

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**APLICACIÓN DE LA RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN EN EL
LITIGIO PENAL**

LIC. ERICK ESTUARDO CÓRDOVA CASTILLO

CHIQUIMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**



**APLICACIÓN DE LA RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN EN EL
LITIGIO PENAL**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Maestro en Ciencias, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

LIC. ERICK ESTUARDO CÓRDOVA CASTILLO

CHIQUMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**



**RECTOR
INGENIERO MURPHY OLYMPO PAIZ RECINOS**

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
Representante de Profesores:	M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Representante de Profesores:	M.Sc. Gildardo Guadalupe Arriola Mairén
Representante de Graduados:	Inga. Evelin Dee Dee Sumalé Arenas
Representante de Estudiantes:	A.T. Estefany Rosibel Cerna Aceituno
Representante de Estudiantes:	P.C. Elder Alberto Masters Cerritos
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Ph.D. Gabriela Patricia Portillo Lémus
Secretario:	Ph.D. María Roselia Lima Garza
Vocal:	Ph.D. Dina Azucena Cerín Miranda
Asesor:	Ph.D. Jayme Giovanni Rosa Erazo



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

REF.DEP.JGRE-01-2019
Chiquimula, 11 de julio de 2019

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director del Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente
Su despacho

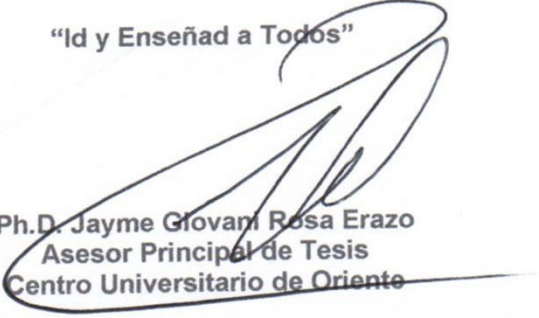
Maestro Díaz Moscoso:

En cumplimiento de la asesoría de tesis que se me confió, para dirigir la investigación realizada por el **Licenciado Erick Estuardo Córdova Castillo**, Registro Académico **100009138**, previo a obtener el grado académico de Maestro en Ciencias en Derecho Penal, le informo que me ha presentado su informe final de tesis intitulado: **“APLICACIÓN DE LA RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN EN EL LITIGIO PENAL”**. El cual a mi criterio cumple todos los requisitos reglamentarios, así como, con los principios, métodos y técnicas de la metodología de la investigación científica. Por lo que recomiendo que se continúe con el trámite correspondiente para la defensa e impresión de dicho documento.

Sin otro particular, deseándole éxitos en su gestión, me suscribo de usted.

Atentamente,

“Id y Enseñad a Todos”



Ph.D. Jayme Giovani Rosa Erazo
Asesor Principal de Tesis
Centro Universitario de Oriente

CERTIFICACIÓN DE ACTA DE EXAMEN PRIVADO DE TESIS

DEPG- 38-2019

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folios trecientos veintidós y trecientos veintitrés, donde se encuentra el Acta EPT veintiocho guion dos mil dos mil diecinueve (ACTA EPT-28-2019), que copiada literalmente dice:-----

En el salón L-1 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, Doctora en Derecho Gabriela Patricia Portillo Lémus, (Presidenta), Doctora en Derecho María Roselia Lima Garza (Secretario) y Doctora en Derecho Dina Azucena Cerín Miranda (Vocal), el día jueves cinco (05) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las diecisiete horas, para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS, de del Licenciado Erick Estuardo Córdova Castillo** (Postulante), inscrito con carné No. 100009138, en la Maestría en Derecho Penal, de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, como requisito previo a optar el grado de Maestro en Ciencias en la rama de Derecho Penal en el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente, con base a autorización contenida en Punto Octavo, Inciso 8.3 del Acta 13-2011, de Reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 8 de noviembre de dos mil once y Punto Décimo Tercero, Inciso 13.2 del Acta 04-2012, de la reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 13 de marzo de dos mil doce, ampliados en el Punto Décimo, Inciso 10.01, acta 02-2014, de Reunión Ordinaria celebrada el 04 de febrero de dos mil catorce por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado. Haciendo constar lo siguiente: -----

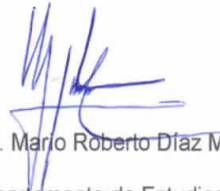
PRIMERO: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria

celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitulado: **"APLICACIÓN DE LA RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN EN EL LITIGIO PENAL"**, elaborado por la postulante Licenciado Erick Estuardo Córdova Castillo.-----

TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO** por **UNANIMIDAD DE VOTOS**, por los Miembros del Tribunal Examinador. En fe de lo cual firmamos la presente acta, en la ciudad de Chiquimula, siendo las dieciocho horas con treinta minutos del día cinco de septiembre de dos mil diecinueve. Damos fe.". **Firmaron el acta Doctora en Derecho en Derecho Gabriela Patricia Portillo Lémus, Doctora en Derecho María Roselia Lima Garza, Doctora en Derecho Dina Azucena Cerín Miranda y Licenciado Erick Estuardo Córdova Castillo.**-----

Para los efectos que al interesado convengan, extendiendo y firmando la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, quince de octubre de dos mil diecinueve.



M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

Director Departamento de Estudios de Postgrado

Centro Universitario de Oriente




EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Trabajo de Graduación que efectuó el maestrante **ERICK ESTUARDO CÓRDOVA CASTILLO** titulado **“APLICACIÓN DE LA RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN EN EL LITIGIO PENAL”**, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados, de la Maestría en Derecho Penal.

Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Trabajo de Graduación a Nivel de Postgrado de MAESTRO EN CIENCIAS** en la rama de **DERECHO PENAL**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a treinta de octubre de dos mil diecinueve.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
DIRECTOR
CUNORI - USAC



c.c. Archivo

EFCC/ars

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	xiv
CAPÍTULO I	1
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DE LA RETÓRICA JUDICIAL	1
1.1. Importancia de su estudio	1
1.2 Conceptualización y definición	1
1.3 Sus antecedentes históricos	3
1.3.1 Aristóteles	6
1.3.2 Marco Tulio Cicerón	8
1.3.3 Marco Fabio Quintiliano	11
1.4 La Nueva Retórica	12
1.4.1 Theodor Viehweg	13
1.4.2 Perelman	13
1.5 Hacia una visión de la retórica	15
1.6 La retórica y el Derecho	18
1.7 La retórica en el litigio penal guatemalteco	20
CAPÍTULO II	
ORATORIA FORENSE	
2.1 Importancia de su estudio	22
2.2 Definición	24
2.3 Géneros de la oratoria.	24
2.4 El orador	25
2.5 La formación cultural del orador	26
2.6 Objetivo de la oratoria forense	29
2.7 El éxito de hablar en público	29
2.8 Elementos indispensables para hablar con éxito	30
2.8.1 El ademán	30
2.8.2 El gesto	30
2.8.3 El porte	31

2.8.4 La voz	31
2.9 La elaboración del discurso	32
2.10 Estructura del Discurso	34
2.11 Partes indispensables del discurso	36
2.12 El discurso jurídico	36
2.13 Oratoria, retórica y elocuencia.	37
2.14 Retórica y oratoria, distinción de dos conceptos	38
2.15 La oratoria forense y su aplicación en el litigio penal	39
2.16 Oratoria forense, retórica y argumentación en el litigio penal	41

CAPÍTULO III

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

3.1 La argumentación en general	42
3.2 ¿Qué es un argumento?	42
3.3 Significado de la argumentación	43
3.4 La argumentación jurídica	44
3.5 Definición argumentación jurídica	45
3.6 Argumentación y narración	45
3.7 El derecho como argumentación	47
3.8 La relación entre argumentar y decidir	48
3.9 ¿Cómo argumentar adecuadamente?	49
3.10 Tipos de discurso: argumentativo e informativo	50
3.11 La argumentación y el Derecho	51
3.12 El Abogado y las valoraciones de los hechos	52
3.13 La argumentación de las valoraciones	53
3.14 Proceso argumental del Abogado	53
3.15 Quién usa la argumentación en Derecho	54
3.16 La argumentación mejora la práctica del Derecho	55
3.17 Argumentación e interpretación de las normas jurídicas	55
3.18 La interpretación jurídica y el fundamento de autoridad	57
3.19 Lenguaje jurídico y pluralidad de interpretaciones	58
3.20 Validez lógica y aceptabilidad de la argumentación jurídica	59

3.21 La justificación en el discurso decisorio	60
3.22 Fundamento de la decisión	61
3.23 La justicia en la aplicación, en la interpretación y en el operador del Derecho.	62
3.23.1 Justicia en la aplicación del derecho.	63
3.23.2 Justicia en la interpretación de la norma jurídica	63
3.23.3 Justicia en el operador jurídico	64
3.24 Etapas en el razonamiento judicial	64
3.24.1 Plano regulatorio	65
3.24.2 Plano fáctico.	66
3.24.2.1 La presentación de los hechos y la actividad probatoria	66
3.24.3 Plano axiológico	66
3.24.4 Plano lingüístico	67
3.24.5 Plano lógico	67
3.25 Argumentación y razonamiento judicial	68
3.26 Interpretación y aplicación	70
3.27 La argumentación probatoria	71

CAPÍTULO IV

TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

4.1 Descripción acerca de las teorías de la argumentación jurídica	72
4.2 Nacimiento de las teorías de la argumentación jurídica	72
4.3 Concepciones de la argumentación jurídica	74
4.3.1 Concepción formal	75
4.3.2 Concepción material	76
4.3.3 Concepción pragmática	77
4.4 Desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica	78
4.4.1 La teoría de Theodor Viehweg: visión tópica del razonamiento jurídico	78
4.4.1.1 Conceptos básicos de la tópica	79
4.4.2 La Teoría de la argumentación jurídica de Chaim Perelman	82

4.4.2.1 Conceptos y elementos fundamentales de la teoría de Perelman	84
4.4.2.2 El acuerdo. Concepto de adhesión.	85
4.4.3 La concepción de Stephen E. Toulmin: la estructura de los argumentos	86
4.4.4 La concepción estándar de la argumentación jurídica. Neil Maccormick: una teoría integradora de la argumentación jurídica	86
4.4.4.1 La justicia formal como un problema	89
4.4.5 Jürgen Habermas y la teoría del discurso práctico general. Las reglas y formas del discurso	90
4.4.5.1 Niveles de racionalidad comunicativa	91
4.4.6 Robert Alexy y la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general	94
4.4.7 Atienza y la teoría sincrética de la argumentación jurídica	97
4.5 Análisis a las teorías de la argumentación jurídica	101

CAPÍTULO V

LA ARGUMENTACIÓN EN EL LITIGIO PENAL

5.1 Aspectos generales del proceso penal	110
5.2 El juicio penal	110
5.3 Principios Procesales	112
5.3.1 Principio de legalidad	112
5.3.2 Juicio previo y debido proceso	112
5.3.3 Principio de presunción de inocencia	113
5.3.4 El derecho de defensa	113
5.3.5 Principio de inmediación	113
5.3.6 Principio de oralidad	114
5.3.7 Principio de contradicción procesal	114
5.3.8 Principio de publicidad	114
5.3.9 Principio de fundamentación y congruencia de las sentencias	115
5.4 Principales audiencias que se desarrollan en el proceso penal guatemalteco	116

5.4.1 Audiencia de primera declaración	116
5.4.2 Audiencia de ampliación de primera declaración.	118
5.4.3 Audiencias para decidir medidas desjudicializadoras (criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal y conversión).	119
5.4.4 Audiencia de revisión de las medidas de coerción personal	120
5.4.5 Trámite general de los incidentes	122
5.4.6 Devolución de cosas y documentos	123
5.4.7 Obstáculos a la persecución penal y civil	124
5.4.8 Desestimación	125
5.4.9 Reforma del Auto de Procesamiento	126
5.4.10 Sobreseimiento	126
5.4.11 Clausura provisional	127
5.4.12 Audiencia de apertura a juicio	128
5.4.13 Ofrecimiento de pruebas	131
5.5 Debate oral y público	131
5.5.1 Alegatos de apertura	131
5.5.2. Incidentes	133
5.5.3 Declaraciones del acusado	135
5.5.4 Ampliación de la acusación	135
5.5.5 Recepción de pruebas	135
5.5.6 Nuevas pruebas	135
5.5.7 Discusión final y clausura	136
5.5.8 Pronunciamiento de la sentencia	139
5.6 Actividad procesal defectuosa	142
5.7 Impugnaciones	143
5.7.1 Recurso de reposición	143
5.7.2 Recurso de apelación	144
5.7.3 Recurso de queja	144
5.7.4 Recurso de apelación especial	145
5.7.5 Recurso de casación	147
CONCLUSIONES	149

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Mediante la participación en diversas competencias en eventos de oratoria, en los diferentes niveles educativos y desde la perspectiva de la lectura de varios libros de oratoria forense, retórica y argumentación, a través de los expertos en estas materias se exhorta a los juristas a reflexionar un poco en base al pasado histórico de la retórica y con mejores bases poder argumentar en cada etapa del proceso.

Bajo el resumen de que el estudio de la dimensión retórica de la argumentación, en los diálogos platónicos, conlleva la problemática de la propia posición de Platón sobre la retórica en cuanto a la etapa de crítica por la que se atravesó, empero con Aristóteles empieza la retórica a retomar la importancia que desde hace siglos la ha tenido. Los Abogados deben ir más allá de la perspectiva epistemológica y ética, es interesante el rastreo de ciertos recursos que ponen de manifiesto los dispositivos retóricos en el marco del llamado diálogo socrático.

En este trabajo, se propone indagar sobre los argumentos específicos, que pueden utilizarse en el discurso judicial, en materia penal. En esta labor se busca un sano estudio de los diferentes pensadores que han aportado sus conocimientos y su punto de vista sobre la retórica judicial, como por ejemplo en el diálogo platónico, como forma de comunicación y de actividad filosófica, tiene en el tema de la argumentación uno de sus ejes centrales.

La presente investigación como tal, busca ser un estudio de los orígenes, métodos y formas, en el cual se puede dibujar el discurso judicial desde un punto de vista retórico. Busca también que el análisis de una dimensión retórica de la argumentación, subsista aún ante la fuerza que tiene la postura costumbrista de la práctica forense sobre la imposibilidad según la cual la disciplina en cuestión pueda constituirse en los aspectos jurídicos.

Incluso es posible pensar que, a pesar de todas las actuales modernizaciones curriculares de todas las casas de estudios superiores en Guatemala relacionadas al campo del Derecho, la base de la argumentación debe nacer desde el comienzo

de los estudios de licenciatura y mejorarse aun cuando se encuentran culminados los aspectos teóricos de las materias que se estudian en las aulas universitarias.

En este sentido, en la ponencia de la presente investigación se considera sugerir la imposibilidad de pensar a la retórica, argumentación y oratoria forense como disciplinas que conllevan el propósito de la persuasión. Por ello es impensable que no se estudie dentro del pensum de estudios de licenciatura y maestría.

Por esto, el Jurista siendo un defensor de la dialéctica no puede obviar el conocimiento del argumento, la manera como se presenta un discurso, evitar las falacias cuando se esgrimen argumentos a favor de la culpabilidad o inocencia de un individuo o de la forma en la cual debe interpretarse la norma penal.

Incluso en el análisis del contenido del presente trabajo se valora la cooperación entre retórica y dialéctica, pero como se intentará mostrar alguna de sus posiciones se tornarán opuestas a la retórica y considero que con cierta coordinación entre retórica y dialéctica se puede salir adelante en los casos judiciales.

Se tratará de sostener que existe una dimensión retórica en la argumentación de los abogados penalistas, cuando expresan sus argumentos en las diferentes audiencias judiciales, no obstante, en la propia investigación ellos manifiesten que no utilizan ningún recurso propio de la disciplina filosófica que se estudia.

Para demostrar lo dicho, se partirá de la estructura de los discursos que deben realizar los litigantes cuando se encuentran concluyendo los debates penales y se analizará el tipo de argumentos que debiera ser vertido por ellos.

Como corolario, es idóneo tomar en cuenta un elemento atisbado por el argumento analizado, la parresia, como criterio diferenciador de las dimensiones: retórica y dialéctica, presentando así la relevancia de tales aspectos argumentativos para la conformación del diálogo.

El planteamiento del problema es el siguiente: “¿En qué medida la adecuada utilización de la retórica y argumentación jurídica, resulta útil para el abogado

penalista, en el momento de expresar sus respectivas ponencias, en cada una de las audiencias judiciales en materia penal?”

La hipótesis formulada para el desarrollo de la investigación es la que se describe a continuación: ***“La adecuada utilización de la retórica y argumentación resulta de gran ayuda, siendo una herramienta indispensable para el abogado penalista, toda vez que le permite ordenar y estructurar adecuadamente su discurso, partiendo del exordio hasta la conclusión, pudiendo manejar los diferentes argumentos en cada uno de sus alegatos, desde la apertura de una audiencia hasta el alegato final cuando se considera probada su tesis. En tal sentido, al ordenar lógicamente el discurso lo hace entendible, persuasivo para el juez que escucha y resuelve, y en última instancia, convincente para el auditorio que escucha.”***

Lamentablemente en la práctica, las técnicas de la retórica y argumentación, no son utilizadas adecuadamente por los litigantes. Ello se debe a la carencia de formación académica que conlleve posteriormente la convicción de preparar adecuadamente el discurso en cada audiencia que se realiza, máxime en el litigio penal guatemalteco, cuyo pilar fundamental radica en el principio del contradictorio y la oralidad.

El presente trabajo de investigación se divide en cinco capítulos, los que a continuación se describen brevemente: el capítulo I, hace referencia a los antecedentes históricos y evolución de la retórica judicial. Los subtemas incluyen la importancia de su estudio, conceptualización y definición, sus antecedentes históricos, la nueva retórica y la visión de la misma. También se incluyen dos temas importantes que se refieren a la retórica y el Derecho; concluyendo con la función de la retórica en el litigio penal guatemalteco. El capítulo II, contiene los aspectos relevantes de la oratoria forense, estudiándose la importancia de su estudio, los géneros que la componen, las características y cualidades del orador; así como, las claves estratégicas para tener éxito al hablar en público. En el mismo capítulo, se incluye el discurso propiamente dicho, la forma en que debe estructurarse previo a su disertación. El discurso jurídico, la relación entre tres conceptos que tienden a

confundirse: la oratoria, retórica y argumentación. Concluyendo dicho capítulo con la utilización práctica de la oratoria forense en el litigio penal. El capítulo III se denomina: argumentación jurídica y se incluye lo relativo al argumento adecuado, con los subtemas: la argumentación en general, el significado de la argumentación y sus definiciones, la argumentación jurídica, las diferencias y similitudes entre narración y argumentación, el Derecho como argumentación; así también, cómo argumentar adecuadamente en el litigio penal. Además, se incluyen temas como la interpretación, la fundamentación, la justificación de las decisiones judiciales, sin dejar de estudiar la argumentación probatoria. El capítulo IV, se desarrolla un estudio de las teorías de la argumentación jurídica y posterior a ello un análisis crítico de las mismas. El capítulo V describe la argumentación en el litigio penal. Incluyendo las garantías procesales que rigen el proceso penal en Guatemala y el análisis de las distintas audiencias orales que se tramitan durante el proceso penal guatemalteco, para evaluar la necesidad de saber utilizar la retórica y la argumentación en cada una de las etapas del proceso penal; obviamente se destaca la importancia de la debida fundamentación a la que está obligado el juez o jueza en cada resolución que se emite.

Hoy en día, los Abogados penalistas y los jueces del ramo penal, deben asumir con responsabilidad la imperativa necesidad de conocer la importancia de interpretar, razonar y aplicar no solo la norma jurídica, sino la búsqueda de la justicia como aspiración auténtica de un Estado de Derecho. Por tal razón, se justifica la presente investigación al comprender que la oralidad como principio fundamental, pretende que la argumentación sea expedita y certera. Este trabajo tiene la finalidad de proporcionar las bases que debe contener todo ejercicio argumentativo de naturaleza judicial en materia penal.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DE LA RETÓRICA JUDICIAL

1.1. Importancia de su estudio

Es indispensable iniciar el estudio del presente trabajo, haciendo hincapié en la importancia de comprender el concepto de retórica y adquirir las adecuadas destrezas que implican saber argumentar para lograr una magnífica redacción lógico estructural. Debe saberse exponer y esa exposición debe ir ordenada en sentido lógico, estructural y argumentativa; empero, la brillantez con la que se exponga lo convierte en un discurso que además de agradable será convincente. Precisamente de ello se encarga la retórica, de proporcionar los instrumentos lógico-lingüísticos que se convierten en necesarios para que los argumentos sean expresados con eficacia, claridad y estructura lógica.

Normalmente, es indispensable que los discursos se redacten previamente por escrito y es ahí donde los conectores lógicos del lenguaje desempeñan su rol trascendental, porque esos conectores forman parte de la retórica y ésta a su vez permite poder diseñar y disertar el discurso. Por tal razón, es necesaria una persistente formación mediante los conocimientos esenciales en los profesionales del Derecho, para que se exterioricen los argumentos utilizando los conectores lógicos del lenguaje; destacando que no es simplemente cuestión de estilo. Cuando se afirma que es necesaria la presencia de la retórica en el litigio penal, es porque la misma además de revestir un aspecto epistemológico de suma importancia: es la unión entre el conocimiento y la correcta expresión del mismo.

1.2 Conceptualización y definición

Aristóteles afirma que la retórica es “la facultad de considerar en cada caso lo que cabe para persuadir (...) sobre cualquier cosa dada, por así decirlo, porque es capaz

de considerar los medios persuasivos, y por eso decimos que no tiene su artificio acerca de ningún género específico”.¹

Esto es, la retórica se centra en el estudio de los medios hábiles para conseguir la persuasión al margen de los contenidos que trata, Robrieux recoge esta idea y afirma que: “Con Aristóteles, esta ciencia de la persuasión ya no viene a sustituir a los valores, sino que deviene un modo de argumentar, con la ayuda de nociones comunes y de elementos de prueba racionales, a fin de hacer admitir ideas a un auditorio”. Esta definición es sustancial para entender el modo en que la retórica se recupera en el siglo XX y se puede decir que mantiene íntegra su validez en la actualidad.²

Ricardo Hormazábal Sánchez nos define la retórica como: “el arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover. También como Teoría de la composición literaria y de la expresión hablada y como uso impropio o intempestivo de este arte. Otras definiciones describen la retórica como el arte de hablar y arte de decir. El primer criterio nos acerca a la filosofía y a la psicolingüística y el segundo, a la literatura. Hablar y decir se usan como sinónimos, pero hay diferencias. Hablar es hacer uso de una facultad propia del ser humano y decir es hacer uso de esa facultad en una dimensión concreta, específica.”³

La Real Academia Española, en el Diccionario de la Lengua Española, indica como retórica: “Del latín Rhetorica, y este del griego rethorike. f. Arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover. 2. Teoría de la composición literaria y de la expresión hablada. 3. Despectivo. Uso

¹ Reyes Coria, Bulmaro “La retórica en la partición oratoria de Cicerón “, México UNAM. 1987. Pág. 43

² Reyes Coria, Bulmaro “La retórica en la partición oratoria de Cicerón “México UNAM. 1987. Pág. 44

³ Hormazábal Sánchez, Ricardo. Manual de Retórica, Oratoria y Liderazgo Democrático. Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, Gobierno de Chile. Pág. 21

impropio o intempestivo de este arte. 4. Pl. coloquial. Sofisterías o razones que no son del caso. No me venga usted a mí con retóricas.⁴

1.3 Sus antecedentes históricos

La retórica es tan antigua, que ha evolucionado hasta la actualidad de manera impactante en la práctica a través del litigio procesal penal, tal y como se verá más adelante en el desarrollo del presente trabajo. No se debe dejar pasar por alto que fue a través de la civilización griega que la retórica llega al mundo romano, vinculando su subsistencia a las diferentes formas de gobierno según nos relata la historia⁵.

Aflora con la república y se cierra en sí misma cuando está cae. Cuando no hay formas democráticas de organización política, la retórica deja de defender posturas reales de oposición y crece sobre sí misma con ornamentos vacíos de sentido. La relación entre retórica y democracia, la especifica claramente Kurt Spang al afirmar: “La retórica tuvo también sus épocas de reclusión, de aislamiento forzoso, pues sólo se desenvuelve en un clima de libertad, libertad de conciencia y de expresión. Donde hay tiranía no hay retórica, al menos no existe la retórica dialógica, la que admite y exige la réplica. El despotismo admite sólo la retórica afirmativa y aduladora”.⁶

Una vez establecida la relación de la retórica con el sistema político vigente, se analizan los tres exponentes más claros de este arte en el mundo romano.

⁴ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Versión Digital: Edición del Tricentenario. Vigésima Tercera Edición. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=WISC3uX>

⁵ Reyes Coria, Bulmaro “La retórica en la participación oratoria de Cicerón” México UNAM 1987. Pág. 44

⁶ Spang, Kurt.: Fundamentos de retórica. Pamplona, Eunsa, 1984. Disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-filosofico/article/view/30794/25312>. Fecha de Consulta: 12/06/2019.

En primer lugar, hay que se debe de mencionar de la Rhetorica ad Herenium, de autor desconocido, que introduce la concepción retórica griega y la adapta a los cánones romanos con una finalidad académica.

Es, pues, el punto de partida para los posteriores desarrollos de la materia en el ámbito romano. La segunda figura destacable es Cicerón cuyo nacimiento tuvo origen en el año 106 a.C. Reconocido ilustre retórico y abogado, para ello Reyes Coria cita a Kurt Spang⁷, quien dice que Cicerón vuelve a reabrir el debate entre retórica y filosofía, realizando una gran defensa de la retórica como arte históricamente determinado, es decir variable en el tiempo y en el espacio, y complementario de la filosofía.⁸

También, dentro del mundo romano hay que hablar de Quintiliano, quien deja constancia en un programa de estudios sistematizados de los elementos que se habían ido desarrollando hasta el momento e incluye aspectos como: las partes de la retórica, las figuras, etcétera.

La argumentación retórica tiene por fin llamar la atención y conseguir la adhesión del auditorio; lo primero lo consigue la elocución y lo segundo la invención y disposición, que son las encargadas de elaborar tesis y presentarlas.⁹

La retórica como tal, la llamada retórica antigua aparece porque necesariamente se debió utilizar para resolver los conflictos que surgían dentro de los problemas comunes; se considera que es durante la cultura griega que inicia y se sistematiza porque prevalecía la expresión oral, mientras que la palabra escrita era reducida.

⁷ Spang, Kurt. Fundamentos de retórica. Pamplona, Eunsa, 1984. Disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas//index.php/anuario-filosofico/article/view/30794/25312>. Fecha de Consulta: 12/06/2019.

⁸ Reyes Coria, Bulmaro "La retórica en la participación oratoria de Cicerón" México UNAM 1987, Pág. 45.

⁹ Hernández Guerrero; José Antonio, "El arte de Hablar" Manual de Retórica Práctica y de Oratoria Forense Barcelona, Ariel 2004, Pág. 27.

También estuvo la retórica vinculada al ámbito político y por ende las decisiones de los aspectos públicos o privados las tomaban los grupos humanos y su incidencia repercutía en el resto. Ante ello, era necesario tener la capacidad de convencer para tener éxito en la formulación de propuestas.¹⁰

“Como es sabido, la formulación de los principios explicativos y la sistematización de las normas reguladoras de los lenguajes científicos, artísticos y técnicos se efectúan, de ordinario, con posterioridad al desarrollo de sus respectivas prácticas. Las teorías se elaboran, generalmente, después de que las experiencias se han extendido y se ha integrado socialmente como rasgos culturales.

La literatura griega atestigua que en el mundo helénico se había desarrollado una conciencia retórica ya en 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.”¹¹

En el libro “Introducción a la Retórica y la Argumentación” del autor Gerardo Dehesa Dávila¹², se encuentran acotaciones importantes que se analizan en los siguientes párrafos: Tiempo después se organizan las reglas prácticas con el objeto de que la palabra hablada fuera eficaz en los tribunales y decisiones políticas. Progresivamente y conforme aumentaba el conocimiento del lenguaje, así también el descubrimiento y reconocimiento del valor cognoscitivo y educativo; es como nace el primer manual acerca de la retórica, mismo que aparece en Sicilia y son Empédocles de Agrigento y Córax de Siracusa, a quienes se les considera ser los primeros autores de un texto escrito sobre la materia. Por tal razón es Sicilia considerada la cuna de la oratoria y la retórica.

¹⁰ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 51

¹¹ Hernández Guerrero; José Antonio, “El arte de Hablar” Manual de Retórica Practica y de Oratoria Forense Barcelona, Ariel 2004, Pág. 16

¹² Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág.53

Ahora bien, en el mismo texto explica que fue en Atenas donde se desarrolló el arte de la persuasión. En Atenas como un ejemplo de democracia, las decisiones políticas eran tomadas por la asamblea y la misma la integraban la totalidad de los ciudadanos libres y se podía intervenir para defender o rebatir una propuesta. Mientras que los casos judiciales eran sometidos ante un jurado popular electos por sorteo. No había jueces, ni políticos y eso permitía que fuera el pueblo el que participara y por ello las técnicas de persuasión constituyeron una urgente necesidad para perfeccionar el discurso. Por tratarse este trabajo de investigación sobre la aplicación de la retórica en el litigio penal, es destacable traer a colación el hecho de que, en esa época dentro de los procedimientos judiciales en Atenas, el acusado se defendía a sí mismo y quien lo denunciaba ejercía el rol que hoy en día realiza el Fiscal o el abogado querellante.

Al estudiar la retórica como tal en su evolución histórica, se hace necesario realzar el papel de los sofistas en la Grecia clásica, ellos preponderaron un aporte de consideración relevante para el desarrollo de la retórica, porque aportaron aspectos éticos para la utilización del discurso, sus fines y además promoviendo nuevas modalidades de educación.

1.3.1 Aristóteles

Para comprender la evolución histórica de esta disciplina, debe estudiarse brevemente a Aristóteles porque hay diferencias en el tiempo, la retórica antes y después de este destacado filósofo ateniense, tiene sus facetas interesantes.

Es innegable la importancia que Aristóteles, aportó para la evolución histórica de la retórica. Es precisamente en su obra denominada “Retórica” donde la retórica clásica se presenta como tal. Aristóteles fue opositor a los primeros teóricos de la retórica, porque colocaban en primer lugar a los elementos emocionales para lograr la persuasión.¹³

¹³ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 54

Dehesa Dávila menciona a Doring, quien explica claramente la retórica aristotélica, quien la define como: “El dominio de los medios, con ayuda puede uno ganarse a los oyentes. Hay tres de estos medios: 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.”¹⁴

Dehesa Dávila cita a Fraile Guillermo, indicando: “así pues el orador, en primer lugar, tiene que poder causar impresión por su carácter; en segundo lugar, tiene que ser competente para hacer valoraciones éticas, aspecto muy necesario en el ámbito jurídico, sobre todo en la interpretación constitucional; por último, y lo más importante, tiene que estar familiarizado con la técnica de argumentar con una lógica impecable.”¹⁵

Sumamente importante es considerar que de acuerdo a la anterior definición, se pueden deducir tres aspectos que deben caracterizar a un buen orador forense, las mismas se resumen así: debe tener la aptitud de causar impresión por su carácter; tiene que tener capacidad para hacer valoraciones éticas, lo cual es útil en el desenvolvimiento del litigio en general, pero principalmente en la interpretación constitucional; pero lo que más debe caracterizar al orador es tener el dominio para utilizar adecuadamente la técnica argumentativa con una lógica impecable que debe revestir el discurso.

Realizado un acopio del criterio de Gerardo Dehesa Dávila¹⁶, la competencia para argumentar técnicamente es hoy en día uno de los tópicos más importantes en las recientes teorías de la argumentación; por lo mismo es que a la retórica se le considera una rama lateral de la dialéctica y de la ética. La filosofía estoica dividía a la lógica en dos partes: a) la Dialéctica: que básicamente es la discusión en forma

¹⁴ *Ibíd.*, Pág. 74

¹⁵ *Ibíd.*, Pág. 74.

¹⁶ Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la Retórica y la Argumentación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 74

dialogada por medio de preguntas y respuestas y b) la Retórica: donde la exposición es fluida y debe saberse expresar mediante los raciocinios en forma de disertación.

“De esta manera fundamentó la retórica como *arttears*– (entendida ésta como *ttéchne técnh*) sobre la base de la dialéctica, lo que la relaciona con la lógica de modo esencial, sin embargo, Aristóteles comprendió muy bien desde el primer momento que la dialéctica es una parte fundamental de la retórica, pero no el todo, porque el proceso persuasivo del discurso retórico es un proceso político- social, o en su caso jurisdiccional, de un ciudadano al dirigirse a sus conciudadanos o a un tribunal, de un alma al actuar sobre otras almas mediante los caracteres, las pasiones, las emociones y las palabras elegantes bien escogidas y mejor combinadas.

Éstos son algunos de los puntos esenciales que deberán conservarse sobre la retórica aristotélica para entender la íntima relación que guarda con la lógica y la preponderancia que tiene ésta, junto con la retórica, en las teorías de la argumentación jurídica.”¹⁷

1.3.2 Marco Tulio Cicerón

Este autor es esencial para el estudio de la retórica latina, conocido como orador influyente en su calidad de Abogado romano.

Dehesa Dávila, cita a José Guillén Cabañero, quién expone que: “La valoración de los discursos de Cicerón es inseparable de su propia teoría retórica, más que aplicar unos principios teóricos previos, lo que hace el gran abogado romano es definir dichos principios a posteriori, a partir, y como justificación, de su propia experiencia oratoria, en la sistematización de esta experiencia está presente con gran frecuencia su aplicación al derecho y a las formas argumentativas del abogado, elemento indispensable para abrirse paso en el foro y en la vida política.”¹⁸

¹⁷ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 81

¹⁸ *Ibíd*, Pág. 83

La obra trascendental por la educación retórica se denomina: “De la Invención Retórica”. Para el estudio del tema sobre la retórica, es importante porque parte desde un planteamiento fundamentalmente judicial y esgrime la descripción de las partes del discurso y las fases o etapas en la formación creativa por parte del orador. Descifró las partes del discurso así: exordium, narratio, partitio, confirmatio, refutatio, peroratio. Mientras que el proceso creativo del orador en: la inventio, la dispositio, la memoria, la elocutio, la actio. Por considerarse que esos elementos son claves en el estudio de la retórica, es prudente relatar en forma breve en qué consisten dichos aspectos.

La inventio, es el momento de la unión de cada elemento que servirá para el discurso y la narración de los hechos con sus respectivos argumentos a favor y en contra. La dispositio es ordenar cada una de las partes del discurso. La memoria es clave para el dominio y desarrollo del contenido. La elocutio es el momento para mostrar el dominio del lenguaje. La actio es utilizar los recursos propios para enriquecer el discurso, como por ejemplo: la voz, gestos, movimientos.¹⁹

Cicerón aportó a la teoría retórica, aspectos de mucha valía que hoy en día se ven reflejados al reflexionar que él en base a su práctica oratoria se convirtió en brillante expositor de la palabra hablada, concibió a la retórica como “arte” que se convirtió en complemento inseparable de la filosofía, pero específicamente de la lógica y la dialéctica. En el presente se han elaborado valiosos manuales acerca de la argumentación, mismos que se basan en las bases dejadas por Cicerón. El método expositivo ha sido la base de importantes manuales sobre argumentación jurídica y están basados en el esquema del discurso ciceroniano.

¹⁹ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 83.

Un buen ejemplo de lo antes dicho constituye el libro: “Técnicas de argumentación del Abogado.” En el se ilustran las seis partes fundamentales de la retórica, las cuales son:

- I. El exordio
- II. La narración
- III. La división
- IV. La confirmación
- V. La refutación
- VI. La peroración.

