



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

VII. EL SISTEMA DE JUICIOS ORALES Y LA PRODUCCIÓN DE PRUEBAS TÉCNICAS Y CIENTÍFICAS

La actitud crítica es una actitud de búsqueda, y las técnicas de análisis lógico que utiliza tienen como objetivo identificar con precisión los errores, las deficiencias e inadecuaciones en las ideas, proyectos, teorías, y en toda consideración y actividad humana que aspire a conocer en racionalidad y objetividad. Sin embargo, hay que hacerlo con mucho cuidado, pues el criticismo prematuro o ignorante es desastroso. Además, una crítica puede ser inadecuada o muy tonta y defectuosa. Todo análisis crítico bien hecho, contribuye a clarificar nuestras ideas y a orientar nuestro pensamiento de manera constructiva en la búsqueda de líneas de pensamiento y acción más satisfactorias.

La actitud crítica debe estar asociada con las técnicas de análisis lógico y razonamiento analítico del mismo modo que la actitud experimental debe estar íntimamente relacionada con las técnicas experimentales. Lo ideal es conjugar actitudes y técnicas de modo coherente. Por estas razones, al asumir esa actitud crítica cuando se realiza un análisis lógico de la actividades llevadas a cabo en las áreas de procuración de justicia y en el sistema judicial, en el punto de instrumentación localizamos algunas inconsistencias que comentaremos en relación a los denominados sistemas de juicios orales y su pieza fundamental que gira en torno a la prueba.

En este aspecto, resulta de capital importancia recordar que el antecedente que tenemos del procedimiento penal inquisitivo sobre la prueba era, más bien, vencer de un modo formal al contrario y no tenía una referencia directa al problema de la

verdad. Los objetivos mismos del proceso inquisitivo llevaron a la utilización de cualquier medio para adquirir certeza absoluta sobre la verdad, aun cuando ese medio pudiera ser la “tortura” del probable imputado.

La tortura se fundaba en un excesivo apego a la necesidad de contar con una verdad absolutamente segura y la confesión como “reina de las pruebas” surge de esta misma necesidad. Ahora bien, es del conocimiento de los especialistas, que la eficacia del proceso inquisitivo se basa fundamentalmente, en la eficacia de la tortura como medio para obtener la certeza judicial y que el proceso inquisitivo entró en una crisis de la que nunca logró recuperarse. Este modelo cuenta con un medio de coacción tan fuerte que la forma sólo convalida lo que la fuerza ha arrancado. Esta es la ineeficacia intrínseca de los procesos inquisitivos, ellos llevan en su esencia la necesidad de la tortura y, si no hay tortura, el procedimiento inquisitivo se torna necesariamente ineeficaz. En los sistemas inquisitivos del siglo XIX los operadores descubrieron que éstos ya no podían utilizar la tortura y entonces se convirtieron en falsarios, buscando a toda costa que la realidad no ingrese al proceso penal o que las formas reemplacen a la vida humana. En México, muchos de los operadores del sistema judicial viven aún sumidos en estas formas.

El derecho penal liberal y los movimientos de reforma de los sistemas inquisitivos de la Europa continental, tienen su fundamento en el pensamiento del iluminista César Beccaria que entre los derechos del imputado en el proceso penal sostuvo: “No existe libertad cada vez que las leyes permiten que en algunos casos el hombre deje de ser persona y llegue a convertirse en cosa”.

Expresamos que, el procedimiento acusatorio y adversarial instrumentado en enero de 2007, en materia de investigación de los delitos, eliminaría las formalidades innecesarias, optimizando los recursos y destinando el cien por ciento del tiempo laborable de los agentes del Ministerio Público, peritos y policías investigadores, a la obtención de los elementos de prueba

para conseguir producir pruebas técnicas y científicas ante el juez de garantía o el tribunal de juicio oral.

Para lograr el desahogo de prueba ante el juzgado de garantía o tribunal de juicio oral, se requiere que las partes involucradas asuman una actitud crítica aplicando técnicas de análisis lógico y razonamiento crítico durante tres etapas fundamentales: la investigación penal, etapa intermedia y de juicio; sin embargo, esa actitud debe asumirse durante la primera parte que implicará la última de las etapas. En este sentido, las primeras actuaciones del Ministerio Público hasta el cierre de la investigación, su depuración durante la audiencia intermedia y, finalmente, el desahogo de la prueba en la audiencia de debate de juicio oral tienen un valor incalculable; debido a que, el juez recibe por sí mismo la información aportada por la fiscalía y la defensa técnica.

Es importante que los actores en el procedimiento acusatorio y adversarial, con independencia de los conocimientos sustanciales sobre el delito y las penas, siempre tengan presente la finalidad de la prueba que constituye un puente entre los hechos y la verdad que se busca en su esclarecimiento.

La etapa de la investigación preliminar en la legislación procesal chihuahuense ya no es judicializada porque solamente aporta elementos de prueba al juez de control o garantía, para que éste defina cuestiones de fondo y forma sobre esas investigaciones. El Código Procesal del Estado de Chihuahua delimita con precisión y cuidado las actuaciones procesales que deberá practicar el Ministerio Público para judicializar un caso. En estos términos, pueden observarse los lineamientos que marca la citada ley procesal en lo que se refiere exclusivamente a las actuaciones del Ministerio Público y sus auxiliares.

La investigación está reservada en tanto no haya afectación directa de un derecho o garantía, y cuando se hacen necesarias algunas actuaciones, la investigación es vigilada y autorizada por un juez imparcial: el juez de control o de garantías. La desformalización de la investigación penal dinamizó el trabajo de campo de la policía ministerial y de los peritos. Éstos pasan de ser ejecutores de órdenes a verdaderos integrantes

de equipos técnicos de investigación profesional, asesorados y dirigidos por el Ministerio Público. El conocimiento de estos funcionarios acerca de que los procesos prosperaran o fracasarán con base a su trabajo en la obtención y construcción de elementos de prueba, donde en un juicio público sus errores o aciertos se ventilarán, constituye un permanente e ineludible incentivo de especialización. Este elemento y la aplicación de la tecnología y ciencia a la investigación criminal conducirá con mayor certeza el procedimiento penal acusatorio, no sólo para el esclarecimiento de los hechos a través de pruebas técnicas y científicas que se produzcan ante el juez, sino también para encontrar la verdad de lo que sucedió, lo que constituye la aspiración de cualquier sociedad civilizada. Por lo tanto, las investigaciones serán más científicas y productivas con información de calidad.

1. La prueba y la búsqueda de la verdad en el proceso acusatorio y adversarial

La finalidad de los medios de prueba que se desahogan ante un juez de garantía o frente a los Jueces que integran el Tribunal de juicio oral, ineludiblemente deben tener como meta la búsqueda de la verdad de los hechos que son motivo del enjuiciamiento penal. Esto conduce a establecer una noción de la verdad en un procedimiento acusatorio. Mencionaremos algunas referencias que la doctrina ha marcado sobre la verdad.

A. Definición de verdad

Tarsky refiere que existe, cuando hay una correspondencia de las aserciones referidas a los hechos del mundo empírico. Esta constituye una definición relevante, representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia y está dotada de una mayor generalidad o de un alcance más fundamental en relación con otras teorías de la verdad. De ahí que, la administración de la justicia tiene que

ver con fenómenos del mundo real, no con imaginaciones sueños o novelas. De ahí que, pueda sostenerse que el concepto de verdad como correspondencia está vinculado intrínsecamente a la concepción garantista del proceso.

