

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRIA JUDICIAL



TEMA:

LA ARGUMENTACION JURIDICA DE SENTENCIAS PENALES EN EL SALVADOR

TESINA PARA OBTENER EL TITULO DE POSGRADO DE:

MASTER JUDICIAL

PRESENTA

LIC. FRANCISCO ESTEBAN ARTIGA ALFARO

ASESOR

DR. SAUL ERNESTO MORALES

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DE 2013.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICO

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO ARÉVALO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO (interino)

DOCTORA ANA LETICIA ZAVALA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DIRECTOR DE SEMINARIO

ÍNDICE

Abreviaturas.....	i
Introducción.....	ii

CAPÍTULO I

LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS SENTENCIAS PENALES EN EL SALVADOR

1. Justificación de la Investigación.....	1
1.2. Planteamiento del Problema.....	4
1.2.1. Situación Problemática.....	4
1.2.2. Enunciado del Problema	4
1.2.3. La Problemática	4
1.3. Objetivo de la Investigación	8
1.3.1. Objetivo General.....	8
1.3.2. Objetivo Específico	8
1.4. Marco de Referencia	8
1.4.1. Fundamento Doctrinario.....	8
1.5. Marco Conceptual.....	18
1.6. Antecedentes Históricos de la Argumentación Jurídica.....	25
1.6.1. La Argumentación Jurídica en Grecia.....	25
1.6.2. Argumentación Jurídica en Roma.....	29
1.6.3. Argumentación Jurídica en la Edad Media.....	33
1.6.4. Argumentación Jurídica en la Edad Moderna.....	37
1.6.5. Antecedentes Históricos de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales en El Salvador.....	42

CAPÍTULO II

TEORIA DEL CASO Y SU RELACION CON LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA EN LAS SENTENCIAS PENALES

2. Consideraciones Previas.....	61
2.1.1. La litigación oral como ejercicio estratégico de la Teoría del Caso en relación a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales.....	63
2.1.2. Características de la Teoría del Caso en relación a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales.....	65
2.1.3. Importancia y utilidad de la Teoría del caso en relación a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales.....	69
2.1.4. Componentes de la teoría del caso.....	71
2.1.4.1. Marco Factico.....	71
2.1.4.2. Marco Jurídico.....	72
2.1.4.3. Pretensiones.....	74
2.1.4.3.1. Estructura de la Pretensión.....	76
2.1.4.3.2. La función de la Pretensión.....	77
2.2. Principio acusatorio vinculado a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales.....	78
2.3. Principio de Congruencia vinculado a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales.....	82
2.3.1. La importancia de la congruencia fáctica y congruencia jurídica en la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales.....	86
2.3.2. El Principio de Congruencia vinculado al Principio de Acusación y la Sentencia Penal en nuestro ordenamiento jurídico a luz de la Argumentación Jurídica.....	89
2.4. La importancia de las pruebas en el proceso penal al momento de elaborar la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales.....	93

2.5. Interpretación de la norma jurídica en la Argumentación Jurídica en las Sentencias Definitivas.....	101
2.5.1. Interpretación Jurídica.....	101
2.5.2. Métodos de Interpretación.....	101
2.5.3. Métodos de interpretación según su resultado.....	101
2.5.4. Problemas interpretativos.....	102

CAPITULO III

LA ARGUMENTACION JURIDICA EN LA MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS PENALES EN EL SALVADOR

3. Consideraciones previas.....	106
3.1. La Motivación de las resoluciones judiciales en El Salvador.....	108
3.1.1. Breves apuntes históricos sobre el deber de motivación.....	108
3.2. Doctrinas jurídicas y la Argumentación Jurídica de la motivación de las Sentencias Penales.....	111
3.3. La argumentación jurídica de la motivación de las sentencias penales.....	112
3.4. Estructura de la motivación fáctica y motivación jurídica según la doctrina en las sentencias penales.....	116
3.5. Motivos de hecho y de derecho según el art. 144 del Código Procesal Penal.....	119
3.6. Estructura de la motivación de las sentencias penales según la sala de lo penal: Motivación Fáctica, Jurídica, Descriptiva e Intelectiva.....	120
3.7. Argumentación y sentencia.....	123
3.8. La tutela judicial efectiva como un método de argumentación Jurídica.....	127
3.9. Fundamento constitucional de la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales según la sala de lo constitucional.....	132
3.10. Las teorías causalista del delito y finalista del delito que orientan la argumentación jurídica de las sentencias.....	134

3.10.1. La teoría causalista definición y características.....	135
3.10.2. Características esenciales del causalismo.....	136
3.10.3. La teoría finalista.....	137
3.10.4. Características básicas del finalismo	138
3.11. Análisis de la sentencia definitiva con referencia 229-CAS-2006.....	140
Conclusiones.....	146
Recomendaciones.....	150
Bibliografía	153
Anexos	

ABREVIATURAS

CN.	Constitución de la Republica de El Salvador.
C.A.D.H.	Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
C.I.D.H.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
C.P.P.	Código Procesal Penal.
C.I.C.R.	Código de Instrucción Criminal.
C.S.J.	Corte Suprema de Justicia.
C. Pr .C y Cr.	Código de Procedimientos Civiles y Criminales y de fórmulas de Todas Las Instancias.
T.A. J.	Teoría de la Argumentación Jurídica.
A.C.	Antes de Cristo.
C.P.	Código Penal.
CAS.	Casación.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación tiene por objeto proporcionar a los Jueces/as las herramientas necesarias que le permitan lograr una mejor racionalidad y justificación en la toma de decisiones judiciales, sirviendo para mostrar como la teoría de la argumentación jurídica, pretende contribuir a que los Jueces/as sean más conscientes de su propia labor judicial, contribuyendo así a que los juzgadores adopten en su toma de decisiones consideraciones de consistencia y coherencia que satisfagan a un Estado Constitucional de Derecho.

La teoría de la Argumentación Jurídica en la motivación de las sentencias penales constituye uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho Constitucional, que garantiza que los jueces/as realicen una correcta aplicación de la ley y se conviertan en verdaderos protectores de la garantía de la tutela judicial efectiva. No basta únicamente la ley para fundamentar una sentencia, sino que también debe auxiliarse de la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre, legislación internacional, expositores del derecho y consideraciones del buen sentido; que permitan justificar como el juzgador/a ha llegado a determinar la decisión y que ésta no es producto de simples subjetivismos jurídicos.

En la presente investigación se desarrollaran tres capítulos; de los cuales el primero de ellos establecerá los límites teóricos de la investigación; esto comprenderá la aplicación de un plano teórico doctrinario del problema planteado, se mostrará la estructura de las distintas teorías que informan a la materia de la Teoría de la Argumentación Jurídica y que a lo largo del tiempo han contribuido a la consolidación de la misma.

Luego se hará una reseña histórica tanto a nivel mundial como nacional, mostrando la forma en la cual se presentaba la figura del juez/a, su función dentro del proceso, como éste resolvía los distintos litigios que ante su autoridad se presentaban y que nos permitirá visualizar la problemática.

Además de ello se citaran distintos fragmentos de la legislación Constitucional, Procesal Penal y otros ordenamientos jurídicos nacionales como internacionales. Referente a la Argumentación Jurídica de las sentencias penales, y a partir de esto, lograr reconocer y evitar los vicios de las sentencias penales como por Ejemplo: Problemas de vaguedad, ambigüedad, redundancias, lagunas, contradicciones, conceptos oscuros entre otros.

En el Segundo Capitulo se desarrollará la Teoría del Caso, sus características, importancia, utilidad en el juicio oral, sus componentes, y las pretensiones con su estructura y función, esto se desarrollara vinculándola con la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales, posteriormente se hará un análisis del el Principio Congruencia, así mismo el Principio de Congruencia vinculado con el Principio de Acusación y La Sentencia Penal a la Luz de la Argumentación Jurídica, analizándolo en un apartado como se encuentran dicho principios en nuestro ordenamiento jurídico. La importancia de la Prueba Penal como uno de los argumentos jurídicos planteados por las partes, para que al momento de dictar la sentencia penal el juzgador utilice la Teoría de la Argumentación Jurídica de la sentencia penal, resaltando para ello el Concepto de prueba penal, Reglas de la prueba penal , y algunos principios importantes que la rigen. Después de esto me adentraré a hacer un análisis sobre la interpretación de la norma jurídica en la argumentación jurídica de las sentencias; métodos de interpretación, tanto en el ámbito interpretativo como su resultado; y por último plantear los problemas de interpretación de la norma jurídica; y para terminar la investigación se desarrollará un Tercer Capítulo, el cual se denominará la Argumentación Jurídica en la Motivación de las Sentencias Penales en El Salvador, en el cual se hará ver aspectos históricos sobre la motivación, de las resoluciones judiciales en nuestro país, doctrinas jurídica de la motivación, su estructura fáctica y jurídica; motivos de hecho y derecho según el Art.144 del Código Procesal Penal Salvadoreño; Estructura de la Motivación de una Sentencia penal según la Sala de lo Penal Salvadoreña, Fáctica, jurídica, descriptiva e intelectual; la argumentación y sentencia y su motivación en dichas sentencias, la tutela judicial efectiva como un método de argumentación jurídica, el fundamento de la argumentación jurídica de la sentencia, según la Sala de lo Constitucional salvadoreña; en

esta investigación considero importante, que el lector conozca sobre la Teoría causalista y finalista del delito, que estas ayudan u orientan la argumentación jurídica de las sentencias penales con sus distintas definiciones, características; para culminar con el análisis de una sentencia penal emitida por un Tribunal de Sentencia de San Salvador, que ha sido conocida en Casación por la Sala de lo Penal Salvadoreña.

Y como apartado final se presentarán las conclusiones las cuales muestran la esencia del estudio realizado y las recomendaciones que van dirigidas a Jueces/as, y a todos estudiosos del derecho y especialmente a los operadores de justicia en nuestro país, que no serán más que sugerencias viables destinadas a mejorar la calidad del trabajo de servicio realizado dentro de los Tribunales de Justicia de la República de El Salvador; dado que una adecuada argumentación y fundamentación de las sentencias penales depende que se resuelva con justicia.

CAPITULO I

LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS SENTENCIAS PENALES EN EL SALVADOR

SUMARIO: 1. Justificación de la Investigación; 1.2. Planteamiento del Problema; 1.2.1. Situación Problemática; 1.2.2. Enunciado del Problema; 1.2.3. La Problemática; 1.3. Objetivo de la Investigación; 1.3.1. Objetivo General; 1.3.2. Objetivo Específico; 1.4. Marco de Referencia; 1.4.1. Fundamento Doctrinario; 1.5. Marco Conceptual; 1.6. Antecedentes de la Argumentación Jurídica; 1.6.1. La Argumentación Jurídica en Grecia; 1.6.2. Argumentación Jurídica en Roma; 1.6.3. Argumentación Jurídica en la Edad Media; 1.6.4. Argumentación Jurídica en la Edad Moderna; 1.6.5. Antecedentes Históricos de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales en El Salvador.

1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

En primer lugar vamos a centrarnos en la fase más importante del proceso penal que no es otra que la del juicio oral, que se realiza en la etapa de vista pública, la sentencia como parte fundamental de nuestro sistema de enjuiciamiento y resolución que plasma el resultado del juicio. “La Sentencia es el acto procesal de mayor trascendencia en el proceso en la cual el sentenciador decide sobre el caso controvertido, por lo que su alcance es individual y concreto¹”.

¹ARENAS LÓPEZ y RAMÍREZ BEJERANO. La Argumentación Jurídica en la Sentencia en Contribuciones a las Ciencias Sociales. Cuba. Octubre 2009. Editada por Eumed.Net/red/ccss/06/alrb.htm. Editor Juan Carlos M. Coll (cv) ISSN: 1988- 7833. . Consultada realizada septiembre 2012.

Precisamente por ello la sentencia penal debe de ser argumentada motivada, fundamentada, dado que en la actividad jurisdiccional los jueces están facultados para interpretar normas y adecuarlas al caso concreto, lo que debe llevar a la sentencia. La elaboración de la sentencia es un acto de reflexión y meditación que trae como consecuencia una decisión motivada, de ahí que en esta se explique, razones y argumentos, lo que conlleva a la función creativa a la hora de redactar dicha resolución, se habla de creatividad, pues éste momento encierra meditación y concreción en la adecuación de los principios y la norma jurídica en el hecho en cuestión, apoyados en formulas, técnicas y normativas, tanto nacionales como internacionales que legitiman esa decisión racional.

La motivación de la sentencia permite no solo el control de las partes involucradas en el conflicto sino de la sociedad en general, ya que es el pueblo en su conjunto pueden vigilar si los tribunales utilizan arbitrariamente el poder jurisdiccional que se les ha confiado, por tal razón los fundamentos de la sentencia deben de lograr por una parte, convencer a las partes en relación a la justicia impartida y, por otra parte, debe garantizarse que la resolución dada sea un producto de la aplicación de la ley, y los principios universales de los derechos humanos, y no de un resultado arbitrario, autocrático, a consignar las razones capaces de sostener y justificar sus decisiones, por lo que ha de ser la conclusión de una argumentación jurídica que permita tanto a las partes como al mismo órgano judicial en sus distintas instancias y pueblo en general conocer las razones que condujeron al fallo.

La teoría de la argumentación jurídica se constituye en un pilar dentro de la Teoría del Estado y la Teoría del Derecho, debido a que su ausencia o insuficiencia generan lesiones o riesgos para cualquier Estado de derecho; por lo que es necesario la restructuración de las practicas argumentativas jurídicas de forma sistemática, de los conceptos mismos de la argumentación jurídica que conlleve a proponer mecanismo que optimicen la argumentación de los operadores jurídicos, con propuestas acerca de como éstos deben de decidir, buscando mostrar algunos presupuestos de la argumentación jurídica que pudieran resultar revisables y proponer algunos criterios para mejorar la racionalidad del sistema jurídico.

La investigación pretende presentar un panorama amplio a cerca de la problemática que atraviesan actualmente algunos Tribunales de El Salvador, y de como se ven afectados derechos procesales fundamentales, debido a la falta de una adecuada argumentación jurídica por parte de los jueces en sus fallos y resoluciones, agravando de éste modo el a veces inoperante sistema judicial de El Salvador².

Además es de tomar en cuenta la argumentación jurídica a la luz del maestro Manuel Atienza. Debemos tener presente que argumento es, según la definición que nos proporciona Nicola Abbagnano, *“cualquier razón, prueba, demostración capaz de lograr asentimiento o de inducir persuasión o convicción, es un conjunto de enunciados, uno de los cuales se denomina conclusión y los restantes, premisas, donde la conclusión sigue a las premisas y respecto del argumento se dice que es válido sí, sea cual fuere la situación que hace que las premisas sean verdaderas, hace que la conclusión sea verdadera, puesto que un argumento se considera válido cuando al pasar de las premisas a la conclusión se preserva la verdad”*³.

El estudio de la Teoría de la Argumentación jurídica se centrara primordialmente en el estudio del razonamiento jurídico desarrollado por los jueces en las sentencias que promulgan, permitiendo un mejor conocimiento de la actividad jurisdiccional, entendiendo lo que hacen los jueces cuando deciden, todo ello con el objetivo de mejorar la racionalidad del sistema jurídico en el que se encuentra inmerso la tutela judicial efectiva (pronta cumplida justicia)⁴. Como señala Manuel Atienza, una teoría sobre la argumentación jurídica tiene por

²Es importante resaltar que la teoría de la argumentación jurídica va a dar los criterios y lineamientos necesarios para que los jueces las utilicen para una verdadera administración de justicia y que sus fallos sean valederos y que sean apegados a la verdad y la razón .

³ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofía*. Traduc. José Esteban Calderón y otros., Actualizado y Aumentado. Giovanni Fornero.⁴ Ed., Fondo de Cultura Económica, México. 2007, p. 101.

⁴Tutela judicial efectiva: es la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

objeto de reflexión precisamente las argumentaciones que tienen lugar en el contexto jurídico⁵.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Los jueces cuando no ocupan como instrumento la teoría de la argumentación jurídica, en las sentencias penal, violentan principios de un Estado de derecho constitucional, así como derechos humanos fundamentales.

1.2.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Cuáles son los principios constitucionales que se violentan cuando no se aplica debidamente la teoría de argumentación jurídica en las sentencias penales pronunciadas en los procesos penal en los tribunales de El Salvador.

1.2.3. LA PROBLEMÁTICA

La no aplicación de la teoría de la argumentación jurídica de las sentencias penales por parte de los jueces y juezas, es generado en la mayoría de veces, por un desconocimiento de las herramientas o instrumentos jurídicos en su que hacer judicial, en donde los jueces en la mayoría de los casos se dedican a llenar formularios o modelos preexistentes en los soportes técnicos sin hacer verdadero razonamiento lógico, o en el peor de los casos son los Colaboradores Judiciales los que las hacen y los Jueces/as ni siquiera las leen y solo las firman.

⁵ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2005. p. 1.

Sin tomarse en cuenta lo que establece el artículo 4 inciso tercero del C.P.P., en el cual se ordena “Los jueces cuando tomen decisiones deberán fundamentar las circunstancias que perjudican y las que favorecen al imputado, así como valorar las pruebas de cargo y de descargo”⁶; así mismo el artículo 144 del C.P.P vigente., es de carácter imperativo dar le cumplimiento a este precepto en el sentido de que es “Es obligación del juez o tribunal fundamentar las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. Igual obligación tendrán cuando tomen sus decisiones en audiencia. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, en todo caso se expresarán las razones de la admisión o no de las pruebas, así como la indicación del valor que se le otorgue a las que se hayan producido.”⁷

A parte de la problemática de la no aplicación de las teorías de la argumentación jurídica, también, es de tomar en cuenta, que no se está respetando lo que se establece, en el título segundo relacionado con la fase plenaria del juicio penal, específicamente el capítulo tercero relacionado con la deliberación y sentencia del Código Procesal Penal, no cumpliéndose el artículo 395 del C.P.P., relacionado con los requisitos que debe de contener la sentencia penal, porque muchas veces falta alguno de los requisitos del mencionado artículo, pero lo peor es que dichas sentencias adolecen de defectos que habilitan interponer los recursos pertinentes por esos vicios que contiene la sentencia penal, según lo que establece el artículo 400 del C.P.P.⁸

El Derecho de recurrir de una sentencia defectuosa, por no respetar las formalidades que se establecen en los artículos antes mencionados del Código Procesal Penal, se puede interponer un recurso ordinario, ya sea, como la apelación o la casación; la apelación se regula en el capítulo segundo de la apelación contra las sentencias, que viene del título

⁶Código Procesal Penal. Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.- 1ª Ed.- San Salvador, El Salvador.: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2009, P. 4.

⁷Código Procesal Penal.. Ob. Cit. P. 55.

⁸ Código Procesal Penal. Ob. Cit. Pp. 130 y 132.

tercero de la apelación, regulado en los artículos 468 al 477 del C.P.P.⁹; y el recurso de casación, que se encuentra en el título cuarto del Código Procesal Penal, regulado en los artículos 478 al 488 del C.P.P.¹⁰

La argumentación jurídica de las decisiones judiciales constituye uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho Constitucional, garantiza que los jueces/as se sometan a la constitucionalidad y el respeto al principio de legalidad, cifrándose en una exacta aplicación de la ley, lo cual conlleva a que en el ejercicio de la acción de juzgar, el juez se rija por parámetros jurídicos pre constituidos, establecidos en la norma jurídica misma y con esto permitir a los justiciables conocer las razones que fundamentan la decisión en caso en particular que les atañe, por tanto no basta aplicar la Teoría de la Argumentación jurídica, sino también la Constitución de la República, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así como doctrina, la jurisprudencia y no limitarse a ser transcripciones de declaraciones o documentos.

La Falta de Argumentación jurídica en una sentencia penal en ocasiones cuando se pronuncian, son, inconsistentes e incoherentes, por ello es que dichas sentencias se ven afectadas con imprecisiones, con problemas de vaguedad, ambigüedades, redundancias, lagunas, contradicciones y a veces conceptos oscuros que solo dificultan la comprensión de los justiciables. La Sentencia penal debe de ser entendible para toda aquella persona que quiera acesar a la justicia. Esta problemática puede tener solución, si tomamos en cuenta que todos los ciudadanos de la República tienen el derecho a una verdadera seguridad jurídica¹¹, tal como se encuentra establecido en nuestro ordenamiento constitucional en los artículos 1, 2, 15, 86, y 172 inciso 3°, todos de la Constitución de la República de El Salvador¹².

⁹ Código Procesal Penal. Ob. Cit. Pp. 159 -161.

¹⁰ Código Procesal Penal. Ob. Cit. Pp. 162-164.

¹¹ Si la persona humana como miembro de la sociedad, es el fin último del Estado, esta organización jurídica debe de tener respecto de esta persona, finalidades de valor que aseguren en definitiva la felicidad del género humano. Por eso la escogencia de los tres grandes valores: justicia, seguridad jurídica y bien común, que en un mismo orden jerárquico se consideran complementarios y no

Existen muchas causas del problema de la no argumentación jurídica de las sentencias entre ellas tenemos: la no aplicación de la Teoría de la Argumentación jurídica, por parte de los jueces/as, la poca utilización de la base teórica ordinaria para motivarlas, careciendo en algunas veces de un análisis de las pruebas, es decir carencia de criterios de valoración, no explicando porque se le reconoce o se le resta valor determinado al medio probatorio.

La utilización de la Teoría de Argumentación jurídica conlleva a que los jueces deben emitir sentencias que en si misma sea un documento autosuficiente que se explique así mismo, es decir un documento que muestre que a partir de la actividad probatoria realizada se llegue racionalmente a la conclusión lógica que el juez expresa.

En nuestros tribunales las sentencias definitivas penales se ven motivadas a través de una técnica del relato que conlleva a deficiencias que conducen a su rechazo, ya que en lugar de aclarar confunden, puesto que no cobra cuerpo una exposición bien narrada de la historia de los hechos, sino una declaración de los mismos como probados, reduciéndose a la transcripción de contenidos de los actos realizados en el proceso , siendo esta unas de las principales deficiencia de la técnica del relato, ya que puede ser una pantalla que escude las decisiones judiciales insuficientemente justificadas. La técnica del relato se reduce a la transcripción de contenidos de los actos realizados en el proceso ,se cifra en limitar la actividad del juez convirtiéndola en irracional o arbitraria, por lo que difícilmente podrá controlarse la

antagónicos, como más de algún iusfilósofo ha sostenido. No puede haber justicia sin seguridad jurídica y el bien común no puede garantizarse sin el concurso de aquellos otros dos valores. La libertad individual de disponer conforme a la ley, es una norma de justicia, pero sin la seguridad de que esa ley se aplicará, la justicia se desnaturaliza. Lo que disponga la ley, el contenido de ese “conforme”, es el concepto del bien común que a la libertad de uno, enfrenta la libertad de otros, de manera que las relaciones de sociedad puedan conducirse dentro de parámetros de igualdad que permitan un desarrollo armónico de fraternidad y solidaridad de los componentes del grupo social. (tomado de la Exposición de motivo de la Constitución de la República de El Salvador, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador. Sección de Publicaciones, 1998, P. 98.).

¹²Constitución de la República de El Salvador, D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983- San Salvador, El Salvador.: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1998.

racionalidad de la decisión mediante los recursos, si en la sentencia definitiva no se expresan los criterios que pretendidamente la sostienen y se opta por una simple narración fáctica, al argumentarse se debe entender que se realiza una justificación de aquellas razones que sostienen la decisión judicial pronunciada, exigiendo explicar las pruebas usadas, pasando de los datos probatorios a los hechos probados.

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Identificar en las sentencias penales dictadas por los jueces, la falta de una verdadera aplicación de la teoría de la argumentación jurídica.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Demostrar que algunos jueces/as no utilizan las teorías de la argumentación jurídica en la elaboración de las sentencias penales en El Salvador, y por ende violan principios constitucionales y derechos humanos universales (IUS COJENS). Pero existen jueces/as que si están aplicando verdaderamente en sus sentencias penales las teorías de la argumentación jurídica.

1.4. MARCO DE REFERENCIA

1.4.1 FUNDAMENTO DOCTRINARIO

Para esta investigación es importante tener en cuenta lo que han desarrollado estas nuevas escuelas que nos proporcionan criterios de validez para la toma de decisiones judiciales; pero es de hacer notar la importancia de los estudios de argumentación jurídica, con la Teoría de Argumentación de Robert Alexy y Legal Theory and legal Reasoning de McCormick surgen en contra posición de estos planteamientos afirmando que la argumentación jurídica si es deductiva, para ello diferencia entre el contexto de descubrimiento y el contexto de

justificación. En el primero se encuentran todos los motivos que llevan al operador jurídico a adoptar determinada premisa normativa, que sirve de origen a la argumentación; mientras el segundo es el estudio de las inferencias válidas que un operador jurídico pueda realizar como para defender su decisión.

A continuación se establecen pensamientos de ciertos autores, quienes por medio de sus teorías abordan la aplicación de la Teoría de la Argumentación jurídica.

Según la tónica jurídica de Theodor Viehweg

Es Theodor Viehweg el padre o creador de las bases, la Tónica¹³ sería aquella, disciplina que proporciona los tópicos o argumentos de que el jurista o cada parte en un litigio jurídico pueden echar mano para justificar la decisión tomada o propuesta. Los tópicos serían premisas posibles e igualmente válidas para el razonamiento jurídico en cada caso práctico. Ante cada problema, se podrá defender una u otra decisión mediante todo un conglomerado de argumentos admisibles y que resultan aceptables entre los juristas de cada momento, tanto en sí mismos como argumentos utilizables en Derecho, como en su aplicación al caso concreto que se discuta.

Esos tópicos o argumentos podrán ser de muy diverso tipo, desde principios del Derecho a brocados o dichos jurídicos, lugares comunes, evidencias sociales compartidas, precedentes, postulados de justicia, las mismas normas jurídicas, etc. A partir de las cuales se desarrollaron en Europa y en América las distintas ramas o corrientes de argumentación jurídica, el problema para Viehweg es que toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone, una comprensión provisional a partir de la cual aparecer

¹³Como ejemplos de tópicos jurídicos actuales cita Viehweg únicamente la buena fé, el interés, la protección de la confianza y los conceptos jurídicos en general, VIEHWEG, Theodore; *Topica y Jurisprudencia*, Segunda Edición, Ed. Taurus, Madrid, España, 1971. P. 95. Esos mismos tópicos son sistematizados en PERELMAN, Chain; *la Lógica jurídica y la Nueva retórica*. Ed. Civitas, Madrid, 1979, pp.120-128.

como cuestión a considerar seriamente y para la que se busca precisamente una respuesta como solución¹⁴.

Su obra de referencia aparece en 1953, su finalidad es crear un nuevo método para la interpretación y aplicación del derecho. Este se resume en las siguientes líneas¹⁵: 1.-El derecho no tiene la consideración de sistema, dado que lo decisivo es la solución del problema. Para ello, no se parte de premisa totalmente evidentes, sino que son discutidas para llegar a una solución; 2.-Toda decisión jurídica tiene una justificación interna partiendo de premisas aceptadas que no son discutidas, y una justificación externa, tratando de descubrir una serie de premisas para la solución del caso concreto; 3.-La argumentación jurídica se realiza desde la discusión, desde el mismo debate, partiendo de ciertas bases que carecen de carácter evidente, lo que significa que existen varias soluciones posibles; y 4.-En conclusión, el derecho no es una verdadera ciencia, sino una simple técnica. La consecuencia de todo esto es que hay que recurrir a un pensamiento de tipo Apodíctico¹⁶, usando premisas contestables y discutibles: las normas jurídicas y su validez tendrían una naturaleza absoluta, los tópicos serían premisas utilizables a los problemas, teniendo en todo caso validez tanto si se usan como si no se usan¹⁷.

La Tópica es una técnica del pensamiento problemático, diferenciada del método deductivo. La jurisprudencia como mecanismo especial para resolver problemas, va unida

¹⁴VIEHWEG, Theodore; *Topica y Jurisprudencia*.ob. cit., p.32.

¹⁵GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Interpretación y Argumentación Jurídica*, La teoría de la Argumentación Jurídica Logros y Carencias. Unidad de Producción Bibliográfica y documentación, año 2004, CNJ-CSJ. p.56

¹⁶(Del griego *ápodeiktikós*, convincente). Con este término, Aristóteles se refiere a la demostración rigurosamente necesaria, inferida deductivamente de premisas que sin duda alguna son verdaderas. Así, ve el silogismo como instrumento del saber apodíctico. El término «apodíctico» se emplea para designar los juicios de necesidad a diferencia de los de posibilidad (problemáticos) y de los juicios de realidad (asertóricos). La relación que existe con la Teoría de la Argumentación Jurídica, es en cuanto, a tratar de demostrar de manera incontrovertible, el concepto que designa el conocimiento absolutamente verdadero. Diccionario soviético de filosofía Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo 1965. P 21.

¹⁷GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Ob. Cit.p.39.

insolublemente a la tónica, por tanto no es posible prescindir de ella. El instrumento de la ciencia jurídica hay que buscarlo no en la razón, sino en la racionalidad.¹⁸

Según Chain Perelman

Perelman se desarrolla a partir de un trabajo anterior el cual era sobre la teoría de la argumentación, en este planteaba la argumentación práctica en general. Comienza hablando del razonamiento en general, en su calidad de actividad mental y del resultado de dicha actividad. El estudio en conjunto del razonamiento corresponde a la lógica, que se ocupa de varias cuestiones como la manera de formular el resultado, el lazo que une a las premisas y la conclusión, la validez de este lazo o la estructura del propio razonamiento¹⁹.

Perelman se ocupa de desarrollar su propia teoría que denomina “Nueva Retórica”, la ilustra con numerosas citas legales y jurisprudenciales. Inicia el tratamiento del tema afirmando que los juicios de valor no son racionales, pues no derivan de la Lógica, más insiste en la necesidad de crear una lógica especial de tipo jurídico, una Lógica de los juicios de valor que nos los haga depender de decisiones arbitrarias. Perelman comienza aludiendo a la Retórica arte de persuadir por medio del discurso, según los clásicos griegos, entendiendo que en resumen el Derecho es una manifestación de Arte, un intento de convencer a partir de tesis que se apoyan en la realidad jurídica, en el Derecho vigente, en un momento concreto del devenir histórico.

Todo ello presupone la existencia de un lenguaje común, comprensible por los intervinientes en el debate, además de la capacidad del orador para adaptarse al nivel de sus interlocuciones: Por otro lado la persuasión por medio del discurso exige conocer la tesis del auditorio y el nivel de adhesión a tal tesis. Para Perelman, Razonamiento práctico es “aquel

¹⁸ATIENZA Manuel. “Teorías de la Argumentación Jurídica”, Madrid, edit. CEC 1991.p.268.

¹⁹GARCIA AMADO, Juan Antonio, “*Interpretación y Argumentación jurídica*”, ob. Cit. p.43.

que justifica una decisión”, y el Ejemplo Prototípico de tal clase de razonamiento sería el de la Motivación de la Sentencia por el Juez²⁰.

Por ese motivo, la lógica jurídica difiere de la lógica formal, ya que ésta trata de mostrar la corrección de las conclusiones en relación a las premisas de las que parte, siendo las mismas indubitadas, ciertas, seguras. En toda argumentación jurídica existen tres conceptos básicos que son el de orador, el de discurso y el de auditorio.

El Orador es interlocutor, quien interviene en un debate o discurso, aportando sus propias ideas o premisas. Al hablar del discurso, Perelman diferencia entre el deliberativo, dirigido a las asambleas con la intención de obtener la adhesión a cierta tesis, y un discurso en el que se parte de la aceptación previa por parte de los interlocutores de una cierta tesis. El Primero trata de convencer, el segundo busca reforzar la opinión del auditorio sobre una cuestión concreta: Uno convence: el otro refuerza el convencimiento previo.

El auditorio es el conjunto de destinatarios del discurso concreto, sobre el que estamos operando el conglomerado de inteligencias ante quien se opone el discurso jurídico. El autor diferencia el auditorio universal y el auditorio particular. La idea clave para la nueva doctrina perelmaniana estará en los conceptos de decisión y juicio de valor, y la retórica ocupará precisamente ese puesto de lógica de los juicios de valor.

Pero el elemento decisorio estaba claro ya en su anterior etapa y lo que en este segundo momento trata Perelman de poner de manifiesto es que las decisiones valorativas no acontecen al margen de toda regla o toda pauta racional. Esa su lógica específica mostraría precisamente su peculiar racionalidad, distinta, pero no inferior de la que preside los razonamientos puramente lógicos o empíricos. Como expresamente dice, “en Derecho ningún

²⁰PERELMAN, Chain; *Ética y Derecho*, Ediciones de la Universidad de Bruselas, Bélgica. 1990, pp.333-334. Pero más allá de este Ejemplo concreto la “Argumentación interviene en todos los casos en que las personas deben de tomar decisiones, realizar elecciones reflexivas, cada vez que tienen que deliberar o discutir, criticar o justificar” (Perelman, Chain; *Lógica y Argumentación*, editorial Civitas, Madrid, 1990, pp.84-85.)

poder se puede ejercer de manera arbitraria, es decir, no razonable²¹". Para Perelman establece diferentes razonamientos: el de los abogados, estos tratan de conseguir el triunfo de la pretensión que ha aceptado procurar, utilizando para ellos normas jurídicas; el del jurado o el del Juez, que es la auténtica culminación de la lógica jurídica, se toma una decisión razonable y aceptable, es decir que su decisión no sea ni subjetiva, ni arbitraria, y para tal finalidad se apoya en varios instrumentos como son las leyes, la jurisprudencia, la doctrina y su propio conocimiento en el mundo del derecho²².

La voluntad del juez se configura por medio de un esquema de silogismo: premisa mayor, que es la norma aplicable; premisa menor, determinada por los hechos probados y una conclusión, consistente en la subsunción de los hechos en la norma jurídica, y en la aplicación de las consecuencias que tal norma fija.

Perelman define a la nueva retorica como "El estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o de acrecentar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio". La argumentación excluye, en consecuencia la violencia, porque tal adhesión se consigue mediante el lenguaje y no mediante la fuerza física, pero también excluye la objetividad, porque la persuasión del auditorio no garantiza en todo caso la verdad o la corrección del discurso²³.

Para Perelman la teoría de la argumentación es resultado de muchas disciplinas que aportan al desarrollo de las mismas, la lingüística, la lógica proposicional, la lógica dialéctica y las ciencias del conocimiento.

Según Robert Alexy

Para este autor, la argumentación jurídica tiene que conseguir armonización entre los precedentes y el caso concreto, cuya resolución se reclama. Las reglas que el intérprete del

²¹PERELMAN, Chain; *Ética y Derecho*, ob.cit., p.674.

²²Ibídem.

²³Ibídem.

derecho ha de aplicar a algún caso en particular, deben conseguir el equilibrio entre los resultados de casos precedentes y análogos, y las exigencias de lo concreto (el eterno dilema entre Justicia y seguridad). De esto se deduce la importancia que van a tener las valoraciones dentro de un sistema jurídico a la hora de aplicar cualquier norma²⁴.

La Teoría de la argumentación de Robert Alexy, el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, deriva de que ya nadie puede afirmar que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente. Alexy afirma que diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes, por lo que se hace necesaria una jerarquización de dichos cánones, en lugar de buscar un sistema de reglas de fundamentación se debe indagar por un sistema de enunciados de quien puedan extraerse o deducirse las premisas normativas que faltan y que son necesarias para la fundamentación.

La solución de Alexy es que las fundamentaciones de las decisiones judiciales se hacen desde la valoración, sin embargo, el problema radica en donde y en qué medida son necesarias las valoraciones y como pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas éstas²⁵.

Su teoría de la Argumentación jurídica parte de la interrogación: que es una fundamentación racional en el marco jurídico vigente?, comenta el autor que el discurso jurídico esto se expresa en dos niveles, haciendo uso de las reglas y formas del discurso práctico racional y a nivel de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas: Las Decisiones judiciales.²⁶

Una teoría del discurso puede ser de tres tipos: empírica, cuando se procede a la descripción y análisis de las características entre grupos de hablantes, y del empleo de determinados argumentos; Analítica, la que versa sobre estructura lógica de los argumentos utilizados, o de

²⁴GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. ob. Cit. p.45.

²⁵ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 1993, p.102.

²⁶ *Ibidem*.

los argumentos posibles; y Normativa, en la que se establecen y justifican los criterios para garantizar lo racional del discurso. El discurso racional viene orientado por cinco reglas que debe de tomar en cuenta en consideración el operador jurídico: Las reglas fundamentales, las reglas de la razón, reglas sobre la carga de Argumentación, reglas de fundamentación, reglas de transición.

Pero, ¿qué es la argumentación jurídica?, Alexy la define como discurso que trata de justificar las decisiones jurídicas; haciendo una diferencia entre justificación interna y justificación externa. La primera tratará de verificar la lógica de la decisión, para determinar si la decisión se ha adoptado siguiendo las premisas que se eligen como fundamentación. Esta justificación descansa sobre la base del principio de Universalidad, que a su vez, sirve de sustento al de justicia formal. Ello significa que toda fundamentación debe de ampararse en una norma universal, como mínimo.

Se refiere a la derivación lógica que puede efectuarse entre la premisa mayor representada por la regla universal que debe aplicarse al caso, la descripción fáctica del caso que conforman la premisa menor y la conclusión que refiere a la correspondencia entre lo mandado por la norma general y la situación de hecho, la consecuente procedencia de la conducta mandada por la norma general para el supuesto analizado²⁷.

La justificación externa cuyo objeto es verificar la corrección de tales premisas e incluye en esta última a las reglas y formas de interpretación propiamente dichas, de la argumentación dogmática, del uso precedente, de la argumentación práctica general, de la argumentación empírica y de las especiales de argumentos jurídicos. La argumentación jurídica de Robert Alexy la concibe como una actividad lingüística que trata de la corrección de enunciados

²⁷ALEXY, Robert, *teoría de la argumentación jurídica. la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. primera reimpresión, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1997. p. 47

normativos para lo que analiza la estructura lógica de las fundamentaciones y su racionalidad²⁸

Según MacCormick

La argumentación práctica en general, y la argumentación jurídica en particular, cumple para MacCormick²⁹, esencialmente, una función de justificación. Esta función justificatoria está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues sólo 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. Afirma que la argumentación explícita que puede hallarse en las sentencias judiciales está dirigida a encubrir las verdaderas razones de la decisión, estarían en realidad presuponiendo la idea de justificación³⁰; justificar una decisión jurídica quiere decir pues, dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el derecho.

Dicho de otra manera, MacCormick parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y sitúa su teoría de la argumentación jurídica precisamente en este segundo ámbito. Pero ello no quiere decir tampoco que su teoría sea simplemente prescriptiva, sino que, al mismo tiempo también descriptiva. No trata únicamente de mostrar bajo qué condiciones puede considerarse justificada una decisión jurídica.

En fin justificar una decisión practica significa necesariamente una referencia a premisas normativas. Pero las premisas normativas últimas no son en opinión de MacCormick, el producto de una cadena de razonamiento lógico. Ello no quiere decir tampoco que no se pueda dar ningún tipo de razón a favor de unos u otros principios normativos. Pero estas ya

²⁸ ibidem

²⁹ GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. ob. Cit. p.50.

³⁰ MACCORMICK- en la misma línea de Perelman- atribuye a persuadir un sentido subjetivo, mientras justificar implicaría, sobre todo una dimensión objetiva (tomado de ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica*. Universidad Nacional de México. 2005. P.108.

no son razones concluyentes, sino razones que necesariamente implican una referencia a nuestra naturaleza afectiva, y que encierran por tanto una dimensión subjetiva.³¹

Por lo que podemos decir que La Teoría de la Argumentación, como la disciplina de la lógica informal que estudia las técnicas discursivas, permiten producir o acrecentar la adhesión de un auditorio. Esta producción es la acción de un orador que trata de lograr la adhesión de un auditorio mediante el buen uso de técnicas discursivas. Es una disciplina normativa, puesto que no enseña a argumentar de la mejor manera. Pero si describe los diversos actos argumentativos utilizados en política, en derecho, en ámbito religioso, académico, los medios, etc., y trata de explicar los mecanismos argumentativos.³²

La teoría de la Argumentación jurídica ha sido de gran aportación en las teorías de la aplicación del derecho, a su vez que ha permitido sentar un nuevo modelo de racionalidad, que sirve para medir las decisiones jurídicas pero aun no de manera absoluta. En ese sentido las Teorías de la Argumentación poseen utilidad para fundamentar las reglas del derecho procesal propias del Estado de derecho, ya que las partes en conflicto argumentan ante un tercero imparcial, bajo las normas del derecho procesal buscando garantizar el equilibrio e igualdad que la teoría de la argumentación propugna.³³

El juez da sus perfiles precisos a las normas legales, traduciéndolas de generales y abstractas a normas aplicables a casos concretos, ya que el establece si una norma encaja o no en un caso específico, o sea si es o no aplicable, es decir que el centro de la argumentación en que consiste el discurso de aplicación que el juez lleva a cabo, ha de situarse en la justificación de su valoración, de las circunstancias y detalles del caso y de allí se proyectara en la selección de la norma y su interpretación.³⁴

³¹ ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica* .ob. cit. p109

³²MINAPAZ Álvaro. *Reflexiones preliminares y lineamientos metodológicos para la meta-comprensión de la teoría de la argumentación*. Universidad Santiago de Cali.almipaz@pitagora.usaca.edu.com. sitio visitado septiembre 2012.

³³GARCIA AMADO, Juan Antonio . *Interpretación y Argumentación Jurídica*. ob. Cit. pp. 113-114.

³⁴GARCIA AMADO, Juan Antonio . *Interpretación y Argumentación Jurídica*. ob. Cit. pp. 115-121.

1.5. MARCO CONCEPTUAL

Se definirán a continuación algunos conceptos básicos, los cuales figuran como parte importante dentro del objeto de estudio de la investigación, y así poder comprender con mayor claridad la temática planteada.

1) **Aplicación del derecho a los hechos:** Una vez reducidos los hechos a tipos jurídicos corresponde entrar a la determinación del derecho aplicable. También en esta etapa la labor del juez es difícil, y consiste en determinar si al hecho reducido a tipo jurídico le es aplicable la norma A o la norma B. A esta operación suele llamarse en la doctrina moderna como subsunción. Esta última consiste en el enlace lógico de una situación particular, con la previsión abstracta contenida en la ley. La motivación del fallo constituye un deber del Juez, la ley se lo impone como una forma de controlar su actividad intelectual frente al caso, con el objeto de poder comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no de un acto discrecional de su voluntad autoritaria.