El autor expresa lo siguiente: “Para los maestros de la palabra judicial que algunos desean ser, las lecciones de la retórica antigua son aún hoy de gran valía.”²⁰

Algo que no se debe dejar pasar por alto en el legado de Cicerón es el hecho de que el orador además de manejar de manera efectiva la elocuencia, debe ser un profesional comprometido con la sociedad para abanderar la ética como elemento esencial en la aplicación práctica de los discursos, al pretender convencer al interlocutor.

Dehesa Dávila, Gerardo, en su obra: Introducción a la Retórica y la Argumentación, cita una obra de Cicerón que se titula: “Acercas del Orador”²¹ y para comprender lo importante de la evolución histórica de la retórica, es menester mencionarla con el afán de indicar que se considera un valioso material didáctico que nos hace comprender de manera sencilla la retórica ciceroniana. En la obra se pretende encontrar las cualidades del orador sin errores, se refiere a la elocuencia perfecta, el discurso con el que todo buen orador debe soñar; aunque la perfección es casi

²⁰ Martineau, Francois, Técnicas de argumentación del abogado, Barcelona, Bosh, 2000, Pág. 8.

²¹ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 84

imposible alcanzarla, con los ideales de Cicerón se pretende mejorar sustancialmente la utilización de la palabra hablada y el uso cotidiano de la lengua.

1.3.3 Marco Fabio Quintiliano

Gerardo Dehesa Dávila, en el libro: *Introducción a la retórica y la argumentación*; se refiere ampliamente a la obra denominada: “*Las instituta oratoriae*” considerado el aporte literario destacado de Quintiliano, el manual más completo acerca de la retórica en la antigüedad. Es trascendental porque similar a Cicerón, le añade y propone un ideal humano en el que el ejercicio de la retórica no se reduce a la faceta más técnica, incluye el uso de la retórica en todos los ámbitos de la cultura. Es un manual que contiene doce libros. En forma resumida: el primer libro contiene una descripción acerca de la educación elemental del orador; es básica la formación integral del ser humano para considerarse un orador. El segundo libro es dedicado a las primeras etapas del aprendizaje de la retórica, define la disciplina y limita su objeto de estudio. El tercer libro inicia con la parte técnica y desarrolla la teoría retórica como tal y describe los tres tipos tradicionales de oratoria que son la epidíctica, deliberativa y judicial. La *inuentio* se encarga del estudio de las cinco partes tradicionales en las que se estructura un discurso. En su orden, el libro cuarto se dedica al *exordium* y la *narratio*; el libro quinto y el sexto a la *argumentatio*. La *argumentatio*, es la parte propiamente que ubica a la persuasión dentro del discurso. Dehesa Dávila, al referir a Quintiliano, menciona que éste divide los argumentos para convencer a un auditorio en dos grupos, buscando persuadir mediante la razón o los sentimientos. Siendo los libros quinto y sexto donde se trata técnicamente sobre la apelación a las emociones y el poder persuasivo del humor, para lo cual Cicerón fue un maestro.²²

El libro séptimo se ocupa de la *dispositio*, consistente en la forma de organizar los discursos, los recursos a utilizar, la actitud del jurado, entre otros. Los libros octavo y noveno se dedican a la *elocutio*, donde debe dársele el estilo a la expresión, las

²² Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la Retórica y la Argumentación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2007, Pág. 54.

propiedades de las palabras y la ilustración. El libro décimo, se enfoca en tomar en cuenta a la literatura griega y romana para que el orador se forme una cultura crítica de los distintos autores que puedan serle útiles. El libro undécimo se refiere al decoro y trata a continuación las dos últimas partes del hecho retórico: memoria y actio. En cuanto a la memoria se ubica en este capítulo de la Institutio uno de los precedentes más antiguos de la mnemotecnia moderna que se basa en la asociación de ideas además de comentarios acerca de cómo conservar e incrementar las facultades memorísticas propias. Sobre la actio o pronuntiatio, Quintiliano hace un estudio completo y trata en detalle tanto la voz (cantidad y calidad) los gestos (de la cara, del cuerpo, de las manos) o el vestuario. El duodécimo y último libro de la Institutio, se refiere al aspecto quizá más relevante dentro de los seres humanos y son las cualidades morales. Define al uir bonus: Dehesa Dávila refiriéndose a Quintiliano, dice que él omite referirse a la parte técnica y retoma el sueño del orador ideal: seres humanos íntegros, con firmeza y presencia de ánimo, donde la formación cultural sea la que permita que las cualidades naturales y adquiridas al servicio de la oratoria, del arte de convencer mediante la palabra sea el estandarte para influir de la mejor de las maneras en la política, en la gestión de la comunidad a la que pertenece.²³

1.4 La Nueva Retórica

“En los años cincuenta empieza a surgir una "Nueva Retórica" que pretende ser descriptiva, inductiva y científica, esta nueva retórica, que busca una validez científica y académica, abre nuevos horizontes a diversos campos filosóficos, jurídicos, lingüísticos y estéticos como, por ejemplo, a la lógica, la hermenéutica, la filosofía del derecho, la ética, la poética y, en general, a todos aquellos saberes de la razón práctica.”²⁴

²³ *Ibíd.* Pág. 86, 87, 88, 89 y 90.

²⁴ Hernández Guerrero; José Antonio, “El arte de Hablar” Manual de Retórica Practica y de Oratoria Forense Barcelona, Ariel 2004, Pág. 172

1.4.1 Theodor Viehweg

El pensamiento de este personaje aparece en el año 1950. Destaca la importancia que le asigna a la retórica, exponiendo las ideas destacables sobre la ciencia del Derecho, por ello se citan los siguientes párrafos de tan relevante aporte.

“El nuevo vuelco hacia la retórica, que en nuestro ámbito se lleva a cabo desde los años cincuenta, ha proporcionado nuevos aspectos para los análisis descritos. Ellos se refieren, entre otras, a la problemática del lenguaje, a cuestiones de lógica operativa, así como también a nuevas cuestiones de fundamentación. Pues una teoría retórica de la argumentación deberá presentar, desarrollando la retórica, una teoría del discurso fundante. Se esperará de ella explicaciones sobre el uso del lenguaje y el diálogo.”²⁵

“El curso de estas reflexiones es aproximadamente el siguiente: si fundamentar es necesariamente argumentar y contra argumentar, entonces es una actividad que sólo es posible si se satisfacen determinados deberes de comunicación. La perspectiva retórica conduce, pues, a la cuestión acerca del comportamiento recíprocamente correcto de los habitantes.”²⁶

1.4.2 Perelman

Al referirse a esta persona, Manuel Atienza indica: “Sin duda alguna, la figura de Perelman es una de las más influyentes en el desarrollo de las diversas teorías de la argumentación jurídica, al lado de Theodor Viehweg han sido dos personalidades decisivas en el impulso extraordinario que ha recibido la retórica y la argumentación en general.”²⁷

Gerardo Dehesa Dávila cita el prólogo que escribió Jesús González Bedoya, a la obra “Tratado de la argumentación”. Dicho comentario por ser una opinión ilustrativa se describe así: “Lo que Perelman ha pretendido con su tratado, inspirado en la

²⁵ Viehweg, Theodor. Tópica y filosofía del derecho. Barcelona, Gedisa. 1977, Pág. 164

²⁶ *Ibíd.* Pág. 169

²⁷ Atienza, Manuel. Cursos de Argumentación Jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013, Pág.65

retórica y dialéctica griega, es una ruptura con la concepción cartesiana de la razón y el razonamiento, hegemónica en la filosofía occidental hasta hoy. Ésta ha descuidado la facultad del ser razonable de deliberar y argumentar con razones plausibles, carentes por ello, de necesidad y evidencia para conseguir la adhesión del oyente. Descartes desechaba lo probable, plausible, verosímil, como falso porque no le sirve para su programa de demostraciones basadas en ideas claras y distintas, un saber construido a la manera geométrica con proposiciones necesarias, capaz de engendrar inexorablemente el acuerdo, la convicción del oyente.

Se debe rechazar la idea de evidencia como campo exclusivo de la razón fuera de la cual todo es irracional. Pues bien, la teoría de la argumentación es inviable si toda prueba es, como lo quería Leibniz, una reducción a la evidencia.

Esa adhesión de los espíritus es de intensidad variable, no depende de la verdad, probabilidad o evidencia de la tesis. Por eso, distinguir en los razonamientos lo relativo a la verdad y lo relativo a la adhesión es esencial para la teoría de la argumentación.

A pesar de que éste es el siglo de la publicidad y la propaganda, la filosofía se ha ocupado poco a poco de la retórica. Por eso se puede hablar de una nueva retórica, cuyo objeto es el estudio de las pruebas dialécticas que Aristóteles presenta en los Tópicos (examen) y en su Retórica (funcionamiento). Redescubrir y rehabilitar no significan, pues, asumir en bloque; en la retórica antigua hay cosas menos aprovechables: lo que tiene de arte del bien hablar, de la pura ornamentación.

Mientras la retórica sofista merecía la descalificación de Platón, en el Gorgias, por dirigirse demagógicamente a un público ignorante con argumentos que no servían, por tanto, para públicos cultivados, la nueva retórica cree, con el Fedro platónico, que existe una retórica digna de los filósofos y que, por tanto, cada retórica ha de valorarse según al auditorio al que se dirige.

Esta nueva retórica, más que los resortes de la elocuencia o la forma de comunicarse oralmente con el auditorio, estudia la estructura de la argumentación, el mecanismo del pensamiento persuasivo, analizando sobre todo textos escritos. Por tanto, el objeto de la nueva retórica al incluir todo tipo de discurso escrito e incluso la deliberación en soliloquio, es mucho más amplio que el de la antigua retórica.

La filosofía retórica admite, por contraposición a la filosofía clásica, la llamada a la razón, pero no concibe a esta como una facultad separada de las otras facultades humanas, sino como capacidad verbal, que engloba a todos los hombres razonables y competentes en las cuestiones debatidas.

Este punto de vista enriquecerá el campo de la lógica y, por supuesto, el de razonar. Al igual que el Discurso del Método, sin ser una obra de matemáticas, asegura al método geométrico su más vasto campo de aplicación, así las perspectivas que proponemos asignan a la argumentación un lugar y una importancia que no poseen en una visión más dogmática del universo.”²⁸

1.5 Hacia una visión de la retórica

“La retórica se nos presenta en la actualidad como una ciencia y una técnica de la comunicación que, con dos milenios y medio de existencia, tiene hoy una gran vitalidad. La multiseccular ciencia del discurso no sólo no ha perdido su vigencia en estos fines de siglo y de milenio, sino que la ha visto incrementarse de manera que podríamos calificar de espectacular.”²⁹

Hablar de retórica hoy es hablar de persistencia y renovación en el momento presente; es explicar un sistema que, en continua transformación, se renueva

²⁸ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 94

²⁹ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 3.

constantemente. Es hablar del recorrido histórico de la retórica y de su configuración actual, de su inserción en la sociedad y de su colaboración en la realización y en la explicación de las actividades de relación y de expresión del ser humano.

La retórica tiene especial interés en preponderar en el campo del Derecho a la ética. Por ello, la retórica debe considerarse como una disciplina con tareas y objetivos que trascienden en la actividad humana y los procesos penales donde deben prevalecer los principios fundamentales que lo rigen. Se debe olvidar la conceptualización que equivocadamente en alguna etapa de la historia se ha tenido en cuanto a que la retórica es algo simplemente decorativo, esta situación está totalmente superada al extremo que hoy en día es el eje estructural de todo discurso argumentativo, con mayor ímpetu cuando se impulsa la defensa de un principio. La retórica hay que estudiarla para comprender que es parte integral del desarrollo de la persona.

“La comunidad humana se basa por consiguiente en la concordia y ésta se desarrolla en una auténtica actividad comunicativa. La teoría de esa actividad comunicativa se halla recogida en la Retórica, que estudia el arte que los seres humanos utilizan y desarrollan para dar expresión a su pensar y a su sentir, comunicándose unos a otros. La posteridad ha hecho a Aristóteles padre de la Lógica y del saber científico organizado, olvidándose de que fue también el primer sistematizador de la teoría de la comunicación humana en su Retórica.

El significado de la retórica fue desfigurado ya por el mismo Platón, que la convirtió en el arte de embaucar acerca de aquello de lo que simplemente tenemos opinión. Otros conceptos no menos desvirtuadores de la retórica la convirtieron no en el arte de comunicarse por medio del lenguaje, sino en el arte, reservado a unos pocos, de hablar elegantemente, dando además por supuesto que la actuación retórica consiste en la intervención más o menos solemne de un orador solitario (y, por supuesto, masculino) frente a un auditorio.

Los conocimientos de griego brillan hoy día por su ausencia y a la falsa interpretación platónica de la retórica, la concepción vulgar de ésta ha añadido toda una serie de tergiversaciones acerca de cuál sea su objeto propio. Platón ponía en contradicción a la retórica con el saber científico, diciendo que la retórica carece de valor porque no trata de sostener la verdad sino la opinión, la *dóxa*. Esta interpretación equívoca ha sido repetida hasta la saciedad, como algo indiscutible, en la mayor parte de los manuales de Retórica. Pero en realidad no es la opinión o *dóxa* lo que la retórica debate, dilucida o defiende. Una lectura minuciosa de Aristóteles lo pone bien de manifiesto.

El objeto de la Retórica es, en la concepción aristotélica, la deliberación o *bouleusis* sobre "aquello que puede, podría o habría podido ser de otra manera", a diferencia del discurso científico de lo objetivo que se ocupa de "aquello que no puede ser de otra manera".

La lógica científica se basa pues en los hechos, pero la retórica es una lógica de la acción. Con el hecho cierto se cuenta, pero el hecho humano se delibera antes de obrar y, cuando se ha consumado, se evalúa.³⁰

“No se trata de que el discurso retórico no incluya también, como ingrediente o material básico, opiniones, verosimilitudes y hechos científicos comprobados. Pero no es la dilucidación de la verdad o la no verdad lo que la ocupa, sino la decisión de lo que deba llevarse a cabo. La Retórica no se ocupa pues propiamente ni de la opinión ni de la verosimilitud, ni mucho menos de la verdad. El objeto propio de la Retórica como ciencia lingüística y de la retórica como arte de hablar no es otra cosa que el discurso de lo bueno, de lo útil, de lo recto. Deliberamos para actuar en uno u otro sentido y se juzga el resultado de las actuaciones no porque sean verdaderas o falsas, probables o inverosímiles, sino porque, sean buenas o malas, útiles o inútiles, justas o injustas.

³⁰ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 9

No se debe de olvidar que la Retórica no es propiamente el canon, sino el *órganon* o instrumento de la razón práctica. La retórica no enseña lo que es bueno o malo, eso es tarea de la ética, sino el medio de encontrarlo racionalmente en cada situación concreta. Tampoco lo averigua siguiendo el modelo deductivo de la ciencia. El llamado "silogismo práctico" es algo que Aristóteles formuló en un momento de debilidad formalista, pues nadie razona de esa manera para decidir cómo ha de obrar".³¹

"Un buen empleo de la retórica ayudará bastante para plantear mejor las razones que se expongan para apoyar o defender una tesis".³²

1.6 La retórica y el Derecho

"La estrecha relación que guarda la retórica con el derecho viene desde el nacimiento de ésta, se encuentra en sus mismos orígenes. No debe perderse nunca de vista que la retórica antigua nace de las necesidades prácticas, en especial las que se refieren a la solución de conflictos relacionados íntimamente con el derecho y la política. De hecho, el tema de la influencia de la retórica y la filosofía griega en el derecho romano está presente en una amplia discusión entre los especialistas."³³

Ese vínculo estrecho que hay entre retórica y Derecho, siempre ha existido porque la norma jurídica está plasmada por escrito y en esa manifestación está presente el lenguaje. Los estudiosos del Derecho siempre han asegurado que el lenguaje jurídico por ser ambiguo, es necesario interpretarlo para poder aplicarlo en cada caso concreto. Para poder interpretar el Derecho, se necesita una íntegra formación cultural para tener la capacidad de comprender la exégesis de la norma. El Derecho y la retórica se complementan; para interpretar hay que expresar el significado mediante un discurso que pretende ser convincente y esa manifestación de interpretación puede ser por escrito u oral.

³¹ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 13

³² *Ibíd.* Pág. 41

³³ Schulz, Fritz. Principios del derecho romano. Madrid. Civitas. 2000, Pág. 152

“La retórica es la ciencia que rige el discurso, desde este punto de vista, no puede existir una disociación entre retórica e interpretación. La mencionada relación entre retórica y derecho se percibe también por la vinculación que existe entre la retórica y la dialéctica, pensar en el derecho, y más aún en las tareas jurisdiccionales sin la dialéctica, se antoja imposible”.³⁴

“La retórica: Admitida la existencia de la lógica formal en tanto ciencia y arte que estudia los actos de la razón en orden a su corrección, resultará forzoso reclamar su presencia también en el razonamiento jurídico. De ahí que importe para el jurista informarse sobre los principios de la lógica; las reglas que regulan la deducción, la inducción, la abducción, las falacias, etcétera; pero quizás lo que resulte igual o hasta para algunos como Perelman- más necesario, es conocer sobre aquella ciencia y arte de la persuasión reconocida como “retórica” (Aristóteles), lógica no-formal o material (Perelman), o paralógica (Kalinowski). La supresión de ella en nuestras Facultades de Derecho es coherente con la tesis de la sinonimia entre derecho y ley, y el dogma rousseauiano de la infalibilidad de la voluntad general del legislador; de ahí que el juez debía ser “boca de la ley” y que la enseñanza jurídica se limitaba a memorizar y repetir acríticamente la ley. Sin embargo, está claro que en el derecho vigente propio del EDC el jurista habitualmente encuentra disponible más de una respuesta jurídica, y su esfuerzo se orientará a lograr persuadir al auditorio o los destinatarios de que la escogida es la que debe prosperar o aceptarse. Ya reclamaba Aristóteles a los que pregonaban la verdad y la justicia que acudieran a la retórica, y no dejar que ella fuera usada sólo por los que hablan a favor del error y la injusticia, con la confianza agregada de que aquel empeño resultaría más fácil que éste. Las enseñanzas retóricas se apoyan en la experiencia generalizada de que no basta tener las mejores razones para confiar automáticamente que ellas prosperarán, pues de lo que se trata es de respaldarlas

³⁴ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sexta Edición, 2010, Pág. 58

con un discurso y un orador capaz de alcanzar la persuasión o convencimiento de los destinatarios o el auditorio.”³⁵

1.7 La retórica en el litigio penal guatemalteco

Es de resaltar que la implementación de la oralidad en el proceso penal guatemalteco, ha sido un avance en la administración de justicia, este principio permite que el juzgador tenga un acercamiento con los sujetos procesales, los medios de investigación y la prueba respectivamente, en consecuencia, el contradictorio se materializa y permite al juzgador analizar a detalle cada actuación judicial.

Mediante el principio de oralidad, se crea la necesidad de aplicar correctamente la retórica, se dice que la retórica consiste en la sistematización y explicitación del conjunto de instrucciones o reglas que permiten la construcción de una clase de discursos que son codificados para influir persuasivamente en el receptor.

El abogado defensor podrá tener el conocimiento apropiado, sin embargo, necesita de la retórica para poder expresarse de manera correcta, con la finalidad que el juez, como los demás sujetos procesales puedan comprender sus alegatos.

En materia de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 8, numeral 1, desarrolla un conjunto de Garantías Judiciales, estableciendo como principio la oralidad en el proceso penal, en virtud que en su contenido establece lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. ", se denota la importancia que el sindicado tiene el derecho

³⁵ Vigo, Rodolfo Luis. Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, Pág.15

de expresarse a viva voz ante un juez competente dentro de un plazo preestablecido.

Hay que dejar constancia que la retórica hoy en día tiene un valor y reconocimiento en la academia y es porque se ha demostrado que es importante su influencia de manera práctica en las teorías de la argumentación jurídica “Considerada como una disciplina científica, la retórica tiene como objeto de estudio el discurso oratorio desde el punto de vista genético (producción del texto en sus diferentes fases u operaciones: invención, disposición, elocución, memoria y acción) y de su estructura interna (organización en partes: exordio, narración, argumentación y epílogo) y externas, en relación con el emisor, el destinatario, el referente y el contexto. En este sentido no debe olvidarse que:

Hoy distinguimos retórica de oratoria. La primera es aplicable a todos los géneros literarios, porque una obra bien compuesta requiere una idea, reunión de material, distribución, adorno, bella expresión de ideas merced a selección y colocación de vocablos. Cuando el discurso ha de hablarse, siendo indispensable la voz, los gestos y los ademanes, el discurso incumbe al arte oratoria, que además de las partes de la retórica: invención, disposición, y elocución, incluye la acción.”³⁶

³⁶ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sexta Edición, 2010, Pág. 70

CAPÍTULO II

ORATORIA FORENSE

2.1 Importancia de su estudio

La aplicación de la oralidad en el proceso penal, ha generado la necesidad de la aplicación de la oratoria forense en el litigio, mediante la comunicación se exponen los alegatos, con la finalidad que los demás sujetos procesales entiendan el mensaje y que el mismo sea resuelto de manera comprensible por el juzgador.

El lenguaje verbal y no verbal son el conducto por el cual se logra la comunicación. EL orador debe tener una apariencia adecuada a la ocasión y hablar con seguridad y elocuencia para conseguir disertar un excelente discurso y ofrecer un mensaje comprensible a su auditorio. Mediante el discurso se elabora un orden para la exposición del mensaje y lograr al mismo tiempo la atención del público.

La oratoria se aplica cada vez que nos expresamos con entusiasmo; para relatar un evento o un hecho ocurrido y deseamos que nuestras ideas sean aceptadas por el auditorio que nos escucha. Así sea, una persona o un conglomerado al que nos dirijamos, cada vez que utilizamos la comunicación verbal para transmitir un sentimiento que se convierte en discurso y pretender que se vuelva trascendente al encausar nuestro pensamiento para convencer, persuadir o motivar; convierte al orador en un líder capaz de convencer con sus ideas, porque los razonamientos están fundados en circunstancias o hechos con credibilidad. El orador debe caracterizarse por ser una persona con valores éticos y convicciones morales que lo convierten en un ser que, al expresarse, transmite confianza. El mejor ejemplo histórico lo encontramos en las sagradas escrituras, Jesús el hijo de Dios fue capaz de irradiar un liderazgo basado en el ejemplo, humildad, sencillez y vocabulario comprensible para todos los cristianos que confían en la palabra de Dios; y aun así tuvo detractores que lo condenaron por estar en contra de sus postulados.

El orador cuando se dirige al público utiliza una de las formas de comunicación verbal, tiene que estar preparado acerca del tema a tratar, cada frase que utilice es una herramienta que le servirá para hacer llegar su mensaje, sus ideas, su convicción, la sinceridad de lo que predica. Tiene que tener la astucia de coordinar las eventualidades que pueden surgir durante su disertación, es ahí donde la improvisación es importante y hace que el expositor luzca su brillante cultura general y su capacidad innata de orador. El discurso no puede ser un simple listado de apreciaciones que se convierten en una narración de hechos o circunstancias, porque entonces se pierde lo atractivo del mensaje y lo trascendente para los oyentes. Quien está en el uso de la palabra tiene el poder de expresión y la oratoria es la mejor manera de hablar con elocuencia y permear en la mente de las personas el mensaje que se traduce en el objetivo principal que es el siguiente: “convencer con argumentos que reflejen verticalidad, seriedad, compromiso y liderazgo por parte de quien emite el discurso”; alguien que no tenga la habilidad de persuadir mediante la palabra, puede denominarse: comunicador o presentador, pero no considerarse un orador.

Cada vez que se escucha a un orador pronunciar un discurso, se sabe que las ideas que transmite van ilustradas con ejemplos y vivencias que fortalecen el pensamiento de quien comparte un tema ante un conglomerado social. Ahora bien, es distinto cuando el orador diserta sus ideas y las confronta con alguien más, entonces de una narración o explicación, pasa al debate y a partir de ese momento las reglas cambian, porque la interpretación va orientada a defender una tesis que al confrontarla puede ser debilitada si no está fortalecida con la preparación, pleno conocimiento y dominio del tema que se aborda; ante una situación así, ese debate puede quedar al margen de una decisión, es decir que quienes lo presencien, pueden deducir sus propias conclusiones; mientras que en otras ocasiones es necesario que se resuelva la controversia, por ejemplo en el litigio penal en las audiencias orales, mediante el principio de inmediación procesal, se suscita la discusión argumentativa gracias al principio del contradictorio y para tomar una decisión, es el juez quien interpreta, valora y resuelve.

2.2 Definición

Fredy Enrique Escobar Cárdenas, citando a D Egremy A. del libro: “Hablar para triunfar”, nos proporciona la siguiente definición de oratoria: “Es el arte de hablar con elocuencia; es decir, de expresarse eficazmente mediante la palabra hablada, ante cualquier auditorio y en cualquier circunstancia.”³⁷

El Diccionario de la Lengua Española, indica que oratoria es: “Arte de hablar con elocuencia. Género literario que se concreta en distintas formas, como el discurso, la disertación, la conferencia, el sermón, etc.”³⁸

El Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, proporciona la siguiente definición: “Don o arte de hablar con elocuencia; con la emoción, deleite, elevación o fuerza persuasiva que atraiga al auditorio o lo conduzca a la acción.”³⁹

2.3 Géneros de la oratoria.

Fredy Enrique Escobar Cárdenas en el libro Oratoria Forense, cita al autor Muñoz Meany para hacer una división antigua y moderna de la oratoria, así:

- **“División antigua de la oratoria:** (...) los antiguos los dividían en tres órdenes: demostrativo, deliberativo y judicial...
- **División moderna:** La oratoria se divide, por su forma, en dos clases: expositiva y de polémica. Atendiendo a su objeto, la oratoria se divide en: política, forense, académica y sagrada. La oratoria forense comprende todos los discursos pronunciados ante los tribunales, en defensa de la justicia y del derecho en causas civiles o criminales”⁴⁰

³⁷ Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. Oratoria Forense (Litigación Penal). Guatemala. Magna Terra Editores, 2015, Pág. 21.

³⁸ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Versión Digital: Edición del Tricentenario, Vigésima Tercera Edición, 2018.

³⁹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L. Catorceava Edición, 1979, Tomo IV, Pág. 689.

⁴⁰ Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. Oratoria Forense (Litigación Penal). Guatemala. Magna Terra Editores, 2015, Pág. 23 y 24.

2.4 El orador

Es la persona que pronuncia un discurso o imparte conferencia en frente de determinado público, debe tener preparación y conocimiento del tema que aborda porque ello le otorga la potestad de dirigirse ante su público y además ser respetado por la excelencia en su exposición. Debe actuar con elocuencia, para garantizar que la pieza oratoria sea relevante y atractiva. Además, del discurso adecuadamente disertado, debe tener la autoridad moral para predicar con el ejemplo. Significando que la integridad debe ser la investidura ética del orador, una persona que pretende convencer debe estar revestida de los principios que caracterizan el buen actuar ante la sociedad y ello repercute en la credibilidad de sus aseveraciones. No basta hablar de la mejor manera, es necesario tener la formación académica en relación al tema que se aborda y su actuar social debe ser transparente. Solo así se incrementa la probabilidad de motivar, convencer, y persuadir a sus oyentes.

“Impostación vocal y respiración diafragmática. Para el intento de convertirse en orador, el abogado deberá realizar ejercicios de impostación vocal y respiración diafragmática, puesto que es la única forma de lograr buena voz y evitar el cansancio.

La impostación vocal, es un ejercicio que debe repetirse hasta dominar las cuerdas vocales, lograr subir el tono de la voz (hablar más fuerte), un mejor ritmo y claridad en las palabras, así como, hacer más agradable la pronunciación de las frases u oraciones. De esta forma, los discursos son menos tediosos y más comprensivos.

La respiración diafragmática, consiste en saber manejar el diafragma, que es un músculo alargado y plano que separa el tórax del abdomen y que actúa decididamente sobre la respiración. Consiste en un ejercicio que tiene que ver con

el diafragma y el tórax que, con la práctica, el orador logra menos cansancio en sus repetidos discursos.⁴¹

En suma, con ambos ejercicios, el abogado logra una mejor defensa, agradable, en su trabajo profesional en donde el lenguaje común, empírico, se transforma en otro jurídico debidamente interpretado, y que debe realizar todos los días. Todos los que lo escuchan (Juez, clientes, la contraparte, etc.) le prestarán mayor atención que a aquel que no pronuncia bien las palabras o habla despacio. La impostación consiste en aprovechar la respiración para producir sonidos. Las vocales es el resultado de una determinada colocación de los labios.”⁴²

“El orador ha de conocer para captar la atención de su auditorio múltiple y variado los esquemas de manipulación textual derivadas de un buen empleo de la dispositio, así como las estrategias derivadas del ordo artificialis, dotadas de gran carga expresiva y de una finalidad persuasiva clara. En relación con ello es importante la conciencia de la oralidad que el orador tiene.”⁴³

2.5 La formación cultural del orador

Rolando Alfaro en el libro Oratoria Forense tomo I, hace una reflexión acerca de una interrogante que irradia la formación del orador: “¿Qué es un orador? El orador es la persona que habla en público para persuadir a los oyentes o mover su ánimo. Dícese, en sentido absoluto, del que por su naturaleza y estudio posee las cualidades que lo hacen apto para lograr los fines de la oratoria: motivar, persuadir, convencer o enaltecer. Puede decirse que, orador es el que puede abrir alguna de las cuatro puertas que hay en el hombre: la del corazón, para motivarlo; la de la

⁴¹ Olmedo Romero Alfredo, Barrenechea Santillán Aníba, Mirasa Torpoco David. Oratoria Forense y Redacción Jurídica. Disponible en: <https://es.slideshare.net/Josejimenez89/oratoria-forense-y-redaccion-juridica-egacal>. Fecha de consulta: 12/06/2019.

⁴² Olmedo Romero Alfredo, Barrenechea Santillán Aníbal y Misarí Torpoco David, Oratoria Forense y Redacción Jurídica, Editorial San Marcos, versión digital, Pág. 16.

⁴³ Ibíd. Pág. 48.

voluntad, para persuadirlo; la de la inteligencia, para convencerlo; y la de la imaginación, para enaltecerlo”⁴⁴

Hay un autor que se refiere a las cualidades del orador, se trata de Oscar Fernández León, en el libro: “Con la Venia, Manual de oratoria para Abogados.” Por considerar muy atinada la explicación que al respecto se hace en su libro, se estima que es importante realizar un breve análisis de lo expuesto por él.

“En el caso de los seres humanos, el concepto de calidad está ligado al de excelencia y las características a las que se alude son, generalmente positivas. Por ello, hablaremos de las cualidades del orador, partiendo de la base que nos estamos refiriendo a características que evidencian el grado de excelencia en un aspecto concreto del orador, bien sea en el ámbito físico, intelectual o moral. Hecha esta precisión, debemos significar que las cualidades que a continuación se recogen constituyen un elenco de virtudes que considero debe alcanzar el orador excelente, por lo que huelga decir que será difícil encontrar a un profesional que conjugue todas y cada una de las mismas. Todo lo más, es posible que conozcamos a un compañero que se acerque a este modelo idealizado, pero la realidad será que nos encontremos con abogados que destaquen en algunas cualidades más que en otros, pero nunca en todas a la vez. Si es así, insisto, será la excepción.”⁴⁵

Siempre se ha discutido si el orador nace o se hace, a lo largo de la historia se han conocido destacados oradores en los diversos campos de la disertación: religioso, político, filosófico, académico, jurídico, entre otros. La formación cultural del ser humano implica la capacidad que debe tener para comunicarse eficazmente y poder hacerlo con eficiencia; tiene que tener la aptitud de expresarse de manera adecuada en el rol que le toca desempeñar. En el caso que nos ocupa, el ámbito jurídico es el área donde la oratoria forense se hace indispensable para todo Profesional del

⁴⁴ Alfaro A. Rolando. Oratoria Forense. Guatemala: Editorial Óscar de León Palacios, 1998, Tomo I, Pág. 31.

⁴⁵ Alfaro A. Rolando. Oratoria Forense. Guatemala: Editorial Óscar de León Palacios, 1998, Tomo I, Pág. 22.

Derecho que, al ejercer la profesión, independientemente si es en el litigio de manera independiente o como servidor del Estado en las distintas instancias del sector justicia, es fundamental que reciba una adecuada formación académica desde los inicios de la carrera universitaria. Sin embargo, el pensum de estudios de la carrera para Abogado y Notario de la educación superior en Guatemala, apenas incluye un curso relacionado con la oratoria forense.

Todos los campos de ejercicio profesional requieren la capacidad y cualidades para ser un buen orador, empero al Abogado Penalista tiene obligatoriamente que aspirar a especializarse en el arte del buen hablar, en adquirir las competencias para expresarse mediante la técnica argumentativa que le permita ser exitoso en su campo de acción ya sea como Abogado Litigante, Defensor Público, Fiscal del Ministerio Público o en la difícil tarea como Jueces y Magistrados.

El autor Oscar Fernández León, en la obra: “Con la Venia, Manual de oratoria para Abogados.” describe una lista de cualidades de un buen orador, siendo éstas: físicas, intelectuales y morales.

“Cualidades físicas: a) buena salud física y psíquica; b) presencia; c) comunicación. Cualidades intelectuales: a) capacidad de estudio; b) disciplina; c) organización; d) proactividad; e) previsión; f) imaginación; g) memoria; h) serenidad; i) atención; j) argumentación; k) naturalidad. Cualidades morales: a) honradez; b) sinceridad; c) empatía.”⁴⁶

Antonio Miguel Saad relata: “Si pretendemos ser aceptados por nuestro público, si queremos su atención, interés y entrega hacia nosotros, además de la profundidad del contenido y de la importancia del tema que desarrollaremos, debemos ubicarnos en la tribuna con auténtica seguridad en nosotros mismos, presentando un equilibrio mental y corpóreo que surja de nuestra personalidad contagiante, como resultado

⁴⁶ Fernández León, Óscar. Con la Venia, Manual de oratoria para Abogados. España: Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, Primera Edición, 2013, Pág. 62.

del conocimiento de lo que decimos, del agrado que sentimos y de la convicción de nuestra verdad”⁴⁷

2.6 Objetivo de la oratoria forense

“El objetivo de la oratoria forense es la aplicación de las disposiciones abstractas y generales de la ley, a un caso concreto y determinado. La interpretación del contenido y tendencias de las leyes, es decir, de su espíritu, constituye la materia sobre la que versan los discursos del foro.

“En síntesis, el orador tiene la misión de hacer un análisis del caso que se le ha confiado, y luego surgir la forma en que la ley debe aplicarse, actuando sobre los jueces de manera convincente, por medio de la fuerza lógica de las pruebas. La elocuencia del abogado debe ser más serena y templada que la de cualquier otro orador, pues sus palabras han de influir más sobre la razón y la inteligencia de los jueces, que sobre su imaginación y sensibilidad.”⁴⁸

2.7 El éxito de hablar en público

“La palabra es vanguardia de toda acción. Las grandes acciones, las que transforman de raíz, espíritus, hombres y estructuras, son sumas de muchas voluntades hilvanadas por la palabra. La oratoria es el arte de transmitir ideas por medio de la palabra. Ideas de denuncia, ideas de transformación, ideas de convicción, ideas de compromiso, ideas de esperanza. Ideas que son espejo del alma del orador.

Por lo general juzgamos a las personas por su apariencia personal y por la forma en que se expresan. Impactan la recia presencia y la transparente elocuencia. El río impresiona por la fuerza con que rompe las peñas y por el canto de cascabeles con el que baja la montaña. Se debe pensar en la satisfacción, en el placer y en

⁴⁷ Saad, Antonio Miguel. La Palabra y la Magia Personal. México, D.F: Grupo Editorial Iberoamérica, 1991, Pág. 34.

⁴⁸ Alfaro A. Rolando. Oratoria Forense. Guatemala: Editorial Óscar de León Palacios, 1998, Tomo I, Pág. 12.

los beneficios que nos brindará el ejercicio de esta nueva capacidad. Hay en encanto mágico en este arte; plantarse frente a un auditorio y que ese auditorio ponga atención a lo que decimos. La confianza que nos dará en nosotros mismos, poder hablar y convencer a la gente.