Verdad y coherencia. No se debe admitir la reducción integral de la verdad de los hechos a la coherencia contextual de la narración; a pesar de que, existe una versión rigurosa que tiene de a configurar la *verdad como coherencia de una aserción dentro de un contexto narrativo*. En las versiones más cuidadosas, la *idea de la coherencia* está, referida a otros aspectos (sobre todo los que afectan a la interpretación de las normas) del razonamiento jurídico y judicial y, en ese terreno tiene un significado relevante. Difícilmente se puede aceptar en el contexto del proceso la ecuación *coherencia=verdad*. Dado que, se ha planteado la siguiente definición de las *objeciones*: narraciones coherentes pueden ser falsas o no tener pretensión alguna de verdad. Ejemplo: testimonio coherente pero falso.

B. Concepción consensualista de la verdad

Está en realidad en conflicto con la posibilidad de que el proceso se remita a una verdad de los hechos entendida como correspondencia con la realidad empírica. Habermas habla de consenso racional, del consenso que se produce (o debiera producirse) sobre la base de criterios considerados racionales en un determinado contexto. Lo anterior indica la relativización de la *idea de verdad* y la reconduce hacia la dinámica de la comunicación social. El “consenso” está referido a criterios racionales, los que devienen determinantes para la identificación de un concepto apropiado de verdad. Pero, el citado autor no los identifica analíticamente; por lo tanto, permanece la posibilidad de que aquéllos sean definidos sobre la base del contexto. En consecuencia, no ayuda a establecer cuales son las condiciones para establecer cuando un argumento es mejor que otro o cuando una aserción es racional o irracional.

C. *El núcleo del problema*

Radica en la postura de no preguntarse si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, sino más bien, establecer: qué puede entenderse por *verdad de los hechos en el ámbito del proceso*? Además, ¿cuándo, en qué condiciones y por qué medios la verdad puede alcanzarse? Éste es un problema eminentemente epistemológico, porque afecta los caracteres y modalidades del conocimiento de un hecho, aunque sea, en el ámbito de un *contexto de experiencia específico*, caracterizado por reglas y exigencias institucionales particulares.

Verdad absoluta. El problema de si son posibles las verdades absolutas, ha sido resuelto en sentido negativo. En razón de que: las corrientes más diversas de la epistemología contemporánea han mostrado la relatividad del conocimiento en los campos más dispares. Con mayor razón ese problema no puede ser planteado seriamente en un contexto, por muchas razones limitado y “relativizado” como el del proceso. El reconocimiento generalizado de obtener verdades absolutas no implica el fin de la ciencia, ni el de la epistemología, ni el de la costumbre de pensar que las cosas y los hechos del mundo material pueden ser racionalmente conocidos. El verdadero problema es, pues, definir criterios racionales para verdades necesariamente relativas. Se puede hablar de verdad de los hechos o de “certeza” exclusivamente en términos relativos. En un procedimiento cognitivo, la verdad absoluta puede funcionar como límite al que los conocimientos concretos tienden a aproximarse. Puede haber distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta, partiendo de un grado 0 y aumentando la aproximación a medida que aumentan los elementos de conocimiento en favor de la hipótesis de que la descripción se corresponde con la realidad.

La asunción de la verdad absoluta como correspondencia total de la determinación de los hechos con la realidad, en la *función de valor límite*, permite que en el proceso se pueda hablar

sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación de la realidad.

2. *Principios generales de la prueba judicial*

En el análisis de lo que conocemos como “prueba” en el sistema judicial, debe ajustarse a los siguientes principios básicos:

Principio de unidad de la prueba. La consideración de la prueba en su conjunto. La certeza no se obtiene con una evaluación aislada o fragmentaria de los elementos probatorios incorporados al proceso acusatorio y adversarial.

Principio de comunidad o adquisición. El resultado de los medios de prueba realizados a instancia de las partes o del juez, no pertenece a quien aporta el medio de prueba sino al tribunal.

Principio de contradicción. De origen constitucional, implica que para ser válido o al menos eficaz un medio de prueba debió producirse con audiencia o intervención de la parte contraria. Principio dominante. Toda la prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar (Couture).

Principio de la ineficacia de la prueba ilícita. Proteger la dignidad y libertad de las personas (tortura, sueros de la verdad, polígrafo, anonimato, etcétera).

Principio de inmediación de la prueba. El juez debe hallarse en contacto personal e inmediato con las cosas y las personas que sirven como fuente de conocimiento. Este principio siempre regirá un procedimiento acusatorio y adversarial.

Principio de *favor probations*. Supone que en casos de objetivas dudas o dificultades probatorias deberá estarse en favor de la admisibilidad, conducencia y eficacia de la prueba.

Principio de oralidad. La prueba para ser válida y eficaz habrá de ser admitida oralmente y, en lo posible en una audiencia. En un procedimiento acusatorio y adversarial, generalmente deberá producirse en la audiencia de debate de juicio oral, encontrarse así predeterminado en la ley dentro del contexto de un

procedimiento acusatorio que aspira a lograr rapidez y eficacia en el enjuiciamiento penal.

Principio de originalidad de la prueba. Debe extraer la representación de los hechos por su propia naturaleza o por disposición de la ley.

Es importante que, dentro de un procedimiento acusatorio y adversarial, las partes y el juzgador comprendan la diferencia entre esta clase de pruebas.

A. *Prueba directa*

Procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados fácticos) basado en la observación del propio sujeto juzgador.

B. *Prueba indirecta*

Procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados fácticos) basado en inferencias de carácter inductivo a partir de otras aserciones verificadas.

C. *Prueba deductiva*

Procedimiento de conocimiento de hechos (o de verificación de enunciados) basado en una inferencia deductiva a partir de otras aserciones verificadas.

Algunas de las inferencias probatorias, son de carácter deductivo y, por tanto, en la medida en que las premisas de las que se parta sean verdaderas, producirán resultados también verdaderos. Es lo que llamamos prueba deductiva. Ejemplos: “A es mayor de edad”, “Había sangre de A en la ropa de B”, “Había huellas de B en el coche de A”.

D. Las pruebas científicas o biológicas

La universalidad de las reglas que constituyen la premisa mayor de la inferencia deductiva no deriva del ordenamiento, sino del elevadísimo crédito de que gozan en la comunidad científica. De ahí la necesidad de que los órganos de justicia, principalmente en el área investigativa tengan a su alcance laboratorios de criminalística y ciencias forenses con personal especializado para obtener evidencias físicas o biológicas, que durante su análisis y procesamiento aporten indicios, lo que a su vez mediante una cadena asociativa racional de su contenido producirán al juezrador la prueba indiciaria de los hechos. Con independencia de que, cada prueba científica de manera independiente puede probar hechos parciales que integrarán en su momento la prueba de los hechos. Ejemplo: la huella genética del agresor en un caso que se investiga por el delito de violación.

3. La prueba

Implica el análisis de ciertas conceptualizaciones como el objeto, los medios, el procedimiento, la valoración y la carga de la prueba. La teoría procesal del siglo pasado, asumió la postura de no renunciar a la idea de verdad como componente del concepto de prueba y precisaron, que el *fin de la actividad probatoria que se producía en el proceso era indagar la verdad formal*; por lo tanto, construyen una especial visión de la realidad, para usos meramente jurídicos. Por consiguiente, el desarrollo de la contienda judicial vela o deforma la verdad. Queda adulterada, por la deficiencia e insuficiencia de los medios para obtenerla. De ahí que, pueda afirmarse que la expresión de prueba judicial sea ambigua; en razón de que, la asocian para su definición con instrumentos, procedimiento y resultado. De ahí que, la noción de prueba, su concepto está asociado con la idea de búsqueda de la verdad; cuando que, la prueba es un fenómeno que le compete a la ciencia en general.

