



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Ciencias Jurídicas

Positivismo Jurídico: Paradigma hegemónico del sistema acusatorio penal

Opción de titulación
Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
Maestría en Ciencias Jurídicas

Presenta:
Uriel Gómez Nava

Dirigido por:
Dra. Gabriela Aguado Romero

Dra. Gabriela Aguado Romero
Presidente



Firma

Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera
Secretario



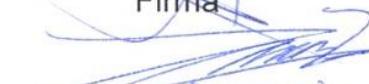
Firma

Dr. José Fernando Vazquez Avedillo
Vocal



Firma

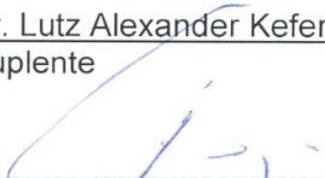
Mtro. Juan Antonio Flores Hernández
Suplente



Firma

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero
Suplente



Firma

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad

Dra. Ma. Guadalupe Flavia
Loarca Piña
Director de Investigación y Posgrado

Resumen

El presente trabajo aborda al positivismo jurídico como un paradigma hegemónico dentro del proceso penal acusatorio, pero precisamente es aquí en donde surge la oportunidad de vislumbrar una posibilidad de ser disruptivos en cuanto a la forma de concebir y operar el derecho penal. Precisamente en este nuevo modelo de justicia penal se permite crear argumentos por parte de los operadores jurídicos, en otras palabras, estos fungen como sujetos epistémicos dentro de un proceso, sin embargo, son los mismos operadores los que a la fecha continúan trabajando con el estricto legalismo del positivismo jurídico. Referente a la estructura y dirección de este trabajo existen estudios relacionados al ámbito epistemológico del sistema acusatorio penal como lo es la tesis doctoral de la Doctora Mariela Ponce Villa denominada El Carácter Epistemológico Del Procedimiento Penal Acusatorio y Oral, el artículo Epistemología e historia del juicio penal oral de Juan de Dios González Ibarra y Emilio Peña Rangel, los cuales vienen a nutrir el presente trabajo. De acuerdo a lo anterior, la perspectiva que da origen a una oportunidad diferente de concebir un paradigma jurídico dentro del proceso penal acusatorio, se centra en la posibilidad de operar bajo un paradigma positivista hegemónico, pero, coexistiendo indudablemente dentro de la participación de cualquier operador de dicho sistema con otros paradigmas jurídicos, como lo son el derecho natural, la corriente sociológica y el pluralismo jurídico. Aquí se encuentra el punto central del presente trabajo. El presente trabajo utilizó una metodología hermenéutica con una óptica analítica, crítica y por supuesto propositiva. Se compone por cuatro capítulos comenzando por el Capítulo I Antecedentes del problema, Capítulo II Paradigmas jurídicos que pueden operar dentro del sistema penal acusatorio, Capítulo III La Argumentación Jurídica y Capítulo IV La interacción de los diversos paradigmas jurídicos con instituciones, operadores jurídicos y la sociedad.

(Palabras clave: Positivismo, Sistema Penal Acusatorio, Argumentación Jurídica)

SUMMARY

The present work approaches legal positivism as a hegemonic paradigm within the accusatory criminal process, but it is precisely here where the opportunity arises to glimpse a possibility of being disruptive in terms of the way of conceiving and operating criminal law. Precisely in this new model of criminal justice is allowed to create arguments by legal operators, in other words, these function as epistemic subjects within a process, however, it is the same operators who to date continue to work with the strict legalism of legal positivism. Concerning the structure and direction of this work, there are studies related to the epistemological field of the criminal accusatory system, such as the doctoral thesis of Dr. Mariela Ponce Villa called *The Epistemological Character of Accusatory and Oral Criminal Procedure*, the article *Epistemology and history of the criminal trial* by Juan de Dios González Ibarra and Emilio Peña Rangel, who come to nurture the present work. According to the above, the perspective that gives rise to a different opportunity to conceive a legal paradigm within the accusatory criminal process, focuses on the possibility of operating under a hegemonic positivist paradigm, but, undoubtedly coexisting within the participation of any operator of this system with other legal paradigms, such as natural law, the sociological current and legal pluralism. Here is the central point of the present work. The present work uses a hermeneutical methodology with an analytical, critical and, of course, propositive approach. It is composed of four chapters beginning with Chapter I Antecedents of the problem, Chapter II Legal paradigms that can operate within the accusatory criminal system, Chapter III The Legal Argumentation and Chapter IV The interaction of the various legal paradigms with institutions, legal operators and society.

(Keywords: Positivism, Accusatory Penal System, Legal Argumentation)

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer por el apoyo recibido en la elaboración del presente trabajo a todas las personas que directa o indirectamente me apoyaron en la elaboración del mismo, a mi familia, amigos, conocidos, a mis compañeros, a mis profesores, al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro (UAQ).

ÍNDICE.

Introducción.	5
CAPITULO I. Antecedentes del problema	6
1.1 Generalidades del Positivismo y del Positivismo Jurídico en México	6
1.2 El Positivismo Jurídico como Paradigma Hegemónico en México	10
1.3 La Reforma Constitucional de junio de 2008 y de 2011	16
1.4 La contradicción de tesis 293/2011	24
CAPITULO II. Principales Paradigmas Jurídicos que pueden operar dentro del sistema penal acusatorio	29
2.1 El Derecho Natural	29
2.2 El Realismo Jurídico	35
2.3 El Pluralismo Jurídico	40
2.4 Epistemología Jurídica	43
CAPITULO III. La Argumentación Jurídica	46
3.1 Relevancia de la argumentación jurídica en el Sistema Penal Acusatorio	47
3.2 Relevancia de la argumentación jurídica en la etapa de juicio en el sistema procesal penal acusatorio	56
3.3 El alegato de clausura como ejemplo de acto procesal en donde se pueden evidenciar los diversos paradigmas jurídicos	63
CAPITULO IV. La interacción de los diversos paradigmas jurídicos con las instituciones, operadores jurídicos y la sociedad	75
4.1 Instituciones	75
4.2 Operadores Jurídicos	77
4.3 Reflexión sobre la recepción del sistema acusatorio por la sociedad	84
Conclusiones	86
Bibliografía	97

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo abordaremos el porque nos encontramos ante una problemática de índole paradigmática, argumentativa y epistémica, se abordarán temas como las generalidades del positivismo, su llegada y afianzamiento en México, su repercusión jurídica y como esta corriente arraigo una forma de operar y concebir el derecho y a raíz de ciertas reformas constitucionales en nuestro país nos vemos en la necesidad de reinterpretar el positivismo jurídico para darle cabida a la coexistencia de este con otros paradigmas jurídicos dentro del proceso penal acusatorio. Ejemplo de lo anterior son las reformas constitucionales de junio de 2008 y de junio de 2011. También importante señalar la contradicción de tesis 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual viene a repercutir en la forma de concebir y operar el derecho en México.

En el segundo capítulo abordaremos la cuestión epistemológica y los diferentes paradigmas jurídicos que pueden operar dentro del sistema penal acusatorio en armonía con el positivismo jurídico como paradigma rector.

En el tercer capítulo se hace referencia a la importancia de la argumentación jurídica y como instrumento para materializar el objetivo del presente trabajo.

En el cuarto capítulo se mencionan las áreas de oportunidad que se deben trabajar para que la propuesta hipotética del presente trabajo se concrete.

Como conclusiones se establece la propuesta consiente de que los operadores jurídicos trabajen dicho sistema penal desde la plena conciencia que fungen como sujetos epistémicos y no como simples recitadores de la norma.

Capítulo I Antecedentes del Problema.

1.1 Generalidades del Positivismo y del Positivismo Jurídico en México.

Comenzaremos hablando de manera general acerca del positivismo. La UAM Azcapotzalco menciona que el positivismo “Consiste en no admitir como válidos científicamente otros conocimientos, sino los que proceden de la experiencia, rechazando, por tanto, toda noción a priori y todo concepto universal y absoluto. El hecho es la única realidad científica, y la experiencia y la inducción, los métodos exclusivos de la ciencia. Por su lado negativo, el positivismo es negación de todo ideal, de los principios absolutos y necesarios de la razón, es decir, de la metafísica. El positivismo es una mutilación de la inteligencia humana, que hace posible, no sólo, la metafísica, sino la ciencia misma. Esta, sin los principios ideales, queda reducida a una nomenclatura de hechos, y la ciencia es una colección de experiencias, sino la idea general, la ley que interpreta la experiencia y la traspasa”¹.

El término positivismo fue utilizado por primera vez por el filósofo y matemático francés del siglo XIX Auguste Comte. “Comte eligió la palabra positivismo sobre la base de que señalaba la realidad y tendencia constructiva que él reclamó para el aspecto teórico de la doctrina. En general, se interesó por la reorganización de la vida social para el bien de la humanidad a través del conocimiento científico, y por esta vía, del control de las fuerzas naturales. Los dos componentes principales del positivismo, la filosofía y el Gobierno (o programa de conducta individual y social), fueron más tarde unificados por Comte en un todo bajo la concepción de una religión, en la cual la humanidad era el objeto de culto. Numerosos discípulos de Comte rechazaron, no obstante, aceptar este desarrollo religioso de su pensamiento, porque parecía contradecir la filosofía positivista original. Muchas de las doctrinas de Comte fueron más tarde

¹ Universidad Autónoma Metropolitana (2017). Positivismo. México Recuperado de <https://www.azc.uam.mx/csh/sociologia/sigloxx/positivismo.htm>

adaptadas y desarrolladas por los filósofos sociales británicos John Stuart Mill y Herbert Spencer así como por el filósofo y físico austriaco Ernst Mach”².

Por tanto, podemos considerar que el positivismo pretende atenerse a los hechos y toma a la ciencia experimental como modelo de toda racionalidad.

En conjunto, la ciencia positiva, podemos mencionar que intenta proponer un nuevo modelo de racionalidad científica, mantenerse dentro del terreno de los hechos, entendiendo esto último no tanto los datos inmediatos de los sentidos sino las relaciones entre dichos datos, esto es las leyes científicas. Las leyes dejan de ser hechos para transformarse en generalizaciones a cerca de los hechos. La ciencia es la única guía para la humanidad y confía en el progreso indefinido y representa la ideología burguesa en tanto defiende el utilitarismo y también es un intento para remediar los conflictos sociales del siglo XIX.

En cuanto al positivismo en México, este fue difundido por Gabino Barreda a partir del año de 1867 e influyó notablemente en los destinos de la sociedad y el Estado mexicano de esa época.

El Positivismo halló en México una situación propicia para extenderse porque las clases dominantes encontraron en esa filosofía una justificación de sus intereses políticos y económicos.

La influencia de esta corriente aumentó considerablemente cuando una parte de los intelectuales que lo impulsaban llegó al poder durante la tercera presidencia de Porfirio Díaz en 1888 y que sus principales pretensiones eran obtener una libertad económica en cuanto a su forma de manejar la economía y el análisis científico de los problemas del país.

Para el grupo de la Unión Liberal existía una diferencia entre dictadura personal y una dictadura social, y de esta manera justificaba la permanencia de Díaz en

² Ídem.

el poder, ya que, aunque consideraban a su régimen casi unipersonal, dictatorial y basado en la limitación de libertades, era el símbolo del orden, del progreso y de la paz.

Para este grupo de intelectuales la ciencia positiva era la única capaz de conocer los problemas del país y creían que con los conceptos de orden y progreso éstos se resolvían, evolucionando así, la sociedad como si fuera un organismo.

Por tanto, se observa que el positivismo es una ideología importada a México, que le sirve directamente a un grupo político como instrumento propio. Por eso es identificada fácilmente con una política y con un grupo determinado de la historia nacional.

Las tesis positivistas se fueron acreditando a la fuerza para acreditar a esa clase social en el poder, creando un positivismo a la mexicana que chocó con la realidad y que no hizo otra cosa sino reflejar el estado de desigualdad³.

Consideramos que esta doctrina social tuvo un triple propósito, el primero, es una nueva forma de ver el mundo, segundo utilizarla como una nueva arma educativa y tercera emplearla como arma política de la clase en el poder.

Desde que los liberales asumieron el poder, ya se había utilizado como una doctrina filosófica, como forma de pensamiento social. La búsqueda de una nueva nación, la formación de otros tipos de comportamiento político y el acecho de los grupos conservadores, llevaron al grupo liberal triunfante a buscar los mecanismos para ordenar al país y progresar.

³ Ídem.

Cuando asume el poder Porfirio Díaz, los liberales juzgan que la dictadura es la única instancia real para llegar a cumplir los objetivos que se habían trazado. “Es aquí donde “se sacrificó la evolución política por la evolución social”⁴.

Por tanto, podemos evidenciar que el positivismo llegó a nuestro país como un soporte de las clases dominantes, legitimando el discurso que hasta el momento se ejercía por parte de los gobernantes y la clase económica y como todos los impulsores del estado de aquella época coincidían en que la educación era el punto de partida para realizar el nuevo proyecto de nación, fue justo en ese ámbito en donde la doctrina positivista tuvo su mayor incidencia.

Como señala Jaime Cárdenas Gracia “el derecho y el Estado suelen presentarse unidos. El surgimiento del derecho de nuestro tiempo (sistemas jurídicos evolucionados) coincide con el nacimiento del Estado moderno. Hay autores como Kelsen que identifican al derecho con el Estado y, hasta hace muy poco tiempo todo derecho que no tenía origen estatal se consideraba que no era derecho⁵”

⁴ Zea, Leopoldo, *El Positivismo. Un estudio de la filosofía México*, en Salgueiro, Roberto y Rodríguez, Ella, Antología de autores críticos de la historia de México 1824-1910, México, Guajardo, 1979, p. 221.

⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2012, pp. 264, 265.

1.2 El Positivismo Jurídico como Paradigma Hegemónico en México.

Ahora bien, de acuerdo a lo visto en el capítulo preliminar, se observa que el positivismo adquirió fuerza en nuestro país dado que era la única concepción filosófica que podría traer orden y progreso a nuestro país a inicios del siglo pasado, pero, ¿cómo es que dicha corriente filosófica se adaptó a la disciplina jurídica y adquirió tanta relevancia y arraigo que hasta hoy en día se sigue concibiendo únicamente al derecho desde esta corriente? Pues bien, el positivismo llega a la concepción jurídica en nuestro país a tratar de brindar la garantía de justicia y de dotar de certeza a una norma recién creada (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) además de la concepción como una teoría constitutiva de un Estado. Por lo tanto, podemos mencionar que el positivismo jurídico, surge en adhesión al positivismo filosófico cuya preocupación era asegurar el carácter científico de los conocimientos humanos, en especial, los obtenidos por la investigación sobre temas sociales. El positivismo jurídico se dirige a diseñar un modelo para la investigación jurídica que le permita emplearse en cualquier situación, es decir, el positivismo jurídico nació más que descubierto a través del uso de la razón como una forma de justificar la necesidad del respeto a las normas jurídicas, sin importar si estas eran justas, equitativas o proporcionales.

Una concepción que podría confundirse con el objetivo del presente trabajo es la del Neoconstitucionalismo. Según Leonardo García Jaramillo “El Neoconstitucionalismo cuenta con una propia teoría de las normas en la medida en que plantea la existencia de diversos tipos de enunciados normativos no reducibles a una estructura común, destacando entre ellos el papel de los principios en el razonamiento jurídico”⁶

⁶ García Jaramillo, Leonardo, *Activismo Judicial y Dogmática de los Márgenes de Acción: Una Discusión en clave Neoconstitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 38.

Podríamos decir que el presente trabajo tiene una alta afinidad con la teoría del garantismo de Ferrajoli, otra concepción que puede resultar contradictoria con el presente, sin embargo, este va encaminado a situarse en un contexto epistémico y no tanto a una teoría de filosofía del derecho. Luis Prieto Sanchís refiere en torno al garantismo lo siguiente “la teoría del derecho del garantismo es una teoría de la divergencia, cuya función consiste en distinguir y al mismo tiempo conectar los distintos niveles de discurso a propósito del Derecho, advirtiendo frente a posibles confusiones que están en la base de otras tantas falacias: la falacia iusnaturalista, que impide reconocer la existencia de normas validas, aunque injustas; la legalista, que impide reconocer la existencia de normas injustas, aunque validas; la normativista, que impide reconocer la existencia de normas vigentes, aunque invalidas; y en fin, la realista, que impide reconocer la existencia de normas validas o vigentes, pero inefectivas”⁷

Ahora bien, cuando se habla de positivismo jurídico, se toma como base la definición de Hart, al indicar que “el positivismo” se usa para designar que no existe conexión necesaria entre derecho y moral o entre el derecho que es y el que debe ser, que un sistema jurídico no tiene lagunas y las decisiones se deducen de reglas jurídicas preestablecidas. Herbert Hart además menciona lo siguiente refiriéndose al positivismo como sistema normativo “En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho. De allí que este tenga que referirse en forma predominante, aunque no exclusiva, a clases de personas

⁷ Prieto Sanchis, Luis, *Garantismo y Derecho Penal*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México, 2012, p. 6.

y a clases de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa”⁸.

Normalmente se suele asociar al positivismo con el formalismo y la única salida que tendríamos actualmente a romper este esquema sería la jurisprudencia. Sin embargo las críticas que normalmente se realizan al positivismo es precisamente que la concepción de justicia se limita al concepto de legalidad (que de igual manera la jurisprudencia está situada en esta perspectiva), respecto a esto Eduardo García Maynez menciona “la concepción de la justicia como simple legalidad, única que a los ojos de Kelsen es objetiva, deja en pie el problema del valor intrínseco de los preceptos jurídicos y, por ende, de la justificación, en sentido axiológico, del contenido o materia de tales preceptos.”⁹

Juan de Dios González Ibarra nos menciona respecto al positivismo e institucionalismo: “La institucionalidad como soporte o base normativa necesita perseguir valores, de otra manera funciona (como lo hizo en el nazismo o fascismo) como anti institucionalidad, esto significa que está en contra de la dignidad y derechos del hombre, como se ha demostrado históricamente con la Segunda Guerra Mundial”¹⁰.