Una sentencia sin una argumentación jurídica priva a las partes del más elemental de sus poderes, el cual consiste en la fiscalización sobre los procesos reflexivos del juez.³⁵

2) **Fuentes del Derecho Procesal:** Son, las formas o procedimientos mediante los cuales se generan y se manifiestan las normas jurídicas. Se entiende a las fuentes de las normas procesales como el origen factible de la suma de disposiciones del derecho positivo en el ámbito específico del contexto del proceso. A la luz de la dogmática, dice Santos Azuela, se distinguen como fuentes del derecho procesal: Las fuentes directas, que emanan del derecho positivo, como la legislación, reglamento, costumbre y principios generales del derecho; con respecto a las fuentes indirecta, están la doctrina, la jurisprudencia, la analogía y la equidad³⁶.

³⁵COUTURE Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial De palma. Buenos Aires, 1958. P. 285.

³⁶AZUELA, Héctor Santos, *Teoría General del Proceso*, México, Mc Gran Hill, 2000, P. 50.

3) **Causalismo:** Se caracteriza por constituir un sistema penal cerrado, es decir un sistema cuya dogmática penal no logra vincularse con ninguna clase de política criminal, éste sistema entonces cerró no permitiendo en el inclusión de decisiones políticas y criminales, La dogmática penal causalista se ha distinguido por haberse basado en la hipótesis de que el injusto (acción típica y antijurídica), representaba la parte externo- objetiva del delito, mientras que la culpabilidad significaba la parte interna - subjetiva del mismo ".³⁷

4) **Finalismo:** La hipótesis principal del finalismo consiste en concebir al injusto ya no de modo naturalista sino como un injusto personal, trasladando definitivamente el dolo al tipo penal. El finalismo se define en no concebir a la realidad como un mero producto del conocimiento, sino, más bien, se afirma que en el finalismo , la facticidad va encerrada cierta normatividad, dicho brevemente, la forma del finalismo podría expresarse diciendo, El deber debe ser valorando en el ser; todo ello en atención a la ontología, a la naturaleza de las cosas.³⁸

5) **Argumentación:** En la consideración habitual (en la Retórica o en la Teoría de la Argumentación), se denomina 'Argumentación' a una forma de discurso (en el contexto de la Comunicación) que tiene la finalidad de alcanzar el asentimiento (o el rechazo) de un interlocutor respecto a la validez (o no) de una afirmación o de una norma, empleando para ello en el proceso de comunicación, referencias a afirmaciones o normas que se presupone son admitidas por ambas partes.

La argumentación se desarrolla en forma de "proceso" y se articula así en fases, o pasos en que se puede ir logrando el asentimiento a una afirmación o norma, y donde cada paso o fase (en cuanto se consideran como cumpliendo los objetivos parciales al lograr esos asentimientos) sirven de apoyo a nuevos pasos, en el proceso de lograr el asentimiento final. Esos pasos que forman parte del proceso total de argumentación, y donde se intenta conseguir asentimientos parciales son denominados "argumentos". Una argumentación

³⁷PLACENCIA VILLANUEVA Raúl, *Teorías del Delito*. Tercera reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2004, Universidad Nacional Autónoma de México, P. 9

³⁸PLACENCIA VILLANUEVA Raúl, *Teorías del Delito*. ob. Cit. p. 11.

concluyente en apoyo de una afirmación (teoría) o norma (praxis) es denominada "fundamentación" de la misma; y en caso de tratarse específicamente de una afirmación de orden teórico se la llama "demostración".³⁹

6) **Argumentación Jurídica:** denomina 'Argumentación' a una forma de discurso que realiza el juez (en el contexto del proceso legal) que tiene la finalidad de alcanzar el asentimiento (o el rechazo) de un interlocutor respecto a la validez (o no) de las pruebas aportadas al proceso y normas, empleando para ello en el proceso de comunicación referencias a afirmaciones o normas que se presupone son admitidas por ambas partes.⁴⁰

7) **Juez Natural:** El Principio de Juez Natural funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad, y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación del poder judicial del Estado, en perjuicio del acusado, el Órgano Judicial debe presentar cuatro caracteres indispensables: a) Competencia o la aptitud que la ley le confiere, para ejercer su jurisdicción en un caso concreto; b) Independencia, implica que no se encuentre subordinado a ninguna de las partes del proceso; c) Imparcialidad, el Juez es un tercero neutral para decidir el proceso con objetividad; y d) Estar establecido con anterioridad por la Ley, debe haber sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento.⁴¹

8) **Imparcialidad e independencia judicial:** En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre si, que acuden a un tercero imparcial que es el titular de las potestades, es decir, el Juez o Magistrado. Esta calidad de no parte ha sido denominada imparcialidad. Por consiguiente, este derecho a la imparcialidad del juzgador es una exigencia de la administración de justicia en los trámites de un proceso.⁴²

³⁹RODRÍGUEZ DE RIVERA José. *Teoría de la Argumentación*. Dpto. Ciencias Empresariales. Universidad de Alcalá. España. p.30.

⁴⁰Ibidem.

⁴¹VIELMA HERRERA, Melissa. *Teoría General del Proceso*. (Ovalle Favela) México, Monclova Coahuila, 2001. p.6.

⁴²VIELMA HERRERA, Melissa. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit. P.7

El derecho del procesado a ser juzgado por jueces imparciales está consagrado en diversos tratados internacionales, y es reconocido como constitutivo de la jurisdicción, ya que la misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional, no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión.

9) **Derecho a la tutela judicial efectiva:** Se trata de un derecho autónomo en el que se integran diversas manifestaciones, y que engloba según ASECIO MELLADO, los siguientes: a) derecho al proceso; b) derecho a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho; c) derecho a los recursos legalmente previstos; y, d) derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. En cuanto al derecho de acceso a la justicia, el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que todas las personas tienen el derecho a ser oídas por el órgano jurisdiccional. El acceso al órgano jurisdiccional se debe manifestar no sólo en la posibilidad de formular peticiones concretas (solicitudes probatorias, oposiciones, impugnaciones, alegatos, etc.), sino también en que se pueda instar la acción de la justicia en defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas.⁴³

10) **Principio de Congruencia:** Las Sentencias deben de ser claras y precisas, y deberán resolver sobre todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados y debatidos. El Juez deberá ceñirse a las peticiones formuladas por las partes, con estricta correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve. No podrá otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, ni cosa distinta a la solicitada por las partes. Sin alterar la pretensión y con respeto a los hechos alegados por las partes como base de sus causas de pedir, el juzgador podrá emplear los fundamentos de derecho o las normas jurídicas que considera mas adecuadas al caso, aunque no hubieran sido invocados por las partes. ⁴⁴

11) **Principio Acusatorio (*nulum iudicium sine accusatione*):** todo sistema de juzgamiento que concibe el juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y del juicio como una contienda entre iguales, iniciada por la acusación a la que a él le compete la carga

⁴³ VIELMA HERRERA, Melissa. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit.p.10

⁴⁴Art. 218 Código Procedimiento Civiles y Mercantiles, Legislación Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia de el Salvador, Sección de Publicaciones, San Salvador 2011.

de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio oral y público y resuelta por el Juez según su libre convicción.⁴⁵

12) **Relaciones entre el Principio de Congruencia y el Principio Acusatorio:** La congruencia en viable equipararla con la acusación con lo que se denomina objeto litigioso, esto es, el *petitum*, lo que se busca a través del proceso penal. De tal manera que tomamos un ejemplo, si se realiza una acusación por Violación a los Derechos Patrimoniales, fácilmente podemos inferir lo que se busca es una condena, por el delito respectivo, por Ejemplo el contenido del tipo penal de Hurto, de la normativa penal y no uno continuo o relacionado.⁴⁶

No pueden ser distintos los hechos por los cuales se condena de aquellos por los cuales fue acusada la persona, tampoco pueden ser distintos los sujetos pero, en cuanto a la calificación jurídica, se limita a esbozar lo atinente a concluir que toda variación en la calificación jurídica debe de tener oportunidad para la contradicción; así mismo sobre la determinación e imposición de la pena no siempre va a estar congruente con la acusación.

Resumiendo, el peso y ubicación que tiene el principio congruencia dentro del principio acusatorio tiene su fundamento en el mismo principio de contradicción en la medida que hace parte de la estructura, a la que ha de enfrentar la defensa y la información contenida en el acto de acusación es la que en última instancia ha de hacer frente. La congruencia en materia procesal penal se contrae al ámbito factico.

La congruencia se suscribe a la imparcialidad del Juez como exigencia de la ética judicial. Quien juzga no puede ser parte, es una máxima del principio acusatorio, que algún autor⁴⁷, será el llamar imparcialidad, que implica siempre la existencia de dos partes parciales

⁴⁵FERRAGOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. (Ibáñez, P.A . Trad.),Octava Edición ,Editorial Trotta, Madrid, España, 2006, p.564.

⁴⁶FABREGA P. Jorge. *El Objeto litigioso, El Principio de Inmutabilidad del proceso*. Ediciones Fábrega, Panamá, 1985, p.8.

⁴⁷MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de funciones procesales*. Tiran. Lo Blanch, Valencia. España. 1999, pp.186-188.

enfrentadas entre sí, que acuden ante un tercero, que no es parte, titular de la función jurisdiccional.

El principio de congruencia enmarcado dentro del principio acusatorio constituyen en uno de los pilares fundamentales del sistema de principios que rigen ordenamientos jurídicos como el procesal penal Alemán, donde se califica como cualquiera de ellos como elemento de legitimación de los tipos de acciones estatales⁴⁸.

11) **Imputación Objetiva:** Con la Teoría de la Imputación Objetiva se remplace el tema de la causalidad de las fuerzas naturales por imputación jurídica y resultado, según Eugenio Rafael Zaffaroni es el intento de remplazar el dogma causal por el aumento del riesgo. Solo se puede responsabilizar al actor su comportamiento que provoca un aumento del riesgo mas allá del riesgo permitido. Este criterio no solo prescinde del concepto ontológico de la conducta valiéndose de uno normativo, sino que prescinde la causalidad misma.

El derecho penal ya no se apoya sobre la categoría del ser, parece que el legislador a logrado su máxima omnipotencia. Enrique Bacigalupo afirma con relación a la teoría de la imputación objetiva: "esta teoría que tiende a imponerse ampliamente en la actualidad es consecuencia de la teoría de la relevancia. Su punto de partida es el remplazo de la relaciones de causalidad por una relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales."⁴⁹

12) **Juicio:** Proviene del latín *iudicium*, que significaba en el derecho romano, la segunda etapa del proceso, que se desarrolla ante el *iudex* (juez). En Europa, el *iudicium* no fue solo una etapa, sino todo el proceso. Según la escuela Judicialista de Bolonia, "el juicio es un acto en el que intervienen cuando menos tres personas: el actor que pretende, el demandado que resiste y el juez que conoce y decide".

⁴⁸GOMEZ COLOMER, Juan Luis. *El Proceso Penal Alemán, Introducción y Normas Básicas* . J.M. Bosh , Barcelona, 1995, p.47.

⁴⁹BASIGALUPO Manuel. *Manual de Derecho Penal*. Ed. Temis 1996. P.191

Actualmente, en los países de tradición hispánica la palabra juicio tiene, cuando menos 3 significados: 1. Como secuencia de procedimientos a través de los cuales se lleva a cabo la sustanciación de todo un proceso; 2. Como etapa final del proceso (conclusiones de las partes y sentencia del juzgador); y 3. Como sentencia propiamente dicha.⁵⁰

13) **La decisión:** No parece difícil admitir que la sentencia no se agota en una operación lógica. La valoración de la prueba reclama además del esfuerzo lógico, la contribución de las máximas de experiencia, apoyadas en el conocimiento que el juez tiene del mundo y de las cosas. La elección de la premisa mayor, o sea la determinación de la norma legal aplicable tampoco es una pura operación lógica, reclama del juez algunos juicios históricos de vigencia o de derogación de las leyes, y de determinación de sus efectos. La lógica juega un papel preponderante en toda esa actividad intelectual.⁵¹

14) **Sentencia:** Dictamen, opinión, parecer propio. Máxima, aforismo, dicho moral o filosófico. Decisión extrajudicial de la persona a quien se encomienda resolver una controversia, duda o dificultad. Resolución judicial en una causa. Fallo en la cuestión principal de un proceso. El más solemne de los mandatos de un juez o tribunal, por oposición a auto o providencia (v.). Parecer o decisión de un jurisconsulto romano.⁵²

La palabra sentencia procede del latín sintiendo, que equivale a sintiendo; por expresar la sentencia lo que siente u opina quien la dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable⁵³.

⁵⁰Ibidem

⁵¹COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones De Palma Buenos Aires, año 1958. P.280-289

⁵² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, 2006, P. 345.

⁵³ Ibidem.

1.6. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

1.6.1. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN GRECIA

El tribunal más antiguo y célebre de Atenas era el Areópago, su función era vigilar a los magistrados, velar por el orden público y juzgar los delitos contra la Constitución y el Estado, fue establecido por Solón, era integrado por antiguos Arcontes en un número que era variable, dependiendo de la gravedad del delito. El juicio se llevaba a cabo en forma misteriosa, ya que las sesiones se realizaban de noche, se limitaba el alegato de las partes y el voto se hacía secreto⁵⁴.

En un principio, este tribunal tuvo una amplia jurisdicción, la que posterior fue restringida a los homicidios premeditados, incendios y algunos crímenes que probablemente fueran sentenciados con la pena capital, tales como: traición, mutilación y envenenamiento. Otro de los tribunales que existía en Grecia, era conocido como el de los efetas, tribunales encargados de llevar aquellos delitos involuntarios o no premeditados, lo formaban 51 jueces, elegidos anualmente por sorteo entre los miembros del Senado. Este tribunal sólo conocía de los homicidios involuntarios o no premeditados⁵⁵.

De igual manera, existía el tribunal de los Heliastas, el cual ejercía la jurisdicción común. Estaba constituido por ciudadanos mayores de treinta años, de intacta reputación y que no fueran deudores del tesoro público. Seis mil eran elegidos cada año por sorteo, formándose diez secciones, las que actuaban separada o conjuntamente, según la importancia de las causas. Este tribunal conocía de todos los delitos a excepción de los que al final quedaron reservados al Areópago y a los Efetas⁵⁶.

El juicio se realizaba oral y públicamente. La acusación era el primer acto procesal. Era considerada como la primera garantía que tenía todo imputado, ya que no podía ser llevado a

⁵⁴Clásicos Griego. *Vidas Paralelas* .Tomo VII. Plutarco, P. 36. [Http://www.Todoebook.Net/ebooks/](http://www.Todoebook.Net/ebooks/). Consulta realizada septiembre 2012.

⁵⁵Ibídem.

⁵⁶Ibídem.

juicio sino en virtud de una imputación formal y pública que generaba una gran responsabilidad para quien la hacía. El acusador presentaba querrela ante un Arconte, ofrecía las pruebas y prestaba juramento de que continuaría el juicio hasta la sentencia.

El imputado tenía la obligación de comparecer ante el Arconte, a cuya presencia era llevado por agentes públicos o por el mismo acusador, aun por la fuerza, un vocero leía la acusación; luego, el acusador desarrollaba sus pruebas de cargo a medida que interrogaba a sus testigos, en seguida, el acusado realizaba su defensa, pudiendo presentar también testigos. La tortura era empleada igualmente como medio de prueba, esto independientemente que fueran hombres libres o esclavos. Podemos observar, que era un proceso dominado por las partes, en donde la jurisdicción aparece como una función pública que busca resolver los conflictos.⁵⁷

Con la aparición de los Sofistas en Grecia (a .c.) tiene lugar el nacimiento de la retórica y probablemente su principal exponentes fue Gorgias de Leontini (a. c.), quien en uno de los diálogos de Platón titulado "Gorgias o de la Retórica" respondiendo a Sócrates afirma que "...la retórica es autora de la persuasión que tiene lugar ante los tribunales y en las restantes reuniones de ciudadanos... y que tiene que ver con lo justo y lo injusto."⁵⁸

Dentro de todo este contexto de la estructura del proceso en Grecia, se debe de analizar la argumentación jurídica que se ocupaba en ese entonces, y esta comienza por medio de la lógica clásica, lo que se llamaba tradicionalmente como lógica formal, pura, teórica, es así que el pensamiento de Aristóteles (384-322 AC), contribuye en una forma universal durante muchos siglos la preponderancia de la doctrina lógica en forma invariable hasta que se introducen en los siglos XIX y XX,⁵⁹ algunas transformaciones sobre todo la lógica matemática.

⁵⁷VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Lerner, 1969, pp. 25-30.

⁵⁸TOSTA María Luisa. *Platón, Fragmentos de Algunos Diálogos. Gorgias o de la Retorica*. En Antología de textos de Filosofía del Derecho de. U.C.V. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela. 1990. pp. 19-37.

⁵⁹ARROYO GUTIERREZ, José Manuel. *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*. Primera Edición Costa Rica, 2002. P.39.

Aristóteles, define la retorica como "La facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer"⁶⁰. "La retórica, por lo tanto, deduce de la tópica la consideración de los argumentos probables (que son los que precisamente tienen la capacidad de persuadir) y suministra las reglas para el uso estratégico de tales argumento"⁶¹.

La Tópica de Aristóteles era una de las seis obras de que se componía el Órganon. En ella, Aristóteles parte de una caracterización de los Argumentos dialecticos (de los que se ocupan los retóricos y los sofistas); en relación con los argumentos apodícticos o demostrativos (de los que se ocupan los filósofos), los argumentos erísticos y las pseudoconclusiones o paralogismos. Los argumentos dialecticos –los de la tópica- se diferencian de los apodícticos, porque parte de lo simplemente opinable o verosímil, y no de proposiciones primeras o verdaderas.⁶²

En los tribunales de Grecia se ocupaban argumentos retóricos, que se traducían en una oratoria espontánea que tenían un poco de todo y un poco de nada, era sencillamente comunicación, nacida la oratoria para la persuasión, se preocupaba y apoyaba en utilizar la palabra para dominar a las masas y no ocuparlas con una convicción duradera.

Por ello el Aerópago o magistrado en velar por el orden público y juzgar los delitos en contra de la Constitución y el Estado, es decir actuando como un Tribunal superior de justicia, en ese sentido llamaba la atención a las partes involucradas en los juicios para que no se desviarán de sus pretensiones, y por ello prohibía a los oradores Atenienses que se

⁶⁰ARISTÓTELES. *Retorica*. Introducción, Traducción y Notas por Quintín Racionero .Biblioteca Clásica Gredos 142. Editorial Gredos. Madrid 1.990. p. 173.

⁶¹ABBAGNANO, NICOLA. *Diccionario De Filosofía* .Fondo de Cultura Económica .México.1985. p. 1019.

⁶²ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica*. Universidad Nacional de México. 2005, p. 32. Los argumentos erísticos se fundan en preposiciones que son sólo aparentemente opinables. Las pseudoproposiciones o paralogismos se basan en preposiciones especiales de determinadas ciencias.

divagaran en torno al asunto a discutir y entretenerse en elocuciones en cosas ajenas al asunto judicial en trámite⁶³.

Para Aristóteles, el tipo de razonamiento analítico era el Silogismo cuyo esquema clásico, se enuncia de este modo: “Si todos los B son C y todos los A son B, todos los A son C,”. Obsérvese que éste razonamiento es válido cualesquiera que sean los términos que se coloquen en lugar de las letras A, B, y C, [.....]. La validez de la inferencia no depende para nada de la métrica sobre la cual se razona, que puede tomarse de los diversos campos del pensamiento. Lo que garantiza la validez del razonamiento es su forma [.....], Los razonamientos dialécticos que Aristóteles examinó los tópicos, utilizando la retórica y en las refutaciones de los sofistas no se dirigen a establecer demostraciones científicas sino a guiar deliberaciones y controversias⁶⁴.

Históricamente se considera a Aristóteles como el primer filósofo que buscó y encontró la fuente del arte de persuadir y que hizo ver que la dialéctica es el fundamento de la retórica⁶⁵. La lógica aristotélica es concebida por su propio creador, en primer lugar no como una ciencia independiente, sino como un método camino a través del cual, puede investigarse y alcanzarse el conocimiento científico. En este sentido la lógica clásica nace, como un instrumento útil para la enseñanza en orden al conocimiento de la verdad (Epistemología)⁶⁶.

⁶³RIVERA RUIZ Daniel Ulises y Mario Adalberto Rivera Lazo. *Introducción a la Lógica Jurídica* .- Primera Edición.-San Salvador. El Salvador. Sección de Publicación de la Corte Suprema de Justicia, 2004. pp. 472- 473.

⁶⁴PERELMAN, Chaim. *Tratado de la Argumentación, La Nueva Retórica*. Tercera Reimpr. Madrid (2006), P.25.

⁶⁵DÍAZ Jacinto, Pbro. Catedrático de la Literatura clásica de la Universidad de Sevilla, Barcelona. Imprenta del Diario de Barcelona. 1865. PP. 283 y 284.

⁶⁶ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal* . ob. cit. p.p. 39-40. Es así que dentro de la lógica aristotélica, el conocimiento estrictamente científico, conformado por razonamientos también llamados analíticos, supone la verdad de las premisas y de la conclusión, y como un movimiento lógico-racional que va, de lo general a lo particular. Esta forma de derivación por medio de la cual se descubre y conoce la relación entre lo general y lo particular, se denomina “Inducción”. Todo el planteamiento de la lógica formal clásica se basa en proponer el pensamiento racional, el cual permite arribar al conocimiento científico.

En la teoría silogística del Derecho, el juicio poseía una estructura cerrada cuya premisa mayor, es dada por la norma aplicada al caso, mientras la premisa menor es dada por el hecho relevante; y la conclusión es dada por la decisión, que aplica la norma al caso concreto; es decir silogística, que desde la filosofía aristotélica, el raciocinio del juez debe recorrer un *iter* para alcanzar la respuesta adecuada al caso⁶⁷.

En el área jurídica, fueron hechas tentativas de aplicación tanto de la lógica formal clásica aristotélica, como el silogismo jurídico, que se constituyen en los principales aportes de Grecia, respecto a la manera de argumentar, fundamentar y motivar las sentencias por parte de los jueces⁶⁸.

1.6.2. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN ROMA

Entramos al análisis de la argumentación en Roma, desde la perspectiva del sistema que imperaba en ese periodo como lo era el esclavismo⁶⁹. Muchas culturas desarrollan este modo de producción, pero las más importantes fueron la griega y la romana por los aportes que hicieron a la humanidad. La sociedad esclavista alcanzó su máximo esplendor en Grecia y posteriormente en el Imperio Romano.

Al ubicarnos en materia jurídica, podemos apreciar que en el "procedimiento formulario" realizado en Roma, que sucedió al de las "acciones de la ley", el actor sólo podría seguir el proceso antes el *iudex*, si previamente lograba la concesión de la fórmula por parte del

⁶⁷BEYEVAREND. *Introducción a la Tópica* . www.filosofayderecho.com.mx . consulta realizada el día 09/ 09/2012.

⁶⁸ROSENTAL MM. y IUDIN PP.F. *Diccionario Filosófico*. Teoría acerca del razonamiento silogístico. Históricamente primer sistema lógico de deducción, formulado por Aristóteles... 1971, La Unión Soviética P. 422.

⁶⁹HARNECKER, Marta. *Conceptos Elementales del Materialismo Histórico*. Quincuagésima Cuarta Ed. 1986, Siglo XXI, pp. 120-121.

pretor, y sin fórmula, no existía proceso posible, dándose dentro del contexto, de la inexistencia de una división de poderes dentro del Estado romano.⁷⁰

El pretor era designado por los cónsules y ocupaba el último lugar entre los magistrados superiores, pero tenía mayor autoridad que todos los desprovistos del imperio, Duraba un año en sus funciones, aunque a fines de la República la magistratura, al igual que el consulado, se hizo bienal, ejerciendo el pretor el cargo un año en la ciudad y otro en provincias con el título de *propretor*.⁷¹

Las causas penales eran mucho más sencillas, entre otras cosas porque los crímenes que juzgaban eran menores: incendio doloso, asesinato, destrucción de cosechas de manera intencionada, etc. La antigua Ley del Talión será sustituida por una multa que recibe el agredido. La jurisdicción sobre las causas penales recaía en los reyes en un primer momento para pasar a los magistrados en los tiempos de la República, que dejaron paso a las Asambleas populares.

Si durante la época republicana el Derecho alcanzó un importante grado de desarrollo, en el Imperio tomará unas proporciones vastísimas, aparejada a las dimensiones y cantidades de población que habitaban dentro de las fronteras. Las fuentes del Derecho serán las leyes dictadas por los emperadores y los decretos senatoriales. Las leyes del emperador se dividían en: edictos -disposiciones para toda la población-, mandatos -para los funcionarios-, rescriptos -disposiciones sobre temas aislados- y decretos -decisiones sobre problemas judiciales. Entre los siglos II y III adquieren especial importancia los juristas, intérpretes del Derecho ahora laicos, entre los que destacan Gayo y Papiniano⁷² que generaron los primeros aportes jurisprudenciales de utilidad al *iudex* en el proceso de la toma de decisión.

⁷⁰CARAMÉS FERRO, José M. *Instituciones de Derecho Privado* . Buenos Aires, 1976. Tomo I, p. 385.

⁷¹MEJIA ARNAL, Luis Alquiles. “*El derecho en Roma*”, Revista de la Fundación De la Procuraduría General de la Republica No. 6, Caracas Venezuela 1992. P. 22.

⁷²Ibídem.

En el procedimiento establecido las decisiones de los jueces continúan sin indicar los motivos de su decreto. No obstante, existía la obligación legal de motivar las sentencias penales, y la costumbre determinó que aquella también se cumpliera en materia civil; se seguía entonces, el hoy llamado sistema de las libres convicciones, a través del cual el juez no debía indicar los motivos de su pronunciamiento. El *iudex* no estaba obligado a motivar su fallo. Así, ese silencio le confería mayor autoridad, porque convertía al Juez en una especie de misterioso e indiscutible "Oráculo de la Justicia".⁷³

En el imperio de Roma se ha propuesto a Marco Tulio Cicerón como el padre y procurador de la teoría de la Argumentación judicial, son sus propias palabras las que refuerzan nuestra pretensión: no hay nada tan increíble que la oratoria no pueda volver lo aceptable, Para él una teoría del razonamiento jurídico no puede construirse a espaldas de las conclusiones que sobre la argumentación son aportadas por saberes distintos del derecho, como la lógica, la filosofía o la lingüística. Así, un abogado, no podrá ser solo un aplicador de técnica jurídico-legislativa, sino un jurista al mas puro estilo de Roma clásica⁷⁴.

En cicerón desaparece la distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico, pero en su lugar surge una distinción que tiene su origen estoico, entre la invención y la formación del juicio. La tópica surge precisamente en el campo de la invención, de la obtención de argumentos; y un argumento es, para Cicerón una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa; los argumentos están contenidos en los lugares; la tópica en consecuencia sería el arte de hallar los argumentos. La formación de un juicio por el contrario, consistiría en el paso de las premisas a la conclusión; en consecuencia la retorica y la tópica tuvo una considerable importancia en la argumentación judicial⁷⁵.

⁷³DE VICENTE Y CARAVANTES, José. *Tratado Histórico Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Ley de Enjuiciamiento*. Tomo II, pág. 291. Edit. Gaspar y Roig, Madrid 1856. Cita de SAGÜÉS, Néstor Pedro, parafraseando a Séneca, en El recaudo de la fundamentación como condición de la sentencia constitucional. *El Derecho*, Tomo 97, p.943, 1982.

⁷⁴ISO, José Javier. *Introducción, en: CICERON, Marco Tulio, el orador*. Madrid, Gredos, 2002, p.10.

⁷⁵ATIENZA Manuel. *Las Razones del Derecho Teorías de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit. pp. 32 y 33.

El proceso formulario romano concluye con la sentencia, esto es la decisión del *ludex* que oralmente y sin indicar los motivos de su dictamen, condena o absuelve según la libre apreciación de la prueba, producida en su presencia que lo hubiere llevado a la convicción del fundamento de la pretensión de autor o de su parte contraria.

De acuerdo con la teoría retórica Romana todo discurso había de constar de cinco elementos fundamentales, a saber: hallar los argumentos más convenientes (*Inventio*); ordenarlos de la manera más efectiva (*Dispositio*); exponerlos con el lenguaje adecuado a la situación y al público (*Elocutio*); memorizar el contenido del discurso de manera que fluyera de un modo natural y no forzado (Memoria); y finalmente, interpretar todo ello con los adecuados gestos, miradas e inflexiones de voz (*Actio*), con técnicas semejantes a las de un actor de las artes escénicas. Se trataba en definitiva, de tener en cuenta tres cosas: que decir, en que orden y como.⁷⁶

En Roma el pleito se iniciaba con una sintética exposición de los hechos, la que debería de estar cumplida antes de mediodía. Si una de las partes no se había hecho presente hasta entonces perdía la causa. Esta etapa no era tan formal: el Juez recibida la producción de la prueba- casi siempre testimonio- y los alegatos de las partes, daba su sentir (*sententia*) con la eventual ayuda de un concilio. Podía devolver el asunto al Magistrado si no había llegado a verlo con claridad. La Sentencia, era inimpugnable e inapelable, no necesitaba ser motivada, ni argumentada, una vez resuelto el pleito, éste no podía reemplantarse (*Non bis in ídem*); el incumplimiento de la condena permitía su ejecución "*Permanus Iniection em*" o "*per pignoris capionen*"⁷⁷

⁷⁶ COVARRUBIAS CORREA, Andrés. *Orador. Perfectus: La Replica de San Agustín al Rector Ideal de Cicerón*. En teología y vida. Volumen. 48, Santiago, Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2007, P. 141-147.

⁷⁷BONAFANTE Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la Octava Edición Italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Ed. Reus Madrid 1965, p. 9.

1.6.3. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA EDAD MEDIA

Después de la convulsión provocada por la invasión y caída del imperio Romano de occidente, la costumbre prevalece como fuente fundamental del derecho, sobre todo en las regiones en las que el elemento germánico influye en una población más o menos romanizada. La costumbre es concebida como un conjunto de reglas tradicionales así, todo litigio, todo problema debe poder ser resuelto recurriendo a ese don jurídico venerable.⁷⁸

Quienes juzgaban no tenían que informar sobre el fondo del litigio, ni investigar, ni restablecer los hechos. Sólo resolvían acerca de lo que sometían las partes a su decisión, juzgaban con arreglo a las formas impuestas por las costumbres, se limitaban a mantener la fórmula, calificaban los litigios e incidentes, y proclamaban la sentencia, sin motivar. Es especialmente en ocasión de los litigios a los que da lugar el contrato feudovasálico⁷⁹, que los jueces definen estas reglas consuetudinarias.⁸⁰

Un fenómeno análogo responde a la afirmación del poder central de la Iglesia. A partir el siglo XIV en el viejo imperio Romano, dicta justicia en nombre del Papa. La aparición de estas cortes superiores, y el papel de los jueces en la formación del derecho, será mucho más importante que en las jurisdicciones consuetudinarias;⁸¹ sin embargo, estos jueces no pueden actuar de manera arbitraria, están obligados por tradición a respetar las costumbres y los privilegios.

La sentencia debía estar rigurosamente prescripta por la costumbre, aunque sin justificarse el fallo. Es el Derecho Sabio, el que explicita la limitación de los poderes de los jueces, restricción que fluye de la ley divina, la ley natural, no obstante, debe destacarse

⁷⁸GENY, Francisco. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Hijos de Reus, Editores, Madrid, España, 1902, p. 287.

⁷⁹Organización del poder político que correspondió a las condiciones especiales de la Edad Media.

⁸⁰PERELMAN, Chain . *La Lógica Jurídica y la Nueva Retorica*. Traducción del francés por Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1979, p. 43.

⁸¹Ibídem.

que estas jurisdicciones reales gozan de gran autonomía en la formulación de las reglas jurídicas.

En el procedimiento extraordinario del Bajo Imperio, que sustituye al formulario, y que será el origen del procedimiento romano-canónico, ha devenido a considerar al juez, en un funcionario que recibe sus poderes del Emperador. Si las reglas se le imponen en cuanto a las fuentes del derecho positivo, sobre las cuales debe fundar su sentencia, él no está obligado a motivarla, ni en derecho, ni en los hechos. Sólo raramente se puede deducir de los textos del *Corpus Iuris*, la utilidad de una motivación, a propósito de casos particulares.⁸²

A finales del Siglo XI y principios del XII se produce un fenómeno importante en grado sumo: la recepción del Derecho de Roma. La compilación de Justiniano se lleva a cabo entre los años 528 a 533 d.C. en el Imperio Romano de Oriente. Es muy posterior a la caída del Imperio Romano de Occidente y, por otra parte, es casi desconocida en él. A partir del siglo XII los glosadores de Bolonia estudian el Derecho romano mediante glosas y exégesis, aplicando la técnica escolástica de los silogismos, distinciones y subdivisiones.

Los principios fundamentales que dominan el proceso común como los referentes al objeto de la prueba y a la sentencia son de origen romano, la influencia germánica se advierte en numerosas instituciones, algunas de las cuales han pasado al derecho moderno, como son, por ejemplo, la querrela *nullitatis* (origen del recurso de casación), la prueba legal (entendida como conjunto de normas vinculantes de la convicción judicial), la división del proceso en dos estadios antes y después de la contestación de la *litis* y la división del procedimiento en una serie de fases preclusivas.

La excesiva lentitud que fue adquiriendo el proceso común, determina la introducción, por la Clementina *saepe continget* (1306), de un tipo de proceso sumario indeterminado, en el cual rigen los principios de concentración y oralidad y se amplían los poderes de dirección

⁸²LÓPEZ, Gregorio. *Glosador de Las Siete Partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso El Sabio*. Tomo II. Compañía General de Impresiones y Libreros del Reino, Madrid, 1844.

del juez. Junto a él surgen otros procesos determinados y especiales que constituyen el origen de los actuales procesos de ejecución.

En la edad media la retórica deduce de la tópica la consideración de los argumentos probables (que son los que precisamente tienen la capacidad de persuadir) y suministra las reglas para el uso estratégico de tales argumentos⁸³. Esta fue la noción de retórica que imperó durante siglos, no obstante que degeneró en el siglo XVI al quedar reducida a un estudio de figura de estilo⁸⁴.

La retórica sufrió una degradación al punto de desaparecer casi completamente para el Siglo XIX. Se afirma que ello obedeció en gran medida al dogmatismo racionalista iniciado por René Descartes, que tuvo su solidificación en el Siglo XIX. Siendo la razón el eje central, que lo es todo, obviamente que ninguna o muy poca relevancia podía tener una disciplina cuyo objeto hasta ese momento era siempre la persuasión⁸⁵.

Para el derecho Romano y para el derecho Canónico, la principal fuente del derecho era la autoridad de los juristas y no en las razones o fundamentos⁸⁶. El Common law su práctica de la motivación comienza en el Siglo XII y se consolida en el Siglo XVI. En los sistemas continentales la obligación y la práctica de la motivación comienzan a mediados del Siglo XVIII, y experimenta un aceleramiento después de la segunda Guerra Mundial. En España para el año 1778 existía en la corona de castilla, una real cédula del Rey Carlos III que prohibía expresamente motivar la sentencia⁸⁷.

El Derecho Romano sobrevivió en occidente de fórmula fragmentada después del siglo VI. Aunque algunas de sus reglas y conceptos fueron retomados para algunas instituciones

⁸³ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Fondo de cultura económica México. 1985. p. 1019.

⁸⁴PERELMAN, Chain *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Ob. Cit., p. 139.

⁸⁵ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Ob.cit.p.1019.

⁸⁶BERGHOLTS, GUNNAR, “*Ratio et Auroras, algunas Reflexiones sobre la Significación de las Decisiones Judiciales*”. Revista Doxa número 8, 1990, p.75.

⁸⁷ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona, 2006. PP. 62 y 63.

civiles y eclesiásticas su carácter vinculante fue limitada en Europa hasta cuando el antiguo manuscrito de digesto fue descubierto en el siglo XI⁸⁸

En el Siglo XII, es el siglo en que se forma la tradición jurídica occidental, en ello influyo la creación de las primeras universidades europeas, que propicio el estudio y la enseñanza del derecho como un cuerpo sistemático de conocimiento, el uso del método escolástico que permitió analizarlos y sintetizarlos y el descubrimiento de los escritos jurídicos y romanos, en especial el hallazgo del digesto del *corpus iuris*.

Los juristas medievales consideraron que el derecho romano no era aplicable solo a Bizancio, sino en todo tiempo y lugar. Fue tomado como una verdad incuestionable, de la misma manera que se tomaba la Biblia; era la verdadera ley, la ley ideal y encarnación de la razón⁸⁹.

Modelo del estudio del derecho medieval fue la Escuela de Bolonia⁹⁰, que da origen al movimiento de los glosadores, cuya actividad se materializó en glosas⁹¹, que gravitaban alrededor del análisis de un texto, aclarando y explicando el significado de sus palabras o fragmentos, hasta llegar a hacer una interpretación general de éste.

Con las glosas se buscaba no solo explicar determinados pasajes (exegesis), sino también mostrar paralelismos y decisiones contradictorias en el conjunto del *corpus iuris*, proponiendo soluciones para el mismo. Los glosadores establecieron distinciones, formaron reglas generales, plantearon cuestiones y elaboraron tratados y sumas, y desarrollaron una metodología para el análisis y síntesis de los textos jurídicos.

⁸⁸BERMAN J., Harol. *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente* . Capitulo 3: el Origen de la ciencia Jurídica Occidental en la Universidad Europea. México, 1996, Fondo de Cultura Económica. p.131

⁸⁹BERMAN J., Harol. *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente* . Ob. Cit... p.132.

⁹⁰Bolonia fue el Arquetipo de la Institución Educativa Medieval de alta cultura denominada por estudiantes, en contra posición a la Universidad gobernada por profesores. Los estudiantes, que conformaban una sociedad, se reunían y contrataban autónomamente un maestro para que les explicara durante un año los textos del Derecho Romano.

⁹¹Se conocieron las glosas llamadas *notabilia*, a través de los cuales se resumía el contenido de algún pasaje; las brocardica, que exponían reglas jurídicas generales o máximas.

En la edad media, los filósofos les recomendaban a los Jueces que sean buenos, equitativos, justos, prudentes, etc...; les ofrecen como herramienta una moral no una lógica, pues la decisión judicial es casi una decisión política. Respecto al silogismo no existe posibilidad de uso judicial, los Jueces no motivan sentencias y predomina el modelo deliberativo⁹².

1.6.4. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA EDAD MODERNA.

En la Edad Moderna, el Estado se convierte en el Estado absoluto que tiende a que su Derecho nacional sea el exclusivo o predominante. El Estado absolutista, se caracteriza por la concentración del poder a partir de los elementos del territorio, orden jurídico, y del concepto de soberanía. El contractualismo, la ilustración, la división de los poderes y el papel de los derechos humanos de primera generación⁹³, hicieron entrar en crisis el modelo para constituir el Estado de Derecho.

La obligación de motivar las decisiones jurisdiccionales es una reconquista democrática de la modernidad. Si bien es cierto el pensamiento iluminista que inspiró y alimentó la Revolución Francesa (1789) alzó como una de las banderas la necesidad de prohibirle al juez interpretar leyes, esto obedeció al momento histórico particular que se vivió hasta el siglo XVIII, a saber la existencia de monarquías absolutistas que a través de sus funcionarios impartieron “justicia” de manera totalmente arbitraria y sin control alguno, lo que hizo que se propusiera la necesidad de que el juez fuera una especie de autómatas aplicador mecánico del silogismo clásico, por medio del cual solo se limitaría a ser la boca que pronuncia la ley y se iba a abstener de incurrir en interpretaciones tan proclives a la mera arbitrariedad.

⁹²URETA GUERRA, Juan. *Propuesta para mejora de la Enseñanza de la Argumentación Jurídica*. Lima, Perú Sistema Nacional de Auto capacitación, 2004. p.10.

⁹³Los Derechos de Primera Generación o Derechos Civiles y Políticos se refieren a los primeros derechos que fueron consagrados en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales.

Históricamente predominó como mecanismo de argumentación la concepción lógico-deductiva del razonamiento jurídico (silogismo decimonónico). Probablemente una de las expresiones más célebres y rotundas de esta forma de contemplar el razonamiento jurídico se deba a Cesaré de Beccaria, quien en su obra *De los delitos y las penas*, afirma: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor debe ser la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena (...). No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley"⁹⁴.

No obstante la imposibilidad práctica de mantener al juez atado a semejante dogma, hizo que a lo largo de los siglos XIX y XX se impusiera un importante cambio en esta materia, pues se fue consolidando la práctica de motivar las decisiones, como una verdadera obligación del funcionario que resuelve en el marco del régimen democrático.⁹⁵

En este período el deber de motivación sólo regía respecto de las sentencias penales, pronunciadas en el fuero eclesiástico, y particularmente en las causas por herejía, que tramitaban ante los Tribunales de la Santa Inquisición. Posteriormente esta regla cobra impulso a partir de la Revolución Francesa, esencialmente, a través del art. 94 de la Constitución de 1793, "Los jueces... motivarán sus decisiones". La Constitución de 1795 agregó: "que las sentencias deben enunciar los términos de la ley que aplicaren: (Art. 208)". Con esto se afianzó la tesis de la obligatoriedad, bajo el resguardo de la constitución vigente.⁹⁶

Con el correr del siglo XIX los jueces eran aplicadores mecánicos del derecho, dominó la visión del juez como simple autómatas que subsume el caso bajo la norma (o el concepto) y obtiene la solución sin ninguna aportación creativa por su parte. La Escuela de la Exégesis

⁹⁴ ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI Luigi. *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. p-p. 8-14.

⁹⁵ ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y Rodríguez Campos. *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*. ob. Cit. p.21.

⁹⁶ PALACIO LINO, Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. - 17". ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p 212.

en Francia y la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania, son las máximas encarnaciones de este pensamiento, y no fue hasta el siglo XX cuando inició una transformación de dicha concepción.⁹⁷

La función declarativa depende de la sentencia, acto a través del cual la función se realiza. La sentencia es un acto mental del juez que por necesidad, contiene un juicio lógico, y la cuestión consiste en saber si en ella concurre también un elemento volitivo. La sentencia sería, en consecuencia, un acto de inteligencia del juez, realizado por medio de un juicio lógico que se reviste de la forma silogística.