Diversos autores han proporcionado nociones sobre lo que debemos entender por *prueba*, entre ellos, destacan los que aseguran: que prueba es un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho (Bentham); por su parte, se menciona que prueba es, lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición (Francesco Carrara). O bien, La suma de motivos que producen la certeza (Mittermanier). Aunque etimológicamente, el vocablo *prueba* tiene su origen en el adverbio *probe*, que significa *honradamente*, de la palabra *probandum*, que significa *recomendar, aprobar, patentizar, experimentar, hacer fe*, según expresan varias leyes del derecho romano (Caravantes).

Finalmente, se llega a la conclusión de que *prueba como juicio imprescindible de la lógica y de las ciencias*, es preexistente, se tiene ya con independencia del probar y su resultado y produce las siguientes consecuencias psíquicas: certeza, verosimilitud, verdad, duda, incertidumbre, inverosimilitud ó falsedad. Por tanto, es el elemento de toda investigación científica que participa la ciencia jurídica general y en especial el derecho procesal. Con el *juicio de la prueba* en el procedimiento acusatorio y adversarial se aspira a determinar la *verdad*, porque si así no fuera se alejaría de lo científico y de la justicia. La prueba entonces es, un *juicio, una idea que denota necesidad ineludible de demostración, verificación o investigación de la verdad* de aquello que se ha afirmado en el proceso, e implica, una actividad lógica. De ahí que, la verdad podemos mencionar que, es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla.

La prueba implica ineludiblemente lo siguiente: *actividad probatoria, medio de probar o su recepción y el resultado del probar* (cuando se ha producido la prueba), así como, el objeto de la prueba, que en materia penal pueden ser: 1. El hecho punible y sus circunstancias. 2. Ampliaciones del tipo penal que

agraven o disminuyan su punibilidad. 3. Las causas que eliminan el delito. 4. La reparación del daño. 5. Circunstancias que influyen en la individualización de la pena. 6. Hechos de interés puramente procesal (excusa-recusación), entre otros.

El objeto de prueba sin querer establecer criterios limitativos abarca: el hecho principal que será la conducta típicamente antijurídica y culpable, y los hechos accesorios (reparación de daño, entre otros). De igual forma, el objeto de prueba puede ser el derecho estatutario o de entidades públicas, y las máximas de la experiencia. Y deben excluirse, los hechos evidentes, y, los hechos notorios. Asimismo, los hechos controvertidos, los invocados a la manera legalmente establecida y cuya existencia es cuestionada. En un procedimiento acusatorio y adversarial serían los *hechos afirmados por alguna de las partes y no reconocidos por su antagonista*.

4. *Procedimiento probatorio*

En el tema de la prueba resulta importante señalar, que existe un procedimiento probatorio, que en el proceso acusatorio se desarrolla en las etapas de investigación, en la intermedia y en la audiencia de debate de juicio oral. Este procedimiento constituye el conjunto de actividades que realizan las partes para trasladar válidamente conocimiento cierto o probable al juez utilizando los medios de probar. El procedimiento probatorio tiene las fases siguientes: la invocación de los hechos; la proposición de los medios de prueba; la recepción de los medios de prueba y la valoración de los medios de prueba. Durante estas etapas del sistema acusatorio resulta importante comprender, que los medios de prueba son todos aquellos instrumentos que sirven para introducir al proceso datos tendientes a la “fijación formal” de los puntos controvertidos (esclarecimiento de los hechos); en cambio, los órganos de prueba, son las personas que proporcionan conocimiento por cualquier medio factible, coloquialmente pueden considerarse como intermediarios entre la prueba y el juez. Por lo que, el elemento de

prueba será, todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir conocimiento cierto o probable acerca del hecho punible investigado. Estos elementos probatorios tienen como finalidad fijar la verdad de los hechos investigados. De acuerdo con Ferrajoli, la verdad procesal debe calificarse como una verdad aproximativa del hecho ocurrido y menciona que, cuando se afirma la *verdad* de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos.

5. La argumentación jurídica en el procedimiento acusatorio y adversarial

Es razonable plantea la posibilidad de que pueda construirse una teoría de la argumentación e interpretación penal para mejorar la práctica del procedimiento acusatorio y adversarial en México, obviamente en los estados que lo han implementado. En la actualidad es desdeñada en la praxis judicial la teoría argumentativa e interpretativa; debido a que, como lo menciona el maestro Terradillos Basoco:

...mucho es de temer que aún hoy se registre un lamentable divorcio entre las construcciones doctrinales más acreditadas y la práctica cotidiana de los tribunales... superarlo exige la concurrencia de dos condiciones... La primera es que desde la praxis forense se deje de considerar a la dogmática como un conjunto de obstáculos a la eficacia del sistema penal, sin más justificación que la armónica estética propia de las torres de marfil. Los aplicadores del derecho han de ser, por el contrario, conscientes de que manejan un instrumental normativo cuyo mejor conocimiento no es óbice sino garantía de eficiencia. Han de ser conscientes de que nada es más práctico que el sólido bagaje teórico...³

³ TERRADILLOS Basoco, Juan, *La culpabilidad*, México, Indepac, 2002, p. IX.

Tratar de transformar en razonable la creencia precedente y que comparto es sano asunto, por ello, pretendo aportar evidencia positiva a su favor; por lo tanto, de primer orden, me parece razonable plantear una investigación racional sobre las normas intrínsecas que subyacen en las decisiones de los jueces penales, tratando de desvelar las realidades que ahora se muestran y antes se ocultaban en un sistema penal inquisitivo debido a la opacidad del procedimiento penal anterior; particularmente, con relación a la autonomía e independencia del Poder Judicial y mostrando los factores sociales e individuales que influyen en la construcción de las resoluciones penales.

En principio, debido a que resulta importante actuar en función a la proporción dominante que tiene la hipótesis de que cuánto más factores extralegales existan alrededor de la figura del juez, tanto más se favorecerá la discrecionalidad de las resoluciones penales, y por ello, surge con mayor fuerza, la necesidad de crear un sistema de control racional como el que pretendemos diseñar en la práctica del derecho penal y de procedimientos penales bajo un sistema acusatorio y adversarial, transparente, respetuoso de los derechos fundamentales. El grado de credibilidad de esta postura es recurrente en las diferentes latitudes donde existe un sistema judicial democrático y liberal. De aquí entonces, la justificación para iniciar la investigación con la postura de “los irracionalistas” que consideran improbable limitar la discrecionalidad judicial. Esta perspectiva en la investigación que pretende armonizar los resultados obtenidos del análisis de las reglas intrínsecas que subyacen en las decisiones judiciales, sumadas a los modelos de selección de jueces, y con los mecanismos de control racional que pudieran generarse, puede anticiparnos a establecer la hipótesis que por sus resultados se recomienda: la disminución de la discrecionalidad judicial que genera abuso y desvío de poder, puede disminuirse a estándares mínimos a través de la aplicación de los datos obtenidos de las teorías de la argumentación jurídica citadas.

