio. *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*. Fontamara, México, 2005.

SORIA, M. Ángel. *Psicología y práctica jurídica*. Ariel, Barcelona, 1998.

SUPERTI, Héctor Carlos. "La garantía constitucional del juez imparcial". En *El Debido Proceso, Derecho Procesal Contemporáneo*, (Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, Directores) Ediar, Buenos Aires, 2006.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "El proceso jurisdiccional y la formación del Estado. El origen del Proceso entre los Griegos". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XV, número 45, 1982.

TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. FCE, México, 1995.

TARUFFO, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". Trad. Maurizio Betti y Rodrigo Coloma; Revisión Jordi Ferrer. En *Doxa*, [consultable en la siguiente dirección electrónica: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_03.pdf?portal=4].

----- **et al.** *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fontamara, Madrid-México, 2011.

-----, *La prueba de los hechos*. Edit. Trotta, Madrid, 2002.

-----, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010.

-----, *La valoración de la prueba científica*. Conferencia dictada el 14 de marzo de 2012 en el Instituto de la Judicatura Federal, PJF.

TARUFFO, Michele y RAMÍREZ CARVAJAL, Diana. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*, Ara editores, Perú, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

- TEDESCO, Ignacio F.** *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*, Colección tesis doctoral número 8, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- TOURI, Kaarlo.** *Critical Legal Positivism*. Ashgate Publishing Limited, England, 2002.
- VAN CAENEGEM, R.C.** *Judges, Legislators & Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.
- VESCOVI, Enrique.** *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.
- VERDROSS, Alfred.** *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*. Trad. Mario de la Cueva, UNAM, México, 1983.
- VIEHWEG, Theodor.** *Tópica y filosofía del derecho*. Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 1997.
- WEINBERGER, Ota.** "The conditio humana and the ideal of justice." En *An institutional theory of law. New approaches to Legal Positivism*. Reidel Publishing Co., The Netherlands, 1992.
- WOOLPERT, Stephen.** "Los programas de reconciliación víctima-ofensor". En *La mediación y sus contextos de aplicación*. (Karen Grover Duffy, James W. Grosch y Paul V. Olczak, cords.). Paidós, Barcelona, 1996.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy.** *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. Javier Ezquiaga y Juan Igartua, Fontamara, México, 2008.
- ZAPATA ORTIZ, Javier.** "La verdad como telón de fondo en la casación penal". En *Corte Suprema, Corte de Casación 120 años, Revista de la Corte Suprema de Justicia*, Bogotá, Año 9, No. 22, noviembre de 2006.
- ZÚÑIGA FAYAD, Octavio.** "Medios alternos de solución de conflictos: una solución alternativa y confiable para la empresa del siglo XXI". En *Justicia Alternativa*, Revisa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Año II, No. 2, Abril 2009.

OTRAS FUENTES

- Corte Suprema, Corte de Casación 120 años*, Revista de la Corte Suprema de Justicia, Colombia, Año 9, No. 22, noviembre de 2006.
- Derecho Procesal Contemporáneo. El Debido Proceso*. Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli (directores), Ediar, Buenos Aires, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, México, 2011.

Justicia Alternativa, Revisa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Año II, No. 2, Abril 2009.

La ética judicial en un proceso acusatorio (Versión preliminar), junio de 2011, Documento preparado por el Grupo de Trabajo México-Canadá con motivo de la Misión de Trabajo de Expertos de la Oficina del Comisionado de la Magistratura Federal de Canadá sobre ética judicial en el contexto del Proyecto de Sensibilización y Capacitación para Jueces entre México y Canadá.

Proyecto de Decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales, presentado el 21 de septiembre de 2011 por el Ejecutivo Federal ante la Cámara de Diputados. [www.presidencia.gob.mx/documentos/iniciativas/Iniciativa-CFPP.pdf].

Proyecto de decreto por el que se expide el Código Federal del Proceso Penal Acusatorio. Gaceta Parlamentaria, Año XV, Número 3499-XIV, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 26 de abril de 2012.