Desde comienzos del siglo XX ese planteamiento entra en crisis ante la ya innegable evidencia de que el ordenamiento jurídico posee lagunas, antinomias y dudas interpretativas, que no reciben respuesta unívoca de los distintos métodos de interpretación. El silogismo jurídico es una teoría que se basa en el modo cómo la decisión viene enunciada, presuponiendo que la estructura del raciocinio coincida con la expresión decisoria⁹⁸.

Este cambio histórico fue acompañado de otro no menos importante y que tuvo que ver con los sistemas de valoración probatorios en oposición al sistema tasado de la prueba, propio del sistema inquisitivo pre moderno, fue paulatinamente imponiéndose con el advenimiento de la ilustración, el sistema de la libre convicción del juez en valoración de la prueba como una actividad racional que se debe limitar por controles a los elementos de prueba y a las limitaciones propias del proceso.

El Estado constitucional de Derecho permite la invalidez de las normas que sean contrarias a su forma y contenido. Esto se puede efectuar a partir de una distinción entre los términos de validez y vigencia. Las normas son vigentes cuando han sido promulgadas por el procedimiento y órganos competentes. La tarea del operador jurídico (juzgador o

⁹⁷PALACIO LINO, Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil* Ob. Cit. p. 213

⁹⁸Se entiende que la teoría del silogismo jurídico no es satisfactoria para explicar como se efectúa la decisión, pues no ofrece elementos suficientes para la comprensión de cómo debe ser hecha la motivación de una sentencia.

jurista) es determinar los vicios del ordenamiento e invalidar las disposiciones contrarias a la Constitución⁹⁹.

Sea como sea, la voluntad de la que la norma nace es una voluntad racional y su producto es acabado y perfecto, de modo que al juez no le queda margen para la decisión, sino sólo para la aplicación estricta de la norma. El juez conoce y mediante la lógica aplica el derecho. Surge entonces en la confrontación del Estado de Derecho moderno una doble función jurídica para la labor de fundamentar o motivar las decisiones judiciales.

Las teorías de la argumentación jurídica se desarrollan en Europa tras la Segunda Guerra Mundial (desde la década de los 50 en adelante) con un denominador común: la búsqueda de la racionalidad de la decisión jurídica, así como el estudio de la justificación del proceso de toma de decisiones¹⁰⁰.

A mediados del siglo XX la retórica tiene un renacer que se inicia, entre Otros, con los trabajos de Perelman, quien partiendo de Aristóteles introduce lo que él denomina "La Nueva Retórica" dando lugar así a una renovada Conceptuación de esta disciplina. Afirma este autor que la retórica "tiene por Objeto el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento"¹⁰¹.

Para la teoría de la argumentación moderna, lo importante de la retórica antigua no es propiamente su caracterología sino mas bien su tópico, es decir, todo aquello que concierne a la técnica misma de la argumentación".¹⁰²

⁹⁹ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y Rodríguez Campos. *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal* . ob. cit. p.22.

¹⁰⁰<http://www.revistatrilogia.com/inicio/node/39#sdfootnote4sym#sdfootnote4sym>. Consulta realizada el día 15 de octubre de 2012.

¹⁰¹PERELMAN, Chaim *La Lógica Jurídica y La Nueva Retorica* . ob. cit. pp. 139-141.

¹⁰²LI CARRILLO, Víctor, "Contribución a la Teoría de la Argumentación". En Revista de la Facultad de Derecho. N° 39. U.C.V. Caracas. Venezuela. 1968. p. 105.

En la actualidad, la retórica no se reduce al discurso oral, que al parecer era el método fundamentalmente concebido por los sofistas. El discurso reviste múltiples y variadas formas. Es decir, el discurso se presenta como una "tesis" que puede estar dirigida a uno o a múltiples destinatarios, que es lo que se denomina auditorio, determinado o indeterminado, presente o futuro. Por eso es importante analizar la evidencia que nos presenta Pérelman¹⁰³ acerca de los géneros que respecto de la oratoria distinguió Aristóteles.

No puede negarse que en los últimos tiempos la retórica ha adquirido una relevancia notable. La retórica vuelve entonces a reclamar su espacio, al menos en las decisiones judiciales. No es lícito que el Juez, como órgano imparcial, busque la persuasión por la persuasión, y menos si recurre a toda clase de razonamientos engañosos pero persuasivos para encubrir un proceder apartado de su ministerio. Nada justifica que el juez en la sentencia pierda la condición de árbitro y lo encubra con falacias o que desatendiendo sus deberes no se cuide de su ignorancia¹⁰⁴.

Desde 1950 aparecen las nuevas teorías modernas de la argumentación jurídica que se dividen en dos grandes grupos: VIEHWEG, PERELMAN Y TOUMIN, precursores de la actual Argumentación jurídica; este grupo es conocido como el de la información integrada: para tomar una decisión primero hay que aportar pruebas; se valúan las pruebas; y se da un peso a cada prueba; se emite un juicio y al final hay que tomar en cuenta los prejuicios.

El segundo grupo donde se encuentra MACCORMICK Y ALEXY, los cuales defienden la teoría estándar, en donde se toma en cuenta tanto una situación descriptiva (las circunstancias), como perspectiva (las normas)¹⁰⁵. Al momento de argumentar las sentencias penales.

¹⁰³PERELMAN, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. ob. cit. p. 145

¹⁰⁴LI CARRILLO, Víctor. *Contribución a la Teoría de la Argumentación*. ob. cit. p 105.

¹⁰⁵<http://CentroJurídicoWikispace.com-file-view-Logica+la+Argumentacion+Juridica.pdf>

realizada el día 5 de octubre de 2012.

Consulta

1.6.5. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS SENTENCIAS PENALES EN EL SALVADOR.

El estudio del Derecho Procesal Penal Salvadoreño, desde el punto de vista histórico, no se puede abordar sin el consentimiento previo, siquiera sea superficial, del Derecho Procesal Español. Esto se explica fácilmente porque el Derecho Español se aplicó durante la colonia y porque en El Salvador, la legislación procesal penal de la época independiente, está inspirada preponderantemente y tiene sus raíces en el Derecho Procesal Español, en gran parte, y hasta en los últimos códigos demuestra su influencia¹⁰⁶.

Precisa recordar, en primer término que el proceso romano tuvo vigencia en España cuando ésta fue provincia romana y que además de ser un elemento de fusión durante la época visigoda¹⁰⁷, reelaborado que fue por los juristas medievales, tanto italiano como españoles y penetrado por el Derecho Canónico, volvió nuevamente a España pasando hacer todo el fondo esencial, derecho común de la legislación española y por ende de la legislación salvadoreña.

Los datos que tenemos en relación a la organización jurídica, particularmente del Sistema de Justicia Penal, antes del descubrimiento de América, son imprecisos. Este sensible vacío cultural, se debe a un descuido inexcusable para con nuestras pasadas instituciones jurídicas, y al transcurso del tiempo que inexorablemente ha relegado al desconocimiento y al olvido las concesiones de justicia punitivas precolombinas de El Salvador.

A ellos se debe, pues, que en lo jurídico no haya certeza histórica de los usos, costumbres e instituciones de los aborígenes; tampoco se sabe que hayan establecido para su forma de gobierno el sistema de leyes escrita, ni que hayan dedicado su actividad, de manera sistemática, al estudio de las normas que habían de regir su conducta.

¹⁰⁶SERRANO, Armando Antonio y otros. Manual de Derecho Procesal Penal. talleres gráficos UCA, El Salvador., 1998. p. 93.

¹⁰⁷Relativo a un pueblo germánico que invadió el Imperio romano y se estableció en la Península Ibérica; allí instauró un reino que fue derrotado por los árabes en el s. VIII. Tomado de la *Enciclopedia Jurídica, omeba*.

El Derecho Procesal Penal Salvadoreño en la Época Precolombina¹⁰⁸ se fundamenta en documentos de alto contenido histórico, relativos a la realidad social salvadoreña, que precede a la conquista, como es la carta del Oidor Diego García de Palacio, se le atribuye al derecho prehispánico salvadoreño, algunas características propias del Derecho Primitivo Universal, las que resumimos así:

a) Sincretismo Jurídico, es decir una mezcla de preceptos religiosos con preceptos jurídicos; b) Consuetudinario, como conducta colectiva que se repite regularmente descansando su autoridad en la tradición; c) Formalista, por contener mucho ritualismo, religiosos como parte del procedimiento; y por último d) Comunitario, los sujetos del derecho no son individuos sino grupos.

Esas cuatro características parecen manifestarse en nuestro Derecho Precolombino. Señala el Doctor Alejandro Dagoberto Marroquín, que los grupos indígenas particularmente los Pipiles, los grupos Mayas, de la región de Santa Ana y Chalatenango, los grupos Lencas de San Miguel, tenían un propio Sistema Jurídico de carácter primitivo desprendiéndose tal afirmación de la fuente o misiva del Oidor Diego García de Palacio, a la cual antes nos referimos. Como todos los pueblos primitivos, la Administración de Justicia, en las distintas tribus indígenas, constituía una potestad del Jefe o Cacique y se desenvolvía con arreglo a procedimientos rigurosamente orales¹⁰⁹.

El Derecho Procesal Penal en la época Colonial, esta enmarcada en la historia del Derecho Procesal Penal español que no sólo tuvo aplicación en El Salvador, sino también en las demás colonias españolas de América. El Estado Español dotó a la Nueva España de instituciones jurídicas semejantes a las de la Metrópoli, de ahí que el derecho Español le diera algunas leyes que fueran aplicadas en nuestro territorio, como: El Fuero Juzgo, el Fuero Real y Las Partidas.

¹⁰⁸SERRANO, Armando Antonio y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal*. ob. Cit. pp. 93-94.

¹⁰⁹RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón, *Historias de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, 1ª Ed.-San Salvador, El Salv.: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, P. 10.

a) El Fuero Juzgo¹¹⁰. Este Código tuvo especial importancia, porque fue la ley personal de los cristianos durante la dominación musulmana; su vigencia todavía duraba en los últimos tiempos de la colonia. Se le considera parte del derecho Hispano – godo. El Fuero Juzgo fue elaborado en tiempos del Rey Godo, a fines del Siglo VII, y fue revisado por el XVI Concilio de Toledo que lo aprobó en el año 681. Resumió todas las leyes Godas, inclusive el código de Eurico. Redactado en Latín bajo el nombre de *Liber Judiciorum* (libro de los Jueces) o *Liber Judicum* (libro de los juicios), ha tomado una denominación castellana de fuero juzgo. Este Código tuvo especial importancia, porque fue la ley personal de los cristianos durante la dominación Musulmana; su vigencia todavía duraba en los últimos tiempos de la colonia.

b) El Fuero Real¹¹¹. Esta considerado como parte del Derecho Feudal Señorial. Después del Fuero Juzgo, ninguna ley española tuvo el carácter de generalidad. El Fuero Real fue completado y aclarado por 252 disposiciones, de índole procesal, conocidas con el nombre de Leyes de Estilo. El fuero real, promulgado bajo el reinado de Alfonso X, llamado El Sabio, fue una ley destinadas a todos aquellos pueblos y ciudades que no tenían fuero especial.

c) Las Partidas¹¹². Las siete partidas o solamente las partidas (1265), constituye el Código más importante de Derecho Histórico Castellano, obra que alcanzó gran difusión, por un alto contenido doctrinal. Este Código también promulgado por Alfonso X “El Sabio”, representa un ambicioso intento de unificar la legislación española. La Partida III, es Derecho Procesal del Digesto al que se le ha sumado levemente la experiencia española. Respecto al tratamiento de delitos y de las penas. La Partida VII establece un sistema completo, habla de las denuncias de las acusaciones del perseguimiento de los delitos y de los medios de prueba. Los juicios de dios son tolerados pero no se les reconoce la fuerza probatoria que tenían en su origen.

¹¹⁰ SERRANO, Armando Antonio y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal* . ob. Cit. p. 96.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² SERRANO, Armando Antonio y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal* . ob. Cit. P. 97.

En resumen, el fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas entre otras, constituyeron en ciertas medias normas que durante la Colonia vinieron a regir la vida jurídica de Centro América, y por ende, de El Salvador, en lo que no estuviere limitado por las leyes de Indias¹¹³.

d) Recopilación de Leyes Indias¹¹⁴. Estas leyes fueron el principal ordenamiento jurídico aplicado en la época de la Colonia; se integraba este cuerpo normativo por nueve libros que contenían todos ellos varios títulos relativos a los procedimientos, recursos y ejecución de sentencias, pero presenta tales lagunas que era necesario aplicar con bastante frecuencia las leyes españolas.

En el Libro Séptimo aparece el mayor número de artículos referentes a la justicia penal, en el contexto de las leyes de India se estableció que los indios eran hombres libres y vasallos de la Corona, pero en la práctica y en la realidad resulto ser todo lo contrario. Al dejar de ser esclavo, el indio, por influencia de los Frailes, se volvió un siervo tributario de feudalismo americano traslapado en la enmienda.

Los antecedentes del Derecho Procesal Penal salvadoreño en la época de la independencia y post-independencia, en relación a la fundamentación de las resoluciones judiciales aparece a través de la historia como una consecuencia de la necesidad de controlar las actuaciones de los Jueces, para evitar excesos y arbitrariedades que perjudiquen a las partes intervinientes en un determinado proceso penal, historia que se encuentra de forma dispersa, por lo que es menester remontarnos a las diferentes Constituciones, Código de Procedimientos Civiles y Criminales, Códigos de Instrucción Criminal y Códigos Procésales Penales que han existido a lo largo de la historia de nuestro país, retomando de ellos solo lo referente al tema, a la fundamentación de las resoluciones penales que emite el juzgador.

De está manera la primera Constitución de la República de El Salvador fue la decretada el doce de junio de 1824, antes de la primera Constitución Federal de Centro América. Dicha

¹¹³RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón, *Historias de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, ob. Cit. Pp. 11, 18 Y 20.

¹¹⁴SERRANO, Armando Antonio y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal* . ob. Cit. P. 97.

Constitución no contenía disposición alguna que hiciera referencia a la fundamentación de las resoluciones judiciales¹¹⁵.

Por el contrario la Constitución Federal decretada el veintidós de noviembre de 1824, en el Art. 156¹¹⁶ establecía con relación a la fundamentación de la orden de privación de libertad. De dicha disposición se puede deducir que era deber del juzgador fundamentar la resolución que ordenaba la privación de libertad, ya que obligaba a que precediera justificación de que existía delito y de quien era el presunto responsable del ilícito para emitir dicha orden, situación que en la actualidad se mantiene en los requisitos para decretar la detención provisional del imputado, pero nada se decía en cuanto a la argumentación, fundamentación o motivación de las sentencias penales.

La segunda Constitución Federal de Centro América fue decretada el trece de febrero de 1835, dicha Constitución modificó algunas disposiciones de la anterior, aunque la referida a la justificación de la resolución judicial que ordena la privación de libertad se mantuvo intacta, por lo que no tuvo mayor relevancia, en cuanto a la argumentación jurídica de las sentencias penales no establecía esa obligación para el juzgador.

En la Constitución de 1841 se da un cambio muy significativo, ya que en ella no se hacía referencia a la motivación de las resoluciones judiciales, pues se suprimió la justificación de la resolución que ordenaba la privación de libertad, situación que se encontraba regulada en las Constituciones anteriores.

Posteriormente en la Constitución de 1871, decretada el dieciséis de octubre del año en mención, mantenía la obligación de motivar las resoluciones que eran los Art. 10 y el Art. 109

¹¹⁵RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón, *Historias de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, ob. Cit. P. 189 y sigs.

¹¹⁶Este artículo establecía que solo se podrá librarse esta orden de restricción de libertad sin que preceda justificación de que se ha cometido un delito que merezca pena más que correccional y sin que resulte al menos por el dicho de un testigo. Primera Constitución Federal de Centro América decretada el veintidós de noviembre de 1824.

manifestaban la garantía del debido proceso. Por lo tanto en esta Constitución se estableció la obligación de fundamentar las providencias judiciales.

La Constitución de 1872, en su artículo 41¹¹⁷, estipulaba que en cuanto al arreglo de las prescripciones de la ley, se refería a que las resoluciones debían ser motivadas y cumplir con los demás requisitos que la ley establecía.

La Constitución de 1880 que en realidad era una reforma a la Constitución de 1872, mantenía lo prescrito por esta, en el artículo 8 exigía la motivación en la resolución por medio de la cual se suspendían los derechos de ciudadanía en procesos criminales que no daban lugar a excarcelación, así mismo en el Art. 23 de dicha Constitución, establecía que el juzgamiento de una persona debía ser conforme a la ley secundaria por lo cual nos remitía al Código de Instrucción Criminal de 1863¹¹⁸, en el Art. 109 del referido Código, se establecía la garantía del debido proceso.

Al decretarse la Constitución de 1883, se observa que esta tiene modificaciones, ya que la disposición, establecida en el Art. 8 de la Constitución anterior (1880) que se refería a la suspensión de los derechos de ciudadano, aparecía expresamente la palabra motivación, la cual en esta Constitución (1883) desaparece, Y también la disposición del Art. 23, que expresaba que para ser detenido, se debía hacer conforme a la Ley. Pero en el Art. 9 se mantiene la garantía del debido proceso, por lo cual las decisiones judiciales siempre debían fundamentarse por lo expresado en las leyes secundarias. La Constitución de 1886, es la octava Constitución de nuestra República, fue decretada el 13 de agosto del mismo año y

¹¹⁷Nadie puede ser detenido, ni preso, sino en virtud de autoridad competente, librado con arreglo a las prescripciones de la ley, salvo que el delincuente sea tomado infraganti en cuyo caso puede ser detenido por cualquier persona para entregarlo a la autoridad respectiva.

¹¹⁸Código de Instrucción Criminal de 1863, fue adoptado el doce de enero, como ley de la República y se asentaba sobre la base del Código de Procedimientos Judiciales de 1857

determinaba "la garantía del debido proceso, al igual que en las Constituciones anteriores (Art. 20).¹¹⁹

En 1944 se decretaron reformas constitucionales conteniendo en el Art. 125 lo prescrito por el Art. 126 de la Constitución de 1939. Pero contenía un cambio, en cuanto a que la iniciativa debía de provenir no solo de la Corte Suprema de Justicia, sino además del Poder Ejecutivo. La constitución de 1945 que en realidad venía a ser una enmienda a la Constitución de 1886 siempre se establece la garantía del debido proceso en el Art. 20, del cual se deduce la obligación de motivar las resoluciones judiciales.

También se expresaban en el Art. 28 C n de 1945., que ni el Poder Ejecutivo, ni el Judicial, ni ninguna otra autoridad, podía dictar órdenes de detención o prisión sino era de conformidad con la Ley. Por lo que se entiende que se remite a la ley secundaria en este caso al Código de Instrucción Criminal de 1882, edición de 1904, por lo cual se puede deducir el imperativo de fundamentar dicha decisión judicial. Es exactamente igual a la Constitución anterior con respecto a la disposición de donde se infiere la obligación del Juez de motivar sus resoluciones.

La Constitución Política de 1962 no cambia en cuanto a la regulación de la fundamentación de las resoluciones penales (Art. 164 C n). Es la que estuvo vigente al promulgarse el Código Procesal Penal de 1973,¹²⁰ mediante Decreto Legislativo N° 450 de fecha once de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial N° 208, tomo 241 del nueve de noviembre de ese mismo año, y entro en vigencia el quince de Junio de 1974, durando su vigencia hasta el diecinueve de abril de 1998.

La Constitución de 1983 vigente, decretada el dieciséis de diciembre de ese mismo año, por Decreto Legislativo número 38, publicada en el Diario Oficial número 234, tomo 281. Dicha

¹¹⁹RIVERA MÁRQUEZ, Sergio Luis. "*Evolución Histórica del Juez de Paz en el Salvador*", Revista Justicia de Paz, San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia Técnica de los Juzgados de Paz, 1998, P. 39.

¹²⁰VÁSQUEZ LÓPEZ, Luis. *Código Penal y Procesal Penal de 1974*. Editorial Lis, San Salvador, El Salvador, 1997.

normativa primaria, a pesar de no establecer expresamente que toda resolución debe fundamentarse, lo hace de manera tácita en las siguientes disposiciones: Arts. 1 Inc. 1°, 11, 12, 15, 144, 172, 182 regla 5ª Cn.¹²¹

Del análisis histórico de la evolución del derecho constitucional salvadoreño se puede deslumbrar en materia de argumentación jurídica de sentencias penales que no existe ninguna norma jurídica que obligue al juzgador a motivar o fundamentar sus sentencias, solamente vía interpretación de la norma primaria, como lo veremos más adelante y como lo hemos expresado la mayor parte de la constituciones salvadoreñas mencionadas en el caso de la detención provisional de una persona el legislador exigía al juzgador motivarla ,pero no mencionaban a las sentencias en forma precisa.

Es en el año de 1857 que entro en vigencia "el primer cuerpo de leyes sobre procedimientos Penales y Civiles que tuvo la República de El Salvador, y fue denominado "Código de Procedimientos Civiles y Criminales y de Formulas de todas las Instancias", el cual fue promulgado por Decreto Legislativo el veinte de noviembre y publicado en el Diario Oficial número 219, tomo 177 de ese mismo año".¹²²

Este Código establecía la forma de proceder tanto en asuntos civiles como en asuntos criminales y se componía de las partes siguientes:¹²³ Parte Preliminar; comprendía la introducción y la división del Código (Art. 1 al 4) estableciendo en su Art. 2 que "los procedimientos no penden del arbitro de los Jueces, los cuales no pueden dispensarlos, restringirlos ni ampliarlos, sino en los casos que la ley lo determina". Está disposición de manera tácita expone que los Jueces no podían actuar en forma arbitraria, sino que debían apegarse a lo establecido por la Ley.

¹²¹*Constitución de la República de El Salvador de 1983*. 5ª. Ed. San Salvador, El Salvador.: sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2008.

¹²²*Código de Procedimientos civiles y criminales y de Formulas de todas las instancias y actos de cartulación de la República de El Salvados en Centro América de 1857*. Publicación del Ministerio de Justicia, Imprenta Nacional. San Salvador, El Salvador, 1960. pp. 83 – 107.

¹²³*Código de Procedimientos civiles y criminales y de Formulas de todas las instancias y actos de cartulación de la República de El Salvados en Centro América de 1857*. ob.cit.p85

Parte Primera "De los Procedimientos Civiles en Primera Instancia¹²⁴" (Art. 4 al 996.) parte que no haremos referencia por carecer de importancia para el tema objeto de este estudio. Parte Segunda "De los Procedimientos Criminales en Primera Instancia" (Art. 997 al 1545), establecía un libro único denominado de la Administración de Justicia en Primera Instancia. Libro que establecía en su Capitulo I, que el juicio criminal era sumario u ordinario; era ordinario si se instruía por todos los trámites del derecho y sumario si se omitían algunos. Estos dos juicios criminales escritos se dividían en dos partes: Juicio de Instrucción y Juicio Plenario (Art.999, 1001, 1003, y 1004 C. Pr. C. y Cr.)

El Capitulo II denominado "de los Jueces"¹²⁵, enunciaba en lo relativo a la motivación de las resoluciones penales, en su Art. 1014 establecía que los Jueces de Paz substanciarían y fallarían privativamente los juicios verbales. Este artículo no se contradice con el Art. 2 C. Pr. C. y Cr., sino que es una limitante al Juez; pues el término privativo, no significaba que el Juez resolvía a su arbitrio y nadie podía alegar nada, no, la Ley en este artículo le confería a las partes la facultad de pedir que se les reparara el agravio que consideraban les había causado la resolución, por lo que viene a complementar así el Art. 2, pues se refiere a que el procedimiento no pende del arbitrio de los Jueces y el Art. 1014 hace referencia al fallo.

En cuanto a la motivación o fundamentación de la resolución se entendía del Art. 1028, que establecía que "el auto motivado de prisión permanente deberá contener: primero, la declaración de que ha lugar a permanecer en la prisión y que continúan en secuestro los bienes embargados; y segundo, la designación del delito, con el nombre genérico que le da el Código Penal."

Observándose que se pedía explicación al Juez de su resolución, por lo tanto en este período se podía impugnar la resolución por falta de fundamentación. Señalando así en el

¹²⁴*Código de Procedimientos civiles y criminales y de Formulas de todas las instancias y actos de cartulación de la República de El Salvador en Centro América de 1857. ob. cit. p.88.*

¹²⁵*Código de Procedimientos civiles y criminales y de Formulas de todas las instancias y actos de cartulación de la República de El Salvador en Centro América de 1857. ob.cit. p.90*

título II denominado "De los Recursos Extraordinarios"¹²⁶, capítulo II "De la Nulidad", el Art. 1739 establecía que "Toda sentencia, sea interlocutoria o definitiva, que no este fundada conforme a la ley, es nula...", el recurso debía interponerse dentro del término fatal de ocho días (Art. 1749)¹²⁷ ante el Juez que la pronuncio citando la ley o leyes quebrantadas. Este artículo establecía que toda resolución emitida por los Jueces debía ser fundamentada, según lo establecido en la ley.

El segundo cuerpo de leyes referente a procedimientos penales en nuestro país es el Código de Instrucción Criminal de 1863, fue adoptado el doce de enero, como ley de la República y se asentaba sobre la base del Código de Procedimientos Judiciales de 1857. Pues sólo fue reformado en algunas partes. El cambio más significativo de esta promulgación, fue que se formularon dos cuerpos de leyes uno para asuntos civiles que se denominaba "Código de Procedimientos Civiles" y otro para asuntos criminales, al que se llamo "Código de Instrucción Criminal", todo esto en vista de las dificultades practicadas por la vigencia de un sólo código.

En el Código de instrucción criminal también se exigía la fundamentación de las resoluciones judiciales por ejemplo, así el Art. 59¹²⁸, exigía la fundamentación de la resolución que impone la detención provisional, y se establecía que el detenido debía conocer los motivos de su detención.

Por otra parte el Art. 357 código de instrucción criminal decía que, en las causas criminales se pronunciaría sentencia con los mismos requisitos designados para la sentencia en los juicios civiles, y el Art. 418 de la parte primera del Código de Procedimientos Civiles referido a la redacción de las sentencias establecía en su numeral tercero que la sentencia contendría

¹²⁶*Código de Procedimientos civiles y criminales y de Formulas de todas las instancias y actos de cartulación de la República de El Salvador en Centro América de 1857. ob.cit.p107*

¹²⁷Ibídem

¹²⁸Este artículo sostenía en lo sustancial que las autoridades tenían la facultad de detener o arrestar el que tuviere noticia fundada en la declaración de un testigo al menos, o en presunción vehemente de que ha cometido alguna falta o delito de los que den lugar a procedimiento de oficio con cargo de instruir la causa en el término de ley, o de ponerlo dentro de las veinticuatro horas fatales, ante el Juez competente informándole sobre los motivos de la detención. Código de Instrucción Criminal de 1863, fue adoptado el doce de enero, como ley de la República y se asentaba sobre la base del Código de Procedimientos Judiciales de 1857.

"La exposición sucinta del hecho y derecho que se litiga" y el numeral cuarto decía que "la sentencia debía contener las leyes en que se fundamenta la sentencia".

En el año 1882, entra en vigencia un nuevo Código de Procedimientos Civiles¹²⁹, y de alguna manera, en el artículo 421 se hablaba de la Argumentación de las Sentencias, al establecer, que las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural. Y que en la actualidad es el equivalente al Art.19 del Código Procesal Civil y Mercantil vigente, dicho artículo plantea el cómo afrontar las eventuales lagunas de la ley con el fin de evitar la parálisis de la actividad procesal, de las cuestiones que tienen encomendadas los jueces¹³⁰.

En tal sentido, se ordena acudir en primer término a la analogía con lo dispuesto en otras normas del propio Código dirigidas a regular actos semejantes (así, las reglas del juicio común respecto del abreviado y los procesos especiales); en segundo lugar y en su defecto se aplicará "la normativa constitucional" y "los principios que derivan de este Código", con especial importancia, cabe añadir, a los incluidos en este Título Preliminar. En un tercer peldaño, siempre subsidiario (a falta del anterior) a la jurisprudencia de la Corte Suprema ("la doctrina legal"); en cuarto lugar a la doctrina científica (la de "los expositores del derecho"). Y en quinto y último lugar y si todas las demás no existieren para resolver el problema de que se trate, el juez deberá hacer uso según este art. 19 del C Pr C y M vigente., "de buen sentido y razón natural", que son dos términos sinónimos para referirse al empleo de la lógica, la experiencia, es decir, el sentido común que se le presupone y exige a todo juez¹³¹.

¹²⁹Código de Procedimientos Civiles, D.O. N° 1 del primero de enero de 1882, tomado de Constitución y Códigos de la República de El Salvador, América Central, P. 484.

¹³⁰Código Procesal Civil y Mercantil comentado/ ed. Comisión Coordinadora del sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva (UTC). 2ª. Ed. San Salvador, El Salv.: Comisión Coordinadora del sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, 2011, P. 22.

¹³¹Ibídem.

Como se dijo en un apartado anterior el Código de Instrucción Criminal de 1882¹³² fue el tercer Código de Procedimientos Penales que tuvo la República de El Salvador. Dicho código se tuvo por ley de la República vigente hasta 1974 obteniendo durante su vigencia múltiples ediciones en las cuales se incluían las reformas decretadas hasta la fecha de su publicación oficial, encontrándose así la edición de 1893, 1904, 1917 y 1947.

Además, el Art. 420 de dicho Código estipulaba que para graduar y aplicar la pena, el Juez debía calificar en la misma sentencia el grado de culpabilidad del delincuente. En cuanto a la motivación de la sentencia, es hasta en este Código que se establecía de forma expresa la obligación de motivar, así el Art. 421 manifestaba que "para la condenación del reo es indispensable so pena de nulidad. 1) La Justificación completa del cuerpo del delito; y 2) La Prueba plena de ser el delincuente. Se observa, que el Juez ya explica como se establecía el cuerpo del delito y la participación material del delincuente.

En el lapso comprendido entre los años de 1973 y 1974, se llevó a cabo en nuestro país, para superar antiguos ordenamientos penales, una reforma integral consistente en los siguientes cuerpos legales: Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Menores y Ley de Régimen de Centros Penales y Readaptación, en ese orden de ideas, Mediante Decreto Legislativo N°. 450, de fecha 11 de Octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial N°. 208, Tomo N°. 241, del 9 de Noviembre de 1973 surge el Código Procesal Penal que entró en vigencia el día 15 de junio de 1974, de las siguientes partes:¹³³ Título Preliminar, contenía el objeto, clasificación del juicio penal y los principios generales del Derecho Procesal Penal entre ellos: el Principio de legalidad del proceso, Principio de legalidad de la condena, Principio de Singularidad del Proceso(Art. 2 C.P.P.)¹³⁴.

¹³²Código de Instrucción Criminal de 1882, Publicado por Decreto del Poder Ejecutivo, el tres de abril de 1882, en el diario oficial número 81 Tomo 12, del veinte de abril de 1882. Republica de El Salvador.

¹³³Ibídem.

¹³⁴Decreto Legislativo N°. 450, de fecha 11 de Octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial N°. 208, Tomo N°. 241, del 9 de Noviembre de 1973 surge el Código Procesal Penal que entró en vigencia el día 15 de junio de 1974

Libro Primero "Órganos Jurisdiccionales, Sujetos del Proceso, acciones provenientes del delito y actos procesales", compuesto de cuatro títulos, estableciendo el título primero la Jurisdicción y Competencia, así el Art. 19 manifestaba que a los Jueces de Paz, correspondía el conocimiento de las Faltas de que trata el Código Penal y los casos de bebidas alcohólicas, mercaderías o de Defraudación de la Renta de Aduanas estos últimos se realizaban en juicio verbal. (Art. 438 C.P.P.)¹³⁵

El libro segundo denominado "del juicio ordinario, sumario y verbal"; procedimientos especiales, prueba y sentencia. En el artículo 248 se establecía cual era el contenido del auto de detención provisional, exigiendo en el ordinal segundo "una breve enunciación de los hechos que lo fundamenten" y en el ordinal tercero "la calificación legal del hecho en forma provisional con mención de las disposiciones correspondientes"; por lo cual, se entiende que el Juez al dictar dicho auto estaba obligado a fundamentar su resolución¹³⁶.

Así mismo, establecía en su Art. 180 que la resolución que pronunciare un sobreseimiento, el Juez o tribunal debía razonar siempre los motivos en que la fundamentaba y de acuerdo al artículo 275 era al Juez de Primera Instancia a quien le correspondía dictarlo. Quien también de acuerdo al artículo 281 podía declarar si un hecho investigado constituía falta y dictaba resolución motivada declarándolo así. Además el Art. 298 C.P.P.¹³⁷., establecía cual debía ser el contenido de la resolución de elevación a plenario entre los cuales se encontraba la fundamentación jurídica de la resolución.

Así el Art. 489¹³⁸ del mismo Código establecía la obligación de fundamentar las resoluciones. Es decir que el Juez estaba en la obligación de establecer razonadamente sus argumentos

¹³⁵ibídem

¹³⁶ibídem

¹³⁷ibídem

¹³⁸Este artículo establecía que toda resolución en que se deba hacer valoración de la prueba, el tribunal está obligado a exponer con toda precisión los fundamentos que se tengan para concederle o negarle valor probatorio. Código Procesal Penal de 1974, Decreto Legislativo N°. 450, de fecha 11 de Octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial N°. 208, Tomo N°. 241, del 9 de Noviembre de 1973.

cuando valoraba las pruebas, y es a través de dichos argumentos que el Juez le asignaba o no valor a una determinada prueba.

El libro tercero se refería a "La Impugnación y Ejecución de Sentencias". Establecía los recursos ordinarios y extraordinarios, nulidades, las sentencias en segunda instancia y la ejecución de las mismas (Arts. 509 a 687 C.P.P). Así en el Título I "Recursos Ordinarios", Capítulo II "Revocatoria", en cuanto a la motivación de las resoluciones establecía en el Art. 516 Inciso 4º C.P.P. "Las resoluciones que se dicten de conformidad a este capítulo deberán ser razonadas". El libro cuarto hacía referencia a la vigilancia de los centros penales y de readaptación y disposiciones generales y transitorias. Dicho Código Procesal Penal establecía en sus diversas disposiciones el deber de fundamentar las resoluciones penales.

En 1984, se emite la nueva Ley Orgánica Judicial salvadoreña mediante decreto legislativo del 20 de junio de ese mismo año, establecía un apartado de las autoridades judiciales. A diferencia de las Legislaciones anteriores, El Código Procesal Penal, promulgado por Decreto Legislativo Número 904, del cuatro de diciembre de 1996, diario Oficial Número 11, tomo 334 del veinte de enero de 1997 (derogado), a partir del veinte de abril de 1998, en donde se exige taxativamente fundamentar todas las resoluciones que emitan los Jueces, como protección de los bienes jurídicos tutelados por nuestro ordenamiento jurídico, cuya disposición genérica sobre la fundamentación de las resoluciones penales es el artículo 130 C.P.P, el cual en la primera parte del Inciso 1º establece: "Es obligación del Juzgador o Tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten" dicha disposición es confirmada expresamente en otras disposiciones del mencionado Código¹³⁹.

Estas otras disposiciones que se mencionan en dicho código son como por ejemplo, el artículo 3 del C.P.P; en relación a la fundamentación de las pruebas de cargo y descargo; artículo 23 y siguientes del mismo cuerpo de ley, relacionado con la nulidad y sus efectos; y el

¹³⁹VÁZQUEZ LÓPEZ, Luis. *Código Procesal Penal . Constitución y Leyes Penales de El Salvador*. Primera edición, Editorial Lis. San Salvador, El Salvador. 1998. pp. 139-245.

artículo 362 del C.P.P que hablaba de los vicios de las sentencias. Actualmente en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño en su Art. 216, en una forma precisa establece que todas las resoluciones serán debidamente motivadas, y contendrán apartados separados de los razonamientos facticos y jurídicos¹⁴⁰.

Así mismo el 22 de noviembre de 1993, se elabora un nuevo Código de Familia, el cual se publicó en el Diario Oficial No. 231, Tomo No. 321, del 13 de diciembre de ese mismo año, y como consecuencia surge la Ley Procesal de Familia, la cual se publicó en el Diario Oficial No. 173, Tomo No. 324, del 20 De septiembre De 1994; y en su Título Tercero, relativo a la actividad Procesal, el Capítulo Tercero, relacionado con las Conclusiones del Proceso, en su sección primera, artículo 82, establece los requisitos que debe tener una sentencia; y se convierte en un cuerpo de ley novedoso para nuestra legislación salvadoreña, porque la sentencia no se requiere de formalidades especiales, y será breve, y debe de contener una motivación con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustente la decisión¹⁴¹.

El Código Procesal Penal de 1998, implica un verdadero cambio en la manera de administrar justicia penal. No es, como podría pensarse, un simple cambio de procedimiento de una simple modernización del actual Sistema de Justicia Penal. Por el contrario, el Código Procesal Penal de 1998 y el actual vigente modifican radicalmente las caducas prácticas judiciales y generan, de esa forma, una nueva etapa de la justicia penal, que responda a los principios constitucionales y al Derecho Internacional que ven en la persona humana la razón de ser y en torno a quien debe girar toda la estructura del ordenamiento jurídico punitivo.

Lo novedoso de dicho Código Procesal Penal, cambio en una nueva forma de administración de justicia en materia de argumentación y fundamentación de las sentencias penales, en el sentido que estableció, como requisito interno de las resoluciones judiciales, la congruencia o

¹⁴⁰Código Procesal Civil y Mercantil, Ed. Corte Suprema de Justicia, 1ª Ed. San Salvador, El Salv.: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia 2009, P. 118.

¹⁴¹Ley Procesal de Familia, Diario Oficial No. 173, Tomo No. 324, del 20 De septiembre De 1994.

la claridad, que es más exigible cuanto mayor sea el contenido decisoria de la resolución, dado que en las sentencias es donde se alcanza su máxima expresión¹⁴².

El nuevo proceso penal se basa, entre otros caracteres relevantes, en que la investigación oficial la lleva a efecto un órgano judicial, el juez de Instrucción que habrá de ser diferente del Juez encargado del enjuiciamiento; en que aparece un órgano publico que sostiene la acción penal, el Ministerio fiscal, y en que la sentencia se dicta sobre la base de un juicio oral y publico, en donde han de practicarse las pruebas.

Actualmente el nuevo el Código Procesal Penal actual de El Salvador¹⁴³, la motivación de la sentencia se configura hoy en día como una necesidad, como un instrumento de primer orden, y esencial para cualquier análisis de proceso judicial moderno. Se establece en lo relativo a la fundamentación en el Art. 144¹⁴⁴: Es obligación del Juez o Tribunal fundamentar las Sentencia, autos y aquellas providencias que lo ameriten, igual obligación tendrán cuando tomen sus decisiones en audiencia. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, en todo caso se expresaran las razones de la admisión o no de las pruebas, así como la indicación de valor que se les otorgue a las que se hayan producido. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso la fundamentación. La falta de fundamentación producirá la nulidad de las decisiones.

Entorno a los antecedentes que se ha realizado, se puede inferir que la motivación, argumentación, fundamentación de la sentencia penal y específicamente sobre la valorización de la prueba, es un requisito sin el cual la sentencia carece de total fuerza y

¹⁴²Código Procesal Penal Comentado- publicación del Concejo Nacional de Judicatura, El Salvador, Tomo I, 2004. P. 496

¹⁴³Código Procesal Penal. Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.

¹⁴⁴Como vemos en este artículo la importancia de obligar al juzgador fundamentar sus decisiones judiciales, y la falta de ésta causara un acto procesal defectuoso, que se sanciona con nulidad de la decisión, importante hacer notar para mantener el equilibrio entre eficacia en la investigación del delito y garantías procesales se debe cumplir con este artículo. Código Procesal Penal. Decreto Legislativo No.733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.

autoridad legal, regulándose los mecanismos jurídicos necesarios para ser atacadas en las diferentes instancias y por diversos medios, aunque en alguna medida varía la regulación jurídica de cada país, ya sea por el modelo o sistema que se acoge.

El Código Procesal Penal vigente acoge este sistema de valoración probatoria al establecer, además de lo expresado con carácter general al final de los artículos 145, 177 y 179 del Código Procesal Penal, que la confesión judicial podrá ser apreciada como prueba según las reglas de la sana crítica (art. 258 CPP) y que “ el tribunal apreciara las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica” (art. 394 CPP), añadiendo el art. 400 CPP (vicios de la sentencia) que se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han respetado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos de valor decisivo..

La prueba, señala, ha de valorarse de modo integral (art. 394 C.P.P.)¹⁴⁵, por lo que aunque haya que respetar, en principio, por ejemplo, la pureza probatoria de ciertos documentos públicos, es un deber del Juez, si a ello le conduce el análisis racional e imparcial de otros elementos de prueba, desvirtuar total o parcialmente el efecto probatorio de los mismos.

La obligación de fundamentar o motivar la decisión judicial, permite controlar, como luego veremos, la lógica del razonamiento del juez y la rectitud e imparcialidad de su criterio. Si no existe suficiente prueba de cargo, el derecho a la presunción de inocencia (art. 12Cn) impone la absolución. Si existe prueba de cargo, pero, a la vez, surge en el juez o tribunal una duda razonable sobre la autoría (prueba de cargo y de descargo), la regla de derecho *in dubio pro reo* (art. 7 CPP) resolverá el problema al imponer la absolución. En definitiva, procederá la absolución no solo cuando la prueba disponible en contra del acusado admita

¹⁴⁵En este artículo el legislador estableció que el tribunal apreciará las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica. Así mismo obliga a los jueces a fundamentar sus decisiones en una forma separada. Código Procesal Penal. Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.

una razonable interpretación exculpatoria, sino cuando existan sobre la autoría a la vez pruebas de carga y de descargo que provoquen la duda razonable en el juzgador.

Para finalizar, deben evitarse formalismos exagerados o tecnicismos estériles en el momento de valorar la prueba y de evaluar las irregularidades procesales, siendo inadmisibles una actitud preocupada perversamente o por ignorancia inexcusable en "los puntos y comas" de la actividad procesal y no en el valorar Justicia, con mayúsculas, que debe inspirar la función judicial.