Conforme a lo anterior se observa que la institucionalización viene a ser otro punto fundamental del positivismo jurídico en nuestro país, pues el éxito del positivismo jurídico depende en gran medida de las instituciones que operan como garantes del cumplimiento de las normas jurídicas.

⁸ Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Argentina, 1992, p. 155

⁹ García Maynez, Eduardo, *Positivismo Jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, 10ª Edición, México, 2016, p. 23.

¹⁰ González Ibarra, Juan de Dios, *Metodología Jurídica Epistémica*, Fontamara, México, 2003, p. 208.

La cita anterior la podemos traducir, en que en la actualidad no basta que las instituciones tengan un soporte normativo pues ahora deben ir más allá de esto, se debe perseguir que estas fomenten y procuren valores además de que sean acordes a la realidad social en la que nos encontramos pues sin lugar a dudas los derechos están en los hechos. Veamos otro extracto del mismo autor: “la teoría Kelseniana del derecho, sobre todo, fue identificada como cómplice legalista de esa etapa genocida, en el cual el derecho en lugar de estar al servicio del hombre “como todo tipo de conocimiento o ciencia” provocó que el hombre estuviera para uso de un derecho injusto y criminal, con lo cual se dio un resurgimiento del iusnaturalismo, esto confirmado por el establecimiento del ombudsman o defensorías de los derechos humanos o del pueblo, en muchos países como el nuestro, tanto en el ámbito nacional como estatales y por materia especializada de competencia: internacionales, nacionales, de la mujer, del niño, administrativo”¹¹.

De acuerdo a lo anterior podemos decir que el positivismo jurídico contemporáneo tiene el propósito de realizar un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico, señalando las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales, pero sin dejar de lado la fuerza normativa y la cuestión legalista en su forma de operar. Dar cuenta del alcance, para la existencia y el contenido del derecho, de dicha moral legalizada o constitucionalizada desde el positivismo jurídico. A continuación se intentará precisar el alcance del argumento del contraste con la práctica jurídica preguntando, precisamente, a qué tipo de moral se refieren los principios que funcionan en dicha práctica y en donde se pretende defender un positivismo que mantiene que, en efecto, los principios morales pueden determinar la existencia y el contenido del derecho, pero a condición de que se entienda que tales principios se refieren a una moral no independiente

¹¹ Ídem.

de los seres humanos y que pueda ser reducida a hechos empíricamente verificables.

“Hart sostenía la denominada tesis de la separación conceptual entre derecho y moral según la cual, pese a la existencia de numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moral, dichas conexiones no son necesarias, ni lógicas ni conceptualmente. Esta tesis de la separación versa sobre el propio concepto de derecho. Es cierto que existen multitud de conexiones entre el derecho y la moral, pero no lo es menos que este autor negó reiteradamente el carácter necesario de tales conexiones. De acuerdo con ello, a lo que se muestra contrario es a que en el concepto de derecho tenga cabida una referencia no contingente a la moral. Hart dio a esta tesis una importancia capital, aun cuando las palabras que la precisan puedan valer también para la definición de las tesis de las fuentes”¹². En efecto, no es necesariamente verdad que las normas jurídicas, para serlo, satisfagan exigencias o criterios morales, dado que lo relevante desde el punto de vista jurídico es una procedencia fáctica, es decir, de una fuente social. Al igual que ocurría con la tesis de las fuentes, puede afirmarse que la construcción teórica de la regla de reconocimiento está al servicio de la tesis de la separación. En efecto, según su formulación, tal regla puede proporcionar o no criterios morales de validez. Esto significa que la conexión de la identificación y validez del derecho con la moral puede o no producirse, (sin que sea cual sea el resultado y la opción elegida) ello afecte a la existencia del derecho¹³. Lo cierto es que no todas las tesis tienen la misma relevancia para el iuspositivismo. De entre las variadas tesis que se han sostenido, si existe una tesis que caracteriza al positivismo no es otra que la tesis social o tesis de las fuentes sociales. La cual de una u otra forma viene a robustecer la postura en el presente trabajo. Cuestiones como estas nos obligan a reflexionar más cuidadosamente sobre la esencia de las leyes. Dworkin

¹² Op. Cit.

¹³ Jiménez Cano, Roberto, *Una defensa del positivismo jurídico* Universidad Carlos III. España, 2013.

considera “¿se caracteriza la ley por una formulación verbal preestablecida, como las palabras reglamentarias con las que se promulga, o las que usa un tribunal para formular una nueva norma de common law, o las que estipula la costumbre como forma tradicional de una norma consuetudinaria? ¿o se define la ley por las relaciones jurídicas interpersonales que establece, o sea, por unas proposiciones jurídicas que son válidas en virtud de la existencia de la misma ley?”¹⁴

¹⁴ Dworkin, Ronald, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 86.

1.3 La Reforma Constitucional de junio de 2008 y de 2011.

Teniendo las bases de lo que es el positivismo y de cómo es que se afianzo en nuestro país y particularmente en el ámbito jurídico podemos mencionar que después de una larga de tradición jurídica académica y práctica indudablemente y contundentemente positivista, se comienza a gestar en nuestro sistema jurídico un cambio de pensamiento en la forma de pensar y practicar el Derecho, no podemos decir que un cambio total de paradigma pero si muy sustancioso y que permea prácticamente en todas las materias de nuestro sistema jurídico.

Uno de estos cambios sustanciales fue el que se dio con la reforma penal de junio de 2008, en la cual se crea un nuevo sistema de justicia penal , el cual entre muchas cosas busca la mejora en la impartición y en la procuración de justicia, fomentar y robustecer el respeto a los Derechos Humanos, tanto de víctimas y/u ofendidos como de imputados, el rápido esclarecimiento de los hechos, garantizar el acceso pleno a la justicia, mayor transparencia en el actuar de los operadores del sistema de justicia penal y generar más medios alternativos de solución de conflictos, entre otros.

Después de meses de debate legislativo, se publicó la reforma constitucional en materia de justicia penal. Sus ejes rectores fueron tres: fortalecer al sistema nacional de seguridad pública, crear herramientas para combatir la delincuencia organizada y cambiar el sistema penal inquisitivo-mixto a un sistema acusatorio y oral, para lo cual dio un plazo de ocho años. A pesar de que todos estos aspectos eran de gran importancia, fue el último el cambio de sistema el más emblemático de la reforma.

La razón principal para cambiar el sistema es que el anterior estaba francamente rebasado. Podemos citar datos y estadísticas sobre eficiencia, eficacia, impunidad, pero quizás el indicador más preocupante haya sido la percepción ciudadana. Un porcentaje amplio de la población consideraba que el sistema era

ineficiente, corrupto y complicado. Y los estudios le daban la razón. Otro aspecto fundamental para cambiar el sistema tenía que ver con los compromisos adquiridos por México en materia de derechos humanos. Era indispensable hacer una revisión para verificar si el sistema se ajustaba a los estándares internacionales de debido proceso. Y, de nuevo, los estudios indicaban que no estábamos cumpliendo.

Sin duda, esta nueva óptica en nuestro sistema de justicia penal requiere y exige una transformación profunda e integral de muchas cosas, entre ellas, leyes, procedimientos, metodologías de investigación, técnicas jurídicas, infraestructura, recursos humanos (jueces, ministerios públicos, peritos, abogados, policías investigadores), en otras palabras, implica la creación, establecimiento, fortalecimiento y consolidación de una cultura jurídica muy distinta a la que conocíamos en materia penal. Su implementación en nuestro país marca el final de una época en la que era común observar infinidad de expedientes en espera de resolverse para ahora entrar a otra época en donde las audiencias dignificarán un procedimiento penal expedito y cercano a la sociedad, en el cual esta pueda otorgar su confianza.

Cuando hablamos del sistema acusatorio, el tema más atractivo es el juicio oral, tan es así que mediáticamente se le conoce a este nuevo sistema únicamente como Los Juicios Orales. Esto, si bien es comprensible por ser el Juicio Oral la etapa toral del proceso, sin embargo, esto puede representar una falta de atención a otras etapas fundamentales en donde se deben plasmar las posturas de paradigma jurídico de los operadores, que es el punto importante a tratar en el desarrollo del presente trabajo.

Por lo anterior y de acuerdo a las finalidades del sistema penal acusatorio, queda evidenciado que la sostenibilidad del positivismo en las circunstancias contemporáneas de nuestro ya actual sistema resulta una cuestión irónica y claramente contradictoria, pues al ser un sistema pensado para trabajar bajo la

luz de la protección de los derechos humanos (una de las características del sistema acusatorio es el respeto a los derechos fundamentales), el llamado garantismo, que se traduce como respetar los derechos fundamentales de todos, porque a veces se parte de la premisa falsa de que en la medida en que se respeten más los derechos de una de las partes, se dejan de respetar los derechos de su contraparte y viceversa que en realidad se trata de hacer un marco de legalidad de una democracia, en la cual todas las autoridades deben sujetarse, al principio de legalidad, y garantizar que no haya atropello, no haya menoscabo de los derechos de nadie. Es aquí en donde no podemos seguir pensando en trabajar bajo las circunstancias que anteriormente imperaban en nuestro sistema normativo penal, tal es el caso la importancia de la que dotábamos a la figura de la autoridad, las constantes violaciones a derechos humanos y la clásica respuesta mecanicista a los conflictos por medio de la simple interpretación literal de la norma. En este contexto, ahora debemos trabajar si o si bajo la luz de los derechos humanos y sobre esto bajo los principios del debido proceso, de la presunción de inocencia, de la inmediación y de la concentración procesal, entre otros. Se observa que poco a poco se ha ido logrando una escasa pero trascendente renovación en la forma de entender el sistema de justicia penal por parte de los involucrados directos, haciendo necesario dejar atrás las malas prácticas y autoritarias propias del sistema inquisitivo mixto, pero esto solo es un inicio falta mucho por recorrer para poder hablar de ese cambio de concepción en cuanto al sistema de justicia penal.

Raúl Plascencia Villanueva nos menciona al respecto: “Las constantes transformaciones de índole legislativa, así como los cambios a nivel administrativo han provocado que los organismos de protección y defensa de los derechos humanos se profesionalicen, lo cual ha redundado en beneficio de la ciudadanía, que ve en dichos organismos públicos un apoyo constante en contra de las arbitrariedades cometidas por los servidores público, que se encuentran bajo la anuencia o tolerancia de los órganos del Estado.

El trabajo realizado hasta ahora por los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos representa una pequeña proporción de lo que se encuentra pendiente por realizar, en donde los sectores públicos, privados y sociales tienen aún una gran responsabilidad, ya que sin el esfuerzo colectivo difícilmente podremos remontar las condiciones de inseguridad, pobreza y marginación que aquejan a nuestro país”¹⁵.

Es notorio que la reforma resulto ser relevante y positiva, y que empieza a rendir algunos frutos, pero apenas comienza el verdadero reto, que es consolidar su implementación y más allá, que el sistema resulte benéfico para nuestro país. Dentro de este reto se encuentra el ya mencionado cambio de paradigma, el cual debe comenzar a gestarse desde un terreno fértil. Es aquí donde las universidades juegan un papel fundamental para que la difusión y la construcción del nuevo paradigma sean relevantes y trascendentes a corto, mediano y largo plazo y con esto se logre que el sistema penal acusatorio logre sus fines y objetivos planteados de manera exitosa en nuestro país. Dentro de las instituciones educativas se gestará una base disciplinar, la cual se adquiere de forma implícita a través de un proceso formativo educacional.

Recordemos que los principios rectores de un sistema procesal corresponden en gran medida a una corriente político-filosófica, los cuales hoy en día cuentan con un alto contenido de respeto a Derechos Fundamentales. Si tenemos en consideración que, en el proceso penal, están en juego la libertad y dignidad de las personas, es precisamente ahí donde mayor énfasis se debe poner, sin olvidar que la salvaguarda del proceso es para todos, sin exclusión alguna, pues lo anterior es el precio que se debe pagar por vivir en democracia. En este sentido, los principios rectores deben cumplir con la función de orientación para el legislador en el momento de redactar las leyes procesales, pues ello logra una

¹⁵ García Ramírez, César, Islas de González Mariscal, Olga (compiladores), Plascencia Villanueva, Raúl, *La situación actual del sistema penal en México*, UNAM e INACIPE, México, 2011, p. 30.

correcta interpretación de la propia ley procesal por parte del enjuiciador, así como del operador jurídico.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20 nos menciona los principios con los cuales se va a regir el sistema penal acusatorio. Además de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el Código Nacional de Procedimientos Penales también nos menciona los principios del sistema acusatorio. En resumen, los principios son los siguientes: oralidad, igualdad entre las partes, imparcialidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Vamos a mencionar algunas precisiones acerca de este artículo y su trascendencia en el presente trabajo.

Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

En estas fracciones podemos observar la participación como sujeto epistémico del juez, puesto que este debe estar presente dentro de todas las audiencias para presenciar la participación de los operadores, los cuales también tienen ese rol de creadores de conocimiento y vierten una postura paradigmática en la contienda que se lleva a cabo.

Diana Cristal González nos menciona lo siguiente: “Dentro de estos principios torales encontramos uno fundamental, el cual, más que principio, es un instrumento que permite actualizar y dar eficacia a los otros. Oralidad más que un principio en sí, constituye el medio más apto para preservar la consecución de determinados fines del nuevo proceso, entre otros, la inmediación y publicidad al permitir que los jueces, intervinientes y el público en general, pueden por medio de sus sentidos observar como aquel se desarrolla. La oralidad es característica de todas las actuaciones en las que deban intervenir los sujetos procesales, y de cabal importancia, ya que el nuevo proceso penal cuenta con una metodología de audiencias y no con una metodología de expedientes. Por regla general, las decisiones judiciales, y sobre todo si afectan los derechos, se adoptan siempre frente a las partes, una vez que se ha dado oportunidad de contradecir la prueba y de que estas sean escuchadas”¹⁶.

¹⁶ González Obregón, Diana Cristal, *Manual práctico del Juicio Oral*, tercera edición, Ubijus, México, 2010, p. 37.

Como se observa en el párrafo anterior la oralidad implica la realización de los principales actos del proceso acusatorio a través de la palabra real y directa, con independencia de que su contenido pueda ser recogido en actas escritas, grabaciones o filmaciones.

A partir de asegurarnos que este método es el único que permite asegurar el conjunto de actos que constituyen la base para que el juicio se realice de manera pública, concentrada, con la presencia permanente de todas las partes, se pretende cambiar fundamentalmente la forma en que los jueces conocen los asuntos para su resolución, pasando del sistema de la lectura de expedientes a uno en que la percepción tanto de las pruebas como del debate de las partes se realice en forma oral y directa en el juicio.

El hecho de que la contienda penal, se desarrolle en forma oral, determina la condición de existencia de la inmediación en esta fase procesal, tanto en la apreciación de la prueba como las posiciones de las partes en el proceso (presentación del caso, informes orales conclusivos, etc.). La ventaja de la oralidad sobre la escritura en esta etapa del proceso consiste en la posibilidad de apreciar los testimonios de viva voz de sus emisores, sin que entre dicho emisor y los receptores, que son todos los asistentes al juicio oral, medie intérprete alguno que pueda desvirtuar el contenido o la intención de la declaración.

Respecto a la reforma de junio de 2011 podemos mencionar que nuestro país tiene un retraso de poco más de 30 años respecto a los temas del proceso penal acusatorio y derechos humanos, pues a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1979 estamos en presencia de estos dos temas que vienen a relucir en nuestro país más de tres décadas después. A partir de dicha reforma constitucional se denomina dentro de la Constitución: De los Derechos Humanos y sus Garantías. En este punto podemos observar que los Derechos Humanos no se otorgan si no simplemente se les reconoce. A partir de la reforma

se reconoce que toda persona goza de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales. Por tanto, vemos que esta reforma a nuestra Constitución, en donde nuestro derecho se abre al derecho internacional de los derechos humanos, viene a repercutir de una forma tan trascendental en donde forzosamente nos hace tener una concepción diferente del derecho lo que hasta hace unos años conocíamos.

1.4 La contradicción de tesis 293/2011.

También es importante señalar la contradicción de tesis 293/2011. Esta resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta relevante para la reinterpretación del nuevo orden jurídico de nuestro país, dado que aquí se establecen los parámetros para considerarse un Estado Neoconstitucional (anteriormente mencionamos al garantismo como otra concepción jurídica que dotan en nuestro país), lo que desde mi particular punto de vista no se concreta del todo en materia penal, puesto que la concepción positivista de dicha materia sigue permeando en absolutamente todos los operadores jurídicos de dicha materia, por tanto, el proceso silogístico sigue siendo la principal forma de resolución de conflictos en materia penal. Es aquí en donde la parte toral del presente trabajo viene a robustecer su conformación y creación, pues si bien es cierto que, dadas las características de la materia penal, es inconcebible considerar en algún momento el visualizar dicha materia bajo la operación de algún otro paradigma jurídico que no fuese el positivismo, sin embargo, el nuevo sistema de justicia penal permite a los operadores jurídicos establecer una postura paradigmática distinta al positivismo jurídico sin que estos sean contrarios, es decir, al tratarse de un sistema meramente argumentativo, se puede establecer la corriente jurídica que predomine dentro de alguno de los operadores jurídicos.

La resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 es importante señalarla en el presente apartado dado que significa un avance y un retroceso, pues si bien estableció que los derechos humanos sin distinción alguna de la fuente de donde provienen, ya sea convencional o constitucional, constituyen el parámetro de control constitucional, así como que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos, estableció una restricción que delimita la interpretación del artículo 1º constitucional, limitando la justiciabilidad de los derechos humanos, en otras palabras podríamos decir que el Estado Mexicano se reserva la aplicación de los derechos fundamentales

en determinados casos. Pero más allá de esto, esta contradicción de tesis viene a ser importante para el desarrollo del presente trabajo, pues en ella es donde se vislumbra dicha posibilidad de introducir un argumento una concepción jurídica ajena al positivismo, por mencionar un ejemplo, sería el paradigma del iusnaturalismo, recordemos la historia de los derechos humanos ha girado en torno al concepto de dignidad de las personas, idea que proviene principalmente de la idea del derecho natural y que hoy en día dicho concepto ya podemos considerarlo como parte del derecho positivo en los ordenamientos jurídicos, esto con el objeto de otorgar una mayor protección a las personas.

A continuación, enunciamos un resumen de la Contradicción de Tesis 293/2011.

PRIMER TEMA: Posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente a la Constitución.

a. El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito estableció que derivado de la tesis “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL” establecida por el Tribunal Pleno, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se ubicaban jerárquicamente por debajo de la Constitución.

b. Por otra parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, señaló que “cuando se trate de un conflicto que verse sobre derechos humanos, los tratados o convenciones internacionales suscritos por el Estado Mexicano, deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución”, de tal posicionamiento derivó la siguiente tesis: “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”.

SEGUNDO TEMA: Valor de la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

a. El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito argumentó que es posible invocar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de disposiciones protectoras de derechos humanos. Derivado de tal criterio, surgió la tesis del siguiente rubro: “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.

b. Por otra parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito señaló en diversas consideraciones que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos era obligatoria.

Del estudio de los criterios antes expuestos, el Tribunal Pleno de la SCJN determinó la existencia de la contradicción de tesis denunciada.

Respecto al primer tema relativo al posicionamiento de las normas sobre derechos humanos contenidos en tratados internacionales en relación con la Constitución, el Máximo Tribunal, por mayoría de 10 votos, sostuvo que existe un reconocimiento en conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

Además, se estableció que, de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, sin embargo, cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. En este sentido, los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el

parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.

Por último, en cuanto al segundo tema relativo al valor de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, el Tribunal Pleno determinó por mayoría de 6 votos, que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a las personas.

Así, los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, son vinculantes con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, pues constituyen una extensión de los tratados internacionales que interpreta, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos previstos en ellos.

Es importante mencionar que, en cumplimiento de este mandato, los juzgadores deben atender a lo siguiente:

1. Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento;
2. En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y
3. De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas¹⁷.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015) Contradicción de Tesis 293/2011, México recuperado de <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>

En esta transcripción de dicha sentencia podemos observar la trascendencia del manejo de diversas posturas paradigmáticas del derecho, pues aquí es donde se presenta el reto de fungir como operador jurídico epistémico dentro del proceso penal acusatorio.

Otros ejemplos que se considera se pueden representar dentro del sistema penal acusatorio y convivir sin ningún problema con el positivismo jurídico serían el realismo jurídico y las teorías integradoras del derecho, de las cuales hablaremos más adelante.

CAPITULO II. Principales Paradigmas Jurídicos que pueden operar dentro del sistema penal acusatorio

2.1 El Derecho Natural.

El positivismo jurídico, tiene varias acepciones o significados, y se puede entender desde distintas ópticas. Si bien el iusnaturalismo ha sido analizado exhaustivamente en la doctrina, no sucede lo mismo con la corriente del positivismo, misma que incluso en ocasiones es mal interpretada porque se habla de sus distintos aspectos de manera ambigua. Para Norberto Bobbio “El iusnaturalismo y el positivismo jurídico, en tanto teorías, están bien lejos de agotar todo el posible campo de las teorías del derecho. Representan dos polos extremos entre los que hay lugar para teorías intermedias”¹⁸. Por tanto, tenemos que existen diversas teorías de derecho natural, de hecho, las teorías iusnaturalistas han sido conservadoras pero también evolucionistas o revolucionarias, cabe decir que todas coinciden en que existen principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, que no han sido creados por el hombre, sino descubiertos, que son obligatorios para todos, incluso lo que no quieren reconocer su existencia, lo cual significa que un orden jurídico que no está inspirado en las ideas de justicia, no es un orden jurídico, no es régimen de derecho, carece de validez o fuerza obligatoria. En ese sentido, podemos señalar que el derecho natural sería la parte de la ética general que se ocupa de los principios que deben gobernar la vida del hombre en la sociedad organizada con sus semejantes para posibilitar que alcance su destino moral. En contraste, “el positivismo sería como una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del Derecho, basado en los principios de una filosofía empirista, donde se puede describir el contenido del

¹⁸ Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 2004, p. 83.

Derecho de un determinado país en un momento determinado, sin recurrir a ideas o principios tomados del Derecho o de la moral natural”¹⁹.

García Maynez refiere respecto al iusnaturalismo lo siguiente “caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido.”²⁰ Por tanto, el derecho natural es el ordenamiento jurídico que nace y se funda en la naturaleza humana, no debiendo su origen, por tanto, a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre con el derecho positivo. Es un conjunto de preceptos que se imponen al derecho positivo y que éste debe respetar. El derecho positivo está establecido y sancionado, para cada tiempo y cada comunidad social, por la voluntad del legislador, que representa la voluntad social, por lo tanto, se trata de un derecho variable, contingente, mientras que el derecho natural es un orden jurídico objetivo, no procedente de legislador alguno, que se impone a los hombres por su propia naturaleza; es objetivo e inmutable y conocido por la razón.

Por encima del derecho positivo, dimanante de un legislador, existe un derecho independiente, que se justifica en la exigencia misma de introducir en el concepto del derecho y del estado el valor fundamental y original de la persona humana, y colocar este valor en el vértice de todo el sistema jurídico.

Es necesario señalar que las normas que integran el derecho natural son de carácter jurídico, una realidad jurídica objetiva y no unos principios de carácter moral o religioso. El derecho natural constituye un verdadero ordenamiento jurídico, con sus mandatos y prohibiciones, independiente de la voluntad humana y de toda reglamentación positiva.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Op. Cit. P. 37.

El carácter jurídico de los preceptos del derecho natural ha sido negado por las posturas positivistas. El derecho natural carece de positividad, por lo que debe, según los iuspositivistas, negarse su realidad o su carácter normativo, ya que la positividad es una característica esencial del derecho. Frente a esto hay que distinguir entre derecho concreto, históricamente dado, que requiere efectivamente vigencia o positividad, y el derecho como realidad esencial. El derecho natural está vigente a través de los ordenamientos concretos que lo incorporan, por lo que habrá de afirmar su condición de tal derecho. El derecho natural es derecho, tanto por la estructura de sus normas enunciados prescriptivos relativos a comportamientos como por su obligatoriedad el derecho natural es aceptado como objetivamente obligatorio.

Los principios del derecho natural se basan en la naturaleza humana. Pero actualmente, al hablar del concepto de derecho natural, se alude no sólo a la naturaleza del hombre, sino a un conjunto de realidades en las cuales se desarrolla la convivencia social (factores culturales, sociológicos, etc.).

El derecho natural es el fundamento del derecho positivo, es decir, éste está subordinado al natural. El derecho natural sirve al ordenamiento positivo de control y límite, y además de complemento. El derecho natural justifica la existencia y obligatoriedad del positivo, pero no es éste una mera repetición del primero, ya que los preceptos naturales son abstractos, generales y universales, de lo que nace la exigencia de la existencia de un derecho positivo concreto y adaptado a cada sociedad en cada tiempo, incorporando el valor de justicia subyacente en estos principios naturales.

Una expresión contemporánea no única del derecho natural se traduce con los derechos humanos fundamentales. Éstos se pueden definir como aquellos de los que es titular el hombre, no por concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mismo hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana.

“²¹El fundamento de los derechos humanos se encuentra en el derecho natural. El derecho a la integridad moral y física, a la libertad, a la defensa legal, etc., constituyen una dotación jurídica básica igual para todos los hombres, por encima de toda discriminación”. El origen de los derechos humanos no puede ser la Constitución, ni un convenio internacional, ya que esto implicaría que pueden ser suprimidos o modificados libremente por el legislador constituyente o por las autoridades firmantes de ese convenio. Por lo tanto, dejarían de ser derechos fundamentales intangibles.

La teoría de los derechos fundamentales supone, cualquiera que sea la terminología empleada: derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos naturales, la existencia de un ordenamiento superior, el derecho natural, que es su fundamento y justificación.

De acuerdo a Gabriela Aguado Romero, podemos considerar un paradigma Neoiusnaturalista como un “ejemplo que sirve de norma, es un conjunto de formas que sirven de modelo para la creación del derecho²²”. Hasta este momento podríamos decir que el derecho natural y su relación con el derecho positivo se limita a que el primero sirve de base para la creación de normas, sin embargo, consideramos que dentro del proceso penal acusatorio, el derecho natural se desahoga en el momento en el que los operadores construyen su teoría del caso y tienen una participación activa dentro de un juicio, ejemplo de ello sería el armar un argumento totalmente ligado al principio de legalidad pero que epistemológicamente está construido bajo la óptica de justicia del derecho natural. “Un caso debe solucionarse teniendo en cuenta el estado actual de las necesidades humanas y sociales, pero también considerando los valores que tienen prioridad en ese momento histórico. El Neoiusnaturalismo es, entonces, un intermediario, el punto que permite la conexión entre Realidad y Valor. De ahí

²¹ Op. Cit. P. 59.

²² Bello Gallardo, Nohemí, Serrano Ceballos, Jorge, Avendaño González, Luis Eusebio Alberto (Coordinadores), *Temas Actuales del Derecho Contemporáneo (Derechos Humanos y Globalización)*, México, Fundap, 2015, p. 186.

que la conclusión a partir del Hecho hacia la norma o de la norma hacia el hecho pase siempre por el Derecho Natural²³.

Vemos que la figura o concepción del derecho natural varía, sin embargo y de manera notable, cuando se pregunte a las mismas personas acerca de lo que entiende por Derecho Natural. En efecto, aunque pueda haber coincidencia en cuanto a que se trata de un conjunto de principios superiores y anteriores al derecho positivo, que sirven de guía al legislador para la elaboración de la normativa que regirá en determinado país, fácilmente se podrá advertir que no hay conocimiento certero acerca del derecho natural. “Pero en su tarea de creación de las normas positivas, el legislador debe no sólo considerar la justicia de la ley natural; también debe considerar la contingencia de las condiciones de lugar y tiempo de su comunidad. Este proceder tanto desde los principios universales como desde los particulares es lo propio de la razón práctica, y, en particular, de la virtud de la prudencia en su operación, y justamente por tratar acerca de lo singular, siempre existe un elemento de riesgo e inseguridad. Esto porque a pesar de que lo bueno moral en lo práctico sea, en principio, común a todas las clases de acciones, no lo es en lo particular, donde no existe el mismo nivel de seguridad que en los conocimientos universales, sino que al contrario: todo queda sometido a la contingencia de las acciones y decisiones de los hombres”²⁴.

En definitiva, las determinaciones de la autoridad no son simples explicitaciones de lo justo natural son el resultado de un proceso de medición de la realidad, consistente en la ponderación de unos principios de justicia universales y unas muy particulares y cambiantes circunstancias de lugar y tiempo. Es esto lo que explica que las leyes positivas sean un objeto cultural, en el sentido de una

²³ Ídem.

²⁴ Contreras, Sebastián, *Derecho Positivo y Derecho Natural: una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación*, Kriterion revista de Filosofía, Brasil, 2013.

creación humana establecida libremente por las elecciones creativas de la autoridad, elecciones que deben, sin embargo, someterse a las prescripciones de aquellas verdades morales objetivas que hemos llamado de ley o derecho natural.

2.2 El realismo jurídico.

A pesar de la proliferación del positivismo kelseniano los intentos teóricos de identificar el derecho con hechos diferentes a la actividad del Estado continúan. La corriente que seguirá esa línea con más radicalidad es el llamado Realismo jurídico escandinavo. Su clave es una teoría sobre los hechos a partir de los cuales comprobamos la existencia de la norma esta consideración de los hechos no tiene nada que ver con el papel de la situación de hecho a la que se aplica una norma mediante el silogismo judicial. La base de estas teorías está en un empirismo teórico elaborado ya por los ingleses del XVII, no hay más conocimiento que el proporcionado por los sentidos. Algunos empiristas y sus presupuestos epistemológicos partieron de los datos sensoriales como única fuente de saber, pero al mismo tiempo defendieron la existencia de leyes naturales y realidades similares no cognoscibles empíricamente. Los realistas del siglo XX no admitieron otra realidad más que la del hecho empírico. Este Realismo está relacionado en cierto modo con las corrientes sociológicas, aunque estos últimos no adoptaron el empirismo radical de los realistas.

“La teoría emotivista de los valores es otro punto de contacto, y es al mismo tiempo uno de los argumentos de mayor relevancia para su aplicación en el campo jurídico”²⁵

Por otro lado, tenemos a los realistas jurídicos escandinavos, los cuales consideran que no existen las normas como entidades independientes. Cuando hablamos de normas, obligaciones, nombramos en realidad las sensaciones psicológicas de los ciudadanos que les llevan a sentirse obligados. Así, la ley sólo existe en la medida en que un juez la sienta como vinculante y los ciudadanos acepten de hecho comportarse de esa forma. El derecho existente es el derecho eficaz, el efectivamente cumplido por los ciudadanos, no el que

²⁵ Castignone, Silvana, *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 30.

está escrito en las normas consideradas válidas desde un punto de vista exclusivamente formal. Si las normas no se obedecen, aunque posean todos los requisitos formales, no son derecho. A pesar de las diferencias con las posiciones normativistas, el Realismo podría ser una forma de Positivismo, si entendemos por tal la negación de la existencia de cualquier instancia valorativa objetiva mediante la que pueda ser medida la juridicidad de los comportamientos fácticos de jueces y ciudadanos. Lo que de hecho se obedece es lo que importa para ser conceptualizado como derecho. Por tanto, el Realismo también niega cualquier vinculación entre derecho y moral. Respecto a una tesis de Dworkin “se encuentra en las palabras del juez del segundo circuito Jon Newman, que afirma que los realistas creen que el juez selecciona simplemente el resultado que mejor encaja con sus valores personales y después suscribe, algunas veces de manera tosca, cualquier doctrina que supuestamente justifique dicho resultado”²⁶.

Otro Realismo es el denominado Realismo jurídico americano surge en los EE.UU. de los años 30. Está protagonizado por juristas que, además de a las investigaciones teóricas, se dedicaron a la práctica jurídica, muchos de ellos en la judicatura. Sus reflexiones vienen de un país de common law, y buena parte de ellas están referidas a esa mentalidad jurídica. Estos realistas americanos rechazan la existencia de normas jurídicas en un plano diferente de la realidad fáctica. La ciencia jurídica sólo puede ocuparse de los hechos, de lo que ocurre en el tráfico jurídico. “El derecho consiste en las decisiones de los integrantes de una sociedad concreta, sobre todo en la decisión de juez. Para los realistas el derecho es vida cotidiana, hecho social”²⁷. Su visión del derecho es sociológica, no normativista, porque el derecho no está en la norma sino en la vida social.

Desconfían de los conceptos generales y de las reglas supuestamente capaces de regir la decisión concreta. Piensan que hay un abismo insalvable entre la

²⁶ Leiter, Brian, *Naturalismo y Teoría del Derecho*, España, Marcial Pons, 2012, p. 50.

²⁷ Idem.

norma general y la decisión del juez. En consecuencia, sólo es posible saber lo que la norma dice de verdad después de que el juez decida. Los realistas rechazan la jerarquización normativista. La decisión del juez crea derecho porque produce resultados sociales eficaces y útiles para la sociedad. La importancia de este paradigma viene de la mano de consideraciones sobre los resultados producidos por las sentencias, atendiendo sobre todo a la utilidad social y económica. ¿Qué valor tiene, entonces, la norma jurídica? Según algunos representantes del realismo jurídico la norma ofrece sólo una especie de directriz, de plan, que el operador debe completar²⁸. Según otros, las normas sólo pueden ser afirmaciones predictivas del futuro comportamiento del juez; por ese motivo, la finalidad de la ciencia jurídica es precisamente intentar predecir como decidirá el juez; en este sentido, las normas no son prescripciones sino descripciones más o menos afortunadas del comportamiento del juez. Algunos realistas llegan a afirmar que es imposible predecir su comportamiento, porque obedece a una cantidad inabarcable de causas; en consecuencia, no es posible una ciencia jurídica capaz de conocer normas. En todo caso, la norma jurídica es un elemento secundario en la teoría jurídica de los realistas.

Pero sus planteamientos son susceptibles de varias críticas. En primer lugar, por su radicalidad. Es falso afirmar que las normas no controlan en absoluto la decisión del juez. Además, si los jueces crean derecho, deben estar autorizados para ello por alguna norma previa. A esto ellos contestarían que el derecho se basa en última instancia en la aceptación sociológica: la idea de soberano, por ejemplo, es una ficción para encubrir ese hecho. No obstante, resulta poco realista negar el papel organizador de numerosas leyes, que no dependen de lo que digan los jueces: buena parte de las leyes procesales, administrativas, las que crean universidades, etc. no dependen del arbitrio interpretativo.

²⁸ *Ibíd*em p. 55.

Finalmente, cabe decir que a partir de estas ideas surgen dudas acerca de la calificación como positivistas de los realistas americanos. Por una parte, parece lógico considerarlos como tales, porque identificarían el derecho con todo lo que decida un juez; es decir, vinculan la juridicidad a una decisión procedente de una autoridad judicial sin tener en cuenta su contenido. Por otra parte, relacionan estrechamente lo jurídico con el desarrollo social y económico. En efecto, la valoración acerca de la influencia social de la decisión es un elemento básico en el derecho; esta actitud parece unir el derecho a valoraciones morales de tipo utilitarista, algo que estaría un tanto alejado del positivismo estricto, en la medida en que introducen criterios de moralidad utilitarista en el momento de determinar el derecho.