Transmitir ideas por medio de la palabra no es ejercicio vano ni vacío pasatiempo; es un quehacer trascendente, un excelente medio de contribuir al desarrollo progresivo de la sociedad, al fortalecimiento de la comunidad y a la realización plena del hombre.

Hablar en público ciertamente es un privilegio, pero también es un compromiso. La capacidad del orador de levantar y encauzar voluntades, lo convierte en líder, en guía. Esta es la proyección de la oratoria; esta es la responsabilidad social del orador. Vivimos en una sociedad en la que faltan líderes. Todos podemos desarrollar nuestras dotes, nuestras cualidades innatas, latentes, si tenemos verdadero deseo de hacerlo.”⁴⁹

2.8 Elementos indispensables para hablar con éxito

“Si la oratoria busca sacudir conciencias y encauzarlas a la acción, hay que sumar a la palabra el entusiasmo contagioso de la expresión corporal del orador.

2.8.1 El ademán

Es el movimiento que el orador hace con las manos y los brazos; ha de ser moderado. Sirve para subrayar la expresión oral; en este sentido puede ir de la suave brisa a la tormenta. Lo que ha de evitarse en todo caso son las exageraciones que conducen al ridículo.

2.8.2 El gesto

La expresión del rostro, debe coincidir con las palabras, de lo contrario la cara del orador se convertirá en una máscara, que oculta al público su verdadero rostro. La

⁴⁹ Dávalos, José. Oratoria. México: Editorial Porrúa, 2010, Pág. 3.

fuerza plástica de la cara está en la mirada; los ojos del orador han de ser ventanas por las que el público pueda atisbar hacia su alma. El orador ve a los ojos del auditorio como el público ve a los ojos del orador.

2.8.3 El porte

Aspecto externo de una persona, es la buena disposición, la presencia agradable, el trato amistoso, una sonrisa franca, es el lucimiento del orador. Es un elemento que ayuda a despertar la simpatía y a cautivar la atención del público. La vestimenta ha de ser sencilla y acorde a la ocasión. Aprendamos de la naturaleza que tiene siempre su indumentaria apropiada. Aquí la nota relevante es la sencillez.

2.8.4 La voz

Es la herramienta del orador, el discurso más erudito dicho en tono monótono, produce aburrimiento. La voz ha de tener ritmo. El discurso es como el arroyo, tiene rápidos y también remansos. Utilizar el tono de una conversación ordinaria, pero con un volumen tal que nos escuche todo el público...⁵⁰

Dirigirse a un público, es interactuar con un grupo de personas mediante la disertación de un discurso y para ello es clave el dominio de la expresión oral de forma sencilla y natural. El discurso es considerado el mecanismo ideal para la expresión oral, porque todo orador pretende persuadir a las personas que le escuchan. Quien diserta tiene que tener la formación cultural necesaria para dominar el tema que abordará, debe estar en constante formación académica acorde a su especialidad, además tiene que estar revestido de cualidades innatas para tener éxito en su exposición.

Cuando el orador asume el compromiso de exponer su discurso ante un público, tiene la convicción de prepararse para el dominio del tema y emplear la memoria para memorizar ciertos conceptos fundamentales e ideas adecuadas; sin embargo,

⁵⁰ Dávalos, José. Oratoria. México: Editorial Porrúa, 2010, Pág. 19.

tiene que tener habilidad para poder improvisar cuando sea necesario, ya que la improvisación es una cualidad que caracteriza al orador competente.

“El secreto del discurso improvisado es... ¡No hay discurso improvisado!”⁵¹

El orador tiene que tener la capacidad de percibir los intereses y sentimientos de los demás, debe saber orientar el discurso de manera hábil para captar la atención; los gestos, el buen humor, la presentación y la calidez humana; la creatividad, el entusiasmo; son aspectos que inspiran a desarrollar un discurso convincente, en pocas palabras debe tener las habilidades que caracterizan al buen orador.

“La habilidad es la capacidad que usted debe tener para decir aquello que los demás desean oír para tenerlos de su parte. La habilidad es más importante que los argumentos a la hora de saber atraer de manera honesta y limpia al público.”⁵²

2.9 La elaboración del discurso

“Construir un discurso excelente y eficaz, que persuada al juez, no es fácil, pues hay muchas posibilidades de equivocarse, por eso la tarea va más allá del hecho de pararse a hablar. Para convencer a los jueces es necesario agotar un conjunto sistemático de pasos, que ya desde la antigüedad en las obras de Aristóteles y Cicerón, comenzaron a ser practicados y explicados. Estos pasos que tienen hoy pleno vigor nos servirán de guía para ser aplicados en las diferentes intervenciones orales de un sistema penal acusatorio, como la formulación de la imputación, la solicitud de imposición de medidas de aseguramiento, la sustentación de los recursos, la construcción de los alegatos de apertura y finales, etc. En consecuencia, este capítulo persigue los siguientes objetivos:

⁵¹ Pantoja, Rafael. Los 18 secretos de Rafael Pantoja de cómo hablar en público. Guatemala: Artemis Edinter, 2004, Pág. 101.

⁵² Vásquez López, Luis (Compilador). Técnicas de Litigación Penal. San Salvador: Editorial Lis, Pág. 17.

Aprender a intervenir en un juicio público oral con capacidades comunicativas, narrativas, demostrativas, argumentativas y refutativas, que le permitan elaborar sus intervenciones orales de una manera persuasiva, organizada y eficaz.

Plantear adecuadamente los problemas jurídicos, los contenidos de la teoría del caso o de las tesis que se van a confrontar dialécticamente en el debate.

Identificar los pasos que recorre el orador desde el paso más importante que es la creación del contenido del discurso, hasta la fase final de pronunciación del mismo.

En primer lugar, se debe recordar que el fin de las alegaciones orales es persuadir al juez para eso hay que saber narrar, probar, argumentar, agrandar y ser claros. Para lograr esa claridad es necesario examinar los pasos que se siguen al crear el discurso oral, lo que nos llevará a la identificación de la estructura de los alegatos. Los pasos o las etapas que hay que agotar son las siguientes:

- La invención (inventio): “QUÉ DECIR”. Tiene que ver con la acción y el efecto de crear el discurso, de hallar argumentos y de producir un contenido que sea pertinente y convincente.
- La disposición (dispositio): “DÓNDE DECIR”. Tiene que ver con la organización, con la construcción de la estructura del discurso, con la ubicación de cada uno de los temas.
- La expresión (elocutio): “CÓMO DECIR”. Tiene que ver con el estilo y la búsqueda del lenguaje apropiado.
- La memoria (memoria): Tiene que ver con la capacidad para recordar lo que se va a decir.

- La práctica (praxis): Tiene que ver con el hecho de realizar ejercicios acerca del discurso que se ha creado para llegar a pronunciarlo mejor.

El diseño de apoyos audiovisuales. Tiene que ver con el uso de medios que permitan transmitir, comprender y recordar la información.

La pronunciación (pronuntiatio). Tiene que ver con la acción concreta de hablar, de usar la voz, el ritmo, la expresión corporal, etc.”⁵³

“Cada pretensión define los contenidos del discurso, por esto, para que este sea eficaz es clave que en el proceso de creación tenga claro cuál es la teoría del caso o la hipótesis central que va a defender, cuáles son los problemas jurídicos que el asunto plantea, pues esto va a permitir buscar las pruebas y las razones que soportan la teoría, organizar el discurso y luego pronunciarlo con fundamentos sólidos.”⁵⁴

2.10 Estructura del Discurso

En el litigio penal es importante que cuando se vaya a intervenir en una audiencia, se debe diseñar el discurso para tener un orden correlativo de las ideas que se tienen que transmitir mediante los alegatos enfocados en base a la teoría del caso que se tiene que sustentar y en armonía con las pruebas incorporadas, se obtenga mediante la elocuencia del orador, el convencimiento mediante la persuasión.

Hay que recordar que las ideas inician con un pensamiento y éstas se convierten en lenguaje al transmitir las a los demás. Poseer el estudio profundo de lo que se va a expresar, es fundamental para estructurar adecuadamente los alegatos, por ello se debe planificar el discurso forense con mucha dedicación, orden, disciplina, esmero, entusiasmo y sobre todo la capacidad elocuente para persuadir. Por lo tanto, ese orden estructural del discurso consiste en todos los elementos que lo

⁵³ Cano Jaramillo, Carlos Arturo. Oralidad, Debate y Argumentación. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, Pág. 155.

⁵⁴ Ibíd. Pág. 159.

conforman mediante una organización que hacen al orador forense un auténtico Abogado que argumenta en base a los hechos y pruebas aportadas, que convierten el discurso en la herramienta idónea para defender la teoría del caso. Muchos han escrito acerca de la estructura de un discurso, tratando de hacer una síntesis de los distintos autores, estos elementos son: a) Exordio o introducción b) Narración o relato de los hechos c) Prueba de los hechos d) Argumentación e) Conclusiones.

“Un discurso bien elaborado no puede ser fruto de la improvisación, por eso hay que elaborar un esquema previo que precise el contenido para evitar que el discurso resulte desordenado e incoherente. El esquema en el cual se seleccionan los temas que se van a desarrollar cumple varias funciones: darle unidad al texto, organizar las ideas, sintetizar, clasificar y facilitar las referencias internas y la ubicación de contenidos.

Es aconsejable ponerle título o nombre a los temas que conforman el contenido, por cuanto condensa lo que se va a decir y evita los discursos extensos al precisar en dónde se desarrolla cada uno. El título está constituido por palabras, frases u oraciones temáticas que sintetizan la información. Es ideal que los títulos permitan tanto al orador como al auditorio enterarse de los contenidos del texto, bien sea este oral o escrito.

Es igualmente aconsejable redactar los puntos principales por medio de oraciones, porque estas expresan una idea completa que se debe relacionar con la teoría del caso y cada uno de los temas propuestos.

La coherencia del discurso es la conexión, relación o unión de unas cosas con otras, que permite seguir el flujo del discurso. Para darle unidad al discurso escrito u oral, cada uno de los temas debe estar coherentemente enlazado con los demás mediante el uso de la palabra, frases u oraciones de transición.

Cuando se habla es bueno realizar transiciones que resuman las ideas expuestas y muestren el traslado a la siguiente idea principal, para que se perciba por el auditorio que el alegato tiene un hilo conductor.”⁵⁵

2.11 Partes indispensables del discurso

“**Introducción**, corta e interesante, sin muchas consideraciones entrar al tema, uno de los signos de nuestra época es que la gente tiene prisa, conviene observar la propaganda moderna, los spots, en la prensa escrita, en la radio, en la televisión.

Desarrollo, claro y preciso, que lo que decimos quede tan claro como la luz del día. Nosotros hemos estudiado y repasado el tema, lo hemos visto desde diferentes ángulos; el auditorio talvez sea la primera que lo ha escuchado desde nuestra perspectiva.

Comprobación y refutación, son el momento de los argumentos, de las convicciones y de las verdades hechas palabra. Puede haber exposiciones en las que no haya necesidad de probar o refutar algo, en este caso, con mayor razón, que el discurso esté construido con frases contundentes.

Conclusión, es el momento en el que el orador, con cualidades de filósofo, de poeta y de actor, gana las voluntades del auditorio. El orador persuade a su auditorio para que se decida a decir, hacer o no hacer algo. El final puede ser vibrante y por eso, en ese supuesto, recibe el nombre de peroración.”⁵⁶

2.12 El discurso jurídico

El discurso está conformado de los elementos de fondo y forma. El fondo consiste en el mensaje que se quiere transmitir, el alegato de defensa que se desea manifestar. El elemento de forma consiste en el planteamiento del discurso, el cual se divide de la siguiente manera:

⁵⁵ Cano Jaramillo, Carlos Arturo. Oralidad, Debate y Argumentación. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, Pág. 176 y 178.

⁵⁶ Dávalos, José. Oratoria. México: Editorial Porrúa, 2010, Pág. 9 y 10.

Presentación de antecedentes: Consiste en realizar un resumen ordenado cronológicamente, de las actuaciones que obran en el expediente, los cuales tienen relación con el elemento de fondo.

Proposición o exposición de hechos: Consiste en describir el asunto principal con todos sus elementos, creando una inducción a la solicitud que se desea plantear y la resolución que se desea obtener.

2.13 Oratoria, retórica y elocuencia.

“Hay tres conceptos que suelen utilizarse de forma sinónima o equivalente y que, en pureza científica debemos distinguir.

La oratoria es el arte de la persuasión, es decir, el adiestramiento del atleta de la palabra que persigue, mediante el recurso de ciertas reglas y consejos, su intención de convencer al auditorio acerca de una tesis o proposición final.

La retórica, por su parte es el estudio científico de esas reglas. También se ha denominado tradicionalmente así a la enseñanza de esta materia. Por ejemplo, la retórica se integraba desde la época medieval en el Trivium, dentro del conjunto de las Artes Liberales.

Finalmente, la elocuencia es el fruto de lo anterior. Se trata de la virtud que caracteriza al orador, a su facilidad para conseguir cada vez, con menor esfuerzo, llegar a ser eficaz. Como toda virtud, se adquiere mediante el ejercicio y la experiencia. Nadie mejor que Demóstenes para acreditar con su vida el significado de esta virtud, fruto del esfuerzo.”⁵⁷

Según el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas: “Oratoria Forense es la exigida o practicada ante los tribunales de justicia, en las vistas o audiencias

⁵⁷ Altés Tárrega, Juan Antonio. Técnicas Jurídicas y Habilidades Jurídicas Básicas. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013, Pág. 202.

en que, lista para sentencia la causa, las partes, o con mayor frecuencia sus letrados, resumen ante el juez o los magistrados los hechos, las pruebas y los fundamentos de derecho que apoyan su tesis y su petición de condena o absolutoria.... Esencia. Las cualidades básicas de la oratoria forense se encuentran en la dialéctica, ya que su objetivo consiste en vencer, tras lograr convencer al juzgador. Sus fundamentos se descubren en el razonamiento lógico ante todo, para establecer la procedencia favorable de preceptos legales para la causa propia; y, más que con recursos diáfanos, con aquellos alegatos que, mediante una argumentación, a la vez exquisita y estética, conmueven al espíritu y mueven a la razón a aceptarla.”⁵⁸

2.14 Retórica y oratoria, distinción de dos conceptos

Es menester distinguir entre retórica y oratoria, ya que se ha considerado dichos conceptos como sinónimos. La retórica es la ciencia que se ha preocupado en su evolución por la elaboración de discursos con el objeto de convencer al auditorio, construye el discurso de manera técnica y al hacerlo se tiene que argumentar para lograr persuadir, en cambio la oratoria, es el arte de hablar con elocuencia y elegancia y se considera solamente una parte de la retórica. Hoy en día se tiene que superar aquella tesis que muchos han sostenido acerca de la retórica, estimándola como un mecanismo de investir de belleza al discurso, circunstancia que ya está superada porque está demostrado que la retórica es trascendental para la efectiva argumentación jurídica.

“La elocutio, es la parte de la retórica a la que le corresponde la expresión lingüística de los pensamientos. Es el acto de conferir una forma lingüística a las ideas. Es aquí donde se añadían todos los embellecimientos de lo que se quería comunicar.

En cuanto a la oratoria, debe recordarse que éste término se deriva del latín oratoria-ae, es una palabra culta que quedó como un calco, su antecedente, dentro

⁵⁸ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L. Catorceava Edición, 1979, Tomo IV, Pág. 688.

de la misma lengua latina se encuentra en el verbo orare (derivado de os-oris, boca) que significa hablar, decir, hablar como un orador, rogar, suplicar. La oratio latina, es la facultad de hablar, lenguaje, palabra, modo de hablar.”⁵⁹

“En la actualidad, la elocutio es lo que se denomina estilo”⁶⁰

Para su traducción es el Diccionario de la Lengua Española la que define la elocución de esta manera: “Adecuada expresión de las ideas por medio de la palabra. Elección precisa y la distribución conveniente de los vocablos en las frases, y de los pensamientos en la exposición verbal o escrita.

En la oratoria parlamentaria, en los alegatos forenses, en la redacción de documentos públicos o privados, la elocución dispone de campo para experimentar la eficacia de la claridad, exactitud, propiedad e incluso de la elegancia del lenguaje.”⁶¹

2.15 La oratoria forense y su aplicación en el litigio penal

La oratoria forense es indispensable en el litigio penal porque todo Abogado que se prepara para pronunciar un discurso eficaz, para cada audiencia debe estar preparado académicamente y tener la aptitud de transmitir la argumentación de manera que además de conocer el ordenamiento jurídico y el caso en particular; tiene que tener la habilidad de razonar, utilizar la lógica, conocer el caso concreto, pero lo más importante es estar revestido de credibilidad, ética, honradez e integridad.

Rolando Alfaro en su libro: Oratoria Forense Tomo I, cita a Muñoz Meani: “El objetivo de la oratoria forense es la aplicación de las disposiciones abstractas y

⁵⁹ Segura Munguía, Santiago. Diccionario etimológico latino-español, Madrid: Editorial Anaya, 1985, Pág. 493.

⁶⁰ Wikipedia La Enciclopedia Libre. Definición de Retórica. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Ret%C3%B3rica#Elocutio>. Fecha de consulta: 12/06/2019.

⁶¹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L. Catorceava Edición, 1979, Tomo III, Pág. 54.

generales de la ley, a un caso concreto y determinado. La interpretación del contenido y tendencias de las leyes, es decir, de su espíritu, constituye la materia sobre la que versan los discursos del foro.

En síntesis, el orador tiene por misión hacer un análisis del caso que se le ha confiado, y luego sugerir la forma en que la ley debe aplicarse, actuando sobre los jueces de manera convincente, por medio de la fuerza lógica de las pruebas. La elocuencia del abogado debe ser más serena y templada que la de cualquier otro orador, pues sus palabras han de influir más sobre la razón y la inteligencia de los jueces, que sobre su argumentación y sensibilidad.”⁶²

Ángel Ossorio en el libro: El alma de la toga, ilustra de una manera coloquial lo importante que es la oralidad en los procesos. “Los pesimistas creen que en una vista, los magistrados, todos los magistrados, afrontando su recíproca crítica y el estigma de los letrados y la censura del público, se han de dormir mientras hablamos, o, aunque no se duerman, no nos han de escuchar, y si nos escuchan, no nos han de entender, y si nos entienden, no nos han de hacer caso; y esos mismos desconfiados piensan que los tales jueces, sin la presión del acto público, a solas en sus casas, velarán por el gusto de saborear nuestros escritos y los desmenuzarán letra por letra y creerán cuanto en ellos decimos. Hay que ser congruentes: si un juez nos ofende no escuchándonos cuando nos vemos cara a cara, mucho menos nos honrará leyendo nuestras elucubraciones cuando estemos cada cual encerrado en nuestra casa. La compulsión entre la virtualidad de la primera instancia y la de la segunda, o el juicio criminal, me evitan nuevos conatos de demostración.”⁶³

En cuanto a la oratoria forense, es el arte que consiste en aplicar los discursos antes los tribunales de justicia.

⁶² Alfaro A. Rolando. Oratoria Forense. Guatemala: Editorial Óscar de León Palacios, 1998, Tomo I, Pág. 12.

⁶³ Ossorio, Ángel. El alma de la toga. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1975, Pág. 140.

2.16 Oratoria forense, retórica y argumentación en el litigio penal

Se ha hablado sobre la importancia de la retórica y la argumentación, pero es una realidad que este tema se ha convertido de interés para los juzgadores en su función de administrar justicia y dictar sentencias, pero poco se ha tratado sobre la aplicación de la retórica y la argumentación por parte del abogado defensor, fiscal o querellante adhesivo. Todos ellos en el proceso penal tienen el deber de exponer sus alegatos, aplicando los recursos indispensables. Argumentar es exponer las razones o motivos de una tesis o criterio en determinado asunto con el objeto de lograr una aceptación por parte de quien escucha y mediante la retórica se logra estructurar la exposición de dichos argumentos. El abogado entonces debe prepararse con el propósito de poder transmitir efectivamente sus conocimientos y postura, basándose tanto fáctica como jurídicamente. De la capacidad de convencimiento se encarga la oratoria forense mediante el discurso elocuente y persuasivo.

CAPÍTULO III

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

3.1 La argumentación en general

En las exposiciones escritas o verbales de cualquier tipo, se hace necesario explicar, razonar, motivar, demostrar y convencer para que una tesis, una idea, un pensamiento, una propuesta, un postulado, etc. pueda ser admitido o aceptado.

Se requiere que un planteamiento sea avalado por el interlocutor; la persona que expone una propuesta debe estar plenamente convencida de que en la ponencia planteada le asiste la razón al postulante. Es precisamente en el ejercicio profesional del Abogado, mediante el litigio en los tribunales de justicia, cuando al argumentar se está obligado a proporcionar las razones y fundamentos para probar lo que se explica mediante el discurso razonado.

Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra argumentación se deriva del latín *argumentatio* y significa “acción de argumentar o argumento para convencer.”⁶⁴

“Más allá de ello, etimológicamente, la palabra “argumentación” proviene del latín. El *vero arguo*, *is, ui, utum, ere* significa indicar o demostrar; o bien convencer. “Argumentar” es un derivado de *arguo*, que dio lugar, posteriormente, a “argumento” y a otras voces similares (p.ej., convencer, refutar)”⁶⁵.

3.2 ¿Qué es un argumento?

“Los argumentos son los razonamientos de los que se vale la argumentación para probar sus asertos. Son en realidad el contenido material de la argumentación y por

⁶⁴ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Versión Digital: Edición del Tricentenario, Vigésima Tercera Edición, 2018. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=3Y4FWGJ>. Fecha de consulta 12/06/2019.

⁶⁵ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014, Pág. 332

lo mismo el punto de conexión entre la lógica, la retórica, la tópica, la hermenéutica, la analítica y la dialéctica. El argumento se configura como la razón que permite que la probabilidad se convierta en creencia respecto de algo que está en duda, mediante la prueba de la verosimilitud de una determinada proposición.

El término argumento procede del latín *argumentum*. Se utiliza generalmente, para referirse al razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o niega. En otros casos se utiliza la definición de argumento para referirse a una disputa. Desde ese punto de vista sería correcto decir que dos personas “tienen un argumento” cuando se enzarzan en una discusión verbal. Esta acepción, que es bastante común en el uso coloquial, no representa en realidad lo que es un argumento. Porque argumento no es la simple afirmación de opiniones, ni siquiera de una disputa, como hemos visto, sino el intento de apoyar ciertas opiniones con razones. Esto es así porque la función del argumento, sobre todo del jurídico como veremos más adelante, es la de persuadir con razones a otra persona para que haga o deje de hacer algo.”⁶⁶

3.3 Significado de la argumentación

Argumentar consiste en exponer un razonamiento con el objeto de justificar una posición en determinado asunto.

Edgar Osvaldo Aguilar Rivera en su tesis de Doctorado, indica que: “La argumentación es una variedad discursiva con la cual se pretende defender una opinión y persuadir de ella a un receptor mediante pruebas y razonamientos, que están en relación con aspectos diferentes, tales como: la lógica (leyes del razonamiento humano), la dialéctica (procedimientos que se ponen en juego para probar o refutar algo) y la retórica (uso de recursos lingüísticos con el fin de

⁶⁶ Otero Parga, Milagros. Cuestiones de Argumentación Jurídica. México: Editorial Porrúa, 2008, Pág. 8

persuadir movilizando resortes no racionales, como son los afectos, las emociones las sugerencias).”⁶⁷

Desde una perspectiva lógica, Lionetti De Zorzi Juan Pablo, menciona que argumentar es: como el paso de unos enunciados denominados premisas a otro enunciado denominado conclusión que se rige o es deducible de las premisas.⁶⁸

3.4 La argumentación jurídica

La argumentación jurídica es un elemento esencial para la tarea de los juristas en el ejercicio de su profesión o rol en la administración de justicia, se puede considerar a la argumentación como un arte o disciplina que se concibe en la práctica del derecho.

Con relación a la argumentación jurídica Manuel Atienza expone: “La argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica y lo ha sido siempre, con independencia de que para referirse a ese elemento de lo jurídico se haya usado esa denominación o alguna otra más o menos equivalente, como «razonamiento jurídico», «método jurídico» o «lógica jurídica».

Esta última expresión, por cierto, ha sido —y sigue siendo— bastante polémica, pues no todos los juristas parecen convencidos de que su modo de operar en el Derecho haya de ser «lógico»; es frecuente, por ejemplo, oír de un jurista afirmaciones del tipo de «en el Derecho dos más dos no siempre son cuatro», «la aplicación del Derecho no puede entenderse en términos puramente silogísticos», «el método jurídico no es el de la lógica o el de la matemática», etc. Pero seguramente se trata de una polémica basada, al menos en buena parte, en la ambigüedad de la palabra «lógica», que a veces la usamos para referirnos a la

⁶⁷ Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo. Tesis Doctoral “Perspectiva Dimensional de la Argumentación Jurídica”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Postgrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008, Pág. 1

⁶⁸ Lionetti De Zorzi Juan Pablo. La Toma de Decisión en la Argumentación Jurídica. (Breves apuntes para una aproximación al tema). Disponible en: <http://www.uv.es/mariaj/razón/tema3.pdf>. Fecha de Consulta: Mayo de 2019.

lógica formal (la lógica matemática), y otras como sinónimo de «aceptable», «fundado », «racional», etc. En cualquier caso, la argumentación jurídica no se reduce a la lógica formal e incluso, como enseguida se verá, el origen de lo que hoy suele llamarse «teoría de la argumentación jurídica» es el rechazo a entender el razonamiento jurídico en términos estrictamente lógico-formales. Digamos que la lógica, la lógica formal, es un elemento necesario pero no suficiente (o no siempre suficiente) de la argumentación jurídica.”⁶⁹

3.5 Definición argumentación jurídica

Desde un punto de vista amplio, se puede definir a la argumentación jurídica como el razonamiento mental que realiza un jurista, con la finalidad de explicar los motivos jurídicos y fácticos en que se basa su decisión o resolución.

“En sentido estricto, la “argumentación jurídica es el razonamiento que se emplea para disputar, discutir o impugnar una opinión ajena, para probar o demostrar una proposición propia, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o se niega a favor o en contra de algo relacionado con un derecho de alguien.”⁷⁰

3.6 Argumentación y narración

Como estudiosos del Derecho, se pretende conocer la técnica argumentativa y saber aplicarla en cada proceso donde se participa y se debate. Sin embargo, a menudo suele suceder que se confunden conceptos como la narración y la argumentación.

“La narración consiste en la exposición descriptiva de una determinada información (conjunto de circunstancias, datos o hechos) con una finalidad de conocimiento de una situación específica. La argumentación, en cambio, es una exposición de dicha información con la finalidad de justificar un punto de vista u opinión sobre una cuestión planteada, intentando lograr la convicción de un interlocutor, real o

⁶⁹ Atienza, Manuel. *Cursos de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, Pág. 20

⁷⁰ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. *Argumentación jurídica*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014, Pág. 333

imaginario. De esta manera, es la finalidad o uso de la información lo que distingue esencialmente la narración de la argumentación.”⁷¹

El verbo describir equivale a la narración de una realidad, sin embargo, cuando hay necesidad de explicar las razones o motivos que conllevan opinar o valorar lo que se describe, entonces se argumenta y se esgrimen las razones de la ponencia. Es de tomar en cuenta que, en términos generales, es menester saber argumentar porque se discute un asunto en el que diversas opiniones son distintas o contradictorias y para poder referirse con criterio y conocimiento se necesita tener los argumentos fundados.

Según Oscar Buenaga Ceballos, hay ocasiones en que las circunstancias que se exponen son evidentes y objetivas que todo el mundo percibe del mismo modo; empero en la mayoría de hechos de la realidad son discutibles porque se hace presente la valoración que cada persona hace de lo que se observa, expone o acaece; siendo ese el momento donde la argumentación es fundamental. Es de tomar en cuenta que la narración conlleva puntos de vista subjetivos y también objetivos de quien expone una situación en particular y cuando ese punto de vista no es polemizado, entonces no hay necesidad de argumentarlos porque la narración no debate sobre lo que no es objeto de contradicción, más bien es transmisión de información o conocimiento. Ahora bien, cuando hay alguien que sostenga una opinión distinta a lo expuesto por otra persona o bien solicita se aclare o amplíe algún aspecto en el que por cualquier razón discrepa de lo expuesto; es ahí donde la argumentación juega su rol preponderante. Quien expone circunstancias que son motivo de debate y se ve en la necesidad de exponer con fines argumentativos, al argumentar tiene la tendencia a escoger las cuestiones que fortalezcan su criterio y oculta las que lo contradicen o debilitan. Mientras que en la exposición narrativa esta situación no ocurre porque simplemente narra o describe algo que no está expuesto a opiniones diferentes a la suya.

⁷¹ Buenaga Ceballos, Óscar. Introducción a la argumentación jurídica. España: Editorial Tecnos, 2016, Pág. 13

“Parece obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, prácticamente en todas sus facetas: tanto si se considera la aplicación como la interpretación o la producción del derecho; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado, el teórico del derecho, el legislador... Lo que quizá sea menos obvio es aclarar en qué consiste –o en qué se traduce– exactamente esa importancia y, sobre todo, mostrar de qué manera la perspectiva argumentativa permite entender a fondo muchos aspectos del derecho y de la teoría jurídica y provee, en fin, de instrumentos sumamente útiles para operar con sentido en el derecho; particularmente, en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales.”⁷²

3.7 El derecho como argumentación

Explica Manuel Atienza: “El Derecho es, obviamente, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas. Tres de esos enfoques han tenido, y siguen teniendo, una especial relevancia teórica.

Al primero se le puede llamar estructural, tiende a identificarse con el normativismo jurídico, pues parte de la idea de que el Derecho se compone esencialmente de normas. Usando una metáfora arquitectónica, podría decirse que se trata de mostrar, de describir, las partes de las que se compone el edificio jurídico y cómo se ensamblan entre sí.

Otro posible enfoque, consiste en estudiar el Derecho desde un punto de vista funcional: para qué sirve cada una de las partes del edificio, y qué función cumple todo él en el contexto en el que está inserto (el conjunto de la sociedad). Se corresponde aproximadamente con las posturas realistas, sociológicas, que tienden a identificar el Derecho con la conducta (de los jueces y, en general, de los operadores jurídicos), puesto que lo que importa para contestar a las anteriores

⁷² Atienza, Manuel; Ferrajoli, Luigi. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. México: 2005, Pág. 1

cuestiones no es el Derecho formalmente válido (el Derecho de los libros), sino el Derecho en acción, el Derecho verdaderamente eficaz.

En fin, desde una tercera perspectiva, es posible fijarse en la idealidad del Derecho. No en el edificio ya construido, con todos sus defectos, sino en lo que tendría que ser un edificio modélico (el Derecho justo). Las mejores versiones del Derecho natural (las que no han consistido en una mistificación del Derecho positivo) pueden verse de esta manera: como una propuesta de lo que habría que entender por Derecho racional.⁷³

3.8 La relación entre argumentar y decidir

Manuel Atienza hace la siguiente distinción entre argumentar y decidir: “En principio, parecería que los dos fenómenos —argumentar y decidir— van indisolublemente ligados: el legislador, el juez, el abogado, el jurista teórico... tiene que argumentar porque tiene que decidir él o que proponer a otro que decida en algún sentido: la argumentación sigue —o precede— a la decisión, como la sombra al cuerpo. Pero, sin embargo, esta apreciación no es del todo exacta. Por un lado, es perfectamente posible que se decida sin argumentar, sin dar razones de por qué se decide de determinada manera. De hecho, la práctica de la argumentación (motivación) judicial es relativamente reciente en los sistemas jurídicos de tipo continental (en los del common law no ha sido así, puesto que sin una mínima explicitación de las rationes decidendi de los casos, esos sistemas no podrían funcionar); y hay muchas decisiones (de órganos administrativos y también de órganos judiciales —las de menor importancia—) que no se motivan, pues en otro caso se haría imposible el funcionamiento de las instituciones. Y, por otro lado, las argumentaciones no tienen lugar únicamente en contextos prácticos (en relación con decisiones y acciones), sino también en contextos teóricos (a propósito de creencias y opiniones). La argumentación judicial en materia de hechos, por ejemplo, es de esta segunda naturaleza, si bien es cierto que, en última instancia (como ocurre con todo el razonamiento jurídico), tiene un carácter práctico: si se da por acreditado el hecho

⁷³ Atienza, Manuel. *Cursos de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, Pág. 19

H, es porque ello es una condición para la adopción (justificada) de una determinada decisión.”⁷⁴

Es de señalar la relevancia que tiene la argumentación en cualquier tipo de decisión o resolución que un juez dicté en el ejercicio de su jurisdicción, sin embargo, también es importante entender que todos los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal, tienen obligación de argumentar al momento de emitir los alegatos ante el juzgador, con la finalidad que el responsable de juzgar explique si acoge o no dichos argumentos con la debida fundamentación según corresponda.

“En todo caso, la resolución argumentativa de un problema no es exactamente lo mismo que la toma de una decisión al respecto, pero las dos operaciones están (o pueden estar) estrechamente vinculadas.”⁷⁵

Para que exista transparencia y de acceso eficaz a la justicia resulta importante que exista una argumentación clara y eficaz que respalde la decisión y resoluciones que dicten los órganos jurisdiccionales.

3.9 ¿Cómo argumentar adecuadamente?

Según Manuel Atienza para poder argumentar se debe: “Distinguir las siguientes fases (lo que supone una cierta reformulación del esquema tradicional de la retórica): 1) identificación y análisis del problema; 2) propuesta de una solución; 3) comprobación y, en su caso, revisión de la solución; 4) redacción de un texto (o, en su caso, elaboración de un esquema para una exposición oral). El modelo propuesto no es lineal, sino que hay cierta interacción entre las diversas fases. Por otro lado, el anterior esquema no puede tampoco —en todas las instancias jurídicas— entenderse de la misma manera, haciendo abstracción de cuál sea la posición en la que se encuentra quien argumenta. En el caso de la tradición retórica, la perspectiva que se tiene en cuenta, si nos situamos en el género judicial (que, como se

⁷⁴ Atienza, Manuel. Cursos de Argumentación Jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013, Pág. 108.

⁷⁵ Atienza, Manuel. Cursos de Argumentación Jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013. Pág. 643.

recordará, se contraponía al género deliberativo y al epidíctico o demostrativo) es la del abogado o el fiscal (el que se defiende y el que acusa); téngase en cuenta que en el Derecho griego y en el romano — en cuyo contexto se desarrolló la obra de los rétores— los jueces no motivaban sus decisiones. Aquí, por el contrario, nos interesa sobre todo (en este capítulo) la perspectiva del juez y, más específicamente, la del juez de apelación, esto es, la de quien tiene que resolver un recurso sobre cualquier materia jurídica.”⁷⁶

3.10 Tipos de discurso: argumentativo e informativo

A diferencia de lo que afirmaban las corrientes logicistas de la aplicación e interpretación del Derecho, en donde el proceso racional de justificación de la decisión jurídica era monológico, tal como expresó en su momento la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos; las actuales teorías de la Argumentación Jurídica vienen a defender la idea de que es posible hablar en términos de “racionalidad práctica” de la decisión jurídica, la cual se va a construir a través de un procedimiento que en forma dialógica (discursiva) logre un determinado consenso.

En otras palabras, las corrientes que explican la Argumentación Jurídica en nuestros días, afirman que toda decisión jurídica de la índole que esta sea debe venir respaldada por un aparato discursivo, en el que estén presentes el diálogo intersubjetivo y el consenso alcanzado bajo ciertas reglas de procedimiento. Es decir, los sujetos van a ser interlocutores del diálogo y partícipes del discurso que debe verificarse previo a toda decisión jurídica.⁷⁷

En este sentido se pueden distinguir distintos tipos de discurso, de los cuales y a los efectos del presente trabajo sólo se hará referencia al informativo y al argumentativo. El primero, es aquel en el que el lenguaje es utilizado como un

⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 647.