Así mismo dentro de nuestra legislación secundaria encontramos, disposiciones en la cual obliga al juzgador a aplicar la sana crítica en el momento de emitir resolución o sentencia así tenemos, como por ejemplo: En el Código Procesal Civil y Mercantil, en el momento que el juez valore prueba debe de hacerlo en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica en sus Artículos. 314, 341, 353, 389 y 416¹⁴⁶, todos los artículos antes mencionado pertenecen al Código Procesal Civil y Mercantil actual; así mismo en materia de Familia encontramos en el artículo 56¹⁴⁷ del Código de Familia actual, en el cual las pruebas se apreciarán por el principio de la sana crítica. También en materia Laboral se establece en el artículo 461¹⁴⁸ del Código de Trabajo actual, que al valorar la prueba el juez usará la sana crítica.

Un par de comentarios sobre estos dos últimos artículos. En primer lugar, se observa que ambos incorporan, además de los dos elementos clásicos de la sana crítica -principios de la lógica y máximas de la experiencia-, "los conocimientos científicamente afianzados". Y en segundo lugar, el Código Procesal Penal vigente habla que los jueces apreciarán la prueba "con libertad" con lo que pudiera pensarse que en este caso el legislador se quiso apartar de la sana crítica, pero la verdad es que a continuación el propio artículo se encarga de aclarar

¹⁴⁶*Código Procesal Civil y Mercantil comentado/* ed. Comisión Coordinadora del sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva (UTE). 2ª. Ed. San Salvador, El Salva.: Comisión Coordinadora del sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, 2011.

¹⁴⁷ *Código de Familia*. publicado en el D.O. N° 231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993.El Salvador.

¹⁴⁸ *Código de Trabajo*. publicado en el D.O. N° 142, Tomo 236, del 31 de julio de 1972.El Salvador.

que ello no es así, pues dice que dicha facultad de los tribunales no pueden contradecir "los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados" elementos que sin discusión caracterizan por definición el sistema de la sana crítica.

En El Salvador, existe un grave problema de la falta de argumentación de las sentencias por parte de algunos Jueces, que no significa la gran mayoría, no relacionan en sus sentencia la teoría de la argumentación jurídica, y en consecuencia son deficientes, por lo que pierden eficacia, eficiencia, y efectividad judicial. Por lo que se hace necesario que los Jueces, profundicen sobre la teoría de la argumentación jurídica, para mejorar la tutela judicial efectiva; y que sus sentencias no sean objetos de impugnación por esa falta de argumentación, es por ello que es necesario que las Universidades tanto estatal como privadas deben de incluir dentro de sus pensum de asignaturas la enseñanza de las distintas teorías de argumentación jurídica que surgen a partir de los años 50, así mismo la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, debe también de incluirlas para mejorar la formación jurídico, filosófica, tanto para litigantes ,como especialmente a los miembros de la judicatura.

CAPITULO II

TEORIA DEL CASO Y SU RELACION CON LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.

SUMARIO. 2. Consideraciones previas; 2.1.1. La litigación oral como ejercicio estratégico de la Teoría del Caso en relación a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales; 2.1.2. Características de la Teoría del Caso en relación a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales; 2.1.3. Importancia y utilidad de la Teoría del caso en relación a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales; 2.1.4. Componentes de la teoría del caso; 2.1.4.1. Marco factico; 2.1.4.2. Marco jurídico; 2.1.4.3. Pretensiones; 2.1.4.3.1. Estructura de la pretensión; 2.1.4.3.2. La función de la pretensión; 2.2. Principio acusatorio vinculado a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias; 2.3. Principio de Congruencia vinculado a la Teoría de la Argumentación Jurídica de las Sentencias; 2.3.1. La importancia de la congruencia fáctica y congruencia jurídica en la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales; 2.4. El Principio de Congruencia vinculado al Principio de Acusación y la Sentencia Penal en nuestro ordenamiento jurídico a luz de la Argumentación Jurídica; 2.5. La importancia de las pruebas en el proceso penal al momento de elaborar la Argumentación Jurídica de las Sentencias Penales; 2.6. Interpretación de la norma jurídica en la argumentación jurídica en las sentencias definitivas; 2.6.1. Interpretación Jurídica; 2.6.2. Métodos de Interpretación; 2.6.3. Métodos de interpretación según su resultado; 2.6.4. Problemas interpretativos.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

Después de haber realizado el desarrollo de la investigación en el aspecto histórico sobre argumentación jurídica, nos adentraremos a analizar lo que se conoce como la teoría del caso

en relación a la teoría de la argumentación jurídica de sentencias penales, su conceptualización, sus componentes, resaltando sus características y la importancia que tiene al momento de argumentar las sentencias penales. En este estudio de la Teoría del caso, es necesario ver las implicaciones que tiene con el principio de congruencia en relación al principio de acusación en las sentencias penales, dado que la relación se desarrolla al momento que el juzgador hace un análisis y valoración, del marco factico, jurídico, probatorio y de las pretensiones que cada una de las partes plantea, esto es al momento de dictar la sentencia en un juicio oral.

Por tanto se hace imprescindible que se elabore una buena teoría del caso para que el juzgador pueda utilizar en gran medida de la teoría de la argumentación jurídica y dar una decisión acertada del hecho planteado; es decir, el juzgador al hacer el enjuiciamiento utilice la congruencia que existe entre la acusación y sentencia penal. En estricto apego al principio de congruencia entre acusación y sentencia, tomándose en cuenta lo que establece nuestra Constitución de la República, Tratados Internacionales, Leyes de la República, Expositores del Derecho y Apreciaciones del Buen Común (sana critica).

Esto implica que el juez debe de respetar la tutela judicial efectiva, dictando una sentencia justa y congruente con la teoría del caso planteada, y debe de dar una buena argumentación jurídica y fundamentación de su sentencia; caso contrario existen los medios de impugnación regulado en nuestro ordenamiento jurídico Procesal Penal, por mal uso de esa facultad del juzgador, imponiéndoles mecanismos sancionatorios.

En la etapa o momento procesal de la argumentación jurídica de la sentencia, el juzgador verifica la actividad probatoria, clasifica los medios probatorios útiles y pertinentes que las partes propusieron que utilizaron las partes para probar su teoría del caso y así poder lograr sus pretensiones. Obviamente se hace necesario que el juzgador conozca las reglas de las pruebas en materia penal, su definición, su utilidad y los principios que la rigen, todo vinculado al momento de argumentar jurídicamente la sentencia penal, en tal sentido una

prueba bien obtenida y presentada en tiempo para controvertirla le servirá al juzgador para argumentar jurídicamente la sentencia.

Luego veremos la importancia que tiene la congruencia fáctica y la congruencia jurídica en la argumentación jurídica de sentencias penales, dado que sin estos elementos el juzgador no puede ir más allá de la acusación planteada por tanto es imprescindible que el juzgador conozca este tipo de congruencias.

Se analizarán algunos aspectos generales sobre la interpretación de la norma jurídica en la argumentación jurídica en las sentencias penales; destacando algunos métodos y problemas que se presentan al momento de interpretar la norma jurídica

2.1. LA LITIGACIÓN ORAL COMO EJERCICIO ESTRATÉGICO DE LA TEORÍA DEL CASO EN RELACION A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS SENTENCIAS PENALES

En el proceso penal se enfrentan dos partes: Quien acusa y quien defiende pretensiones de libertad contra pretensiones de condena; un mismo escenario. Esto implica un complejo aspecto de versiones, donde cada parte pretende explicar y convencer al juez de cómo ocurrieron los hechos, cuáles son las pruebas que sustentan cada posición y cuál adecuación típica de los hechos y obviamente las pretensiones de cada una de las partes.¹⁴⁹

Es aquí donde se diseña cada una de las partes el caso y desarrollan estrategias en aras de hacer prevalecer una versión ante el juez. En este contexto surge la teoría del caso, el cual debe estar diseñado para convencer a los jueces; que la versión que se plantea es la más fidedigna de los hechos y la interpretación más adecuada y justa, en atención a las pruebas actuadas y a la adecuación típica del hecho punible.

¹⁴⁹ BERMAN Paul. *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*. Editorial Abeledo –Perrot .Buenos Aires.1995. p.25

La comisión estructural del sistema oral en el proceso penal, en un primer lugar se hace necesario profundizar en las técnicas propias de la oralidad y de la argumentación, como un requisito indispensable para un correcto ejercicio de la administración de justicia. Diríamos que ni siquiera es exclusivo del área penal, sino que cada día se ve más claramente un diseño de estatutos procesales de todas las áreas que exige esta formación¹⁵⁰.

En esencia, la teoría de la argumentación jurídica es como una forma de fundamentar en el ejercicio del Derecho. Es como dice Manuel Atienza “Buscar el problema jurídico”, para establecer el proceso de cómo se debe plantear y generar una transparencia en el argumento. La argumentación, es la base de la comunicación, y solo realizando un proceso adecuado puede obtenerse el resultado deseado y una decisión acorde a la pretensión de las partes, quienes esgrimen una serie de elementos que fundamentan los argumentos¹⁵¹

En tal sentido, los argumentos y pretensiones deben de estar dirigidas a que el juez asimile y hagan suya las distintas posiciones de las partes. Para ello no solo es necesaria una alta calidad oratoria, si no también es fundamental saber exponer correctamente y estratégicamente el caso. Esto se logrará estudiando los hechos, las pruebas y claro está, teniendo en consideración si tales hechos son penalmente relevantes¹⁵².

La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla, a través del cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndoles de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos

¹⁵⁰ Según la estructura del Nuevo ordenamiento Procesal Penal, dichos medios cognoscitivos tienen el carácter de simples evidencias o información legalmente obtenidas en las etapas previas al juicio oral, y adquieren la calidad de prueba cuando son practicados en presencia del juez en el escenario definitivo en el proceso penal. (Juicio oral).

¹⁵¹ PERELMAN, ch. *Tratado de la Argumentación*. Obrechs tyteca .biblioteca románica Hispana .Editorial Gredos Madrid, Segunda Reimpresión.2000.p.772.

¹⁵² ORE GUARDIAS, Arsenio y LOZA AVALOS, Guillana. *Teoría del Caso*. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Universidad Pontificia Católica del Perú. .2005. Pp. 1y 2.

que se presentaran como fundamentos de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica¹⁵³.

De acuerdo a lo planteado, no es posible argumentar si no se han detectado los problemas facticos, jurídicos y probatorios inherentes a la teoría del caso en forma de las técnicas de la oralidad. Si partimos de la base que motivar no es otra cosa que presentar una argumentación razonable, es obvio que el primer paso para una motivación adecuada, es la ubicación e indicación de los puntos que deben resolverse; en ese sentido al juzgador le da la pauta, que ante una buena argumentación de las partes en una forma oral, tendrá que hacer un esfuerzo más todavía el juzgador para argumentar su sentencia, utilizando las técnicas que nos da la teoría de la argumentación jurídica; importante este apartado para el tema que nos ocupa¹⁵⁴.

2.1.2. CARACTERISTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO EN RELACION A LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS SENTENCIAS PENALES

Toda sentencia tiene una consecuencia jurídica que trasciende no solo en el plano judicial sino también en lo social, de ahí la complejidad de acercarla lo más fielmente posible a la realidad. Las sentencias son exponentes del razonamiento deductivo: unos hechos determinados que se declaran probados, se subsumen en el supuesto factico de una norma jurídica para extraer así la consecuencia prevista en ésta, siendo la lógica el elemento fundamental que estructura su contenido, que para determinarlo juega un papel trascendente el enfrentamiento debate oral de las partes, en la que cada uno expondrá sus argumentos jurídicos y facticos, defendiendo sus puntos de vista, apoyándose en los argumentos que estimen convenientes, exponiendo los hechos ocurridos y las pruebas en que las apoyan, a

¹⁵³BLANCO, Rafael, DECAP Mauricio, MORENO Leonardo y ROJAS Hugo. *Litigación Estratégica*. Editorial lexis nexis. Santiago de Chile, 2005.p.18.

¹⁵⁴BLANCO, Rafael, DECAP Mauricio, MORENO Leonardo y ROJAS Hugo. *Litigación Estratégica*. ob. cit.p.25

fin de persuadir al tribunal y convencerlo mediante la argumentación¹⁵⁵; y para ello será necesario en esta investigación se conozca cuáles son las características de la teoría del caso, las cuales son las siguientes:

- A- La teoría del caso se diseña desde el momento en que se asume dicho caso: El diseño de la teoría del caso empieza desde el momento en que se tiene conocimiento de los hechos, muchas veces este se produce cuando asume el ente acusador o tiene conocimiento la defensa, es en ese momento que se debe de definir la versión de los hechos en coherencia con las pruebas que se sustentan, el análisis jurídico que se desarrollará y las pretensiones de cada una de las partes hasta el final del proceso. Un planteamiento adecuado y responsable, nos va a permitir adoptar y asumir decisiones que en el momento oportuno, hay que saber desde un inicio que es lo que pretendemos demostrar. Se plantean inicialmente como una hipótesis de lo que pudo haber ocurrido. Esta hipótesis debe ser sujeta a verificación o comprobación durante la investigación. Las hipótesis de investigación se convierten en teoría al finalizar la misma. Se modifica y se adecua hasta que empieza el juicio¹⁵⁶.
- B- La teoría del caso se orienta al juicio oral: El juicio oral es el eje central del proceso, porque es allí donde se toma la decisión, en función de lo que las partes quieren conseguir. Ejemplo: Si el fiscal considera que no tiene la seguridad o certeza de conseguir una sentencia condenatoria, le convendría llegar a una negociación o un acuerdo reparatorio con el inculpado¹⁵⁷.
- C- La teoría del caso se alimenta con la investigación: Es sobre la versión de los hechos debe de ser la misma durante todo el proceso, es decir los hechos que definamos en un inicio deben ser los mismos sustentados probatoriamente y jurídicamente. La teoría del caso se va alimentando de toda la información que pueda surgir en la

¹⁵⁵ARENAS, López y RAMIREZ, Bejerano. “*la Argumentación jurídica en las sentencias*”, en contribución a las Ciencias Sociales. Octubre 2009. www.eumed.net/reb/ccss/06/alrb.htm.consults consulta realizada el 25 de febrero 2013.

¹⁵⁶Manual General para Operadores Jurídicos. *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Colombia, 2005.p.102.

¹⁵⁷Ibídem

investigación hasta la acusación fiscal, a partir de la cual ya sabemos cuáles son los hechos y las pruebas¹⁵⁸.

- D- La teoría del caso tiene que ser única: En el proceso existen dos posiciones, una de la fiscalía (que ejerce la acusación) y la otra la de la defensa. Cada una de ellas debe de exponer una sola versión de los hechos, desde el momento de la imputación hasta los documentos (testimonios, pericias, entrevistas, etc...). Que dentro del juicio no son pruebas sino simple papeles; y no hablan ni exponen nada; pues la prueba es aquella actuada en juicio oral¹⁵⁹. Sin embargo, debemos tener en consideración los matices que permite nuestro ordenamiento jurídico procesal penal; en la que permite una ampliación de la acusación, es decir, que durante la vista pública, el fiscal podrá ampliar su acusación, en el sentido que puede incluir un hecho nuevo Art. 384 inciso 1 CPP.¹⁶⁰; en tal caso se aplicara lo establecido en el Artículo 384 inciso 3 de la misma ley, o que se modifique la calificación jurídica del tipo penal.

El fiscal como ente acusador pide una suspensión de diez días máximo de conformidad con el Art. 375 numeral 7 del Código Procesal Penal¹⁶¹ para que la parte contraria y el mismo imputado conozca sobre el nuevo hecho y ejerza el principio de contradicción. Desde este momento puede prepararse una teoría del caso de los nuevos hechos, tanto la acusación como la defensa y no caer en una sorpresa, un comentario personal es que el plazo que da el legislador en materia procesal penal es

¹⁵⁸Ibídem

¹⁵⁹Ibídem.

¹⁶⁰La ampliación de la acusación que regula el art. 384 del Código Procesal Penal vigente no consiste simplemente en la modificación de la calificación jurídica, sino en la introducción de hechos nuevos, siendo la previsible modificación de la calificación simple consecuencia de la alteración de los hechos, o las circunstancias, entorno a lo que ha venido desarrollando y desarrollando el juicio. Ver CASADO PEREZ, José María y otros. *Código procesal Penal comentado de El Salvador*, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, año 2004, pp. 1322 a 1327.

¹⁶¹ La causa de suspensión obedece en este caso a qué, se prevé por la ley la posibilidad de ampliar la acusación, debe dotarse las partes de los instrumentos que hagan efectiva esa posibilidad, y uno importante puede ser el tiempo necesario para articular adecuadamente la ampliación, y se establece un plazo máximo de diez días, termino común para las partes para que orienten adecuadamente su teoría del caso. Ver CASADO PEREZ, José María y otros. *Código procesal Penal comentado de El Salvador*, Tomo II, Ob. cit., p. 1281.

muy corto, por lo que a futuro se pueda plantear una reforma y establecer un plazo prudencial a las partes técnicas para formular sus teorías del caso.

- E- La teoría del caso debe ser auto suficiente. El relato debe de hacerse de tal forma que enfrente con éxito las objeciones, interrogantes y cuestionamientos que pueda plantear la contra parte. De ahí la importancia de analizar minuciosamente el caso, de trazar el esquema de acusación o defensa, de saber cuál es la versión de los hechos, cuales son las pruebas y cuál es el sustento jurídico y principalmente la pretensión penal.
- F- La teoría del caso debe de ser sencilla: No hay que redundar en versiones densas. Los argumentos deben de girar en torno a las pruebas existentes. No hay que entrar en sofisticados razonamientos facticos o dogmáticos.
- G- La teoría del caso debe ser coherente. Debe de ser armónica, sin contraposiciones. Su exposición debe de guardar una coherencia tal, que permita inferir las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan. Aquí es importante la línea como se argumentan las pruebas, por ejemplo: en la prueba testimonial debe de sustentarse la narración de los hechos¹⁶².
- H- La teoría del caso debe de ser veraz. Debe de basarse en elementos creíbles y reales que persuadan al Juzgador. La lógica juega un papel importante en nuestro diseño de la teoría del caso, al Juez no se le puede vender una historia poco creíble, carente de coherencia y veracidad. Los argumentos deben de convencer y basarse en hechos reales.¹⁶³
- I- La Teoría del caso debe de ser suficientemente jurídica. Debe de traer una base jurídica que logre demostrar la concurrencia o no de los elementos del tipo penal o el

¹⁶²*Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Ob.cit. p. 104.

¹⁶³ *ibídem*

cumplimiento de los requisitos de la obtención de la prueba. En este sentido debe de respetarse el principio de legalidad del proceso, Art. 2 del Código Procesal Penal¹⁶⁴.

La finalidad de conocer las características de la teoría del caso en la argumentación jurídica de sentencias, es que, el juzgador se le presenta mediante la teoría del caso razones fácticas, jurídicas, y probatorias, en virtud de la cual él acoge una determinada decisión, analizando el contenido de cada una de las pruebas, comparándolas y relacionándolas con todos los demás elementos existentes en el expediente judicial y sobre todo las practicadas en el acto del juicio oral, para que posteriormente se valore, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y experiencia acumulada durante el trayecto de los años por el juzgador¹⁶⁵.

2.1.3. IMPORTANCIA Y UTILIDAD DE LA TEORIA DEL CASO EN RELACION A LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS SENTENCIAS PENALES

Se puede afirmar que la teoría de la argumentación jurídica es una herramienta para evaluar el contenido argumentativo de las decisiones judiciales, el resultado puede ser considerado satisfactorio, ya que gracias a su utilización se han podido detectar supuestas falacias en la forma de argumentar en el tribunal emisor de la misma, que permita sospechar de una posible arbitrariedad en la decisión y de la existencia de otro tipo de motivaciones, no mencionadas

¹⁶⁴El proceso penal está sometido a una rigurosa aplicación del principio de legalidad, de tal manera que no es posible ninguna actuación del juez ni de las partes que no se halle prescrita y regulada en la ley procesal, tal y como se consagra en este precepto, al establecer que toda persona a quien se persiga por razón de un delito será procesada conforme a las leyes preexistentes al hecho delictivo. Ver CASADO PEREZ, José María y otros. *Código Procesal Penal comentado de El Salvador*, Tomo I, Consejo Nacional de la Judicatura, año 2004, pp.7-8.

¹⁶⁵ARENAS, López y RAMIREZ, Bejerano. “*la Argumentación jurídica en las sentencias*”. Ob. Cit.

por el tribunal. En consecuencia la TAJC se convierte en un procedimiento útil para ordenar el análisis que permite no perder de vista los distintos argumentos presentados por las partes¹⁶⁶; Para que exista un proceso penal eficiente, eficaz y efectivo, es necesario que se den los siguientes elementos:

- a) Definir la versión de los hechos.
- b) Realizar un análisis estratégico del caso.
- c) Ordenar y clasificar la información del caso.
- d) Adecuar los hechos al tipo penal, lo cual servirá para defender la tesis asumida.
- e) Determinar qué es lo que se espera de la investigación.
- f) Seleccionar la evidencia relevante.
- g) Detectar debilidades propias, e identificarlas en la parte contraria¹⁶⁷.

En conclusión la utilidad que representa la formulación de una buena teoría del caso y que se relaciona con la argumentación jurídica de la sentencia penal, es necesario detallar algunos aspectos importantes en la formulación de la teoría del caso, como son los siguientes: a) evita inconsistencias e incongruencias; Permite diseñar el alegato de apertura y de cierre, permite tener las pruebas necesarias para exponerlas en el momento oportuno; organiza la presentación de pruebas; permite saber a dónde dirigir el interrogatorio o contrainterrogatorio en la vista pública; permite saber que preguntas se pueden objetar y cuando deben de hacerse¹⁶⁸. Lo anterior le sirve al juzgador al momento de elaborar los distintos argumentos jurídicos que se relacionaran en la sentencia penal.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*. 1a. Reimpresión, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid. España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.p

¹⁶⁷ Metodología de la Investigación Criminal. *Teoría del Caso*. Fiscalía General de la República de El Salvador, USAID, 2001, pp. 7-8.

¹⁶⁸ Oficina Nacional de Defensa Pública. *Teoría del Caso*. Poder Judicial. República Dominicana, 2009. Pp.2 y 4.

2.1.4. COMPONENTES DE LA TEORÍA DEL CASO.

2.1.4.1. MARCO FACTICO

Es la identificación de los hechos penalmente relevantes, que forman parte del relato y que tiene como objetivo comprobar la responsabilidad o no del imputado (procesado). Estos hechos deben ser contruidos desde el inicio del proceso y expuestos durante todo el proceso. En El Salvador se conoce como la relación circunstanciada de los hechos que presentan los fiscales (o querellantes) en sus acusaciones, este se fundamenta en los Arts. 294 numeral 2 y 356 numerales 2 y 4 Código Procesal Penal; esta trata de la reconstrucción de los hechos en forma histórica¹⁶⁹.

Está ligado a los sucesos o acontecimientos materia del juicio o causa del mismo; esa narración recrea unos eventos sucedidos en el pasado, para que resulte fácil reconstruir hechos y mucho más para presentarlos en un juicio de modo que el juzgador capte un cuadro fáctico¹⁷⁰.

En consecuencia el Juez no puede dar por acreditados otros elementos no relacionados con el marco factico de la acusación en la sentencia definitiva¹⁷¹.

Es importante para el tema de la argumentación jurídica de sentencias penales el aspecto factico que va acompañado del elemento jurídico, en donde una decisión judicial se considera fundamentada, si el argumento cuya conclusión expresa el contenido de la misma .Es decir la decisión nos servirá para dar sustentar un argumento sólido.

¹⁶⁹LOPEZ OREGA. Juan José. *Código Procesal Penal Comentado*. Obra colectiva Tomo II; sin número de edición. El Salvador. 2000. CSJ.AECI-PNUD.p.325.

¹⁷⁰IBÁÑEZ PERFECTO, Andrés. *Valoración de la Prueba en el Proceso Penal* . Material facilitado por el autor al CNJ de El Salvador.2003. pp.18.20.

¹⁷¹Véase Sentencia de la Sala de lo Penal de la CSJ de el Salvador, Casación No. C8-1998-1999. Importante dado que se analiza el principio de congruencia y la fundamentación de la sentencia sobre la base del marco factico, jurídico y su violación al principio de congruencia en relación a la acusación y sentencia establecida en el Art. 397 del código C.P.P. vigente.

El contenido de una sentencia va tener argumentos sólidos, siempre y cuando el conjunto de sus premisas formado por normas jurídicas y el enunciado factico son aceptables siempre y cuando su estructura es lógicamente correcta. El Argumento formado por premisas normativas, fácticas, en cuya conclusión es el contenido del acto de decisión judicial, se debería agregar los distintos argumentos con las que se justifica la adopción de cada una de las premisas que se utilizan en ese razonamiento. A ese conjunto de argumentos entrelazados de esa manera lo llamaremos Argumentación¹⁷².

El trabajo del juzgador al momento de fundamentar o argumentar una sentencia debe de respetar el principio de congruencia, debiendo valorar adecuadamente el marco factico, por ello en esta investigación se puede percibir la importancia del marco factico y que el juzgador no se puede desvincular de este principio, y que tendrá que valorar en su fundamentación y argumentación de la sentencia penal. El Juzgador no puede cambiar el marco factico, al menos que esté debidamente fundamentado y que esté dentro de ese margen de inferencia que le permite la ley al momento de fundamentar una sentencia¹⁷³.

El marco factico tiene importancia al momento de deliberarse, redactar sus considerandos en las sentencias, las argumentaciones para llegar a los argumentos sólidos de su decisión, sin que esa discrecionalidad que tiene el juez, lo lleve a especular o ha razonamientos absurdos, sobre los hechos o modificar el marco factico planteado por la acusación¹⁷⁴.

2.1.4.2. MARCO JURIDICO

Consiste en la adecuación jurídica de los hechos, dentro de las disposiciones legales, tanto sustantivas como adjetivas o procedimentales. En pocas palabras es la subsunción de los

¹⁷²BONORINO, Pablo Raúl. *Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual*. Publicación CNJ. El Salvador. 2003,pp.4-5.

¹⁷³GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Ob. cit. pp.189-190.

¹⁷⁴GASCON ABELLAN, Marina. *Los Hechos en el Derecho (bases argumentales de la prueba)*. Segunda Edición. Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídica y sociales. S.A. Madrid. 2004, Barcelona, p. 189-206.

hechos a la norma penal. Es importante por cuanto al juzgador haga valoraciones del juicio al momento de argumentar y relacionar el principio acusatorio con el principio de congruencia a la hora de dictar la sentencia. Conocido como hipótesis jurídica, se define como lo que contiene una explicación legal que se desglosa de la teoría fáctica Art. 356 numerales 2, 3 y 4 del Código Procesal Penal, que prácticamente son los fundamentos jurídicos¹⁷⁵.

Esto significa que la acusación, después de haber dado una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho atribuido, debe de fundamentarse la imputación con expresión de los elementos de convicción que la motiva, para efectos de calificación jurídica, con expresión precisa de los preceptos legales aplicables al caso en concreto. Esto implica hacer un juicio de tipicidad, en cuanto al marco factico al marco jurídico para efectos de su relación, con la historia que se narra, es decir los hechos pasados y la norma jurídica aplicable.

El objetivo principal de este apartado es descubrir un conjunto de herramientas teóricas, tomadas de los desarrollos recientes en el dominio de la lógica, entendida en un sentido amplio que engloba tanto la lógica deductiva como a la lógica inductiva, que permitan aumentar la comprensión de los razonamientos judiciales y mejorar en la labor de construirlos y evaluarlos. Esto está íntimamente ligado a lo que se viene desarrollando entre el marco factico y el marco jurídico¹⁷⁶.

Es importante el marco jurídico para las partes y para el juzgador, porque en las sentencias el juez tendrá que interpretar y aplicar las normas jurídicas relacionadas con ese marco jurídico invocado en relación con el marco factico, es decir la relación circunstanciada de los hechos¹⁷⁷.

¹⁷⁵Véase la Enciclopedia Jurídica Omeba Sobre Fundamento Jurídico. Tomo XII-Fami -Gara .Editorial Driskill.S.A. Buenos Aires. 1987. P.1067.

¹⁷⁶GARCIA AMADO, Juan Antonio *La Interpretación Judicial del Derecho. Entre método y argumentación hacia una nueva teoría normativa*. El Salvador. Producción Bibliográfica CNJ-ECJ.2004,pp.189-216.

¹⁷⁷RAMOS GONZALEZ ,Carlos. y VELEZ RODRIGUEZ, Enrique. *Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico* . Editorial Michie Butter Worth. Puerto Rico 1995. p.4.

2.1.4.3. PRETENSIONES

El concepto de objeto del proceso sirve además para reconocer los límites de la cosa juzgada en aras de la atención a la prohibición *non bis in ídem*. Al igual que en otro tipo de procesos, y a pesar de las particularidades propias de la lógica de juzgamiento en materia criminal, cabe afirmar que el objeto del proceso penal es la pretensión penal.

La pretensión penal puede ser definida como “la petición de una consecuencia jurídica dirigida al órgano jurisdiccional frente a una persona, fundamentada en unos hechos que se afirman coincidentes con el supuesto de hecho de una norma jurídica”¹⁷⁸. El objeto del proceso penal no hace mención únicamente de los hechos naturales o históricos, sino todos los elementos de la pretensión penal, al margen de su grado de vinculabilidad, es decir de las facultades del órgano judicial de modificarlos o alterarlos en cada caso. Por tanto, forman parte de la pretensión, los hechos, que a su vez son el objeto de la pretensión; la pena solicitada o *petitum*; los sujetos, aunque solo la persona del imputado vincule o identifique la pretensión; y, la calificación jurídica.

Si la Fiscalía General de la República tiene la obligación de acusar un hecho en su absoluta integridad, sin fraccionamientos, y, si el órgano judicial ha de resolver íntegramente el hecho aunque el mismo haya sido acusado parcialmente, es claro que se debe concretar el concepto de hecho procesal penal, de objeto en suma, ya que será este elemento el que determine las facultades y poderes de las partes y el órgano jurisdiccional en las funciones que tienen asignadas.

La importancia que tendrá las pretensiones en relación al Juzgador es al momento de argumentar su sentencia. La pretensión penal puede ser definida como la petición de una

¹⁷⁸ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit. p. 98.

consecuencia jurídica dirigida al órgano jurisdiccional frente a una persona fundamentada en unos hechos que se afirman coincidentes con el supuesto de hechos de una norma jurídica¹⁷⁹. La pretensión partiendo de la definición antes mencionada su función de ésta y su construcción, su objeto se demostrará que va unida insolublemente a los demás marcos facticos, jurídicos y probatorios lo que constituye la teoría del caso.

El principio de congruencia es importante en esta etapa, ya que el juzgador al dictar su sentencia debe de analizar las pretensiones de ambas partes, manteniendo una relación con el derecho de petición. En materia penal se visualiza la pretensión en lo que se conoce como resolución acusatoria, que es la acusación que formula el fiscal, el acto que contiene la pretensión punitiva¹⁸⁰. Toda pretensión tiene su razón de ser en toda acusación¹⁸¹.

En la teoría del caso no puede faltar el marco de la pretensión, dado que no se tendría cual es el propósito del litigio, en el sentido de que sepa el Juzgador o que le quede claro, cual es la pretensión de las partes, para argumentar mejor su decisión judicial. Es materia penal es claro que el ente acusador su pretensión punitiva va dirigida en contra del imputado. Así la pretensión punitiva busca el sometimiento del culpable a una pena.

El objeto litigioso en criterio de Gimeno Sendra¹⁸² son los hechos típicos traídos al debate. En ese entendimiento, a efecto de la determinación de la pretensión, su calificación jurídica no constituye, en principio, elemento esencial alguno. Señala el autor que con independencia de las limitaciones efectuadas por la legalidad se debe establecer el alcance del pronunciamiento final a partir de las pretensiones iniciales.

¹⁷⁹ASCENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2004.p.98. ss.

¹⁸⁰QUINTEROS, Beatriz .Y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Tomo I, Santa Fe Bogotá. Editorial Temis.pp.254, 255.

¹⁸¹PALLADARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Edición 26ª. Editor México: Editorial Porrúa. p.625.

¹⁸²GIMENO SENDRA, José Vicente. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Valencia : Tirant lo Blanch. 2009. Pág. 134.

2.1.4.3.1. ESTRUCTURA DE LA PRETENSIÓN

Elemento subjetivo: Este se refiere a los sujetos procesales, es decir al fiscal, víctima, querellante, defensor, imputado, Juez. En El Salvador existe lo que se conoce como monopolio de la acción penal, que se encuentra en el Art. 193 numeral 2 de la Constitución de la República en relación al Art, 74 CPP.¹⁸³, el cual establecen las atribuciones que tiene el Fiscal General de la República, entre ellas tenemos que la Fiscalía General de la República, está a cargo de la etapa de investigación del delito y la faltas penales, juntamente con la Policía Nacional Civil, que son instituciones que prestan seguridad tanto pública como jurídica. Los Jueces en el sistema acusatorio no intervienen como en el sistema inquisitivo, esto solo espera la acusación para echar en marcha al sistema jurisdiccional, el Juez no puede iniciar de oficio la investigación, porque eso le corresponde como atribución al Fiscal General de la República.

Elemento Objetivo: Es el poder del ente acusador, que lleva la acusación, su fundamento jurídico lo tenemos en el Art. 1308 del Código Civil¹⁸⁴. Es importante éste elemento, dado que la actividad se inicia con la presentación del requerimiento fiscal en sede del Juzgado de Paz, y el dictamen de acusación en la etapa de la audiencia preliminar. Así mismo la parte querellante de conformidad con el Art. 107 del CPP vigente, puede en los delitos de acción pública representar a la víctima, puede intervenir en el proceso penal, con todos los derechos y facultades previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁸³La Fiscalía General de la República, es un órgano unipersonal del Estado elegido por la Asamblea Legislativa por mayoría calificada de dos tercios de los diputados electos, por un periodo de tres años, pudiendo ser reelegido, dentro de las atribuciones constitucionales es la dirección de la investigación de delitos, ejercicio de la acción penal, promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

¹⁸⁴ Las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delito o cuasidelitos, faltas y de la ley. Código Civil, dado en San Salvador, 23 de Agosto de 1859 y hallándose en Armonía con la Legislación Española que ha regido al País y adecuado a los usos y costumbres dominantes.

2.1.4.3.2. LA FUNCION DE LA PRETENSION

La teoría del caso construye las pretensiones de las partes dentro del proceso, al momento que el juzgador debe de apreciar y valorar dichas pretensiones, las cuales deberán ser congruentes de conformidad con el Artículo 397 CPP. La pretensión en materia procesal penal es lo que se conoce como objeto litigioso, lo que conocemos como Hipótesis criminal, se puede llevar más investigaciones acerca del delito cometido, puede cambiar a una acusación inicialmente planteada por ser una pretensión progresiva¹⁸⁵; en este artículo se puede determinar el carácter progresivo que puede tener la pretensión en materia procesal penal.

A manera de establecer la pretensión en materia penal, se hace necesario considerar, el objeto litigioso, éste se integra con las proposiciones iniciales del fiscal, hechos constituidos y conducentes, mas los hechos impeditivos y extintivos que pueda haber alegado la defensa, así como las consecuencias jurídicas atribuidas a tales hechos por las partes.

El o los hechos objetos del proceso no pueden ser considerados aisladamente, dado que detrás aparece la declaración de un derecho penal estatal, es decir, objeto del proceso es, en ese sentido la declaración de la consecuencia jurídica derivada de un hecho acontecido determinado. El hecho se toma en consideración, en consecuencia, en tanto puede ser aplicado el derecho penal material, en tanto exista una unión entre ambos¹⁸⁶.

El requerimiento del auto de apertura a juicio es el primer acto en el cual se concreta la identidad objetiva y subjetiva de la pretensión penal, y que el objeto del proceso sin considerar

¹⁸⁵Ver Arts. 294-356-384-385-397 del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.

¹⁸⁶LEDEZMA, *¿Es constitucional la aplicación del Brocardo iura novit curia*. Ob cit. P.362, con cita de Goldschmidt, *Principio General del Proceso*. p. 56. Tomado de Sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez versus Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005. <http://www.corteidh.org.cr/>. Consulta realizada el día 29 de octubre de 2012.

el aspecto factico y normativo contenidos en la pretensión acusatoria como los del poder de refutación del imputado¹⁸⁷.

2.2. PRINCIPIO ACUSATORIO VINCULADO A LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS SENTENCIAS PENALES.

Es dable de llamar acusatorio, todo sistema de juzgamiento que concibe al Juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales, iniciada por la acusación, a la que el compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio oral y público y resuelta por el Juez según su libre convicción¹⁸⁸.

En el proceso inquisitivo el Juez interviene por sí mismo: el detiene, interroga investiga, y condena. No hay acusador ni acusado, sino solamente el Juez que investiga y juzga y el objeto de su actividad el imputado. En la historia el reconocimiento del principio de oficialidad ha conducido, en un primer momento, a ésta forma de procedimiento penal. Sin embargo, contra ésta configuración del procedimiento existen serios inconvenientes, por un lado, en el proceso inquisitivo, el Juez no es imparcial, sino que se siente preponderante un órgano de la persecución penal y, por otro lado el procesado está prácticamente indefenso¹⁸⁹.

Se plantea entonces la posibilidad de conformar un proceso penal, aun manteniendo el principio de oficialidad, como proceso acusatorio, por tanto, unir las ventajas de la persecución penal estatal con las de proceso acusatorio que consisten, precisamente en que el Juez y acusador no son la misma persona. Esto sólo acaece en un esquema de Estado con suficiente contenido práctico de la división de poderes o los

¹⁸⁷Ibídem.

¹⁸⁸FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, (IBAÑEZ, P. A., Trad.), Octava edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 2006, p. 56.

¹⁸⁹VERGER GRAU, Joan. *La Defensa del Acusado y el Principio Acusatorio*. Bosh. Barcelona. 1994. p. 15.

llamados pesos y contrapesos¹⁹⁰.

La acusación es la formalización de la imputación del acto, por tanto, primero hay que imputar el acto y luego, para efectos del juicio, formalizar la imputación mediante la formulación de la acusación, lo cual implica que debiéndose juzgar conforme al acto imputado, la formulación de la acusación debe guardar armonía y congruencia con la formulación de la imputación; las que, a su vez, deben tenerla con el sentido del fallo y la ulterior sentencia.

El adagio latino *nullum Indicium sine acusation*, se identifica no solo con la exigencia de la previa como requisito para tramitar un proceso, sino que constituye igualmente un presupuesto ineludible para emitir una sentencia, que contenga la aplicación de las herramientas de la teoría de la argumentación jurídica de las sentencias, limitando, a la vez, la decisión jurisdiccional. La congruencia entre acusación y sentencia implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contempladas en la acusación¹⁹¹.

La acusación cumple con la función primordial de delimitar el objeto de la relación jurídica, puesto que la sentencia, como el acto que concluye el proceso, debe proferirse en correspondencia con los hechos que motivaron la acusación, los imputados a quienes se le formuló pliego de cargos¹⁹².

Una de las principales características del proceso penal¹⁹³ es la existencia del principio acusatorio, de acuerdo al cual las actividades de acusación y juzgamiento están separadas en cuanto a los funcionarios que las llevan a cabo. Si bien se mantiene el principio de

¹⁹⁰ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*. CÓRDOBA E., Gabriela y PASTOR, Daniel R. (Trad.), Casa Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 6.

¹⁹¹República de España, Tribunal Superior, Sala de lo Penal, Sentencia del 10 de julio de 2007, ponente: Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre. Se encuentra en el sitio <http://vlex.com.biblioteca.uniandes.edu.co>. Consulta realizada el día 26 de febrero de 2013.

¹⁹²Ibídem.

¹⁹³Ver entre otros: MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. *La Discrecionalidad Para Acusar*. Segunda edición, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2007.

oficialidad, de acuerdo a la categoría de ciertos bienes jurídicos, se constituyen entes diferentes para la acusación y el juzgamiento en el interior de la organización constitucional.

De acuerdo con Roxin¹⁹⁴, se tienen como notas principales de éste principio en primer término, la apertura de la cognición jurisdiccional está condicionada a la interposición de una acusación. Esto implica que ningún Juez o tribunal puede actuar de oficio y debe existir congruencia, para el citado autor la exigencia va a que ésta sea al menos relativa, entre la acusación y el procedimiento que culmina con la sentencia, lo que suele llamarse una relativa vinculación del Juez con la pretensión. En otras palabras, sin acusación no hay Juez ni sentencia.

En segundo término la interposición de la acusación corresponde al Estado. Puede haber excepciones por medio de la llamada acción privada. Por último de acuerdo al autor, se tiene la existencia de independencia entre fiscalía y Juez o tribunal. En un juego de roles, le corresponde a la Fiscalía decidir responsablemente sobre la punibilidad o no de una conducta previo a la presentación de una acusación. Lo propio hará los tribunales en etapa posterior y diferenciada. Y este presupuesto del principio acusatorio tiene una fundamentación que nos redirecciona a la teoría misma del Estado moderno, es decir, un Estado de derecho constitucional y su principio de división de poderes.

En el proceso penal tal fundamento, reposa en el principio mismo de verdad. Éste se funda, a su vez en la necesidad de preservar la opresión de la mayoría no desviada precisamente a aquel al que se supone desviado, de tal manera que un Juez pueda absolverlo incluso contra la voluntad de todos. Por su parte, el fundamento de la división de poderes en el juzgamiento se asienta en la intrínseca legitimidad de funciones jurisdiccionales informadas por el principio de autoridad, sea cual fuere la autoridad que las ejerza¹⁹⁵.

¹⁹⁴ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit. Pp. 86.38

¹⁹⁵FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. (IBAÑEZ, P. A., Trad). Ob. cit. P. 545.

El principio acusatorio exige una correlación entre la acusación y la sentencia, de forma que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba, participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa. Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

El principio acusatorio en conexión con el derecho a la defensa se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica.

Viéndose el principio de congruencia como enmarcado dentro del principio acusatorio a la manera que se ha tenido oportunidad de tratar, se constituye en uno de los pilares fundamentales del sistema de principios que rigen ordenamientos como el procesal penal alemán, donde se califica¹⁹⁶ como cualquiera de ellos como elemento de legitimación para éste tipo de acciones estatales.

La doctrina científica y la jurisprudencia tienen claramente proclamado que para apreciar la desviación de una sentencia en relación con los pedimentos que le sirven de base, han de utilizarse como criterio de contraste, los que rigen en general la identificación de las acciones tomándose en consideración los tres elementos constitutivos esenciales de la acción y consiguiente de la demanda a saber: Los sujetos procesales, el objeto y la causa o título de pedir¹⁹⁷.