Protocolo del Modelo de implementación de las Reformas Penal, de Juicio de amparo y Derechos Humanos, Presidencia del Consejo de la Judicatura Federal, Unidad de Implementación de las Reformas Penal, de Juicio de Amparo y Derechos Humanos

Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2005

Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Manual General para Operadores Jurídicos, 2ª ed., USAID (Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos), Colombia, 2009

Página FindLaw for legal professionals. Caso DAUBERT v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC., 509 U.S. 579. <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=509&invol=579>

NORMATIVA CONSULTADA

Código Federal de Procedimientos Penales. México.

BIBLIOGRAFÍA

Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, Página del Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Decreto No. 266. Gaceta Oficial del Gobierno del Estado. 9 de febrero de 2009.

Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca. Decreto No. 308, publicado el 9 de septiembre de 2006.

Decreto 346, para que la Legislatura del Estado declare incorporado el sistema Constitucional de Justicia Penal en el Estado de Zacatecas, 30 de junio de 2009. (www.congresozac.gob.mx).

Suplemento no. 5 del Periódico Oficial Mo. 62, 4 de agosto de 2012. (Página de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Zacatecas <http://pgje.zacatecas.gob.mx>).

SENTENCIAS CONSULTADAS

Sentencia de 23 de noviembre de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.

Sentencia de 14 de julio de 2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010. Caso Radilla Pacheco.

Argentina:

Caso 1. Tentativa de Homicidio.- 17 de mayo de 2010.- Cámara en lo Criminal No. 1, en la ciudad de Corrientes.- Juicio oral.- Exp. 7231

Caso 2. Abuso Sexual.- 23 de diciembre de 2006.- Cámara en lo Criminal No. 1, en la ciudad de Corrientes.- Juicio oral.- Exp. 5989

Colombia:

Caso 1. Extorsión en grado de tentativa.- 21 de septiembre de 2010.- Juzgado Primero Penal Municipal de Ocaña con Funciones de Conocimiento.- Juicio Oral.- Radicado 544984004001-2010-00028-000

Sentencia de segunda instancia Ley 906 de 2004. No. 54-498-61-06113-2010-80149-01, Delito Extorsión en Grado de Tentativa, Partida 990 Cód. 199, Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Penal de Decisión, Cúcuta, 16 de noviembre de 2010.

Caso 2. Actos sexuales con menor de catorce años agravado.- 30 de marzo de 2012.- Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santa Marta con Funciones de Conocimiento
Radicado 470016001018-2011-00016-00.- Causa 2011-00016

Sentencia de apelación, radicación 47001600102120110001601, Rad. Trib. 300-12, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Colombia, de 26 de junio de 2012.

Costa Rica:

Caso 1. Posesión y Transporte de Droga.- 2 de octubre de 2009.- Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de la Zona Sur, sede Corredores.- Procedimiento abreviado
Exp. 09-200590-456-PE

Caso 2. Abusos Sexuales contra persona menor de edad.- 6 de junio de 2008.- Tribunal de Juicio del Circuito Judicial de la Zona Sur, sede Corredores.- Juicio oral.- Exp. 06-200828-456-PE

Chile:

Caso 1. Tráfico ilícito de estupefacientes.- 30 de julio de 2008.- Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Santiago.- Autos RIT N° 56-2008.- Juicio Oral

Caso 2. Violación y abuso sexual.- 25 de agosto de 2008.- Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Santiago.- Causa RUC 0500388716 2 y RIT 65 2008

Guatemala:

Caso 1. Robo.- 20 de junio de 2011.- Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente. Municipio de Guatemala del departamento de Guatemala.- Sentencia procedimiento abreviado.- 01069-2010-02169 Of. 1ro

Caso 2. Atentado y Discriminación.- 4 de enero de 2011.- Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente. Municipio de Guatemala del departamento de Guatemala.- Sentencia procedimiento abreviado.- 01069-2010-01995 Of. 8vo.