Y en este contexto, cuál sería la aportación de esta perspectiva jurídica. Esta disciplina es fundamental para promover investigaciones que permitan avanzar hacia una teoría del derecho fundamentada bajo la perspectiva social. Alfonso García nos comenta lo siguiente, “La concepción evolutiva, dinámica, del derecho se halla presente tanto en Pound como en Dworkin. El derecho no es concebido como una entidad cerrada, sino más bien como un universo cuya expansión es encauzada por unos principios fruto de la correcta interpretación de los jueces y no por unos principios universales e inmutables”²⁹. Y, por supuesto, para facilitar el enfoque socio-jurídico de las ciencias jurídicas en general. En definitiva, volviendo a lo anterior, la Teoría socio-jurídica del derecho podría ser vista como un punto de encuentro para facilitar el diálogo entre perspectivas y áreas científicas diversas. Esto es, como una aproximación al conocimiento del fenómeno y los procesos del Derecho que bebe en fuentes plurales y propicia el intercambio de resultados entre opciones epistemológicas que se incardinan en diferentes campos del conocimiento jurídico o no jurídico, permitiendo así la conjunción de las ideas jurídicas o aproximaciones doctrinales

²⁹ García Figueroa, Alfonso, *Principios y Positivismo Jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1998, p. 130.

del derecho con los métodos y las perspectivas de las ciencias sociales. Pero no sólo la Sociología o la Sociología jurídica; también la Criminología, la Ciencia política, la Antropología jurídica, la Economía y otras, hablamos entonces de una posible interdisciplinariedad. Por lo demás, la vinculación de dicho paradigma con estos saberes tributarios no debe basarse únicamente en el intercambio de resultados; sino que también deben establecerse relaciones de producción. En ese sentido, consideramos necesario realizar investigaciones interdisciplinarias que abarquen perspectivas y métodos diversos sobre los cuales sustentar las relaciones de la Teoría del derecho con los enfoques sociojurídicos.

2.3 El Pluralismo Jurídico.

A finales de los años 60, los estudios sobre la argumentación jurídica, experimentaron un gran desarrollo, donde hasta la fecha constituye uno de los principales centros de interés de la actual teoría o filosofía del derecho, convirtiéndose la teoría de la argumentación jurídica en la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico. De las diversas teorías que han aparecido las elaboradas por Neil MacCormick y por Robert Alexy, son las de mayor interés, así como las más discutidas y las que han alcanzado una mayor difusión, a estas teorías se les podría llamar la base de la argumentación jurídica.

MacCormick estudia el razonamiento jurídico, fijándose cómo se desarrolla efectivamente la argumentación en los juzgados, y de los casos observados, induce un procedimiento general. Va, por así decirlo, de lo particular a lo universal. Su planteamiento pretende ser equilibrado, buscando la razonabilidad entre la racionalidad matemática y la irracionalidad. Además, trata de conjugar racionalidad y pasiones humanas³⁰.

Las obras de MacCormick contienen las tesis fundamentales de su concepción sobre la argumentación, trata de una teoría que exhibe una sencillez y claridad, destacándose por su afán integrador, trata de armonizar la razón práctica con el escepticismo humano, de demostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría posturas, de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales y que sitúelas decisiones jurídica son esencialmente arbitrarias, esto es, son un producto de la voluntad, no de la razón.

³⁰ Vilarroig, Jaime, *Dos contribuciones a la teoría de la argumentación jurídica: Neil Macormick y Robert Alexy*, Jornades de Foment de la Investigació, España.

“Para MacCormick la argumentación práctica en general y la argumentación jurídica en particular, cumple una función de justificación, la cual está presente aún sin la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues solo se puede persuadir si los argumentos están justificados, esto es en el caso de la argumentación jurídica, si están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes”³¹. Justificar una decisión jurídica es dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el derecho y justificar una decisión práctica significa una referencia a premisas normativas, pero estas premisas no son el producto de una cadena de razonamiento lógico.

Por otro lado, también contamos con la perspectiva de las teorías pluralistas del derecho. El Pluralismo Jurídico basado en la Teoría de la Institución afirma que “el Estado no es el único centro productor de normas jurídicas sino también el producido por los grupos sociales diferentes al Estado, siempre y cuando determinen sus fines propios, establezcan los medios para llegar a esos fines, distribuyan funciones específicas de los individuos que componen el grupo para que cada uno colabore, a través de los medios previstos, para el logro del fin y que tengan diferente cultura”³².

Entonces el Pluralismo Jurídico es la coexistencia dentro un Estado de diversos conjuntos de normas jurídicas positivas en un plano de igualdad, respeto y coordinación. Es la coexistencia de dos o más órdenes jurídicos en un mismo ámbito de tiempo y de espacio.

En este capítulo por tanto observamos que, por un lado, están los teóricos que consideran al derecho estatal como la única propuesta regulativa de la modernidad. Se basan en esa teoría positivista tradicional que expone las leyes como la principal fuente de derecho. Por otro lado, se encuentran los teóricos

³¹ Ídem.

³² Bobbio, Norberto, *Teoría General Del Derecho*, Colombia: Temis, 2ª Ed., 5ª Reimp., 2005, pp. 10 – 13.

del derecho que consideran al derecho estatal como una fuente más de regulación sobre los conflictos sociales. Ellos exponen cómo, en los inicios de siglo, el derecho local, que va desde las comunidades indígenas hasta los fenómenos urbanos, adquieren cierta importancia en lo cotidiano. Sin perder el protagonismo del derecho transnacional e internacional, que regula hasta las relaciones de los Estados, estas últimas teorías reconocen el origen social del derecho y comprenden el concepto del pluralismo jurídico, que pone de presente la diversidad jurídica que se asiste en pleno fenómeno de globalización.

Sin duda, esta concepción pluralista del derecho adquiere una importante trascendencia en nuestra forma de operar el derecho hoy en día dentro del proceso penal acusatorio, pues en ella se desprenden tintes iusnaturalistas y iusociologistas.

2.4 Epistemología Jurídica.

La epistemología es muy fundamental en nuestra vida, ya que esta es la que busca o la que se encarga del estudio del conocimiento, nos permite desarrollar nuestras habilidades cognitivas y la ponemos a prueba en nuestro día a día, en actividades cotidianas, estudiantiles y profesionales; pero al llevarlo a cabo en proyectos en trabajos e investigaciones esta nos enseña cual es la manera correcta de argumentar sobre los mismos y con el cual buscamos cuales son las leyes generales que se relacionen con hechos particulares que conducen a la adquisición de la verdad.

En si epistemología lo que busca es como se genera el conocimiento, pero en nuestro caso lo que más abordáramos es la epistemología jurídica y como esta afecta en el derecho, por eso en este momento nos sentimos enfrentados a aplicar este concepto. Gran parte del debate en este campo se ha centrado en el análisis de la naturaleza del conocimiento y cómo se relaciona con las nociones relacionadas como la verdad, creencia y justificación.

La epistemología, como teoría del conocimiento, se ocupa de problemas tales como las circunstancias históricas, psicológicas y sociológicas que llevan a la obtención del conocimiento, y los criterios por los cuales se le justifica o invalida, así como la definición clara y precisa de los conceptos epistémicos más usuales, tales como verdad, objetividad, realidad o justificación.

La epistemología jurídica entra en la reflexión sobre el conocimiento del derecho, se trata de dilucidar si este conocimiento es posible, qué forma o estructura ha de tener, cuáles son sus maneras de presentarse en las sociedades, etc. Una epistemología es un método de conocer, es un método de conocimiento; si queremos sistematizar un conocimiento sobre el derecho debemos sistematizar el método de obtenerlo; esta cuestión es importante porque ha marcado a lo largo de la historia los diferentes modelos de conocimiento sobre el derecho, dicho de otra manera, el derecho ha tenido

diferentes epistemologías a lo largo de la historia, las más importantes han sido el Derecho natural y el positivismo jurídico. “El Derecho natural es el primer modelo epistemológico y tiene su desarrollo desde los griegos. El positivismo sigue el modelo epistemológico científico. El primer modelo es un modelo metafísico y por ello presta mucha atención al derecho ideal, mientras que el segundo es un modelo físico y hace mucho hincapié en la medición y valoración de los hechos relacionados con el derecho”³³.

Mariela Ponce Villa menciona al respecto de la epistemología del sistema procesal penal acusatorio: “El establecimiento de la verdad en un procedimiento judicial es un problema de tipo epistemológico, porque se refiere a como conoce el juez los hechos y como toma la decisión final. Ferrajoli habla de este carácter epistémico a través del principio de falsacionismo.”³⁴

Por tanto, tenemos que, epistémicamente, los grandes retos para la implantación de los juicios orales en materia penal en nuestro país podemos identificar el reconocer e incorporar la tradición grecolatina desde la oratoria, la retórica y la argumentación del derecho. Aprovechar la experiencia angloestadounidense. Contextualizar bajo la globalización y el Estado constitucional mexicano en construcción. Tomar en cuenta la necesidad de construir una cultura participativa, bajo la transparencia y rendición de cuentas entre los ciudadanos, los operadores del derecho la academia y los medios masivos de comunicación. El avance del derecho cosmopolita como defensor protagónico internacional de la dignidad y los derechos humanos, y la nueva conceptualización del juzgador como persona totalmente comprometida con el desarrollo socioeconómico, jurídico, político y cultural del país. Hablamos pues de una nueva cultura ciudadana e institucional de rendición de cuentas y transparencia para obtener como resultado una verdadera procuración y administración de justicia pronta y

³³ Op. Cit. P. 105.

³⁴ Ponce Villa, Mariela, *El Carácter Epistemológico del Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*, UAQ, México, 2014, p. 1.

expedita. Estamos concientes de que hoy estamos construyendo y deconstruyendo una nueva cultura, nunca vista antes, de rendición de cuentas y transparencia en materia sustantiva y adjetiva penal.

Capítulo III. La Argumentación Jurídica.

De las ideas de MacCormick podemos aprender a aplicar los criterios de universalidad, de consistencia y coherencia y de consecuencias de la decisión, para evaluar la ley o la decisión del juez. Del elaboradísimo sistema de Alexy podemos quedarnos con la sencilla idea según la cual, para que la ley o decisión sean correctas han de seguir unos procedimientos racionales. En definitiva, ambas concepciones se alejan de dos extremos: de una concepción ingenua del derecho en la cual todos los problemas tienen una única solución posible, y además esta es cognoscible por el hombre (este último matiz es importante), y de una concepción como la del realismo americano, según la cual la decisión del juez es totalmente arbitraria, y la justificación de la decisión es en cualquier caso un ejercicio de malabarismo conceptual.

Según Rodolfo Vázquez “debemos distinguir tres concepciones sobre la argumentación: formal, material y dialéctica. La primera es característica de la lógica y responde a la pregunta: ¿Qué se puede inferir a partir de determinadas premisas?; en la en la segunda la pregunta fundamental es: ¿en qué se debe creer o que se debe hacer?, es decir, dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o practica; finalmente, desde la concepción dialéctica, la argumentación se ve como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos e intenta dar respuesta a la pregunta: ¿Cómo se puede persuadir a otro y otros de algo?³⁵”

En este capítulo se aborda como se debe realizar epistemológicamente hablando la interacción de los diversos paradigmas jurídicos dentro del proceso penal acusatorio.

³⁵ Vázquez Rodolfo, *La Enseñanza del Derecho en México*, Porrúa, México, 2007, pp. 110, 111.

3.1 Relevancia de la argumentación jurídica en el Sistema Penal Acusatorio.

El ejercicio de la argumentación es fundamental para el trabajo del Abogado y a su vez lo es para el ejercicio del Derecho. De lo anterior podemos decir que la argumentación ha estado siempre vinculada con el ejercicio del profesional del Derecho, sea cual sea su campo de intervención.

A pesar de haber tenido una larga tradición académica y práctica profesional indudable y eminentemente positivista, se comienza a gestar en nuestro sistema jurídico un cambio de corriente filosófica, en la cual, hoy en día tenemos la posibilidad de destruir los argumentos contenidos en leyes que anteriormente eran “duras” y que se tenían que seguir cabalmente, hoy podemos “construir” argumentos para fortalecer, desvirtuar o en su caso mejorar dichas normas y por ende la propia aplicación del Derecho y la profesional del Abogado.

Jaime Cárdenas Gracia nos dice al respecto: “En el pasado se explicaba el derecho principalmente desde la norma y de los conceptos jurídicos vinculados a ella, como la sanción, la heteronomía, su carácter externo y bilateral. Ahora, y por la importancia que tiene la clasificación del material normativo, sobre todo los principios y valores, más la influencia de las escuelas hermenéuticas y procedimentales, se admite que el derecho es sobre todo argumentación. Se trata, por tanto, de ver al derecho desde un lado o desde una óptica poco explorada, pues las tradicionales lo vieron esencialmente como norma”³⁶.

Como podemos observar, nuestra profesión utiliza por excelencia la argumentación en todo momento, desde que somos estudiantes de licenciatura, cuando hacemos alguna tarea o trabajo, en la elaboración de un proyecto de ley, elaboración de una petición, en los propios clientes para convencerlos que la

³⁶ Cárdenas Gracia, Jaime. *La Argumentación Como Derecho*, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 7.

estrategia que les sugiere es la mejor, argumentar ante la autoridad, como también hay que hacerlo ante jueces o tribunales para persuadirlos que la postura que el abogado sostiene en nombre de las partes es la correcta, pero además también hay que argumentar ante la parte contraria, para hacer triunfar sus argumentos frente a los de la contraria, y para ello mediante una adecuada refutación destruir los del adversario.

También del otro lado tenemos a las autoridades, las cuales también tienen que hacer uso de la argumentación y con ello brindar confianza y certeza jurídica en los usuarios de los servicios que provee el Estado. Aquí podemos mencionar al propio Ministerio Público, ejemplo de esto sería el utilizar la argumentación jurídica en pro de solucionar un conflicto por vía de un medio alternativo de solución de conflictos y no necesariamente judicializarlo. Así mismo un juez, pues al momento de plasmar una sentencia debe exponer sus argumentos que lo están orillando a tomar esa importante decisión.

Vemos en todos estos casos, que el profesional del Derecho tiene que presentar buenos argumentos a favor de la causa que defiende, de allí la importancia de la argumentación jurídica en el ejercicio profesional.

Los poderes de la nación involucrados en este tema han considerado fundamental este aspecto, tan es así que han apostado muchos recursos para la capacitación y fortalecimiento de competencias argumentativas, todo esto en aras de que sus funcionarios puedan utilizarlas en el análisis de la normatividad, para plantear de manera adecuada el soporte normativo e interpretativo a través de métodos que permiten llegar a concluir de determinada manera exitosa.

También diríamos que el tema de la Argumentación Jurídica no es exclusivo del área penal, sino que cada día es más evidente que todas las áreas del Derecho exigen y requieren esta formación.

En esencia, la Argumentación Jurídica es una forma de fundamentar en el ejercicio del derecho. Buscar el problema jurídico para establecer el proceso de cómo se debe plantear y generar transparencia en el argumento, además de ser una posibilidad de resolver los problemas y de transmitir las posiciones.

La oralidad como condición estructural del sistema procesal penal, hace indispensable profundizar en las técnicas propias de esta y la argumentación surge como un requisito indispensable para un correcto ejercicio del sistema penal y de la propia profesión de abogado.

Tanta es la importancia que ha adquirido la Argumentación Jurídica hoy en día que ahora es posible determinar la gravedad de un delito, la pena a imponer y la reparación del daño por medio del buen uso de la Argumentación Jurídica.

El nuevo sistema procesal penal por su naturaleza pública y oral facilita un seguimiento directo de las actuaciones, y obliga a que el fiscal desarrolle y perfeccione competencias argumentativas que le permitan estructurar su investigación y presentar adecuadamente su teoría del caso para que la misma sea comprendida por los demás intervinientes, por los ciudadanos que comparezcan a la audiencia y, de manera principal, por el juez. En ese sentido, es necesario que el fiscal entienda que tanto su pretensión como la de otras partes o intervinientes, será admisible en cuanto sea convincente, y ese convencimiento, independientemente de la presentación retórica del discurso, se logra mediante la adecuada composición y descomposición de argumentos que le ofrezcan al juez la posibilidad de asumir como propia aquella teoría del caso que le resulte más razonable. Aunque la correcta utilización del lenguaje y el manejo de la retórica, como veremos, son aspectos importantes para que el fiscal cumpla su labor, es necesario tener en cuenta que la argumentación es una forma especial de utilización del lenguaje, como bien dice Manuel Atienza: “El lenguaje no es simplemente un medio para comunicar una argumentación, sino que argumentar consiste en usar de una cierta forma el lenguaje, dando

razones (que, por supuesto, pueden hacer referencia al mundo, a los hechos) a favor o en contra de una determinada tesis³⁷.

En la práctica, los problemas que dan lugar a la argumentación tienen más relación con los hechos que con las normas; y en segundo término, porque se parte de la premisa de que los jueces conocen suficientemente el ordenamiento jurídico (por su formación y experiencia), pero su conocimiento sobre los hechos está en la práctica, limitado a la información suministrada por las partes. Así pues, si bien es importante que el Ministerio Público conozca los fundamentos filosóficos y las teorías de la argumentación, el objetivo principal debe ser propiciar el desarrollo de las competencias interpretativas, propositivas, argumentativas, entre otras, que permitan asumir adecuadamente los problemas jurídicos inherentes a los casos que le sean asignados.