¹⁹⁶GOMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso Penal Alemán, Introducción y Normas Básicas*. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 47.

¹⁹⁷FÁBREGA P., Jorge. *El Objeto Litigioso, El Principio de Inmutabilidad del Proceso*. Ob. cit. p.77.

Resumiendo, el peso y ubicación que tiene el principio de congruencia dentro del principio acusatorio tiene su fundamento en el mismo principio de contradicción en la medida que hace parte de la estructura a la que se ha de enfrentar la defensa y la información contenida en el acto de la acusación es a la que en últimas ha de hacer frente.

2.3. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA VINCULADO A LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA DE SENTENCIAS PENALES.

Tiene relevancia en la TAJ, en el sentido de que al juzgador se le obliga que sus sentencias, pueden dejar claro a las partes y a los tribunales superiores, el por qué se ha emitido una sentencia en el mismo sentido que prescribe la misma, a modo que la ciudadanía pueda ejercer control social frente a las sentencias dictadas por los jueces, y que los jueces hagan una verdadera defensa de haber utilizado la argumentación jurídica en un proceso de enjuiciamiento, y que dicha sentencia esté debidamente argumentada, teniendo una congruencia firme y cimentada en un Estado de Derecho constitucional.

El principio congruencia y la teoría de argumentación jurídica de las sentencias, encuentran su base en nuestra Constitución de la República de El Salvador de 1983, en el Art. 11¹⁹⁸.

Así mismo este principio se convierte en una garantía del debido proceso, en el sentido de poner límites al juzgador de no poder introducir alegaciones o cuestiones de hechos sorpresivamente, de manera que las partes no puedan ejercer su plena y oportuna defensa. Uno de los pilares del derecho de defensa reside en que en algún momento del proceso penal, el ciudadano tenga un mínimo de certeza sobre la dimensión jurídica y la naturaleza de

¹⁹⁸Art. 11.- Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

La persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas

la acusación, es decir que pueda conocer los motivos del proceso en cuanto a de qué se le acusa; y, tal certeza no solamente en el aspecto fáctico sino también en la adecuación típica que se disponga por parte del ente acusador.

Este principio, se constituye en la columna vertebral del proceso penal, en la medida en que liga al juez a las pretensiones que se debaten en el juicio oral. Esto implica que como regla general, debe existir correspondencia perfecta sobre la acción penal promovida por el ente acusador y la sentencia que se dicta, lo que se va desarrollando en dos vías o caminos, la primera que el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se le pide, es decir todas las pretensiones sometidas a su examen y solo sobre éstas, se debe de dictar el fallo, basándose en las pretensiones hechas por las partes y que la sentencia debe de contener en una forma expresa y precisa con las pretensiones deducidas en el juicio. De no observarse éste requisito nos encontramos frente a una incongruencia de parte del juez¹⁹⁹.

Aquí es importante hacer un análisis del Art. 397 del Código Procesal Penal, en el cual se consagra el principio de congruencia en materia penal, en el sentido que la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos o circunstancias que las descritas en la acusación; salvo que favorezcan al reo. Así mismo el Juez no puede aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas; tampoco el juez no puede invocar otros preceptos penales distintos al invocado (excepto cuando favorezcan al imputado el cambio de calificación jurídica), todo ello nos viene a delimitar las peticiones que las partes están sometiendo al Juez a su conocimiento, en ese sentido no puede existir una teoría del caso sin sus respectivas pretensiones delimitadas.²⁰⁰

En el sistema acusatorio es a la Fiscalía General de la República, como titular de la acción penal, a quien le compete delimitar el territorio de la acusación al punto de establecer el marco en el cual se desarrollará el juicio. Teniendo en cuenta que las etapas previas, de

¹⁹⁹GUILLERMO, Jorge Enderle, *La Congruencia Procesal*, 1° Ed. fe: Rubinzal- Culzoni, Argentina, 2007.p.17.

²⁰⁰ MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999, p186

indagación y de investigación formalizada luego de la imputación, ofrecen un lapso generoso al Estado para realizar la cantidad de actos de investigación que sean necesarios para la averiguación de unos hechos, la consecución de unos elementos materiales probatorios y la formulación de una teoría del caso, y que la etapa de juicio, por el contrario es un periodo angustiosamente corto para las partes, el acto de la acusación se mira como el momento quizá más propicio para otorgar a la defensa esa certeza que le permitirá diseñar la estrategia con la que llegará al juicio para procurar algún tipo de beneficio para el procesado.

La congruencia que es el aspecto exacto que nos ocupa en éste apartado se circunscribe a la imparcialidad del Juez como exigencia del juego limpio procesal. Quien juzga no puede ser parte, es una máxima del principio acusatorio, que algún autor²⁰¹ se da en llamar imparcialidad, que implica siempre la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden ante un tercero, que no es parte, titular de la función jurisdiccional.

La llamada imparcialidad es algo objetivo que atiende más que a la imparcialidad y al ánimo del Juez, a la misma naturaleza de la función judicial, al reparto de funciones en la actuación de la misma²⁰². En el drama que es el proceso no se pueden representar por una misma persona el papel de Juez y el papel de parte. El que el Juez fuera también parte no implicaría necesariamente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la actuación del Derecho objetivo por la Jurisdicción en el caso concreto²⁰³.

La congruencia es definida como “la conformidad de la sentencia con la demanda ha de ser refiriéndose exactamente a las personas que litigaron, al objeto sobre que se litigó, al motivo

²⁰¹ MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales*. Ob. cit., p., 187.

²⁰² MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales*. Ob. cit., p., 188

²⁰³ *Ibíd.*

que se expuso y a la razón que se dedujo. Debe ser también conforme a derecho, ha de recaer sobre cosa cierta y no ha de excederse en lo pretendido”²⁰⁴.

Otra definición ubicada en la lógica procedimental civil es la que habla de la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. “Es pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro, el objeto procesal en sentido riguroso”²⁰⁵.

En palabras de Goldschmidt²⁰⁶ la acción realizada por medio del acto de la acusación, o cualquier acto procesal equivalente de acuerdo al ordenamiento jurídico del que estemos hablando, consiste en una pretensión dirigida al Juez en el que se solicita una tutela jurídica a través de una sentencia. Se busca la constitución de una situación jurídica concreta en contra del acusado. La sentencia, en ese tenor resulta teniendo similitud a un negocio jurídico unilateral del Juez.

Delimita los poderes del Juez o tribunal en orden a la conformación de la sentencia, ya que el órgano judicial no puede en caso alguno modificar el objeto del proceso, el cual constituye un límite absoluto a su decisión²⁰⁷. De igual manera las partes, una vez deducidas sus respectivas acusaciones y formulada la pretensión, tampoco podrán alterar el objeto procesal introduciendo variaciones esenciales al mismo.

El fundamento de esta exigencia de congruencia entre acusación y fallo ha sido puesto en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, con el razonamiento de que si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando

²⁰⁴DE VICENTE Y CARAVANTES, José. *Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil Según Nueva Ley de Enjuiciamiento* . Ob. cit. P. 290.

²⁰⁵GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Civitas, España, 1998, T. 1, pág., 483.

²⁰⁶GOLDSCHMIDT James. *Derecho Justicial Material* . Leyer, Bogotá, Colombia, 2006, p. 17.

²⁰⁷ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit. p. 97 ss.

unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción²⁰⁸. La exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputada.

2.3.1. LA IMPORTANCIA DE LA CONGRUENCIA FÁCTICA Y CONGRUENCIA JURÍDICA EN LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS SENTENCIAS PENALES

Tomando como punto de referencia un fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de España, tenemos en primer lugar que la congruencia, en el aspecto fáctico se concreta en el obediencia a la regla: nadie puede ser condenado por hechos distintos a los contenidos en la acusación. El alto Tribunal exige en otras palabras “que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia”²⁰⁹.

Lo anterior es definido por la doctrina especializada como congruencia fáctica que en otras palabras se define como “la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia. Esto en el sentido que, en todo caso, la sentencia debe tener como fundamento el hecho histórico investigado durante el proceso y que ha sido concretado en la acusación. En otros términos: la acusación cumple con la función primordial de delimitar el objeto de la relación jurídica, puesto que la sentencia, como el acto que concluye el proceso, debe preferirse en

²⁰⁸Sentencia A.P. Madrid 310/2012, de 9 de julio de 2012.

²⁰⁹República de España, Tribunal Superior. Sala Penal. Sentencia de diez de Julio de dos mil siete Ponente JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. Se encuentra en <http://vlex.com/biblioteca.uniandes.edu.co> Consulta realizada el día 20 octubre 2012.

correspondencia con los hechos que motivaron la acusación y los imputados a quienes se les formuló pliego de cargos.”²¹⁰

La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación. El sistema acusatorio que informa el proceso penal exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.

La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica, que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora²¹¹.

Así mismo, la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado

²¹⁰DURAN G., Luis Emilio. *Consonancia de Sentencia y Acusación*, Ecoe Editores, Colombia, 1999.

²¹¹ARMENTA DEU, María Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, Editorial: J. M. BOSCH, Barcelona, España, 2003, p. 72.

para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad²¹².

De ahí que la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse; y que el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia.

Se trae un ejemplo del derecho comparado, proveniente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina donde se aplica la congruencia jurídica en el siguiente análisis: *“la sentencia condenatoria afectó reglas del debido proceso y defensa en juicio si no se limitó a modificar la calificación legal asignada al hecho, sino que responsabilizó al imputado por una conducta respecto de la cual no se había formulado acusación, violando de ese modo el principio de congruencia.”*²¹³

Los hechos básicos de la acusación se constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa. Es evidente: a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito

²¹²ARMENTA DEU, María Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal ob. cit.* p. 80.

²¹³Citada por ENDERLE, Guillermo Jorge. *La Congruencia Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007, pág. 347.

distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado"²¹⁴.

En definitiva, de acuerdo a la ley, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión. Constituye asimismo, el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto.

Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos. También el Tribunal Supremo Español²¹⁵ ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuándo han pre sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias.

2.3.2. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA VINCULADO AL PRINCIPIO DE ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO A LUZ DE LA ARGUMENTACION JURIDICA

El principio de congruencia, de manera general, en cuanto a su naturaleza, ha sido considerado como realización del debido proceso, tanto en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional como de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia Salvadoreña.

²¹⁴ *Ibíd.*

²¹⁵ <http://vlex.com/biblioteca.uniandes.edu.co> Consulta realizada el día 20 octubre 2012.

La congruencia procesal penal se ubica en el principio acusatorio según el cual debe de existir un acto de acusación, una separación de las funciones de acusar y juzgar y una correlación entre la acusación y el fallo que se emite²¹⁶.

La posesión de eventuales cambios en la calificación jurídica Art. 384 Inciso 1° del Código Procesal Penal²¹⁷ y especialmente Art. 397 del mismo código que plantea que la sentencia no podrá el Juez dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en auto de apertura a juicio, o en la ampliación de la acusación, siempre y cuando favorezcan al imputado, es ahí donde se encuentra plasmado esa correlación entre lo que es la acusación y la sentencia.

Esta encuentra su fundamento en la legalidad del proceso Art. 15, 17 y 21 de la Constitución de la República en relación al Art. 2 del Código Procesal Penal y demás principios básicos y garantías constitucionales, que se relacionan con el debido proceso²¹⁸.

En nuestra jurisprudencia salvadoreña se establece, que la infracción incongruencia entre acusación y sentencia se da cuando el hecho que se intima en la acusación no es el mismo que contiene la sentencia, pues no podría condenarse a un imputado, por otro distinto, ya que entonces si se estaría vulnerando el derecho de defensa del imputado, al haberse cambiado el objeto procesal al que no tuvo oportunidad de replicar. La acusación está integrada por el conjunto de elementos facticos y la calificación jurídica, los cuales sirven para delimitar la facultad del tribunal en orden a determinar la responsabilidad penal del acusado (Sentencia de la Sala de lo Penal, ref.440-CAS-2005, del día 17/4/2009)²¹⁹.

²¹⁶Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia. Sección de Publicaciones, San Salvador. El Salvador 2006, P.p. 69-71.

²¹⁷Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.

²¹⁸Principios constitucionales que dan la pauta de cómo realizar el procedimiento a pegados al respeto y cumplimiento de ellos mismos.

²¹⁹Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia. Sección de Publicaciones, San Salvador. El Salvador 2011, p.47.

La Congruencia se circunscribe a la imparcialidad del Juez como exigencia del juego limpio procesal. Quien juzga no puede ser parte, es una máxima del principio acusatorio, que algún autor se da en llevar imparcialidad, que implica siempre la existencia de dos partes principalmente enfrentadas entre sí, (principio de contradicción), que acuden ante un tercero que no es parte titular de la función jurisdiccional.

La Congruencia en materia civil y mercantil, según el artículo 218 del Código Procesal Civil y Mercantil es definida como la conformidad de la sentencia con la demanda, ha de ser refiriéndose exactamente a las personas que litigaron. El objetivo sobre si litigó. Al motivo que expuso y la razón que se dibujó debe ser conforme a derecho, y ha de recaer sobre cosa vista y no ha de excederse en lo pretendido²²⁰.

Hay que tomar en cuenta el principio de congruencia en relación al principio acusatorio al momento que el juzgador va a emitir sus argumentos en las sentencias penales; pero hacer mayor énfasis a otros principios como el de legalidad establecida en el Art. 15 de la Constitución de la República, este principio es una garantía constitucional en relación a los Arts. 1, 2 y 3 del Código Procesal Penal.

En cuanto al cambio de calificación jurídica relacionada con el principio de congruencia y la sentencia penal, la Sala de lo penal de El Salvador en tal sentido, ha precisado distinguir entre la ampliación de la acusación, de la manera regulada en el artículo 384C.P.P., y la modificación de la calificación jurídica por la vía incidental, previsto en el artículo 397inciso 2C.P.P., métodos que pueden conjugarse o en un supuesto diferente, es viable la configuración del último con prescindencia del primero, tal como ha sucedido en el presente caso, en efecto, es correcta la afirmación del defensor al señalar que al cambio la calificación

²²⁰El derecho a la protección jurisdiccional comprende el obtener una resolución congruente, es decir, una resolución en la que exista ajuste entre el fallo y las peticiones de las partes; al respecto, la doctrina ha reconocido que la falta de congruencia en una decisión judicial puede darse a través de distintas manifestaciones, tales como: que la sentencia otorgue más de lo pedido por el actor; que conceda menos de lo admitido por el demandado; o que resuelva cosa distinta de lo pedido por ambas partes, omitiendo así el pronunciamiento respecto de las pretensiones deducidas en el proceso”. Sala de lo Constitucional de El Salvador, Sentencia de Amparo. Exp. N° 306-2007. 09:20. 25/06/2009.

jurídica no le precedió una ampliación de la acusación, debiendo añadirse la no comprobación de un hecho novedoso que incidiera en la determinación típica de la conducta juzgada y ello obedece a que lo resuelto es el producto del análisis de los mismos hecho descritos en la acusación, examen que el sentenciador llevó a cabo bajo la óptica integral permitida por el universo probatorio adecuadamente producido en la vista pública (Sentencia de la sala de lo penal Corte suprema de justicia de El Salvador. Ref.157-CAS-2006, del día 18/11/2009.)²²¹.

El derecho a la protección jurisdiccional comprende el obtener una resolución congruente, es decir, una resolución en la que exista ajuste entre el fallo y las peticiones de las partes; al respecto, la doctrina ha reconocido que la falta de congruencia en una decisión judicial puede darse a través de distintas manifestaciones, tales como: que la sentencia otorgue más de lo pedido por el actor; que conceda menos de lo admitido por el demandado; o que resuelva cosa distinta de lo pedido por ambas partes, omitiendo así el pronunciamiento respecto de las pretensiones deducidas en el proceso”²²².

Criterios jurisprudenciales sobre el tema de la infracción a la congruencia: a) “La Sala de lo Civil, considera que la sentencia *extra petita* se configura, cuando no hay correspondencia o conformidad entre lo resuelto en el fallo con las pretensiones hechas por las partes en el proceso; es decir, cuando hay falta de congruencia entre lo pedido y lo resuelto en la sentencia”²²³; b) “La falta de congruencia o incongruencia en el fallo, puede presentarse de las siguientes formas: que se deje de resolver sobre algo pedido *citra petita*, que se otorgue más de lo pedido *plus petita*, o que se otorgue algo distinto de lo pedido *extra petita*”²²⁴.

De la misma manera que lo es, el hecho de una condena por un delito distinto al de la acusación, en el evento que éste conlleve una mutación del bien jurídico o del hecho en

²²¹Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal. Ob. cit. Pp. 46-47.

²²²Sala de lo Constitucional .Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sentencia de Amparo. Exp. N° 306-2007.. 25/06/2009.

²²³Sala de lo Civil Corte Suprema de Justicia de El Salvador . Sentencia de Casación. Exp. N° CAS-166-C -2006. 23/10/2007.

²²⁴Sala de lo Civil Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia de Casación. Exp. N° CAS-95-C-2007. 11/11/2008.

concreto que soporta el proceso. En ésta visión se habla de una incongruencia por defecto cuando no se resuelven ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y la defensa. Lo que otros autores denominan incongruencia por *citra petita*. En ese orden de ideas habrá también incongruencia cuando se vaya más allá de la acusación, por ejemplo condenando por un delito más grave del de la acusación. *Ultra petita*.

A manera de conclusión, no puede el Juez contar con una discrecionalidad desbordada que dé lugar a disponer del proceso hasta el punto de torcer las normas que lo regula en perjuicio de cualquiera de las partes. Al igual que no puede el Juez tomar como elementos de juicio su conocimiento privado ya sea dándole cabida a información recibida por fuera del transcurrir procesal o utilizando máximas de su propia experiencia al momento de valorar los elementos de prueba²²⁵.

2.4. LA IMPORTANCIA DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL AL MOMENTO DE ELABORAR LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS SENTENCIAS PENALES.

La omisión de valorar una prueba introducida en el juicio, que de haber sido considerada, hubiera impedido llegar a una conclusión distinta a la que se arribó; constituiría un caso típico de selección arbitraria del material probatorio, aspecto que no puede escapar al control de la casación. La prueba omitida debe de ser decisiva, pues si carece de eficacia, su omisión no afecta la argumentación (Sentencia del día 09/10/02-Ref.09.01)²²⁶.

La sentencia resulta violatoria del Principio de Seguridad Jurídica y de defensa en sentido amplio cuando se excluye arbitrariamente la fundamentación de elementos que tenían que ser valorados, los que tomando en cuenta el método de la inclusión mental hipotética podrían

²²⁵STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: Trad), Temis, Bogotá Colombia, 1988, p. 31 – 35.

²²⁶Lineamientos de Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal, Jurisprudencia.gob.sv. Consulta realizada febrero 2013.

haber influido en el fallo, obviamente la obligación de estimar y someter a apreciación todas las pruebas incorporadas legalmente en el debate.

El deber de motivar no requiere del juzgador una exhaustiva descripción del proceso intelectual que la ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, pero si le está exigiendo la obligación de auténticas síntesis de razonabilidad que han de medirse caso por caso, sobre la base del juzgamiento o valoración de las pruebas objetivas y legalmente ingresadas, las que no pueden ser suplantadas por una precaria referencia (Sentencia del día 30/10/02,Ref.321-01)²²⁷.

La motivación de la sentencia supone la obligación para todo tribunal de justicia de exponer las razones y argumentos que conducen al fallo judicial, sobre los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que lo sustentan; con ello se produce la convicción respecto a los medios probatorios que desfilan durante el juicio y que atención a la inmediatez judicial se hace posible el contacto directo de ellos en su valoración, la que se apoya en las reglas de la sana crítica (Sentencia del día 08/11/02,Ref.03-02)²²⁸.

Los distintos elementos de prueba que ofrezcan las partes pueden ser apreciados discrecionalmente por el tribunal sentenciador, a quien además le corresponde valorar su significado y trascendencia, en orden a la fundamentación del respectivo fallo. En tal sentido cabe aclarar que el límite del control casacional está representado únicamente por el control de los razonamientos esgrimidos por el a quo, es decir, se limita únicamente al control del *iter* lógico que han seguido los sentenciadores y que sirve de base a su fallo. En el mismo orden de ideas, no hay que perder de vista que dicho control debe recaer, no en la suficiencia de la prueba considerada en sí misma, pues no estamos bajo el régimen de la prueba legal, sino en la suficiencia del razonamiento que justifica la decisión adoptada, entendiendo éste en

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ *Ibidem*.

términos de coherencia y racionalidad. (Sentencia de La Sala de lo Penal, ref.368-CAS-2006 del día 21/1/2009)²²⁹.

La valoración probatoria conforme el proceso penal salvadoreño (sana crítica), no ata a los juzgadores de forma alguna a un número de pruebas para poder tomar una decisión; por el contrario éste método de apreciación permite a través de su flexibilidad llegar a una conclusión con un mínimo de actividad probatoria, media vez tenga la entidad suficiente como para convencer al juez sobre los elementos que presenta y, que éste justifique razonablemente sus conclusiones de forma coherente y escalonada²³⁰.

Esta Sala es enfática en la obligación que tienen los juzgadores de plasmar en sus resoluciones las razones que les motivan a tomar una u otra decisión. Ya que de lo contrario, por lo menos, una de las partes se ve en indefensión al no poder conocer el discurso jurídico procesal que le desfavorece y, claramente, le causa una afectación al no saber si esa decisión es sensata. Asimismo, hace imposible que el *ad quem* tenga la posibilidad de revisar si el a quo se pronunció correctamente. (Sentencia de La Sala de lo Penal, ref. 281-CAS-2008 de las 09:03 horas del día 15//6/2009)²³¹.

Como es sabido, para que la sentencia sea legítima, ésta debe basarse exclusivamente en prueba válidamente introducida en el debate y no omitir la valoración de prueba decisiva introducida en él. De tal manera, que no existe legitimidad en la sentencia cuando ésta se fundamenta en actos que no fueron incorporados al juicio por alguno de los medios previstos por la ley. De allí, que de conformidad al principio de legalidad de la prueba regulado en el Art. 15 del Código Procesal Penal²³², los elementos probatorios sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones expresas que establece el Código Procesal Penal, y cuando no exista una disposición que

²²⁹Lineamientos de Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal 2009, Corte Suprema de justicia, Centro de Documentación Judicial, p.103.

²³⁰Lineamientos de Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal 2009. Ob. Cit. P. 107.

²³¹Ibídem.

²³²Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N°. 904, de fecha 02 de Diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial N°. 11, Tomo N°. 334, de fecha 20 de Enero de 1997.

determine la forma en que deberán incorporarse, el juzgador tomará en cuenta la manera en que esté prevista la incorporación de pruebas similares (Art. 162 inc. 3° Pr. Pn²³³). (Sentencia de la Sala de lo Penal, ref.500-CAS-2006, del día 6/1/2009)²³⁴.

A continuación, para mayor conocimiento, se establecerán la importancia que tiene la prueba en el proceso penal salvadoreño con la teoría de la argumentación jurídica de las sentencias penales, estableciendo las reglas de las pruebas, definiendo que es la prueba, y desarrollar los principales principios que la rigen:

Reglas de la Prueba

Las reglas de prueba son un conjunto de normas establecidas en el Código Procesal Penal de El Salvador vigente²³⁵, que regulan todo lo relativo a la forma en que se recoge, prepara, descubre, ofrece, admite, excluye, practica y valoran los medios que las partes utilizan para llevar al juez el conocimiento de los hechos que son objeto del debate en el juicio oral y sobre los cuales el juez debe tomar una decisión declarando o no la responsabilidad penal de la persona acusada y las consecuencias propias del delito²³⁶.

Las reglas de prueba regula igualmente la forma en que se debe hacer el descubrimiento de todos los actos de investigación realizado por la fiscalía y los resultados de los mismos, así como la oportunidad y forma de ofrecer los medios de prueba para la vista pública, donde se producirán para la respectiva valoración judicial, lo que resulta aplicable para el querellante,

²³³Ibídem.

²³⁴Lineamientos de Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal 2009, Ob. Cit. P. 109.

²³⁵Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.

²³⁶CALDERON, Ana Montes. ALDANA REVELO; Mirian Geraldine, BAUTISTA GONZALEZ, Jaime Enrique. *Tratado de Derecho Probatorio Penal salvadoreño* .Proyecto mejorando el Sistema de Justicia en El Salvador. USAID. Elaborado por Checchi and consulting. Proyecto de el Salvador.1ª. Edición 2012. P.5.

actor civil, y la misma defensa, en el caso de que se trato de una defensa afirmativa (Arts. 108 numeral 3, 120 numeral 4, 121, 356, 358 numeral 12 C.PP²³⁷.

Las reglas de la prueba sirven para garantizar que los medios de prueba que se recogen, preparan, descubren, ofrecen, practican y valoran sean legales, pertinentes y confiables. Dichas reglas garantizan que la prueba sobre la cual el Juez fundamentará su decisión sobre la responsabilidad penal del acusado y las consecuencias de la misma, ha sido legalmente obtenida, se cumplieron todos los procedimientos legales para su preparación y el medio que se ofrece para introducirla en el juicio es el medio pertinente idóneo, ya que el conocimiento que se le llevarán al juez sobre los hechos que son objeto del debate entre las partes ha sido obtenido en forma personal y directa, no existen impedimentos para transmitir el conocimiento y la evidencia o información que contiene es autentica²³⁸.

Las reglas de prueba controlan el poder de los jueces en la valoración probatoria y pone en pie de igualdad a las partes, porque conociendo todas las reglas que rigen el proceso penal de naturaleza adversaria de parte, pueden determinar si el juez está o no utilizando criterios diversos a las reglas que regulan cada medio de prueba y el conjunto de los mismos para tomar las decisiones, y en ese sentido podrán ejercer la facultad de impugnar la decisión Arts. 209, 213, 216, 372, 394 Inciso 1°, 397, 475 inciso 1° C.PP.)²³⁹.

Que es la Prueba

Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encamina a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos, por cada una de las pares, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosa²⁴⁰.

²³⁷Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.

²³⁸ *Ibidem.*

²³⁹ *Ibidem.*

²⁴⁰OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. editorial claridad .s.a. 1984, p.524.

Es la actividad procesal de los sujetos procesales que pretende, mediante el cumplimiento específico de requisitos de lugar, tiempo y forma y el respeto a determinados principios constitucionales y legales, convencer psicológicamente al juez de la veracidad o falsedad de las posiciones antiéticas de las partes, debiendo aquel decidir, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia, sobre la exactitud y certeza de las afirmaciones de hechos efectuados por aquellas²⁴¹.

La prueba en sentido material es el convencimiento que adquiere el juez sobre si un hecho ha quedado evidenciado, establecido o demostrado y por tanto, con base en ella puede declarar o adjudicar el derecho. La prueba en sentido formal, es el medio por el cual se practica o produce la prueba con la intermediación del juez y de las partes, bajo los principios de publicidad, concentración, contradicción, continuidad, intermediación y oralidad. Es decir es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley, mediante ella, las partes pueden aplicar el derecho a los hechos que invocan a su favor²⁴².

En un sistema procesal penal de tendencia acusatorio, de partes, como el que rige en el Salvador, en donde se tiene como fundamento básico que la fase central del proceso es en juicio, la prueba nace en fase del juicio oral, por lo que solo tiene valor de prueba la practica o introducida en el juicio oral, las actuaciones realizadas en la fase de investigación o instrucción formal carecen de valor para probar los hechos en el juicio (Art. 311 C.PP.).

La obligación de probar en un sistema acusatorio, es quien afirma algo debe probarlo, no obstante por antonomasia y en atención al principio acusatorio, cuando la fiscalía decide acusar a una persona como autor responsable de la comisión de un hecho delictivo, debe probar que el hecho existió, que es una conducta delictiva que la persona a la que acusa es autor de ese delito y que actuó con responsabilidad, el objetivo de esa acusación es que se

²⁴¹CASADO PEREZ, José María. *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño* .1ª. Edición editor Luis Vásquez López. 2000. P. 18.

²⁴²CALDERON, Ana Montes, ALDANA REVELO; Mirian Geraldine, BAUTISTA GONZALEZ, Jaime Enrique. *Tratado de Derecho Probatorio Penal salvadoreño*. Ob. cit. P.9.

declare la culpabilidad de la persona en ese hecho, por tanto la fiscalía debe ofrecer por lo menos un medio de prueba para establecer cada uno de los hechos que afirma (Art. 193 numeral 4° de la Constitución de la República de 1983, Art. 5 C.PP.)²⁴³.

Principios que rigen la Prueba

a) Libertad probatoria: Art. 176 C.PP²⁴⁴. Permite que los hechos y las circunstancias sobre la existencia del delito y la responsabilidad de la persona acusada se pueda probar no solo con los medios de prueba establecidos en el Código procesal penal Salvadoreño, sino con cualquier medio de prueba similares, ejemplo otro medio técnico científico, la condición es que el medio de prueba no viole los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Constitución de el Salvador, o que no estén prohibidos como la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo, y la hipnosis o los documentos obtenidos de un registro que se refiera a las comunicaciones entre el defensor y el imputado (Arts. 93 y 286 C.PP.)²⁴⁵.

b) Principio de Contradicción: es un sistema entre partes, este principio garantiza el derecho de la defensa a conocer desde sus inicios todos los actos de investigación y los hallazgos realizados dentro de la misma, así como la posibilidad de controvertirlos interviniendo desde su realización o formación²⁴⁶.

c) Principio de mediación: la mediación es el contacto directo del juez y las partes con los medios de prueba. En un sistema acusatorio el juzgador no inmedia la búsqueda ni la preparación de los medios de prueba pero si la practica mediante el interrogatorio y conainterrogatorio que hacen las artes, de ahí el esfuerzo de cada una para propiciar, la

²⁴³ Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.

²⁴⁴ *ibídem*

²⁴⁵ CALDERON, Ana Montes, ALDANA REVELO; Mirian Geraldine, BAUTISTA GONZALEZ, Jaime Enrique. *Tratado de Derecho Probatorio Penal salvadoreño*. Ob. cit .p.12.

²⁴⁶ *Ibídem*.

adecuada recreación de ese hecho histórico que se discute en juicio. Solo tiene valor de prueba la producida en el juicio a través del medio de prueba autorizado en el código (Arts. 311 y 367 C.PP.).

d) Principio de Concentración: implica que toda la práctica de la prueba se concentra en una sola etapa, la probatoria del juicio, la cual debe desarrollarse en forma continua garantizando el inmediato contradictorio. Esta es una etapa preclusiva, quiere decir que una vez cerrada por el juez, no puede válidamente admitirse la práctica de una prueba o de reabrirse una etapa procesal agotada, Ejemplo: en los alegatos finales²⁴⁷.

e) Principio de no Oficiosidad de la prueba: es un sistema entre partes quienes ofrecen y practican la prueba son las partes, como una manifestación del principio dispositivo respecto a la aportación de la prueba, pero además este ofrecimiento y producción probatoria debe realizarse dentro de la etapa procesal oportuna, en atención del principio de preclusión, donde el juez no tiene facultades oficiosas para decretar prueba, por cuanto ello rompería el principio de imparcialidad que debe regir su actuación y podría llevar al desequilibrio de las partes porque no existen prueba neutras y el resultado de lo ordenado por el juez podría inclinar la balanza a favor de una de ellas, que afecta adicionalmente el principio de legalidad que rige el proceso, a partir del cual cada parte procesal debe asumir los roles que le corresponden, respecto del juez “el Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (Art. 172 Inciso 1° C.P.²⁴⁸.)²⁴⁹

²⁴⁷CALDERON, Ana Montes, ALDANA REVELO; Mirian Geraldine, BAUTISTA GONZALEZ, Jaime Enrique. *Tratado de Derecho Probatorio Penal salvadoreño*. Ob. cit .P.15.

²⁴⁸ Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009 .El Salvador.

²⁴⁹CALDERON, Ana Montes, ALDANA REVELO; Mirian Geraldine, BAUTISTA GONZALEZ, Jaime Enrique. *Tratado de Derecho Probatorio Penal salvadoreño*. Ob. cit .. P.17.

2.5. INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LAS SENTENCIAS DEFINITIVAS

2.5.1. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Es una interpretación de enunciados, consiste en atribuirle sentido o significado a los enunciados jurídicos, tiene por misión esclarecer o tratar de despejar las dudas sobre el significado de un texto, también se refiere a otras operaciones, y singularmente a la identificación de fuentes del derecho.²⁵⁰

2.5.2. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Hacen referencia a los instrumentos interpretativos con los que se formula una determinada interpretación. Son directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa, así como su justificación. Estos no constituyen normas jurídicas sobre la interpretación, ni indican cómo interpretar en cada caso. Son tan solo la expresión de argumentar que se han realizado doctrinal y jurisprudencialmente a lo largo del tiempo, y que se vinculan al postulado metodológico del legislador racional. De igual forma no van referidos a ninguna disposición concreta, ni imponen un resultado interpretativo específico.²⁵¹

2.5.3. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN SEGÚN SU RESULTADO.

Interpretación Declarativa (literal o gramatical): Consiste en atribuir a una disposición su significado literal, o sea el más inmediato, tal y como se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.

²⁵⁰Rodríguez de Rivera José. *Teoría de la Argumentación*. Universidad de Alcalá, www.uah.es. consulta el 5 de noviembre de 2012.

²⁵¹GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador.: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, año 2003, p. 103.

Interpretación Correctora: Consiste en atribuir a una disposición un significado distinto de su significado común. Este significado distinto puede ser más amplio, o más restringido del literal. Cabe distinguir así entre:

Interpretación Restrictiva: Consiste en atribuir a una disposición un significado más restringido que el atribuido por el uso común.

Interpretación Extensiva: Consiste en atribuir a una disposición un significado más amplio que su significado común, de manera que cubre supuestos que según la interpretación literal quedarían fuera.

Interpretación Histórica: Consiste en atribuir a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos históricamente.

Interpretación Evolutiva (contrapuesta a la histórica): Consiste en atribuir a una disposición un significado nuevo y distinto de su significado "histórico", esta puede concebirse como una variante de la interpretación correctora, aunque lo que se corrige aquí no es necesariamente el sentido de las palabras, sino el que históricamente se ha dado a las mismas con el fin de adaptarlo a las actuales circunstancias.²⁵²

2.5.4. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS.

Problemas de contexto lingüístico.

Los problemas interpretativos más evidentes aparecen porque el lenguaje jurídico plantea dudas, es decir son problemas del contexto lingüístico. El lenguaje jurídico es un tipo especial de lenguaje común, y por tanto adolece de los mismos problemas de ambigüedad y vaguedad que afectan a este²⁵³.

²⁵²GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Ob. cit. p. 104.

²⁵³GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Ob. cit. p. 61.

Problemas de ambigüedad.

La ambigüedad se predica de las expresiones lingüísticas. Significa que puede entenderse de varias maneras, o que puede asumir significados distintos. Pero dentro de los problemas que genera la ambigüedad cabe distinguir aun varios tipos:

Ambigüedad semántica por usar términos de lenguaje común.

Ambigüedad semántica por usar términos de lenguaje común o científico, pero que puede adquirir un distinto significado en el contexto jurídico.

Ambigüedad sintáctica por la manera en que las palabras se relacionan entre sí²⁵⁴

Problemas de vaguedad e imprecisión.

En el estricto sentido la vaguedad se predica del significado de los términos o expresiones lingüísticas. Que un término o concepto es vago quiere decir que su significado es indeterminado e impreciso²⁵⁵.

Problemas de los contextos sistémico y funcional

Hay también numerosos problemas interpretativos que no obedecen al contexto lingüístico, es decir a la ambigüedad de las expresiones o a la falta de precisión de su significado. Se trata de casos en el que el significado de los textos legales puede ser unívoco y preciso, pero pueden aparecer problemas a propósito de la articulación del texto con otros ya existentes:

Problemas de redundancia.

Aparecen estos problemas cuando dos disposiciones distintas tomadas en su significado más inmediato quieren decir lo mismo. La redundancia no plantea un problema interpretativo stricto sensu, pues ante un caso de redundancia puede considerarse que el legislador

²⁵⁴Ibídem.

²⁵⁵GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Ob. cit. p. 62.

simplemente ha reiterado su mensaje, o bien puede pensarse que el legislador no se repite, y que la redundancia es una mera apariencia, de modo que mediante un esfuerzo interpretativo se termine atribuyendo a una de las disposiciones redundantes un significado diferente.

Problemas de antinomia.

Existe antinomia cuando dos normas del mismo sistema jurídico regulan un mismo supuesto de hecho de manera diferente e incompatible. La antinomia equivale pues a inconsistencia o contradicción²⁵⁶.

Problemas de lagunas.

La expresión lagunas se emplea por los juristas para referirse a aquellos casos o conductas que no se hallan reguladas por el derecho. Se afirma que existe laguna cuando según el significado que se atribuye a las disposiciones jurídicas, el ordenamiento no ha previsto una regla jurídica para un cierto supuesto de hecho.²⁵⁷

Problemas de funcionalidad.

Tampoco son problemas interpretativos stricto sensu sino problemas teleológico valorativos de aplicación de la ley que surgen cuando una disposición, cuyo significado no ofrece dudas ni es contradictorio, provoca alguna perplejidad en su aplicación literal a un caso específico, bien porque se considera que este es excepcional, bien porque han cambiado las circunstancias (por ejemplo, cambios tecnológicos o científicos no imaginados por el legislador) o los valores sociales. En estos casos se plantea la duda de si aplicar la disposición en su significado inmediato o, por el contrario, corregir ese significado para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

²⁵⁶GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Ob. cit. PP. 63 y 64.

²⁵⁷GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Ob. cit. P.65.

En general, los avances científicos y tecnológicos plantean constantemente problemas de funcionalidad al Derecho, que ha de adaptarse a la nueva situación por vía legislativa, pero también, y entretanto esto no ocurra, por vía interpretativa. Esto es lo que ha sucedido con la inclusión de los nuevos avances probatorios en la escueta lista de medios de prueba tradicionales, que ha permitido, por ejemplo, introducir en el proceso como documentos la aportación de cintas magnetofónicas. Y piénsese, en fin, en el reto que supone para el Derecho el vertiginoso desarrollo de la tecnología informática, un Derecho no pensado para regular los problemas que surgen como consecuencia de esos nuevos avances²⁵⁸.

²⁵⁸GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Ob. cit. p. 66

CAPITULO III

LA ARGUMENTACION JURIDICA EN LA MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS PENALES EN EL SALVADOR

SUMARIO. 3. Consideraciones previas; 3.1. La Motivación de las resoluciones judiciales en El Salvador; 3.1.1. Breves apuntes históricos sobre el deber de motivación; 3.2. Doctrinas jurídicas y la Argumentación Jurídica de la motivación de las Sentencias Penales; 3.3. La argumentación jurídica de la motivación de las sentencias penales; 3.4. Estructura de la motivación fáctica y motivación jurídica según la doctrina en las sentencias penales; 3.5. Motivos de hecho y de derecho según el art. 144 del Código Procesal Penal; 3.6. Estructura de la motivación de las sentencias penales según la sala de lo penal: Motivación Fáctica, Jurídica, Descriptiva e Intelectiva; 3.7. Argumentación y sentencia; 3.8. La tutela judicial efectiva como un método de argumentación jurídica; 3.9. Fundamento constitucional de la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales según la sala de lo constitucional; 3.10. Las teorías causalista del delito y finalista del delito que orientan la argumentación jurídica de las sentencias; 3.10.1. La teoría causalista: definición y características; 3.10.2. Características esenciales del causalismo; 3.10.3. La teoría finalista; 3.10.4. Características básicas del finalismo; 3.11. Análisis de la sentencia definitiva con referencia 229-CAS-2006.

3. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el presente capítulo se desarrollará la motivación de las resoluciones judiciales como una exigencia primaria del modelo político democrático, haciendo una breve historia sobre la motivación de las resoluciones judiciales; desde el reinado de Fernando IV de España, hasta llegar, a la constitucionalización del deber de motivar las sentencias según lo establece el Art. 120.3 de la Constitución Española actual; luego se hará mención de las tres doctrinas jurídicas que se relacionan con la motivación de las sentencias penales, las cuales son: la Describicionista; Justificcionista y la Cognoscitivista, su desarrollo en el Código Procesal Penal

Salvadoreño; para luego abordar el tema de la estructura de la motivación fáctica y jurídica, según la doctrina en las sentencias penales, en este acápite se desarrolla la fundamentación y la argumentación de la sentencia, el razonamiento judicial como una herramienta técnica de los procedimientos lógicos de raciocinio. Posteriormente se hará un análisis de los motivos de hecho y derecho según el Art. 144 del Código Procesal Penal Salvadoreño; para que luego se desarrolle la estructura de la motivación de las sentencias penales según la Sala de lo Penal: Motivación fáctica, jurídica, descriptiva, e intelectual; en este apartado la Sala de lo Penal examina la fundamentación y argumentación de las sentencias, desde el punto de vista general y jurisprudencialmente, citando para ello resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal.

En el acápite relacionado con argumentación y sentencia se hace un análisis de la Argumentación judicial a la luz de lo manifiesto del profesor Manuel Atienza, en el sentido de destacar características modélicas del juez, en una construcción ideal, que están presentes en el razonamiento judicial, así mismo establece reglas de comportamiento de los Jueces en la argumentación judicial; según Atienza distingue tres concepciones o formas de ver la argumentación judicial: Concepción formal, material y pragmática.

Como consecuencia de lo anterior, surge el acápite relacionado con la argumentación jurídica de la motivación de las sentencias penales, en la cual se establece un concepto de argumentos y sub argumentos para construir premisas que hagan defendible la conclusión contenida en la decisión judicial. Estableciéndose como argumento central que las decisiones judiciales deben solucionarse mediante decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico; luego se desarrolla un aspecto que es importante en el tema de la argumentación jurídica de las sentencias penales, cual es, la tutela judicial efectiva como un método de argumentación en las sentencias, estableciéndose los fundamentos constitucionales relacionados con la obligación de fundamentar la decisión judicial.

Así mismo se incluye el acápite relacionado con el fundamento constitucional de la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales, según la Sala de lo Constitucional; luego

se hace un análisis de la teoría causalista y teoría finalista del delito, que orientan de alguna forma al juez para una mejor argumentación jurídica de las sentencias, estableciendo su definición, características, y para concluir el presente capítulo se hará un análisis de la sentencia definitiva con Ref. 229-CAS- 2006.