El panorama general revelado hasta nuestros días, por las citadas teorías argumentativas, es indicativo de que ha sido radicali-

zada la tesis de quienes sostienen que las resoluciones judiciales pueden someterse a control racional, frente a la opinión divergente de los irracionalistas que renuncian a esa probabilidad. A estas posiciones irreconciliables como he mencionado, planteo una tercera alternativa de desarrollo teórico-aplicativo dentro de las teorías argumentativas: la idea de que pueden construirse ciertos mecanismos racionales normativos que reduzcan la subjetividad que impera en la elaboración de las resoluciones penales, por medio del diseño de procesos generalizadores de “análisis de prueba”, dirigidos a la determinación científica de los hechos, además con la posibilidad de adoptar la mejor serie de argumentos interpretativos que constituyan un límite en el denominado proceso de subsunción de los hechos (al operacionalizar las leyes penales y procesales), con el objetivo generalizado de mejorar la argumentación en el trabajo jurisdiccional, reduciendo la discrecionalidad en las resoluciones penales. Y las estrategias para lograr ese objetivo de primer orden, deben dirigirse al manejo del nivel epistemológico conceptual o analítico de la argumentación penal que permita sistematizar y conceptuar las prácticas argumentativas en la elaboración de las resoluciones penales. Añadiendo a esta tarea, la perspectiva eminentemente normativa de proponer formular que de manera generalizadora integrarían guías o fórmulas para desarrollar principalmente en los “casos difíciles” la argumentación e interpretación dentro del procedimiento penal mexicano. Excepto que, el inicio de la investigación estará orientado particularmente, por el enfoque empírico donde al iniciar con un estudio piloto sobre la personalidad de los jueces penales del estado de Chihuahua y el análisis de algunas decisiones judiciales que importan “casos difíciles”, podrán mostrar una evidencia fuerte y decisiva respecto de las reglas intrínsecas que subyacen en cada una de aquéllas, develando realidades que ahora se muestran y antes en el sistema inquisitivo se ocultaban dentro de la administración de justicia.

Ahora bien, hasta este momento los propósitos de la teoría de la argumentación jurídica han sido sumamente modestos por su carácter generalizador en el razonamiento jurídico; no

obstante, el redimensionamiento de la función judicial en los sistemas jurídicos liberales y democráticos, actualmente impiden la necesidad ineludible de extender los propósitos de éstas teorías, a su verdadero objeto de estudio: la práctica del derecho; en este caso, la práctica relacionada con la aplicación efectiva de las leyes penales y procesales mexicanas, mediante un procedimiento penal acusatorio y adversarial. El desarrollo de bases para la creación de una Taip impone la obligación metodológica ineludible de colocarnos dentro de alguna de las orientaciones epistemológicas del derecho. En las teorías argumentativas de la disciplina jurídica la doctora Marina Gascón Abellán⁴ ha sostenido que, la teoría de la argumentación jurídica es en principio descriptiva, pero puede también ser prescriptiva, normativa; por lo tanto, que puede desarrollarse la teoría de la argumentación jurídica desde una triple perspectiva:

Desde una perspectiva descriptiva. Puede ser: a) *empírica*, cuyo objeto de estudio de la teoría de la argumentación jurídica sería simplemente describir las decisiones judiciales en cuanto a fenómenos sociales; b) la perspectiva *conceptual* o *analítica* que pretende conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica y supone una reconstrucción racional de las prácticas argumentativas jurídicas de forma sistemática"; c) la perspectiva *normativa*, cuya finalidad de la teoría de la argumentación jurídica consiste en "aportar fórmulas para mejorar la argumentación de los operadores jurídicos a través de propuestas de cómo éstos deberían decidir".

La temática que pretende examinarse bajo los niveles epistemológicos conceptual, analítico y normativo, está dirigida al desarrollo de ciertas bases para construir una Teoría de la argumentación interpretación penal, a partir de las estructuras básicas derivadas de las teorías argumentativas. En principio,

⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime, *Interpretación, y argumentación jurídica*, Material del Seminario impartido al Poder Judicial del Estado de Chihuahua, septiembre, 2003.

existe la probabilidad de que no sea factible llegar a consolidar de manera absoluta una teoría de esa naturaleza; debido a una serie de factores que escapan del control legal o normativo y que son examinados en los estudios realizados por quienes representan la concepción irracionalista del razonamiento jurídico. Sin embargo, no debe renunciarse en principio, a la idea de que pudiera ser plausible construir algunas bases que permitan diseñar efectivos controles racionales para una adecuada elaboración de las resoluciones penales en el denominado contexto de descubrimiento y en el contexto de justificación y, particularmente, de aquellos mecanismos de control que podrían actuar sobre las variables que son presentadas por los irracionalistas como contenedores reales de una decisión judicial objetivamente racional: edad del juzgador, sexo, ideología, nivel económico y cultural, es decir, respecto de un número cualitativo de variables sociodemográficas y psicosociales que en nuestro país interactúan en la relación que surge entre el juzgador y el objeto de la decisión.

La estructura normativa de la resolución judicial revela la ineludible obligación de los jueces, en esta sociedad del *siglo XXI*, de operar y aplicar las leyes penales en un entorno más complejo, no sólo normativamente sino también social, económico, político y culturalmente, donde surgen “conflictos normativos” frente a los cuales el derecho pretende encontrar una respuesta. Ciertamente, las resoluciones judiciales que actualmente se elaboran en el sector de la administración de justicia federal y local representan el control formal impuesto por el poder estatal justificado por el constitucionalismo social. Dado que, las sociedades liberales de finales del siglo XIX marcaron las bases de nuestro derecho penal y el derecho de procedimientos penales para la investigación criminal y la punición de las conductas ilícitas. Iniciando el siglo XX, como lo menciona Roberto Bergalli⁵ los países de la

⁵ BERGALLI, Roberto, *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 27.

Europa occidental con tendencias hacia gobiernos totalitarios, hicieron impacto de nuevo en las modificaciones a las bases de la administración de justicia.

Los grandes movimientos a la sociedad y al Estado liberal europeos durante la primera y segunda guerra mundial, estuvieron acompañados de afanes de expansionismo y ese panorama alteró las bases de la administración de justicia. En consecuencia, las modificaciones generadas en ese contexto llegaron a nuestro país por conducto de la codificación española como reflejo de "copia" legislativa sin el análisis correspondiente de la realidad mexicana; encontrando que, en el Código Penal Federal y el Código Penal del Estado de Chihuahua hubo un desplazamiento absoluto de la responsabilidad criminal hacia el concepto de peligrosidad; hubo aumento de tipos penales y penas más drásticas para delitos considerados graves y no graves. De donde puede afirmarse que las ideas impulsadas por el positivismo criminológico impuso la tendencia a los gobiernos federal y estatales de adoptar una serie de medidas predelictuales y posdelictuales. Todos los anteriores constituyeron indudablemente algunas de las características más significativas de una administración de justicia fuertemente influenciada por sistemas políticos autoritarios extranjeros, que pretendieron desarrollar solamente respuestas penales a las necesidades básicas de orden social que aún no han sido resueltas a la sociedad mexicana.

Obviamente las necesidades básicas de la sociedad mexicana desde la realidad del siglo XXI, permite construir una reforma distinta a la de las sociedades extranjeras del siglo XX, proyectando las modificaciones penales bajo la orientación de un estado constitucional, social y democrático de derecho, donde queden garantizadas las libertades mínimas del individuo frente a las necesidades colectivas. Los órganos de justicia penal entonces, tendrán que ajustar su actuación a las alternativas viables que disminuyan la violencia estructural que generan y en la que desarrollos, buscar los mecanismos racionales adecuados para asegurar el respeto a la seguridad jurídica y el derecho al juez imparcial; además, en el terreno de la criminalidad tendrá

que compatibilizarse el derecho y protección a los miembros de las sociedades plurales con los derechos de cada individuo objeto de una acusación penal.