Como primer punto debemos mencionar que el fiscal debe conocer perfectamente el objeto de todas y cada una de las audiencias del sistema acusatorio y ubicar los problemas jurídicos inherentes a estas; luego, debe trabajar sobre la construcción del argumento central (debe contar con conocimiento preciso de la tesis defendida y del fundamento de la misma) y por supuesto saber utilizar la argumentación en el caso de los conainterrogatorios y de la duplica, todo esto después de haber ubicado el problema jurídico al que hace alusión la contraparte.

Ahora bien, vamos a hacer una breve mención de las algunas circunstancias en donde la Argumentación Jurídica adquiere una importancia crucial en el nuevo sistema penal.

En el caso de la etapa inicial:

³⁷ Atienza, Manuel, *El Derecho Como Argumentación*, Ariel, España, 2006, p. 73.

Carpeta de investigación. Esta se refiere a todo acto material de investigación que debe ser registrado en actas y agregado a una carpeta, denominada carpeta de investigación, adquiere una dimensión completamente diferente al expediente o averiguación previa del sistema tradicional pues no tiene sus alcances ni se integra con sus formalidades, ni mucho menos adquiere valor probatorio alguno. Se puede entender también como un conjunto de actas e informes que contienen las actividades de investigación realizadas por el agente del Ministerio Público, auxiliado de la policía y de los peritos. También se entiende como una bitácora del agente del MP para llevar registro de la investigación que realiza y permite al órgano investigador construir la teoría del caso que tendrá que determinar al cierre de la investigación y acreditar en la audiencia de juicio oral.

La carpeta de investigación se debe realizar de manera clara y precisa, pues esta contiene los datos de prueba y la información elemental (permite construir y determinar la teoría del caso) que se utilizará para la determinación de los futuros actos procesales de la fase inicial, intermedia y de juicio oral, en esta última nos servirá como sustento de convicción.

Ahora veamos algunos puntos que resultan ser relevantes en cuanto a la Argumentación Jurídica en la Carpeta de Investigación.

Acta de entrevista a testigos. Qué tipo de preguntas se le hicieron al testigo, que información se obtuvo de estas preguntas, como se relacionan con el hecho, de que nos van a servir en el proceso, etc...

Acta de inspección del lugar y levantamiento de cadáver. Claridad en la descripción y detalles fundamentales de cómo se realizó esta actividad.

Acta de control de escena del hecho. Quien fue el primer actor en llegar al lugar del hecho, que metodologías utilizó para su preservación, debe contener igual claridad en su descripción.

Acta de lectura de derechos. Muy importante, pues en esta podría ordenarse la liberación de un probable responsable por haber cuestiones de ilegalidad en la detención.

Informes periciales. El perito también tiene que saber utilizar la argumentación jurídica, de manera que sus conclusiones sean lo más claras y precisas posibles, informar sobre la metodología y técnicas utilizadas para la elaboración de su trabajo, etc...

Dentro del desarrollo de esta primera etapa tenemos que la Argumentación Jurídica también resulta relevante en los siguientes puntos:

Presentación por orden judicial. El juez debe utilizar muy bien la Argumentación Jurídica en este caso, pues debe hacer una ponderación de derechos entre los que se encuentran los de la víctima y de dar la prosecución judicial al asunto como el simple hecho que la presentación por orden judicial representa un acto de molestia para el probable responsable, lo cual se traduce en una restricción a sus Derechos Fundamentales, por esto, la labor de justificación por parte del juez debe ser exhaustiva pero también del Fiscal, pues este quien solicita la presentación.

Detención en caso de flagrancia. De igual manera, en este caso el Fiscal debe ser muy claro y puntual en el caso de la flagrancia, pues en caso de no acreditarse esta, estaríamos hablando de una ilegalidad en la detención lo que culminaría en una puesta en inmediata libertad del probable responsable.

Detención en caso urgente. Aquí el fiscal debe argumentar contundentemente él porqué se debe detener al probable responsable de manera urgente, que lo orilla a tener esta solicitud, ¿puede evadirse a la acción de la justicia?, ¿existen la posibilidad de que el delito quede impune?, etc...

Audiencia de control de detención. En este punto veamos un posible ejemplo que podría suscitarse: En una audiencia de control de detención en donde se va

a evaluar la legalidad de esta, el Defensor sostiene que la flagrancia alegada por la Fiscalía se había determinado a través de un registro personal muy invasivo (los Policías revisaron el contenido de un maletín que portaba un niño de seis años, quien era hijo del detenido). Luego de terminada la audiencia, alguien le preguntó al Policía por qué había revisado dicho bolso y este respondió que lo hizo “porque el maletín expelía un fuerte olor a marihuana”, dato que no se encuentra plasmado en la carpeta de investigación y que no fue preguntado por el fiscal al recibir el caso. Independientemente de la decisión que tome el Juez de Control en este caso ficticio, seguramente el trabajo del fiscal se hubiera facilitado significativamente si dicha información le hubiera sido suministrada oportunamente al juzgador.

Audiencia de formulación de la imputación, Audiencia de vinculación a proceso y Audiencia de solicitud de medidas cautelares. Aquí es importante que el fiscal argumente de forma clara, precisa y contundente que se le imputa, porque se le imputa, por qué se solicita que se le abra el proceso formal y por último por qué se requiere el uso de medidas cautelares para el correcto seguimiento de ese asunto. Ejemplo de esto es solicitar la prisión preventiva por que haya información de que el probable responsable pueda escapar y evadir la acción de la justicia, aquí resulta fundamental argumentar que se pretende prevenir ciertas conductas que entorpecerían o al menos dilatarían el proceso penal.

Audiencia en la que se fija el plazo para el cierre de investigación. En este caso es importante argumentar por que se pide determinado plazo de investigación, que pretendo hacer en ese tiempo, que requiero, etc...

En cuanto a la etapa intermedia tenemos los siguientes puntos en los cuales el fiscal debe tomar en consideración el uso de la Argumentación Jurídica.

Ofrecimiento y admisión de medios de prueba. Aquí es el primer momento en que la Carpeta de Investigación de la etapa inicial nos va a servir de base en nuestro ofrecimiento de pruebas, puesto que en dicha carpeta deben estar

plasmadas los datos de prueba que son necesarios para continuar con la imputación del hecho al probable responsable. Aquí el fiscal debe ofrecer los medios de prueba mediante los datos de prueba que constan en la Carpeta de Investigación, y además, debe mencionar porque está utilizando ese medio de prueba, que va a probar con el mismo, cuál de sus posturas va a reforzar o en su caso que postura de la parte contraria va a desvirtuar.

En la etapa de Juicio Oral tenemos los siguientes puntos relevantes para el uso de la Argumentación Jurídica.

Alegatos de apertura y clausura.

Desahogo de pruebas mediante interrogatorios.

Uso de conainterrogatorio.

Por último, la Argumentación Jurídica también resulta trascendental en otros casos fuera del procedimiento ordinario del sistema acusatorio, que son los siguientes.

Criterio de oportunidad del M. P. El fiscal debe argumentar de manera clara y contundente él porque no está llevando un asunto a su posible judicialización. Al recibir la noticia criminal, denuncia o querrela, cualquiera que sea su fuente, el fiscal procura tener una primera aproximación a lo sucedido y trata de establecer la trascendencia jurídico penal de los hechos. De ese primer análisis dependerá la decisión de seguir adelante con la actuación o disponer lo pertinente para poner fin a la misma.

Medios Alternos de Solución de Conflictos. En este caso, el encargado de realizar esta actividad debe tener una fuerte carga argumentativa pero también de persuasión, pues las partes involucradas al final son quienes deciden si resuelven su conflicto por medio de este canal.

Procedimiento Abreviado. Aquí la Argumentación Jurídica recaería de manera más relevante en el juzgador, pues este debe justificar la sentencia en cuanto a la reparación del daño e individualización de la pena de manera que sea beneficiosa para los involucrados.

3.2 Relevancia de la argumentación jurídica en la etapa de juicio en el sistema procesal penal acusatorio.

El fiscal debe iniciar la preparación del caso desde el momento mismo en que le sea turnado, y debe seguir un procedimiento que le permita construir una argumentación razonable que luego presentará al juez en la respectiva audiencia de juicio oral.

Puede afirmarse que el fiscal realiza dos procedimientos determinantes para cumplir su función, pues inicialmente debe establecer qué fue lo que ocurrió, cuál es la trascendencia jurídica de ese hecho y la ubicación típica concreta de la conducta realizada por una determinada persona y cuáles son las “pruebas” que así demuestran los hechos, y luego debe establecer la mejor forma de llevar dicha información al juez con el propósito de convencerlo de que su tesis es la más razonable. Cabe insistir que en un sistema de tendencia acusatoria el juez conoce de los hechos mediante lo que las partes le informan a través de los diferentes medios de prueba y de las argumentaciones que presenten en la respectiva audiencia.

“El primer requisito para la adecuada preparación de una argumentación en etapa de Juicio Oral es la ubicación de los puntos de debate o los problemas jurídicos y la ubicación de los problemas jurídicos, esto solo es posible si se tiene un adecuado conocimiento de lo sucedido (importancia de haber realizado una buena carpeta de investigación y un buen análisis de la misma), pues esto resulta ser indispensable para enmarcar los hechos en un tipo penal determinado”³⁸. Asimismo, para realizar un adecuado plan de investigación o programa metodológico, el fiscal debe tener claro los elementos estructurales del tipo penal en el cual se enmarcan los hechos materia de investigación. Si el fiscal no conoce suficientemente lo sucedido y por ello (o por cualquiera otra razón) no realiza una acertada adecuación típica, tendrá serias dificultades para

³⁸ Op. Cit. P. 125.

preparar su argumentación, pues, como veremos, la correcta ubicación de los elementos estructurales del tipo, incluyendo las circunstancias de agravantes y atenuantes, permite establecer los problemas probatorios que deben ser abordados en la respectiva audiencia.

El análisis de los hechos que realiza el fiscal, de acuerdo a su percepción inicial y a los resultados que vayan arrojando los actos de investigación, le permiten construir su teoría del caso, esto es, sus conclusiones en torno a lo realmente ocurrido y a las repercusiones jurídicas de dicha realidad fáctica. Es obvio que la teoría del caso siempre está en proceso de estructuración, pues la información que se vaya recopilando puede modificar las conclusiones iniciales, e incluso es posible que un posterior análisis más cuidadoso de los hechos y las evidencias lleve a pasar de una hipótesis delictiva a otra o incluso a descartar la ocurrencia de una conducta penalmente relevante. Aunque, recordemos que el fiscal desde un principio valora los hechos y los datos de prueba recopilados, debe estar atento a los cambios que sea necesario introducir por alguna de las razones indicadas.

A manera de ejemplo, un fiscal concluye que determinados hechos se enmarcan en el delito de homicidio culposo, contemplado en el artículo 125 en relación con el artículo 75 del Código Penal del Estado de Querétaro y que el mismo le es atribuible a María, de antemano sabrá el fiscal que tendrá que enfrentar, como mínimo, los siguientes problemas probatorios:

1. Que ocurrió una muerte;
2. La realización de una conducta culposa atribuible a María;
3. La relación causal entre la conducta culposa y la muerte.

Por ello su trabajo ante el Juez en la etapa de Juicio Oral deberá orientarse a esclarecer y comprobar estos puntos concretos, bajo el entendido de que los

errores que cometa frente a uno o varios de ellos podrán afectar o, incluso, truncar, el éxito de la pretensión punitiva.

El fiscal debe analizar constantemente la argumentación que está en construcción, porque solo cuando verifique que sus conclusiones son razonables podrá tomar decisiones tan importantes como formular imputación, acusar o solicitar la condena.

En el caso objeto de análisis, la hipótesis delictiva, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, podría ilustrarse de la siguiente manera:

Premisa 1. María realizó un comportamiento culposos;

Premisa 2. Dicho comportamiento culposos fue la causa de un hecho de tránsito terrestre;

Premisa 3. En el hecho de tránsito terrestre Luis sufrió graves lesiones;

Premisa 4. Dichas lesiones le causaron la muerte a Luis;

Conclusión: María, por culpa, le causó la muerte a Luis.

El fortalecimiento de la argumentación que se presenta en este caso puede lograrse gracias a que el investigador, consciente de los problemas probatorios que tendrá que abordar en la audiencia de juicio oral, dispuso la realización de los actos de investigación necesarios para establecer aspectos fundamentales para la posterior presentación del caso ante el juez, como:

Hay testigos presenciales del hecho;

Dónde estaban ubicados estos testigos cuando ocurrieron los hechos;

A qué distancia de dicho lugar ocurrió el accidente;

La existencia de alguna relación de los testigos con las personas involucradas en el hecho de tránsito terrestre y;

La capacidad de dichos testigos para percibir y describir los hechos.

El fiscal, mientras se ocupe de demostrar la aceptabilidad de sus enunciados mediante las respectivas pruebas así también con el fortalecimiento de estas frente a la premisa “María realizó un comportamiento culposo”, tiene un argumento más razonable para presentarle al juez en la audiencia respectiva, por lo tanto, tendrá mejores condiciones respecto a vencer con su pretensión.

Lo expresado hasta ahora resulta útil para analizar tres aspectos muy importantes para la preparación y presentación de argumentos en los casos penales:

1. Las pruebas para corroborar los hechos;
2. El programa metodológico, de investigación y de elaboración de premisas argumentativas y;
3. La preparación de alegatos e interrogatorios.

Respecto a todo lo anterior podemos mencionar lo que Jaime Cárdenas Gracia nos menciona al respecto: “La argumentación se desenvuelve en el ámbito de la justificación. Los hechos y las pruebas al igual que las normas en las resoluciones de los casos exigen motivación. Esta es una justificación racional respecto a los hechos y en cuanto a las pruebas, que no es igual a la motivación sobre las normas, porque en la motivación de los hechos y de las pruebas, de manera semejante que la argumentación sobre las normas, es permitir a las partes y a la sociedad en su conjunto, el control sobre la racionalidad de la decisión.

Motivar los hechos significa justificar mediante argumentos los enunciados que confieren más eficacia a determinada prueba sobre otra o, a una hipótesis sobre las demás para estimar probados los hechos. Esto supone que la argumentación

sobre la prueba debe dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias que partiendo de ellos se han formulado y de los criterios utilizados para extraer conclusiones probatorias. La motivación también debe dar cuenta de los criterios con los que se justifica la valoración individual y conjunta de los distintos elementos de prueba, así como de las razones que fundamentan la elección final para que la hipótesis sobre el hecho este justificada”³⁹.

De acuerdo a lo anterior podemos observar que la importancia de la argumentación jurídica hoy en día trasciende al sistema penal, pues esta adquiere relevancia en prácticamente todas las materias jurídicas. En el caso particular del Derecho Penal, vemos que desde que se denuncia un hecho hasta que culmina con una sentencia es muy importante su uso, aunque aún en la práctica existe mucha resistencia al respecto, eso lo vemos en lo siguiente: “En nuestra cultura jurídica se suele demandar mayor rigor en la motivación de las normas que sobre los hechos y las pruebas porque se estima que sobre estos la racionalización y el control no puede darse al igual que con las normas. Esta postura obedece a la inercia que considera que el juez en materia de prueba tiene una amplia libertad para valorar pruebas sin controles racionales y que, según sus convicciones enteramente subjetivas, determina el valor que debe dársele a cada una de ellas y en su conjunto.

Por el contrario, el modelo cognoscitivo y de valoración racional de la prueba apuesta por la argumentación y/o justificación de los hechos y las pruebas. Los enunciados fácticos son verdaderos si los hechos que describen han sucedido y el principal criterio de conocimiento de la verdad es la comprobación empírica.

³⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Curso Básico de Argumentación Jurídica*, primera edición, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México, 2015, p. 206.

La comprobación empírica de hechos directos se realiza a través de constataciones observaciones del juez. En los supuestos de pruebas deductivas la justificación consiste en mostrar la corrección argumental y la justificación de las premisas para que la conclusión sea verdadera y necesaria”⁴⁰.

En conclusión del presente capítulo vemos que la argumentación es la base de la comunicación y solo realizando un proceso adecuado en esta podremos obtener un resultado deseado y una decisión acorde a nuestra pretensión, particularmente en este trabajo la Fiscalía es quien debe estructurar una serie de elementos que fundamenten sus argumentos, por tanto, es inevitable e indispensable el uso de la argumentación jurídica en todo el juicio oral, desde los alegatos de apertura, desahogo de pruebas mediante interrogatorio directo, objeciones, interrogatorio redirecto, alegato de clausura y su réplica.

Podemos observar que la argumentación jurídica más que tratarse de una disciplina o técnica para formular argumentos se trata de una técnica para resolver problemas y va a ser la parte medular para poder establecer el paradigma jurídico con el que el operador jurídico tiene la principal afinidad.

Faustino Guerrero Posadas nos comenta lo siguiente: “La argumentación jurídica en el procedimiento penal acusatorio tiene una razón de ser, pues es de entrada la que nos da elementos esenciales para la reflexión de los actos en el procedimiento, y nos da la razón de establecer lineamientos para expresar conocimientos viables para una defensa o para una acusación”⁴¹.

En el caso de utilizar la argumentación jurídica en los alegatos por mencionar un acto procesal del nuevo sistema de justicia, debemos tomar en cuenta que se

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Guerrero Posadas, Faustino. *La Argumentación en el Juicio Oral*, segunda edición, Editorial Flores, México, 2013, p. 35.

tiene que utilizar al inicio del alegato argumentos fuertes, que causen impacto, enfatizar la teoría del caso y sobre todo apoyarse en los elementos que más apoyen nuestra versión y en el caso de que este seguro de ello robustecer estos argumentos con razones jurídicas y haciendo valer la postura de un paradigma jurídico. Se debe relacionar todo a manera de una sola historia, es decir que todos los elementos tengan relación y continuidad. Se pueden resaltar hechos relevantes a manera de pregunta y por último se debe argumentar con medios de convicción que puedan ser susceptibles de interpretación por medio de un paradigma jurídico diverso al positivismo.