⁷⁷ Conde Gaxiola, Napoleón; Suárez Romero, Miguel Ángel. *Argumentación Jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, Pág. 10.

instrumento para la consecución de determinados propósitos, sin necesidad de ser apoyado en razones para ello; en cambio, el discurso argumentativo se caracteriza porque el éxito o fracaso de una determinada decisión, dependerá de las razones que previamente se hayan expuesto para justificarla.

En este punto conviene aclarar que argumentar “es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar”. Asimismo, si se admite que las decisiones deben estar justificadas a su vez se asume la tarea de llevar a cabo toda una actividad argumentativa, lo que “significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito”.

Lo anterior, permite concluir que en el terreno del Derecho toda decisión jurídica, ya sea en forma de norma general o particular, debe estar apoyada en razones que en todo caso la justifiquen, de lo contrario podría tal decisión ser tachada de inválida. Es decir, en el campo normativo jurídico las decisiones ya sean de tipo legislativo o jurisdiccional, deben venir acompañadas de un discurso argumentativo, en donde se expresen los razonamientos que validen la decisión respectiva.⁷⁸

3.11 La argumentación y el Derecho

“Los individuos que componen la sociedad consideran que se imparte justicia cuando una resolución judicial, además de ajustarse a la legalidad vigente (la letra de la ley), actúa conforme a los valores por los que esta sociedad desea vivir. La no adecuación de una resolución judicial a esos valores de la sociedad puede producir decisiones legales, pero no necesariamente justas. Si la norma no se ajusta a los valores que la sociedad entiende como rectores de la vida en común, tarde o temprano, dicha norma será derogada o declarada contraria a los principios

⁷⁸ Conde Gaxiola, Napoleón; Suárez Romero, Miguel Ángel. Argumentación Jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, Pág. 11.

de justicia recogidos en las cartas magnas o constituciones que son las que mejor representan la voluntad democrática de esa sociedad.”⁷⁹

3.12 El Abogado y las valoraciones de los hechos

En medio de esta relación entre los individuos y la justicia se halla el abogado. El papel de éste no incluye el tener que discernir conceptos jurídicos abstractos ni juzgar; éstas serían funciones del juez. Pero sí está implicado en la resolución de los conflictos que emergen de las diferentes valoraciones de los hechos en la toma de decisiones tanto del cliente como del juez.

El papel del abogado en el ejercicio de su profesión es actuar como parte en una lucha de contrarios en el ámbito de lo posible, de lo plausible y de lo verosímil, en la que nada es exacto ni verdad, como lo sería para la ciencia jurídica. En esta lucha, el abogado cuenta, además de la norma y la ley, con esa inteligencia de carácter substancial que está presente en todos los conflictos interpersonales y sociales. Inteligencia que se puede entender, según Heráclito, como la facultad que tiene la humanidad para razonar en común la cual referida al derecho, se llama argumentación jurídica.

La misión de este profesional del derecho es defender a su cliente argumentado sus valoraciones de los hechos como preferibles a las contrarias. Los problemas y conflictos que trata el abogado giran en torno a las diferentes valoraciones de los hechos. Sus argumentaciones serán de carácter legal pero antes son de carácter racional. Unas serán buenas razones y otras tendrán un sustento más débil o incluso, a veces, falso o equivocado. Y, así, las decisiones del abogado ante su cliente o del juez dependerán de estos dos factores: el carácter riguroso de su argumentación y su hábil aplicación de la misma.

⁷⁹ Calonje, Concha. Técnica de la Argumentación Jurídica. España: Editorial Aranzadi, 2da. Edición, 2009, Pág. 21.

Una manera no eficiente de argumentar las valoraciones de los hechos dificultará los intereses del cliente y la tarea del juez. Éste se verá obligado a aplicar sólo la norma si no cuenta con las valoraciones y el tratamiento argumentativo de las diferentes propuestas.

Este tratamiento de las valoraciones requiere la técnica específica de la argumentación que es la herramienta del profesional del derecho por antonomasia. El establecimiento de las relaciones del abogado con el cliente está determinado por la argumentación. Ésta afecta también a la manera en que el abogado defiende, ante los tribunales de justicia, las valoraciones de sus clientes y a la manera de emitir su dictamen sobre los problemas y conflictos que éstos plantean.

¿Qué se espera, en definitiva, pues del profesional del derecho? Entre sus muchos cometidos, este profesional tiene una tarea muy definida: convertir los intereses particulares de su cliente en valores razonables que se puedan argumentar ante el juez.

3.13 La argumentación de las valoraciones

“Ciertamente en la argumentación jurídica, según Quintiliano y Cicerón, se dan dos subgéneros: la argumentación racional y la legal. Ambas se aplican para resolver los asuntos de derecho. Esto se debe a que las diferentes valoraciones a que el abogado está expuesto se refieren a dos aspectos concretos: a la valoración de los hechos cometidos por el autor que originaron la controversia; y a la interpretación del texto de la norma a la que hay que someter la resolución de la disputa, es decir, a la validez formal de su aplicación.”⁸⁰

3.14 Proceso argumental del Abogado

Efectivamente, en apoyo de la argumentación se encuentran las herramientas humanas de la comunicación: el análisis de situación, el diálogo, el debate y el

Calonje, Concha. Técnica de la Argumentación Jurídica. España: Editorial Aranzadi, 2da. Edición, 2009, Pág. 23.

discurso. Estas son las herramientas con las que operan los argumentos. En un entorno democrático en el que la opinión y la libre expresión deben imperar, las herramientas de la comunicación actúan como vías argumentativas de solución de problemas y conflictos. Se dice que Cicerón fue el primero que codificó la comunicación en forma de retórica como el medio apropiado en el proceso de argumentación.”⁸¹

“En la medida que los abogados dominan la argumentación racional y la comunicación son conscientes de hasta qué punto están implicados en el proceso argumental. Cada cliente será para ellos una oportunidad de crear un proceso. Éste se inicia con la entrada de la información que el cliente le proporciona (análisis) y finalmente con el cierre de su discurso jurídico y la comunicación de que el caso se ganado o perdido.”⁸²

3.15 Quién usa la argumentación en Derecho

En general, todo el grupo de personas implicadas en la investigación, la práctica y el ejercicio del derecho, desde el legislador hasta el ciudadano, hacen uso de la argumentación para justificar las valoraciones.⁸³

- El legislador
- Los jueces
- Los abogados

“La argumentación como instrumento de los valores democráticos también es necesaria en otras áreas de la administración de justicia. Los ciudadanos necesitan que el abogado les resuelva los problemas ocasionados por las diferentes valoraciones, o les ayude a prevenirlos; que les oriente en la toma de decisiones, cambios de opinión, etc., o simplemente que les asesore en temas generales.

⁸¹ Calonje, Concha. Técnica de la Argumentación Jurídica. España: Editorial Aranzadi, 2da. Edición, 2009, Pág. 26.

⁸² *Ibíd.* Pág. 27.

⁸³ *Ibídem.* Pág. 28

Todas estas personas y funciones relacionadas con el derecho requieren de la argumentación racional para tomar una decisión que resuelva adecuadamente sus proyectos, problemas y conflictos.”⁸⁴

3.16 La argumentación mejora la práctica del Derecho

“Si, como hemos dicho, el derecho progresa con la sociedad y a la inversa, si juntos cambian y se desarrollan, queda ahora por preguntarse: ¿De qué manera mejora la argumentación la práctica jurídica? La respuesta más concreta es que, en derecho, para conseguir lo que es justo (a diferencia de lo que es estrictamente legal) hay que llegar a acuerdos, decisiones y consensos. Y estas posibles soluciones se logran mediante razones comunes, socialmente hablando, que muevan a creerlas posibles o aceptarlas como probables. Tarea, que como hemos dicho, recae sobre todas las personas relacionadas con el derecho y que sólo es factible por el juego emocional-racional de las valoraciones enfrentadas y argumentadas”⁸⁵

3.17 Argumentación e interpretación de las normas jurídicas

“La argumentación cumple un papel importante en el derecho. Se espera que alguien que presenta una tesis jurídica exponga argumentos que la respalden. Un abogado que lleva un caso al tribunal debe justificarlo con argumentos. Se espera que el juez que toma una decisión la respalde con argumentos. Se espera que cuando un legislador presenta un proyecto de ley al parlamento respalde su propuesta con razones. Y se espera incluso que los estudiosos del derecho justifiquen sus opiniones cuando las presentan a sus colegas. Todo el que expone un punto de vista jurídico y desea que otros lo acepten debe presentar argumentos que lo justifiquen.

La aceptabilidad de una tesis jurídica depende la calidad de la justificación. El punto de vista del juez se expone en una decisión. Esta decisión se debe justificar adecuadamente para que sea aceptable para las partes involucradas así como para

⁸⁴ Calonje, Concha. Técnica de la Argumentación Jurídica. España: Editorial Aranzadi, 2da. Edición, 2009, Pág. 29

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 29.

otros jueces y la comunidad legal en conjunto. Una de las preguntas importantes es qué normas de solidez jurídica debe satisfacer la argumentación. ¿Es suficiente que el juez mencione los hechos del caso y las normas jurídicas o también debe explicar el por qué las normas jurídicas son aplicables al caso concreto? ¿Cómo se puede justificar aceptablemente la interpretación de una norma jurídica? En el contexto de la justificación jurídica, ¿Cuál es la relación entre normas jurídicas, principios legales y normas morales y valores generales? ¿Existen normas particulares para la decisión del juez, en comparación con la justificación de otras posiciones legales?

“En la teoría del derecho continental se distinguen varias técnicas de interpretación (llamadas también métodos o cánones de interpretación). Los métodos de interpretación más conocidos son el gramático-semántico, el histórico, el sistemático, el genético y el teleológico. Si un juez se refiere al significado de un término en el lenguaje cotidiano o en un lenguaje técnico, usa una interpretación gramático-semántica. Si se refiere a la historia de la norma jurídica, usa una interpretación histórica. Si se refiere a la posición de la norma jurídica en el sistema jurídico y a su relación con otras normas, objetivos y principios, usa una interpretación sistemática. Si se refiere a la finalidad o propósito de la norma jurídica, usa una interpretación teleológica.

El juez también puede usar otros tipos de argumentos para justificar la interpretación de la norma jurídica. Se puede referir a una decisión anterior en un caso similar (precedente), y adherir así a la jurisprudencia existente. De este modo, busca promover la consistencia de las decisiones jurídicas.

También puede usar los principios jurídicos generales. Éstos son los puntos de partida fundamentales en que se basa el derecho o un ámbito jurídico específico, como los principios de imparcialidad, de buena fe, de igualdad, de libertad, de juego limpio, de debido proceso y el principio de vecindad, etc.

El juez también puede usar las opiniones de los estudiosos del derecho, conocidas como dogmática en el derecho continental y como “jurisprudencia” en el derecho anglo-americano. Por ejemplo, puede tratar de justificar su decisión usando ideas relacionadas con el contenido y la definición de conceptos legales tales como “casualidad”, “derecho a la atención”, etc.⁸⁶

“Para una buena comprensión del papel de la argumentación jurídica en el proceso de adjudicación legal, es necesario hacer una distinción entre los conceptos de contexto del descubrimiento y contexto de la justificación. El contexto del descubrimiento se refiere al proceso de búsqueda de la decisión correcta. El contexto de la justificación se refiere a la justificación de la decisión y a las normas de valoración que se usan para evaluar la decisión”.⁸⁷

“Los jueces están obligados a justificar su decisión para indicar las consideraciones que la fundamenta. La investigación de la racionalidad de la argumentación jurídica se ocupa entonces de los requisitos relacionados con los argumentos que se presentan en el contexto de la justificación y no de los requisitos relacionados con el proceso de decisión, el contexto del descubrimiento. El estudio de la argumentación jurídica se ocupa de las normas que los jueces respetan cuando justifican sus decisiones, sin importar cómo llegan a ellas.”⁸⁸

3.18 La interpretación jurídica y el fundamento de autoridad

Yezid Carrillo de la Rosa en su obra: “Teorías de la Argumentación y del Razonamiento Jurídico, cita a Aarnio, Aulis. “Si hay algo que para Aarnio distingue la interpretación jurídica de las otras formas, es la existencia de fundamentos de autoridad para la interpretación (fuentes de Derecho o normas), así como la existencia de principios que guían su uso; de suerte que una interpretación sólo

⁸⁶ Feteris, Eveline T. Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, Pág. 31.

⁸⁷ Feteris, Eveline T. Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, Pág. 33.

⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 33.

adquiere el estatus de jurídica si, y sólo si ella está respaldada en un material con autoridad, y el proceso reconstructivo ha respetado los principios que la rigen su uso.

“Tenemos entonces que la interpretación jurídica se diferencia de la cumplida en otros ámbitos, porque ella utiliza por lo menos una fuente de Derecho (autoridad). Las fuentes de autoridad constituyen el núcleo central del Derecho y el objeto de la interpretación, pues ellas proveen al intérprete de un conjunto de razones y fijan por anticipado interpretaciones prohibidas y permitidas, de suerte que si la interpretación no se fundamenta en una fuente de Derecho entonces, concluye Aarnio, no es una interpretación jurídica.”⁸⁹

3.19 Lenguaje jurídico y pluralidad de interpretaciones

Yezid Carrillo de la Rosa en su obra: “Teorías de la Argumentación y del Razonamiento Jurídico”, cita a Aarnio, Aulis. Esta falta de univocidad del lenguaje jurídico impide que las proposiciones interpretativas puedan ser concluidas o derivadas de manera deductiva a partir de las fuentes legales; de allí que no haya lugar para el criterio de verdad en la interpretación. No existe una interpretación verdadera y otra falsa; el criterio usado por Aarnio es el de corrección, y ésta depende de si ésta se muestra coherente con el todo que la dota de significado.⁹⁰

Además, esta particularidad del lenguaje jurídico impide al intérprete extraer de una formulación normativa una única interpretación posible; por el contrario, lo ordinario es que de un texto jurídico puedan extraerse varias interpretaciones, todas ellas razonables o plausibles.

Aarnio, llama a este grupo de opciones de reconstrucción alternativas semánticamente posibles o interpretaciones sistemáticamente posibles. Estas alternativas de interpretación deben en principio concordar con el uso ordinario o

⁸⁹ Carrillo De La Rosa, Yezid. Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009, Pág. 265.

⁹⁰Ibíd. Pág. 266.

técnico del lenguaje, pero para un juez o para un jurista, ello no es suficiente pues su interpretación sólo debe escoger una entre las diversas alternativas, todas ellas razonables, sino que adicionalmente se encuentra con el inconveniente de que su elección (decisión) debe ser jurídica.⁹¹

3.20 Validez lógica y aceptabilidad de la argumentación jurídica

¿Qué normas de solidez debe cumplir la argumentación jurídica para que sea una justificación aceptable de una decisión jurídica? En primer lugar, la argumentación debe ser aceptable en lo que respecta a los aspectos materiales: lo hechos deben ser generalmente conocidos o probados, y la norma jurídica debe ser una norma legal válida o una interpretación aceptable de una norma legal válida. En segundo lugar, la argumentación debe ser correcta en lo que respecta a los aspectos formales: la decisión se debe derivar de las razones expuestas en la justificación. La decisión se deriva de las razones justificativas si el argumento que fundamenta la justificación se base en un argumento lógicamente válido.”⁹²

“Para una buena comprensión de la función de la lógica, es importante saber qué significa exactamente “válido”. En un argumento válido de esta forma, es imposible que las premisas sean verdaderas y que la conclusión no sea verdadera. En un argumento válido, la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión. En lógica, a un argumento válido cuyas premisas son verdaderas se le denomina argumento sólido”.⁹³

“En el enfoque lógico de la argumentación jurídica, una condición necesaria para la aceptabilidad es que el argumento en que se basa la argumentación se pueda reconstruir como un argumento lógicamente válido. Sólo en un argumento válido la

⁹¹ Carrillo De La Rosa, Yezid. Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009, Pág. 267.

⁹² *Ibíd.* Pág. 59.

⁹³ *Ibídem.* Pág. 60.

decisión (la conclusión) se deriva de la norma jurídica y de los hechos (las premisas).”⁹⁴

3.21 La justificación en el discurso decisorio

“El juez, a pesar de lo que dice Montesquieu, no es un ser “inanimado” “que repite las palabras de la ley” y que sólo entiende el derecho como “reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley” (Savigny). Por eso, resulta absolutamente imprescindible que en la realización de su función acuda a la argumentación jurídica, para justificar la decisión, para superar las lagunas de la ley, para esclarecer las palabras de las mismas normas y para ofrecer las razones de su decisión.

El problema de la argumentación es doble. En primer lugar, es necesario impedir que el juez se limite únicamente a la construcción del silogismo demostrativo, como resultado de su discurso decisorio, ya que, entre otras razones, no decide para él sino para otros. En segundo lugar es igualmente necesario impedir que el juez se limite a pronunciar palabras de una ley que cada vez más se aleja de la persona humana, como fuente del derecho, en particular, cercenando derecho en vez de crearlos y protegerlos.”⁹⁵

“La exigencia de dar razones nos conecta directamente con otra noción: la de justificación de la decisión judicial. Justificar es, al decir de AARNIO, proponer argumentos que hagan legítimas y aceptables las decisiones que se toman al interior del Estado por sus diversos órganos (incluyendo a los jueces) o por el contrario, que permitan criticarlas.

Una argumentación correcta, es importante para las partes, quienes pueden decidir si aceptan o apelan la decisión, para el mismo tribunal, y por supuesto, para los tribunales superiores y órganos de cierre, quienes pueden evaluar con más rigurosidad y seriedad los argumentos de sus inferiores.

⁹⁴ Ibídem. Pág. 61.

⁹⁵ Ibáñez Mariel, Roberto; Otero Parga, Milagros (Coordinadores). Argumentos de la Argumentación Jurídica. México: Editorial Porrúa, 2010, Pág. 235.

Las razones o argumentos usados en la justificación deben apoyarse en fuentes de Derecho, que incluyen, tanto las fuentes o razones de autoridad (ley, precedente, etc.) como las fuentes o razones sustantivas (argumentos prácticos, históricos, doctrinales, etc.)

Aarnio al igual que Alexy, distingue en el proceso de justificación dos aspectos: uno interno y otro externo. El aspecto interno de la justificación se interesa por la estructura lógica de la argumentación o del razonamiento jurídico. En ese sentido debe señalarse que el modelo clásico de justificación interna viene dado por el modelo silogístico aristotélico. Si bien este modelo no da cuenta de la forma como se llega a la solución, hoy es admitido que toda decisión jurídica puede, ex post facto, representarse bajo la forma de un silogismo, en el que la primera premisa constituye la base normativa, la segunda describe un hecho (enunciado descriptivo) y la decisión, que se infiere lógicamente de las dos anteriores.

No obstante, en los casos difíciles se hace necesario justificar la elección de la primera premisa del silogismo práctico, pues siempre cabe la pregunta de por qué se eligió $N(x)$ y no $N(z)$. En este caso se requiere realizar una justificación externa que para Aarnio tiene la forma de un diálogo que se guía por los estándares de argumentación racional.”⁹⁶

3.22 Fundamento de la decisión

“¿Cómo se puede justificar el discurso decisorio desde la libertad que clama la norma jurídica? De principio, si la inteligencia tiene como objeto la verdad, cuando el objeto veraz es captado en la inteligencia como apetecible, la voluntad de adhiere a él, y lo elige, si lo quiere. La inteligencia rechaza, entonces, el objeto que no es verdadero porque deviene poco apetecible para la voluntad. Esta acción de decidir comprometiendo la verdad, o de rechazar responsablemente una acción, resulta, la primera exigencia de toda autoridad decisoria. Quien decide a la vez sabe que

⁹⁶ Carrillo De La Rosa, Yezid. Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009, Pág. 271 y 272.

donde hay perfección de la naturaleza hay libertad, porque el acto libre expresa la perfección del acto humano y por eso, argumentando desde la libertad, convence. La libertad y los derechos no son, entonces, fines humanos, sino medios que encaminan al hombre hacia el fin. No es libre el hombre porque tenga derechos o porque se le haya concedido libertad. Es libre, y por eso obtiene derechos.”⁹⁷

Yezid Carrillo de la Rosa en su obra: “Teorías de la Argumentación y del Razonamiento Jurídico, cita a Aarnio, Aulis: “La aceptabilidad sustancial se refiere a que, por una parte, la solución está acorde con las leyes (presunción de legalidad) y, por otra parte, no niega la moralidad social (presunción de plausibilidad o razonabilidad). En este último sentido, la aceptabilidad presupondría que la decisión está de acuerdo con la moral y el Derecho.

De todo esto, se puede extraer como corolario lo siguiente: el auditorio jurídico aspira a una decisión jurídica que sea tanto predecible (racional) como aceptable (razonable); ello supone que el juez, para poder satisfacer las necesidades de interacción social y el ejercicio del poder social que le es propio, debe procurar que el resultado sea aceptado por la comunidad jurídica después de considerar el problema racionalmente. Predecibilidad (forma) y aceptabilidad (contenido) se encuentran articuladas; la primera hace énfasis en la racionalidad, la segunda enfatiza la legalidad y moralidad. En consecuencia, la forma (el razonamiento) debe producir un contenido (razones) que pueda valorarse y aceptarse como moralmente correcto.”⁹⁸

3.23 La justicia en la aplicación, en la interpretación y en el operador del Derecho.

“Resta señalar un aspecto práctico de la axiología jurídica que tiene que ver con la idea de justicia y sus diferentes ámbitos, que podemos denominar la justicia del

⁹⁷ Ibáñez Mariel, Roberto; Otero Parga, Milagros (Coordinadores). Argumentos de la Argumentación Jurídica. México: Editorial Porrúa, 2010, Pág. 249.

⁹⁸ Carrillo De La Rosa, Yezid. Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009, Pág. 269.

acto, la justicia de la norma jurídica y la justicia del operador jurídico (Perelman), aspecto que como podrá advertirse guarda una íntima relación con las teorías de la argumentación jurídica que desarrollaremos en la segunda parte del libro. Veamos someramente de qué se trata.”⁹⁹

3.23.1 Justicia en la aplicación del derecho.

Se dice que un acto jurídico (p. ej., el de un juez al dictar sentencia) es justo cuando resulta de la aplicación correcta de una norma, es decir, en la correcta subsunción del caso en la regla normativa (sistema continental-europeo) o como identidad parcial mediante el precedente, por aplicación del principio del stare decisis en el sistema del common law.

La justicia en la aplicación del derecho es una noción “formal”, procedimental que no excluye la injusticia “material”, dado que se puede aplicar “justamente” (lógicamente) una norma injusta. También puede aplicarse correctamente una norma justa (en sentido material) pero que por estar formulada en términos generales, no se adecúa a las circunstancias particulares del caso, provocando su aplicación una solución injusta, por lo que corresponde adecuar o modificar la norma por la llamada “equidad”.

3.23.2 Justicia en la interpretación de la norma jurídica

Para las nuevas corrientes, cuando el juez interpreta la norma aplicable al caso concreto no “encuentra” un significado preexistente, sino que lo determina en función de la decisión. Por lo tanto, la actividad decisoria no es declarativa sino creadora del derecho, por cuanto crea y escoge el significado atribuido a la norma. La interpretación judicial de la norma jurídica no es, pues, solamente cognoscitiva de identificar los significados posibles, sino también operativa de quien decide elegir uno para adoptarlo como válido; así como la eventual elección entre varias normas potencialmente aplicables al supuesto de hecho concreto.

⁹⁹ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014, Pág. 317.

Interpretar no es, pues, descubrir un significado exacto, objetivamente preexistente a la actividad interpretativa, sino adscribir un significado al enunciado normativo; implica una elección, por parte del intérprete, entre varios significados posibles. Se trata de establecer cuál es el significado propio, o el más correcto o adecuado para el caso (Taruffo).

3.23.3 Justicia en el operador jurídico

Amós Arturo Grajales y Nicolás Negri, en el libro “Argumentación jurídica”, citan a VIGO en su obra “Ética judicial e interpretación jurídica”: “Así, por ejemplo, a la hora de analizar la validez y consiguiente obligatoriedad de las normas jurídicas en tanto aquella dimensión ética exigía no sólo comprobar la satisfacción del cumplimiento de los requisitos previstos en el sistema jurídico positivo sino también confirmar su conformidad a ciertas exigencias éticas o morales. La fórmula de la injusticia extrema no es derecho, propuesta por Radbruch y difundida por Alexy, resume en buena medida aquel rechazo al juridicismo y pregonan respecto al derecho. Por supuesto que el Estado constitucional de derecho que sucedió al Estado legal de derecho de ciencia jurídica de saber teórico cuyo paradigma eran las ciencias físico-matemáticas, y a afrontar el desafío de un saber jurídico práctico que inevitablemente apele a valores y que debe resignarse a certezas excepcionales ligadas a la prudencia y a la contingencia de los casos.¹⁰⁰

3.24 Etapas en el razonamiento judicial

El prestigioso juriconsulto Rodolfo Luis Vigo es un exponente digno de una nueva teoría o modelo del razonamiento judicial que se aplica a la correcta estructuración de la sentencia. Vigo es un crítico de la dogmática tradicional, porque limita el razonamiento a interpretar las normas jurídicas sin tomar en cuenta la primacía constitucional con sus valores, principios y garantías. Según Vigo pueden suscitarse hasta cinco dimensiones en la interpretación jurídica, de las cuales se realiza un breve estudio a continuación.

¹⁰⁰ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014, Pág. 321.

3.24.1 Plano regulatorio

Vigo explica, que cuando se busca la norma jurídica que pretende solucionar el problema, el Abogado que interpreta no le debe bastar el recurrir solamente a la norma por sí sola, debe considerar a los principios jurídicos como un recurso al que Perelman le asignó mucha importancia al estimar que una de las notas más distintivas de la interpretación es eso.

También, toma en cuenta a los autores que incluyen a los valores como eje que regula el ámbito de la conducta. En ese sentido, para interpretar si una conducta está prohibida, permitida o en su caso es obligatoria, se debe recurrir a las normas, los principios y los valores.

La elección de la norma y fijación de la norma son dos fases que el autor describe de manera sencilla.

“El juzgador elige el material normativo desde el que va a analizar los hechos fijados. Esta elección la hace mediante la técnica de la subsunción. Se trata de determinar qué enunciados normativos podrían ser subsumidos los hechos fijados. La fase de la fijación de los hechos y la de la elección de la norma están estrechamente conectadas.

Mientras que para la fijación de la norma se dice que: Es el proceso a través del cual se dota de sentido al enunciado o conjunto de enunciados normativos elegidos o creados, a la vez que se justifica el porqué de su posible aplicación en el caso en cuestión. Dentro de las fuentes del derecho se privilegia la Constitución, el bloque de la constitucionalidad y las normas.”¹⁰¹

¹⁰¹ Socorro, Juan Carlos (Coordinador). Argumentación Jurídica. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, Segunda Edición, 2010, Pág. 166.

3.24.2 Plano fáctico

El juez realiza una reconstrucción de los hechos en lenguaje y terminología jurídica, debiendo decidir en primer lugar si la conducta está prohibida, permitida u obligada en su caso. Esos hechos serán calificados jurídicamente y los divide en tres fases: presentación de los hechos, la actividad probatoria y la fijación de los hechos. La determinación de los hechos viene a ser la premisa menor del silogismo.

3.24.2.1 La presentación de los hechos y la actividad probatoria

En los distintos casos que se tramitan en el litigio penal, los hechos se presentan o describen ante el juez, siendo responsabilidad de las partes y como el juzgador no puede asumir los alegatos como certeros, se procede a la actividad probatoria y para ello se debe pretender que todos los medios probatorios sean confiables, mediante el entendimiento del significado de los hechos que consiste en la interpretación y culminar con la veracidad y convencimiento de cada medio de prueba, con lo cual se pasa a la etapa de la valoración probatoria.

3.24.3 Plano axiológico

“Todas las normas que integran el ordenamiento jurídico que regula la conducta de los individuos en sociedad están inspiradas en una finalidad de carácter marcadamente axiológico o valorativo, ya que todo sistema de legalidad es el resultado de un sistema de legitimidad, es decir, de una forma de entender y jerarquizar unos determinados valores.

Se afirma que la razón de ser de la creación, aplicación y obediencia de las normas está en la consecución de unos determinados valores, entre los que se pueden destacar la justicia, la seguridad, la paz, el orden...

El análisis jurídico así como está guiado por la lógica, también tiene que estar guiado por los valores jurídicos, a lo largo de la construcción de la sentencia desde la

decisión normativa, fáctica, la de integración y hasta la decisión final, van apareciendo los mismos.”¹⁰²

3.24.4 Plano lingüístico

En todo documento la utilización del lenguaje adecuado es sumamente importante para saber comunicarse, saber transmitir lo que se anhela expresar, saber explicar de manera clara y precisa lo que se desea plasmar. Por ello en las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, debe haber uso adecuado del lenguaje y evitar así que sea ambigua o confusa. Hay que recordar que, entre los requisitos de las sentencias emanadas de los procesos penales, están los requisitos y en ellos se plasma la correcta redacción de la misma.

3.24.5 Plano lógico

Las sentencias gozan de una estructura lógica que evidencia una interpretación jurídica, construyendo un silogismo, pero tiene que ser un silogismo práctico construido con valores, no es simplemente el silogismo teórico del modelo dogmático. Por lo didáctico del siguiente párrafo, se transcribe el mismo.

“Debemos tomar en cuenta que en toda sentencia deben encontrarse de manera subyacente estos planos, es decir, en su redacción el juez tuvo que reconstruir y fijar los hechos, que buscar e interpretar las fuentes del derecho aplicables, en toda su redacción tuvo que respetar los preceptos de la lógica, debió utilizar un lenguaje claro, preciso y en estilo judicial y todo su trabajo debió estar inspirado por los valores jurídicos que inciden y sirven de fundamento a todo nuestro ordenamiento.”¹⁰³

¹⁰² Socorro, Juan Carlos (Coordinador). Argumentación Jurídica. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, Segunda Edición, 2010, Pág. 168.

¹⁰³ Socorro, Juan Carlos (Coordinador). Argumentación Jurídica. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, Segunda Edición, 2010, Pág. 170.

3.25 Argumentación y razonamiento judicial

“En suma, la sentencia judicial ha de ser el resultado de un proceso lógico, que la hará ser motivada, suficientemente fundada y al mismo tiempo aplicable al caso. Sin razonamiento, se cae inexcusablemente en la arbitrariedad y, en el sentido más frontal de la palabra, el arbitrario es un individuo que desprecia la realidad.

La razonabilidad importa en última instancia un basamento real de la sentencia. No hablamos de logicidad, es decir, naturalmente la sentencia debe ser lógica, pero no sólo lógica desde el punto de vista de su corrección formal. No es razonable la sentencia que se ajusta perfectamente al silogismo jurídico, pero resulta injusta. Lo que además de lógica hará razonable a una sentencia es su vinculación con lo real.”¹⁰⁴

“Sea cual fuere el modelo aceptable se convierte en condición sine qua non la necesidad de que la decisión judicial sea razonable y esté razonada. Es preciso en suma que se produzca una justificación. Justificación que no puede simplificarse refiriéndose únicamente a una de carácter normativo, aunque ésta también deba producirse. Entendemos por justificación normativa aquella que deriva del principio de vinculación de los jueces a la ley en tanto en cuanto no permite que un representante del poder judicial evacúe una sentencia obviando el contenido de lo establecido en una norma jurídica.

Esta justificación con ser evidente, no es suficiente. La sociedad pide, exige de sus jueces que realicen un esfuerzo mayor. Solicitan que les expliquen, e incluso que les muestren de forma convincente, que la solución adoptada es la más adecuada en ese momento.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ Pórtela, Jorge; Puy Muñoz, Francisco. La Argumentación de los Operadores Jurídicos. Argentina: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005, Pág. 351.

¹⁰⁵ Otero Parga, Milagros. Cuestiones de Argumentación Jurídica. México: Editorial Porrúa, 2008, Pág. 161 y 162.

“Indudablemente, lo expuesto cobra plena sentido en el plano de la argumentación del juez, en el terreno cognoscitivo previo a la producción del fallo. En efecto, en ese momento, cuando el juez considera las argumentaciones y valora las pruebas, cuando busca -en fin- el derecho aplicable, la sentencia judicial aún no está hecha, pero se encuentra en el plano potencial de lo que debe ser realizado: resolver el conflicto con un criterio de justicia.”¹⁰⁶

“Ahora bien, para que haya un juicio recto se requieren dos condiciones. Una es la virtud misma que profiere el juicio y, en este sentido, el juicio es un acto de la razón. La otra es la disposición del que juzga, que lo hace idóneo para juzgar rectamente. Por lo tanto, el juicio es acto de justicia, en tanto ésta inclina a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto esta virtud pronuncia el juicio. Ello explica por qué el buen sentido moral se denomine también virtud del buen juicio.”¹⁰⁷

“La razón sustantiva del principio de “motivación” estriba en que “el razonamiento que ha llevado al Tribunal a adoptar su decisión es un discurso estrictamente jurídico”, permite conocer las razones jurídicas que determinan la decisión con el fin de verificar si la decisión está o no fundada en Derecho; es, pues, la forma de exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión. Con la motivación de su fallo el juez constitucional pretende “convencer” a varios “auditorios”. En primer lugar, a quienes fueron partes en el proceso, que son los primeros interesados en conocer las razones por las cuales se les otorgan o deniegan determinados derechos, se les condena o se les absuelve. En segundo lugar, pretende conseguir la adhesión de los demás miembros de la Sala del Tribunal, a fin de obtener su asentimiento en la votación de la sentencia. Y, por último, y no menos importante, debe aspirar a que cualquier jurista o ciudadano suscriban como justa su decisión.”

“En realidad, ese modelo de juez que ni está aquejado de depresión ni pletórico de soberbia es el que en el Estado de Derecho presumimos cuando le exigimos que

¹⁰⁶ Portela, Jorge; Puy Muñoz, Francisco. La Argumentación de los Operadores Jurídicos. Argentina: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005, Pág. 353.

¹⁰⁷ *Ibíd.* Pág. 367.

argumente sus decisiones. Si éstas fueran nada más que cuestión de gusto, del gusto de cada juez, habría que aplicar aquello de que sobre gustos no se discute, y nada habría que argumentar. Si fueran las decisiones judiciales asunto de verdades incontestables, tampoco darían para mucha argumentación, pues diríamos lo de que la verdad no tiene más que un camino y basta una sencilla demostración para poner de manifiesto que se ha seguido el único camino posible, el de la única respuesta correcta.”¹⁰⁸

3.26 Interpretación y aplicación

“Muy a menudo los términos interpretación y aplicación tienden a confundirse en el ámbito jurídico. Sin embargo, es importante no confundirlos, aunque la expresión aplicación del derecho también sufre la ambigüedad proceso-producto: se refiere tanto a la actividad de decidir de acuerdo con las normas como al resultado de esta actividad; la aplicación del derecho la llevan a cabo siempre los órganos aplicadores, mientras que la interpretación la puede efectuar cualquiera. Lo que ocurre es que, de la ilustración a esta parte, se considera que debe demostrarse, de manera argumentada, que el fallo de la sentencia está basado en las normas jurídicas adecuadas y en una descripción adecuada de los hechos.

Por esta razón, la interpretación del derecho es un paso previo necesario para su aplicación. No existe aplicación sin interpretación. Ahora bien, la diferencia más importante es que un juez, cuando aplica el derecho, necesariamente debe usar una norma como premisa que le lleve a la decisión; un intérprete, en cambio, no necesita usar una norma ni tomar ninguna decisión; le basta con citar un texto normativo otorgándole significado.