3.1. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL SALVADOR

3.1.1. BREVES APUNTES HISTÓRICOS SOBRE EL DEBER DE MOTIVACIÓN

La motivación de las resoluciones judiciales es una de las exigencias primarias del modelo político democrático²⁵⁹. Entre las exigencias básicas de la democracia al poder judicial, y específicamente a la función del juez en el momento de administrar justicia, está la de motivar y justificar las sentencias. Ésta constituye una garantía pública del Estado de Derecho democrático, que se traduce precisamente en la transparencia de sus actos a través del conocimiento por parte de la población y las partes del contenido de dichas decisiones.

El órgano judicial está doblemente llamado a motivar sus sentencias: por un lado, para dar a conocer las razones que lo llevaron a adoptar tal convicción, lo cual permitirá entre otras cosas, ser controlado; y por otro, para legitimar su función. El acceso a la información jurídica, en el caso de las sentencias de los jueces, constituyen no solo exigencias de la democracia, sino un derecho fundamental de las sociedades y de los individuos. La legitimidad democrática

²⁵⁹La Sala de lo Penal de la Corte Suprema Justicia de El Salvador, jurisprudencialmente ha dicho... en un sistema democrático, la inadecuada o falta de fundamentación de un fallo no solo hará procedente que las partes recurran en su contra, sino que además cabrá la crítica pública, pero argumentada y documentada las sentencias, lográndose con ello que opere el control de la socialización de la sentencia que conduce a aceptar como legítimas a aquellas que importan la particularización de la ley para resolver un conflicto específico basado en hechos razonablemente establecidos (Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref.12-CAS-2006 ; del día 27/6/2007). -Corte Suprema de Justicia, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; 1ª. Edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador, 2008; p.26.

del órgano judicial se manifiesta en que los jueces, motiven, razonen y fundamenten sus sentencias²⁶⁰.

Su historia está relacionada dependiendo de la forma dominante del Estado según cada época, es decir, al tipo de modelo de proceso penal aplicado; la historia de la motivación de las decisiones de los jueces se encuentran impregnadas de autoritarismo o democracia, a que han sido sometidas en diversas sociedades No cabe duda de que es así cuando se trata de un poder, de cualquier modo, absoluto; porque el Estado se desequilibra y debilita, si los hombres se consideran capacitados para debatir y disputar entre sí, acerca de los mandatos de aquel, Pero tampoco el Estado democrático, se ve libre de esa forma de atavismo, seguramente genético. De ello da buena cuenta la conocida propensión al secreto imperativo de motivar las resoluciones judiciales cuando éste ha hecho acto de presencia en algún texto legal.²⁶¹

El deber de motivar las decisiones judiciales data del 27 de septiembre de 1774, durante el reinado de Fernando IV, España; la motivación de las sentencias da un salto de calidad con la revolución francesa de 1789, obteniendo un rango constitucional por medio del Art. 208 de la Constitución Francesa de 1795; pasando a ser regulada por el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, y de esta manera se transmite al resto de países de Europa

Aunque se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en la Eclesiástica de la Santa Inquisición y antes aún en la de los magistrados romanos, el principio de la obligación de *rederationem* de las decisiones judiciales, y específicamente de las sentencias, es rigurosamente moderno. Encarecida por Bacon y después por el pensamiento ilustrado, la obligación fue sancionada por primera vez en la pragmática de Fernando IV, de 27 de septiembre de 1774; después por el Art.3 de la *Ordennance Criminale*

²⁶⁰BENITEZ GIRALT, Rafael. *El papel del Juez en la Democracia, un acercamiento teórico*.1ª. Edición. --San Salvador., El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006, p. 79.

²⁶¹IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: *Valoración de la Prueba en el Proceso Penal*. Ob. cit. Pp.84 y 85.

de Luis XVI del primero de mayo de 1788; posteriormente por las leyes revolucionarias de 27 de agosto y 27 de noviembre 1790 y por el Art. 208 de la Constitución Francesa de 1795, y por fin, recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos²⁶².

El moderno proceso penal acusatorio francés influyó rápidamente el derecho Eurocentrista, por Ejemplo, esta incidencia apareció en el Art. 87 de la Ley Provisional de enjuiciamiento criminal Española, del 22 de diciembre de 1882, que ordenaba a los jueces aplicar una serie de reglas en la estructura de sus sentencias pronunciadas, tales como la siguiente: “2ª.) Se consignaran en resultandos numerados los hechos que se estimar en probados y estuvieren enlazados en todas las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo”, y la regla 4ª. Que ordenó denominar cada párrafo de la sentencia como considerando, debiendo los mismos contener: “primero: los fundamentos de la calificación legal de los hechos que se hubieren estimados probados...Segundo: Los fundamentos de la calificación legal de la participación que en los referidos hechos hubiere tenido cada uno de los procesados²⁶³.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, vigente en cierta forma hasta la fecha²⁶⁴; el deber de motivar los autos se regula en el inciso final del Art. 141; y el ordinal 4 del Art. 142 exige consignar en las sentencias los fundamentos doctrinales y legales sobre: 1º) Calificación jurídica de los hechos probados; 2º) participación de los procesados; 3º) circunstancias atenuantes, agravantes y eximentes; y 4º) responsabilidad civil, costas y querrela calumniosa. En 1978 se estableció en el Art.120.3 de la Constitución Española²⁶⁵que: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública” con todo,

²⁶²FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Ob. cit. P.622.

²⁶³PEDRAZ PENALVA, Ernesto.“*Motivación y control de las resoluciones jurisdiccionales*”.En revista de ciencias jurídicas. Derecho constitucional. Derecho Penal. Educación Jurídica. Año 1. No. 4, Noviembre; Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial; San Salvador; El Salvador; 1992: p.51.

²⁶⁴LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA. (Con sus múltiples reformas al día de hoy); promulgada por real decreto de 14 de septiembre de 1882; publicado en la Gaceta de Madrid, del 17 de septiembre al 10 de octubre de 1882.

²⁶⁵ Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los diputados y del senado, celebrados el 31 de octubre de 1978. Ratificado por el pueblo Español en referéndum del 6 de diciembre de 1978.sancionada por El Rey ante las cortes de 27 de dic. De 1978.

es una evidencia que la Constitucionalización del deber de motivar las sentencias (Art. 120.3), a partir de 1978 y por primera vez en nuestra experiencia, ha significado un cambio de paradigma. En efecto, en nuestro país, como en otros del entorno la primera aparición del deber de motivar responde prioritariamente a exigencias de carácter político: se busca en él una garantía frente al arbitrio²⁶⁶.

3.2. DOCTRINAS JURIDICAS Y LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LA MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS PENALES

Existen tres doctrinas jurídicas en relación a la motivación de las sentencias.

La primera doctrina es la que se denomina describicionista, la cual concibe a la motivación como una descripción del *iter* lógico- jurídico de la decisión tomada. Esta misma doctrina es aplicada por la sala de lo penal en nuestro país, al decir: “La fundamentación constituye un requisito sustancial de las sentencias, y si ésta no describe el inter lógico que ha formado el convencimiento del tribunal, así como las razones, y el sustento probatorio de cada decisión, aquella se torna nula por falta de motivación. Art. 130, 362 numeral 4 del C.P.P.” (Es de aclarar que los artículos mencionados son del Código Procesal Penal derogado, actualmente se encuentran en los Arts. 144 y 400 numeral 4 del Código Procesal Penal vigente)²⁶⁷.

La segunda doctrina que se conoce como justificacionista, en la que se aborda a la motivación como una justificación interna y externa en la decisión judicial; se ha distinguido dos planos dentro del área de la justificación, uno interno, del que debe resultar que existe una relación

²⁶⁶IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: Guía de trabajo para los textos de apoyo del curso: *Valoración de la Prueba en el Proceso Penal*. Ob. cit. p.85.

²⁶⁷Sentencia de la Sala de lo Penal CSJ de El Salvador; Ref.409-CAS-2004, del 8/11/2005. Consulta el 14 de noviembre del año 2012, en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/jlibre.htm>(sitio web del centro de documentación judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador)

de coherencia entre las premisas que vertebran la sentencia y la conclusión. Y otro externo, que mira a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas²⁶⁸.

Una tercera doctrina que se conoce como cognoscitivista creada por Luigi FERRAJOLI, las motivaciones un acto cognoscitivo, pues: "... la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas"²⁶⁹.

Estas tres doctrinas de la motivación de las sentencias son identificadas en la opinión doctrinal siguiente: "...Cabe preguntarse acerca del contenido de la motivación. Tradicionalmente se han perfilado dos propuestas. Una primera lo identifica con la individualización del *iter* lógico- jurídico mediante en el que el Juez ha llegado a su decisión; el punto de vista que atribuye a la motivación un carácter más bien justificativo, que opera como racionalización a posteriori de la decisión previamente tomada. Ferrajoli ha reclamado recientemente para la actividad motivadora del juez un estatuto esencialmente cognoscitivo, único que puede conferir a la decisión judicial legitimidad política y validez desde el punto de vista epistemológico y jurídico..."²⁷⁰.

3.3. LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LA MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS PENALES

Otro elemento esencial de la motivación de las resoluciones judiciales es su argumentación jurídica, con la cual se fundamenta cada uno de sus tipos (fáctica, jurídica, probatoria). La argumentación jurídica es en conjunto de argumentos y sub argumentos interconectados para

²⁶⁸ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, y ALEXY, Robert. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. 1ª. Ed., Universidad Nacional Autónoma de México.2006. P.37

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón . Teoría del Garantismo Penal* . Ob. cit., p.623.

²⁷⁰ IBAÑEZ, Perfecto Andrés: Guía de trabajo para los textos de apoyo del curso: *Valoración de la Prueba en el Proceso penal*. Ob.Cit; p.88.

construir premisas que hagan defendibles la conclusión contenida en la decisión judicial, Podemos definir la noción de argumentación como aquel texto argumentativo en el que encontramos una gran cantidad de argumentos y sub argumentos enlazados, de manera tal que algunos de ellos resultan el fundamento, para la adopción de las premisas de otros de los argumentos que la componen.

En toda argumentación encontramos uno o varios argumentos cuya conclusión es la tesis central que se pretende defender, y una cantidad variable de otros argumentos cuyas conclusiones son las premisas que se emplean aquellos²⁷¹. Otra opinión doctrinal sobre la argumentación jurídica es la siguiente: la teoría de la argumentación jurídica (TAJ) se orienta al estudio de la argumentación a partir de las normas jurídicas. La teoría de la argumentación jurídica se ocupa, por tanto, de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico²⁷²

En las decisiones judiciales el argumento central debe responder el cómo debe solucionarse la controversia planteada, esta solución puede consistir tanto en darle la razón a una de las partes sobre algún punto planteado durante el proceso, como en el fallo de la sentencia definitiva, se pueden hacer algunas recomendaciones generales que se deben tener en cuenta para reconstruir la argumentación contenida en una sentencia judicial. En primer lugar puede resultar de utilidad tener en cuenta las cuestiones (o preguntas) que habitualmente se deben resolver en una sentencia.

Las preguntas que permiten reconstruir el argumento central se puede formular en términos generales de la siguiente manera: como se debe solucionar la cuestión que motivó el proceso? Antes de comenzar la tarea de reconstrucción habrá que precisar qué tipo de caso es el que se ha planteado en la sentencia a analizar. La respuesta que se ofrezca para esta

²⁷¹BONORINO, Pablo Raúl. *La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual*. Ob. cit. p.27.

²⁷²GASCON ABELLAN, Marina, y otros. *Interpretación y Argumentación Jurídica*". Ob. cit.

pregunta ubicada en la parte resolutive en la sentencia, es la conclusión del argumento central²⁷³.

Luego de inferirse la conclusión, ésta debe revestirse de los enunciados normativos que contienen, como soluciones, las consecuencias jurídicas originadas por los hechos controvertidos; en este sentido, la técnica de la argumentación recomienda transcribir el artículo (o artículos) utilizados como premisas normativas, una vez identificada la conclusión, y teniendo en cuenta que en una sentencia se debe aplicar el derecho, para resolver la cuestión central, se debe identificar (él o los) enunciados normativos que constituyen una parte fundamental del conjunto de premisas del argumento central...Al reconstruir su argumentación debemos utilizar la formulación completa del enunciado normativo que se nombra la sentencia, pues es ella- y no su nombre- la que cumple la función de premisa²⁷⁴.

En la argumentación jurídica en enunciado establecido como premisa fáctica representa la existencia de los hechos, de los cuales sólo tienen importancia en el procedimiento lógico de reconstrucción aquellos hechos constitutivos de supuestos jurídicos, contenidos previamente en la norma aplicable, pero los hechos no ingresan en el proceso como entidades naturales, como porciones de bruta realidad en bruto.

La aptitud de los datos empíricos para integrar la cuestión fáctica, el *theman probandum* de un eventual proceso se debe a la razón, es decir, son relevantes, para el derecho; que por eso, los ha preseleccionado en abstracto como integrante del supuesto de hecho de alguna norma, asociando a ello consecuencia jurídica para el caso de que llegaran a producirse en concreto.

Es lo que, a su vez determina que pueda nacer en alguien el interés por afirmar y probar su existencia o su inexistencia. De esta manera y por esta vía es como los hechos pueden llegar a adquirir estatuto procesal, es decir, al ser contenido de ciertos enunciados, como materia

²⁷³BONORINO, Pablo Raúl. *La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual*. Ob. cit.p.23.

²⁷⁴BONORINO, Pablo Raúl. *La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual*. Ob. cit. p Pp. 23 y 24.

semántica y, siempre, porque se les tiene por jurídicamente relevantes²⁷⁵. Debe saberse identificar en la argumentación todos sus elementos, ya que “... Sólo debemos introducir... los enunciados que cumplen la función de premisas o conclusiones, pues son los únicos relevantes para determinar la solidez de la argumentación.”²⁷⁶

Para finalizar, una vez elegidas las premisas del argumento central, éstas deberán desarrollarse con sub argumentos. La Argumentación jurídica tendrá mayor o menor nivel de dificultad de acuerdo a la contradicción opuesta por cada una de las partes, y además, por el objeto específico de la controversia, de ahí se deriva el papel fundamental desempeñado por los argumentos de la defensa y acusación, así como de los medios de prueba para acreditar dichos argumentos, pues las intervenciones contradictorias acreditadas deben tener una incidencia activa en la formación de la convicción judicial,²⁷⁷ de esa manera el o la juez deberá enfocar su esfuerzo de reconstrucción argumentativa en las cuestiones más polémicas suscitadas entre las partes, identificadas las premisas del argumento central lo que queda por hacer es identificar los argumentos con los que se apoyan dichas premisas, y las premisas de esos argumentos si las hubiere.

En algunos casos las partes discuten entorno a la verdad o falsedad de la premisa fáctica, en otros sobre la conveniencia de emplear ciertas normas jurídicas en lugar de otras, o incluso sobre cómo deben ser interpretados los enunciados normativos relevantes. Las sentencias judiciales reflejan de manera indirecta estas discusiones. Aquellas cuestiones que no generaron polémica durante el proceso no suelen requerir extensas argumentaciones del juez cuando las resuelve.

Pero aquellas en donde se produjeron desacuerdos profundos entre las partes, con la consiguiente formulación de argumentaciones en sentidos opuestos, exigen del juez o

²⁷⁵IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; Guía de Trabajo para los Textos de Apoyo del Curso: *Valoración de la prueba en el proceso penal*. Ob. Cit.; p.150.

²⁷⁶BONORINO, Pablo Raúl. *La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual*. Ob. Cit.; p.24.

²⁷⁷IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: *Valoración de la prueba en el proceso penal*. Ob.Cit.;p.149

tribunal un desarrollo más amplio. Esto se traduce en una gran cantidad de sub argumentos y en la proliferación de distintos niveles en seno del argumentación²⁷⁸, siguiéndola valoración de los medios de prueba según las reglas lógicas, psicológicas y máximas de experiencia de la sana crítica. Al respecto se cita el siguiente criterio de la Sala de lo Penal:

“La argumentación de las resoluciones judiciales, como tal, supone entre otras cosas la expresión de la valoración probatoria que le merece a quo cada uno de los elementos de prueba que vertió en el juicio, siendo necesario que éste exprese a través de un análisis lógico, conforme a las reglas de la sana crítica y sobre la base de los mismos niveles de intelecto judicial que el momento procesal demanda, la acreditación o no que le merece cada uno de los elementos de cargo y de descargo, no siendo necesario que dicho estudio se exhaustivo, ya que el deber de motivación no exige al juzgador una determinada extensión, intensidad y alcance en el razonamiento empleado. (Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador; ref. 339-CAS-2006, del día 27/3/2007)”²⁷⁹.

3.4. ESTRUCTURA DE LA MOTIVACION FACTICA Y MOTIVACION JURIDICA SEGÚN LA DOCTRINA EN LAS SENTENCIAS PENALES

La doctrina plantea el esquema de la motivación de las resoluciones judiciales dividido en la motivación fáctica y la motivación jurídica; en virtud de la primera, el o la juez elabora un juicio sobre la verdad o la falsedad de los enunciado de los hechos no en el sentido ontológico, sino de enunciados sobre hechos de lo que se trata en el proceso. Y, así, los valores de verdad o falsedad solo pueden predicarse de las correspondientes aserciones. Los hechos como tales

²⁷⁸BONORINO, Pablo Raúl. *La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual.*; Ob. Cit p.24.

²⁷⁹*Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal.* Centro de documentación judicial .San Salvador 2007; ob. cit. P.22

no son verdaderos ni falsos, habrán o no tenido existencia real y en función de ello, las relativas afirmaciones guardarán o no relación de correspondencia con la realidad²⁸⁰.

Por medio de su reconstrucción jurídica mediante la sana crítica de la valoración de la prueba, dado que “las operaciones lógicas que integran el juicio de hecho tienen para el juez como punto de partida los hechos alegados o afirmados por las partes. En relación a estos puntos, el juez debe realizar una inferencia inductiva que tendrá como premisa los resultados de su análisis crítico de la actividad probatoria de las partes²⁸¹,

La motivación jurídica es la operación mental en donde el juez realiza una subsunción de los hechos en el derecho, para el caso de la sentencia penal el juez hace un examen de los elementos objetivos (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), y subjetivos del delito (dolo y culpa); así mismo de la pena impuesta, sus agravantes y atenuantes, eximentes de responsabilidad penal, la responsabilidad civil y todo lo oportunamente alegado por las partes en la audiencia oral.

La fundamentación jurídica, corresponde al análisis de la calificación jurídica, de la conducta desplegada por el acusado, así como la discusión sobre categorías del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; y la fundamentación de la pena, se dedica al estudio de los parámetros que de acuerdo con la ley corresponde definir sobre la naturaleza y el quantum de la sanción a imponer. Sobre esta línea de pensamiento es que se estatuye en el Art.144 C.P.P.²⁸²

El razonamiento judicial de la motivación fáctica y motivación jurídica tiene como herramienta técnica los procedimientos lógicos de raciocinio (deducción, inducción, análisis y síntesis); y en este sentido de conformidad a la doctrina del garantismo penal, la motivación fáctica y

²⁸⁰IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: Guía de trabajo para los textos de apoyo del curso: *Valoración de la Prueba en el Proceso penal*. Ob.Cit. p.151.

²⁸¹Ensayos No.1. *Tres temas fundamentales sobre la fase inicial del Proceso Penal*. Escuela De Capacitación Judicial- CNJ.1ª. Ed. San Salvador. El Salvador. 1999. P.458.

²⁸²Sentencia de la Sala de lo Penal. CSJ de El Salvador; Ref. 123-CAS-2006 del día 9/2/2007-Corte Suprema de Justicia. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal*. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007. P.43.

jurídica se integran mediante tres tipos de inferencias: Una inferencia inductiva, Una deductiva y Un silogismo práctico.

En lo que respecta a la formulación del juicio de derecho, Perfecto Andrés Ibáñez, inspirado en la obra de Ferrajoli, expresa que frente a la representación del modo de razonar del juez con un silogismo perfecto, cuyo exponente clásico fue Beccaría, en el mismo hay no una inferencia, sino tres, una inferencia inductiva, que tiene como premisas el resultado de la actividad probatoria; una inferencia deductiva, que tiene como premisa la anterior afirmación de hecho y un precepto, en este caso el Código Penal, y un silogismo práctico que integra la parte dispositiva, cuyas premisas son normativas y cuya conclusión, es también una norma para el caso concreto".²⁸³.

De acuerdo con lo anteriormente planteado, para que el Juez haga una adecuada motivación fáctica y jurídica, éste debe de cultivar su pensamiento lógico, teniendo para ello la necesidad técnica de aprender a manejar los temas relativos al modo de operar el principio de la razón suficiente en el derecho²⁸⁴, la teoría de la norma jurídica, cálculo de proposiciones, tipo de implicaciones usuales en el derecho, control de la logicidad, interpretación extensiva y analógica, relación entre el imputado y la víctima, máximas de experiencias, reglas de la sana crítica y otros muchos temas más.

No debe soslayarse que la sentencia en cuanto contiene la operación intelectual del juzgador, dirigida a dar como resultado la formulación de una conclusión verdadera como fallo, debe corresponder a una relación concatenada y coherente de conceptos, juicios, raciocinios, y argumentaciones que, en el tránsito a la conclusión final, debe estar precedido por las leyes,

²⁸³Ensayos No.1. *Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal*. Escuela de Capacitación Judicial- CNJ.1ª. Ed. San Salvador. El Salvador. 1999; ob. cit.; p.489.

²⁸⁴Acerca del principio de razón suficiente, se sugiere la consulta de las sentencias de la Sala de lo Penal de la C.S.J.de El Salvador siguientes: Sentencia 353-CAS-2004 ; del día 24/8/2005; 393.CAS-2004, del día 7/6/2005; 566-CAS-2005, día 25/5/2007. Consulta realizada el día 14 de noviembre del 2012. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/jlibre.htm>(sitio web del centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador)

formas y modos del correcto pensamiento humano, lo que se denomina como lógica²⁸⁵, los cuales se hacen necesarios para una tarea tan complicada como es la de ser Juez, en la cual se requiere una constante capacitación de la teoría de la argumentación jurídica, relacionada con la teoría y práctica de la función de dictar sentencias penales.

3.5. MOTIVOS DE HECHO Y DE DERECHO SEGÚN EL ART. 144 DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Motivación es la acción y efecto de motivar, y motivar significa dar causa o motivo para algo. Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo.²⁸⁶El motivo jurídico es la causa, razón o fundamento de un acto. El motivo será jurídico cuando se refiere a acto de esa índole, no se concibe ningún acto, inclusive los que tengan configuración delictiva, que no obedezca a una motivación²⁸⁷.

Las anteriores definiciones gramaticales contribuyen a comprender mejor el esquema de la motivación de las resoluciones judiciales, regulado en el Art. 144 Inciso 2 del Código Procesal Penal, que dice:” la fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas...”, esta estructura de motivos de hecho y de derecho fueron propuestos en el Siglo XIX por la Comisión de codificación de proyectos de la ley Española, para facilitar el recurso de casación.

Para preparar y facilitar en su caso el recurso de casación las sentencias definitivas habían de dividirse en dos partes: en la primera se consignaría el resultado de la causa con la declaración de la existencia del hecho punible, sus circunstancias y la participación que en él

²⁸⁵Sentencia de Casación; Sala de lo Penal de la C.S.J .de El Salvador ; Ref. 257-CAS-2007, del día 4/8/2007. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal*. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007; ob. cit. P.28.

²⁸⁶*Diccionario de la Real Academia de la lengua Española*. 23ª. Ed. ESPASA CALPE, S.A. España, 2010.

²⁸⁷OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* . prologo del Doctor Guillermo CABANELLAS. 22ª. Ed. Matu Cromo, S.A. Ed. Espasa Calpe S.A. España; 2001.

hubiere tenido cada uno de los acusados, y en la segunda, con la exposición de las razones correspondientes, se declararían el delito que constituyese según la ley, el hecho afirmado en la primera parte se haría la calificación legal de la participación que en el mismo hecho hubiera tenido cada uno de los procesados y se señalaría la pena a cada cual le correspondiera, de este modo no se confundiría nunca la parte de la sentencia que podría ser impugnada como punto de derecho en el recurso de casación, con lo que era firma e irrevocable como punto de hecho²⁸⁸.

3.6. ESTRUCTURA DE LA MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS PENALES SEGÚN LA SALA DE LO PENAL: MOTIVACIÓN FÁCTICA, JURÍDICA, DESCRIPTIVA E INTELECTIVA

La Sala de lo penal de El Salvador examina la fundamentación de las sentencias bajo la estructura dividida en motivación, Fáctica, Jurídica, Descriptiva e Intelectiva. En cuanto a la motivación en general, algunos criterios jurisprudenciales utilizados por esta sala, la consideran como una operación lógica realizada por el juzgador sentenciador, en la cual además de explicar las razones de su convencimiento en relación a la participación del imputado en el delito atribuido; posibilita el control judicial de esa decisión por el lado de los recursos antes las instancias superiores.

La motivación de las decisiones judiciales, como garantía constitucional, consiste en una operación lógica mediante el cual el tribunal sentenciador explicara claramente el proceso mental que lo ha llevado a entender como probada, la participación del imputado en el hecho atribuido, de manera que sea posible el control de la resolución pro parte de un tribunal superior, todo ello en aras de potenciar la seguridad jurídica. Conforme a ello, la motivación, incluye, la obligación de justificar la calificación jurídica, la pena impuesta, conjugando en

²⁸⁸PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Motivación y Control de las Resoluciones Jurisdiccionales*. Ob. cit. p.47.

dicha labor intelectual, sustentada en un razonamiento lógico y jurídico, los elementos de prueba que lo llevan, si es el caso a enervar la presunción de inocencia²⁸⁹.

La sala de lo Penal en su jurisprudencia ha señalado que en la motivación fáctica se establecen los hechos, reconstruidos mediante la prueba aportada de forma lícita en el proceso. La Motivación jurídica es la adecuación o no de esos hechos en el derecho; la fundamentación fáctica, determina la plataforma fáctica (hechos probados); conformado con el establecimiento de los hechos que positivamente se tengan como demostrados de conformidad con los elementos probatorios que han sido introducidos legalmente en el debate. Fundamentación jurídica, el juzgador realiza la tarea de adecuar o no el presupuesto de hecho al presupuesto normativo²⁹⁰.

En la sentencia el tribunal solo puede tener como elementos necesarios en la formación de su convicción judicial los hechos comprobados, por tanto, son relevantes para la calificación jurídica aquellos hechos acreditados mediante prueba legal, pertinente e idónea ,reflejados mediante una motivación probatoria ; la cual está dividida en una motivación descriptiva, referida a describir cada uno de los medios de prueba y los elementos de juicio aportados por los mismos; y en una motivación intelectual, que valora la prueba de forma interrelacionada y conjunta.

La necesidad y el deber de que los hechos acreditados en la sentencia tengan sustento en la prueba legalmente incorporada al juicio, es lo que se denomina fundamentación probatoria, la cual a su vez se divide en dos: fundamentación descriptiva y fundamentación intelectual. La fundamentación probatoria descriptiva obliga al juez a señalar en la sentencia, uno a uno, cuáles fueron los medios probatorios conocidos en el debate y en su caso, el contenido de los mismos. Luego el tribunal la obligación de expresar en la sentencia la fundamentación

²⁸⁹Sentencia de Casación de la Sala de lo penal de la C.S.J.de El Salvador .ref.507-CAS-2006, del día 23/4/2004 . *Líneas y Criterios Jurisprudenciales, Sala de lo Penal 2007*; ob.cit.; p.20.

²⁹⁰Sentencias de Casación de la Sala de lo penal. de la C.S.J.de El Salvador ref.94-CAS-2006, del día 14/5/2007. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales, Sala de lo Penal 2007*; ob.cit.; p.33.

probatoria intelectual que es la apreciación de los medios de prueba y su vinculación con el resto de elementos de juicio obtenidos de otros medios de prueba²⁹¹.

Según la jurisprudencia de la sala de lo penal, la motivación descriptiva y motivación intelectual tienen como finalidad permitir el control de logicidad, la finalidad de dichos requisitos, incide en la estructura de los razonamientos que justifican el fallo, para determinar, que cada conclusión es derivada del material probatorio, y consecuentemente se constituye en estos, la razón suficiente de la decisión²⁹². Si faltare la motivación fáctica, o, es insuficiente; o ,falta la motivación descriptiva por no haberse analizado el conjunto de las pruebas que desfilaron en vista pública, en el cual se explique cada medio probatorio de manera separada; o falte la motivación intelectual por ausencia de síntesis en la valoración de dicha prueba, o ,siendo debidamente incorporado y acreditado un elemento de juicio esencial para el proceso, es omitido o ignorado por el tribunal, todas estas situaciones son vicios de la sentencia que habitan interponer el recurso de apelación ante las cámaras de segunda instancia, según lo establece el art.400 n°4 C .P.P.

De tal manera que si se omite el hecho histórico habrá falta de fundamentación fáctica; si hay defecto en el resumen o relación de la prueba y de su contenido, hay falta de fundamentación probatoria descriptiva; y si hay omisión de valoración de la prueba, habrá falta de fundamentación probatoria intelectual: Así mismo el tribunal valoro prueba, pero aplico indebidamente las reglas de la sana critica dándose una fundamentación intelectual insuficiente o legítima²⁹³.

²⁹¹Sentencia de Casación .Sala de lo Penal de la C.S.J. de El Salvador; Ref.327 CAS 2004,del día 25/2/2005.Consultada el 15 de noviembre de 2012 sitio web.
<http://www.jurisprudencia.gob.sv/jlibre.htm>(centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador)

²⁹²Sentencia de Casación; Sala de lo Penal de la C.S.J.de El Salvador; Ref. 296-CAS-2004, del día 16/7/2007 . *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal*. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007; ob. cit. P.26.

²⁹³Sentencia de Casación; Sala de lo Penal de la C.S.J.de El Salvador; Ref. 94-CAS-2006, del día 14/5/2007”. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal*. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007; ob. cit. P.33.

3.7. ARGUMENTACION Y SENTENCIA

Aquí me ocuparé, concretamente, de la argumentación jurídica y en especial de la argumentación judicial,²⁹⁴cuyo objeto es el razonamiento justificativo” que realizan los jueces “a favor del carácter correcto o aceptable de sus decisiones”, como aclara Manuel Atienza, “las razones que permitirían explicar (a través de un estudio de tipo psicológico, sociológico, ideológico, etc.) esas decisiones”²⁹⁵.

Toda sentencia si bien representa una expresión del proceso mental de su autor, que precede al fallo formal, es apenas una pequeña muestra de ese proceso, en ocasiones tan exigua que resulta imposible evidenciar las verdaderas razones que llevaron al juzgador a decidir en un sentido y no en otro. Esa pequeña muestra del complicado y difícil proceso mental que conduce al juez a dictar una decisión, es lo que se estudia desde el punto de vista de la argumentación, ya que ella contiene todos los elementos que a ésta interesan, aun cuando, no pocas veces del resultado de la evaluación argumentativa que de ella se haga afloran las razones que el autor se guardó²⁹⁶.

Desde luego que un estudio del fallo bajo el punto de vista de la argumentación puede conducirnos a encontrar indicios de que, en no pocos casos, las premisas que obran formalmente como sustento de la decisión no sirven más que para encubrir los motivos y las razones que reposan en la psiquis del juzgador y que, por alguna razón, éste no puede o no quiere ofrecer como legítimas en el plano formal de la sentencia. En otras ocasiones nos ofrece la prueba del desorden mental de quien produce la sentencia, pudiendo ser revelador de ignorancia o desconocimiento de la materia tratada, del expediente o de ambas cosas a la vez, con o sin razones ocultas.

²⁹⁴ ATIENZA Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona. 2006.p.1

²⁹⁵ ATIENZA Manuel. *Argumentación y Legislación*. Material fotocopiado entregado en el Curso de Postgrado en Argumentación Jurídica. 3ª Edición. Alicante. España. 2006.

²⁹⁶ *Ibidem*.

Por lo tanto, sin proponérselo, la teoría de la argumentación jurídica y el estudio de la argumentación judicial en especial, pueden ser aliados interesantes de las disciplinas que como la psicología, la sociología o la politología, podrían abordar el examen y encontrar la explicación de las razones ocultas de esas decisiones²⁹⁷.

Desde el contexto institucional, de la aplicación del derecho, Atienza²⁹⁸ destaca cuatro características modélicas del juez, en una construcción ideal, que están presentes en el razonamiento judicial y lo diferencian del razonamiento legislativo, entre otros, pese a que tales características no coincidan con el comportamiento de los jueces, tal como los conocemos, a saber:

- 1) Los jueces son funcionarios independientes, expertos en derecho, no responsables políticamente, que desarrollan su función de manera estable. Los jueces no representan ningún interés de algún sector o clase social y por lo tanto están regidos por el principio de imparcialidad.
- 2) Por lo general, los jueces actúan como órganos unipersonales o en el contexto de órganos colectivos formados por pocos miembros. De allí que en la mayoría de sus decisiones se alcanza un consenso por la vía deliberativa.
- 3) En cuanto al tipo de argumentación, el modelo básico utilizado por los jueces es el de la subsunción. Es decir, lo que se trata es de establecer si determinados hechos caen o no bajo la descripción de una norma para adjudicarles o no determinada consecuencia jurídica, lo que excepcionalmente podría suponer una enorme complejidad. En todo caso, el modelo de toma de una decisión judicial supone una drástica reducción de la complejidad mediante el mecanismo de la subsunción.
- 4) Por último, la argumentación judicial parece estar dirigida a la obtención de la respuesta correcta al caso y la coherencia parece ser esencial para ello, entendida ésta

²⁹⁷Ibídem.

²⁹⁸Ibídem.

como un criterio conservador, integrador, que mira hacia el propio sistema, lo que supone que su razón de ser es la conformidad con el ordenamiento jurídico.

Atienza²⁹⁹ también distingue tres concepciones o formas de ver la argumentación a partir de las cuales ésta puede entenderse, siendo la argumentación jurídica en general una combinación peculiar de elementos provenientes de todas ellas, sin que esto signifique que dentro de la misma no puedan distinguirse diversos campos o perspectivas en las que una u otra de esas concepciones juega un papel preponderante³⁰⁰, a saber:

1) La concepción formal, que tiene como ejemplo paradigmático, pero no el único, la lógica deductiva. La argumentación se concibe como una serie de enunciados sin interpretar, abstracción hecha del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión, ya que lo que suministra son esquemas de los argumentos, lo que supone que: a) Si las premisas son verdaderas la conclusión es necesariamente verdadera, ya que la única forma de control es la forma lógica; y b) Los argumentos no deductivos (inductivos, probabilísticos, abductivos, etc.) pueden convertirse en deductivos si se les añaden ciertas premisas, convirtiendo así el esquema deductivo como mecanismo de control, al menos hasta cierto punto.

2) La concepción material, cuya esencia no es la forma de los enunciados sino aquello que los hace verdaderos o correctos. Trata de una teoría de las premisas, de las razones para creer en algo o para realizar alguna acción. Lo esencial consiste en determinar en qué condiciones tal tipo de razón prevalece sobre otro. La validez de las premisas depende de cómo es o como debe ser el mundo, lo cual es ajeno a las reglas de inferencia de la lógica formal.

3) Por último, la concepción pragmática, conforme a la cual la argumentación se observa como un tipo de actividad dirigida a lograr la persuasión de un auditorium o a interactuar con

²⁹⁹Ibídem.

³⁰⁰ATIENZA Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Ob. cit. p. 97

otro u otros para lograr algún acuerdo respecto de algún problema teórico o práctico. A diferencia de las anteriores, la concepción pragmática supone necesariamente una actividad social y en ella se distinguen dos enfoques: a) El de la retórica, cuyo propósito es el de persuadir a un auditorium que en la argumentación permanece o asume un papel básicamente estático; b) El de la dialéctica en el cual la argumentación tiene lugar o acontece entre participantes que interactúan constantemente, dependiendo el éxito de la argumentación de que efectivamente se llegue al acuerdo respetando ciertas reglas.

Estas tres concepciones sirven a la vez para explicar un aspecto importantísimo de la argumentación como es el de las falacias, de modo que no se hable únicamente de falacias formales y no formales, sino, para mayor precisión, de falacias formales, falacias materiales y falacias pragmáticas (retóricas y dialécticas).³⁰¹ La falacia, como se sabe, es “un razonamiento incorrecto pero persuasivo, engañoso, cuya incorrección puede resultarle a alguien difícil de percibir”³⁰².

De acuerdo con Atienza, la falacia formal radica en la violación de una regla de inferencia válida según la lógica (deductiva o inductiva), lo que acontece, por ejemplo, cuando se afirma el consecuente (violación de la regla de la lógica deductiva) o cuando se hace una generalización precipitada (violación de una regla de la inducción). La falacia material supone que la construcción de las premisas se ha efectuado utilizando un criterio sólo aparentemente correcto, lo que se evidencia, por ejemplo, en las falacias de ambigüedad o de la falsa analogía.

Finalmente, en la falacia pragmática el engaño tiene lugar por la violación, de forma más o menos oculta, de una de las reglas de quienes argumentan en el marco de un discurso retórico o dialéctico. En el primer caso, la falacia no se contrae simplemente a que el argumento resulte ineficaz en la persuasión, sino que se recurra con cierta eficacia a un

³⁰¹ ATIENZA Manuel. *El Derecho como Argumentación*. O b., cit., p. 108.

³⁰² YORIS Corina. *Introducción a la Lógica problemario*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2001. p. 22.

procedimiento contrario a la buena retórica, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se abusa del argumento de autoridad. En el segundo caso, se incurre en una falacia cuando se viola una de las reglas del debate, por ejemplo, cuando se evade una pregunta existiendo la obligación de responderla.

La doctrina tradicional ha sostenido que la sentencia, independientemente de lo escasa o poca motivación, se nos presenta como una serie de enunciados y argumentos que terminan mostrando un silogismo, cuando menos. Se afirma que en la sentencia el juez normalmente construye múltiples silogismos que, a la postre, se muestran necesarios para justificar el silogismo que encierra la solución concreta del caso que se erige como norma individual y concreta. Es decir, que además de la estructura formal del silogismo, la sentencia revela, a propósito de éste, una nueva norma que es precisamente el mandato que surge de subsumir los hechos en la norma general y abstracta.

Todo ello supone que el juez realiza un proceso discursivo dirigido a la justificación de una solución. Por eso se afirma igualmente que el razonamiento que conduce a la sentencia es: problemático, práctico, valorativo y retórico³⁰³.

3.8. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO UN MÉTODO DE ARGUMENTACIÓN JURIDICA

La motivación de las sentencias definitivas, como explicación del proceso lógico realizado por el juez, es un instrumento que sirve de enlace para demostrar que los hechos inicialmente presuntos han sido realizados o no, garantizando que la decisión tomada ha sido analizada de manera adecuada por el juzgador; llevándonos a la solución del caso, por lo que se encuentra respaldada en diferentes disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

³⁰³ ZERPA, Levis Ignacio. *El Razonamiento Jurídico*. en temas de Derecho Mercantil. Anales de Post-Grado-volumen I, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1989 pp. 305-312 Ver también Petzold Pernía, Hermann, "*Sobre el Razonamiento Jurídico* en Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia, No. 185. Maracaibo, Enero-Marzo 1987.pp 25-27.

Primeramente la protege la Constitución de la República de El Salvador³⁰⁴, cuando se establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos, e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; dentro de un proceso público, sin dilaciones indebidas, y con todas las garantías que da la ley, por lo tanto como un derecho fundamental, susceptible de ser defendido.

Por lo que para la Constitución de la República de El Salvador, en su Artículo 1, reconoce a la persona, como “el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y del bien común³⁰⁵. El Salvador se constituye por tanto como un sobre principios democráticos, considerando a la persona humana, en depositaria de una serie de derechos, que le son dados en protección de su dignidad, que no pueden serle desconocidos, sino en razón de intereses sociales superiores debidamente reconocidos por la propia constitución, tratados internacionales y las leyes secundarias.

Así por tanto la forma como se debe avocar a los tribunales a exigir sus derechos está determinada en el Art. 18. de la Constitución de la República de El Salvador, al establecer que “toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa a las autoridades legalmente establecidas, a que se les resuelva y se les haga saber lo resuelto”.

³⁰⁴Decreto legislativo N° 38. Fecha de Publicación en el D.O.: 16/12/1983»Número de Diario Oficial: 234. Republica de El Salvador

³⁰⁵Pero si la persona humana como miembro de la sociedad, es el fin último del Estado, esta organización jurídica debe de tener respecto de esta persona, finalidades de valor que aseguren en definitiva la felicidad del género humano. Por eso la escogencia de los tres grandes valores: justicia, seguridad jurídica y bien común, que en un mismo orden jerárquico se consideran complementarios y no antagónicos, como más de algún iusfilósofo ha sostenido. No puede haber justicia sin seguridad jurídica y el bien común no puede garantizarse sin el concurso de aquellos otros dos valores. La libertad individual de disponer conforme a la ley, es una norma de justicia, pero sin la seguridad de que esa ley se aplicará, la justicia se desnaturaliza. Lo que disponga la ley, el contenido de ese “conforme”, es el concepto del bien común que a la libertad de uno, enfrenta la libertad de otros, de manera que las relaciones de sociedad puedan conducirse dentro de parámetros de igualdad que permitan un desarrollo armónico de fraternidad y solidaridad de los componentes del grupo social. (*Constitución de la República de El Salvador y su Exposición de motivo*. Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador. Sección de Publicaciones, 1998, p.98.)

Tomando la sociedad así , la decisión de dotar a algunos funcionarios del poder de juzgar a otros, con resoluciones transparentes, razonadas y carentes de arbitrariedad; rasgos que definen el Estado Constitucional de Derecho, dado que busca la protección de los derechos al margen de cualquier arbitrariedad, correspondiendo al legislador definir el alcance de las leyes mismas, y al juzgador, dotándolo de la función de hacer cumplir la constitución y demás leyes de la República .

A su vez la Constitución de la República de El Salvador en su Art. 11, establece que “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad o a la posesión ni de cualquier otro de sus derecho sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes³⁰⁶.” Por lo que, los derechos que la Constitución contiene se verifican efectivos, en el momento que son violentados, y es a través de un debido proceso legal donde se protegen, por medio de los funcionarios designados por el Estado para dicha función, los cuales se encuentran subordinados a lo que las leyes establece como parámetros de actuación judicial, permitiendo a las partes afectadas plantear sus alegatos y que se les resuelva el incidente planteado.