3.3 El alegato de clausura como ejemplo de acto procesal en donde se pueden evidenciar los diversos paradigmas jurídicos.

Como ya se ha tratado, en la etapa de juicio oral se encuentra el alegato de clausura, el cual funciona como cierre de la contienda. Dicho alegato representa la “última” oportunidad para que el fiscal reafirme la convicción del juzgador o en su caso hacerlo cambiar de parecer, es aquí donde se reunirán todos los elementos que se integrarán en un solo elemento que permitirá emitir conclusiones para el juzgador, conclusiones que deben hacer lógicas y coherentes las proposiciones fácticas y la teoría del caso. El alegato de clausura es un ejercicio argumentativo de alta exigencia, pues no cualquier palabra que se enuncie equivale a un argumento, mucho menos a un argumento efectivo, pues el Licenciado en Derecho tiende mucho a llenar de “paja” sus posturas, por lo que hoy en día es indispensable separar esa mala práctica y comenzar a desarrollar habilidades, técnicas y destrezas muy específicas para poder desarrollar un buen papel dentro del juicio oral.

El alegato de clausura en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Lo primero que debe entenderse, es que el alegato final es un ejercicio tremendamente específico y concreto en relación con la prueba. Este comienza y termina con la prueba desahogada en juicio, en este momento las partes aún pueden comunicar al juzgador su respectiva teoría del caso. Por lo tanto, en dicho alegato es necesario argumentar claramente, para reconocer plenamente el delito, la participación y responsabilidad del imputado y la probanza de esta (generar convicción en el juzgador y no dejar una duda razonable en el mismo), no se deben utilizar frases ambiguas o vagas, se debe ser claro, directo y contundente.

En lo que respecta al Código Nacional de Procedimientos Penales se expone lo referente a los alegatos de clausura en el Artículo 399:

Artículo 399 Alegatos de clausura y cierre del debate.

Concluido el desahogo de las pruebas, el juzgador que preside la audiencia de juicio otorgará sucesivamente la palabra al Ministerio Público, al Asesor jurídico de la víctima u ofendido del delito y al Defensor, para que expongan sus alegatos de clausura.

Acto seguido, se otorgará al Ministerio Público y al Defensor la posibilidad de replicar y duplicar. La réplica sólo podrá referirse a lo expresado por el Defensor en su alegato de clausura y la dúplica a lo expresado por el Ministerio Público o a la víctima u ofendido del delito en la réplica. Se otorgará la palabra por último al acusado y al final se declarará cerrado el debate.

Como se observa, terminando el desahogo de las pruebas corresponde en un primer momento al Ministerio Público y al Asesor Jurídico de la Víctima u Ofendido exponer su alegato de clausura, esto es porque ellos son los encargados de demostrar la culpabilidad del entonces procesado, y también tienen la oportunidad, si así lo consideran, de plantear una reclasificación jurídica del delito que se plasmó en el escrito de acusación, de ser este el caso, el juez dará al procesado y a su defensa la oportunidad de expresarse al respecto, y les informará sobre su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención, esto porque se considera que se genera un estado de indefensión, dado que no se preparó el trabajo probatorio y argumentativo con un delito diverso al plasmado en la acusación de la Fiscalía. Respecto a esto consideramos que es muy difícil que suceda en la práctica, primero porque en la carpeta de investigación se encuentran reunidas todos los datos de prueba que nos ayudan a sustentar una acusación, segundo porque el ejercicio que se debe realizar para ir depurando todas las posibles configuraciones de diversos delitos es de una alta exigencia intelectual, esto es el ejercicio del falsacionismo, el cual consiste en contrastar una teoría, intentar refutarla mediante un contraejemplo. Si no es posible refutarla, dicha teoría

queda corroborada, pudiendo ser aceptada provisionalmente. Las teorías propuestas serán sometidas a rigurosos experimentos y observaciones. Deben poder ponerse a prueba y ser desmentidas por los hechos o por un experimento adverso. Para cumplir con esta condición, las hipótesis deben ser lo más generales posible y lo más claras y precisas posibles.

En el supuesto de que el fiscal reconfigure el delito en el alegato de clausura el juez oral suspenderá el debate por un plazo que, en ningún caso, podrá exceder del establecido para la suspensión del debate previsto por el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el caso de que la parte acusadora no reconfigure el delito, corresponderá a la defensa el uso de la voz para emitir su respectivo alegato de clausura, el cual busca continuar demostrando que su defenso es inocente.

Posteriormente del alegato de clausura de ambas partes viene la réplica que corresponde al Fiscal y solo puede referirse a lo expresado por la defensa en el alegato de clausura, es decir, el objetivo de la réplica es desvirtuar o restarle valor al alegato de clausura de la defensa.

Después a este acto viene la duplica, la cual al igual que la réplica tiene por objetivo restarle valor o desvirtuar la réplica realizada por el Fiscal. En la duplica, también, solo puede referirse a los dichos expresados por la Fiscalía en la réplica. Como último momento si así lo desea el procesado este podrá tomar la palabra y expresar lo que el considere conveniente. Una vez finalizado todo lo anterior, el órgano jurisdiccional, en términos de lo dispuesto por el mismo artículo tratado en este punto (artículo 399 del Código Nacional de Procedimientos Penales), declarará cerrado el debate.

Por último, el órgano jurisdiccional se retirará a deliberar en forma privada, continua y aislada hasta emitir el fallo correspondiente, por lo que se ordena un receso que no excederá de 24 horas. Las partes deben ser convocadas

oportunamente para la reanudación de la audiencia de manera oral o por cualquier otro medio.

Deber de argumentar respecto a la reparación del daño.

“En nuestro país, por razones históricas, durante décadas fue el inculpado el protagonista del proceso penal; sin embargo, la víctima ha tomado el lugar que siempre ha debido tener en el proceso y respecto a esto el asunto de la reparación del daño ha cobrado trascendencia. Con mucha frecuencia, la reparación del daño constituye la principal motivación de la víctima y/u ofendido”⁴².

Por reparación del daño podemos entender, la pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer la situación previa y resarcir los perjuicios derivados de su delito. Por lo primero se entiende la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible el pago del precio de la misma; por lo segundo, la indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados.

Diana Cristal González Obregón nos dice al respecto: “En el sistema acusatorio, de igual manera, se consideran derechos tanto para imputados como víctimas u ofendidos. Estas últimas se benefician en gran forma con el nuevo sistema impartición y procuración de justicia por muchas razones. Por ejemplo; tienen un rol más activo en el procedimiento penal en la defensa de sus intereses, son escuchados siempre por el juez, y cuando así lo consideren necesario, pueden coadyuvar directamente en la investigación que realiza el Ministerio Público señalando vicios materiales y formales del escrito de acusación, y obtener la

⁴² Op. Cit. P. 247.

reparación del daño en un tiempo más breve y sin tener que llegar siempre a un juicio oral⁴³.

Con el fin de facilitar la reparación del daño en favor de las víctimas los imputados deberán resarcir equitativamente a las víctimas y en ello se traduce la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. Por otro lado, establece que cuando la indemnización por parte del delinciente sea insuficiente, el Estado deberá asumir el costo financiero en relación a las víctimas o las familias de éstas.

Todo esto surge en virtud de que el imputado se había convertido o había estado tradicionalmente en el centro de atención del Derecho Penal y como se observa, esto es un objetivo importante del nuevo proceso penal, que la reparación del daño a la víctima y/u ofendido se de en todos los casos y que tal reparación sea voluntaria y no impuesta o promovida por el Estado. Además, debería estar acompañada de la posibilidad de reconciliación entre el autor y la víctima, una compensación del autor a la víctima, que satisfaga a esta última. No olvidemos que la pena debe cumplir con una función retributiva y con una función preventiva, pero también, la pena debería cumplir una función reparadora, ya sea para con la víctima directa del delito o para con la sociedad en general.

En las legislaciones se establece tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley General de Víctimas y en el Código Nacional de Procedimientos Penales lo referente a la reparación del daño. En la Constitución se encuentra dentro del artículo 20 Fracción C, que establece lo siguiente

⁴³ Op. Cit. p. 63.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

La Ley General de Víctimas al respecto menciona:

Artículo 7. Los derechos de las víctimas que prevé la presente Ley son de carácter enunciativo y deberán ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, los tratados y las leyes aplicables en materia de atención a víctimas, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de sus derechos.

Las víctimas tendrán, entre otros, los siguientes derechos:

II. A ser reparadas por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño o menoscabo que han sufrido en sus derechos como consecuencia de violaciones a derechos humanos y por los daños que esas violaciones les causaron.

Artículo 26. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

Artículo 27. Para los efectos de la presente Ley, la reparación integral comprenderá:

I. La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos;

II. La rehabilitación busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos humanos;

III. La compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Ésta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos;

IV. La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas;

V. Las medidas de no repetición buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir;

VI. Para los efectos de la presente Ley, la reparación colectiva se entenderá como un derecho del que son titulares los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectadas por la violación de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o cuando el daño comporté un impacto colectivo. La restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados.

Artículo 123. Corresponde al Ministerio Público, además de los deberes establecidos en el presente ordenamiento, lo siguiente:

III. Solicitar el embargo precautorio de los bienes susceptibles de aplicarse a la reparación integral del daño sufrido por la víctima, así como el ejercicio de otros derechos;

V. Solicitar las pruebas conducentes a fin de acreditar, determinar y cuantificar el daño de la víctima, especificando lo relativo a daño moral y daño material, siguiendo los criterios de esta Ley;

VII. Solicitar la reparación del daño de acuerdo con los criterios señalados en esta Ley;

XI. Las demás acciones que establezcan las disposiciones jurídicas aplicables en materia de atención integral a víctimas y reparación integral.

Y por otra parte el Código Nacional de Procedimientos Penales nos refiere al respecto:

Artículo 109. Derechos de la víctima u ofendido.

En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos:

XXIV. A que se le garantice la reparación del daño durante el procedimiento en cualquiera de las formas previstas en este Código;

Artículo 131. Obligaciones del Ministerio Público.

Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:

XXII. Solicitar el pago de la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido del delito, sin perjuicio de que éstos lo pudieran solicitar directamente;

Por todo lo anterior es que nuestras leyes penales sustantivas y adjetivas deben prever que durante todo el procedimiento e incluso en la etapa de ejecución, el

acusado pueda reparar el daño causado al ofendido por el delito. Para ello se deben otorgar alicientes a manera de estímulos, que serán decrecientes a medida que avance el proceso o se llegue a la etapa de ejecución, esto sin duda representa un esfuerzo institucional para también lograr la reinserción social del imputado a través de la satisfacción plena a la víctima.

Para finalizar este apartado es importante señalar que el Ministerio Público tiene la obligación de formular argumentos convincentes y contundentes respecto a la reparación integral del daño, recordemos que según nuestra legislación la compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Ésta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos. Es importante que el juzgador también realice un juicio de valor sumamente intenso, pues puede ser el caso que el imputado no pueda garantizar una reparación integral del daño y que la víctima no la necesite sin embargo aquí también se tendrá la obligación de argumentar sus posturas. En este último ejemplo se tiene que recurrir a la ponderación por medio del uso del principio de proporcionalidad

Deber de argumentar respecto a la atención a la víctima.

Como vimos con gran amplitud en el apartado anterior, el nuevo sistema dota de gran participación y trascendencia a la víctima y/u ofendido de un delito, cosa que no sucedía en el anterior sistema penal. Dentro de esta trascendencia que adquirió la víctima retomamos ahora el deber de brindarle atención y protección a la víctima y/u ofendido. Es obligación del Estado garantizar su cumplimiento, mediante la estricta aplicación de la ley y de la implementación de protocolos de actuación que por lo menos otorguen certeza de que se contará con los medios o recursos mínimos para respetar y brindar atención a las víctimas. Es aquí donde nuevamente vuelve a entrar la importancia de la Argumentación Jurídica

pues de ella dependerá en gran medida de que el Estado provea de cierta atención y protección a la víctima, pues como se mencionó en el apartado previo, aquí nos encontramos con ejercicios de ponderación por medio de la proporcionalidad, con un grado de exigencia de justificación muy alta y se deben responder preguntas como: ¿la medida de protección realmente es necesaria?, ¿Por qué?, ¿Qué justifica eso?, ¿Esta medida es idónea?, ¿Durante cuánto tiempo estará la medida?, ¿La atención que se le dará a la víctima es la adecuada?, ¿Realmente la necesita?. El objetivo de esto es tener plena certeza de que es sumamente necesario hacer uso de estos medios y garantizar que no habrá una revictimización y también en el caso del imputado una nueva victimización.

Deber de argumentar respecto a la pena a imponer (individualización de la sanción).

Por último, tenemos que el Ministerio Público también debe realizar un ejercicio argumentativo en el caso de la pena que solicita se imponga al imputado. Aquí tenemos un sinnúmero de circunstancias que van a reforzar la petición de dicha pena pero que de igual manera debe haber una justificación muy contundente. Vamos a partir de un ejemplo común y que cotidianamente lo consideramos así: Se tiene la idea de que la parte acusadora siempre tiene que argumentar con el delito más grave, el que tiene la pena más invasiva y más vulnerante de derechos humanos y en gran medida esto ha sido históricamente cierto, pero hoy en día esto ya no puede ser así, puesto que recordemos que el Ministerio Público ahora cuenta con criterios de oportunidad, por lo que debería únicamente de llevar a juicio los asuntos que tengan una relevancia jurídica y social muy alta. Por otra parte, este hecho también tiene un objetivo: disminuir el número de internos en los Centros de Reinserción Social. Ahora bien, por lo aquí expresado tenemos que el Ministerio Público tiene la exigencia de argumentar con bases extremadamente solidad del porqué está solicitando dicha pena, pues también debe tomar en cuenta que la Reinserción Social

también es un Derecho Humano, por lo que esto complica o mejor dicho exige que aún más que el nivel argumentativo sea mayor y decididamente contundente. Preguntas como: ¿Por qué la pena de prisión es la idónea para el imputado?, ¿Por qué no darle un tratamiento en semilibertad?, ¿Por qué no hacer uso de los sustitutivos penales?

También hay que recordar que esto depende directamente del delito del que estemos persiguiendo y al igual hay que dejar de lado la cuestión de los antecedentes, pues nos encontramos en un Derecho Penal de acto y no de actor, por lo que debemos dejar de lado el considerar los antecedentes penales como situaciones que afecten directamente a la decisión que vaya a tomar el juez en consideración del delito cometido.

Como ha quedado plasmado en páginas anteriores es claro que las partes intervinientes en el nuevo sistema penal deben tener muchos conocimientos respecto al sistema procesal, teoría del delito, argumentación jurídica y sobre todo conocer su asunto y su postura respecto a algún paradigma jurídico. Así mismo deben contar con conocimientos sobre técnicas que le ayuden a su mejor desenvolvimiento en un juicio. Algunas de estas y solo a manera enunciativa serían las siguientes:

Crear la credibilidad en los testigos; Haber estudiado y saber desarrollar su Teoría del Caso; Dar una explicación real y coherente con la teoría del caso, ¿Por qué sucedieron las cosas así?; Utilizar únicamente hechos que sean realmente relevantes para el asunto; Explicar los motivos de la comisión de los hechos, esto generará convicción en el juzgador; El contacto visual con el juzgador es muy importante, esto de igual manera genera confianza y certidumbre; La manera de interrogar a los testigos, debe ser de una manera respetuosa pero enérgica, lo que se traduce en hacerlo de manera asertiva; Por último, el punto de lo que en gran medida fue materia del presente trabajo y el cual consideramos el más importante, saber argumentar el caso. Hay que

mostrarse seguro, racional e inteligente, una buena argumentación se realiza con base en todos y cada uno de los elementos de la teoría del caso.

Capítulo IV La Interacción de los diversos Paradigmas Jurídicos con las Instituciones, Operadores Jurídicos y la Sociedad.

4.1 Instituciones.

En este último apartado hablaremos acerca de cómo ha sido la implementación del sistema procesal acusatorio en materia penal y evidenciar fortalezas y debilidades.

“En la experiencia comparada, la mayoría de los países que han introducido la oralidad lo han hecho sobre la base de un sistema de instancia única constituida por el juicio oral”⁴⁴.

A nivel federal podemos decir que existe una plena confianza en que el Nuevo Sistema de Justicia Penal restaurará la confianza en la impartición de la justicia, pues el ofendido quedaría conforme con la manera en que se atendió su denuncia. La víctima ahora tiene más presencia porque puede participar de manera activa en la investigación y el juicio, al ofrecer pruebas (sujeto epistémico), recibir información sobre avances, asesoría legal, atención médica y psicológica, además de que tiene derecho a exigir la reparación del daño.

También podrá intervenir de forma directa en el proceso, alegando en audiencias, con interrogatorios y solicitudes en el sentido de que se impongan medidas cautelares al imputado, para garantizar que éste asista al juicio y se resguarde la seguridad de la víctima.

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación debe comprometerse con el proceso de implementación de una forma protagónica⁴⁵” y así es, esta al ser la institución de cierre normativo en nuestro país es el pilar para poder difundir las capacidades epistémicas del sistema procesal penal acusatorio. Pero no debemos encargar toda la responsabilidad a la Suprema Corte, pues como se

⁴⁴ SCJN, *El Sistema Penal Acusatorio en México*, México, 2008, p. 37.

⁴⁵ Op. Cit., p. 166.

ha visto a lo largo del desarrollo del presente, la responsabilidad epistémica para que funcione realmente dicho sistema de justicia penal, recae en absolutamente en toda la sociedad, pues la génesis de operación del sistema viene precisamente desde la comprensión del funcionamiento del mismo.