Por tanto, aplicar el derecho es la actividad de pasar de unas premisas (normativas y fácticas) a una conclusión (el fallo), así como el resultado de esta actividad, integrado por las premisas, la conclusión y la relación que hay entre ellas. Quizá

¹⁰⁸ García Amado, Juan Antonio. Razonamiento Jurídico y Argumentación, Nociones Introductorias. EOLAS ediciones, Pág. 182.

así se puede captar la importancia de la argumentación para la aplicación del derecho. Que una decisión determinada (un fallo) esté justificado o no lo esté dependerá del argumento en que se basa esta decisión.”¹⁰⁹

3.27 La argumentación probatoria

El debido proceso garantiza que la sentencia judicial debe incluir la motivación, fundamentación y justificación, que aunque parecieran sinónimos, son términos que conjugan verbos similares pero con características propias. Lo que toda resolución debe incluir imperativamente son las afirmaciones o premisas del razonamiento y éstas traen consigo los argumentos o razones jurídicas válidas, coherentes, suficientes e idóneas que las respaldan. La racionalidad judicial como una pretensión obligatoria en el Estado de Derecho, nos ilustra la integración de los hechos, luego con la diversidad de medios probatorios con los cuales se pretende respaldar el hecho concreto, es a través del razonamiento probatorio y de las deducciones por medio de las cuales se configura esta unidad resolutoria.

¹⁰⁹ Moreso i Mateos, Josep Joan. Lógica, argumentación e interpretación en el derecho. Barcelona: Editorial UOC, 2005, Pág. 121 y 122.

CAPÍTULO IV

TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

4.1 Descripción acerca de las teorías de la argumentación jurídica

El Doctor en Derecho Edgar Osvaldo Aguilar Rivera en su tesis doctoral, indica que: “Las teorías de la argumentación jurídica se desarrollan en Europa tras la Segunda Guerra Mundial (siglo XX, desde la década de los 50 en adelante) con un triple denominador común: en primer lugar la búsqueda de la racionalidad de la decisión jurídica, en segundo plano el estudio de la justificación del proceso de toma de decisiones, y en tercer lugar el rechazo de la lógica formal como instrumento de análisis para los razonamientos jurídicos.”¹¹⁰

4.2 Nacimiento de las teorías de la argumentación jurídica

“La crisis del positivismo jurídico formalista y decimonónico, así como el decaimiento de las teorías de la interpretación y sus ideas sobre el razonamiento jurídico, surgidas con la codificación -y de los dogmas derivados del postulado del legislador racional y la división de poderes-, que se inició con la crítica procedente de múltiples autores y corrientes, entre los que se destaca el “segundo” von Ihering y la jurisprudencia de intereses, el movimiento del derecho libre y la escuela de la libre investigación científica (Gény), que hicieron hincapié en las dimensiones no lógicas deductivas de la aplicación del derecho, dieron paso al desarrollo de las teorías de la argumentación.”¹¹¹

Hoy en día aquel postulado de que cuando el juez decide una cuestión sometida a su jurisdicción es producto exclusivo de lo que preceptúa la ley y que por lo tanto hay una subsunción de aplicación directa entre la norma establecida y el caso concreto, conocido como codificación, siendo ésta la fuente exclusiva de las

¹¹⁰ Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo. Tesis Doctoral “Perspectiva Dimensional de la Argumentación Jurídica”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Postgrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008, Pág. 103.

¹¹¹ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014, Pág. 334.

decisiones jurídicas. Preciso es acotar de que esa idea ha sido superada a raíz de que ni el derecho natural ni el positivismo jurídico han sido capaces de sostener la aplicación normativa a los casos realmente complicados que ameritan un profundo estudio e investigación para resolver los conflictos entre sociedades convulsas. Por ello, es que en materia de investigación científica a mediados del siglo xx luego de la segunda guerra mundial, al abrirse procesos contra los responsables de crímenes de guerra, lesa humanidad y violaciones aberrantes a los Derechos Humanos.

Es Manuel Atienza quien explica que hay factores claves que inciden y los describe en estos términos: a) de naturaleza teórica (el descuido por parte de las concepciones del derecho más características del siglo xx, que no se preocuparon de la dimensión argumentativa del derecho ciñéndose únicamente a la dimensión “estructural”); b) de orden práctico (el derecho consiste -en su práctica- en argumentar); c) de naturaleza política (el cambio de los sistemas jurídicos producido por el paso del “Estado legislativo” al “Estado Constitucional” -es decir, la distribución formal del poder entre los diversos órganos del Estado; los derechos fundamentales limitan o condicionan la producción, interpretación y aplicación del derecho, y los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes- y el pluralismo jurídico -v.gra., la tendencia a borrar los límites entre el derecho formal y otros procedimientos de resolución de conflictos, como la conciliación, la mediación o la negociación-); d) de carácter pedagógico (la enseñanza del derecho tiende a ser más “práctica”, operativa, que teórica, es decir, más volcada al manejo del material jurídico mediante el desarrollo de cualidades que a la transmisión de contenidos), y e) de orden democrático (las sociedades occidentales han perdido legitimidad basada en la sola autoridad y tradición, exigiéndose ahora que brinden explicaciones “razones”, de su accionar, a la par que presupone también ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y decisiones de la vida en común. Atienza.¹¹²

¹¹² Atienza, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel, 2007. Pág. 19.

Como es sabido, tradicionalmente se había estado utilizando a la norma jurídica como el prototipo del Derecho para su aplicación a casos concretos, siendo ésta la que definía los aspectos fácticos y las consecuencias jurídicas desde una visión estrictamente normativista. Ese positivismo pleno de Kelsen, paulatinamente fue siendo contrapuesta en sus ideales por autores como Dworkin y Alexy, y es así como se impulsan los principios. La pretensión elemental radica en lograr la optimización y ello se logra gracias a no utilizar el Derecho simple y llanamente como el que plantea la hipótesis y trae la consecuencia. Alexy indica que los principios son mandatos de optimización, pretendiendo la realización de las cosas con características óptimas. Los principios referidos por Alexy son aspiraciones y valores que se pretenden alcanzar a pesar de los distintos sistemas jurídicos existentes, la normativa vigente e incluso las fuentes históricas que repercuten en la concreción de los mismos y la realidad actual donde predominan.

Grajales Amós Arturo y Nicolás Negri en el libro: “Argumentación jurídica”, citan a Lorenzetti, autor de la obra: “Teoría de la decisión judicial” y se indica lo siguiente: “En esta nueva línea de pensamiento, se considera que un caso difícil debe ser argumentado con normas, principios y valores jurídicos, utilizando las normas como un instrumento más, siendo las principales características de este nuevo esquema de razonamiento, las siguientes: a) el derecho es una ciencia de problemas y no meramente especulativa; b) la tarea del juez es el ejercicio de la prudencia y no la especulación; c) la prudencia se basa en el razonamiento argumentativo; d) argumentar es convencer a un auditorio imaginario (la comunidad toda), y e) la argumentación se basa en la experiencia previa acumulada, o en la capacidad del argumento para persuadir a un auditorio universal, utilizado como modelo.”¹¹³

4.3 Concepciones de la argumentación jurídica

Cuando es imperativo argumentar porque lo amerita en la resolución de un conflicto jurídico, Atienza, presenta tres concepciones a saber: la perspectiva de la lógica

¹¹³ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 341.

formal deductiva que se centra preferentemente en la argumentación como resultado; la argumentación material o sustantiva que se funda en una teoría de premisas justas o correctas y, finalmente, la pragmática, que tiene por fin lograr la adhesión del destinatario.¹¹⁴

4.3.1 Concepción formal

Amós Arturo Grajales y Nicolás Negri, en la obra “Argumentación jurídica”, citan a Atienza: “En lo que hace a la concepción formal se emparenta con la lógica y el punto de vista de quienes se dedican a este ámbito. La argumentación es considerada como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión”

Así la idea de la argumentación se asocia a la de inferencia; si a partir de enunciados –premisas- de tal forma, se puede pasar a otra –conclusión- de otra determinada forma. Y para ello se centra no en la argumentación como actividad, sino como resultado.

Lo que la lógica ofrece son esquemas de argumentación, que cabe usar para controlar la corrección de nuestros argumentos. Pero la lógica no describe cómo, de hecho, la gente argumenta. Y ni siquiera está claro que permita una reconstrucción adecuada de nuestros argumentos.

Para la concepción formal de la argumentación, “más que de argumentos habría que hablar de esquemas de argumentos que se expresan en un lenguaje artificial que no se corresponde exactamente con algún lenguaje natural. Las premisas y la conclusión son enunciados que podrán interpretarse como proposiciones susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero también como normas que carecen de valores de verdad. Y la relación de inferencia o

¹¹⁴ Atienza, Manuel. Cursos de Argumentación Jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013. Pág. 110.

consecuencia lógica se caracteriza por una serie de propiedades formales, que podrán ser distintas según el tipo de lógica por el que se opte.

Sin perjuicio de ello, la lógica deductiva proporciona un criterio importante para controlar la corrección de nuestros argumentos, en cualquier empresa racional de que se trate, incluida, por supuesto, la del derecho.”¹¹⁵

4.3.2 Concepción material

Amós Arturo Grajales y Nicolás Negri, en la obra “Argumentación jurídica”, citan a Atienza: “Aquí la argumentación se identifica con el razonamiento práctico-teórico, pero no ya como un fenómeno explicado puramente a través de una inferencia regida por reglas formales, sino mediante un procedimiento para resolver un conflicto de razones (entre razones prácticas, razones para la acción, o entre razones teóricas, razones para creer en algo)”.¹¹⁶

“En esta concepción de la argumentación, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema acerca de qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no problemas formales, sino materiales: explicar, descubrir o predecir acontecimientos, recomendar o justificar un curso de acción, etcétera.

En definitiva, el centro de atención no se pone en la inferencia, sino en las premisas (razones) y en la conclusión. Sus criterios de corrección no pueden tener un carácter puramente formal; una buena argumentación desde la perspectiva material presupone la corrección formal, pero tiene que cumplir también ciertas condiciones de carácter sustantivo, como las incorporadas en una teoría de las fuentes del

¹¹⁵ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 348.

¹¹⁶ Ibíd. Pág. 347 y 348.

derecho, de la interpretación o de la prueba (v.gr., la teoría interpretativa de Dworkin).¹¹⁷

4.3.3 Concepción pragmática

Amós Arturo Grajales y Nicolás Negri, en la obra “Argumentación jurídica”, citan a Atienza: “Es un acto de lenguaje complejo que tiene lugar en situaciones determinadas; en general, podría decirse que en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo), cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado (de carácter teórico, práctico, etc.) y se acepta que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a la fuerza física o a otros tipos de presiones externas al discurso). La argumentación es, pues, vista aquí básicamente como una actividad, como un proceso, cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento (de comportamiento lingüístico) de los sujetos que intervienen en ella.

Al sintetizar esta corriente, el profesor español dice que la argumentación, de acuerdo con esta tercera perspectiva, consiste también en lenguaje, pero lo que aparece destacado es el aspecto pragmático del lenguaje, y de ahí que la argumentación sea inconcebible haciendo abstracción de los sujetos que argumentan. La argumentación avanza, es posible, en la medida en que los participantes se van haciendo concesiones; inferir consiste aquí en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada interviniente en el proceso, funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptada por el otro.¹¹⁸

¹¹⁷ Atienza, Manuel. Cursos de Argumentación Jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013. Pág. 110.

¹¹⁸ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 349.

4.4 Desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica

4.4.1 La teoría de Theodor Viehweg: visión tópica del razonamiento jurídico

Viehweg sintetiza su pensamiento en la obra: “Tópica y Jurisprudencia” surge en el año 1953, en su teoría defiende la reflexión tópica en el Derecho, vocablo vinculado de manera directa con la retórica. La tópica se considera que una actividad en donde se buscan y examinan las premisas, dándole mayor importancia a la deliberación y el análisis de las premisas o argumentos; más que a la conclusión que se pueda arribar.

“El sistema axiomático lógico-deductivo, postulado por la jurisprudencia de conceptos y de intereses, debe ser sustituido por el de una jurisprudencia de problemas. Como el mismo autor dice en su obra, “los resultados más importantes del trabajo son los siguientes: la tópica es una técnica del pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica;... el punto más importante en el examen de la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema”.¹¹⁹

Jaime Cárdenas Gracia en la obra denominada: “Manual de argumentación jurídica” cita a García Amado, Juan Antonio en la obra Teorías de la tópica jurídica. Según el texto cuando nos referimos a la tópica de acuerdo al pensamiento de Viehweg, ésta vincula tres significados: “1) Se afirma que es una técnica de pensamiento problemático porque permite resolver problemas o aporías que no es posible apartar; en el Derecho existen casos que admiten más de una respuesta aceptable, lo que implica sopesar mediante topois o lugares comunes que son depósitos de argumentos en donde debemos buscar o hallar las razones para respaldar las soluciones en conflicto; y, 3) La tópica es una actividad que consiste en la búsqueda

¹¹⁹ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 356.

y examen de premisas, en donde importa más la deliberación y el análisis de las premisas o argumentos que la conclusión misma”.¹²⁰

Viehwegh no obstante haber sido criticado, ha sido clave en su teoría porque la misma es pionera en el tema que nos ocupa. El reto que este personaje se planteó, consistente en cuestionar a la lógica formal por insuficiente a la hora de realizar el razonamiento jurídico. Además, se le acredita que impulsó la necesidad del rescate de la tópica con el propósito de coadyuvar en resolver los problemas jurídicos, toda vez que no siempre es factible utilizar a las premisas para el arribo de conclusiones que resuelven los problemas planteados. Es clave en este autor que le asigna la importancia debida a la adquisición del conocimiento mediante las reglas de la experiencia y por tal razón al rescatar la tópica implica involucrarse en un conjunto de métodos y técnicas para resolver un problema.

4.4.1.1 Conceptos básicos de la tópica

“De modo liminar, Viehwegh considera que el “problema” es toda cuestión que en apariencia admite más de una respuesta y que de manera necesaria presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar con seriedad y para la cual se busca, precisamente, una respuesta como solución.

Aporía significa una cuestión inevitable que no se puede soslayar y que genera un intercambio de consideraciones que constituyen lo que propiamente se denomina tópica o “arte de la invención”. La función de la tópica es, precisamente, brindar orientaciones para proceder en dichas situaciones y no quedar encerrado en tal coyuntura.

La especificidad de los problemas jurídicos es que se presentan de modo “aporético”. Por ello, la tópica se presenta como la manera de pensar más adecuada y más idónea para el derecho. Viehwegh, considera que la aporía

¹²⁰ Cárdenas Gracia, Jaime. Manual de argumentación jurídica. México: Editorial Porrúa, 2014. Pág. 69.

principal de la jurisprudencia (disciplina jurídica, ciencia jurídica) es la cuestión de “qué es lo justo aquí y ahora”.¹²¹

“Desde estos postulados, Viehweh, propone una nueva metodología para la ciencia jurídica, que deriva en las siguientes tesis: a) la estructura total del derecho –como ciencia- únicamente puede ser concebida a partir de problemas; b) los elementos constitutivos de la ciencia, sus conceptos y proposiciones, han de estar relacionados con el modo específico de los problemas, brindando esta perspectiva su verdadera comprensión, y c) dichos conceptos y proposiciones sólo se pueden articular deductivamente en implicaciones que permanezcan próximas a los problemas.

Además, los resultados alcanzados por la tópica nunca podrán considerarse como definitivos, generales e indiscutibles, sino como soluciones posibles, opinables, para una situación determinada; es lo justo aquí y ahora.

En suma, la teoría de Viehweg, tiene por objeto demostrar que la jurisprudencia (la ciencia jurídica) debe ser entendida como tópica”.¹²²

“La conclusión de Viehweg, es que la Tópica nunca puede ser eliminada de un ordenamiento jurídico por varios motivos, a saber:

1º. Porque el ordenamiento jurídico es una pluralidad de principios y de normas, que pueden entrar en colisión. Es fundamental la interpretación y, con ella, la Tópica.

2º. Porque a la hora de aplicar el Derecho, debemos considerar que los distintos sistemas no son completos (hay, pues, lagunas) y la Tópica es el mecanismo para evitar esos vacíos.

¹²¹ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 358.

¹²² *Ibíd.* Pág. 359.

3º. Porque el uso de un lenguaje espontáneo y el examen o interpretación del estado de las cosas, nos conduce a resaltar el papel preponderante de la Tópica nuevamente.”¹²³

“Los argumentos tópicos o dialécticos se diferencian de los lógico-formales o apodícticos porque no parten de proposiciones verdaderas sino de premisas opinables o verosímiles. El grado de verosimilitud de las premisas tópicas deviene de las opiniones de los sabios (los argumentos dialécticos o tópicos son endoxa) y partir de ellas se elabora el razonamiento hasta llegar a las conclusiones, las que nunca pretenden ser verdaderas, sino plausibles o aceptables. En cambio, los razonamientos lógico formales se inician a partir de proposiciones que pretenden ser verdaderas, las que se eslabonan entre ellas de manera necesaria y no plausible con la conclusión, y, ésta puede ser verdadera o falsa, dependiendo de las premisas.¹²⁴

Este autor no diseñó un modelo propiamente dicho o un pensamiento nuevo, pero si hay que reconocerle que planteó y descubrió un ámbito creativo dentro de la investigación del Derecho y por otra parte, esa investigación le permitió que nuevas generaciones continuaran desarrollando su forma de visualización en materia de argumentación jurídica.

Cabe destacar que en la teoría de Viehweg se le otorga al pensamiento jurídico la importancia debida, el punto elemental radica en que el razonamiento jurídico busca las premisas analizando los problemas y aporías. Dentro de las cuestiones propias de su teoría está la propuesta de buscar todos los puntos de vista que existentes para la resolución de conflictos. La persona que argumenta en un asunto determinado, utiliza la tópica y esas expresiones no se esgrimen como demostrados

¹²³ Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo. Tesis Doctoral “Perspectiva Dimensional de la Argumentación Jurídica”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Postgrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008, Pág. 118 y 119.

¹²⁴ Cárdenas Gracia, Jaime. Manual de argumentación jurídica. México: Editorial Porrúa, 2014, Pág. 67.

o verdaderos, pero tampoco arbitrarios; en esos enunciados se pretende sean aceptados o posibles. La discusión debe ser la base cuando se utilizan las premisas para fundamentar la solución a un problema. Como corolario se entiende que la idea de justicia debe estar directamente vinculada a la técnica jurídica y los principios del derecho, para que los mismos tengan razón de ser.

Una teoría propiamente dicha debe ser integral y ocuparse de metodología que conlleve la técnica para la solución auténtica de la problemática planteada dentro del razonamiento jurídico, es por ello que los críticos VIEHWEG, afirman que no fue capaz de haber construido una auténtica teoría, se le atribuye el mérito de iniciar un enfoque directo para la investigación; emplear el razonamiento porque no se suscitan fundamentaciones definitivas, únicas o insustituibles. En todo razonamiento jurídico debe explorarse la búsqueda de la justicia y descubrir todo aquello que no se ha expuesto y ese razonamiento no debe desligarse de la lógica.

4.4.2 La Teoría de la argumentación jurídica de Chaim Perelman

Fue un abogado y filósofo de origen polaco. “Tratado de la argumentación” es la obra titulada de este autor. Según Perelman los razonamientos jurídicos no se reducen a razonamientos lógico-formales. Pregonó que la lógica se deriva de la retórica, y la argumentación jurídica es el paradigma de la argumentación retórica. Perelman sostiene en su teoría que el Derecho se manifiesta mediante el discurso y la retórica nos sirve para comprender analíticamente el discurso jurídico. Habla de auditorio universal y auditorio particular. El universal indica que es la comunidad o colectividad y que el fin es que la misma se adhiera gracias al poder del convencimiento; el auditorio particular está concretizado en aquellos que intervienen en la controversia y la adhesión se logra mediante la persuasión (oratoria forense).

Gracias a Perelman se rescata la nueva retórica, teniendo como objetivo primordial el retomar el verdadero sentido de la retórica en la antigüedad, que en realidad era conocida como el arte para persuadir utilizando la razón. La tesis de Perelman sostiene que el hombre tiene la capacidad de conocer discursivamente. “La razón

es esencialmente práctica y la razón teórica no es sino el límite de la razón práctica.”¹²⁵

“Si hemos de hablar de precursores de las teorías de la argumentación jurídica, Chaim Perelman es, quizás, el más trascendente de todos ellos.

Por empezar, tenemos que reconocer que, desde una perspectiva quizás epistemológica, en la teoría de Perelman hay un notable esfuerzo por establecer la razón práctica en el ámbito de la discusión jurídica, moral y política.

Se dice que la “nueva retórica” surgió con el afán de dar respuesta al problema de la racionalidad del juicio de valor, cuestionada por el neopositivismo que dominaba el ambiente intelectual de las primeras décadas del siglo xx. La reflexión de Perelman, se dirige al núcleo problemático de la razón práctica, a la cuestión de su posibilidad, y su propuesta de racionalidad retórica se auto representa como el modelo que mejor se ajusta al ámbito de la praxis. De ahí su polémica con la concepción cartesiana de la razón que pasamos a aludir.

La obra de Perelman, es todo un intento por alcanzar un punto medio entre la más estricta irracionalidad en el campo de los saberes prácticos. Si algo distingue la teoría de Perelman, es la idea del “ser razonable, de deliberar y argumentar con razones plausibles que no implican necesidad y evidencia para lograr la adhesión del oyente.

En el trabajo de Perelman, se revaloriza, como aspecto del razonamiento práctico, la retórica (la que sin duda ya había sido denostada por Platón en Gorgias). Sin embargo, el profesor de Bruselas propone una nueva retórica, la retórica digna de los filósofos, es decir, aquella que resulta de una disciplina descriptiva, centrada en el estudio de las estructuras argumentativas y en el análisis de los medios de prueba

¹²⁵ Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo. Tesis Doctoral “Perspectiva Dimensional de la Argumentación Jurídica”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Postgrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008, Pág. 127.

no demostrativos utilizados por las ciencias humanas (p.ej., el derecho y la filosofía, entre otras ramas del saber).¹²⁶

“Sigue Perelman, diciendo que “su objeto de estudio es el discurso no demostrativo, el análisis de los razonamientos que no se limitan a inferencias formalmente correctas, a cálculos más o menos mecanizados, la teoría de argumentación – concebida como una nueva retórica o una nueva dialéctica- cubre todo el campo del discurso que busca persuadir o convencer, cualquiera sea el auditorio al cual se dirige y cualquiera sea la materia sobre la cual versa.

En línea con ello, estudia la estructura del proceso argumental, el mecanismo del pensamiento persuasivo, y, a diferencia de la retórica clásica, en los textos escritos y no en la oralidad. Por tanto, y tal como se observara supra y lo reconociera el propio Perelman, el objeto de la nueva retórica –al incluir todo tipo de discurso escrito e incluso la deliberación con uno mismo- es considerablemente más amplia que la antigua retórica”.¹²⁷

4.4.2.1 Conceptos y elementos fundamentales de la teoría de Perelman

“La argumentación es una acción compleja, constituida por diversos elementos que se relacionan e interactúan entre sí. Por un lado, relaciones lingüísticas que se dan entre premisas y conclusiones. Por otro, aspectos psicológicos referidos a la adhesión y, en directa relación con ella, las ideas de persuasión y convicción. Junto a ello se analizan aspectos de orden que podríamos denominar “sociológicos”, tales como la cuestión de los contextos y las funciones sociales de los oradores y los auditorios. A partir del análisis de estos fenómenos, Perelman, identifica y elabora diversos conceptos fundamentales, entre los que se destacan el discurso, el orador y el auditorio, los cuales se combinan y se fundamentan en elementos claves como

¹²⁶ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 368, 369 y 370.

¹²⁷ *Ibíd.* Pág. 372.

el acuerdo (sobre objetos que pueden ser hechos, valores), la elección y la presentación de premisas.”¹²⁸

4.4.2.2 El acuerdo. Concepto de adhesión.

“La nueva retórica sostiene que la verdad no es el criterio para evaluar la argumentación. Argumentar no es demostrar; divergen claramente, dado que las relaciones de transferencia que se utilizan en una y otra son diferentes. Quien argumenta simplemente nos ofrece, de manera ordenada, una serie de razones para apoyar a otra razón, o conjunto de razones, con el ánimo de obtener aceptación. No hay en la argumentación un razonamiento demostrativo. No hay una búsqueda de la verdad en los mismos términos que cuando nos enfrentamos a un algoritmo matemático en los cánones del more geométrico.”¹²⁹

“Al respecto, Alexy explica qué es lo que Perelman entiende por “demostración”, para luego contraponerla a la idea de la argumentación. Así pues, nos dice que la demostración es equivalente a deducción lógica. “Dentro de un cálculo lógico, una prueba consiste en deducir una fórmula a partir de los axiomas, de acuerdo con las reglas de inferencia establecidas. Tal prueba es o no correcta, independientemente del acuerdo de cualquier auditorio.

En ese aporte, Alexy nos aclara la puntual diferencia entre argumentación y lógica formal; entre demostración y adhesión. El objeto de la teoría queda definido como el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión de las personas a las tesis presentadas para su asentimiento. Lo que caracteriza esta adhesión es la variabilidad de su intensidad.¹³⁰

Para Perelman, es importante que toda argumentación para considerarse válida debe proponerse lograr el objetivo de persuadir en el auditorio que puede ser

¹²⁸ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 375.

¹²⁹ *Ibíd.* Pág. 376.

¹³⁰ *Ibíd.* Pág. 377.

general o particular, provocando un convencimiento de las proposiciones que se plantean, cuya pretensión es lograr el acuerdo perseguido, por ello es que esa faceta argumentativa conlleva una interacción activa entre el exponente que se denomina orador y el público que se denomina auditorio.

Quizá el mejor aporte de Perelman, es el haber superado el paradigma de que la lógica formal y la necesidad probatoria eran la base suficiente para el adecuado razonamiento jurídico.

4.4.3 La concepción de Stephen E. Toulmin: la estructura de los argumentos

“Su pensamiento encuadra en la nueva filosofía de la ciencia. En materia de argumentación, Toulmin expone su pensamiento en la obra: “The uses of arguments”, que podría traducirse como “Usos de la argumentación”, publicada en Gran Bretaña en el año 1958. En su obra destaca el aporte a la epistemología, y no a la retórica ni la teoría de la retórica.

Resulta entonces, que, en el marco de la argumentación jurídica, conforme al pensamiento de Toulmin, el discurso jurídico no solo implica la cuestión normativa, sino también toma en cuenta argumentos morales, cuestiones valorativas, en aras de hacer posible un pensamiento racional que compense la insuficiencia radical de la lógica y del método empírico para lograr tal objetivo.¹³¹

4.4.4 La concepción estándar de la argumentación jurídica. Neil MacCormick: una teoría integradora de la argumentación jurídica

Neil MacCormick es un importante jurista anglosajón conocido fundamentalmente por su obra publicada en 1978, titulada: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Para MacCormick la argumentación cumple una función de justificación, esto quiere decir que existe una corresponsabilidad con los hechos y evidencias fácticas y las normas del Derecho positivo, en esa vía, justificar un proceso de decisión en el campo del

¹³¹ Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo. Tesis Doctoral “Perspectiva Dimensional de la Argumentación Jurídica”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Postgrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008, Pág. 145, 146 y 148.

Derecho, implica construir fundamentos y tejidos racionales que oferten una dimensión de justicia conforme con el propio Derecho.¹³²

Para este autor en su teoría el criterio radica en que toda actividad que conlleva razonar adecuadamente debe llevarse a cabo respetando la normativa jurídica, no importa que lo que esté ahí regulado esté expresamente establecido o bien, aunque sean normas ambiguas deben tomarse en consideración. Para efectuar el estudio del razonamiento jurídico, trata en todo momento de proporcionar una explicación de los argumentos ya sea que éstos sean de calidad o deficientes o en su caso sean aceptados o no.

Plantea en su teoría que la persuasión es el propósito primordial de la argumentación; bajo la circunstancia de que los argumentos en todo momento se enfocan para que sean escuchados por una o más personas, la exposición de los mismos deben tener un propósito elemental y precisamente se trata del convencimiento del interlocutor, concepto que en la doctrina es conocida como la persuasión, de ahí se desprende la practicidad de toda argumentación jurídica y la misma pretende ser justificada como aspecto indispensable y para lograr ese propósito los razonamientos deben ser debidamente justificados para que al momento de la resolución judicial, esas razones jurídicas siempre serán conforme a Derecho debidamente justificadas..

“Maccormick, señala que a veces las decisiones se justifican legalmente sobre la base de argumentaciones puramente deductivas, entendiendo por “argumento deductivo” a aquel en el que se demuestra que una proposición –la conclusión del argumento- está implicada en otra proposición o proposiciones (las premisas del argumento). Un argumento es válido si su forma es tal que sus premisas efectivamente tengan implícita la conclusión, siendo contradictorio afirmar las

¹³² Conde Gaxiola, Napoleón; Suárez Romero, Miguel Ángel. Argumentación Jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, Pág. 43.

premisas y negar la conclusión a un mismo tiempo; ello sin importar - como es sabido en la lógica- el contenido de las premisas y las conclusiones.

Con relación a la aplicación de argumentos lógicamente válidos –en contextos jurídicos- es importante recordar que la validez lógica de un argumento no garantiza de por sí la veracidad de su conclusión. En cuanto a ese contenido de “verdad”, el autor apunta que, en la etapa probatoria, un individuo autorizado admite y descubre hechos que son tomados para ser establecidos como “verdaderos” a los fines del litigio, y deben aceptarse como tales a menos que, o hasta que, una autoridad superior los deje de lado.”¹³³

En el párrafo anterior, se desprende la realidad actual en el litigio penal en el sentido de que, a pesar de la validez lógica de los argumentos en una resolución judicial, no garantiza en la realidad que la verdad histórica de los hechos haya sido demostrados y considerada la conclusión judicial como verdadera. He ahí la importancia de juzgadores preparados en el manejo de la lógica formal y la experiencia como juzgadores, porque solamente así un órgano jurisdiccional es capaz de aplicar las reglas de la sana crítica razonada en cada caso concreto. Es importante la evaluación analítica de las premisas para que la etapa probatoria se vaya ajustando a la realidad de los hechos y por ende se pueda arribar a conclusiones que se acerquen a la veracidad y realidad de lo demostrado en el litigio.

“Al respecto Maccormick postula que tanto positivistas como naturalistas plantean en común que los sistemas legales tienen criterios, basados en la aceptación de la sociedad en la que el sistema opera, que hacen a una regla válida en ese ordenamiento, a lo que el autor define como “tesis de la validez”. Este postulado, aceptado generalmente, entonces, es lo que se presupone que los jueces hacen

¹³³ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 399 y 340.

cuando adoptan las justificaciones “deductivas” –al considerarlas suficientes- en las decisiones jurídicas.

Es decir que resolver la ambigüedad de una regla en un determinado contexto implica elegir entre versiones distintas de la regla. Hecha esta elección, sigue una justificación deductiva. Ahora bien, lo que es imposible de explicar mediante una justificación deductiva –afirma Maccormick- es cómo se hizo aquella elección, por lo que se presenta el “problema de la interpretación”.¹³⁴

4.4.4.1 La justicia formal como un problema

“En cuanto a esta cuestión, Maccormick, considera que existe una estrecha relación entre la idea de justicia y la justificación, dado que “justificar” por qué debe llevarse a cabo una conducta, importa tanto como demostrar que es correcto cumplirla.

Destaca, asimismo, que los jueces, en su caso, deben fallar de acuerdo a derecho, siendo las normas del sistema jurídico las que otorgan la concepción de una justicia determinada.

En cuanto a los problemas de interpretación y relevancia, que no pueden resolverse con meras deducciones lógicas, entiende hay que ir más allá de la guía específica que pueden dar las normas jurídicas.”¹³⁵

Lo que Maccormick, le denomina justicia formal no es otra cosa que el vínculo que debe prevalecer entre la justicia, lo correcto y la norma jurídica debidamente aplicada en base a la interpretación apegada a lo justo y esas deducciones implican un esfuerzo por parte del Juzgador para concluir tomando en cuenta la norma jurídica y basarse en que la concepción de lo justo no implica la simple deducción lógica de las premisas.

¹³⁴ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 402.

¹³⁵ *Ibíd.* Pág. 403.

A pesar de tener varias críticas ha hecho evolucionar enormemente su teoría de la argumentación es una de las propuestas de mayor envergadura en el ámbito de las teorías generales de la argumentación y de la propia argumentación jurídica en particular.¹³⁶

4.4.5 Jürgen Habermas y la teoría del discurso práctico general. Las reglas y formas del discurso

Jürgen Habermas, es un importante filósofo nacido en Alemania. Habermas ha dedicado toda su vida a defender y reclamar el proyecto de ilustración crítica, o lo que él llama “discurso filosófico de la modernidad”. Es a su vez uno de los grandes creadores de los modelos argumentativos, en el que aplica su teoría de la acción comunicativa. Para este autor el Derecho, sólo cumple racionalmente su función integradora cuando es fruto del discurso racional, de un proceso participativo.¹³⁷

Su teoría de la racionalidad comunicativa, se basa en el estudio de las condiciones y estructuras centrales de la argumentación, esto es, en sugerir una dimensión discursiva de la aceptabilidad racional de nuestras teorías y enunciados. No obstante, que su pensamiento adopta una dimensión compleja, hay en su propuesta el objetivo de poner en escena un modelo argumentativo, que tenga por base una teoría de la sociedad, donde sea importante una forma de racionalidad orientada a sugerir explicaciones y justificaciones. Su obra principal vinculada con cuestiones jurídicas se denomina “Facticidad y validez”.

En síntesis, en el autor de referencia hay un marcado interés por el lenguaje en tanto tejido vertebral de la argumentación, porque es en la estructura del lenguaje donde el interés enfrenta a un consenso general y espontáneo. En ese horizonte, que es la competencia lingüística, es donde el hombre que argumenta encuentra la condición necesaria y suficiente de la racionalidad humana. Habermas considerado

¹³⁶ Conde Gaxiola, Napoleón; Suárez Romero, Miguel Ángel. Argumentación Jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Pág. 44.

¹³⁷ Conde Gaxiola, Napoleón; Suárez Romero, Miguel Ángel. Argumentación Jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Pág. 44.

como uno de los impulsores de propuestas reales, entendibles y modernas de la teoría de la argumentación. A pesar de no ser jurista, su condición de filósofo y de pensador universal le ayudó indiscutiblemente.¹³⁸

Eveline T. Feteris en su obra *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*, hace acopio de circunstancias puntuales acerca de Habermas. Parte en su análisis de que la única manera de arribar a consensos racionalmente fundamentados, cuando se suscita el discurso ideal, siendo aquella en que los factores externos o el poder no impiden que los participantes intervengan en la discusión. Todos los participantes en un debate tienen que tener igualdad de oportunidades para elegir y realizar las acciones discursivas; precisas es acotar que ese discurso ideal describe las condiciones de los participantes cuando en la discusión intentan convencer con argumentos a los demás. Además, es de gran valía cuando la situación del discurso ideal es un instrumento crítico para evaluar las discusiones de la vida cotidiana.

Es ahí cuando, se afirma que un consenso existe al propiciarse el discurso argumentativamente bien fundamentado.

Ese discurso ideal al que Habermas, le asigna vital importancia, es porque cuando se cumplen las condiciones de igualdad entre todos los interlocutores para que puedan participar en la discusión y llegar a un acuerdo sobre ese enunciado, solo entonces se puede considerar que el discurso ideal cumple su cometido porque es un enunciado verdadero racionalmente fundamentado.¹³⁹

4.4.5.1 Niveles de racionalidad comunicativa

Evelin T. Feteris, continúa analizando la teoría de Habermas, y describe en su obra lo siguiente: “Él distingue tres niveles de racionalidad comunicativa: el nivel lógico de la argumentación como producto, el nivel dialéctico de la argumentación como procedimiento y el nivel retórico de la argumentación como proceso.

¹³⁸ *Ibíd.* Pág. 45.

¹³⁹ Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 110 y 111.

En el nivel lógico, se considera que la argumentación es un producto. Se la ve como un intento de exponer argumentos aceptables y convincentes para defender la pretensión de validez de una posición particular. Ese intento produce una argumentación con una estructura lógica específica. Para evaluar la solidez de la argumentación en el nivel lógico, se aplican reglas lógicas y semánticas.

