

LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LOS JUECES MEXICANOS*

José Trejo

INTRODUCCIÓN

En este breve trabajo caracterizaré a la norma penal individualizada (la sentencia) y verificaré cuáles elementos pueden afectarla, ya que resulta evidente que en las sentencias penales de hoy, no se habla de una simple y llana aplicación positiva del derecho, sino de una actividad jurisdiccional en las que se conjugan agentes externos que inciden directa o indirectamente en los internos. Mi exposición se centra a la actividad judicial de los últimos años (1994-2001), y se limita a una simple observación del ejercicio en la toma de la decisión final de los jueces mexicanos contemporáneos en los casos del delito de robo y de algunos de los fundamentos que explican esa forma de actuar de los jueces, entre ellos, el poder político, su formación jurídica y su experiencia judicial, factores todos inscritos en la cultura jurídica contemporánea.

* Estas líneas forman parte de un trabajo más extenso, titulado "La justicia mexicana: análisis descriptivo de las sentencias penales", que constituyó mi tesis para la obtención de grado en el master internacional en sistemas penales comparados y problemas sociales, ofrecido por la Universidad de Barcelona.

Así, puedo destacar algo que no resulta nuevo para la sociología jurídica: el derecho penal aplicado, responde y funciona con relación a unas circunstancias políticas, económicas, culturales y sociales específicas y dicha aplicación se expresa en un lenguaje en el que se simboliza la impartición de justicia.¹ Función simbólica de la aplicación del derecho que puede adecuarse o no a través de su interpretación judicial, al contexto en el cual sucede.

En estos términos, dado el papel que juega la jurisdicción, al ser la última instancia en la que se ventilan los conflictos dados entre los particulares y el Estado específicamente en la justicia penal y al analizarse la emisión de la decisión judicial, que una de las actividades en las que se centra el comportamiento judicial mexicano, similar al de cualquier cultura occidental, se evidencia en la estructura de esas decisiones, su influencia externa, lo que genera un producto discrecional, contradictorio en sí mismo y en general subjetivo, en el que únicamente se utiliza y reproduce el lenguaje de justificación de medios y fines para la intervención punitiva del Estado sobre los particulares

El eje que da inicio al análisis de las decisiones judiciales es un aspecto legal que el discurso oficial de la judicatura ha asignado como requisito esencial de las decisiones judiciales: la obligación que tiene el juez de fundamentar y motivar sus resoluciones finales. Ahí pude observar la interpretación judicial y en consecuencia las argumentaciones que exponen los jueces en sus determinaciones, el "criterio" con el cual interpretan las normas, prueban los hechos, y en suma, aplican las leyes.

En toda esta exposición relaciono algunas disposiciones jurídico-penales y jurídico-procesales mexicanas, para ensayar la manera en que los jueces las aplican. Pude constatar, al analizar la interpretación judicial que los jueces no observan las disposiciones legales sino que hacen *su* propia interpretación del derecho, con una fuerte dosis de discrecionalidad y subjetividad y por tanto, con un amplísimo poder de definición en su aplicación o en lo que en el discurso oficial se ha denominado la impartición de justicia. Con ello pude

¹ Para el término "justicia" en este trabajo, utilizo la definición de "La decisión del estado de las cosas", dado por Tenorio, F (1997:117).

develar el falso carácter imparcial de los jueces y su falaz actuación en representación del Estado, en la procuración y administración de justicia, pese a la aplicación ritualmente normativa de la ley, por lo que entendí que la propia estructura semántica de la ley, permite a los jueces actuar discrecional y subjetivamente en su función, pero a la vez, que su formación formalista y dogmática, no les permite ver más allá de la ley que aplican, del código que les proporciona el poder legislativo con las normas que les vienen otorgadas.

LA SENTENCIA PENAL

Fundamentar y motivar, es la obligación jurídica que tiene el juez, como emisor de la sentencia, de exponer las consideraciones legales y fácticas que justifiquen su decisión final, ya que de entrada se sitúa a la actividad jurisdiccional como una actividad de Estado, es decir, una actividad política, porque al dictar sentencias los jueces lo hacen como funcionarios estatales, carácter que obtienen de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil. Ellos son personas legitimadas y legalmente autorizadas para hacerlo. La jurisdicción debe ser ejercida mediante la aplicación de normas que dan la posibilidad de decir el derecho, por parte de uno o varios individuos instituidos por un ordenamiento específico (Bergalli, R. 1997: 12), en ese sentido deben responder en su carácter de funcionarios, y dar justificaciones de su función primordial: la sentencia. La decisión judicial, se obtiene a partir de los argumentos dados por el juez en la medida en que es reconstrucción o expresión del razonamiento dado o en cambio, puede ofrecerse una motivación únicamente como racionalización *ex post* para cumplir con la obligación de justificar la decisión judicial (Ezquiaga, F. 2002: 161).