4.2 Operadores Jurídicos.

El nuevo Sistema de Justicia Penal surgió de la demanda ciudadana de una nueva forma de hacer justicia. La nueva Justicia Penal parte de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que incorporó el sistema acusatorio el cual otorga mayores derechos a imputados y víctimas del delito, beneficia a todos los involucrados en el Sistema de Justicia Penal y contribuye a la confianza en las instituciones.

Ahora, hay nuevos actores que forman parte del proceso penal para garantizar que los procesos sean más cortos y se lleven a cabo con transparencia y eficiencia.

La víctima: Es la persona que sufre un delito, tiene derecho a que la autoridad cuide su integridad física y le brinde la protección necesaria según el riesgo que corra.

La víctima ahora tiene mayor presencia porque puede participar activamente en la investigación y en el Juicio, ofreciendo pruebas, recibiendo información sobre los avances, asesoría legal, atención médica y psicológica y con su derecho a exigir se le repare el daño.

La víctima podrá intervenir de forma directa en el desarrollo del proceso alegando directamente en audiencia, realizando interrogatorios y haciendo solicitudes como que se impongan medidas cautelares al imputado, es decir, acciones que garanticen que el imputado asista a Juicio y se reguarde la seguridad de la víctima.

El imputado: Es la persona sobre quien se ha recabado información que hace suponer su participación en un delito y en contra de la cual el Ministerio Público realiza una acusación ante el Juez.

Una característica central del Nuevo Sistema Penal es la presunción de inocencia, esto es que no se puede considerar a nadie culpable hasta que no exista una sentencia por parte del Juez.

Policías: Con la Reforma al Sistema de Justicia Penal, la policía mexicana se orienta hacia un modelo que fomenta su profesionalización en las técnicas de actuación, investigación, resguardo de pruebas, y en general de todas las acciones que tiene que desarrollar como la institución encargada de proteger a la ciudadanía, así como los bienes de las personas. Entre las principales estrategias que los cuerpos policiacos tomaron ante la implementación del Nuevo Sistema de

Peritos: Son expertos autorizados para investigar con métodos científicos y tecnológicos, busca obtener información certera sobre lo que realmente ocurrió durante un delito. Actúa como agente investigador experto en alguna ciencia, arte u oficio y su testimonio tiene carácter de prueba y puede ser llamado a declarar durante el Juicio.

Durante la investigación, el Ministerio Público o la Policía podrán solicitar peritajes para aclarar las circunstancias del delito. Cualquier participante de un juicio puede tener como consultor a un perito para apoyar sus argumentos, quien los podrá acompañar en las audiencias.

Con las conclusiones del perito se elabora un informe pericial que se integra a la carpeta de investigación. El informe no tiene carácter de prueba, porque lo importante es la declaración oral del perito durante el Juicio Oral, por lo que deberá comparecer para declarar ante el Tribunal.

La prueba científica sirve para esclarecer los hechos, y es un elemento fundamental para conocer la inocencia o culpabilidad del acusado.

Defensores: Se encargan de la defensa legal del imputado; puede ser un abogado particular contratado o un Defensor Público que proporciona por ley el Estado.

La reforma constitucional estableció que el defensor deberá ser licenciado en derecho, con cédula profesional, antes el imputado podía “ser representado por una persona de confianza” que en la mayoría de los casos no era un abogado; situación que generaba violaciones a sus derechos al no garantizarle el acceso a una defensa adecuada. El imputado puede solicitar un defensor desde el momento en que se le detiene, y declarar solo cuando su defensor este presente.

Algunas de las obligaciones del Defensor para con su defendido son:

Entrevistarse con el imputado para conocer directamente su versión de los hechos, para asesorarlo sobre la naturaleza y las consecuencias de los actos por los que se le acusa.

Acompañarlo y asistirlo jurídicamente cuando rinda su declaración y en cualquier otro acto o audiencia, exponiendo sus alegatos, mostrando sus pruebas y cuestionando las del acusador.

Analizar la carpeta de investigación del Ministerio Público para contar con elementos para la defensa, también debe juntar y ofrecer las pruebas necesarias para demostrar sus argumentos de defensa.

Promover mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, como fueron explicadas en capítulos anteriores.

Mantener informado a su defendido y guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones.

Si el imputado es indígena, el Estado debe garantizar una defensa que conozca los usos y costumbres del pueblo indígena al que pertenece y en su caso la lengua indígena que corresponda.

El Nuevo Sistema de Justicia Penal instruye al Ministerio Público y al Defensor a coordinarse en busca de la verdad, procurando el mayor bien social, por eso promoverán siempre el mejor arreglo para sus representados, ya sea en el Juicio o en las medidas alternas a este.

En el caso del Ministerio Público este compromiso con la verdad, lo obliga a informar a la defensa en caso de que encuentre una prueba que resulte a favor del acusado.

Algo importante, es que contar con un defensor no limita el derecho del defendido a intervenir, hacer peticiones directamente al Juez y hacer comentarios durante el Juicio, incluso el imputado está protegido también por un juez, que de considerar que el abogado es deficiente o carece de conocimiento y habilidad para operar el nuevo sistema de justicia podrá ordenar relevarlo poniendo a consideración del imputado un nuevo nombramiento o el Juez le proporcionará un defensor público.

Ministerio Público: Es el encargado de investigar los delitos y llevar a Juicio a quien se considere responsable de estos, conduce la investigación y coordina a las policías y a los servicios periciales.

El Ministerio Público cuida los intereses de la sociedad al perseguir los delitos, y vigila que en toda investigación se respeten los derechos humanos, es quien debe demostrar la existencia – o no – de un delito y la responsabilidad de quien lo cometió.

Puede solicitar las medidas cautelares – fianza, arresto domiciliario, medidas de control electrónico, arraigo, prisión preventiva – de acuerdo con el riesgo que puede correr la víctima, el éxito del proceso o para asegurar la comparecencia de imputado en Juicio.

Debe instruir a las Policías sobre la legalidad y valor de las pruebas recolectadas, así como de las demás actividades que realicen dentro de la investigación. Cuando cualquier sujeto que intervenga en un juicio, tenga en riesgo su vida o integridad corporal, el Ministerio Público será el encargado de garantizar su seguridad.

Los jueces: Tienen la responsabilidad de impartir justicia. Debe hacerlo de manera pronta, completa e imparcial y garantizando el Estado de derecho y contribuir a fortalecer la democracia.

Los jueces, deben respetar y garantizar los derechos de los que intervienen en el juicio, también deben en todo momento guardar la confidencialidad de los asuntos y no deben presentar en público al imputado como culpable si aún no ha sido condenado.

Juez de Control: es el que interviene desde el principio de la investigación y hasta el inicio del juicio. Entre otras funciones, el Juez de Control es el encargado de ver lo relacionado con la legalidad de la detención; dependiendo de las pruebas, determina si una persona debe ir o no a Juicio y decide las medidas cautelares para asegurar que no se escape el imputado o se ponga en peligro la seguridad de las personas.

También autoriza la aprehensión de una persona, su comparecencia ante un juez, y las autorizaciones judiciales en una investigación, como pueden ser órdenes de cateo, la exhumación de cadáveres, la intervención de comunicaciones privadas y correspondencia, la toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello y el reconocimiento o examen físico de una persona.

El Juez de Control también aprueba los acuerdos en los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. El Tribunal de Enjuiciamiento: se integra por uno o tres jueces que son los responsables de llevar el juicio y dictar sentencia.

Tiene entre sus atribuciones citar a las partes a la audiencia de Juicio, presidir el debate, decretar los recesos, suspender la audiencia si es necesario y ordenar los aplazamientos que se requieran. Este tribunal debe presenciar directamente lo que los testigos y peritos tengan que manifestar para poder emitir una sentencia.

El Juez también impide las intervenciones que estén fuera de lugar por violentas, ofensivas o vayan contra la armonía del Juicio, y cuidan que se respete la disciplina en la audiencia.

Deben explicar públicamente toda sentencia que realicen de manera oral, exponiendo sus fundamentos legales y los razonamientos para llegar a esa decisión. Es el que fija las penas e indicará en que forma deberá repararse el daño.

Facilitadores: Son profesionales cuya función es ayudar a la víctima y al imputado a encontrar soluciones alternas al Juicio para llegar a acuerdos y resolver sus conflictos de manera pacífica.

Personal Penitenciario: Tiene como función promover la reinserción de los sentenciados a la sociedad, para ello realiza un análisis de la conducta del interno, y presenta propuestas ante el Juez de Ejecución, este a su vez podrá otorgar beneficios que modifiquen las condiciones o hasta la reducción de la pena.

Asesor Jurídico: Es el abogado que se encarga de asesorar a la víctima u ofendido; puede ser un abogado particular contratado, o un abogado gratuito proporcionado por el Estado.

Con la reforma constitucional, el asesor jurídico deberá ser licenciado en derecho, con cédula profesional, quien acompañará desde el inicio los intereses de la víctima y explicará en todo momento las situaciones jurídicas para que las víctimas entiendan su proceso y puedan tener voz y derechos en el procedimiento.

4.3 Reflexión sobre la recepción del sistema acusatorio por la sociedad en general.

A largo plazo la intención de la reforma de junio de 2008 era revertir los problemas estructurales que aquejan al sistema: garantizar el acceso a la justicia y revertir la desigualdad para los grupos en situación de exclusión y discriminación histórica; y guiar la procuración e impartición de justicia conforme a los principios de los derechos humanos, tales como el debido proceso y los derechos de las víctimas. Se trató de una reforma muy ambiciosa que sentó las bases para la transición hacia un modelo de justicia penal con contrapesos al poder de las Procuradurías, encargadas del establecimiento de los hechos, y que restaurara el equilibrio no sólo entre personas imputadas y víctimas, sino también entre agentes del ministerio público, defensores y juzgadores mediante transformaciones organizacionales, procedimentales y formales que, juntas, significan un cambio profundo del paradigma de la justicia.

Para hacer de la reforma una realidad tangible para la ciudadanía, se requería de la voluntad y el compromiso de actores en los ámbitos ejecutivo, legislativo y judicial en tanto que implicaba la construcción de un andamiaje institucional y normativo totalmente diferente para operar este nuevo sistema; la formación y capacitación de sus nuevos operadores; la dotación de una infraestructura adecuada, incluyendo equipos y tecnología. Para ello, se estableció un plazo de 8 años y se destinaron cuantiosos recursos provenientes de subsidios y fideicomisos.

La reforma incluyó modificaciones sustanciales para la conducción de las investigaciones y la actuación de las policías, pasando de la centralidad de la declaración del imputado a la construcción de la prueba científica y a la importancia del testimonio que se da frente al juez; transformaciones de la prisión preventiva que deja de ser la regla para dar lugar a un catálogo de medidas cautelares, del sistema penitenciario, de la justicia para adolescentes,

y la centralidad de la publicidad e igualdad de armas en los procesos de acusación, defensa y juicio, para citar los capítulos más importantes de este nuevo sistema al que se aspiraba llegar.

La realidad es que, al momento de concluir el plazo de ocho años para la implementación, la transformación es insuficiente e incompleta. Las experiencias de las entidades más avanzadas en la implementación del sistema de justicia acusatorio demuestran la existencia de pendientes importantes para lograr una justicia eficiente en función de las personas y de los tipos de delitos. Prácticas violatorias de los derechos humanos como la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes subsisten en el nuevo sistema de justicia penal, cuestionando gravemente la posibilidad de transformación de las instituciones del sistema de justicia y la posibilidad de lograr la vigencia de los derechos de las partes a un juicio. De la misma forma, con el afán de conseguir buenos indicadores de gestión, los operadores del sistema están generando nuevas prácticas que privilegian criterios formalistas por encima de estándares de protección de los derechos en la determinación de la posibilidad de usar mecanismos alternativos de solución del conflicto o el procedimiento abreviado.

Para que la reforma del sistema de justicia penal se traduzca en una transformación significativa en el acceso a la justicia de la ciudadanía, en particular de las personas y grupos en situación de exclusión y discriminación histórica, el Estado mexicano en sus diferentes niveles de gobierno debe seguir con el compromiso de consolidar la implementación del nuevo sistema de justicia penal bajo los principios que lo rigen y el respeto por los derechos humanos, y dedicarle todos los medios a su alcance para conseguir esta meta en un plazo razonable. En el contexto de crisis generalizada de los derechos humanos en el país, no se deben privilegiar intereses de corto plazo y de tipo formalistas sobre la protección eficaz de los derechos humanos, el acceso efectivo a la justicia y la erradicación de la impunidad.

Conclusiones.

Ninguna pretensión es más central para el positivismo jurídico que la tesis según la cual el origen del derecho radica en hechos sociales. De acuerdo con ella, tanto la existencia como el contenido del derecho están determinados únicamente por hechos sociales, es decir, por los comportamientos, actitudes y creencias de los miembros de una sociedad. La tarea del positivismo jurídico es, por tanto, identificar y explicar, en cualquier tiempo y lugar, los hechos sociales relevantes que determinan el derecho.

En relación con el nuevo sistema penal, son prácticamente dos años desde su operación total en nuestro país. Recordemos que una de las finalidades de este nuevo sistema de justicia penal es el esclarecimiento de los hechos a fin de ver si existe fundamento para iniciar un juicio en contra de una o varias personas. Es entonces donde se empieza a formar el cúmulo de medios de prueba que nos ayudarán, en el caso del Ministerio Público, a probar en la etapa de desahogo de pruebas, la culpabilidad del imputado y, en el caso del defensor, a construir y preparar los elementos de defensa⁴⁶, en donde posteriormente podremos observar que existe la posibilidad de posicionarse respecto algún paradigma jurídico diverso al positivismo y fungir como un sujeto epistémico dentro del mismo.

Recordemos que el esclarecimiento de los hechos implica que se realice lo más pronto posible, pues de esto dependerá en gran medida, garantizar el acceso pleno a la justicia, involucrando tanto a la víctima y/u ofendido como al probable responsable. También el esclarecer los hechos lo más rápido posible involucra tener mayor transparencia en el actuar de los operadores del sistema de justicia penal, disminuir la corrupción y como resultado de todo esto tener un sistema penal más eficaz lo que finalmente traduciríamos en la reducción de costos del mismo sistema, mayor calidad en los servicios prestados, mayor satisfacción de

⁴⁶ Op. Cit. P. 101.

los usuarios y materialmente tendríamos menos reos en las prisiones claro está que también necesita del uso de los medios alternativos de solución de conflictos, entre otras cosas más.

La apuesta más importante de la reforma en torno a la justicia penal en México no fue la implantación de un sistema de tipo acusatorio, sino lograr su legitimación por medio de la credibilidad social en sus operadores, situación que al día de hoy aun no sucede, la situación social que prevalece en torno al presente sistema penal es todo lo contrario, pues se percibe una mala imagen por parte de la población sumado a que los medios de comunicación lejos de ayudar a su legitimación lo atacan en muchas ocasiones con desconocimiento del verdadero funcionamiento del mismo. Luego, más allá del texto constitucional u otros ordenamientos procesales, se requiere una nueva forma de pensar, decir y hacer en el proceso penal, con la observancia a su piedra angular que constituye la presunción de inocencia, derecho humano que se erige como el desafío más importante y que marca una visión diferente con análisis crítico de su aplicación en la búsqueda de un proceso justo, en el que se le debe pensar con una mayor inclusión a la sociedad civil, sobre la base del respeto a la dignidad humana, es justamente aquí en donde existe la posibilidad de cooperación entre los diversos paradigmas jurídicos.

La sociedad concibe que el comportamiento contrario a la norma debe ser motivo suficiente para recibir un castigo sin embargo esto en la realidad jurídica no es suficiente, recordemos que la culpabilidad sirve como justificación de la punición y de la aplicación de un castigo sin dejar de lado la cuestión de la proporcionalidad y su necesidad de la pena todo esto complementando a la conducta descrita en un tipo penal y por tanto la exteriorización de una conducta y su adecuación entre ambos.

La pena encuentra su presupuesto exclusivamente en la utilidad social, es decir, en el hecho de que sin la legislación criminal la sociedad no podría existir. Esto

nos lleva a entender como el elemento esencial no es la pena, la punición sino la existencia de las leyes penales. Puede llegar a ser absurda e incluso ridícula la idea según la cual la pena sirve para enmendar al criminal, es decir, para mejorarlo moral y socialmente. En realidad, sucede exactamente lo contrario: la prisión destruye al condenado y frecuentemente lo transforma en un delincuente habitual. La sociedad considera al reo como un ser moralmente inferior y rechaza a quien ha sufrido una condena y ha cumplido la pena, mientras, por el contrario, considera sin mancha alguna a quien, si bien llevo a cabo actos deshonestos, logró, por diversas razones (prescripción, falta de pruebas, etc.) no caer en las redes de la justicia.

Jorge Witker menciona lo siguiente “en disciplinas de fuerte raigambre legalista como el derecho penal, la sola descripción de los tipos en las conductas delincuenciales no es suficiente para registrar, explicar o comparar las conductas ilícitas a sancionar.

Sin embargo, el delito es un fenómeno social de mayor complejidad que reclama de un estudio multidisciplinario, mas allá de la tradición positiva-formalista descriptiva de las normas. Las conductas penalmente tipificadas denotan entidades complejas que deben ser confrontadas ópticamente”⁴⁷.

Por otro lado, al Jurista le interesa describir los diversos tipos penales y los procedimientos para la individualización de las sanciones y acaso su ejecución, pero no se ocupa de identificar la forma en que opera el sistema penal en general, los procesos sociales que impulsan la creación y en su caso la despenalización y la aplicación de las normas penales.