En el nivel dialéctico, se considera que la argumentación es parte de un procedimiento de discusión mediante el que los participantes tratan de llegar a un acuerdo. El punto de partida es que los proponentes y los oponentes tratan de probar las pretensiones de validez que constituyen el tema de discusión para decidir si son aceptables. En este nivel se aplican las presuposiciones pragmáticas de la búsqueda común de la verdad.

En el nivel retórico, se considera que la argumentación es un proceso de comunicación. Estas reglas establecen que todos tienen el derecho incondicional a participar en las discusiones.

Para llegar a un consenso racionalmente fundamentado, se deben cumplir varios requisitos de diferente naturaleza. Primero, la argumentación expuesta en la discusión debe satisfacer ciertos requisitos lógicos. Segundo, en el procedimiento de discusión los participantes deben obedecer ciertas reglas dialécticas. Y tercero, el proceso de comunicación debe satisfacer los requisitos de la situación del discurso ideal".¹⁴⁰

Luego de estudiar la teoría de Habermas se puede concluir que para él, la argumentación jurídica y su aceptación va a depender de la calidad de la discusión en la que se defiende un punto de vista. Cuando se diserta un discurso racional y las partes dentro del litigio llegan a un consenso sobre una norma bajo las

¹⁴⁰ Feteris, Eveline T. Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 112, 113 y 114.

condiciones de la situación del discurso ideal, entonces se puede concluir que la norma en cuestión es racionalmente fundamentada, toda vez que ese discurso se ventila durante el proceso. La igualdad que debe prevalecer para que el actuar de los participantes en la discusión que, al tratar a la contraparte como iguales, les permiten además relatar sus propios puntos de vista y la vez la crítica a sus adversarios.

El discurso ideal de Habermas no se sustenta en la simple descripción de las discusiones reales, debe ser pieza fundamental para un razonamiento crítico, empleando el el rol del discurso ideal, se puede determinar si efectivamente hay libertad de expresión, igualdad de oportunidad al defender una tesis o en su defecto si hay circunstancias que desfavorezcan esa discusión libre de factores que puedan contaminar el ideal planteado.

Para Habermas cuando nos referimos a la discusión jurídica es precisamente la discusión racional y toma en cuenta que por ser un área específica de la ciencia, se regulan normas específicas que intentan subsanar los defectos de la discusión cotidiana. Ahora bien, cuando nos encontramos en la discusión jurídica, habrá una tercera parte neutral que se denomina juzgador y es quien decide con base en criterios independientes si el resultado de la discusión se respeta las normas establecidas.

“La teoría de Habermas se desarrolló como una descripción de las condiciones ideales de la discusión racional, y no pretender ser un modelo practico para el análisis y la evaluación. Por consiguiente, en su forma actual, la teoría no es adecuada como instrumento para analizar y evaluar argumentos concretos. La teoría de Habermas es una descripción de teórica de las condiciones que se deben cumplir en la situación ideal de una discusión racional. Por consiguiente, sus ideas para analizar las justificaciones de las aplicación práctica de sus ideas para analizar

las justificaciones de las decisiones jurídicas, sino en el hecho de que puede servir de base para el análisis teórico de la racionalidad de los procedimientos legales”.¹⁴¹

4.4.6 Robert Alexy y la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general

Robert Alexy, jurista y filósofo alemán, su obra fundamental se titula “Teoría de la Argumentación Jurídica”. Su modelo emerge de una teoría de la argumentación práctica, que aplica luego a los saberes jurídicos considerando al discurso del Derecho, como un caso especial del discurso práctico general, es decir, del discurso moral. Su intención no es elaborar una teoría normativa de la argumentación jurídica, sino una teoría que sea analítica y descriptiva. Para Alexy un enunciado normativo es correcto “sí, y sólo sí, puede ser el resultado de un procedimiento P”.¹⁴²

Para Alexy las reglas y formas del discurso práctico general, implican varios pasos. En un primer sitio están las reglas fundamentales; posteriormente plantea las reglas de razón, las cuales definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso que implica que todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación. El tercer tipo de reglas se denomina: reglas sobre la carga de la argumentación: si se hace un uso inadecuado de las anteriores se podría bloquear la argumentación. La cuarta regla se llama: la forma de los argumentos. Este cuarto grupo está constituido por formas de argumentación específicas del discurso práctico. La quinta regla se llama: reglas de la fundamentación, las cuales designan las características de la argumentación práctica, orientadas a regular la forma de llevar a cabo la fundamentación mediante las formas anteriores.

De igual forma, las reglas morales que sirven de base a las concepciones sobre moralidad del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórico-

¹⁴¹ Feteris, Eveline T. Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 122.

¹⁴² Conde Gaxiola, Napoleón; Suárez Romero, Miguel Ángel. Argumentación Jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Pág. 45.

individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables. Hay que respetar los límites de posible realización dados los hechos.”¹⁴³

“Presenta las modernas concepciones éticas de la filosofía del lenguaje moderno que giran en torno a la cuestión del “discurso práctico”, pues concibe a la argumentación jurídica como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico-jurídica, con más las características antes apuntadas (la valoración jurídica); por ello, en esta especie de actividad lingüística –la argumentación jurídica-, analizará con profundidad el problema de la “corrección” de los enunciados normativos.

Dedica un arduo trabajo a relacionar y diferenciar el discurso práctico general –el de la ética- con el discurso jurídico –el del derecho-. Para ello tiene en cuenta las perspectivas de la argumentación: a) la empírica, en la que se describen o explican la frecuencia de determinados argumentos, la correlación entre determinados grupos de hablantes, situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto de éstos, la motivación para el uso de determinados argumentos, o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de ellos; b) la analítica, en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles, y c) la normativa, en la que se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico”.¹⁴⁴

Alexy pregona por una teoría donde el aspecto normativo es prioritario para la argumentación jurídica, es decir, que dicha argumentación se estima parte de un procedimiento en donde se formulan reglas para las discusiones jurídicas. Alexy indica que importante conocer las reglas específicas y características a utilizarse en la argumentación con las normas jurídicas puntuales. En ese orden de ideas, intenta interrelacionar las normas formales y materiales y para ello describe las

¹⁴³ *Ibíd.* Pág. 47.

¹⁴⁴ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. *Argumentación jurídica*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 422.

justificaciones internas y las externas en las resoluciones judiciales. Para el efecto: en la justificación interna pretende que el argumento expuesto sea reconstruido y que, al utilizarlo en las deducciones, éste pueda ser válido en la conclusión a la que se arribe y que las premisas son precisamente la base para esa decisión. Ahora bien, cuando se trata de la justificación externa es buscar que esas argumentaciones sean aceptables en base a un parámetro de exactitud. En ambas circunstancias, se reconstruye un argumento deductivamente válido.

Tratando de sintetizar los aspectos relevantes de la discusión de la teoría de Alexy, se aprecia significativamente en que intenta explicar cómo se relacionan las discusiones legales con las discusiones prácticas generales, y cómo se deben complementar las reglas generales de las discusiones racionales en el contexto legal. En el desarrollo de su teoría, nos presenta una descripción detallada de la estructura de la justificación de las decisiones jurídicas. Aclara, cuáles son los niveles que se deben distinguir en la justificación, qué enunciados se deben exponer y cuántos pasos se requieren. También hay que tomar en cuenta la elaboración de un marco para la investigación normativa y descriptiva de la argumentación jurídica haciendo una descripción sistemática y detallada de las diversas maneras de justificar una decisión jurídica, lo cual es plausible porque hace incapié en la justificación decisoria de quien es el responsable de asumir la responsabilidad de concluir y resolver lo planteado a su competencia.

Como todas las teorías, ésta también tiene críticas. Se le cuestiona la forma de creer que dentro del discurso práctico general está el discurso jurídico propiamente dicho. Al haber propuesto un código de la razón jurídica es otra crítica porque adopta una posición muy normativa, mientras que el discurso jurídico es más prescriptivo. A pesar de considerarse que sus reglas de la razón jurídica son reglas tradicionales del método jurídico, se afirma que Alexy propuso un encomiable modelo para que el discurso jurídico sea argumentativo.

4.4.7 Atienza y la teoría sincrética de la argumentación jurídica

“Un defecto notorio de la teoría estándar de la argumentación jurídica (la que se desarrolla, a partir de finales de los años setenta del siglo xx, en la obra de autores como Aarnio, Peczenik, Alexy o Maccormick) es que se centra exclusivamente en las fundamentaciones de las decisiones tomadas por los tribunales superiores. Eso quiere decir que quedan fuera del objeto de estudio numerosos contextos en los que se argumenta jurídicamente”.¹⁴⁵

“La teoría de Manuel Atienza parte del estudio de la realidad jurídica, su contexto y la identificación del fenómeno jurídico, para luego orientarse hacia su particular enfoque de la argumentación, que en rigor de verdad constituye una amalgama de los aportes realizados por diversos autores, especialmente de Viehweg, Perelman, Toulmin, Maccormick Y Alexy, en lo que se podría denominar una “visión sincrética”. Siendo ello así, se impone abordar esa concepción general en torno al fenómeno jurídico para avanzar en la teoría”.¹⁴⁶

La propuesta de Atienza si conlleva un enfoque novedoso y es considerar al Derecho no solamente como argumentación teórica, sino también en la práctica, porque el Derecho como ciencia debe aplicarse cuando se razona, cuando se justifica suficientemente las decisiones jurídicas.

Este autor sostiene que lo que más debe importar en la enseñanza del Derecho, no es precisamente enfocarse en la parte práctica y dotarle menos importancia a la teoría; trata Atienza, de que ese proceso de aprendizaje tienda más a la parte metodológica y argumentativa. Aplicando el principio de que no es posible aplicar el Derecho, si no se ha estudiado la teoría. La mejor manera de ser práctico es conocer muy bien la teoría y posteriormente se desprende que la base de esa buena teoría es una excelente argumentación.

¹⁴⁵ Atienza, Manuel. Cursos de Argumentación Jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013. Pág. 703

¹⁴⁶ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 457.

Atienza, de una manera didáctica da a conocer que la argumentación jurídica debe comprenderse desde tres puntos de vista: formal, material y pragmática. El pragmatismo que ilustra en la argumentación hace una diferencia entre la dialéctica y la retórica. A continuación se transcribe estos tres puntos por estimarse de vital importancia.

“La primera –la concepción formal de la argumentación- es característica de la lógica. En ésta se entiende el razonamiento jurídico como una inferencia, como un encadenamiento de proposiciones; puestas de tal manera que de unas de ellas se sigue otra. Este tipo de argumentación, sin embargo –y como hemos visto-, corresponde a un razonamiento del tipo silogístico aristotélico, donde no sólo es importante la inferencia deductiva, sino también el contenido de verdad o de corrección de las premisas.

La concepción material de la argumentación “se preocupa no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo... la justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan la corrección del razonamiento”. Se trata, en síntesis, de brindar buenas razones que aduzcan la posibilidad de entender como válida una premisa.

Por último, la concepción pragmática considera a la argumentación como una interacción lingüística. Ésta se desarrolla entre dos o más sujetos, y tiene por objeto el convencimiento del uno sobre el otro. Atienza afirma, al respecto, que “se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el derecho como argumentación”. El derecho es presentado, desde esta perspectiva, como un complejo entramado de decisiones y argumentaciones, “pero decidir, se ha visto, no es argumentar; los

razonamientos, los argumentos, no son las decisiones, sino las razones –o cierto tipo de razones- que pueden darse en favor de las decisiones”.¹⁴⁷

Como un auténtico crítico, Atienza estima que las teorías de la argumentación jurídica deben propiciar que los sistemas jurídicos tiendan paulatinamente a mejorar el proceso de enseñanza-aprendizaje de la ciencia del Derecho y solo mediante ese objetivo se lograría aprender a razonar, interpretar, pensar y decidir como un auténtico jurisconsulto y no simplemente estudiar teóricamente todo lo relativo al derecho positivo. Como el deber ser en el derecho, le corresponde a la teoría de la argumentación jurídica sentar las bases y alcanzar ese sueño añorado: contar con juristas investidos de pensamiento crítico y capacidad de razonamiento adecuado.

Atienza, ha sostenido la postura de que la teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse el objeto, el método y la función; interrogando ¿qué es lo que explica la teoría, cómo lo explica y para qué lo explica?

En la obra: “Las razones del derecho”, cuyo autor es Manuel Atienza, acota aspectos en los que las teorías de la argumentación jurídica, incluso las estándares como las de Maccormick y Alexy, son deficientes y que podrían mejorar, siendo de las que a continuación de manera resumida se describen: a) La argumentación judicial (ampliar el objeto de la argumentación jurídica). Respecto del primero de los puntos señalados, la insuficiencia de las teorías estándares se presenta en cuando al objeto de la argumentación jurídica. Atienza critica que se haya ocupado casi con exclusividad de cuestiones de tipo normativo, dejando fuera de su estudio la mayor parte de las argumentaciones que se producen fuera de los tribunales superiores; precisamente, la argumentación que versa sobre los hechos. b) La argumentación legislativa (ampliar el ámbito de la argumentación en general). En cuanto al segundo de los aspectos, la teoría de la argumentación jurídica tendría que dar cuenta no sólo de los razonamientos que se producen en la interpretación y aplicación del derecho, así como en la elaboración de la dogmática jurídica, sino

¹⁴⁷ Atienza, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel, 2007. Pág. 23 y 33.

también de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho. c) La argumentación en la resolución de conflictos de modo extrajudicial. En cuanto al tercero de los aspectos indicados (la argumentación referida al ámbito de la resolución de los conflictos), Atienza sostiene que las teorías estándares de la argumentación jurídica sólo consideran el proceso que suele denominarse como adjudicación –la sentencia dictada en un proceso judicial-, pero que casi olvidan por completo que la resolución de problemas jurídicos con frecuencia es producto de una actividad de mediación o de una negociación, lo que significa un proceso que ya no consiste sólo en aplicar normas jurídicas, aunque, naturalmente, éstas sigan jugando aquí un papel relevante. d) La Argumentación Jurídica con una Función Prescriptiva y Descriptiva. Significa que la argumentación tiene que ser capaz de dar cuenta suficiente de los argumentos que tienen de hecho en la vida jurídica; ello en el sentido de que las teorías de la argumentación jurídica no sólo deberían prestar atención al contexto de justificación de la toma de decisiones, sino también al contexto de descubrimiento que ellas mismas entrañan, de que deberían estudiar el método que permita describir cómo se fundamentan de hecho las decisiones tomadas.¹⁴⁸

Cuando se estudia la teoría de Atienza, se aprecia que su tesis es susceptible de ser criticada, simple y llanamente porque no contiene una propia teoría general del derecho, si bien es cierto estudia el Derecho como un fenómeno importante, así mismo la argumentación desde el punto de vista práctico, toma al Derecho como un conjunto normativo que equivale a un aspecto teórico y también abarca la parte procedimental que equivale a la parte práctica. Concretamente Atienza plantea situaciones críticas o propuestas en base a los demás autores, reitera una visión particular referente a escudriñar sobre la utilización auténtica y funciones específicas en una teoría de la argumentación jurídica, estableciendo interrogantes como: ¿Es útil la argumentación jurídica en el campo del Derecho? ¿Cuáles son los fines que se pretenden al aplicar determinada teoría? Hay diversos estudiosos del

¹⁴⁸ Atienza, Manuel. Las razones del derecho. México: UNAM, 2000. Pág. 236 al 239.

Derecho que concluyen que una teoría de la argumentación jurídica debiera cumplir tres funciones indispensables para considerarla viable en todos sus ámbitos: Las teorías de la argumentación jurídica deben contener un carácter teórico o cognoscitivo, también revestirse de una naturaleza práctica o técnica y no se puede obviar la parte dogmática que incluya el ámbito político y moral.

Alexy sostiene, que el derecho debe ser un sistema de normas que conforman su estructura o teoría estándar y además es un sistema de procedimientos, que es donde juega el rol que le corresponde a la teoría de la argumentación jurídica. La función práctica o técnica de la argumentación jurídica sirve para aprender a interpretar y aplicar el derecho de la mejor manera, pero para cumplir esa misión se debe contar con un método que contenga la técnica idónea para alcanzar metas como las siguientes: construir sistemas jurídicos eficaces; mediante el proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho, se aprende también a pensar, a razonar como jurista y a resolver con criterio independiente e imparcial.

4.5 Análisis a las teorías de la argumentación jurídica

El resultado de las teorías de la argumentación tiene su fortaleza en cuanto a valorar que aplicar el Derecho no se trata únicamente de utilizar la lógica jurídica o de hacer el esquema de la deducción lógica como se ha creído por muchos, se estima que al aplicarlo es menester la interpretación y para que ésta tenga la validez necesaria en la concepción jurídica, es fundamental que cada resolución de un órgano jurisdiccional contenga la ansiada justificación razonable que le dé cabida a lo que en el litigio penal guatemalteco e incluso internacional se le denomina la debida fundamentación.

La función jurisdiccional es producto de un Estado de Derecho fortalecido con el acceso a la justicia y es ahí cuando el juez como responsable de tomar una decisión, fundamenta su fallo en base la complejidad de la problemática en su conjunto y apreciando los puntos de vista de todos los sujetos procesales, es su obligación conocer el caso y en materia procesal penal uno de los postulados del sistema en

Guatemala radica en que al decidir una cuestión sometida a su competencia, se debe aplicar el principio denominado la última ratio, es decir el Derecho Penal sancionador debe ser el último operador del esquema alternativo de solución de conflictos. Por lo mismo, el Código Procesal Penal contiene las denominadas medidas desjudicializadoras cuando la imputación no es grave o no afecta el interés público. Como parte de esas opciones de solución, la mística del juzgador debe ser resolver el conflicto, pero en función de la paz social. Para el efecto entran a funcionar institutos jurídicos como la reparación del daño causado, la indemnización al agraviado por los perjuicios sufridos, entre otros. Ahora bien, para poder encontrar esas opciones de solución, juegan un rol importante la voluntad que haya entre las partes de buscar el consenso a través del diálogo. Cuando se toma la decisión de resolver el conflicto argumentativamente, es mediante un discurso que justifique fundada y razonablemente la conclusión.

Aquel estilo tradicionalista de aplicar el Derecho como si se tratara de una fórmula matemática, con el correr de las últimas décadas ha ido perdiendo fuerza; con las teorías de la argumentación, se alimenta la urgente necesidad de que los Profesionales del Derecho deben ser formados con la finalidad de resolver problemas, teniendo como estandarte la aplicación de lo justo a cada caso concreto, empero para que el Abogado Penalista tenga la convicción de ser un servidor cuya actitud debe ser: a) conocer el Derecho y b) consciente del problema que se tiene que resolver. Descartando las ideas del método tradicional de interpretación jurídica. Es cuestión de plantear un sistema en la formación integral de los Abogados, no es simplemente una enseñanza-aprendizaje del Derecho para luego aplicarlo; es preciso tener la convicción de debatir las ideas, de propiciar diálogos para conocer la realidad histórica, en buscar la racionalidad y excluir el simple silogismo lógico-jurídico para concluir. Esa racionalidad debe estar sustentada en una lógica dialéctica y el conocimiento debe ser integral para que la práctica discursiva esté basada en la constante reforma del Derecho y los cambios sociales, políticos y culturales que acaecen; sin que el estudioso del Derecho haga caso omiso de cada situación en particular. Se debe entender que el Derecho no es una

ciencia aislada, sino ligada a los fenómenos que rigen en la sociedad; debiendo asumir los operadores jurídicos la función de análisis de los fenómenos externos que se vinculan directamente con su función. Ejemplos de esos fenómenos externos están: democracia participativa, la reforma del Estado, el respeto a los Derechos Humanos, y en ese sentido la actividad argumentativa debe gozar de legitimidad para que cada decisión sea respetada no solo por las partes dentro de un proceso, sino también por el conglomerado social cuando se tiene la percepción de la aplicación de la justicia.

En los casos complejos, difíciles o con matices que ameritan una actividad argumentativa de calidad, es cuando la aplicación del Derecho se pone de manifiesto a través de la capacidad de razonamiento.

Las teorías de la argumentación jurídica exponen que el silogismo es complicado porque para la conclusión decisiva, no siempre el resultado de interpretar la norma en general, en concordancia con los hechos y medios de prueba, sirven por sí solos para la aplicación de una pena.

Con el estudio de las distintas teorías que anteceden a este breve análisis crítico, se puede constatar que los problemas que tienen que resolver los operadores del sistema judicial, van enfocados según las teorías hacia una nueva visión, un nuevo enfoque, una nueva dinámica en beneficio del desarrollo de la ciencia jurídica en concordancia con la realidad de cada nación y el respeto a las libertades, la democracia y la prevalencia del Estado de Derecho. Las distintas teorías ya apuntadas, han dejado claro que se debe dar por terminado el positivismo formalista de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos. Se consideraba con anterioridad que la discrecionalidad del juzgador era inevitable porque en todo momento al resolverse una controversia, ese silogismo formal le daba la pauta de interpretación errónea al tomar en consideración situaciones basadas en una realidad que a criterio del juzgador eran objetivas. Sin embargo, con el avance del estudio de las Ciencias Jurídicas, el acceso a la justicia incluye que el responsable de resolver una

controversia sometida a su consideración por razón de competencia, se desvincule de aspectos externos que incidan subjetivamente en el caso concreto, debe tratar de resolver justificando su actuar mediante decisiones razonadas y justificadas.

Es de apreciar que las teorías estudiadas, ilustran de manera didáctica lo trascendente de la denominada fuerza explicativa para arribar a tomar decisiones, es importante el conocimiento de las premisas para que al razonar las mismas, el razonamiento justificativo sea coherente y brinde solución al problema planteado. No obstante, el aporte que hacen las teorías, se observa que no son suficientes o idóneas para asegurar que tienen autonomía para que en la práctica se consideren como modelos prácticos para soluciones en base a ellas solas, tampoco se estima que sean el sustento científico que sirvan como referencia a los estudiosos del Derecho para adoptarlas como dogmas que no admiten nuevas críticas o propuestas de nuevas discusiones.

Los concedores del tema de la retórica y argumentación, se han dado a la tarea de debatir acerca de la incidencia que las teorías han tenido en el Derecho, no cabe duda que los avances académicos y prácticos son reales desde el punto de vista científico, principalmente en lo que respecta a la comunicación en el amplio sentido de la palabra ya sea como manifestación verbal (mediante el discurso) o escrita, así también los avances en entender que la búsqueda de consensos como medios alternativos de solución de conflictos es indispensable para la armonía social en la solución de los problemas prácticos. Todo ello en unidad con la racionalidad como aspecto determinante de la justificación práctica. Dichos avances académicos para convertirse en acciones cotidianas que ilustran la interpretación, justificación, razonamiento y explicación que son los elementos que fortalecen cada teoría argumentativa, es ineludible la necesidad de involucrar a todos los operadores de justicia, independientemente del trabajo que desempeñen, por lo que el pensum de los programas de estudios universitarios, la formación permanente de los juzgadores y la academia en general deben prestar el apoyo permanente en aras de la excelencia en temas de la correcta aplicación del Derecho.

Con el estudio de las teorías de la argumentación, se ha fortalecido la aplicación práctica del Derecho, sin embargo, lo referente a la responsabilidad que asumen los juzgadores en su quehacer judicial no ha sido abordado como debiera, específicamente el actuar de cada juzgador debe ser objeto de estudio doctrinario porque al final es uno de los bastiones dentro del esquema de la administración de justicia en el mundo. No basta con discutir la temática decisoria desde el punto de vista únicamente argumentativa, porque que implica la existencia de premisas para ser interpretadas y arribar a las conclusiones debidamente fundamentadas.

A pesar de estar conscientes que las Ciencias Jurídicas son evolutivas, se debe mantener la constante evaluación de las teorías de la argumentación para ir analizando si se avanza o no. Se sabe que las distintas disciplinas jurídicas han estado en constante evolución y parte de ello es el fortalecimiento del Estado de Derecho. Es preciso destacar que el órgano legislativo como una de las fuentes formales del Derecho, es parte fundamental en el surgimiento de las normas jurídicas; posteriormente el Organismo Judicial a través de los tribunales de la República, le corresponde dos fases que precisan ser elementales: la interpretación adecuada de la norma y posteriormente la aplicación del Derecho justificando las razones y criterios jurídicos formales y materiales que tengan los juzgadores no solo para los sujetos procesales, sino que también la sociedad en general, debe tener la madurez jurídica no solo de acatar la norma (que sería el aspecto formal de la decisión judicial), sino que también sea aceptada (que implica la validez material de la norma) porque se concluye que quien juzga no solo apega su resolución a Derecho, sino también tuvo la sabiduría de razonar con criterio jurídico, los motivos que tuvo para arribar a la decisión concluyente (plasmada en la resolución judicial). Podrá ser impugnada la resolución, porque es un derecho que le asiste a las partes, pero no prosperaría la misma si fuese alegando falta de fundamentación, al haberse cumplido con el razonamiento justificativo que respalde la decisión tomada. Esto trae a colación que, en la evolución histórica, originalmente la retórica y la argumentación estaban respaldadas por la lógica tradicional; hoy en día, estas

teorías estudiadas no solo le dan la importancia debida, sino que se fortalece y permite mejorar la aplicación certera del Derecho.

El Derecho como tal es una ciencia que no puede valerse por sí misma, es preciso que otros aspectos como la buena comunicación, la ética, la moral, la política, estén presentes en los abogados para un saber integral, porque estas situaciones están directamente vinculadas con los fallos judiciales que se apegan a lo vertical y disminuyen la discrecionalidad. El aporte de las teorías de la argumentación entre otros está precisamente en aseverar que toda decisión judicial se justifica racionalmente porque la función del discurso práctico es dar las razones auténticas de lo que se concluyó. Es tan importante que el razonamiento forme parte de toda cuestión jurídica, porque caso contrario se deja abierto el debate sin reglas predeterminadas y se convertiría la administración de justicia en arbitraria, subjetiva, parcializada, permitiendo resolver discrecionalmente, sin dejar lugar a la fundamentación que hoy en día es pilar fundamental en las justas decisiones judiciales.

“Debemos señalar, sin embargo, que las teorías de la argumentación jurídica se ocupan, casi exclusivamente, del discurso justificatorio de los jueces, esto es, de las razones que ofrecen como fundamento –motivación- de sus decisiones (el contexto de justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto de descubrimiento) que exigirían tomar en cuentas factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etcétera. No se abordan otras clases de discursos jurídicos, o más de índole política legislativa, y tampoco hemos hallado propuestas integrales sobre el contexto de descubrimiento, salvo el desarrollado por Ronald Dworkin.”¹⁴⁹

Se considera que esa aportación consistente en lograr que la subjetiva y maliciosa aplicación del Derecho fuere superada, se puede lograr formulando un esquema de

¹⁴⁹Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014, Pág. 509.

racionalidad del razonamiento y que además de decisión razonada, también fuese un razonamiento que justifique el porqué de esa decisión. En el litigio procesal penal guatemalteco, se sustenta en la obligación plasmada en el artículo 11Bis del Código Procesal Penal, referente a la debida fundamentación, porque de no hacerlo, esa decisión carente de razonamiento decisorio y justificativo, es nula por no exponer las razones que sustentan su decisión para que la misma además de válida sea aceptada como justa.

“En justicia, interesa destacar que a ese punto de equilibrio no se ha llegado sólo desde las huestes argumentativas, sino que es patrimonio común también con quienes cultivan y desarrollan la lógica jurídica y tratan de maximizar la aplicación del pensamiento lógico-formal al razonamiento jurídico. La lógica sigue y seguirá ocupando un espacio importante en todo razonamiento.”¹⁵⁰

En el libro titulado “Argumentación jurídica” de los autores Amós Arturo Grajales y Nicolás Negri, se cita a García Amado en el siguiente párrafo: “En suma, lo mismo desde la lógica jurídica que desde la teoría de la argumentación, se asume de modo cada vez más pacífico que el razonamiento jurídico decisorio tiene una estructura deductiva, o que así debe ser si se pretende racionalidad, y que tal cosa no quiere en absoluto decir que el juez no haga más que deducciones. Simplemente se quiere expresar algo que cualquier tribunal de casación afirma constantemente, y es que, si el fallo no es congruente con la consecuencia que se establece en la norma seleccionada e interpretada, o con los hechos que se han considerado probados, es inadmisibles (arbitrario o absurdo). ¿Y por qué iba a ser inadmisibles si no es por vulnerar una regla lógica, por no seguirse, deducirse, de las premisas? Y más aún, es la lógica y no otra cosa lo que ayudará a detectar aquel fallo que no se siga de premisas suficientes o suficientemente explicitadas. Mucho crítico de la relevancia modesta, pero existente, de la lógica para el razonamiento jurídico es como aquel

¹⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 510.

personaje de MOLIERE que descubre que usa la gramática sin saber que la sabía.”¹⁵¹

Incuestionablemente, gracias a las teorías de la argumentación, se fortalece la imperativa justificación de toda decisión judicial, porque los juicios penales en el mundo donde prevalece el Estado de Derecho, se debe garantizar el debido proceso y en ese orden de ideas el control jurisdiccional por parte de los sujetos procesales radica en los medios impugnativos cuando la decisión judicial no tiene el argumento válido que justifique la razón de la decisión judicial. Ahora bien, la falencia que tienen las distintas teorías de la argumentación está identificada en que el control de legalidad de la resolución por falta de fundamentación se enfoca en el aspecto normativo y no en las cuestiones fácticas que se refieren a los hechos y pruebas que sirven de base para resolver. Las teorías estudiadas no se han preocupado por estudiar y resolver los conflictos vinculados con los hechos, a pesar de ser un aspecto que debiera sumarse a la solución de los problemas jurídicos de manera científica e integral.

“Sobre el particular corresponde destacar los importantes aportes realizados por Taruffo, junto a otros autores como Jordi Ferrer Beltrán, Marian Gascón Abellán Y Daniel González Lagier, quienes han trabajado sobre esta vertiente del razonamiento judicial; esto es, lo que tiene que ver con las pruebas, su valoración y formulación de la decisión sobre los hechos de la causa. Los juristas se conforman usualmente con hacer referencia al principio del libre convencimiento o de la valoración según las reglas de la sana crítica, para indicar que la valoración del juez es discrecional, o bien se remiten a las normas que establecen el valor de algunos medios de prueba, tornando de esta manera –a las cuestiones sobre las pruebas y los hechos- como puntos donde reina la irracionalidad y la subjetividad,

¹⁵¹ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014. Pág. 511 y 512.

subvalorando el problema de la fundamentación o motivación de la decisión en estos importantes aspectos.”¹⁵²

Los abogados tienen que estar conscientes del conocimiento jurídico y de las ciencias sociales que se vinculan con el Derecho, sin embargo, están las ciencias exactas necesarias para el esclarecimiento de hechos que escapan del conocimiento jurídico, hoy en día la Psicología, las Ciencias Médicas, Forenses, entre otras; son auxiliares de los operadores jurídicos para que los tribunales del orden penal puedan resolver conforme a Derecho. Significando que cuando todo aquello que escapa al saber científico del Derecho, es útil acudir a los expertos de la materia con el propósito de averiguar la verdad histórica de los hechos.

“Las teorías de la argumentación jurídica resultan un abordaje constructivo y sustancial del derecho, describiéndolo y proponiendo herramientas que permiten evaluar la razonabilidad de las decisiones jurídicas y con ello colaborar –según nuestro entender- en la tarea de aproximar el fenómeno a la comunidad política que lo vive. Valga lo expuesto en estas páginas para considerar que aquellas “teorías” son un positivo y fructífero intento para avanzar en dirección a una sociedad que comprenda mejor las decisiones que resuelven sus conflictos y de este modo se aproxime al ideal de sociedad democrática al que aspiramos.”¹⁵³

¹⁵² Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014, Pág. 512 y 513.

¹⁵³ Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014, Pág. 514.

CAPÍTULO V

LA ARGUMENTACIÓN EN EL LITIGIO PENAL

5.1 Aspectos generales del proceso penal

En Guatemala el sistema de justicia penal es un modelo para muchos países de América Latina al incorporar un principio clave para la transparencia y se trata de la publicidad mediante los debates orales y públicos, es así como los sujetos procesales pueden fiscalizar la función jurisdiccional. Por los principios que lo rigen es elemental que los Profesionales del Derecho que intervienen en cada proceso, hagan uso adecuado y eficiente de la retórica y argumentación jurídica, como parte de su creatividad para que el principio del contradictorio sea una auténtica acción de debate y permita que las resoluciones estén apegadas a todo lo acreditado probatoriamente.

5.2 El juicio penal

Se analiza que el juicio es la fase del proceso penal con mayor importancia, en virtud que es la culminación de la primera instancia, en esta fase se refleja la aplicación de varias de las características del sistema acusatorio y también la aplicación de los principios de inmediación, oralidad y contradicción. Al finalizar el debate oral y público el Tribunal de sentencia resuelve la inocencia o culpabilidad del acusado.

El debate es una instancia que maneja sus propios principios fundamentales de manera especializada, hay que tomar en cuenta que, a través de la inmediación, los jueces de sentencia están presentes en el debate que se llevará a cabo con la presencia del Ministerio Público, del acusado y de las demás partes que tengan el derecho por mandato legal. También es de relevancia que se respete la continuidad del debate y excepcionalmente se suspenda solo en los casos que por excepción describe la norma para el efecto.

Fredy Enrique Escobar Cárdenas, en su libro de Oratoria Forense, cita a Carlos Natarén, al referirse sobre el juicio e indica: “El juicio, entonces, es un ejercicio

fundamentalmente estratégico en tanto exige tomar decisiones. Puesto que la habilidad para tomar decisiones acertadas no puede dejarse a la improvisación del momento, ya que implica un alto riesgo para el desempeño de los abogados y el resultado del proceso, se han desarrollado metodologías para desenvolverse exitosamente en el litigio de juicios orales. Éstas pueden ser aprendidas, mediante el dominio teórico y el ejercicio práctico, por cualquiera que aspire a ser abogado litigante. La metodología para litigar en juicio no consiste en una técnica de oratoria, como de manera errónea se ha pretendido, la cual reside finalmente en cuestiones de forma, sino que se centra en la orientación de las decisiones que tomará el litigante para elaborar un relato sobre lo sucedido, que sea lo más favorable posible a los intereses de la parte que representa y que logre el convencimiento del juez, para lo que se debe tener necesariamente un sustento fáctico y un fundamento legal. Debe ser, por tanto, un discurso en torno a lo ocurrido que resulte interesante y verosímil, además de corresponderse con el contenido de la norma que le da valor legal.”¹⁵⁴

El abogado penalista previo a iniciar un debate oral y público, tiene la obligación de estudiar el caso en concreto que le ha sido confiado, debe realizar un análisis técnico y jurídico de cada medio de prueba aceptado, formular su propia teoría del caso y definir sus estrategias de litigio. Bajo ninguna circunstancia debe improvisar sus actuaciones en el desarrollo del debate. Es menester que el abogado defensor, el Fiscal o el Querellante Adhesivo se mantengan actualizados, en constante estudio y poseer los conocimientos jurídicos necesarios para ejercer una eficaz defensa o acusación según el rol que toque desempeñar. Debe elaborar un discurso claro, sistematizado, lógico y congruente; utilizando la retórica y la debida fundamentación fáctica y jurídica. Es de relevancia analizar el desarrollo del debate y la participación de los abogados como expertos en Derecho Penal en el mismo.

¹⁵⁴ Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. Oratoria Forense (Litigación Penal). Guatemala. Magna Terra Editores, 2015, Pág. 161.

5.3 Principios Procesales

Los principios procesales deben ser el pilar del proceso penal, la regulación está contenida expresamente en la ley, pero los que no se encuentran regulados de manera taxativa, se ubican en el Derecho Internacional, principalmente en los Tratados o Convenciones Internacionales en materia de Derechos Humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, siendo la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 46 que respalda la protección en materia de Derechos Humanos; así también la doctrina penal y la jurisprudencia, tienen por objeto brindar un marco para la interpretación y aplicación de la norma procesal. Entre los principios importantes, se pueden enunciar los siguientes:

5.3.1 Principio de legalidad

El Código Procesal Penal, en los artículos 1 y 2 regula: que no se puede imponer pena alguna si no existe una norma jurídica que así lo establezca, mucho menos iniciarse un proceso penal por acciones que no sean calificadas como delitos o faltas por una ley anterior. Esta es la base de un proceso basado en el respeto a la legalidad y no deja margen a la discrecionalidad jurisdiccional del juzgador.