Partiendo de la visión funcional del derecho penal y del derecho de procedimientos penales, la sociedad y los titulares de los órganos del Estado moderno deberán encarar que ambas disciplinas jurídicas tiene como función básica el control social formal; por lo tanto, habrá que examinarse las tareas que bajo esta perspectiva se cumplen en el trabajo jurisdiccional, las que deberían cumplirse y cómo se cumplen. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución federal mexicana, la autoridad judicial tiene la facultad de imposición de las penas; por lo tanto, de acuerdo con el constitucionalismo moderno los jueces penales tendrán que “fundar y motivar” las decisiones (artículos 16 constitucional) No obstante, la aludida obligación constitucional se torna insuficiente por los factores extrajurídicos que influyen en la resolución y la ausencia de mecanismos de control racional que impidan el accionamiento de dichos factores en detrimento de la decisión judicial. Dentro del citado esquema problematizador, siguiendo la fórmula mertoniana entre funciones manifiestas o declaradas y funciones latentes u obscuras, la realidad muestra que las primeras funciones en la administración de justicia penal de nuestro país, son de escasa presencia. En cambio, las funciones latentes prevalecen; de ahí que, pretendemos localizar algunas de éstas, de mayor importancia, para intentar explicar el porqué resulta necesaria la elaboración de bases para una teoría de la argumentación e interpretación penal vinculada a un ordenamiento jurídico penal, que limite a través de ciertos controles racionales la discrecionalidad de los jueces penales. Sobre todo cuando, en nuestro país, las crisis de las últimas décadas en los sistemas políticos, sociales, económicos y culturales, han generado un caos intelectual, alejando la creencia institucional difundida por los miembros del Poder Judicial; acerca de que, son funcionarios que poseen una gran sabiduría jurídica y por tanto, un conocimiento técnico-científico que proporcionará seguridad jurídica

por medio de una efectiva justificación interna o externa de la resolución penal.

Dentro de los contextos expuestos, el fenómeno jurídico que pretende analizarse está dirigido a la función judicial en el sistema jurídico penal mexicano; concretamente, al ejercicio abusivo del poder discrecional de los jueces al emitir las resoluciones en casos penales. De esta asercción suelen encontrarse percepciones generalizadas de un auditorio numeroso, que sobre la actividad judicial en materia federal y local en nuestro país, advierten objetivamente la siguiente problemática:

1. La legislación penal actual (en el orden federal y en los Estados) resulta deficiente; en algunos casos, contradictoria, imprecisa, equívoca, con ambigüedades, vaguedades, antinomias y lagunas. Esta situación que prevalece a nivel nacional ha generado una ampliación de los márgenes de discrecionalidad de los jueces penales; por lo tanto, también ha activado el desmedido ejercicio del poder de disposición por parte del juzgador.
2. La presencia de esa fuerte discrecionalidad pretende limitarse con la exigencia de la fundamentación y motivación en las resoluciones; sin embargo, dicha institución de orden constitucional está desprovista de controles internos y externos realmente efectivos; por lo tanto, dicha situación genera un alto grado de irracionalidad en las decisiones judiciales de orden penal que lleva consigo la violación de los derechos fundamentales a los individuos.
3. En nuestro país, la actividad jurisdiccional en los temas penales refleja además una problemática seria: el escepticismo como actitud dogmática, que asumen los involucrados en dicha actividad y otros sectores de nuestra sociedad, ante ese ejercicio abusivo de poder del juez, en las decisiones judiciales relacionadas con los diversos procesos penales.

Otro aspecto problematizador en la función judicial mexicana, está basado en el hecho de que son escasos los procesos penales donde las decisiones judiciales tienen su soporte probatorio en un estudio preciso y claro de las denominadas “pruebas científicas”; a pesar de que éstas proliferan en gran número de “casos difíciles”. Quizá por su formación profesional algunos jueces, aún no han logrado captar, que las nociones de la prueba y los métodos científicos para obtenerlas se emplean de un modo incorrecto para la determinación verdadera de los hechos delictivos, dando mal uso a la ciencia en el proceso. Y particularmente el hecho evidente de que, los abogados mexicanos siguen confiando en el sentido común o en la cultura media que les otorga la profesión a los jueces para la elaboración de sus resoluciones penales; sin embargo, como lo afirma Taruffo,⁶

esa cultura media ofrece escasas garantías, y por ese motivo, el juez “típico hombre medio”, desde el punto de vista cultural, no puede valorar racionalmente medios de prueba que por definición van más allá de los límites de la cultura media; sino que, es indispensable el control que se ejercite a través de una cultura media alta que contenga las bases esenciales para la valoración racional e incluso científica de las pruebas que se emplean para la determinación de los hechos.

Concretamente, podemos afirmar que la delimitación y planteamiento del problema de investigación, está marcado por la ausencia de sistematización en los procesos argumentativos y de interpretación de la ley penal, que permitan operar en la práctica del derecho penal y de procedimientos penales, para utilizarse como medios de control racionales sobre la amplia discrecionalidad de los jueces penales mexicanos; debido a varios factores dentro de los cuales concurre, la reiterada práctica

⁶ TARUFFO, *op. cit.*

legislativa de creación de leyes penales cargas de ambigüedad, vaguedad, incoherencia, complejas, obscuras, incongruentes.

Y la idea bastante generalizada en la práctica del derecho acerca de que una resolución judicial se traduce en un simple silogismo; siendo que, la realidad legislativa ha proporcionado leyes penales que al pretender aplicarse al caso concreto revelan un alto grado de complejidad porque plantea problemas de prueba, relevancia e interpretación; por lo que, exigen del juez una actividad no reglada. Por lo tanto, la toma de conciencia en algunos sectores jurídicos del redimensionamiento de la función judicial y de un activismo judicial desenfrenado, permite prestarle atención a las teorías de la argumentación jurídica; en consecuencia, surge la necesidad de utilizar esa construcción teórica en la elaboración de bases para una teoría de la argumentación e interpretación penal. En México, prevalece la opinión de los sectores jurídicos, políticos, sociales y culturales; en el sentido de que, el poder de los jueces es bastante discrecional y por ese motivo, en algunas resoluciones se torna irracional por la escasa capacidad argumentativa que evidencian los jueces en sus resoluciones; principalmente, en la determinación verdadera de los hechos que motivaron el procedimiento penal (inferencia inductiva o probable) y en las inexactas interpretaciones o en los problemas de relevancia, al generarse la inferencia jurídica. A pesar de que en la determinación de los hechos objeto de la investigación criminal, permite realizar un estudio sobre la existencia de los elementos más importantes de analogía entre los tipos de razonamiento del juez y del científico, que se presentan en el ámbito de los modelos racionales de control empírico, según Michelle de Taruffo.⁷

Ahora bien, sabemos que las leyes jurídicamente válidas pueden ser ineficaces. Y que las reglas jurídicas para legitimarse, deben reunir los siguientes requisitos: a) tener validez formal; b) contar con validez sustancial (¿es útil o sirve para lo que fue creada?) y, c) la efectividad. En el problema planteado

⁷ *Ibidem*, p. 330.

sobre las causas que pudieran generar un ejercicio abusivo de poder del Juez, es importante reflexionar básicamente sobre dos aspectos:

1. Plantearnos como factor importante para garantizar la imparcialidad judicial en las decisiones penales, y, en consecuencia, evitar el abuso de poder, si el sistema que se adopta por la legislación federal y de algunos Estados, para la designación de Jueces, es realmente el adecuado, o bien, existen, insuficiencias que pueden llegar a cubrirse. Y si ese método de selección afecta el desarrollo de la función judicial al momento de construirse resoluciones judiciales sin el manejo de procesos argumentativos e interpretativos que reúnan ciertos estándares de racionalidad.
2. Examinar si las resoluciones penales trascendentales, como las comprendidas en el artículo 16 y 19 constitucionales, abarcando la sentencia penal, dentro de la legislación secundaria reúnen los suficientes criterios de racionalidad para una construcción metódica de la motivación como máxima expresión del principio de legalidad, que elimine la posibilidad de generar el ejercicio abusivo de poder del Juez Penal; o bien, es necesario la creación de mejores controles jurídicos racionales que se proyecten sobre el proceso argumentativo desde el razonamiento o inferencia inductiva para la determinación de los hechos punibles; pasando por la elaboración de la inferencia jurídica, hasta llegar a elaborar la decisión concluyente. Los descritos aspectos muestran problemas que encaran las teorías de la argumentación jurídica en forma general y que al concretizarlos en la disciplina jurídico-penal, destacan: que la fuerte discrecionalidad en las decisiones judiciales, deriva fundamentalmente de la elaboración de leyes penales contradictorias, imprecisas, equívocas, con ambigüedades, vaguedades, antinomias, incongruencias e incoherencias; a lo que debe agregarse, la escasa preparación científica de los juzgadores. Por otro lado, la exigencia de la motiva-

ción como control constitucional, resulta insuficiente porque está desprovista de controles racionales internos y externos; por lo que, los aludidos fenómenos generan decisiones que redundan en perjuicio de la *seguridad jurídica* y la *imparcialidad judicial*. También, queda claro que existe una ausencia de sistematización en los procesos argumentativos e interpretativos de las resoluciones penales que pueden desarrollarse en el tránsito de la aplicación de la ley a determinados casos penales.

Por lo tanto, revelada la problemática de mayor interés en el ejercicio abusivo de poder al aplicarse las leyes penales, tratando de esclarecer los problemas que surgen en la construcción de las resoluciones penales, es importante examinarlos primeramente, bajo las posturas sostenidas por los irracionalistas *realismo jurídico* de Neil MacCormick y Alf Ross que tienen una concepción irracionalista del razonamiento jurídico. Puesto que, para ellos, las decisiones judiciales son producto de una voluntad humana y susceptible de una diversidad de interpretaciones, llegando al absurdo hablar de la existencia de una “Teoría de la digestión” en la elaboración de las resoluciones. Una de sus premisas fundamentales de acuerdo con Alfonso Jaime García Figueroa puede traducirse en afirmar: “El derecho es una cuestión de corazonadas y no de fundamentaciones racionales”. Iniesta Delgado⁸ sostiene que las teorías irracionalistas, muestran una actitud crítica hacia las teorías racionalistas, porque consideran que en la aplicación del derecho no sólo aparecen elementos de carácter racional, lógicos o argumentativos, sino que existen también elementos de carácter irracional, como pueden ser instituciones, elementos volitivos o de carácter sentimental. Por su parte, Michelle de Taruffo muestra las dos vías por las que tradicionalmente se han desarrollado las

⁸ INIESTA DELGADO, Juan José, *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, p. 131.

teorías irracionalistas: *a) el irracionalismo psicológico que trata de llamar la atención sobre los elementos psicológicos que aparecen en la toma de decisión por parte del juez* (algunas de las doctrinas del realismo jurídico, sobre todo del norteamericano). La consecuencia de este modo de concebir la actividad judicial es que la relación entre la norma general y la norma particular no es una relación lógico-deductiva y, además, no tiene ningún viso de racionalidad. A su vez, de esto extraen otra consecuencia: la actividad judicial de aplicación del derecho es una actividad creadora, y *b) las doctrinas del irracionalismo filosófico-axiológico afirman, que la actividad del juez en la elaboración de la decisión está dirigida por la intuición de valores superiores, bien sea de carácter natural o de carácter positivo*. La decisión es consecuencia, no tanto de la norma general aplicable al caso concreto, sino de un juicio de carácter valorativo o, simplemente, a través de la intuición.

Por lo tanto, estas posturas privilegian las motivaciones de orden psicológico o sociológico en las resoluciones judiciales o de argumentación jurídica; de modo que, su estudio profundo requiere de la elaboración de factores sociales e individuales que interfieren en la toma de decisiones penales. En México puede sostenerse que son escasos los estudios realizados que permitan conocer esos factores y sus consecuencias; en cambio, existe la investigación empírica realizada desde la óptica de la Sociología del Derecho por el profesor César Manzanos⁹ del País Vasco, España, donde analiza precisamente esos factores, indicadores y criterios extrajudiciales que inciden en las decisiones de los jueces, que en diversas circunstancias “condicionan, alteran, determinan o pervierten (en supuestos similares y aplicando la lógica estricta del derecho positivo) el tipo de decisión judicial y la evaluación jurídica de los hechos”. En la citada in-

⁹ CUELLAR VÁZQUEZ, Angélica y CHÁVEZ LÓPEZ, Arturo (coords.), *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*, México, Ediciones Coyoacán-UNAM, 2003, pp. 103-140.

vestigación para analizar sistemáticamente los factores sociales que inciden en las decisiones judiciales, el investigador mencionado los agrupa como:

1. Los factores relacionados con su estatus social y profesional, donde se hace alusión a la extracción social, aspiración socioeconómica y funcionalización de los jueces, es decir, a la pertenencia originaria del juez a un estatus económico u otro, a sus aspiraciones de ascenso en la escala de estratificación que le exigen fidelidad a los intereses tanto de sus superiores como a los intereses de los grupos de presión, o de las élites de poder a las que se articulan, para mediante una carrera judicial pertenecer a los mismos.
2. Los factores relacionados con su identificación ideológica y cultural. Aquí selecciona diversos criterios que conforman la identificación de persona y social del juez, destacando como factores clave: la ideología política. Ideología manifiesta o latente de jueces y magistrados, que se expresa en los juicios de valor explícitos o implícitos, conscientes o inconscientes que realizan tanto sobre el acusado, la víctima o víctimas, la defensa o la acusación.
 - a) La identificación religiosa y/o moral. Contribuye decisivamente a clarificar sus interpretaciones de los hechos y su visión de las consecuencias jurídicas que se desprenden de los mismos.
 - b) La cultura jurídica a la que pertenecen. La existencia de diversas asociaciones de jueces con ideologías y planteamientos sobre cómo debe ser la intervención judicial.
3. Factores subjetivos en relación con variables, que a su entender, revisten especial importancia en la toma de las decisiones judiciales: a) La edad, tiene que ver con su experiencia o inexperiencia dentro de la judicatura. Por ejemplo, jueces jóvenes pueden producir resoluciones menos independientes y más dogmáticas por inseguridad e inexperiencia. O los jueces con antigüedad que se vuelven

conservadores y sometidos a los dictados de la política aplican de manera más dura la ley. *b) El sexo.* Otro elemento que incide es el hecho de que el juez sea un hombre o una mujer. *c) El estado civil.* La propia experiencia matrimonial o la carencia de ella, en algunos casos, puede condicionar la decisión judicial. O bien, el hecho de que haya sido o no padre o madre. *d) El tipo de educación familiar y de socialización.* Cuando las decisiones que tiene que tomar el juez, suponen un juicio de valor sobre aspectos de la vida privada de las partes. El tipo de socialización que ha recibido cada juez es factor que influye a la hora de tomar decisiones.

4. Los factores relacionados con la presión política o mediática. Cómo influyen los medios de comunicación en las decisiones de los jueces y la intervención de los otros poderes ejecutivo o legislativo. Los efectos mediáticos y políticos que su decisión tendrá.

5. Factores selectivos en función de quién es el procesado. Responde a una realidad sociológica bien específica: ejemplo: la gran mayoría de los procesados son personas procedentes de sectores sociales económicamente marginados.