El tema central de este trabajo fue evidenciar que los operadores deben ser conscientes de que son sujetos epistémicos y por tanto ellos hacen uso de diversos paradigmas jurídico al momento de ejercer sus funciones. Por tanto, su

⁴⁷ Witker, Jorge, *Hacia una investigación jurídica integrativa*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado UNAM, México, 2008, pp. 943 – 964.

trabajo debe girar en torno a los temas de legalidad (legalidad), justicia (validez) y por supuesto realidad (eficacia) y practicidad (inclusión). Ejemplo de ello sería el caso de un aborto provocado por tomar ciertas infusiones por una persona que tiene una depravación sociocultural. Esto para un positivista sin lugar a dudas es un delito doloso, sin tomar en consideración la situación contextual de la imputada, cosa que, si sucedería con la iusnaturalismo o realismo jurídico, es decir, no se busca eliminar el positivismo jurídico sino únicamente prevenir una práctica de positivismo legal extremo.

Anexo a la conclusión el presente texto extraído de la revista nexos Consultado en: <https://www.nexos.com.mx/?p=33944>

El Justiciabarómetro mexicano.

Para nadie es un secreto que México enfrenta desafíos desde muchos frentes, en especial en los de seguridad y justicia, aquellos que quizá más afectan a los ciudadanos y que representan un mayor riesgo a la gobernabilidad del país. El mal desempeño y disfuncionalidad del sistema de justicia penal y su incapacidad para hacer frente eficazmente a una amplia gama de delitos ha generado daños sociales graves y una desconfianza generalizada entre los ciudadanos. La falta de acceso a la justicia para sospechosos, inculpados, víctimas, ofendidos, y para la ciudadanía en general, aunado a la serie de abusos de la autoridad hacia la población civil, han hecho de éste un sistema en el que nadie confía.

La disfuncionalidad de nuestro sistema de justicia penal ha tomado la forma de otro tipo de problemas estructurales como la impunidad y la corrupción, que han sido explotados y abusados en mayor medida por las elites políticas y económicas. Estos problemas de impunidad, corrupción, tráfico de influencias, y la ineficiencia del sector judicial tienen un efecto expansivo, pues ante la falta de una justicia efectiva las víctimas frecuentemente tienden a no denunciar los delitos debido a la poca fe en la capacidad del sistema judicial de reivindicar sus derechos.

Si bien los tribunales, las procuradurías y las instituciones penitenciarias son principalmente responsables de ello, también es un hecho que como instituciones sufren de limitaciones significativas de recursos, personal y, en muchos casos, de entrenamiento. No obstante, los problemas persistentes y profundamente arraigados en el funcionamiento del sistema de justicia no son sólo comunes a México, ya que son más bien una característica que afecta a casi todos los países de la región.

Sin embargo, el sistema de justicia penal de México enfrenta serios problemas derivados de la falta de capacidad de hacer cumplir la ley, de la debilidad institucional, de la falta de transparencia y rendición de cuentas y, sobre todo, de una corrupción institucional profundamente arraigada durante una crisis de inseguridad prolongada. Por esto, la tasa de impunidad en México es extremadamente alta y la sociedad mexicana está altamente consciente y frustrada por el hecho de que la gran mayoría de los delitos en el país no son investigados, lo que a la larga niega a las víctimas su derecho a la justicia.

En este contexto marcado por la impunidad, la corrupción y la violencia, México inició una importante transformación de su sector de justicia a partir del año 2008, un cambio que implementó gradualmente reformas tendientes a hacer el sistema de justicia penal más justo y transparente. Este paquete de ambiciosas reformas modificaron todos los aspectos del sector judicial, incluidos la policía, el Ministerio Público, la defensoría, los tribunales y el sistema penitenciario. Con ello se ejecutaron modificaciones significativas en el proceso penal, nuevas medidas para promover un mayor acceso a la justicia (tanto para los acusados como para las víctimas de delitos), nuevas funciones para las agencias policiales y de seguridad pública en la administración de justicia, aunque también medidas más duras y cuestionables para combatir la delincuencia organizada.

A casi una década de la reforma constitucional que creó el Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP) es fundamental medir su desempeño en un momento crucial en la historia del país, para así poder detectar a tiempo las fallas, explotar sus beneficios, y en mayor medida adecuarlo a las necesidades de la realidad mexicana en constante evolución. Esto representa un problema, ya que los estudios respecto al sistema de justicia en México aún son insuficientes, y gran parte del análisis sobre el Estado de derecho en México se concentra en niveles de violencia y delincuencia, y aquellos que se enfocan en el sector judicial tienden a preponderar las opiniones de la ciudadanía o las percepciones de las víctimas o “usuarios” del sistema de justicia. Sin bien estos esfuerzos investigativos ofrecen alguna medición de los resultados del desempeño institucional, no proporcionan información específica sobre las ineficiencias

internas de los diversos sectores que, finalmente, influyen en el mal desempeño del sistema.

En efecto, a pesar de contar con indicadores estadísticos ampliamente disponibles sobre delincuencia, victimización, opinión pública, e incluso sobre la experiencia de la población penitenciaria, ha habido pocos esfuerzos sistemáticos y cuantitativos para estudiar a los operadores del sistema de justicia mexicano debido, en parte, a una falta de conocimiento de los profesionales del derecho, cuyas debilidades internas son a menudo fácilmente reconocidas, pero difíciles de cuantificar. Es por ello que los operadores, y en general el sistema de justicia en México, constituyen una especie de “caja negra”, que muy pocos estudios han logrado penetrar.

Esto es una realidad incluso a nivel mundial, ya que hay muy pocos estudios sobre operadores del sistema de justicia como jueces, fiscales y defensores. Llama la atención, por ejemplo, la falta de estudios estadísticos sobre la función de impartición de justicia y en concreto de los jueces en todo el mundo, y los pocos que existen, como es el caso de un reciente estudio desarrollado en el Reino Unido en 2015, tienden a confiar en muestras más bien reducidas en comparación con la población total.

En un esfuerzo por medir esta “caja negra” el programa *Justice in Mexico* de la Universidad de San Diego lanzó en 2009 una iniciativa para estudiar las opiniones de distintos operadores del sistema de justicia, como policías, agentes del Ministerio Público, defensores públicos y jueces. Esta iniciativa de investigación denominada “Justiciabarámetro” ha generado una serie de estudios que proporcionan un análisis sin precedentes del perfil demográfico, antecedentes profesionales y opiniones personales de los operadores, en este momento crítico en los esfuerzos de México para promover la reforma a su sistema de justicia. Con una variedad de preguntas sobre características demográficas, perfiles profesionales, percepción del funcionamiento del sistema de justicia penal, percepciones de legalidad, corrupción y debido proceso, entre muchos otros, la serie de estudios proporcionan una primera mirada a los

resultados con cifras y descripciones narrativas detalladas de los hallazgos en diferentes estados y profesiones. En general, los estudios encuentran una necesidad sustancial y un potencial de mejora en la administración de justicia en México.

Tomando como punto de partida y referencia el primer estudio Justiciabarómetro de operadores del sector judicial llevado a cabo en 2010 en nueve estados de México (con una tasa de respuesta de alrededor de 24%),⁷ la última edición de 2016 contó con la participación de 288 jueces, 279 agentes del Ministerio Público y 127 defensores públicos en 11 estados del país: Baja California, Chihuahua, Coahuila, Durango, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Yucatán y Zacatecas. Este estudio alcanzó 56% de su muestra total, un margen de error de 2.4% y un intervalo de confianza de 95%. Mediante la colaboración con un equipo internacional de expertos en sistemas judiciales, este estudio ha generado indicadores útiles de la capacidad y desempeño del sistema judicial para contribuir tanto a la investigación académica, como a la mejora de las políticas públicas. Con más de 120 preguntas Justiciabarómetro 2016 documenta los perfiles y perspectivas de los operadores del sector judicial sobre una variedad de temas, como la efectividad del sistema judicial, las percepciones salariales, y las actitudes hacia problemas actuales como la delincuencia y la violencia.

El estudio Justiciabarómetro 2016 encontró cambios significativos en las actitudes hacia los recientes esfuerzos de reforma, incluyendo un notable aumento en la preferencia entre jueces hacia el uso de procedimientos de juicio oral y acusatorio. Ante la amplia especulación sobre si los operadores se están adaptando al nuevo sistema, este estudio ayuda a demostrar que los jueces y otros operadores del sector judicial están progresando, pero también documenta algunos de los graves desafíos que persisten.

El estudio reveló varios focos rojos que deben ser estudiados a fondo. Por ejemplo, aún no existe confianza plena de los mismos operadores en el sistema de justicia. Aunque los jueces del proceso y de ejecución penal son considerados

los operadores más confiables por 96% de los encuestados, aún prevalecen dudas y desconfianza sobre otros operadores, siendo las distintas policías las autoridades menos confiadas dentro de los mismos funcionarios del sistema de justicia. Incluso, del 36% de los encuestados que reportaron haber sido víctimas de algún delito en el último año (directamente o alguien de su familia), hasta un 20% de ellos reconoció no haber acudido a las autoridades, citando como principal razón la falta de interés (23%), seguida por la desconfianza en las autoridades (17%).

Otro aspecto de gran preocupación entre la población es la corrupción, algo que no es ajeno tampoco al sentir de los operadores del sistema de justicia. De hecho, 80% de todos los operadores encuestados cree que el NSJP ayudará a reducir la corrupción. Sin embargo, aún hay situaciones que son preocupantes y que deben ser atendidas, ya que aún dentro de las mismas instituciones se tiene la percepción de que, por ejemplo, los contactos políticos son el mejor medio para permanecer en el cargo o ser nominado para un cargo superior, por encima incluso de los méritos propios. En este sentido, la mayoría de los encuestados (64% de los jueces, 70% de los agentes del Ministerio Público y 58% de los defensores públicos) consideran que tener experiencia y formación influye positivamente en la posibilidad de ser ratificados o ascendidos, pero más de la mitad de los jueces (54%), defensores públicos (65%) y agentes del Ministerio Público (37%) consideran que los funcionarios con buenos contactos políticos tienen más posibilidades de permanecer en su cargo o de ser nominados para un cargo superior.

Otros temas de creciente preocupación son las inercias heredadas del pasado inquisitivo de nuestro sistema de justicia, por ejemplo, la tolerancia a ciertas acciones al margen de la ley por parte de las autoridades, o un cierto desdén hacia los derechos humanos. En este sentido, aún 48% de los agentes del Ministerio Público, 29% de los defensores públicos y 13% de los jueces encuestados consideran que en algunos casos las autoridades pueden actuar por encima de la ley para investigar y castigar a las personas por delitos cometidos. Además, 10% de los jueces, 29% de los agentes del Ministerio

Público y 20% de los defensores públicos dentro de la muestra, opina que los derechos humanos obstaculizan la justicia para las víctimas. Debe también decirse que dentro de un porcentaje importante de funcionarios (21% de los jueces, 40% de los agentes del Ministerio Público y 24% de los defensores públicos) existe la impresión de que el NSJP favorece a los delincuentes en perjuicio de las víctimas.

El estudio incluye hallazgos sobre temas como el uso frecuente de testigos oculares como prueba principal en los juicios, práctica cuestionada por varios estudios e incluso retratado en la película documental *Presunto culpable*. De acuerdo con la encuesta, el testimonio de testigos oculares continúa siendo la forma de evidencia más utilizada en los tribunales (en un 68%), seguida de evidencia física (53%) y confesiones (13%).

Varias de estas opiniones negativas contradicen otras mayormente positivas hacia el nuevo sistema, recabadas también por Justiciabarómetro. Es decir, existen opiniones progresistas en lo abstracto, pero aún permanecen ciertos rasgos mayormente conservadores en lo concreto. Sin embargo, debe resaltarse que en la mayoría de los casos estos rasgos más conservadores y en la lógica inquisitiva disminuyeron considerablemente desde el año 2010, lo cual genera confianza a futuro para que la tendencia se siga modificando.

De hecho, el estudio obtuvo hallazgos bastante positivos y prometedores. Por ejemplo, 89% de los encuestados consideraron que el sistema de justicia necesitaba ser reformado y que el NSJP ha tenido efectos positivos desde que comenzó a implementarse en 2008. Alrededor de 90% de todos los encuestados considera que el NSJP generará mayor confianza en las autoridades, y 93% considera que el nuevo sistema acelerará los procesos judiciales. De hecho, las algunas de las características más importantes del NSJP son abrumadoramente bien recibidas, pues aproximadamente 95% de todos los operadores prefieren procedimientos orales en vez de escritos, un 98% que prefiere el uso de métodos alternativos para la resolución de conflictos (una de las más grandes novedades del NSJP), y existe una opinión favorable respecto a la presunción de inocencia

del 84% de los jueces, 76% de los agentes del Ministerio Público y 91% de los defensores públicos. También, en comparación con el estudio de 2010, hubo aumentos importantes en relación al acuerdo con la garantía de presunción de inocencia y la posibilidad de ejercer acción privada.

En general, Justiciabarómetro 2016 ofrece una perspectiva importante sobre la administración de justicia en México. La encuesta proporciona una mirada única y profunda a las entrañas del sistema de justicia penal mexicano, que tradicionalmente ha sido como una hermética caja negra a la que pocos se han preocupado por entender y estudiar.

Bibliografía

Alcocer Herrera, Alejandro. Justicia oral, guía para las audiencias del sistema acusatorio, editorial Flores, México, 2012.

Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal, 2da. Edición, editorial Temis Bogotá, 2008.

Alvarado, Arturo. La Reforma de la justicia en México, editorial Colegio de México, México, 2008.

Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal, 2da. Edición, editorial Temis Bogotá, 2008.

Atienza, Manuel. El Derecho como Argumentación: Ariel. España, 2012.

Armienta Hernández, Gonzalo. EL Juicio Oral y la Justicia Alternativa en México, Editorial Porrúa, México, 2004.

Bajo Fernández. Manual de derecho penal, parte especial, delitos contra las personas, editorial Bosch, 2001.

Bello Gallardo, Nohemí, Serrano Ceballos, Jorge, Avendaño González, Luis Eusebio Alberto (Coordinadores). Temas Actuales del Derecho Contemporáneo (Derechos Humanos y Globalización), México, Fundap, 2015.

Beling, E., Elía, C., & Beling, E. Esquema de Derecho Penal. Librería "El Foro." Buenos Aires, 2002.

Benavente Chorres, Hesbert y Pastrana Berdejo, Juan David. El juicio oral penal, técnicas y estrategias de litigación oral, 4a. ed., editorial Flores, México, 2013.

Bobbio, Norberto. El Problema del Positivism Jurídico, Fontamara, México, 2004.

Bobbio, Norberto. Teoría General Del Derecho, Colombia: Temis, 2ª Ed., 5ª Reimp., 2005.

Carbonell, Miguel. Que son y para qué Sirven los Juicios Orales, Ed. Porrúa, México, 2008.

Cárdenas Gracia, Jaime. Introducción al Estudio del Derecho, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México 2012.

Cárdenas Gracia, Jaime. Curso Básico de Argumentación Jurídica, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México, 2015.

Casanueva Reguart Sergio. Juicio Oral Teoría y Práctica. Porrúa, México, 2009.

Castignone, Silvana. La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Ceballos Magaña, Rodrigo y Nicolás Baltazar, Arturo. Los principios rectores del sistema acusatorio, análisis sistémico, editorial Flores, México, 2012.

Del Castillo Del Valle, Alberto. Sobre los Juicios Orales y También Sobre sus Males, Ediciones Jurídicas Alma, México, 2011.

Díaz Betancourt, José. Juicios orales en puerta. Editorial Gaceta, México, 2006.

Domínguez Narez, Freddy. Juicios Orales en México Tomo I, Editorial Flores, México, 2011.

Dworkin, Ronald, La Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

García Figueroa, Alfonso, Principios y Positivismos Jurídicos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1998.

García Jaramillo, Leonardo. *Activismo Judicial y Dogmática de los Márgenes de Acción: Una Discusión en clave Neoconstitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.

García Maynez, Eduardo, *Positivismos Jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, 10ª Edición, México, 2016.

García Ramírez, César, Islas de González Mariscal, Olga (compiladores), Plascencia Villanueva, Raúl, *La situación actual del sistema penal en México*, UNAM e INACIPE, México, 2011.

González Ibarra, Juan de Dios. *Metodología Jurídica Epistémica*, Fontamara, México, 2003.

González Obregón, Diana Cristal. *Manual Práctico del Juicio Oral*, Editorial Ubijus, México, 2011.

Guerrero Posadas, Faustino. *La Argumentación en el Juicio Oral*, segunda edición, Editorial Flores, México, 2013.

Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Argentina, 1992.

Hernández Acero, José; *Apuntes de Derecho Procesal Penal*, México, Ed. Porrúa, 2004.

Hidalgo Murillo, José Daniel. *La argumentación en la audiencia oral y pública, desde los principios de la inmediatez y contradicción*, México, Flores, 2012.

López Betancourt, Eduardo. *Juicios Orales en Materia Penal*, Editorial Iure, México, 2011.

Leiter, Brian, *Naturalismo y Teoría del Derecho*, España, Marcial Pons, 2012.

Louk, Hulsman Jacqueline Bernat de Celis; *Sistema Penal y Seguridad ciudadana: Hacia una Alternativa*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

Osorio y Nieto, César Augusto. Teoría del caso y cadena de custodia, Porrúa, México, 2011.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal, Editorial Temis, México, 2005.

Ponce Villa, Mariela. El Carácter Epistemológico del Procedimiento Penal Acusatorio y Oral, UAQ, México, 2014.

Prieto Sanchis, Luis, Garantismo y Derecho Penal, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. El sistema penal acusatorio en México: estudio sobre su implementación en el poder judicial de la federación, México, 2008.

Vázquez Rodolfo. La Enseñanza del Derecho en México, Porrúa, México, 2007.

Zea, Leopoldo, El Positivismo. Un estudio de la filosofía México, en Salgueiro, Roberto y Rodríguez, Ella, Antología de autores críticos de la historia de México 1824-1910, México, Guajardo, 1979.