5.3.2 Juicio previo y debido proceso

El artículo 12 de la Constitución Política de la República Guatemala establece: “. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido....” El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José en su artículo 8, establecen la prohibición de condenar e imponer una sanción si previamente no ha tenido la oportunidad de defenderse dentro de un proceso debidamente establecido con anterioridad a la comisión del ilícito que se juzga. El Código Procesal Penal desarrolla una garantía procesal básica en torno al debido proceso y al juicio previo, al establecer en el artículo 4: “Juicio Previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este código y a

las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.”¹⁵⁵

5.3.3 Principio de presunción de inocencia

En el artículo 14 del Código Procesal Penal, se establece en su segundo párrafo que en relación con las disposiciones que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades, deben ser interpretadas restrictivamente, y que interpretar extensiva y por analogía en el proceso penal están prohibidas, mientras no le favorezca al imputado. Es relevante tener en cuenta que cualquier duda debe favorecer al imputado.

5.3.4 El derecho de defensa

Este principio consiste en la observancia por parte del tribunal, de todas las normas relativas al trámite del juicio, y el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento dentro de las formalidades y garantías que expresa la ley. Desde el punto de vista del sindicado, tiene el derecho a acceder a resoluciones estrictamente apegadas a Derecho, mediante la realización de todos los actos permitidos para procurar la obtención de la justicia y la defensa de sus derechos, presentando los alegatos, pruebas y recursos que considere pertinente.

5.3.5 Principio de inmediación

La inmediación, como un principio relevante en todo el proceso penal, es preciso exigir la presencia física de todos los sujetos procesales, principalmente el juzgador quien además de moderador de las audiencias, es quien decide cada cuestión sometida a su competencia. Solamente mediante el contacto directo con los sujetos procesales se puede admitir que se conocen las circunstancias propias del conflicto,

¹⁵⁵ De Mata Vela José Francisco, Tesis Doctoral, La Reforma del Código Procesal de Guatemala. España: Universidad Autónoma de Barcelona Facultad de Derecho, 2007, Pág. 160.

de los medios de prueba incorporados y la valoración que hará el tribunal al momento de decidir.

5.3.6 Principio de oralidad

“La palabra hablada y los gestos que la acompañan, son el modo de comunicación más directo, de que dispone la humanidad; la palabra hablada brota de las fuentes del pensamiento dirigida a los órganos receptores del interlocutor. Vehículo a la vez completo y elemental de la comunicación, la palabra hablada presenta, en materia de averiguación de la verdad real en el proceso penal, una ventaja indiscutible sobre la escritura en el sistema escrito, el acta se interpone entre el medio de prueba y el juez, y la manera de redactar un acta frente a una máquina de escribir (computadora o procesador de palabras, ahora) desnaturaliza las declaraciones alterando su espontaneidad.”¹⁵⁶

5.3.7 Principio de contradicción procesal

“A este principio también se le identifica con el nombre de “bilateralidad”, “contradictoriedad” o simplemente “contradictorio”, y se refiere al derecho que tienen las partes dentro del proceso, especialmente dentro del juicio oral, de rebatir cada uno de los argumentos de la parte contraria, de presentar pruebas que fundamenten su postura, su versión de los hechos o su hipótesis en el caso que se juzga, de oír o interrogar a testigos, peritos y demás protagonistas del juicio, así como poder objetar, argumentar y contra-argumentar (a través de la réplica) en el juicio.”¹⁵⁷

5.3.8 Principio de publicidad

El principio de publicidad es un mecanismo que ha servido para respaldar la transparencia en el proceso penal, cuando el debate es oral y público permite la fiscalización directa e inmediata del accionar de los juzgadores y visualiza la posibilidad de disminuir la discrecionalidad porque el fallo está expuesto al conocimiento inmediato de los sujetos procesales.

¹⁵⁶ De Mata Vela José Francisco, Tesis Doctoral, La Reforma del Código Procesal de Guatemala. España: Universidad Autónoma de Barcelona Facultad de Derecho, 2007, Pág. 235.

¹⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 267.

“La publicidad del juicio penal, significa que la audiencia o las audiencias del debate deben ser públicas desde su inicio hasta oír la sentencia, y consiste en la facultad que los ciudadanos tienen de participar presencialmente en la audiencia escuchando y observando el desarrollo del debate, sin más participación directa que su presencia.”¹⁵⁸

5.3.9 Principio de fundamentación y congruencia de las sentencias

El artículo 11 Bis del Código Procesal Penal regula: Los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión, así como indicación del valor que se le hubiere asignado a cada medio de prueba” ...

En torno al principio de la fundamentación, la Corte de Constitucionalidad ha emitido importantes pronunciamientos, como la sentencia de 7 de marzo de 2007 (expediente 2628-2006), en la que consideró: “[...] es evidente que resulta inútil garantizar a las partes el derecho de alegar, proponer pruebas, rebatir los alegatos y controlar la prueba de la contraparte, si el tribunal, al tomar su decisión, no valora ni atiende los argumentos y elementos de convicción aportados al proceso por aquéllas. En ese sentido, la única manera de determinar si efectivamente el tribunal ha tomado en cuenta tales cuestiones es mediante la fundamentación de su decisión, la que ha de ser formulada de manera que sea factible apreciar los motivos por los cuales aquél ha arribado a determinadas conclusiones sobre la base, precisamente, de los argumentos y pruebas incorporados al proceso. Por medio de la debida fundamentación de las decisiones jurisdiccionales, se garantiza el acceso a la tutela judicial, pues las partes intervinientes en la causa pueden conocer los motivos reales por los cuales su pretensión ha sido acogida o no, apreciar con plenitud qué circunstancias y elementos de hecho y de derecho ha

¹⁵⁸ De Mata Vela José Francisco, Tesis Doctoral, La Reforma del Código Procesal de Guatemala. España: Universidad Autónoma de Barcelona Facultad de Derecho, 2007, Pág. 277.

tenido en cuenta el tribunal al juzgar el caso concreto, percibir si sus alegaciones han sido o no estimadas y advertir qué valor ha sido conferido a los distintos elementos de prueba propuestos.

Asimismo, la motivación de los fallos garantiza el derecho a recurrirlos, puesto que, sólo en virtud de ésta, el interesado estará en posibilidades de determinar contra qué criterios o conceptos debe dirigir su impugnación, permitiendo al tribunal de alzada conocer el sustento fáctico y jurídico que prevaleció en la labor intelectual del a quo. De igual forma, mediante la fundamentación de sus resoluciones, los órganos jurisdiccionales hacen públicas las razones por las cuales fallan en determinado sentido, garantizando así la publicidad de los actos de la administración, como exige en su texto el artículo 30 constitucional, permitiendo con ello el control que los habitantes han de ejercer respecto de la función estatal, pues, en último término, es de aquéllos de quienes deviene la potestad -traducida en facultades y atribuciones- de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, cómo se deduce del contenido de los artículos 141 y 152 de la Constitución Política de la República. [...]"

El argumento es un razonamiento que se emplea para probar una proposición, en materia penal es el razonamiento jurídico que afirma o niega una imputación. El Principio de congruencia en la fundamentación y motivación de las sentencias, en nuestro ordenamiento procesal penal exige una correlación entre la sentencia y la acusación. La sentencia debe dictarse conforme a lo actuado en el debate, de manera que debe existir relación entre lo pretendido y lo juzgado.

5.4 Principales audiencias que se desarrollan en el proceso penal guatemalteco

5.4.1 Audiencia de primera declaración

Cuando el Ministerio Público estima que hay una investigación que en el avance de la misma se considera que alguna persona pudo haber participado en la comisión de un hecho constitutivo de delito o bien cuando alguien comete un hecho delictivo

y es aprehendido flagrantemente; entonces se programa audiencia de primera declaración en base al artículo 82 del Código Procesal Penal. Solo pueden suscitarse las siguientes circunstancias para que proceda la audiencia asegurando la presencia del imputado: a) mediante una citación que realiza el juzgado contralor; b) mediante una orden de aprehensión que previamente haya librado el Juez competente; y c) en caso de flagrancia, es conducido el imputado al juzgado respectivo para ser escuchado en presencia de un Abogado Defensor; el Ministerio Público y también puede estar presente el agraviado, víctima o a quien legalmente le corresponda el derecho de solicitar su intervención como querellante adhesivo en compañía del Abogado Director.

El artículo 82 del Código Procesal Penal regula los pasos que se dan en el desarrollo de la audiencia. Es una audiencia en la que todas las partes intervienen mediante la argumentación como un mandato legal. El numeral cuatro (4) establece: “El juez concederá la palabra al fiscal y al defensor para que demuestren y argumenten sobre la posibilidad de ligarlo a proceso, debiendo resolver en forma inmediata”.

Es responsabilidad del ente investigador y del defensor conjugar dos verbos esenciales en este momento procesal: demostrar y argumentar. Implica que para convencer al Juez se debe en primer lugar demostrar, cabe la pregunta: ¿Cómo se demuestra? El Ministerio Público tiene a su cargo la carga de la prueba y por lo tanto no basta con enumerar los medios de investigación con los que cuenta hasta ese momento; debe respaldarse con los medios de investigación para demostrar la existencia de los motivos racionales suficientes que necesita el juzgador para poder ligar a proceso. En igual sentido, si la Defensa Técnica considera que no se dan los elementos necesarios para ligar a proceso, debe solicitar se aplique el artículo 272 del Código Procesal Penal que regula la falta de mérito. Si bien es cierto, el sindicado no está obligado a demostrar su inocencia, también lo es que eso no obsta a que si la postura de la defensa radica en que los medios de investigación son insuficientes, está en todo su derecho de demostrar el porqué de la solicitud que formula al juzgador. En segundo lugar, la norma citada impone la obligación de

argumentar en relación a la necesidad de ligar o no a proceso penal al sindicado. Tanto el que acusa como el que defiende, según nuestro ordenamiento procesal penal debe utilizarse adecuadamente la técnica argumentativa para convencer al letrado llamado Juez y justificarle fehacientemente el porqué de la petición formulada.

En similares condiciones, el numeral 5. Del artículo 82 del Código Procesal Penal regula: “El juez concederá nuevamente la palabra al fiscal y al defensor, para que demuestren y argumenten sobre la necesidad de medidas de coerción, debiendo el juez resolver en forma inmediata.” Independientemente de la decisión que haya tomado el juez en relación a ligar o no a proceso penal al sindicado, es imperativo discutir posteriormente si es o no necesario la imposición de medidas de coerción. Erróneamente, muchos tienen la creencia equivocada de que, al haberse dictado auto de procesamiento, implica como corolario que se apliquen las medidas de coerción; situación que no es así, exceptuando los casos cuando el delito por el cual fue ligado a proceso no goza de medida sustitutiva. Para imponer las medidas de coerción, el juzgador necesita que los sujetos procesales le demuestren y argumenten acerca de la necesidad de la imposición de prisión preventiva o en su caso de una o varias de las medidas sustitutivas establecidas en el artículo 264 del Código Procesal Penal.

5.4.2 Audiencia de ampliación de primera declaración

El artículo 87 del Código Procesal Penal en su penúltimo párrafo regula: “El imputado podrá declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador”. El derecho a ser escuchado es amplio y la ley previó la posibilidad de que el sindicado declare como una facultad o potestad. La ampliación de la primera declaración, según la ley únicamente tiene la limitante: que no aparezca como un procedimiento dilatorio o perturbador. En ese orden de ideas, la audiencia de ampliación de primera declaración va a llenar los mismos requisitos que se observaron en la audiencia de primera declaración; exceptuando pedirle al sindicado que proporcione

los datos personales, porque los mismos ya aparecen en la primera audiencia realizada y tampoco el Ministerio Público, la Defensa o el Querellante tendrán que demostrar y argumentar sobre los aspectos que se analizaron en la primera declaración. El juez que dirige la audiencia debe ser garante de respetar los derechos constitucionales y procesales que le asisten al sindicado. Por ser una facultad del procesado que en la mayoría de los casos está ligado a proceso penal, en el ejercicio de su defensa material y luego de haber sido amonestado para que se conduzca con la verdad, presta la ampliación de su declaración y posteriormente puede ser sometido al interrogatorio por parte de las partes presentes en la audiencia. Vale la pena aclarar que, en cuanto al interrogatorio, el numeral 2. del artículo 82 del Código Procesal Penal regula: “Después de declarar, el sindicado puede ser sometido al interrogatorio legal del fiscal y del defensor.” Dentro de este párrafo legal, se aprecia la palabra: “puede” ello significa que el fiscal y el defensor no están obligados a interrogar, pero también se considera un derecho que la persona que declaró no responda las interrogantes que le quieran formular; la ley no lo regula como obligatorio y por lo tanto se estima es un derecho de quien declara, responder o no las interrogantes.

5.4.3 Audiencias para decidir medidas desjudicializadoras (criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal y conversión).

De los artículos 25 al 31 del Código Procesal Penal se regulan estos institutos procesales cuyo fin es disminuir la carga de trabajo al ente investigador y resolver de manera práctica los procesos que no impliquen situaciones de gravedad para el sistema penal, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que la ley establece. Como puede analizarse en el desarrollo de los artículos descritos, no se menciona en ninguno de los artículos, la imperatividad de presentar argumentos para que el juez resuelva conforme a Derecho, solamente se mencionan los requisitos para su otorgamiento. No obstante, es menester aclarar que la argumentación es requisito indispensable en el sistema procesal penal guatemalteco, simple y llanamente en base el principio de oralidad que conlleva la necesidad de presentar las razones fácticas y jurídicas para el otorgamiento de uno los institutos jurídicos referidos.

5.4.4 Audiencia de revisión de las medidas de coerción personal

El artículo 276 del Código Procesal Penal establece: “Carácter de las actuaciones. El auto que imponga una medida de coerción o la rechace es revocable o reformable, aún de oficio.” El artículo citado se relaciona íntimamente con el artículo 277 del mismo cuerpo legal citado que regula lo siguiente: “Revisión a pedido del imputado”. El imputado y su defensor podrán provocar el examen de la prisión y de la internación, o de cualquier otra medida de coerción personal que hubiere sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento, siempre que hubieren variado las circunstancias primitivas. El examen se producirá en audiencia oral, a la cual serán citados todos los intervinientes. El tribunal decidirá inmediatamente en presencia de los que concurren. Se podrá interrumpir la audiencia o la decisión por un lapso breve, con el fin de practicar una averiguación sumaria.”

En ambos artículos se reúnen las circunstancias bajo las cuales se pueden suscitar dos eventos: revocar o reformar toda resolución en donde se hayan impuesto medidas de coerción. Incluso el legislador dejó abierta la posibilidad de que ese momento procesal acaezca aún de oficio cuando el Juzgador en aras de aplicar la justicia estime la procedencia de lo preceptuado. Al analizar el artículo 277 del Código Procesal Penal, se deduce que es el imputado y su defensor los que pueden solicitar la audiencia para discutir la posibilidad de que el auto que impuso la prisión preventiva y la internación, o cualquiera de las medidas de coerción personal reguladas en el artículo 264 del mismo Código, puedan ser objeto de revisión al haber variado las circunstancias.

Llama la atención formularse la siguiente interrogante: ¿Por qué en el artículo citado, no se contempló la posibilidad de que también el Ministerio Público o el Querellante Adhesivo pudieran provocar el examen del auto que dictó medidas de coerción, que sería el típico caso de un procesado que se encuentre gozando de medidas sustitutivas y posteriormente el Ministerio Público considere que procede revocarle dicho beneficio procesal y sea necesario dictar auto de prisión preventiva?

La respuesta a la interrogante planteada, la analiza el autor Oscar Alfredo Poroj Subujuy en el siguiente párrafo del libro: El proceso penal guatemalteco. “¿Puede variar el auto de medida sustitutiva dictado? El artículo 276 del Código Procesal Penal guatemalteco, establece que el auto que imponga una medida de coerción o la rechace es revocable o reformable, aun de oficio. Lo que da pie para aseverar, que no obstante se haya dictado un auto de medida sustitutiva, puede revocarse a favor o en contra, o bien reformarse”¹⁵⁹.

Por ejemplo, si una persona goza de una medida sustitutiva de caución económica y no puede hacerla efectiva, el abogado defensor puede solicitar la reforma al juez de primera instancia penal, basado en un estudio socio económico que demuestre la imposibilidad de hacerlo. O bien si una persona goza de este beneficio y no comparece a las citaciones o con los requisitos establecidos para concederla, puede solicitarse que se declare su rebeldía (Art. 79 del C.P.P.) y por ende se revoque la medida concedida.”

En cuanto a la revisión de la medida de coerción, el mismo autor nos ilustra de manera sencilla lo siguiente: “ Lo que ha de demostrarse al juez de primera instancia, es que las circunstancias que se tomaron en cuenta en contra del sindicado, para motivarle una medida sustitutiva ya variaron y pueden cambiarse la misma; que le es perjudicial y no es necesario mantenerla en contra del sindicado (Ejemplo, el que al estar obligado a firmar un libro cada semana en el juzgado, le impide realizar su trabajo de ventas, en los departamentos del país.)”

A pesar de que en ambos artículos estudiados, no se menciona la necesidad de argumentar para justificar las razones por las cuáles se pretende la revisión de la medida de coerción o bien se revoque o reforme una medida sustitutiva impuesta; es obvio que la discusión de la solicitud al llevarse a cabo en audiencia oral cuando hayan sido citado todos los sujetos procesales, ésta se realiza bajo el principio del

¹⁵⁹ Poroj Subujuy, Oscar Alfredo. El Proceso Penal Guatemalteco. Guatemala: Magna Terra Editores, Tomo I, 2007. Pág. 181.

contradictorio y es ahí donde las partes están obligadas a justificar que las circunstancias primitivas que dieron origen a la resolución que en ese momento se discute su revisión, ya variaron en pro o en contra del procesado. Es decir, que para convencer al Juzgador de que sea declarada con lugar la solicitud planteada, debe demostrarse con los medios de convicción y la debida argumentación del por qué se pretende que la resolución objeto de la revisión sea reformada o revocada.

5.4.5 Trámite general de los incidentes

Artículo 150 Bis del Código Procesal Penal preceptúa. “Trámite general de los incidentes. Cuando se promueve un incidente para el cual este Código no señale un procedimiento específico, se procederá de la forma siguiente:

La parte que promueve el incidente, solicitará una audiencia para sustanciar el mismo, exponiendo los argumentos que fundamentan su petición y proponiendo e individualizando la prueba cuando se refiera a cuestiones de hecho. El incidente que sea promovido sin cumplir con los requisitos anteriores será rechazado. El juez o tribunal que deba conocer del incidente citará al imputado, al Ministerio Público y a las demás partes, a una audiencia que deberá realizarse dentro del plazo máximo de dos (2) días en el caso que se trate de cuestiones de derecho, y cinco (5) días en el caso que sea cuestiones de hecho.

Oídas las partes y, en su caso, recibidas las pruebas, el órgano jurisdiccional, en la audiencia respectiva, resolverá el incidente sin más trámite. Si el incidente se promueve en el curso de una audiencia oral y no existe otro procedimiento señalado en este Código, se tramitará conforme a lo dispuesto respecto de los incidentes durante el debate oral y público.”

Dentro del trámite de un proceso penal pueden surgir situaciones que ameriten el planteamiento de un incidente, debiendo estar consciente que es un trámite está claramente establecido en el artículo citado. Como todo el proceso penal guatemalteco, prevalece la oralidad y el contradictorio como dos de sus principios

expresamente expuestos al plantear un incidente. Desde la solicitud hasta la decisión prevalece la necesidad de que el mismo esté sustentado en una sólida argumentación y si se refiere a cuestiones de hecho, las pruebas en las que se basa el solicitante debe proponerlas para que el juzgador al decidir en audiencia, fundamente su resolución adecuando la misma a lo que el solicitante acreditó. Este trámite tiene dos momentos importantes: a) Cuando se solicita la audiencia, se debe cumplir con la argumentación por escrito que respalde la solicitud y proponer las pruebas pertinentes si el asunto es de hecho. b) El desarrollo de la audiencia es para discutir la procedencia o no del incidente planteado.

En este trámite, quien solicita el incidente debe tener claro que la argumentación es de carácter obligatoria para justificar el motivo de la audiencia que se llevará a cabo. Si el asunto es de Derecho, esa argumentación debe versar sobre la interpretación de la norma jurídica cuestionada o la situación específica del caso. Por lo que no basta con redactar una simple solicitud y explicar los motivos del planteamiento, porque eso equivaldría a la posibilidad de que el juzgador al analizar el escrito, lo rechace por no cumplirse con los requisitos, principalmente argumentar del por qué se plantea una cuestión incidental.

5.4.6 Devolución de cosas y documentos

El artículo 202 del Código Procesal Penal regula: “Devolución. Las cosas y documentos secuestrados que no estén sometidos a comiso, restitución o embargo serán devueltos, tan pronto como sea necesario, al tenedor legítimo o a la persona de cuyo poder se obtuvieron. La devolución podrá ordenarse provisionalmente, como depósito e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos.

Si existiere duda acerca de la tenencia, posesión o dominio sobre una cosa o documento, para entregarle en depósito o devolverlo, se instruirá un incidente.

Los vehículos deberán ser devueltos a su propietario inmediatamente después de que se hayan practicado las diligencias pertinentes sobre ellos.

En todo caso, la devolución deberá efectuarse dentro de un plazo que no exceda de cinco días, salvo casos de fuerza mayor, siendo responsable el juez, de cualquier daño o perjuicio sufrido por la demora injustificada.”

Para la devolución de los bienes o documentos debe respetarse el derecho constitucional a la propiedad privada, por lo consiguiente, cuando la entrega es procedente, se solicita audiencia de devolución y la misma es programada para que el juzgador decida al escuchar a las partes. A simple vista se piensa que es la audiencia más sencilla en el sistema procesal penal guatemalteco; pero ocurre que hay ocasiones en las que existe oposición y es ahí donde se aplica la argumentación. Si el bien no está sujeto a alguna diligencia pendiente, el solicitante acredita la propiedad y debe asumir la obligación de explicar de manera sencilla los fundamentos de hecho y de Derecho que tenga para convencer al Juez acerca de lo solicitado.

5.4.7 Obstáculos a la persecución penal y civil

En los artículos 291, 292, 293, 294, 295 y 296 se regulan tres institutos jurídicos que suelen acaecer durante el trámite de un proceso penal.

La cuestión prejudicial y el planteamiento de las siguientes excepciones: incompetencia, falta de acción y extinción de la persecución penal o de la pretensión civil; deben ventilarse mediante el trámite de los incidentes.

Cuando la persona que se pretenda investigar y procesar goza del derecho de antejuicio, depende de un procedimiento específico previo para garantizar el derecho constitucional a la inmunidad por el cargo que ejerza.

Se consideran obstáculos a la persecución penal y civil porque depende de resolverse esa cuestión previa para poder continuar con las pesquisas conforme el debido proceso que debe respetarse. Lo importante aquí es dejar constancia que, para el planteamiento de cualquiera de los mencionados obstáculos, es también

obligatorio hacer uso de la argumentación jurídica en dos sentidos: fáctico y jurídico. Es preciso respaldar un razonamiento donde se haga referencia a los hechos que originan la solicitud y a su vez la interpretación jurídica de la norma que se pretende aplicar para que prospere la solicitud formulada.

5.4.8 Desestimación

El artículo 310 del Código Procesal Penal contempla la desestimación y procede cuando el Ministerio Público considera que un hecho que es objeto de una denuncia, querrela o prevención policial, no constituya delito o no se pueda proceder por alguna circunstancia en ese momento. Es el Fiscal el responsable de desestimar el caso, pero tiene la obligación de comunicárselo a la víctima o agraviado. Pero si la persona que se considera ser la víctima o agraviado no está de acuerdo con la decisión del Fiscal, le asiste el derecho de objetarla ante el juez competente dentro del plazo de los diez días siguientes.

Para el efecto, se programa una audiencia oral en presencia del Fiscal. Si el Juez considera que la investigación debe continuar, le ordena al Ministerio Público que lo haga, pero debe asignarse un Fiscal distinto al que haya decidido la desestimación.

Lo interesante de este tipo de audiencias es que, bajo el principio del contradictorio, el Juez decida una controversia entre la víctima o agraviado versus El Ministerio Público. Obviamente el Juez debe estar convencido de que le asiste la razón a quien solicitó la audiencia y éste a su vez por razones de garantía procesal es necesario acompañarse de un Abogado Director quien en su calidad de conocedor del Derecho está obligado a utilizar la técnica argumentativa para convencer al juzgador acerca de la conveniencia por el bien de la justicia, de que la persecución penal continúe.

5.4.9 Reforma del auto de procesamiento

El segundo párrafo del artículo 320 del Código Procesal Penal establece textualmente: "...Sólo podrá dictarse auto de procesamiento después de que sea

indagada la persona contra quien se emita. Podrá ser reformable de oficio o a instancia de parte solamente en la fase preparatoria, antes de la acusación, garantizando el derecho de audiencia.”

Este artículo es sumamente importante en la etapa preparatoria del proceso penal. Lo interesante de la procedencia para reformar el auto de procesamiento es que puede ser a instancia de parte o aún de oficio. Sea el Ministerio Público, el querellante adhesivo o la Defensa del procesado; tienen el derecho de solicitar que se reforme el auto de procesamiento, siempre y cuando se argumente debidamente y cuando es el Juez el que lo hiciera de oficio, debe en igual sentido cumplir fielmente con fundamentar la resolución porque es la parte argumentativa que lo toca realizar al juzgador

5.4.10 Sobreseimiento

Los artículos 325, 328, 329 y 330 del Código Procesal Penal contemplan las circunstancias en las cuales procede dictar auto de sobreseimiento en favor del procesado. Resolución que trae como efecto cerrar irrevocablemente el proceso en favor de quien se dicta y por tratarse de un auto debe ser debidamente fundamentado por parte del juzgador. Corresponde al Ministerio Público presentar la solicitud cuando concurra uno de los motivos que el código contempla, básicamente son dos motivos: a) cuando resulte evidente la falta de alguna de las condiciones para la imposición de una pena o b) cuando, a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba.

En la audiencia que se señale para el efecto, se discute si se acepta o no el sobreseimiento. El fiscal como solicitante, la defensa técnica velando por la aceptación del mismo, ambos tienen la obligación de argumentar con razones válidas y convincentes del por qué debe cerrarse irrevocablemente el proceso. Posteriormente el Juez tiene la obligación de resolver con fundamentos de hecho y de Derecho si acepta o no el planteamiento.

5.4.11 Clausura provisional

Los artículos 325 y 331 del Código Procesal penal regulan la audiencia intermedia de clausura provisional. Cabe formularse dos interrogantes: a) ¿Por qué lleva el nombre clausura? Y b) ¿Por qué es provisional? En primer lugar, tiene la similitud con el sobreseimiento en el sentido de que al estimar el Ministerio Público que no existe fundamento para promover el juicio público del imputado; pero tampoco corresponde sobreseer porque se considera que si bien es cierto en ese momento los elementos de prueba resultan insuficientes; también lo es que el ente fiscalizador considera que se pueden incorporar pruebas que por cualquier situación en particular no le fue factible recopilar hasta este momento. En ese orden de ideas, el Juez mediante auto fundado puede resolver dictar clausura provisional y mencionará los medios de convicción que se espera se puedan recabar.

Como conclusión de análisis a la forma de solicitar y resolverse el sobreseimiento o clausura provisional, el Ministerio Público al formular su petición, lo hace mediante un memorial que debe cumplir con las reglas de redacción jurídica y argumentación adecuada para que, al momento de la audiencia oral, pueda utilizar la oratoria como mecanismo de persuasión, pero en base a un requerimiento formulado conforme los requisitos que exige el ordenamiento procesal penal guatemalteco. En cuando a la resolución que emite el juzgador, en ambos institutos procesales está obligado a fundamentarse al resolver y si considera que la solicitud no se apega a las constancias procesales, tiene la facultad de rechazar la solicitud y ordenar que se plantea la acusación.

5.4.12 Audiencia de apertura a juicio

Es en el artículo 332 del Código Procesal Penal donde se contempla que, al vencerse la investigación, debe el Ministerio Público formular acusación y pedir la apertura del juicio; o en su caso solicitar el sobreseimiento, la clausura provisional o el procedimiento abreviado si procediere o incluso tiene la posibilidad de requerir se aplique el criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal.

El segundo párrafo de la norma antes citada la que, para los efectos de la presente investigación, denota importante transcribirla: “. La etapa intermedia tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo o para verificar la fundamentación de las otras solicitudes del Ministerio Público.”

La oralidad como pilar del proceso penal, viene acompañado del principio del contradictorio y éste a su vez está relacionado con dos conceptos que se utilizan indistintamente tanto en la doctrina como en la legislación: la fundamentación y argumentación. En el párrafo del artículo indicado, se menciona: fundamento y fundamentación. Implica que, en la audiencia intermedia, el Juez contralor de la investigación tiene una ardua labor al tener que tomar una decisión respecto al requerimiento que plantea el Ministerio Público o la oposición de la Defensa Técnica en dicha audiencia.

La etapa intermedia es un modelo que incorporó el Código Procesal Penal para dar paso a la estricta discusión acerca de la existencia de probabilidad seria y fundante de que el proceso avance al juicio oral y público o en su caso que se concluya en definitiva mediante el sobreseimiento; se suspenda temporalmente mediante la clausura provisional; se otorgue una medida desjudicializadora o en su caso decidir si se solicitó la aplicación del procedimiento abreviado.

Es el artículo 332 Bis. del Código procesal Penal el que regula los requisitos que debe contener el memorial que formula la acusación y solicita la apertura a juicio. El artículo mencionado contiene cinco (5) numerales y un párrafo al final del mismo. Lo relacionado directamente al objeto de estudio en este trabajo son los numerales dos (2); tres (3) y cuatro (4). Así también el último párrafo. Por lo que se presenta a continuación un breve análisis para abordar la importancia de cumplir con lo ordenado por la ley.

Requerir la apertura a juicio es una tarea seria para el Ministerio Público, porque además de hacer acopio de la objetividad que le debe caracterizar en ordenanza al artículo 181 del Código Procesal Penal; en base al artículo 332 Bis. del mismo código; debe explicarse, razonarse y fundamentarse cada uno de los aspectos que los numerales dos, tres y cuatro (2, 3 y 4) indica, mismos que deben ir plasmados en el memorial y contener lo siguiente:

- a) “La relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye al procesado y su calificación jurídica.” Esto implica que la plataforma fáctica en que sostiene su acusación, debe estar fundada sin ambigüedades y precisar el hecho punible con las circunstancias de tiempo, modo, lugar y forma en que se cometió; además de calificar el tipo penal que se adecúe a la teoría del caso concreto. Se recalca: no basta que el ente acusador se conforme con la prevención policial o la investigación de campo que se realizó en su oportunidad, o haber obtenido los medios de investigación recabados como si se tratara de una simple colección de evidencias. Implica tanta responsabilidad, que al asumir la decisión de formular acusación es porque la probabilidad de que el acusado haya participado en el hecho que se investiga, se fortaleció durante la investigación; es decir, ahora ya no bastan los motivos racionales suficientes que se necesitaban al momento de la primera declaración para que el juez ligara a proceso penal. Es preciso analizar cada uno de los medios investigativos y también estudiar profundamente el hecho punible, para arribar a la conclusión de que sí debe requerirse que se abra a juicio penal el caso.
- b) Los fundamentos resumidos de la imputación, con expresión de los medios de investigación utilizados y que determinen la probabilidad de que el imputado cometió el delito por el cual se le acusa. Significa que en el escrito de formulación de la acusación se debe cumplir fehacientemente con fundamentar fáctica y jurídicamente las razones por las cuáles se estima que

la probabilidad de participación amerita que se discuta en juicio oral y público, en virtud de haberse concluido la investigación y se concluye que los medios con los que se cuentan son suficientes a criterio del ente encargado de la investigación. Se reitera, no basta una simple enumeración de los medios de investigación, no basta con un simple relato de la imputación; la ley exige que se fundamente el petitorio y que se exprese con claridad que esos medios con los cuales se pretende llevar a juicio penal son consecuencia de una objetiva y eficiente investigación que determina probabilidad seria de la participación del procesado en el hecho que se le imputó desde sus inicios o que varió durante la investigación.

- c) “La calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables.” La manera en que está redactado este párrafo, impone al Ministerio Público obligaciones que implican un razonamiento acerca de varias situaciones en las cuales debe ilustrarle al juez contralor lo que ahí se enumera. Significa que es parte fundamental del escrito que contiene la acusación, se reitera que el Ministerio Público es el obligado a acreditarle al juez, los argumentos válidos para convencerlo de la necesidad de abrir a juicio un caso en particular.

En resumen, es el último párrafo del mismo artículo el que establece que cuando se remite al juez de primera instancia las actuaciones y medios de investigación, deben ser útiles, necesarios y suficientes para poder convencer al juez de la probabilidad que el imputado sí haya participado en el hecho que se le acusa.

Son los artículos 336, 337 y 338 del Código Procesal Penal que regula las actitudes a asumir por parte del acusado, defensor, querellante adhesivo, que a su vez puede ser también quien acciona para la reparación digna que se pretende. Como ya es

sabido por los Abogados Penalistas, cada expresión discursiva que se hace valer, debe ir acompañada de argumentos válidos.

El artículo 340 del Código Procesal Penal, regula que la decisión que tome el juez, emitiendo auto de apertura a juicio, clausura provisional o sobreseimiento; debe fundamentar adecuadamente con razonamientos y motivos apegados a las constancias procesales.

5.4.13 Ofrecimiento de pruebas

Es el artículo 343 del Código Procesal Penal el que regula que, al tercer día de declararse la apertura a juicio, se lleve la audiencia respectiva ante el mismo juez contralor de la investigación, para que las partes ofrezcan sus medios de prueba y puedan manifestar oposición a una o varias de las pruebas ofrecidas por la contraparte. El juez debe admitir la prueba pertinente. Cada sujeto procesal al proponer los medios de prueba debe aplicar la argumentación para poder justificar la necesidad de su incorporación en el debate oral y público. Por su parte el juez al aceptar las pruebas que no sean abundantes, innecesarias, impertinentes o ilegales; está obligado también a fundamentar razonadamente su decisión de aceptación de unas y rechazo de otras.

5.5 Debate oral y público

5.5.1 Alegatos de apertura

Aperturado el debate conforme el artículo 368 del Código Procesal Penal, el primer discurso argumentativo que se expone por parte de la parte acusadora y la defensa son los denominados: alegatos de apertura. Esta fase inicial del debate con la inclusión de estos alegatos, es producto de la reforma al Código Procesal Penal mediante el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República. En el referido artículo no se regula lo referente a lo que se debe y no se debe incluir en los alegatos de apertura; por lo que, en la práctica forense, tanto el Ministerio Público como la Defensa Técnica del procesado, se circunscriben a exponer un alegato que incluye generalidades acerca de la teoría del caso o de las razones por las cuales se abrió

a juicio penal el caso concreto. Es discutible preguntarse: ¿Son en realidad importantes los alegatos de apertura, a sabiendas que ahí no se ha diligenciado la prueba y por lo tanto el tribunal colegiado o el juez unipersonal según sea el caso, no conocen las interioridades de lo que se ventilará en las audiencias de debate?

Como se mencionó anteriormente la presente investigación consiste en el análisis de la importancia de aplicar la retórica y la argumentación en el litigio penal, entonces es viable referirse de manera crítica a estos alegatos en el inicio del debate oral y público, por lo mismo, se puede arribar a la conclusión de que la legislación debiera ser más específica y contemplar los aspectos que deben incluirse en dichos alegatos, porque tal y como está regulada la norma, se presta para que el exponente de los mismos haga referencia narrativa de los hechos, explicaciones genéricas del caso, referencias a los medios de prueba que se producirán en el debate, indicaciones acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado, entre otros temas que en la práctica del litigio penal se ha podido establecer que suceden.