El derecho a una tutela judicial, exige también, que el litigio finalice con una resolución judicial definitiva y firme, congruente, fundada en el sistema de fuentes establecidas, y motivada, aunque no fuese estimatoria de todas las pretensiones del demandante, debiendo siempre el fallo judicial pronunciado, ejecutarse, adoptando los tribunales medidas oportunas para ello, en caso de inconformidad; conlleva a la posibilidad de entablar los recursos

³⁰⁶Además de la garantía constitucional en virtud de la cual nadie puede ser privado de sus derechos sin haber sido oído y vencido en juicio, se introduce otra garantía procesal en el caso de las personas acusadas de algún delito. Se establece en primer lugar la presunción de su inocencia. Es éste un principio universalmente reconocido y su texto en su inciso primero está tomado del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Adicionalmente, se garantiza a toda persona detenida, acusada formalmente o no, su derecho a ser informado de las razones de su detención en forma inmediata, esto es, es el acto mismo de su detención y de modo que le sea comprensibles explicándole de la misma manera sus derechos.(*Constitución de la República de El Salvador y su Exposición de motivo*. Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador. Sección de Publicaciones, 1998, p.100.)

legales pertinentes³⁰⁷; por lo que el juez debe conocer el derecho, lo que le permitirá dar adecuadamente a cada quien lo que le corresponde ; estableciendo la ley, la jurisprudencia, doctrina pertinente al caso, la falta de una tutela judicial conlleva a que un Estado no avance en su proceso de democratización.

A su vez este derecho garantiza la defensa y asistencia de un letrado, con la finalidad de asegurar, la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes, y de contradicción, dándose conocimiento de los hechos aducidos, y la calificación jurídica de éstos, debiendo al mismo tiempo, las actuaciones judiciales ser públicas, lo que garantizaría la moralidad y la legalidad de la conducta del juzgador, desarrollándose el proceso de manera normal, en los plazos procesales establecidos, procurando que los intereses litigiosos obtengan satisfacción³⁰⁸.

Los Jueces y Tribunales de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales, cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

Al mismo tiempo en la Constitución de la República de El Salvador, en su Art. 15 se establece que “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.” El principio de legalidad en relación con el juez, tradicionalmente se retoma como una vinculación de este al derecho pero sobre todo a la ley, por lo que es necesario que todas las actuaciones que afecten derechos consagrados hacia los individuos, sean vistas bajo la óptica jurídica y sean motivadas por el juzgador.

Debiendo por tanto realizar una motivación de las sentencias, que muestre apego a los preceptos legales, a la defensa de los valores de la justicia, la equidad, la prudencia,

³⁰⁷GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Interpretación y Argumentación Jurídica, La teoría de la Argumentación Jurídica Logros y Carencias*, Ob. cit. p. 101.

³⁰⁸Ibidem.

correctamente argumentada, con anhelo por lograr la satisfacción de un triple *auditórium*: las partes en litigio, los profesionales del derecho, y la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa, y las reacciones legislativas, que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales³⁰⁹. El derecho a la tutela judicial efectiva, busca obtener una resolución fundada en Derecho, que ponga fin al proceso, evitando aplicar la ley de manera antojadiza, irrazonada o irrazonable, puesto que cuando las sentencias contienen contradicciones internas o errores lógicos, se convierten en una resolución, manifiestamente irrazonable por contradictoria y por tanto carente de motivación.

Sin embargo, la obligación de fundamentar las sentencias, no puede considerarse cumplida, con la mera emisión de la declaración de voluntad del juzgador; sino que, debe estar precedida de una argumentación que la fundamente. Por otra parte, no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales, una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada, que vaya respondiendo a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa, que realizan quienes ejerzan la potestad jurisdiccional; lo importante es que las pretensiones de las partes se sometan a debate, y se discutan de forma argumentada y razonada lo pretendido en el juicio³¹⁰.

Es un derecho público subjetivo, que se ejerce para que toda persona pueda recurrir a un juez natural, que entienda de la causa, mediante un juicio, en el que se le de respeto a sus garantías procesales, buscando obtener una resolución motivada, que sea conforme a derecho, prohibiéndose toda indefensión.; en él se encuentran dos vertientes primeramente el derecho a la jurisdicción, es decir, a poder reclamar la protección jurisdiccional para un caso en específico, a través de la ley, dictándose conforme a derecho; y en segundo lugar, invocándose tanto derechos como intereses de las personas, y se ejercita a través del libre acceso a los jueces y tribunales que sean competentes; en razón de la materia, a un

³⁰⁹RIVERA RUIZ, Daniel Ulises. *Introducción a la lógica jurídica*. Sección de publicaciones Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2004. pp. 515.

³¹⁰RIVERA RUIZ, Daniel Ulises. *Introducción a la lógica jurídica*. Obi.Cit. P. 516.

determinado orden jurisdiccional; y que a su vez que se admitan todas las pretensiones, con independencia de su fundamento y objeto.³¹¹

La tutela judicial efectiva en segundo lugar también se encuentra protegida por instrumentos de derecho internacional que han sido válidamente celebrados y ratificados por nuestro país, y que por tal razón forman parte del ordenamiento jurídico salvadoreño, de conformidad con el artículo 144 de la Constitución de la República.³¹²El Pacto internacional derechos civiles y Políticos establece en su Art. 14 inc. 1 que:” Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecida por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

3.9. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN LA SALA DE LO COSTITUCIONAL

No obstante a la falta de norma expresa en la Constitución de nuestra República, de un derecho a resoluciones fundadas, como sucede con el Art. 120.3 de la Constitución Española, la Sala de los Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha consolidado

³¹¹RIVERA RUIZ, Daniel Ulises. *Introducción a la lógica jurídica*. Ob. Cit .pp. 91-93.

³¹² La posición de los tratados en el orden jerárquico dentro del sistema jurídico de El Salvador. Así, se establece, sin lugar a ninguna duda, que los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias, sean éstas anteriores o posteriores a la vigencia del tratado. De esta manera, mediante el tratado puede derogarse la ley secundaria anterior, pero ninguna legislación secundaria podrá derogar o modificar las disposiciones de un tratado. En caso de conflicto entre ambos, prevalecerá el tratado.(*Constitución de la República de El Salvador y su Exposición de motivo*. Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador. Sección de Publicaciones, 1998, p.127.)

en su jurisprudencia los fundamentos constitucionales de la motivación de las resoluciones judiciales.

De esa manera, la motivación de las resoluciones judicial adquiere relevancia constitucional por su vinculación con la seguridad jurídica y el derecho de defensa, regulados en los artículos 1, 2, 12, 17, 21, 86 inciso. 3° y 182 regla 5ª Cn. Por sus diversas funciones el acto de motivar las decisiones judiciales³¹³, inhibe la arbitrariedad judicial, se considera como arbitraria aquella resolución que : 1) provenga de una disposición no vigente, es decir, derogada; 2) no hace alusión a los hechos del pleito y su prueba; 3) Consagre conceptos imprecisos, de los cuales no aparece ni en la norma general aplicada, ni las circunstancias del caso; 4) omite por completo los fundamentos de hecho y derecho o cuando son insuficientes; 5) adolece de errores inexcusables como, por ejemplo, la mala aplicación del derecho a la apreciación equivocada de los hechos y las pruebas”³¹⁴, al constituir una garantía del sometimiento de la o el juez a la Constitución y la ley, en virtud de la seguridad jurídica. El derecho de defensa potencia en control judicial mediante los recursos³¹⁵. En ese sentido, cualquier acto trascendental de decisión judicial tomado por el o la juez sin la debida motivación, provocara en consecuencia un agravio constitucional a la seguridad jurídica y al derecho de defensa. En relación a lo antes expuesto la Sala de lo Constitucional, dice:

“La reiteración en la jurisprudencia de esta Sala sobre la importancia del deber de motivación se ha hecho depender de los derechos fundamentales; la seguridad jurídica, que inhibe la arbitrariedad del poder público y específicamente de sus funcionarios en su ejercicio; y el derecho de defensa en juicio, el cual permite enfrentar en un proceso constitucionalmente

³¹³La motivación desempeña distintas funciones, entre las cuales están reconocidas por la sala de constitucional la siguiente: satisfacer el requisito de publicidad, establecer la razonabilidad de la decisión, permitir la efectividad de recursos y poner de manifiesto la sumisión del juez a la Constitución y a la ley... (sentencia de *Habeas corpus*; ref. 1- 2006, del día 15/01/2007, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo constitucional*. Centro de documentación judicial. ob. cit.p207.

³¹⁴PINO SALAZAR, Federico Edmundo. “Fundamentación de las Resoluciones Judiciales en el Proyecto de la Ley Procesal de Familia”; en revista del ministerio de justicia; 4ª época-No 2. Centro de Información jurídica; San Salvador. El Salvador, 1994;p.74

³¹⁵Ibidem.

concedido, al poder sancionador del Estado, y además habilita la contradicción procesal, permitiendo que las partes, al acudir al órgano jurisdiccional con pretensiones contrapuestas, puedan ubicarse en un plano que le garantice la igualdad. (Sentencia de HÁBEAS CORPUS, Ref. 180-2006, de las 12:20 horas, del día 30/05/2007)³¹⁶.

3.10. LAS TEORIAS CAUSALISTA DEL DELITO Y FINALISTA DEL DELITO QUE ORIENTAN LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS SENTENCIAS

Históricamente, se puede hablar de dos corrientes: la teoría causalista del delito y la teoría finalista del delito. Para la explicación causal del delito, la acción es un movimiento voluntario, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. La teoría finalista del delito entiende, por el contrario, la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. Más recientemente, la teoría funcionalista intenta constituir un enlace entre finalistas y causalistas, destacando en esta nueva teoría el penalista alemán Claus Roxin.

El debate acalorado que generan estos temas viene dado por las novedosas aportaciones político-criminales que buscan adaptar el poder coercitivo a las exigencias de un Estado Democrático de Derecho, considerando al Derecho Penal como la última ratio de la política criminal, su razón última. Definitivamente que la dogmática penal hoy día nos lleva a continuar reflexionando sobre el objeto del Derecho Penal y, especialmente, el Contenido que debe abarcar, especificando las cuestiones que deben ser incluidas y las que deben quedar fuera

³¹⁶*Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo constitucional.* Centro de documentación judicial. ob. cit.p209 .Con lo dicho, este temas lo queda esbozado, dado que hay muchos otros aspectos importantes, como la motivación suficiente a partir de la expresión de los elementos esenciales del criterio jurídico aplicado, para lo cual se sugiere el estudio de la sentencia de *Habeas Corpus, Ref.207-2006, , del 18/12/2007*; la satisfacción del mínimo razonable y la congruencia, sin necesidad de una exhaustiva exposición (Sentencia de amparo, ref. 331-2006, , del 14/12/2007; aplicación del principio de Economía procesal ante diversas peticiones de las partes(sentencia de Amparo,Ref.331-2006, del 14/12/2007; etc.

del análisis. Esta tarea no sólo consiste en una discusión puramente teórica, sino que la determinación del objeto de estudio de esta disciplina pone de manifiesto la intencionalidad en el manejo del poder punitivo por parte del Estado³¹⁷.

3.10.1. LA TEORÍA CAUSALISTA DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Fundada por Frank Von Liszt (1930), hace un análisis sistemático del Derecho Penal y del Delito, partiendo de una explicación naturalística de la acción humana desde la cual se genera el delito. La acción se entendía como el impulso de la voluntad, generadora de un movimiento corporal que supone la causación de un resultado (visión objetiva). El delito comprende una acción ejecutada (acción stricto sensu) de una parte; y una acción esperada (omisión) de otra parte; así como un resultado sobrevenido³¹⁸.

Para que el delito pueda ser sancionado precisa de la existencia de un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido: “existe una relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto, para seguir las huellas dejadas por Von Liszt, quien se refería a que “el resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto una relación de causalidad”.

Para Liszt la acción humana debe ser voluntaria; pero tal voluntad se refiere únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de

³¹⁷NIEVES Ricardo. *Teoría del Delito y Practica Penal .Reflexiones Dogmáticas y Mirada Crítica*. Escuela Nacional del Ministerio Público. Santo Domingo, D.N. República Dominicana. www.enmp.gov.do-----www.pgr.gob.do. Consulta realizada noviembre 2012.

³¹⁸PLACENCIA VILLANUEVA Raúl, *Teorías del Delito*. ob. Cit. p. 10.

causalidad entre ese movimiento y el resultado material. El movimiento corporal voluntario resulta de un proceso causal ciego, en donde no interesa el sentido del fin de la acción³¹⁹.

Es precisamente de esta parte de la teoría causalista de donde nace la mayor crítica de Raúl Zaffaroni, quien expresa: “La diferencia entre nexo causal y nexo final está en que, en el causal, de una causa sale un efecto, este a su vez es causa de un nuevo efecto y así sigue... hasta el infinito... En el nexo final, por lo contrario, se pone un determinado fin que puede hallarse muy adelante... La finalidad no se monta en la causalidad... y con ello, afirma Welzel, en su clásica expresión que “en tanto que la causalidad es ciega, la finalidad es vidente”. Liszt, definía como una inervación muscular la producida por la energía de un impulso cerebral, por un medio natural (leyes causales de la naturaleza) y que provoca una mutación o cambio en el exterior, perceptible por los sentidos³²⁰.

3.10. 2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL CAUSALISMO

1. Se fundamenta en el principio de la causalidad natural: todo resultado es producto de una causa: Causa Nexo causal, y Efecto³²¹.

2. Se fortalece en 1906 (Beling) con la teoría sobre el tipo, dando origen al segundo elemento del delito: La Tipicidad. Esta es una valiosa aportación del causalismo a la teoría general del delito; porque la tipicidad se convierte en fundamento de la sistematización del hecho punible, y además, en garantía de libertad, que sirve (al juez) como marco de referencia preciso, para evitar la aplicación analógica y caprichosa del derecho penal. Beling considera que el tipo es la descripción local de delito, exenta de todo carácter voluntario³²².

³¹⁹ NIEVES Ricardo. *Teoría del Delito y Practica Penal .Reflexiones Dogmáticas y Mirada Crítica, Obi. Cit.*

³²⁰ *Ibíd.*

³²¹ *Ibíd.*

³²² *Ibíd.*

3. El Casualismo en un principio definió la antijuricidad como lo contrario al derecho, no obstante, Max Ernesto Mayer, nos recuerda Jiménez de Asúa, enmienda ese error y establece que “La persona que comete un delito no hace lo contrario a la ley, sino que, precisamente, su conducta se Ajusta a lo prescrito por la ley en el tipo”. Mayer postula que es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado³²³.

4. La Culpabilidad es para los causalistas (Von Liszt), una síntesis sobre la base de relaciones naturalísticas. Es una relación psicológica entre el sujeto y el acto. Orellana Wiarco dice que el acto se integra, en la teoría causal del delito de: conducta, resultado y nexa causal, y la conducta a su vez la componen un elemento psíquico y otro físico, el primero es la voluntariedad de la propia conducta y en el segundo se proyecta el elemento psíquico de la actividad o inactividad humana³²⁴.

5. Otro aspecto que encararon los causalistas como especies de la culpabilidad es el Dolo y la Culpa. Más adelante veremos que para el finalismo estas especies están contenidas en la tipicidad, que no en la culpabilidad³²⁵.

3.10. 3. LA TEORÍA FINALISTA

Teoría contradictoria del Causalismo, fundada por Hans Welzel (Alemania) en 1930. Critica al Causalismo y lo acusa de erróneo porque desconoce “las diferencias positivas entre delitos culposos y los dolosos”. Welzel, añade que el maestro alemán Para la acción vela no como es un simple acontecimiento causal, sino dirigido a una meta, a un fin. “El que asesina a otro, dice Welzel, ciertamente está condicionado causalmente (selecciona los factores causales, consciente-mente) pero los dispone de forma tal que alcance la meta predeterminada:

³²³Ibídem.

³²⁴Ibídem.

³²⁵Ibídem.

seleccionar el arma, la ocasión propicia, se sitúa al acecho, apunta el arma, dispara... todos ellos, son actos dirigidos a la meta, sometidos a un plan conjunto”³²⁶.

El pensamiento finalista de Welzel arranca de la ética kantiana y de la filosofía de Nicolai Hartmann. “El fin es a la voluntad como el valor al deber ser”. “Sólo el sujeto es capaz de proponerse fines, es decir, de transformar los valores que ha intuido en metas de su acción”.

Dolo y Culpa en el Finalismo

En la acción dolosa de la finalidad, la meta y el fin a conseguir es factor configurado del proceso de acción. En la acción culposa sólo es un momento de referencia . En la acción dolosa todos los actos van dirigidos a una meta; en la culposa no; sin embargo, cualquier acción culposa, no dirigida hacia una meta, sino que sea “causa ciega”, adquiere, más que un rasgo natural (ciego), la circunstancia de ser evitable finalmente. Es decir, el hecho de ser evitable, le concede el carácter de ser más que un hecho fortuito ciego, es una genuina acción³²⁷.

3.10. 4. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL FINALISMO

El sentido real de la acción finalista procura restablecer la función ética-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitarias del mismo. La acción es una acontecimiento finalista y no solamente causal. La finalidad es vidente porque el actuar va dirigido conscientemente a la realización a través de la acción. Se trata de una acción humana sujeta a la voluntad del que decide, siguiendo un fin concebido con anterioridad; o sea, no se actúa sujeto, solamente, al principio de relación causa-efecto³²⁸.

³²⁶ *Ibidem.*

³²⁷ PLACENCIA VILLANUEVA Raúl, *Teorías del Delito*. ob. Cit. p. 13.

³²⁸ *Ibidem.*

En cuanto al tipo y la tipicidad, sostiene Francisco Muñoz Conde³²⁹ (1981) que en estos se encuentra la característica fundamental del finalismo: “la acción u omisión humanas subsumibles en el tipo, no son simples procesos causales (ciegos), sino procesos causales regidos por la voluntad”. Es de esta manifestación que el finalismo da preponderancia a los elementos del tipo subjetivo, en donde ubican (en la tipicidad) precisamente al Dolo y la Culpa.

El finalismo traslada el dolo y la culpa a los elementos del tipo, arrebatándoselos a la culpabilidad, que es donde los ubica el causalismo. También Zaffaroni ha considerado que el “Dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto”, y añade que el dolo es la finalidad que se individualiza en el tipo de atención a ella misma (a la finalidad).

En cuanto a la antijuricidad, Muñoz Conde³³⁰ se expresa: “es la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico”. Este no es un concepto específico del Derecho Penal, sino unitario, válido para todo el ordenamiento, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.

El finalismo distingue entre antijuricidad e injusto. La antijuricidad es una cualidad de estas formas de conducta, la contradicción precisa que se encuentra con el ordenamiento jurídico. Los casualistas, de acuerdo con las opiniones de Jiménez de Asúa, solamente consideran los elementos objetivos en la antijuricidad, en tanto que el Finalismo toma muy en cuenta a los subjetivos y pone énfasis en la voluntad de la acción finalista, no en el mero resultado. La culpabilidad es para los finalistas la integración que se realiza con los siguientes elementos valorativos: delito de abuso sexual, sólo llegan a ser antijurídicas, si llevan un propósito erótico sexual”³³¹.

³²⁹MUNOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del Delito* .4º ed. Edit. Tirant lo Blanch Valencia España. 2007. p. 52

³³⁰MUNOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del Delito*. Obi. Cit. p. 53.

³³¹NIEVES, Ricardo . “Teoría del Delito y Practica Penal. Reflexiones Dogmáticas y Mirada Crítica”. Ob. cit.

Imputabilidad (capacidad de cognoscencia) y capacidad de motivación (cognocibilidad, posibilidad de conocimiento de la ilicitud del injusto), y exigibilidad de la conducta, consecuente a la norma. El juicio desvalorativo de la culpabilidad supone reprochabilidad (al agente) de su actuación no conforme al derecho, se le reprocha su actividad injusta cuando pudo ajustarse a la norma jurídica establecida.

En resumen es necesario conocer en materia de Teoría de la Argumentación Jurídica, de las sentencias penales sobre las escuelas antes mencionadas, ya que es necesario al momento de dictar la sentencia, si estamos frente a una corriente causalista o finalista, es decir el juzgador dependiendo en que escuela o corriente adopte, así va hacer el análisis del dolo, antijuricidad, culpabilidad y la culpa. Siendo herramientas necesarias a la hora de argumentar las sentencias.

3.11. ANALISIS DE LA SENTENCIA DEFINITIVA CON REFERENCIA 229-CAS-2006

PLANTEO DEL CASO

Por resolución registrada bajo el número 229-CAS- 2006, dictada por la Sala de lo Penal, dispuso casar la sentencia definitiva absolutoria dictada a las catorce horas con cuarenta minutos del día 29 de julio de 2011, por el Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, en el proceso penal tramitado en contra de MARLON OVIDIO MARTINEZ, por la comisión del delito calificado como VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ, tipificado en el Art. 159 del Código Penal.

El hecho que motivó la formación del expediente y que dio lugar a la vía recursiva consistió en que la casacionista plantea dentro de su recurso interpuesto, la existencia de dos motivos; uno atinente al vicio de forma concretizado por la inobservancia del Art. 130 del Código Procesal Penal derogado (actualmente el Art. 144 (C.PP.); y el otro por la errónea aplicación

de la ley sustantiva. Así mismo aunado a ello ha sido presentado respetando los requisitos de impugnabilidad subjetiva y objetiva y consecuentemente con fundamento legal.

El Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, en sentencia definitiva resolvió POR TANTO: Con base a la prueba producida en el juicio y a las razones expuestas por el Tribunal, disposiciones legales antes citadas y de conformidad a los Arts. 11, 12, 15, 27, 172 y 181 CN., 1, 2, 3, 4, 6, 159, 354, 356, 357, 358 y 360 CPP³³²., 14.1, 14.3 d), 9.2, 143, g), 9.3, 9.4, 10.2, 14.3, 15, del pacto internacional de derechos civiles y políticos, 1, 5, 7, 8, 9 y 10 de la convención americana sobre derechos humanos, por unanimidad este tribunal en nombre de la república de el salvador, fallamos: A) absuélvase al imputado Marlon Ovidio Martínez, de las generales mencionadas en el preámbulo de esta Sentencia, de toda Responsabilidad Penal, Civil y del Pago de Costas Procesales, ocasionadas en esta instancia, por el delito definitivamente calificado como violación en menor o incapaz, previsto y sancionado en el Art. 159 del P n., en perjuicio de la libertad sexual de la menor [...] representada legalmente por la señora [...], hecho sucedido según acusación fiscal en el año dos mil uno, en la vivienda del acusado.

La fiscalía argumento en su recurso de casación, la inobservancia del Art. 130 inc. 1° C.P.P., que deriva en los vicios señalados en el Art. 362 No. 4° C.P.P. A su criterio, éste se ha configurado toda vez que ha ocurrido una discriminación arbitraria de las pericias psicológicas y psiquiátricas realizadas a la menor víctima [...], prueba que considera esencial, pues no sólo acredita los hechos ocurridos, sino también la participación del imputado. se argumenta, que si los juzgadores hubieran tomado en cuenta estos aspectos, la conclusión a la que llegaron hubiera sido muy distinta. Sostiene, además, que por estar ante la presencia de un fallo ilegítimo, procede la anulación de la sentencia, y que el nuevo juicio sea del conocimiento de un tribunal de sentencia distinto del que tramitó.

³³²Nota aclaratoria: Esto artículos del código procesal penal mencionados en la sentencia penal son del código derogado.

Como segunda causal de casación, alega: "Motivo de fondo: Se ha inobservado lo dispuesto en los Arts. 130, 162 y 359 C.P.P., relacionados con el Art. 159 P n." En apoyo a su reclamo expone: "La sentencia indica en la valoración de la prueba testimonial de la víctima que ha planteado la jurisprudencia comparada y que ha acogido como propias ese Tribunal, las que son: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento o venganza que puedan enturbiar la sinceridad del testimonio; b) La verosimilitud, dado que el testimonio debe estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria; c) La persistencia en la incriminación en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades o contradicciones.

El Tribunal advierte que hay un móvil espurio de parte de la víctima [...], en querer perjudicar al acusado Marlon Ovidio Martínez, pues ambos han convivido en un hogar caracterizado por violencia intrafamiliar, evidenciando una intención de perjudicar a su ex compañero de vida, además, la individualización y las acciones atribuidas al acusado, a este Tribunal no le merece por entera fe por un lado y por otro, por falta de colaboración con otros elementos de prueba que fueron categóricos y que no le dieran márgenes de duda a este Tribunal para tener por acreditada la euforia del acusado en cada uno de los hechos atribuidos... "No le permite concluir al Tribunal categóricamente y sin márgenes de duda, si el acusado efectivamente accedió carnalmente y agredió sexualmente a [...], y con violencia física o moral necesaria y suficiente para afectar la voluntad de la menor, de acuerdo a los hechos antes establecidos y con la prueba destilada dentro del juicio, este Tribunal lo único que tiene por establecido es el acceso carnal consentido, cuando la menor tenía aún once años de edad, no mereciéndole credibilidad las afirmaciones de la menor respecto que la accesaba vaginalmente y la obligaba a realizarle sexo oral por la fuerza, y sobre esos hechos analizará la existencia del delito." Resulta evidente, que este tipo de conductas coloca en riesgo el correcto desarrollo de los menores afectados, quienes no se encuentran en la

capacidad de comprender y mucho menos de resistir, dada su inferioridad física y psicológica a un ataque de esta clase.

En la presente sentencia definitiva es de hacer notar lo que la sala de lo penal argumenta para la casacionista, lo cual determinar si existen esas violaciones argumentadas sostiene En primer término, cabe advertir que la recurrente ha planteado de manera separada dos motivos de casación, que han sido identificados, así: 1.) "Inobservancia del Art. 130 del Código Procesal Penal³³³, que provoca la concurrencia del vicio contemplado en el Art. 362 No. 4°C.P.P., es decir, la insuficiente fundamentación analítica de la sentencia; y, 2.) "Inobservancia de lo dispuesto en los Arts. 130, 162 y 359 del Código Procesal Penal, relacionado con el Art. 159 del Código Penal." Como bien se observa, a pesar que tales reclamos han sido elaborados bajo un tratamiento individual, la pretensión que ambos persiguen es revisar la fundamentación del pronunciamiento dictado, tanto a nivel intelectual como jurídico, pues por una parte se ataca la arbitraria valoración que se practicara de la prueba legítimamente incorporada al proceso, concretamente la documental y pericial, en tanto que ésta no fue tomada en consideración para formar la convicción judicial. Además, la segunda queja expone: "el análisis de las correspondientes pruebas indican que la conclusión jurídica no podía ser otra que establecer la participación del imputado en el delito por el cual fue acusada, auxiliándose para tal efecto, de los principios de la lógica y en definitiva, de las reglas que rigen el correcto entendimiento humano.

Los juzgadores únicamente sometieron a valoración los testimonios de la víctima, el de su madre y la declaración indagatoria rendida por el imputado, obviando el resto de la prueba documental y pericial incorporada. Es decir, existe un vacío si esta última ha sido rechazada o acogida para arribar a la decisión, únicamente forma parte de la fundamentación descriptiva, pero sobre ésta nunca ha recaído un examen y mucho menos se ha expresado el valor definitivo otorgado para tomar la decisión absoluta; simplemente son dejadas por fuera, sin dar las razones para ello.

³³³Nota aclaratoria: Esto artículos del código procesal penal mencionados en la sentencia penal son del código derogado. Actualmente son Art.144, 400n°4, 397,175 y 177C.P.P.

Ello conduce a una discriminación arbitraria de tales elementos, faltando de tal forma el juzgador a la obligación de valorar, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas recibidas, independientemente que no las considere elementos útiles, pertinentes y decisivas a la resolución del caso, pues es éste examen el que precisa dentro de la decisión, ya que sólo de esa forma las partes tendrán conocimiento acerca de las razones que inspiran al juzgador, y así podrán acceder a los medios impugnativos.

La fundamentación analítica no responde a un adecuado razonamiento, puesto que los varios razonamientos encadenados, efectuados por el A-Quo no son efectuados atendiendo los principios de la Lógica y las máximas de la experiencia común, lo que provoca como única consecuencia que la fundamentación no subsista. Es pertinente traer a cuento que, la sana crítica le exige al sentenciador dar aquellas razones basadas en la lógica, las máximas de experiencias y los conocimientos científicos del por qué arribó a una determinada resolución, mostrando de forma inequívoca ese convencimiento al analizar la prueba obrante en autos, labor que no ha sido verificada por él A quo. La motivación implica, en suma, que el juzgador deberá, no sólo satisfacer su convencimiento, sino, establecer con la valoración efectuada, que el resultado del fallo es congruente con la realidad del debate y que permita demostrar con suficiente claridad que lo decidido se encuentra en estricta sujeción a la verdad procesal. En fin, la sentencia impugnada por no encontrarse impregnada de razonados juicios de valor, le es imputable el vicio alegado.

Del análisis del caso a la luz de las reglas y formas del discurso jurídico planteados por las teorías de la argumentación jurídica, se colige que los jueces del quinto de sentencia no fundamentaron en debida forma, violando principios constitucionales, apartándose del análisis objetivo de la prueba científica, bien se observa que no hubo una justificación externa, ni interna ,es decir a la derivación lógica que puede efectuarse entre la premisa mayor representada por la regla universal , que debe ser aplicada al caso, la descripción fáctica del caso que conforman la premisa menor y la conclusión que refiere a la correspondencia entre

lo mandado por la norma general y la situación de hecho y la consecuente procedencia de la conducta mandada por la norma general para el supuesto analizado.

Así mismo si se observa la sentencia en la parte del fallo se puede ver que solo transcribieron el literal A en el literal B generando una confusión, nos da la impresión que no fue redactada por los jueces. La sentencia carece de una correcta fundamentación, en el sentido técnico, requisito esencial de validez, según lo exige la ley, al actuar contrario contraviene la garantía constitucional del debido proceso. Así mismo carece de motivación, ya que no existen razones que justifiquen la sentencia dictada por el tribunal quinto de Sentencia de San Salvador.

La doctrina nos muestra que toda sentencia debe de reunir como requisitos básicos, esenciales para su validez los cuales son: 1) Expresa; 2) Clara; 3) Completa; 4) Legítima; y 5) Lógica, que estén estrechamente ligadas, si faltare alguno, entonces tenemos una sentencia sin motivación.

CONCLUSIONES

A continuación se presentan las conclusiones y recomendaciones, poniendo de manifiesto la esencia del estudio realizado sobre la Teoría de la Argumentación Jurídica de las sentencias definitivas en el proceso penal, y se exponen de la siguiente manera:

1- El estudio de la Teoría de la Argumentación Jurídica, dentro del ámbito del Derecho en su desarrollo, histórico ha esclarecido que el razonamiento judicial trata de establecer y justificar la solución de una controversia, a partir de una serie de argumentos producidos y manejados bajo los distintos procedimientos impuestos legalmente, instaurándose de esta forma la obligación de motivar las decisiones judiciales, para garantizar de esta forma la correcta administración de justicia. Históricamente siempre ha existido la problemática de aplicar una correcta teoría de la argumentación jurídica, y nuestro sistema judicial no se encuentra excluido de este problema.

2- La Teoría de la Argumentación Jurídica dentro del campo del derecho actual cumple una triple función: Teórica, práctica y moral.

Teórica, en cuanto a que esta contribuye a una comprensión más profunda del fenómeno Jurídico, puesto que pretende integrar por un lado el sistema normativo con el sistema procedimental para la toma de decisiones y resolución de litigios.

Practica, ya que la Teoría de la Argumentación jurídica es capaz de ofrecer una orientación útil, en la tarea de producir, interpretar y aplicar el derecho.

Moral, la función moral de la Teoría de la Argumentación jurídica en el derecho moderno, es la de adoptar decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos que lleven a la más correcta de las decisiones, puesto que el sistema jurídico no ofrece solamente una sola alternativa de decisión, y será el juzgador quien estime la más acertada, aunque tenga plena

conciencia de que la misma no es a la que lleva inmersa el derecho positivo, ya que los textos legales no siempre reflejan la realidad jurídica.

3- En la Teoría de la Argumentación jurídica encontramos en la figura del Juez, no solo un funcionario judicial, sino al decisor por excelencia, un motor fundamental de esa maquinaria transformadora llamada Derecho.

4- En toda labor de interpretación de la norma intervienen o deben intervenir los datos históricos, sociológicos, económicos, políticos, etc..., que integran la formación del Juez, como presupuestos indispensables para captar el contenido y el sentido de la norma.

5- La base del razonamiento por analogía es un principio general de derecho que habría que formular en estos términos: la justicia exige que dos casos iguales sean tratados igualmente; es decir, el razonamiento analógico como forma de integración al derecho.

6- Cuando el Juez dicta sentencia, las normas, los hechos y las afirmaciones de las partes se les presentan como objetos valorables, de ahí que en su decisión no va a operar un mecanismo de demostración formal, sino que vamos a encontrarnos con un discurso que pretende ser persuasivo, aunque descansa en una estructura formal como es el silogismo.

7- En la concepción actual del derecho ya no es posible limitar el papel del juez al de una boca por la cual habla la ley; pues, esta no constituye todo el derecho sino que es uno de los argumentos, probablemente el fundamental, que guían al Juez en el cumplimiento de su tarea.

Además es importante la aplicación de los derechos humanos universales para argumentar mejor las sentencias penales.

8- Aun cuando las sentencias se nos revelan formalmente como un silogismo, lo cierto es que en la construcción de dichos silogismos, es decir, en la, selección y justificación de las premisas, lo que opera es un verdadero proceso argumentativo, libre y valorativo. Mediante este proceso el juez es además capaz de superar las deficiencias del sistema judicial.

9- Cuando la justificación de las premisas se nos presenta incoherente, incongruente u oscura, a pesar de verificar su silogismo, las sentencias sin embargo, antes que adhesión lo que provoca es el rechazo de lo justiciable, Lo mismo acontece cuando la sentencia no es más que un tinglado de falacias.

10- La teoría del derecho probatorio, litigación y teoría de la argumentación han desarrollado en las últimas décadas un conjunto de técnicas y herramientas que pueden ser utilizados por los litigantes (fiscales, defensores, querellantes, y actores civiles) para conocer a profundidad las fortalezas y debilidades de su teoría del caso. Así mismo, una teoría del caso bien planteada le proporcionan al juez, elementos facticos, jurídicos, probatorios y específicamente conocer la pretensión de las partes litigantes, para tomar una decisión acertada.

11- El Juez debe emitir su sentencia en cualquier dirección, teniendo como límite irreductible la acusación formulada por el órgano constitucionalmente establecido para este efecto y pese al convencimiento a que haya llegado a partir de la práctica de las pruebas no puede arrogarse la facultad de condenar por una conducta o unos hechos que no constan en el instrumento acusatorio. Y debe actuar en esa dirección no solamente en atención a la ley que juró defender al momento de posesionarse en su cargo, sino como sujeto responsable de la construcción de una sociedad sostenible que pueda creer en sus instituciones.

12- En cuanto al objeto de este estudio tendiente a poner a prueba a la Teoría de la Argumentación Jurídica como herramienta para evaluar el contenido argumentativo de decisiones judiciales, el resultado puede ser considerado satisfactorio, ya que gracias a su utilización se han podido detectar supuestas equivocaciones en la forma de argumentar del tribunal emisor de la misma, que permiten sospechar a cerca de la posible arbitrariedad de la decisión y de la existencia de otro tipo de motivaciones no mencionadas por el tribunal. Dicha teoría provee un procedimiento útil para ordenar el análisis que permite no perder de vista los distintos tipos de argumentos posibles. Sin embargo debe ponerse de resalto que el resultado puede no deferir en mucho con las críticas que usualmente suelen efectuar alguna doctrina y la misma jurisprudencia (en relación a sentencias de tribunales inferiores).

13- El Trabajo Argumentativo es muy claro en el acto de decidir, en el juzgar, pero también en todas las demás actividades del jurista se argumenta y se conforman tejidos del lenguaje para sostener una postura. Si el Argumento se constituye con base en procedimientos basados en la razón, seguramente el resultado será conseguir la mejor de las razones, la más adecuada, la idónea y muy seguramente, la justa.

14- La motivación de una sentencia trae como consecuencia, de un Estado de Derecho constitucional, seguridad jurídica, certeza y previsibilidad. Así mismo permite tener un control democrático de la actuación judicial y el desarrollo de una mejor administración de justicia.

15- En el desarrollo de la investigación se ha determinado que no existe una norma constitucional que diga en una forma expresa la obligación de los jueces de argumentar, fundamentar o motivar las sentencias penales, todo se hace de conformidad vía jurisprudencial o doctrinal, no es como en el caso de España que si existe normativa constitucional expresa que obliga a argumentar jurídicamente las sentencias.

16- La falta de una buena argumentación jurídica en las sentencias penales, infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual nuestro ordenamiento jurídico a establecido para la efectiva seguridad jurídica de la persona humana.

17- Los jueces son funcionarios independientes, expertos en derecho, no responsables políticamente, que desarrollan su función de manera estable. Los jueces no representan ningún interés de algún sector o clase social y por lo tanto están regidos por el principio de imparcialidad.

18- En cuanto al tipo de argumentación, el modelo básico utilizado por los jueces es el de la subsunción. Es decir, lo que se trata es de establecer si determinados hechos caen o no bajo la descripción de una norma para adjudicarles o no determinada consecuencia jurídica, lo que excepcionalmente podría suponer una enorme complejidad. En todo caso, el modelo de toma de una decisión judicial supone una drástica reducción de la complejidad mediante el mecanismo de la subsunción.

RECOMENDACIONES

- 1- Al momento de argumentar jurídicamente la sentencia penales, los jueces deben de extraer puntos concretos de la relación cronológica de hechos.
- 2- Considerar de manera ordenada y objetiva las pruebas que alrededor de los hechos se hubiesen aportado por las partes, ya sea para verificar su existencia o su veracidad.
- 3- Recurrir de manera exhaustiva al marco normativo procesal vigente y que se considere aplicable para la valoración de pruebas, de manera que se ponderen todas y cada una de manera ordenada.
- 4- Recurrir al marco normativo sustantivo para la valoración de los hechos. En el caso de incertidumbre sobre cuál es el marco normativo aplicable al caso, agotar el análisis de todas las posibilidades, haciendo uso de la integración de Derecho, incluso aplicando las técnicas de argumentación que se hagan necesarias.
- 5-El juez debe al momento de argumentar la sentencia concretar en conclusiones y resoluciones sencillas, la solución a que se arrive en el caso.
- 6- Es imposible que el juez como ser humano olvide sus propios pensamientos e ideas preformadas; pero de él se espera mas de eso, por lo que se debe anteponer ante sus propias convicciones los intereses particulares de las partes y las generales de la sociedad.
- 7- Se recomienda por las mismas exigencias de la realidad actual, la existencia de mecanismos de evaluación y calificación de jueces. Para lograr este cometido, los jueces deben ser aptos y estar capacitados para llevar a cabo la tarea y la función de juzgar. En ese sentido, la motivación es fundamental para la sociedad, ya que la función de juzgar, que se va desarrollando en todo el proceso hasta su materialización en el momento de la sentencia, debe traer como consecuencia seguridad jurídica y paz social. En definitiva este principio de

motivación es considerado como el principal parámetro, tanto de legitimación interna o jurídica como la de externa o democrática de la función judicial.

8- Se recomienda independencia, imparcialidad y responsabilidad judicial. Deben existir mecanismos institucionalizados que garanticen la imparcialidad del juez en el momento de fallar. La independencia es tanto interna como externa, es la garantía que permite que el juez sea imparcial.

9- Se recomienda la creación de un gobierno judicial que esté regulado por un Código de Ética Judicial, y que dicho órgano tenga como misión independientemente del diseño que posea las que garanticen la independencia interna y externa del poder judicial.

10- Para que exista un Estado de derecho, es preciso que tanto gobernantes como los encargados de la administración de justicia observen las reglas que ellos mismos han instituido, para que exista una honesta aplicación de la justicia, haciéndose necesaria la separación de poderes, la inamovilidad de los jueces de su cargo, y que los jueces mismos no caigan en los excesos de ostentar de forma arbitraria el poder del que se les ha investido. Por lo tanto cuando estos lleven a cabo la aplicación de la teoría de la argumentación jurídica, que sus decisiones sean generadoras de verdadera jurisprudencia, que se encuentren apegadas a la correcta aplicación de la ley. Respetando lo dispuesto en el Art. 172 Inciso 3° de la Constitución de la República, así como la aplicación de una correcta sana crítica, de igual forma una correcta aplicación de la teoría de la prueba con todos sus principios, que exista además una correcta aplicación de la teoría de la norma, y la aplicación de jurisprudencia que haya aportado un lógico y congruente fundamento jurídico para resolver conflictos.

11- Es indispensable hacer aceptables las decisiones judiciales dictadas por los juzgadores, para la cual es recomendable hacer uso de recursos de las técnicas argumentativas, para la fundamentación de las sentencias, las cuales deben mostrar su conformidad con el derecho en vigor. Por tal razón el juzgador debe tener claro que corriente utilizará dentro de las

corrientes existentes de la teoría de la argumentación jurídica, para poder ser analizadas, criticadas y controladas, a través de los recursos de aclaración, revisión, revocatoria, nulidades, casación o de amparo, que permitan ver la calidad de las sentencias emitidas.

12 - En El Salvador, existe un grave problema de la falta de argumentación de las sentencias por parte de los Jueces, por lo que se hace necesario que los Jueces, profundicen sobre la teoría de la argumentación jurídica, para mejorar la tutela judicial efectiva; y que sus sentencias no sean objetos de impugnación por esa falta de argumentación, es por ello que es necesario que las Universidades tanto estatal como privadas deben de incluir dentro de sus pensum de asignaturas la enseñanza de las distintas teorías de argumentación jurídica que surgen a partir de los años 50, así mismo la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, debe también de incluirlas para mejorar la formación jurídico, filosófica, tanto para litigantes ,como especialmente a los miembros de la judicatura.

BLIBLIOGRAFIA

1. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

AARNIO, Aulis. Lo Racional como Razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. 1991

ABBAGNANO, Nicola, "Diccionario de Filosofía" .Fondo de Cultura Económica .México.1985.

-ALEXY, Robert. "Teoría de la Argumentación Jurídica". Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.

ARENAS LÓPEZ y RAMÍREZ BEJERANO: "La Argumentación Jurídica en la Sentencia en contribuciones a las Ciencias Sociales", Cuba, Octubre 2009.