Perú:

Caso 1. Colusión desleal y asociación ilícita para delinquir.- 19 de agosto de 2005.- Sala Penal Permanente, Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, Perú.- Causa penal. Registro No. 31-2003. Sentencia 31-2003 A.V

Caso 2. Suministro y Tenencia de Material Inflamable.- 5 de octubre de 2011.- Segundo Juzgado Penal Unipersonal, Corte Superior de justicia de Tacna, Perú.- Expediente 0223-2010-65-2301-JR-PE-01

Baja California:

Caso 1. Extorsión agravada por pertenecer a una institución policial, en grado de tentativa.- 24 de febrero de 2011.- Tribunal de Juicio Oral del Partido Judicial de Mexicali, Baja California.- Causa penal 0025/2010

Caso 2. Violación equiparada y violación impropia.- 4 de marzo de 2011.- Tribunal de Juicio Oral del Partido Judicial de Mexicali, Baja California.- Causa penal 36/2010

Chihuahua:

Caso 1. Violación agravada en segundo grado.- 23 de mayo de 2011.- Tribunal Oral en lo Penal en el Distrito Judicial Morelos y Manuel Ojinaga.- Causa penal 1035/2010

Caso 2. Retención y Sustracción de personas menores de edad o de quien no tiene capacidad para comprender el significado del hecho.- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, Distrito Judicial Morelos, Chihuahua.- 5 de septiembre de 2011.- Juicio Oral 38/2010

Durango:

Caso 1. Secuestro.- Tribunal de Juicio Oral del Primer Distrito del Poder Judicial del Estado.- 28 de junio de 2011.- Causa 174/2010

Caso 2. Homicidio en Riña.- 28 de abril de 2010.- Juicio Oral.- Tribunal de Juicio Oral del Primer Distrito Judicial con residencia en Durango.- Causa penal 4/2009

Estado de México:

Caso 1. Robo con Violencia.- 25 de febrero de 2011.- Procedimiento abreviado.- Juez de Control y de Juicios Orales del Distrito Judicial de Toluca, México.- Causa 58/2011

Caso 2. Homicidio Calificado.- 7 de junio de 2010.- Tribunal de Juicio Oral Penal de Primera Instancia en el Distrito Judicial de Toluca, con residencia en Almoloya de Juárez, México.- Causa penal 07/2010

Morelos:

Caso 1. Violación Equiparada.- Febrero 11 de 2011.- Tribunal de Juicio Oral del Primer Distrito Judicial del Estado.- Exp. JO/54/2010

Caso 2. Robo de vehículo automotor agravado y lesiones calificadas.- 26 de noviembre de 2010.- Tribunal de Juicio Oral del Primer Distrito Judicial del Estado.- Exp. JO/44/2010

Nuevo León:

Caso 1. Lesiones a título de culpa.- 1 de septiembre de 2011.- Juicio Oral.- Juzgado Tercero del Juicio Oral Penal del Estado.- Exp. 36/2011

Caso 2. Lesiones y homicidio culposo.- 13 de mayo de 2009.- Juzgado Segundo de Juicio Oral en Monterrey, Nuevo León.- Juicio Oral Penal 15/2009

Oaxaca:

Caso 1. Violación Agravada.- 8 de junio de 2012.- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal con residencia en la ciudad y distrito de Salina Cruz, Oaxaca.- Causa Penal ___/2011

Caso 2. Violencia Intrafamiliar.- 29 de mayo de 2012.- Juzgado de Garantía. Causa penal ___/2012

Zacatecas:

Caso 1. Robo calificado.- 14 de septiembre de 2010.- Tribunal de Juicio Oral, Distrito Judicial de Zacatecas.- Causa 205/2009 y acumuladas 36/2010 y 60/2010

Caso 2. Robo calificado.- 15 de diciembre de 2009.- Tribunal de Juicio Oral, Distrito Judicial de Zacatecas.- Causa 51/2009