Declarado abierto el debate por parte del tribunal de sentencia, las partes procesales deben presentar oralmente sus alegatos de apertura. Los alegatos de apertura se elaboran en el ejercicio estratégico, son preparadas minuciosamente para informar al tribunal los antecedentes, medios de prueba, la teoría del caso que se sustenta, así como la pretensión que se busca.

Fredy Enrique Escobar Cárdenas, en su libro de Oratoria Forense, cita a Eduardo Jauchen, quien menciona en relación a los alegatos que: “Hay dos oportunidades en que las partes exponen libremente sobre la totalidad del objeto del juicio: en el alegato de apertura y en el alegato final.”¹⁶⁰

“La importancia del alegato de apertura radica en lo siguiente:

¹⁶⁰ Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. Oratoria Forense (Litigación Penal). Guatemala. Magna Terra Editores, 2015, Pág. 183.

- a) Constituye la primera ocasión para dar a conocer al tribunal los hechos y los antecedentes que los fundamentan de cada parte.
- b) Permite fijar en el juez el tema de la teoría del caso y la visión de cada sujeto procesal.
- c) Permite ofrecer el punto de vista de cada parte, para la apreciación de la prueba.
- d) Permite organizar tanto la información de las partes, como el relato para los jueces.”¹⁶¹

Los alegatos de apertura deben ser ordenados, expuestos con un lenguaje técnico y con una pronunciación clara y bien entonada, para que los demás sujetos procesales puedan entender la exposición que se realiza.

El alegato de apertura debe de contener: “todos los elementos de la teoría del caso. Una narración persuasiva de los hechos (elemento fáctico), los fundamentos jurídicos que permiten soportar legal y doctrinariamente la tesis (elemento jurídico) y las pruebas que los demuestren y que serán practicadas en el debate (elemento probatorio). Para comunicar efectivamente la teoría del caso, es muy importante fijar desde el primer momento el tema de la misma y repetirlo varias veces durante la apertura. Igualmente, plantear los temas de la controversia.”¹⁶²

5.5.2. Incidentes

El artículo 369 del Código Procesal Penal establece que: “Todas las cuestiones incidentales que se pudieren suscitar serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del debate.

¹⁶¹ Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. Oratoria Forense (Litigación Penal). Guatemala. Magna Terra Editores, 2015, Pág. 186.

¹⁶² *Ibíd.* Pág. 194.

En la discusión de las cuestiones incidentales se les concederá la palabra una única vez, por el tiempo que establezca el presidente, al Ministerio Público, al defensor y a los abogados de las demás partes.”

Concluidos los alegatos de apertura, el tribunal otorga nuevamente la palabra a los sujetos procesales con el objeto de preguntarles si hay incidentes que plantear. Las cuestiones incidentales son accesorias del juicio principal, normalmente sobre circunstancias de orden procesal y son resueltas, según su naturaleza y decisión del tribunal, sucesivamente durante la audiencia o diferir para resolverlos hasta en sentencia.

Debe plantearse el incidente con elementos fácticos, jurídicos y probatorios, posteriormente el tribunal le dará trámite, concediéndoles la palabra a los demás sujetos procesales para que se pronuncie al respecto.

La legislación en materia procesal penal, no delimita los casos en los cuales se puede plantear un incidente, sin embargo, el incidente debe tener una relación con la actividad procesal o el fondo del asunto, con el objeto que se resuelva una pretensión clara y concisa por parte del tribunal de sentencia.

Para analizar un concretamente un caso de los que se experimentan en el litigio penal, se trae a colación un criterio de la Corte de Constitucionalidad en relación con la figura del consultor técnico: “... pues si bien éste no constituye un medio de prueba (refiriéndose al consultor técnico) puede ser propuesto nuevamente en el debate, tal decisión podría ser examinada mediante reposición, la cual equivale a protesta de anulación...”. Dicho criterio lo encontramos en la sentencia dictada dentro del expediente número: 5868-2016 de fecha doce de marzo de dos mil dieciocho de la Corte de Constitucionalidad. Es decir, que el consultor técnico puede ser propuesto como un incidente dentro del debate, para el efecto es necesario denominar el incidente, exponer el objeto de la participación del consultor técnico, acreditar su especialidad, en qué medios de prueba pericial va a participar,

fundamentar en derecho la petición y concluir con la respectiva solicitud al tribunal. Es importante saber que dicho incidente debe de ser resuelto en la misma audiencia, en virtud que por su naturaleza no tendría sentido se resuelva en sentencia.

5.5.3 Declaraciones del acusado

Es el artículo 370 que contempla el derecho que le asiste al acusado a declarar o abstenerse de hacerlo. En caso decida el acusado prestar su declaración, pueden proceder a interrogarlo el Ministerio Público, el querellante, el defensor y los miembros del tribunal o en su caso el juez unipersonal.

5.5.4 Ampliación de la acusación

Esta circunstancia está regulada en el artículo 373 del Código Procesal Penal y puede suscitarse cuando el Ministerio Público por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modificare la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integre la continuación delictiva.

5.5.5 Recepción de pruebas

Es el artículo 375 el que contempla el orden indicado en el cual se procede a incorporar los medios de pruebas que hayan sido admitidos. Los mismos pueden ser todos aquellos medios de prueba idóneos para el esclarecimiento de la verdad, entre ellos: Peritos, testigos, documentales, materiales, etc.

En esta fase del debate es una de las etapas del juicio oral en donde más se pone de manifiesto los principios de la oralidad y del contradictorio, porque las partes tienen el derecho de examinar a los peritos y testigos; así como cuestionar los medios de prueba documentales y materiales que se incorporen.

5.5.6 Nuevas pruebas

Es el artículo 381 del Código Procesal Penal el que contempla la posibilidad de que, al finalizar la recepción de los medios de prueba, se puedan ordenar aun de oficio,

la recepción de nuevos medios de prueba que resulten indispensables o útiles para esclarecer la verdad. Cabe la posibilidad que, por permitirlo este artículo, se puedan citar nuevamente a los peritos cuando por cualquier circunstancia se considere que los dictámenes resultaron insuficientes. Para respetar el derecho de defensa y el debido proceso, si se incorporarán nuevos medios de prueba, el tribunal debe suspender la audiencia al solicitarlo alguna de las partes por un plazo no mayor de cinco días.

Cabe analizar en el texto del artículo citado, que en apariencia no se genera una deliberación para decidir si es o no procedente admitir nuevos medios de prueba; incluso no se regula expresamente que el tribunal le correrá audiencia a las partes para que se pronuncien si tienen o no, medios de pruebas nuevos que ofrecer. Sin embargo, en la práctica procesal guatemalteca sí se cumple con el derecho de audiencia, el principio del contradictorio, de inmediación y del debido proceso. Cuando las partes ofrecen nuevos medios de prueba se debe tener mucho cuidado en qué tipo de prueba se está ofreciendo el porqué de su ofrecimiento; además en la argumentación se debe justificar que el o los medios de prueba que se ofrecen se refieran a circunstancias que efectivamente surjan durante el desarrollo del debate o que sean insuficientes los medios de prueba que se incorporaron. Esto es básico aclararlo, porque en la audiencia de debate en muchas ocasiones se ofrecen medios de prueba que en realidad no son nuevos y por lo tanto al proponerlos se cae en una argumentación inverosímil al no cumplirse con el requisito que impone el artículo 381 del Código Procesal Penal. El tribunal de sentencia o el juez unipersonal según sea el caso, debe cumplir con razonar debidamente al aceptar o rechazar medios de prueba nuevos, y no simplemente rechazarlos o aceptarlos sin cumplir con la debida fundamentación a la que siempre está obligado.

5.5.7 Discusión final y clausura

Esta es la etapa final de juicio oral, es quizá la fase más importante del debate oral y público. En el artículo 382 del Código Procesal Penal se regula la discusión a través de los alegatos finales o también llamados conclusiones. Es la audiencia en

la que todos los sujetos procesales tienen el derecho de expresar sus argumentos en relación a la tesis que se sustenta. Se pretende que, mediante el análisis de cada uno de los medios de prueba incorporados al debate, se discuta a cuáles de ellos se les debe o no conceder valor probatorio y si los mismos son suficientes o no para determinar la participación o inocencia del acusado o acusados en el proceso. Recordemos que el Ministerio Público desde el escrito de formulación de acusación, sostiene una tesis que ratificó o modificó en la audiencia de apertura a juicio y posteriormente en los alegatos de apertura tuvo también la oportunidad de referirse a esa tesis en la que sustenta la acusación. Por su parte el querellante adhesivo que a su vez puede ser el titular de la acción civil para la eventual reparación digna; es un acusador que si bien es cierto es adherible al titular de la acción penal (Ministerio Público); también lo es que en su calidad de querellante emite sus conclusiones y está obligado a plasmar su discurso argumentativo en base a los hechos y circunstancias en que versa la acusación y por ende sustentar sus peticiones en base a los medios de prueba que le sean útiles para la pretensión en su calidad de acusador particular.

El Abogado Defensor al hacer uso de la palabra debe sustentar su argumentación de manera objetiva y veraz, es decir pronuncia un discurso que al igual que las demás partes debe ser elocuente y persuasivo, pero a su vez congruente con el análisis que realice acerca de la realidad histórica de los hechos, la inocencia de su defendido, los medios de prueba de descargo, los medios de prueba de cargo, las circunstancias por las cuales estima que su cliente debe ser absuelto y defender conforme a la teoría del caso que como defensor técnico debió sostener desde que asumió la defensa de su patrocinado.

También es importante, tomar en consideración que no en todos los casos, el Abogado Defensor está obligado a argumentar en su discurso exclusivamente lo relativo a la inocencia de su defendido. ¿Por qué se indica esto? Hay ocasiones en las cuales el Ministerio Público destruye la presunción de inocencia del o los procesados. Ante ello, la Defensa Técnica debe asumir con seriedad su rol y no

caer en los vicios de la argumentación (las falacias en sus distintas denominaciones) y pretender a toda costa convencer al tribunal acerca de la inocencia de su defendido. Es importante en esta fase procesal, determinar que a pesar de la obligación que tiene el Abogado de ejercer la defensa con toda la pericia que le impone el principio del derecho de defensa, se debe asumir también con responsabilidad la búsqueda de la justicia cuando la culpabilidad ha quedado demostrada, no es aconsejable que el discurso argumentativo de las conclusiones finales se agote únicamente solicitando la absolución en base al artículo 391 del Código Procesal Penal. Tiene la opción de pretender la imposición de una pena benigna si en caso fuere condenado, circunstancia determinada en el artículo 65 del Código Penal. Ser defensor es una tarea seria, complicada y desafiante. El Defensor Técnico está obligado a encontrar las deficiencias de la investigación por parte del ente acusador; tiene la capacidad de detectar errores en la plataforma fáctica del Ministerio Público; tiene la habilidad de analizar cada medio de prueba que le favorece a su cliente y de desvanecer los medios de prueba de cargo en base a la insuficiencia de los mismos para respaldar una certeza de culpabilidad; tiene la ventaja de favorecerle la presunción de inocencia constitucional, que significa que mientras no haya certeza de participación, el tribunal debe respetar ese sagrado derecho fundamental y proceder a emitir una sentencia absolutoria.

En el cuarto párrafo del artículo 382 del Código Procesal Penal se regula el derecho a réplica: “Solo el Ministerio Público y el defensor del acusado podrán replicar; corresponderá al segundo la última palabra. La réplica se deberá limitar a la refutación de los argumentos adversos que antes no hubieren sido objeto del informe.” El principio del contradictorio se pone de manifiesto precisamente en este momento procesal de la clausura del debate.

En su orden, el Ministerio Público tiene el derecho de refutar los argumentos vertidos por la defensa y posteriormente la defensa también puede hacer uso de la réplica. La refutación según el Diccionario de la Lengua Española es: “Parte del discurso comprendida en la confirmación y cuyo objeto es rebatir los argumentos aducidos o

que puedan aducirse en contra de lo que se defiende o se quiere probar.” Mientras que replicar significa: “Instar o argüir contra la respuesta o argumento. / Responder oponiéndose a lo que se dice o manda.”¹⁶³

En realidad, la réplica es una contra-argumentación, porque se circunscribe a contradecir lo argumentado en primer lugar por la defensa, pero debe tomarse en cuenta que no son nuevas conclusiones. Posteriormente la defensa tiene el derecho de pronunciarse en relación a la réplica que formuló el Fiscal. Lo destacable en la réplica es que lleva implícita la argumentación para oponerse a otro argumento, significa que no se hace uso de la palabra solo por acceder al derecho que le asiste, se replica con argumentos que deben desvanecer por razones fundadas el argumento de la otra parte.

Como se puede apreciar en el artículo 382 del Código Procesal Penal en el cuarto párrafo, se les otorga esa facultad únicamente al Fiscal y al defensor. El autor Oscar Alfredo Poroj Subuyuj, escribe: “...se ha abierto el derecho a replicar a los demás abogados en virtud de aplicación del artículo 4 de la CPRG porque se empezó a solicitar y los Tribunales de Sentencia consideraron que no dar el derecho a réplica a los demás sujetos era inobservar este derecho fundamental; no obstante cada sujeto debe referirse a su función.”¹⁶⁴

5.5.8 Pronunciamiento de la sentencia

En el artículo 390 se regula que es mediante audiencia previamente convocada a las partes en el debate, se debe dar a conocer el contenido de la sentencia. Sin embargo, el segundo párrafo del mismo artículo contempla la posibilidad que dada la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora, se torne necesario diferir la redacción de la sentencia, procediéndose a leerse solo su parte resolutive y al darla a conocer de una manera resumida se leerá los fundamentos que motivaron la

¹⁶³ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Versión Digital: Edición del Tricentenario, Vigésima Tercera Edición, 2018.

¹⁶⁴ Poroj Subuyuj, Oscar Alfredo. El Proceso Penal Guatemalteco. Guatemala: Magna Terra Editores, Tomo II, 2007, Pág. 128.

decisión. Posteriormente el tribunal tiene un máximo de cinco días hábiles para dar a conocer la totalidad de la sentencia.

Cuando el tribunal de sentencia o el juez unipersonal proceden a dar a conocer el fallo en la audiencia respectiva, no se aplica el contradictorio porque la ley dejó prevista la posibilidad de impugnación a través del recurso de apelación especial. Por tratarse el presente trabajo de investigación acerca de la aplicación de la retórica y la argumentación en el litigio penal, se estima prudente analizar la importancia del contenido de la sentencia, ya que es ahí donde se plasma la decisión de absolución o condena. En ambas circunstancias los artículos siguientes del Código Procesal Penal: 186, del 383 al 397 son los que debe observar el tribunal para que la resolución esté apegada a Derecho.

La deliberación en sesión secreta es un período en el cual el tribunal colegiado o en su caso el juez unipersonal, analizan todas las circunstancias que preceptúa el artículo 386 del Código Procesal Penal: “Orden de deliberación. Cuestiones se deliberarán, siguiendo un orden lógico en la siguiente forma: cuestiones previas; existencia del delito; responsabilidad penal del acusado; calificación legal del delito; pena a imponer; responsabilidad civil; costas, y lo demás que este Código u otras leyes señalen. La decisión posterior versará sobre la absolución o la condena...”

De suma importancia también están los artículos: 186 y 385 del Código Procesal Penal. En ambos artículos se regula el sistema de la sana crítica razonada para la valoración de la prueba y poder arribar a la decisión de absolver o condenar. El documento que contenga la sentencia debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 389 del Código Procesal Penal, de los cuales se estima prudente describir los numerales 3, 4 y 5 por tener relación con el tema central de la presente investigación.

Artículo 389. Requisitos de la sentencia. La sentencia contendrá:.....

- 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado.
- 4) Los razonamientos que inducen al tribunal a condenar o absolver.
- 5) La parte resolutive, con mención a las disposiciones legales aplicables.....

La sentencia al no observarse los requisitos obligatorios para la misma, la hace caer en vicios graves que pueden ser objeto de nulidad al plantearse la apelación especial y resolverse en segunda instancia. Es el artículo 394 del Código Procesal Penal el que preceptúa: “Vicios de la sentencia. Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación especial están contenidos en seis numerales, de los cuales se estima que son los numerales 3, 4 y 6 los que se vinculan con el objeto del presente trabajo. Estos numerales son los siguientes:

- 3) Si falta o es contradictoria la motivación de los votos que haga la mayoría del tribunal, o no se hubieren observado en ellas las reglas de la sana crítica razonada con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.
- 4) Que falte o sea incompleta en sus elementos esenciales la parte resolutive.
- 6) La inobservancia de las reglas previstas para la redacción de las sentencias.

Toda sentencia debe cumplir con los requisitos que la ley establece, deben los juzgadores ser cuidadosos al resolver, principalmente observando las reglas de la sana crítica razonada al proceder a valorar la prueba, cuyo sustento será la base para condenar o absolver. Los juzgadores están obligados a pronunciar los razonamientos en forma sencilla, clara y a su vez ordenada; para arribar a la conclusión de su decisión. Cuando no se realizan los razonamientos conforme a las reglas de la sana crítica razonada, es una de las causales para provocar la nulidad de la sentencia, por contener vicios o defectos que habilitan la apelación especial.

5.6 Actividad procesal defectuosa

La vía recursiva en materia penal está contemplada por una serie de recursos que facultan a las partes que tengan un interés en el proceso, que hayan sufrido uno o varios agravios. Los actos procesales deben estar revestidos del cumplimiento de las normas legales. Sin embargo, hay ocasiones en que los actos procesales (autos o sentencias) contienen vicios que provoca la nulidad del mismo. La norma jurídica que da la pauta para el cumplimiento del debido proceso y el respeto a cada una de las disposiciones del trámite en el proceso penal está contenida en el artículo 281 del Código Procesal Penal. Aquí es donde se instituye como principio general el hecho de que, bajo ninguna circunstancia, una decisión judicial debe emitirse con defectos que contenga inobservancia de las formas y condiciones previstas en el Código Procesal Penal. La ventaja procesal es que los actos que contengan ese vicio procedimental, es corregible de oficio o a petición de parte y para ello es el artículo 284 del mismo código el que nos da la solución. El primer párrafo de dicho artículo preceptúa: “Renovación o rectificación. Los defectos deberán ser subsanados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando su error o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a solicitud del interesado...”

El Código Procesal Penal le denomina: Actividad procesal defectuosa. Lo que implica que la parte agraviada debe reclamar la subsanación del defecto o protestar el mismo, mientras se cumple el acto o inmediatamente de cumplido, cuando haya estado presente en el mismo. En el Artículo 282 del mismo código, asigna un nombre a la gestión para poder renovar o rectificar el acto viciado a solicitud de parte: Reclamo de subsanación. Es necesario que se haga uso de la técnica argumentativa para tener la aptitud de describir el defecto, individualizar el acto viciado u omitido y proponer la solución que corresponda. En igual sentido, el órgano jurisdiccional al proceder a corregir el acto que contiene el vicio, debe razonar debidamente los motivos que provocan la renovación o rectificación.

5.7 Impugnaciones

5.7.1 Recurso de reposición

Se discute aún si en realidad tiene la calidad de recurso, porque el mismo tribunal que dicta la resolución vuelve a examinarla. Procede en contra de todas las resoluciones dictadas sin audiencia previa y que no sean apelables. Es el artículo 402 del Código Procesal Penal el que regula la procedencia y el trámite.

Lo que hay que destacar de este recurso es la obligación que tiene el interponente de que al plantearlo por escrito debe ir fundado dentro del plazo de tres días y el tribunal lo resolverá de plano en el mismo plazo.

El artículo 403 del Código Procesal Penal regula el planteamiento de dicho recurso durante el trámite del debate, debiéndose interponer oralmente y se resuelve de manera inmediata, sin suspender el trámite del juicio.

El citado artículo se refiere al trámite del juicio, sin embargo, en la práctica procesal se da continuamente la necesidad de plantearlo durante el desarrollo de las audiencias en la etapa preparatoria o intermedia. Los jueces admiten la interposición del recurso de manera oral y al darle audiencia a la otra parte, proceden a resolverlo en el mismo acto. Debiéndose recalcar que al interponerse dicho se debe argumentar en relación a: la resolución que se impugna, el agravio que provoca y la aplicación que se pretende. El juzgador está obligado a fundamentar la resolución por mandato constitucional y específicamente el artículo 11 Bis. del mismo código.

5.7.2 Recurso de apelación

Regulado en los artículos del 404 al 411 del Código Procesal Penal. Para los efectos de estudio del presente trabajo, se analizan brevemente los artículos que se relacionan con la necesaria argumentación al interponer el recurso, el trámite en segunda instancia y la resolución que se emite.

Es el artículo 407 del Código Procesal Penal que regula lo siguiente: “Tiempo y forma. La apelación deberá interponerse por escrito, dentro del término de tres días, con expresa indicación del motivo en que se funda, bajo sanción de inadmisibilidad, si el apelante no corrige en su memorial los defectos u omisiones en la forma establecida en este Código.” Se reitera lo importante que es para el Abogado penalista la capacidad en la formación académica acerca de la aplicación argumentativa en cada recurso que plantea, la apelación no es la excepción cuando se exige que el apelante expresamente indique el motivo en que se funda, bajo advertencia de inadmisibilidad al no ser corregido. Este artículo se vincula directamente con el artículo 409 porque el tribunal de alzada, conoce el recurso y evalúa los agravios denunciados y ello le permitirá al tribunal superior: confirmar, revocar, reformar o adicionar la resolución.

El trámite en segunda instancia está contenido en el artículo 411 del Código Procesal Penal. Simplemente se regula que el tribunal resolverá dentro del plazo de tres días. Esta circunstancia ha sido objeto de cuestionamientos de índole académico al considerar que el derecho de audiencia a la otra parte y obviar el principio del contradictorio, elimina la posibilidad del debate, previo a la resolución del órgano que conoce en alzada. La única excepción que dejó la norma antes citada, en su segundo párrafo es cuando se trate de apelación de sentencia por procedimiento abreviado, es decir que en este caso si viabiliza al apelante y las demás partes que expongan sus alegaciones en la audiencia respectiva o bien lo hagan por escrito.

5.7.3 Recurso de queja

En realidad, no es un auténtico recurso en donde se discuta una cuestión que se necesita se revise en segunda instancia. Llamado también en la doctrina como ocurso. Procede cuando el juez que haya recibido el memorial del recurso de apelación, niega el trámite siendo procedente. Regulado en el artículo 412 del Código Procesal Penal. Se presenta directamente ante el tribunal de apelación y si las razones del juez de primer grado son infundadas, debe concederse y ordenar

que el trámite de la apelación continúe. Cuando se plantea el recurso en queja, a pesar de que la legislación únicamente exige que el agraviado recurra ante la denegatoria, en el memorial que lo contenga, debe incluirse un apartado argumentativo para justificar la procedencia del mismo.

5.7.4 Recurso de apelación especial

El Código Procesal Penal a partir del artículo 415 al 436 regula todo lo relativo a este importante medio impugnativo. Se hará referencia breve a los aspectos relevantes del memorial que contiene el recurso y del debate en segunda instancia, tomando en cuenta que son los aspectos que nos interesa estudiar por la naturaleza del presente trabajo.

“Para que el planteamiento sea técnico y tenga más posibilidades de éxito en su admisión es necesario:

Expresión separada de cada motivo del recurso (art. 418 CPP). Los motivos del recurso únicamente pueden referirse a la aplicación del derecho material o formal. Los motivos pueden ser de forma y/o de fondo, los mismos que están contemplados en el artículo 419 del CPP. Pero es insuficiente y no se llena el requisito de admisibilidad con expresar que se recurre por motivo de forma y/o fondo (violaciones procesales y/o materiales), ya que dentro de cada uno de esos motivos se puede dar un gran número de transgresiones o violaciones, los cuales dependerán del caso concreto y de la norma que se crea violada.

La invocación de motivo y agravios es única y se produce al momento de presentar el recurso. Dicha invocación se produce en el escrito introductorio del recurso, y los motivos y agravios no pueden ser modificados o cambiados o agregados después de ello, aún y cuando no se haya vencido el plazo para impugnar.

Cada motivo y agravio expresado debe bastarse a sí mismo. En el escrito introductorio del recurso ha de expresarse el motivo (forma y/o fondo); dentro de

cada motivo ha de expresar uno por uno los agravios, citando la norma o artículo que considere violentado en cada agravio; motivar o justificar cada agravio, indicar en qué consistió el error, cómo debió resolverse, la aplicación que se pretende y cómo ha de hacerse esa aplicación. El bastarse a sí mismo implica que cada agravio subsiste independientemente de los otros.

Los hechos fijados en la sentencia son intocables y no pueden ser objeto de un nuevo análisis por parte del tribunal de alzada.”¹⁶⁵

El artículo 427 se refiere al debate y se resume así: se realiza una audiencia con las partes que comparezcan. La oportunidad para argumentar la tiene en primer orden el abogado del recurrente, pero también pueden hablar los abogados de quienes no interpusieron el recurso. No se permiten las réplicas. Como complemento al discurso motivo de la discusión, optativamente se pueden dejar en poder del tribunal breves notas escritas sobre sus alegaciones. En el tercer párrafo del artículo se prevé que cuando las partes no desean o no pueden acudir a la audiencia programada, pueden reemplazar su participación mediante un alegato escrito que debe presentarse a más tardar un día antes del día de la audiencia.

El artículo 429, regula lo relativo a la deliberación, votación y pronunciamiento de la sentencia. Lo importante de la emisión de la sentencia es el segundo párrafo del artículo, al establecer que la sentencia se pronunciará siempre en audiencia pública. Si la sentencia acoge el recurso por motivos de fondo, por considerar que sí existe inobservancia o errónea aplicación o interpretación indebida de un precepto legal sustantivo, se resuelve el caso en definitiva y se dicta la sentencia que corresponde en base al artículo 431 del Código Procesal Penal. Ahora bien, con fundamento en el artículo 432 del mismo código, en caso la sentencia se fundamente en la inobservancia o errónea aplicación de la ley adjetiva, es decir que constituye un defecto del procedimiento, se anula total o parcialmente la sentencia de primer

¹⁶⁵ Sánchez, Alejandro. Medios de Impugnación. Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal, 2006, Pág. 39 y 40.

grado y se ordena la renovación del trámite por el tribunal competente desde el momento que corresponda.

Desde la interposición, luego en el debate y por último en la emisión de la sentencia se hace acopio de la importancia en que radica no solo el conocimiento del Derecho, sino de conocer las técnicas de la argumentación, para que haciendo gala de la oratoria forense, se pronuncie el discurso no solo elocuente, sino persuasivo por las razones que le asisten al interponente del recurso. Por su parte la Sala Jurisdiccional que resuelve el recurso, debe obligadamente razonar en la sentencia que examina y constatar la existencia o no de los vicios enunciados, para arribar a la conclusión producto del análisis intelectual que proceda.

5.7.5 Recurso de casación

Los artículos 440 y 441 del Código Procesal Penal, regulan los casos de procedencia para poder recurrir en casación ante la cámara respectiva de la Corte Suprema de Justicia. La casación puede plantearse por motivo de forma cuando verse en violaciones esenciales del procedimiento; por motivo de fondo cuando las infracciones a la ley sustantiva influyan decisivamente en la parte resolutive de la sentencia o auto de que se trate.

En el artículo 399, se regulan aspectos de suma importancia para el trámite del recurso de casación. El recurso será objeto de un examen de admisibilidad que al constatar que sí llena todos los requisitos que deben cumplirse, entonces se admite para su trámite y una vez pedidos los autos al tribunal impugnado, se fija día y hora para la vista. La vista será pública y se deben citar a todas las partes y en la audiencia se le concede la palabra al recurrente y a los demás sujetos procesales. En igual forma que sucede con el trámite de la apelación especial, si no se va acudir a la vista pública, se permite que los alegatos se presenten por escrito. La sentencia se dicta dentro de quince días y en igual forma que la forma de resolver la apelación especial, en el caso de la casación es similar porque si se acoge el recurso de casación por motivo de forma se reenvía al tribunal para que se dicte nueva

resolución, pero sin los vicios contenidos en la sentencia recurrida. Cuando se acoge el recurso de casación por motivo de fondo, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, dicta nueva sentencia en apego a la ley y doctrina que estime adecuada al caso en particular.

CONCLUSIONES

1. Se estableció que la hipótesis formulada fue debidamente comprobada, porque en el desarrollo de cada uno de los capítulos que contiene el presente trabajo, se estudiaron de manera descriptiva, analítica y crítica cada uno de los temas necesarios que se vinculan con la retórica y la argumentación jurídica, determinando que la utilización de ambas, es indispensable en el litigio penal, porque el discurso que expresa el abogado va orientado a demostrar la tesis que sustenta mediante la utilización de la oratoria forense como una disciplina auxiliar del Derecho Penal.
2. Todo abogado penalista necesita de la retórica y la argumentación para expresarse de la mejor manera, esto contribuye a la adecuada práctica judicial en el litigio penal, en igual sentido los jueces, están obligados a justificar su decisión; es por ello que los sujetos procesales deben utilizar adecuadamente la argumentación jurídica en sus alegatos, esto facilita la aplicación del Derecho mediante la fundamentación y razonamiento judicial. El conocimiento de las teorías de la argumentación jurídica fortalecen la aplicación práctica del Derecho, su interpretación, justificación de las razones con criterios jurídicos formales y materiales que tengan los juzgadores a la hora de resolver.
3. En el litigio penal guatemalteco, los abogados que intervienen en cada audiencia del proceso, deben hacer uso adecuado y eficiente de la retórica y la argumentación jurídica, como parte de la creatividad obligatoria para que el principio del contradictorio prevalezca y permita la emisión de resoluciones apegadas a la justicia. Para los abogados es de importante, poseer conocimientos teórico-prácticos acerca de dos disciplinas fundamentales: la retórica y la argumentación jurídica. La

academia debe atender la necesidad de formar Profesionales del Derecho, con amplia competencia para exponer sus argumentos en litigio penal, tomando en consideración que los principios fundantes de dicho proceso son la oralidad, el contradictorio, la inmediación y fundamentación.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo. Tesis Doctoral "Perspectiva Dimensional de la Argumentación Jurídica". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Postgrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008.

Alfaro A. Rolando. Oratoria Forense. Guatemala: Editorial Óscar de León Palacios, 1998, Tomo I.

Altés Tàrraga, Juan Antonio. Técnicas Jurídicas y Habilidades Jurídicas Básicas. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

Aristóteles. Retórica. Argentina: Editorial Gradifco.

Atienza, Manuel. Cursos de Argumentación Jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

Atienza, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel, 2007.

Atienza, Manuel. Las razones del derecho. México: UNAM, 2000.

Atienza, Manuel; Ferrajoli, Luigi. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. México: 2005.

Buenaga Ceballos, Óscar. Introducción a la argumentación jurídica. España: Editorial Tecnos, 2016.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L. Tomo III. Catorceava Edición, 1979.

Calonje, Concha. Técnica de la Argumentación Jurídica. España: Editorial Aranzadi, 2da. Edición, 2009.

Cano Jaramillo, Carlos Arturo. *Oralidad, Debate y Argumentación*. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005.

Cárdenas Gracia, Jaime. *Manual de argumentación jurídica*. México: Editorial Porrúa, 2014.

Carrillo De La Rosa, Yezid. *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009.

Conde Gaxiola, Napoleón; Suárez Romero, Miguel Ángel. *Argumentación Jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

Dávalos, José. *Oratoria*. México: Editorial Porrúa, 2010.

De Mata Vela José Francisco, Tesis Doctoral, *La Reforma del Código Procesal de Guatemala*. España: Universidad Autónoma de Barcelona Facultad de Derecho, 2007.

Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la Retórica y la Argumentación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sexta Edición. 2010.

Escobar Cárdenas, Fredy Enrique. *Oratoria Forense (Litigación Penal)*. Guatemala. Magna Terra Editores, 2015.

Fernández León, Óscar. *Con la Venía, Manual de oratoria para Abogados*. España: Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, Primera Edición, 2013.

Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007.

García Amado, Juan Antonio. Razonamiento Jurídico y Argumentación, Nociones Introductorias. EOLAS ediciones.

Grajales, Amós Arturo; Negri, Nicolás. Argumentación jurídica. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014.

Haba (Coord), Enrique P. Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica. Perú: Palestra Editores, 2014.

Hernández Guerrero; José Antonio, "El arte de Hablar" Manual de Retórica Práctica y de Oratoria Forense Barcelona, Ariel 2004.

Hormazábal Sánchez, Ricardo. Manual de Retórica, Oratoria y Liderazgo Democrático. Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, Gobierno de Chile

Ibáñez Mariel, Roberto; Otero Parga, Milagros (Coordinadores). Argumentos de la Argumentación Jurídica. México: Editorial Porrúa, 2010.

Lionetti De Zorzi Juan Pablo. La Toma de Decisión en la Argumentación Jurídica. (Breves apuntes para una aproximación al tema). Disponible en: <http://www.uv.es/mariaj/razón/tema3.pdf>. Fecha de consulta: mayo de 2019.

Martineau, Francois, Técnicas de argumentación del abogado, Barcelona, Bosh, 2000.

Moreso i Mateos, Josep Joan. Lógica, argumentación e interpretación en el derecho. Barcelona: Editorial UOC, 2005.

Mortara Garavelli, Bice. Manual de Retórica. España: Grupo Editorale Fabbri, 2000.

Olmedo Romero Alfredo, Barrenchea Santillán Aníba, Mirasa Torpoco David. Oratoria Forense y Redacción Jurídica. Disponible en:

<https://es.slideshare.net/Josejimenez89/oratoria-forense-y-redaccion-juridica-egacal>. Fecha de consulta: 12/06/2019.

Ossorio, Ángel. El alma de la toga. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1975.

Otero Parga, Milagros. Cuestiones de Argumentación Jurídica. México: Editorial Porrúa, 2008.

Pantoja, Rafael. Los 18 secretos de Rafael Pantoja de cómo hablar en público. Guatemala: Artemis Edinter, 2004.

Poroj Subbuyuj, Oscar Alfredo. El Proceso Penal Guatemalteco. Guatemala: Magna Terra Editores, Tomo I, 2007.

Poroj Subbuyuj, Oscar Alfredo. El Proceso Penal Guatemalteco. Guatemala: Magna Terra Editores, Tomo II, 2007.

Portela, Jorge; Puy Muñoz, Francisco. La Argumentación de los Operadores Jurídicos. Argentina: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Versión Digital: Edición del Tricentenario, Vigésima Tercera Edición, 2018.

Reyes Coria, Bulmaro "La retórica en la participación oratoria de Cicerón" México UNAM 1987.

Reyes Coria, Bulmaro "La retórica en la partición oratoria de Cicerón ", México UNAM. 1987.

Saad, Antonio Miguel. La Palabra y la Magia Personal. México, D.F: Grupo Editorial Iberoamérica, 1991.

Sánchez, Alejandro. Medios de Impugnación. Guatemala: Instituto de la Defensa Pública Penal, 2006.

Schulz, Fritz. Principios del derecho romano. Madrid. Civitas. 2000

Segura Munguía, Santiago. Diccionario etimológico latino-español, Madrid: Editorial Anaya, 1985.

Socorro, Juan Carlos (Coordinador). Argumentación Jurídica. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, Segunda Edición, 2010.

Spang, Kurt.: Fundamentos de retórica. Pamplona, Eunsa, 1984. Disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas//index.php/anuario-filosofico/article/view/30794/25312>. Fecha de Consulta: 12/06/2019.

Vásquez López, Luis (Compilador). Técnicas de Litigación Penal. San Salvador: Editorial Lis.

Viehweg, Theodor. Tópica y filosofía del derecho. Barcelona, Gedisa. 1977.

Vigo, Rodolfo Luis. Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2015.

Wikipedia La Enciclopedia Libre. Definición de Retórica. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Ret%C3%B3rica#Elocutio>. Fecha de consulta: 12/06/2019.