ARISTÓTELES, "Retórica. Introducción, Traducción y Notas por Quintín Racionero". Biblioteca Clásica Gredos 142. Editorial Gredos. Madrid 1990.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y RODRÍGUEZ CAMPOS, "Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal", Editorial Jurídica Continental, segunda edición San José Costa Rica 2002.

ASENCIO MELLADO, José María, "Derecho Procesal Penal", Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004.

ATIENZA, "Manuel, Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica". Universidad Nacional de México. 2005.

ATIENZA Manuel, "El Derecho como Argumentación". Editorial Ariel. Barcelona 2006.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI Luigi. "Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho". Universidad Nacional Autónoma de México, primera Edición, 2005, primera reimpresión 2011.

ATIENZA, Manuel. "Argumentación y Legislación". Material fotocopiado entregado en el Curso de Postgrado en Argumentación Jurídica. 3ª Edición. Alicante, España. 2006.

BASIGALUPO Manuel, Manual de Derecho Penal, Ed. Temis 1996.

BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. "Litigación Penal y Juicio Oral". Textos de docencia universitaria. Santiago de Chile, 2004. BERMAN, Paul. "La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y La Oralidad". Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires 1995.

BERGHOLTS, GUNNAR, "*Ratio Et Auctoritas*, Algunas Reflexiones Sobre la Significación de las Decisiones Judiciales". Revista Doxa número 8, 1990.

BLANCO, Rafael, DECAP, Mauricio, MORENO Leonardo y ROJAS Hugo. "Litigación Estratégica". Editorial lexis nexis. Santiago de Chile, 2005.

BOBBIO, Norberto. "Contribución a la Teoría del Derecho". Valencia, España: Edición de Alfonso Ruiz. 1980. BONAFANTE, Pedro: "Instituciones de Derecho Romano", Traducción de la Octava Edición Italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Ed. Reus Madrid 1965.

BONORINO, Pablo Raúl. "Justificación de las Sentencias Penales. Una Perspectiva Lógica y Conceptual", publicación CNJ. El Salvador. 2003

BENITEZ GIRALT, Rafael, "El papel del Juez en la Democracia, un Acercamiento Teórico"-1ª. Edición. --San Salvador., El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006.

CALDERON, Ana Montes, ALDANA REVELO; Mirian Geraldine, BAUTISTA GONZALEZ, Jaime Enrique. "Tratado de Derecho Probatorio Penal salvadoreño .Proyecto mejorando el Sistema de Justicia en El Salvador". USAID. Elaborado por Chechi and consulting. Proyecto de el Salvador.1ª. Edición 2012.

CARAMÉS FERRO, José M; "Instituciones de Derecho Privado", Buenos Aires, Argentina, Tomo I, 1976.

CASADO PEREZ, "José María y otros. Código Procesal Penal Comentado de El Salvador", Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, año 2004.

CASADO PEREZ, José María y otros. "Código Procesal Penal Comentado de El Salvador", Tomo I, Consejo Nacional de la Judicatura, año 2004.

COUTURE Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Editorial De palma, Buenos Aires, Argentina, 1958.

COVARRUBIAS CORREA, Andrés, Orador *Perfectus*: "La Replica de San Agustín al Retor Ideal de Cicerón, en Teología y Vida", Volumen. 48, Santiago, Facultad de Teología de la Pontificia, Universidad Católica de Chile, año 2007.

DE VICENTE Y CARAVANTES, José, "Tratado Histórico Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Ley de Enjuiciamiento", Tomo II. Edit. Gaspar y Roig, Madrid 1856. Cita de SAGÜÉS, Néstor Pedro, parafraseando a Séneca, en El recaudo de la fundamentación como condición de la sentencia constitucional. El Derecho, Tomo 97.

DÍAZ Jacinto, Pbro. Catedrático de la Literatura clásica de la Universidad de Sevilla, Barcelona. Imprenta del Diario de Barcelona. 1865.

DURAN G., Luis Emilio, Consonancia de Sentencia y Acusación, Ecoe Editores, Colombia, 1999.

DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Trad. al castellano de M. Guastavino de la versión inglesa de 1977, Gerald Duckworth & Co.Ltd. Londres. Ariel: Barcelona, España. 1984

ENDERLE, Guillermo Jorge, "La Congruencia Procesal", Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.

FABREGA P. Jorge, El Objeto litigioso, El Principio de Inmutabilidad del proceso, Ediciones Fábrega, Panamá, 1985.

FERRAGOLI, Luigi, "Derecho y Razón", (Ibáñez, P.A .Trad.), Octava Edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 2006.

FERRAJOLI, Luigi; "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Ed.2ª. Editorial Trotta, Madrid, España, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Garantías: La Ley del más Fuerte". Madrid, España:Trotta. 1999.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. "Interpretación y Argumentación Jurídica, La teoría de la Argumentación Jurídica Logros y Carencias", Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, año 2004, CNJ-CSJ de El Salvador.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. "La Interpretación Judicial del Derecho. Entre método y Argumentación hacia una Nueva Teoría Normativa". El Salvador. Producción Bibliográfica. CNJ-ECJ.2004.

GASCON ABELLÁN, Marina. Los Hechos en el Derecho (bases argumentales de la prueba) Segunda Edición. Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídica y sociales. S.A. Madrid. 2004, Barcelona.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Interpretación y Argumentación Jurídica". 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, año 2003.

GENY, Francisco, "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo", Hijos de Reus, Editores, Madrid, España, 1902

GIMENO SENDRA, José Vicente. "Manual de Derecho Procesal Penal". Valencia, España: Tirant lo Blanch. 2009.

GOLDSCHMIDT James, "Derecho Justicial Material", Leyer, Bogotá, Colombia, 2006.

GOMEZ COLOMER, Juan Luis, "El Proceso Penal Alemán, Introducción y Normas Básicas", J.M. Bosch, Barcelona, 1995,

GUASP, Jaime, "Derecho Procesal Civil", Civitas, España, 1998, T. I.

HARNECKER, Marta, "Conceptos Elementales del Materialismo Histórico". Quincuagésima Cuarta Ed. 1986, Siglo XXI.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés; Guía de Trabajo para los Textos de Apoyo del Curso: "Valoración de la Prueba en el Proceso Penal", 1ª. Edición; Unidad de Producción bibliográfica y documentación, CNJ-ECJ; San Salvador, El Salvador; 2003.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés, y ALEXYS, Robert. "Jueces y Ponderación Argumentativa", 1ª. Ed., Universidad Nacional Autónoma de México.2006.

ISO, José Javier, Introducción, en: CICERON, Marco Tulio, El Orador, Madrid, Gredos, 2002.

LÓPEZ, Gregorio, "Glosador de Las Siete partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso El Sabio", Tomo II. Compañía General de Impresiones y Libreros del Reino, Madrid, 1844.

LOPEZ OREGA. Juan José. "Código Procesal Penal Comentado". Obra colectiva Tomo II; sin número de edición. El Salvador. 2000. CSJ.AECI-PNUD.

MEJIA ARNAL, Luis Alquiles. "El derecho en Roma", revista de la Fundación De la Procuraduría General de la Republica No. 6, Caracas Venezuela 1992.

MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando, "La Discrecionalidad Para Acusar", Segunda edición, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C. Colombia, 2007.

MINAPAZ. Álvaro. "Reflexiones Preliminares y Lineamientos Metodológicos para la Meta-comprensión de la Teoría de la Argumentación". Universidad Santiago de Cali .Colombia

MONTERO AROCA, Juan, "Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales", Tiran. Lo Blanch, Valencia, España, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría general del Delito".4° ed. Edit. Tirant lo Blanch Valencia España. 2007.

ORE GUARDIAS Arsenio y LOZA AVALOS Guillana. "Teoría del Caso-instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP)", pontifica universidad católica del Perú. Apunte de clases expositivas.

OSSORIO, Manuel; "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"; prologo del Doctor Guillermo CABANELLAS. 22ª. Ed. Matu Cromo, S.A. Ed. Espasa Calpe S.A. España; 2001.

PALACIO LINO ,Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil. - 17". ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

PALLADARES, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Edición 26ª. Editor México: Editorial Porrúa.

PLACENCIA VILLANUEVA. Raúl, "Teorías del Delito Tercera Reimpresión", Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2004, Universidad Nacional Autónoma de México

PEDRAZ PENALVA, Ernesto; "Motivación y control de las Resoluciones Jurisdiccionales"; en revista de ciencias jurídicas. Derecho constitucional. Derecho Penal. Educación Jurídica. Año 1. No. 4, Noviembre; Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial; San Salvador; El Salvador; 1992.

PERELMAN, Chaim, "Tratado de la Argumentación, La Nueva Retórica", Tercera Reimpr. Madrid, 2006,

PERELMAN, Chain "La Lógica Jurídica y la Nueva Retorica". Traducción del francés por Luis Díez- Picazo. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1979.

PINO SALAZAR, Federico Edmundo. "Fundamentación de las Resoluciones judiciales en el proyecto de la Ley Procesal de Familia"; en revista del ministerio de justicia; 4ª época-No 2. Centro de Información jurídica; San Salvador. El Salvador, 1994.

QUINTEROS, Beatriz. Y PRIETO, Eugenio. "Teoría General del Proceso". Tomo I, Santa Fe Bogotá. Editorial Temis, 2000.

RAMOS GONZALEZ, Carlos. y VELEZ RODRIGUEZ, Enrique. "Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico". Editorial Michie Butter Worth. Puerto Rico, 1995.

RIVERA MÁRQUEZ, Sergio Luis. "Evolución Histórica del Juez de Paz en el Salvador", Revista Justicia de Paz, San Salvador, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia Técnica de los Juzgados de Paz, 1998,

RIVERA RUIZ Daniel Ulises y RIVERA LAZO, Mario Adalberto. "Introducción a la Lógica Jurídica".-Primera Edición.-San Salvador. El Salvador. Sección de Publicación de la Corte Suprema de Justicia, 2004.

RODRÍGUEZ de RIVERA, José, "Teoría de la Argumentación". Dpto. Ciencias Empresariales. Universidad de Alcalá, España, 2007.

RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón, "Historias de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas" -1ª ed.- San Salvador, El Salvador.: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006.

ROSENTAL MM. y IUDIN PP.F. "Diccionario Filosófico", Teoría Acerca del Razonamiento Silogístico. Históricamente primer sistema lógico de deducción, formulado por Aristóteles... 1971, La Unión Soviética.

ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", CÓRDOBA E., Gabriela y PASTOR, Daniel R. (TRAD.), Casa Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SERRANO, Armando Antonio y otros: "Manual de Derecho Procesal Penal", talleres gráficos UCA, El Salvador, 1998.

STEIN, Friedrich, "El Conocimiento Privado del Juez", (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: TRAD), Temis, Bogotá Colombia, 1988.

TALAVERA ELGUERA, Pablo Rogelio. "La Prueba. Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas en el Proceso Penal Común", primera Edición, Academia de Magistratura de Perú, 2009.

TOSTA María Luisa. *Platón, Fragmentos de Algunos Diálogos. Gorgias o de la Retorica*. En Antología de textos de Filosofía del Derecho de. U.C.V. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela. 1990

URETA GUERRA, Juan, "Propuesta para Mejora de la Enseñanza de la Argumentación Jurídica", Sistema nacional de Auto capacitación. Lima, Perú, 2004.

VÁSQUEZ LÓPEZ, Luis. "Código Penal y Procesal Penal de 1974", Editorial Lis, San Salvador, El Salvador, 1997.

VASQUEZ, Rossi, "Derecho Procesal Penal", ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fé, t. II, 2004

VERGER GRAU, Joan, "La defensa del Acusado y el Principio Acusatorio", Bosh. Barcelona, España. 1994.

VIHWEH, Theodor. "Tópica y Jurisprudencia". Trad. Al castellano de Diez Picazo de la segunda edición, alemana de 1963. Madrid: Taurus. 1986.

VIELMA HERRERA Melissa, tomado de "Teoría General del Proceso (Ovalle favela)" México, Monclova Coahuila, 2001.

VIGO, Rodolfo Luis, "Ética y Responsabilidad Judicial". Rubizal-Culzoni. Editores, 2007.

YORIS Corina "Introducción a la Lógica Problemario". Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2001.

ZERPA, Levis Ignacio "El Razonamiento Jurídico" en temas de Derecho Mercantil. Anales de Post-Grado-volumen I, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1989.

2. INDICE LEGISLATIVO

Constitución de la República de El Salvador, D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.- Constitución de la República de El Salvador 1983.

Constitución de la República de El Salvador y su Exposición de motivo, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador. Sección de Publicaciones, 1998.

Código de Procedimientos Civiles y Criminales y de Formulas de todas las Instancias", el cual fue promulgado por Decreto Legislativo el veinte de noviembre y publicado en el Diario Oficial número 219, tomo 177 de ese mismo año.

El Código de Instrucción Criminal de 1882, Publicado por Decreto del Poder Ejecutivo, el tres de abril de 1882, en el diario oficial número 81 Tomo 12, del veinte de abril de 1882

Código Procesal Penal Salvadoreño, Decreto Legislativo No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009.

Código Procesal Civil y Mercantil comentado/ ed. Comisión Coordinadora del sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva (UTC). 2ª. Ed. San Salvador, El Salv.: Comisión Coordinadora del sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, 2011.

Código de Familia, publicado en el D.O. N° 231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993.

Código de Trabajo, publicado en el D.O. N° 142, Tomo 236, del 31 de julio de 1972.

Código Procesal Penal Comentado- publicación del Concejo Nacional de Judicatura, El Salvador- Tomo I, 2004.

Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica.

Constitución Española, Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los diputados y del senado, celebrados el 31 de octubre de 1978. Ratificado por el pueblo Español en referéndum del 6 de diciembre de 1978.sancionada por El Rey ante las cortes de 27 de dic. De 1978.

Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (Con sus múltiples reformas al día de hoy); promulgada por real decreto de 14 de septiembre de 1882; publicado en la Gaceta de Madrid, del 17 de septiembre al 10 de octubre de 1882.

3. INDICE JURISPRUDENCIAL

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Amparo. Exp. N° 306-2007. 25/06/2009.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de *Habeas Corpus*. Ref.207-2006, del 18/12/2007.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Amparo, ref. 331-2006, del 14/12/2007.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Amparo, Ref.331-2006, del día 14/12/2007.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Ref.12-CAS-2006, de las; del día 27/6/2007.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de *Habeas corpus*; ref. 1- 2006. del día 15/01/2007 Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo constitucional. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Casación; Ref.409-CAS-2004 del 8/11/2005. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/jlibre.htm> sitio web del centro de documentación judicial.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Casación; Ref. 123-CAS-2006, del día 9/2/2007. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia Casación No. C8-1998-1999.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Casación; Ref. 257-CAS-2007, del día 4/8/2007. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Casación, ref.507-CAS-2006, del día 23/4/2004”, Corte Suprema de Justicia, Líneas y Criterios Jurisprudenciales, Sala de lo Penal 2007.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencias de Casación, ref.94-CAS-2006, del día 14/5/2007. Corte Suprema de Justicia, Líneas y Criterios Jurisprudenciales, Sala de lo Penal 2007.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Casación; Ref.327 –Cas-2004 del 25/2/2005.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Casación; Ref. 296-CAS-2004, del día 16/7/2007. Corte Suprema de Justicia, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Casación; Ref. 94-CAS-2006, del día 14/5/2007. Corte Suprema de Justicia, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007.

SALA DE LO PENAL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia Casación No. 229-CAS-2006, del día 29/07/2011.

SALA DE LO CIVIL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Casación Exp. N° 166-C-2006. 23/10/2007.

SALA DE LO CIVIL DE LA CSJ DE EL SALVADOR, Sentencia de Casación. Exp. N° 95-C-07. 11/11/2008.

Acerca del principio de razón suficiente, se sugiere la consulta de las sentencias de la Sala de lo Penal siguientes: Sentencia 353-CAS-2004,; del día 24/8/2005; Sentencias 393.CAS-2004, del día 7/6/2005; Sentencia 566-CAS-2005, del día 25/5/2007. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/jlibre.htm.sitio> web del centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

4. OTRAS FUENTES

BEYEVAREND, Documento Introducción a la Tópica, www.filosofyaderecho.com.mx.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez versus Guatemala. Sentencia de 20 de junio de 2005. <http://www.corteidh.org.cr/>.

Enciclopedia Jurídica Omeba sobre fundamento jurídico. Tomo XII-Fami-Gara. Editorial Driskill.S.A. Buenos Aires. 1987.

Ensayos No. 1, Tres temas fundamentales sobre la fase inicial del Proceso Penal. Escuela De Capacitación Judicial- CNJ.1ª. Ed. San Salvador. El Salvador. 1999.

Diccionario de la Real Academia de la lengua Española, 23ª. Ed. ESPASA CALPE, S.A. España, 2010.

LEDEZMA, Es constitucional la aplicación del Brocardo *iura novit curia*, cit. P.362, con cita de Goldschmidt, Principio General del Proceso p. 56. Tomado de Sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez versus Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005.

<http://www.corteidh.org.cr/>.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales. 2005/Corte Suprema de Justicia- Primera Edición-San Salvador. El Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2007.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; 1ª. Edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador, 2008

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo constitucional. Centro de documentación judicial .San Salvador 2007.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal, año 2009. Corte Suprema de Justicia. Sección de publicaciones. San Salvador. 2011.

Metodología de la Investigación Criminal, Teoría del Caso, Fiscalía General de la República de El Salvador, USAID, 2001

Nieves Ricardo .Teoría del delito y practica penal .Reflexiones dogmáticas y mirada crítica Escuela Nacional del Ministerio Público. Santo Domingo, D.N. República Dominicana.www.enmp.gov.do-----www.pgr.gob.do.

Oficina Nacional de Defensa Pública. Teoría del caso. Poder Judicial. República dominicana, 2009.

Petzold Pernía, Hermann, "Sobre el Razonamiento Jurídico en Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia, No. 185. Maracaibo, Enero-Marzo 1987.

Rodríguez de Rivera José, "Teoría de la Argumentación", Universidad de Alcalá, www.uah.es.

República de España, Tribunal Superior, Sala Penal, Sentencia de diez de Julio de dos mil siete, Ponente JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE. Se encuentra en <http://vlex.com.biblioteca.uniandes.edu.com>

Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio Colombiano. manual general para operadores jurídicos. Serie manual de formación para operadores jurídicos. Colombia 2005.

Tribunal Supremo de España, Sentencia de 19 de octubre de 1944, en FÁBREGA P., Jorge, El objeto litigioso, El principio de inmutabilidad del Proceso, Ediciones Fábrega, Panamá, 1985.

www.csj.gob.sv.historiasdelasinstitucionesjuridicassalvadoreñas,napoleónrodríguezruíz.

<http://enriqueVásquezrea.blogspot.com/2010/11/argumentación-jurídica.html>.

<http://enfoqueciudadano.com/2009/01/19/discursos-para-la-historia/>

<http://www.retoricas.co>

ANEXOS

Ref.229-CAS-2006

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; San Salvador, a las diez horas y veinte minutos del día veintinueve de julio de dos mil once.

Este Tribunal conoce del recurso de casación interpuesto por la licenciada INÉS PATRICIA HERRERA, agente auxiliar del Fiscal General de la República, en oposición a la sentencia definitiva absolutoria dictada por el Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador a las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del día veintiuno de marzo del año dos mil seis, en el proceso penal tramitado en contra de MARLON OVIDIO MARTÍNEZ, por la comisión del ilícito calificado como VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ, tipificado en el artículo 159 del Código Penal, en perjuicio de la libertad sexual de [...], representada legalmente por la señora [...].

La casacionista plantea dentro de su recurso interpuesto, la existencia de dos motivos, uno atinente al vicio de forma concretizado por la inobservancia del artículo 130 del Código Procesal Penal; y el otro, por la errónea aplicación de ley sustantiva. Al respecto, el libelo recursivo presentado, contiene los motivos de la impugnación, la justificación y finalmente, la solución pretendida. Aunado a ello, ha sido presentado respetando los requisitos de impugnabilidad subjetiva y objetiva, consecuentemente y con fundamento en los Arts. 406, 407, 421, 422 y 423 todos del Código Procesal Penal, ADMITENSE y decídanse los motivos indicados.

I. RESULTANDO:

Que mediante sentencia definitiva se resolvió: "POR TANTO: Con base a la prueba producida en el juicio y a las razones expuestas por el Tribunal, disposiciones legales antes citadas y de conformidad a los Arts. 11, 12, 15, 27, 172 y 181 CN., 1, 2, 3, 4, 6, 159, 354, 356, 357, 358 y 360 CPP., 14.1, 14.3 d), 9.2, 143, g), 9.3, 9.4, 10.2, 14.3, 15, DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 1, 5, 7, 8, 9 y 10 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, POR UNANIMIDAD ESTE TRIBUNAL EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, FALLAMOS:

A) ABSUÉLVASE al imputado MARLON OVIDIO MARTÍNEZ, de las generales mencionadas en el preámbulo de esta Sentencia, de toda Responsabilidad Penal, Civil y del Pago de Costas Procesales, ocasionadas en esta instancia, por el delito definitivamente calificado como VIOLACIÓN EN MENOR O INCAPAZ, previsto y sancionado en el Art. 159 del CP., en perjuicio de la libertad sexual de la menor [...] representada legalmente por la señora [...], hecho sucedido según acusación fiscal en el año dos mil uno, en la vivienda del acusado.

B) ABSUÉLVASE al imputado MARLON OVIDIO MARTÍNEZ, de las generales mencionadas en el preámbulo de esta Sentencia, de toda Responsabilidad Penal, Civil y del Pago de Costas Procesales, ocasionadas en esta instancia, por el delito definitivamente calificado como AGRESIÓN SEXUAL EN MENOR E INCAPAZ, previsto y sancionado en el Art. 161 del CP., en perjuicio de la libertad sexual de la menor [...] representada legalmente por la señora [...], hecho sucedido según acusación fiscal en el año dos mil uno, en la vivienda del acusado.

C) CESE todo tipo de restricción en contra de la Libertad Ambulatoria del imputado MARLON OVIDIO MARTÍNEZ, en consecuencia pónganse inmediatamente en Libertad, si no estuviere a la orden de otro Tribunal.

SEÑALASE las DIECISEIS HORAS del día VEINTIOCHO DE LOS CORRIENTES, para la lectura integral de la presente sentencia.

Dejase expedito el derecho a las partes de poder recurrir de la presente Sentencia Definitiva, caso contrario no se recurriere de la misma dentro del término de ley archívense las presentes actuaciones."(Sic).

II. Inconforme con el pronunciamiento emitido por el sentenciador, la licenciada Inés Patricia Herrera, interpuso recurso de casación, por considerar que es imputable a la sentencia definitiva dos vicios, el primero atinente a la "Inobservancia del Art. 130 inc. 1° Pr. Pn., que deriva en los vicios señalados en el Art. 362 No. 4° Pr. P n.". A su criterio, éste se ha

configurado toda vez que ha ocurrido una discriminación arbitraria de las pericias psicológicas y psiquiátricas realizadas a la menor víctima [...], prueba que considera esencial, pues no sólo acredita los hechos ocurridos, sino también la participación del imputado. Argumenta que si los juzgadores hubieran tomado en cuenta estos aspectos, la conclusión a la que llegaron hubiera sido muy distinta. Sostiene, además, que por estar ante la presencia de un fallo ilegítimo, procede la anulación de la sentencia, y que el nuevo juicio sea del conocimiento de un tribunal de sentencia distinto del que tramitó.

Como segunda causal de casación, alega: "Motivo de fondo: Se ha inobservado lo dispuesto en los Arts. 130, 162 y 359 Pr P n., relacionados con el Art. 159 P n." En apoyo a su reclamo expone: "La sentencia indica en la valoración de la prueba testimonial de la víctima que ha planteado la jurisprudencia comparada y que ha acogido como propias ese Tribunal, las que son: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-victima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento o venganza que puedan enturbiar la sinceridad del testimonio; b) La verosimilitud, dado que el testimonio debe estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria; c) La persistencia en la incriminación en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades o contradicciones.

El Tribunal advierte que hay un móvil espurio de parte de la víctima [...], en querer perjudicar al acusado Marlon Ovidio Martínez, pues ambos han convivido en un hogar caracterizado por violencia intrafamiliar, evidenciando una intención de perjudicar a su ex compañero de vida, además, la individualización y las acciones atribuidas al acusado, a este Tribunal no le merece por entera fe por un lado y por otro, por falta de colaboración con otros elementos de prueba que fueron categóricos y que no le dieran márgenes de duda a este Tribunal para tener por acreditada la euforia del acusado en cada uno de los hechos atribuidos... "No le permite concluir al Tribunal categóricamente y sin márgenes de duda, si el acusado efectivamente accedió carnalmente y agredió sexualmente a [...], y con violencia física o moral necesaria y suficiente para afectar la

voluntad de la menor, de acuerdo a los hechos antes establecidos y con la prueba destilada dentro del juicio, este Tribunal lo único que tiene por establecido es el acceso carnal consentido, cuando la menor tenía aún once años de edad, no mereciéndole credibilidad las afirmaciones de la menor respecto que la accesaba vaginalmente y la obligaba a realizarle sexo oral por la fuerza, y sobre esos hechos analizará la existencia del delito." Resulta evidente, que este tipo de conductas coloca en riesgo el correcto desarrollo de los menores afectados, quienes no se encuentran en la capacidad de comprender y mucho menos de resistir, dada su inferioridad física y psicológica a un ataque de esta clase. Es de hacer un análisis en cuanto a la comisión del delito de VIOLACIÓN EN MENOR E INCAPAZ, el cual en sus presupuestos exige tener acceso carnal vía vaginal o anal con persona menor de doce años...este es el presupuesto que a esta representación fiscal le interesa analizar en virtud de ser el que concurre en el proceso por el cual se recurre ante esa Instancia.

Por todo lo antes valorado, considero que el acusado es responsable de los delitos que se le atribuyen en perjuicio de la menor víctima del caso en comento." (Sic)

III. Posteriormente, fue emplazado el licenciado Ricardo Ernesto Palacios Barrera, defensor público del acusado, a efecto que emitiera pronunciamiento sobre el recurso intentado, sin embargo, prescindió del derecho conferido por el artículo 428 del Código Procesal Penal.

IV. CONSIDERACIONES DE ESTA SALA.

En primer término, cabe advertir que la recurrente ha planteado de manera separada dos motivos de casación, que han sido identificados, así: 1.) "Inobservancia del Art. 130 del Código Procesal Penal, que provoca la concurrencia del vicio contemplado en el Art. 362 No. 4° Pr. Pn.", es decir, la insuficiente fundamentación analítica de la sentencia; y, 2.) "Inobservancia de lo dispuesto en los Arts. 130, 162 y 359 del Código Procesal Penal, relacionado con el Art. 159 del Código Penal." Como bien se observa, a pesar que tales reclamos han sido elaborados bajo un tratamiento individual, la pretensión que ambos persiguen es revisar la

fundamentación del pronunciamiento dictado, tanto a nivel intelectual como jurídico, pues por una parte se ataca la arbitraria valoración que se practicara de la prueba legítimamente incorporada al proceso, concretamente la documental y pericial, en tanto que ésta no fue tomada en consideración para formar la convicción judicial. Además, la segunda queja expone: "el análisis de las correspondientes pruebas indican que la conclusión jurídica no podía ser otra que establecer la participación del imputado en el delito por el cual fue acusada" De tal forma, como recién se ha expuesto, esta Sala analizará la motivación tanto analítica como jurídica de la sentencia que actualmente se recurre, auxiliándose para tal efecto, de los principios de la lógica y en definitiva, de las reglas que rigen el correcto entendimiento humano.

En ese orden de ideas, como punto de partida, conviene retomar la reflexión judicial en la cual son sometidos a examen los elementos probatorios útiles involucrados: "IV. ANÁLISIS DE LA PRUEBA DESFILADA EN JUICIO. En cuanto a lo relatado por la menor referente a que ella era víctima de abusos continuos de violencia por parte del acusado, en ningún momento se establece desde que fecha es que inicia la violencia, para que el acusado cometiera los ilícitos atribuidos, ya que estaban en su casa, la menor no manifiesta en qué momento el acusado la obligaba a tener relaciones sexuales y sexo oral a la fuerza, no existe otra prueba testimonial que venga a reforzar lo expresado por la víctima; por otra parte, la menor víctima pudo haber pedido auxilio a los vecinos o ir a denunciar ella misma la situación que estaba viviendo, pero no lo hizo, porque manifestó que el acusado la tenía amenazada, que la golpeaba y le cortaba el pelo para que le diera pena salir. Lo anterior para los suscritos no es del todo creíble, ya que la víctima pudo haber actuado de otra forma, para poder buscar auxilio, ya que la violencia ejercida por el acusado para que la menor no saliera de su casa no es suficiente para poder doblegar la voluntad de ésta.

Por otro lado, y como medio de prueba a favor del acusado, rindió su declaración indagatoria, la cual ha dado ciertos elementos que vienen a complementarse con lo expuesto por la víctima y su madre, siendo éstos los siguientes: que el acusado estaba acompañado con [...], con quien ha concebido un hijo, que él pidió permiso a la mamá para andar con su

hija y que ella le dijo que sí, con la condición que fueran a una iglesia cristiana, que fue la menor quien le dijo que se acompañaran y de no hacerlo se iban a envenenar, que la misma señora [...] les aconsejaba que trataran la manera de no discutir mucho (...) El Tribunal advierte que hay un móvil espurio de parte de la víctima en querer perjudicar al acusado, pues ambos han convivido en un hogar caracterizado por violencia intrafamiliar, evidenciando una intención de perjudicar a su ex compañero de vida.

De acuerdo a los hechos establecidos y con la prueba desfilada dentro del juicio, este Tribunal lo único que tiene por establecido es el acceso carnal consentido, cuando la menor aún tenía aún once años de edad, no mereciéndole credibilidad las afirmaciones de la menor respecto que la accedía vaginalmente y la obligaba a realizarle sexo oral por la fuerza."(Sic)

Tal como se aprecia de la transcripción anterior, los juzgadores únicamente sometieron a valoración los testimonios de la víctima, el de su madre y la declaración indagatoria rendida por el imputado, obviando el resto de la prueba documental y pericial incorporada. Es decir, existe un vacío si esta última ha sido rechazada o acogida para arribar a la decisión, únicamente forma parte de la fundamentación descriptiva, pero sobre ésta nunca ha recaído un examen y mucho menos se ha expresado el valor definitivo otorgado para tomar la decisión absolutoria; simplemente son dejadas por fuera, sin dar las razones para ello. Ello conduce a una discriminación arbitraria de tales elementos, faltando de tal forma el juzgador a la obligación de valorar, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas recibidas, independientemente que no las considere elementos útiles, pertinentes y decisivas a la resolución del caso, pues es éste examen el que precisa dentro de la decisión, ya que sólo de esa forma las partes tendrán conocimiento acerca de las razones que inspiran al juzgador, y así podrán acceder a los medios impugnativos.

Al respecto, conviene recordar que el ejercicio de la fundamentación analítica, supone que el juzgador aprecie cada elemento de prueba de manera individual, a efecto de determinar su legitimidad, utilidad y pertinencia y luego, contraste esa apreciación con la totalidad de la masa probatoria. Como consecuencia de ello, se erige la exigencia de completitud, la cual supone que

el tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo, esto es, la totalidad de probanzas han de ser valoradas y también exponer si éstas gozan de credibilidad. Indiscutiblemente, para el caso de mérito, ésta no ha sido cumplida, precisamente por escapar a la formulación de un examen integral de las pruebas, tal como insistentemente se ha mencionado.

Como punto seguido, figura el examen que el A-Quo efectuó sobre la fiabilidad de la declaración de la víctima. Al respecto éste consigna que no le merecen credibilidad las afirmaciones de la menor respecto que la accedía vaginalmente, pero líneas adelante, se ha señalado que la declaración indagatoria del imputado "viene a complementarse con lo expuesto por la víctima y su madre." Es decir, a su criterio son fiables dos vehículos transmisores de información que conducen a la acreditación del hecho, pero posteriormente rechaza la declaración de la víctima, lo que provoca una insalvable contradicción dentro de su razonamiento.

Posteriormente consta el examen del juzgador respecto de si efectivamente se ejerció violencia en contra de la víctima. Así, primero señala que ciertamente dentro del ambiente familiar se vivía una situación de violencia, que a su criterio es creíble y veraz, precisamente porque encuentra su respaldo en la deposición de la madre de la víctima: pero luego indica que las amenazas, las agresiones físicas e incluso la circunstancia que el imputado cortara el cabello de la víctima con la finalidad de avergonzarla y así impedir que saliera de la vivienda, no son suficientes como para incidir en el ánimo de la menor y lograr el acceso carnal. En otras palabras, para el caso de mérito se dice por parte de los sentenciadores que de ninguna manera la violencia intrafamiliar puede extrapolarse al supuesto de la Violación ocurrida en la menor; pues, a pesar de existir todas esas circunstancias atentatorias a su dignidad e integridad física, no puede presumirse que también ocurrieron para consumar este delito de alcoba. Además, continúa la reflexión del A-Quo, la convivencia extramarital, la ausencia de testigos y el hecho que la víctima no se

evocara a ninguna persona para solicitar el correspondiente auxilio, permiten concluir que sobre ésta no fue ejercida violencia.

Sobre este particular razonamiento, debe acotarse en primer término que el A-Quo, descarta la especial característica de la víctima, es decir, a su criterio no posee ninguna relevancia jurídica la minoridad frente a la naturaleza de la conducta sexual efectuada - independientemente del consentimiento o no aportado por ésta- en tanto que el menor no puede comprender, a partir de su corta edad, que actos del contenido indicado, pueden alterar el correcto desarrollo de su personalidad. Precisamente por ello, el legislador ha dispuesto que no existan facultades de autodeterminación sexual cuando el sujeto pasivo del hecho sea un menor de doce años de edad. Aunado a lo anterior, su vulnerabilidad la torna un fácil objeto de intimidación, frente a quien no es necesario efectuar una amenaza o coacción de tal magnitud como la que se efectuaría contra un adulto, para disminuir su voluntad.

Ahora bien, delitos como el de violación, por sus propias características requieren generalmente para ser realizados de un alejamiento de cualquier tipo de publicidad o conocimiento directo del resto de los ciudadanos, es decir, en secreto, aprovechando que la víctima se encuentra sola o en un lugar en donde no se le puede prestar auxilio. Así pues, tampoco es válido descartar la ocurrencia de este delito, por no suceder en un ambiente concurrido, cuando según las máximas de la experiencia estos delitos normalmente se realicen aprovechando localizaciones situadas fuera de testigos.

Por otra parte, en cuanto a la convivencia marital, el sentenciador consigna: "En el caso sub-júdice se demuestra dado que la víctima y el acusado convivieron maritalmente por un lapso de cuatro años aproximadamente, lo que demuestra que no hubo violencia en la persona"(Sic). A criterio de esta Sala, tal condición no es un supuesto por el que de manera eliminar se deseche el factor violencia, pues recuérdese que precisamente el bien jurídico que se protege frente al delito de violación, es la libertad sexual de aquellos ataques no consentidos por la víctima. Y en el supuesto que no se requiera violencia por

la especial condición de vulnerabilidad de la menor, ésta no posee el nivel de autodeterminación para elegir sobre la actividad sexual.

Luego de estas consideraciones, resulta claramente que la fundamentación analítica no responde a un adecuado razonamiento, puesto que los varios razonamientos encadenados, efectuados por el A-Quo no son efectuados atendiendo los principios de la Lógica y las máximas de la experiencia común, lo que provoca como única consecuencia que la fundamentación no subsista. Es pertinente traer a cuento que, la sana crítica le exige al sentenciador dar aquellas razones basadas en la lógica, las máximas de experiencias y los conocimientos científicos del por qué arribó a una determinada resolución, mostrando de forma inequívoca ese convencimiento al analizar la prueba obrante en autos, labor que no ha sido verificada por él A quo. La motivación implica, en suma, que el juzgador deberá, no sólo satisfacer su convencimiento, sino, establecer con la valoración efectuada, que el resultado del fallo es congruente con la realidad del debate y que permita demostrar con suficiente claridad que lo decidido se encuentra en estricta sujeción a la verdad procesal. En fin, la sentencia impugnada por no encontrarse impregnada de razonados juicios de valor, le es imputable el vicio alegado.

Finalmente, en un completo abandono al cuidado, la sentencia absuelve a Marlon Ovidio Martínez, por los delitos de Violación en menor o incapaz, tipificado en el Art. 159 del Código Penal, y por Agresión Sexual en menor e incapaz, contemplado por el Art. 161 del mismo cuerpo normativo, ambos en perjuicio de la menor [...]; sin embargo, tal como consta en el correspondiente auto de apertura a juicio, el imputado fue acusado únicamente por el delito de VIOLACIÓN EN MENOR E INCAPAZ. Tal irregularidad trasciende del mero "error material", el cual no es relevante para la esencia o contenido del pronunciamiento, en tanto que no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica; pero para el caso concreto, el pronunciamiento se vuelve atentatorio al Principio de Congruencia, y además incierto, en tanto que se desconoce si la parte dispositiva atiende al

incidente de cambio de calificación interpuesto por la Fiscalía General de la República durante la celebración de la vista pública.

POR TANTO: De acuerdo a lo apuntado en los acápite precedentes, disposiciones legales citadas y artículos 50 inciso 2°, 57, 421, 422 y 427, todos del Código Procesal Penal, a nombre de la República de El Salvador, este Tribunal RESUELVE:

CÁSASE LA SENTENCIA DE MÉRITO, por las razones apuntadas a lo largo de la presente,

Ordénese la remisión de las actuaciones al tribunal de origen, para que éste a su vez las envíe al TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, para la celebración de la nueva vista pública.

NOTIFÍQUESE.

R. M. FORTIN. H.-----M. TREJO.-----GUZMAN. U. D. C.-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.-----RUBRICADAS.-----ILEGIBLE.

MANUEL ATIENZA, *UNIVERSIDAD DE ALICANTE. ESPAÑA.*

DIEZ CONSEJOS PARA ARGUMENTAR BIEN O DECÁLOGO DEL BUEN ARGUMENTADOR

RESUMEN. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 473-475

Las reglas de la buena argumentación recogidas en este breve texto son tanto de carácter técnico como ético.

1. El mejor consejo que puede darse a quien desee argumentar bien en el Derecho o en cualquier otro ámbito es prepararse bien. Picasso decía que la inspiración existe, pero tiene que pillarte trabajando. De manera semejante, la habilidad dialéctica, argumentativa, existe, pero tiene que pillarte preparado, conocedor del fondo del asunto. No se puede argumentar bien jurídicamente sin un buen conocimiento del Derecho, de los materiales jurídicos, y de la teoría del Derecho, de los instrumentos adecuados para manejar aquellos materiales.

2. Hay aspectos comunes a cualquier tipo de argumentación, pero también rasgos peculiares de cada campo, de cada tipo de debate. Por ejemplo, lo que es apropiado para una conferencia (la exposición por extenso de una tesis) no lo es para el que participa en una mesa redonda: una buena presentación de la tesis que se desea defender en ese tipo de debate no tiene por qué ser una “mini conferencia”; lo importante aquí no es efectuar una exposición completa, exhaustiva, sino más bien clara, razonablemente informativa, que estimule la discusión y prepare de alguna forma para, al final, persuadir al auditorio.

3. No se argumenta mejor por decir muchas veces lo mismo, ni por expresar con muchas palabras lo que podría decirse con muchas menos. La amplitud excesiva del discurso aumenta las probabilidades de cometer errores y corre el grave riesgo de provocar hastío en el oyente.

4. En una discusión, en un debate racional, esforzarse porque el otro tenga razón — como alguna vez propuso Borges— parece demasiado. Pero esforzarse por entender bien lo que el otro ha dicho es una exigencia moral —en el sentido amplio de la expresión— que resulta además bastante útil como recurso retórico o dialéctico: hace más difícil que podamos ser refutados (por ejemplo, con un «yo no he dicho eso») y aumenta las probabilidades de que nuestros contendientes estén también dispuestos a entendernos bien.

5. Cuando se argumenta en defensa de una tesis, no estar dispuesto a conceder nunca nada al adversario es una estrategia incorrecta y equivocada. Hace difícil o imposible que la

discusión pueda proseguir y muestra en quien adopta esa actitud un rasgo de carácter, la tozudez, que casi nadie aprecia en los demás. No es, por tanto, un buen camino para lograr la persuasión.

6. Cuando se argumenta con otro, uno puede tener la impresión de que los argumentos de la parte contraria funcionan como una muralla contra la que chocan una y otra vez nuestras razones. Por eso, una vez probada la solidez de esa defensa, lo más aconsejable es ver si uno puede tomar la fortaleza intentando otra vía. Esa maniobra debe hacerse sin desviar la cuestión. O sea, no se trata de disparar torcido, sino de disparar desde otro lado, cambiando la posición.

7. La argumentación no está reñida con el sentido del humor, pero sí con la pérdida del sentido de la medida. Hay ocasiones en que no es apropiado hablar en broma (por ejemplo, del holocausto, del genocidio de un régimen militar...) y hay bromas y bromas. Para distinguir unas de otras, el mecanismo más simple y efectivo consiste en ponerse en el lugar del que tiene que soportar la broma.

8. No se argumenta bien por hacer muchas referencias a palabras prestigiosas, autores de moda, etc. Lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan: la calidad y fortaleza de esas razones son responsabilidad exclusiva del que argumenta.

9. Frente a la tendencia, natural quizás en algunas culturas, a irse por las ramas no cabe otro remedio que insistir una y otra vez en ir al punto, en fijar cuidadosamente la cuestión.

10. En cada ocasión, hay muchas maneras de argumentar mal y quizás más de una de hacerlo bien. Este (lígero) apartamiento de la regla de la multiplicidad del error y la unicidad de la verdad se debe a que en la argumentación las cuestiones de estilo son importantes. Como ocurre con los autores literarios, cada persona que argumenta tiene su estilo propio y es él el que ha de esforzarse, primero, por encontrarlo, y luego, por elaborarlo.

Además de la lectura de este texto, te sugiero dos direcciones para que te des cuenta de la importancia de la retórica en la argumentación y puedas encontrar ejemplos

[-http://enfocueciudadano.com/2009/01/19/discursos-para-la-historia/](http://enfocueciudadano.com/2009/01/19/discursos-para-la-historia/)

[-http://www.retoricas.com/](http://www.retoricas.com/)