Tratando de realizar una investigación racional —experimental— con los jueces del estado de Chihuahua, y auxiliada por un maestro en ciencias y psicólogo y abogado, fueron seleccionadas varios test psicológicos para aplicarse a un universo de treinta y cuatro jueces penales de primera y segunda instancia, con el objetivo de obtener algunos rasgos de la personalidad que nos permitan conocer factores individuales importantes y que pueden influir en el momento de elaborar las resoluciones penales. Además, se ha procedido a la revisión de documentos en los archivos administrativos del Poder Judicial del estado con la finalidad de verificar la preparación técnico-científica de los juzgadores de nuestra entidad federativa, obteniendo como resultado general: que de los treinta y cuatro juzgadores solamente diez tiene estudios de maestría; siete jueces están titulados y tres de ellos, aún no han presentado examen de grado. Del uni-

verso planteado, resulta escaso el número de jueces que han realizado cursos permanentes de actualización y especialización; únicamente cinco jueces tienen otros estudios de posgrado en el extranjero y cursos permanentes de actualización en diversos congresos nacionales.

En otras investigaciones empíricas desarrolladas por los investigadores J. Sobral, R Arce y F. Fariña¹⁰ en el sistema jurídico penal norteamericano, establecen factores que afectan a la toma de decisiones judiciales, los siguientes: los antecedentes políticos o sociales, el sexo del acusado, por ejemplo: las mujeres son castigadas más severamente en España en caso de parricidio que los hombres. La severidad de las sentencias siempre en perjuicio de las razas minoritarias (negros en los Estados Unidos); el estatus económico de las víctimas, el atractivo de la víctima o del acusado influye en las decisiones judiciales; la edad, la educación, el estado civil, la religión, la ocupación, la intervención de los jurados. Los autores citados arriban a la conclusión de que "...si bien es cierto que se ha demostrado que los factores legales, son el factor fundamental del juicio, tampoco lo es menos que nunca se ha podido descartar del todo la influencia de los factores extralegales (variables sociodemográficas y psicosociales)". De manera que, en el sistema jurídico mexicano, a partir de investigaciones empíricas debe procurarse realizar estudios donde sean controladas todas las variables posibles que estén influyendo en la construcción de las resoluciones penales; debido a que, no se puede afirmar que los resultados a partir de estos estudios tengan rigor científico cuando son manejadas variables postuladas limitativamente por las inclinaciones del investigador hacia ciertas temáticas, dejando fuera otras no menos importantes que puedan estar influyendo en la actividad judicial.

A las posturas irracionalistas comentadas, existe la tesis representada por los autores Robert Alexy, Manuel Atienza, entre otros, que sugieren la idea de que, el sistema normativo con-

¹⁰ SOBRAL, J., ARCE, R. y FARIÑA, F., *La psicología social en la sala de justicia*, Editorial XXX, pp. 62-68.

ceptual y de procedimiento puede limitar la discrecionalidad en las decisiones jurídicas y reconducirlas hacia criterios de racionalidad. Dado que, el campo de estudio de la TAJ está centrado principalmente en torno al *contexto de justificación*. Dejan a un lado los procesos psicológicos que condicionan la argumentación jurídica en manos de la Psicología y la Sociología. Los precedentes teóricos de estas posturas surgen de acuerdo con las puntualizaciones del doctor Iniesta Delgado, de diversas teorías de la argumentación jurídica mencionando, la tesis sostenida por Viehweg que consiste, en que la aplicación del derecho se debe caracterizar por la solución de los casos a través del planteamiento de problemas, lo que proporcionaría una solución para cada caso concreto. Y que la retórica, como arte de persuadir, es reivindicada por Perelman como explicación efectiva del razonamiento jurídico; los argumentos lógico deductivos se mueven en el campo de la necesidad, los argumentos retóricos, entre los que se encuentran los argumentos jurídicos, se mueven en el terreno de lo posible. No se trata de mostrar una verdad necesaria, sino de persuadir a un auditorio acerca de la razonabilidad de un argumento, intentando convencer de que una conclusión es razonable porque parte de unas premisas que han obtenido la aceptación del auditorio.

En cambio, sostiene Iniesta Delgado que para la caracterización de su lógica informal Toulmin la emplea como un procedimiento, para constatar el carácter razonable de una decisión. La argumentación jurídica consiste en presentar argumentos a favor de una determinada conclusión que superen la crítica racional. Argumentos que estén apoyados por razones suficientes; estas serían las garantías que sirven de apoyo para pasar de unos hechos o datos a una determinada pretensión.

Posteriormente, el mencionado autor se refiere al surgimiento de la denominada teoría estándar de la argumentación, basándose principalmente en las obras de Maccor-Mick y Alexy. Asegura, que el primero trata de realizar una teoría integradora de la argumentación práctica y, como consecuencia, de la argumentación jurídica como una especie de aquélla; aquí cumple

fundamentalmente una labor de justificación, incluso cuando trata de persuadir, puesto que la persuasión sólo es posible a través de argumentos racionales. Esta argumentación justificativa puede llevarse a cabo utilizando la deducción, pero la deducción tiene sus límites, que son reflejo de la frontera que separa los casos fáciles de los casos difíciles. En los casos fáciles la justificación se valdrá únicamente de la deducción, más ésta no será suficiente en los casos difíciles, es decir, aquellos que presentan problemas de interpretación, de determinación de la norma aplicable de establecimiento de la premisa menor (de prueba), o bien de inclusión de la cuestión fáctica en el supuesto de hecho de la norma (de calificación). Concluye el maestro Iniesta Delgado que, en estos casos será necesario otro tipo de argumentación, que debe cumplir con el requisito de la universalización o posibilidad de universalizar, es decir, que la conclusión sea consecuencia de un principio que se aplicará a todos los casos iguales, ese principio debe tener sentido dentro del sistema jurídico, debe ser coherente y consistente.

Y finaliza diciendo, que la teoría de la argumentación jurídica de Alexy parte del discurso práctico racional para llegar al discurso jurídico como un caso especial de aquél. La argumentación jurídica trata de fundamentar la racionalidad de una determinada proposición normativa, asegurando al mismo tiempo que esta fundamentación puede realizarse en el marco del ordenamiento jurídico. El fundamento racional de esa proposición se halla a través del procedimiento del discurso jurídico, que se rige por las reglas del discurso práctico general y por las reglas más específicas del discurso jurídico que suponen la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática.

Algunas teorías argumentativas suelen distinguir, entre justificación interna y justificación externa. De la exposición precedente, el maestro Iniesta Delgado concluye, que en ciertas teorías argumentativas, lo mismo que ocurre en la tradicional doctrina del silogismo, la conclusión se encuentra racionalmente implícita en las normas aplicables y en los casos planteados. El juez, en el momento en que elabora la decisión, no está ge-

nerando un enunciado jurídico nuevo, es decir, no está creando derecho.

En cambio, la postura de Alf Ross es distinta, ya que, rechazando la teoría de la mera aplicación lógico deductiva de las normas jurídicas, mediante silogismos. Asegura, que la decisión judicial tiene un amplio margen de discrecionalidad que no puede ser ocultado por la presentación del proceso decisivo como una deducción meramente lógica. Entonces, ese margen de discrecionalidad exige al operador la realización de un acto constitutivo y creador del derecho nuevo. La teoría realista de Ross ratifica el importante margen de discrecionalidad de los jueces en los casos difíciles y la imposibilidad de aplicar mecánicamente el derecho. Ross asume en gran medida los postulados del neopositivismo o positivismo lógico de la Escuela de Viena y considera que la ciencia jurídica deba utilizar ella misma, un método propiamente empírico o realista en el conocimiento idóneo de su objeto específico. Por ello asegura, que el derecho en acción y las normas jurídicas no son dos esferas independientes de existencia, sino aspectos diferentes de una misma realidad. Bajo estas orientaciones será planteada la antítesis del proyecto de investigación que pretende elaborar bases para una teoría de la argumentación e interpretación penal; asimismo, algunos aspectos relevantes de la postura de Alf Ross relacionados con el lenguaje, principalmente, con los discursos indicativo y directivo serán empleados para la construcción de algunos elementos que permitan limitar racionalmente la discrecionalidad en las decisiones penales al elaborarse la sentencia.

De manera similar, el filósofo español Manuel Atienza¹¹ sostiene que las diversas concepciones de argumentación jurídica surgidas en los años cincuentas, aun difiriendo entre sí en diversos extremos, tienen, sin embargo algo en común: *el rechazo del modelo de la lógica deductiva*. La tópica de Viehweg, la

¹¹ *Las razones del derecho. teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003, pp. 105-108.

nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin, no tratan simplemente de mostrar que la concepción *lógico deductiva* tiene sus *límites*, sino que afirman además que pretenden reconstruir la argumentación jurídica a partir de ahí es equivocado o, cuando menos, de muy escaso valor. Dichas teorías contienen elementos relevantes y, pero no pueden aceptarse sin más como una teoría satisfactoria de la argumentación jurídica. No están lo suficientemente desarrolladas.

Destaca el autor, que entre las diversas teorías que han aparecido en estos últimos años, dos de ellas elaboradas por Neil MacCormick y por Robert Alexy son en su opinión, las que tienen mayor interés y quizás también las que han sido más discutidas y han alcanzado una mayor difusión. Ambas provienen de tradiciones filosóficas y jurídicas distintas: Neil MacCormick parte de las concepciones de Hume y Hart (tradición inglesa y escocesa, del *common law*) y Robert Alexy (su influencia de Kant y Habermas) y los autores llegan a formular concepciones de la argumentación jurídica esencialmente semejantes.

En su texto *Las razones del derecho* el autor Manuel Atienza examina básicamente la denominada: *teoría integradora de la argumentación jurídica* de Neil MacCormick. Describe que este autor pretende construir una teoría que sea tanto *descriptiva como normativa*, que de cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales, y que se sitúe, en definitiva a mitad del camino. (entre una teoría del derecho ultraracionalista como la de Dworkin y una irracionalista como la de Alf Ross). MacCormick toma como objeto de estudio las decisiones publicadas de los tribunales de justicia británicos (de Inglaterra y Escocia). Y en el capítulo sexto, el autor describe la teoría de Robert Alexy y la titula *La argumentación jurídica como discurso racional*. Menciona el autor que las teorías de MacCormick y de Robert Alexy coinciden substancialmente; sólo que: 1. MacCormick parte de las argumentaciones o justificaciones de las decisiones tal y como de hecho tienen lugar en las instancias judiciales y a partir de ahí, elabora una teoría de

la argumentación jurídica que acaba de considerar que forma parte de una teoría general de la argumentación práctica. 2. Alexy por el contrario, arranca de una *teoría de la argumentación práctica general* que proyecta luego al campo del derecho; el resultado al que llega, la tesis central de su concepción, consiste en considerar el discurso jurídico, a la argumentación jurídica, como un caso especial de discurso práctico general, esto es, del discurso moral. Esta diferente aproximación hace que la concepción de Alexy esté, en cierto modo, más alejada de la práctica real de la argumentación jurídica que la de MacCormick, pero a cambio se trata de una teoría más articulada y sistemática.

Frente al desarrollo de las teorías argumentativas, surgen las denominadas teorías creativistas del derecho y sus representantes pretenden descubrir en qué consiste verdaderamente la actividad de los jueces, y precisamente, en este punto es donde tratan de diferenciarse de la teoría del silogismo, acusada de olvidar la realidad de los hechos.

Las objeciones que pudieran plantearse a las posturas irracionalistas respecto de los factores extrajurídicos que influyen en las decisiones judiciales serían innumerables; por lo pronto, la investigación estará orientada bajo la síntesis que dirigirá la investigación, auxiliados de la teoría de la argumentación jurídica estándar, para llegar a determinar, que es plausible construir mecanismos de control racional que reduzcan significativamente la discrecionalidad que impera en las resoluciones penales; si y sólo si, la decisión es sometida a procesos de argumentación e interpretación racionales de las normas penales y procesales; utilizando como instrumento de control racional, particularmente el modelo del garantismo penal. En razón de que, existe la firme convicción de que las resoluciones penales no son correctas o incorrectas en el contexto de la justificación (interna o externa) porque alguien las elabore; sino que, son correctas o incorrectas por los procesos argumentativos e interpretativos que se realizan de la normas penales y procesales de este orden. Lo esencial en el contexto de justifi-

cación de acuerdo con la argumentación jurídica es, el *conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión resultante*.

6. Las ventajas del proceso penal acusatorio y adversarial

En el proceso penal, cuando se advierta afectación de los derechos del acusado, actuará un juez imparcial, en audiencia pública, lo cual reducirá drásticamente las violaciones a los derechos humanos y asegurará un juego limpio por parte de las autoridades. El principio de inocencia será cabalmente garantizado como ingrediente esencial de cualquier sociedad civilizada. La reforma garantizará a la ciudadanía el derecho a la libertad antes de juicio. El juez determinará sustentándose en las circunstancias de cada caso, los argumentos del Ministerio Público y de la defensa; si hay peligro de fuga, peligro a la víctima o peligro a la sociedad. Los sujetos peligrosos serán debidamente asegurados y los imputados por delitos que no tengan relevancia no sufrirán los efectos devastadores de la prisión preventiva.

La administración de justicia tuvo que adecuarse a las nuevas condiciones y cambiantes necesidades de la sociedad, como a las nuevas dimensiones de la criminalidad y de la reacción social contra ella. Los problemas estructurales de los tribunales de justicia están vinculados a las actividades de los juzgadores. En un sistema inquisitivo o mixto, los jueces invierten gran parte de su tiempo útil en resolver problemas administrativos rutinarios, que los aleja de su función esencial de juzgar los casos concretos sometidos a su jurisdicción. Dentro de la estructura de los tribunales existe un trabajo excesivo de tareas administrativas sobre las judiciales, y hay duplicación de esas tareas por falta de oficinas centrales de administración de los tribunales de primera y segunda instancia. Desaprovechamiento de recursos humanos y materiales producto de la mala distribución de las tareas.

En cuanto a los juicios orales el procedimiento acusatorio y adversarial tiene las siguientes ventajas: Los juicios y audien-

cias serán presididos por los jueces y no por los secretarios. El juez tendrá que escuchar a los testigos, a los peritos, conocerá al enjuiciado y a la víctima. Conocerá y vivirá la prueba directamente y no por medio de documentos escritos. Este nuevo proceso penal será totalmente público y transparente. La sociedad y los medios presenciarán el juicio donde las partes para mostrar la verdad de sus tesis argumentarán en base a la prueba obtenida. Prevalece la aplicación de la técnica y la ciencia para obtener algunas pruebas científicas, la cercanía del juez con la prueba al ver la expresión y el idioma de un testigo, verificar los conocimientos, técnicas y métodos aplicados de un perito, directamente observar las manifestaciones de la víctima y al procesado, en este entorno produce sin lugar a dudas sentencias más justas y certeras. En este nuevo proceso penal, el control externo de la sociedad, más efectivo sobre el ejercicio de la autoridad del estado, lo constituye el poder asistir a las audiencias, saber sobre los métodos empleados, el quehacer de sus servidores públicos en el debate penal principalmente el relacionado con las pruebas, y ello contribuirá a restaurar la credibilidad en el sistema de administración de justicia.