No debemos olvidar la importancia social de la aplicación del derecho. En el lenguaje formal, el tribunal es la institución más imparcial y objetiva en la solución de conflictos, entre gobernado y Estado, esto debe entenderse aún más tratándose del sistema penal, en el que la actividad judicial se concibe en principio como aplicación del derecho, pero las decisiones judiciales no están siempre completamente determinadas por las normas jurídicas, ya que los

jueces siempre gozan de una cierta libertad de elección,² como explicaré más adelante.

Pero, ¿cómo hace el juez, para unir unos hechos reales, tangibles, susceptibles a través de los sentidos, con un conjunto de signos lingüísticos e intangibles, en los que traduce un enunciado legal? Luigi Ferrajoli señala que en atención a los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, principios procesales en la aplicación de derecho penal, se exige al juez en su sentencia una motivación que debe ser fundada en hecho y en derecho, fundándose en argumentos cognoscitivos en cuanto al hecho y reconocitivos en derecho, por ello, toda sentencia debe tener una motivación formada predominantemente por proposiciones asertivas y una parte dispositiva que es asertiva en lo relativo a la motivación y preceptiva en el resto.³ De aquí se advierte que el juez debe dar motivaciones, que además Ferrajoli indica, deben ser probadas o verificadas y también preceptos legales en los que la sustenta. Por ejemplo, cuando el juez estudia en una sentencia lo que se ha llamado en México, el juicio de tipicidad o la responsabilidad penal, se trata de las proposiciones asertivas de las que habla Ferrajoli, mientras que la parte de la punición, es decir, la concreta aplicación de penas, sería una parte preceptiva.

No obstante, una sentencia se traduce en juzgar la conducta de otros, calificarla y establecer consecuencias que inciden de forma por demás relevante en la persona juzgada. No es una tarea fácil, toda definición del derecho, presenta dificultades y no hay que olvidar que la finalidad última de la sentencia es la de imponer una pena, en la mayoría de los casos, privativa de la libertad. De ahí que la exigencia legal de motivar las decisiones judiciales, esté vigente en los sistemas jurídicos contemporáneos, y sólo se entenderá cumplida cuando el juez dé argumentos que justifiquen la decisión adoptada en el proceso de aplicación del derecho a un caso concreto (Ezquiaga, F., 2002: 137).

Vista desde esta perspectiva, la sentencia es una decisión judicial, que debe ser justificada, y, como base de esta justificación, la ley y

² Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2003, p. 67.

³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón Teoría del garantismo penal*, España, Trotta, 2001, pp 542-543

unos hechos. Por lo tanto, para unir estos elementos, se impone para el emisor de ese acto, un ejercicio racional, expuesto en la propia sentencia, en el que vierta argumentos con los que se justifique su acto.

Decidir, juzgar si un hecho puede ser adecuado a una descripción legal, supone un acto de interpretación, pues la sentencia no es (no debiera ser) una simple opinión, una mera consideración de si para el juez tal hecho está considerado dentro de tal norma, sino que en la sentencia debe exponer detalladamente, lógicamente, razonadamente, y basado en qué, llegó a esa determinación. El ejercicio jurisdiccional supone una interpretación "orientada a los hechos", en la que los jueces se preguntan si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de una cierta norma, por lo que deben interpretar las fuentes y calificar el supuesto de hecho; esto último a su vez, supone la verificación de los hechos (Guastiani, R. 2002: 37).

Ulises Schmill y José Ramón Cossío, se preguntan que, si las normas jurídicas se constituyen en los parámetros suficientes para establecer los contenidos normativos, es necesario saber entonces en qué se sustenta la interpretación jurídica, es decir, en qué radica individualizar la norma y darle un sentido determinado y no otro, en un caso concreto. Los autores citados, proponen que esto puede hacerse si atendemos a las motivaciones o concepciones del mundo de quien interpreta. En este sentido, Angélica Cuéllar expone que la *experiencia judicial*, con la cual explica cómo los jueces dan sentido a las normas: "la decisión de un juez... responde a lo que siente, a sus valores, a su cultura, a sus conocimientos, a la vida que ha tenido y también a lo que la sociedad quiere".⁴

De lo anterior, se advierten tres elementos que estimo necesario resaltar. Primero, la interpretación de una norma puede apuntar en

⁴ Angélica Cuéllar, *La justicia sometida Análisis sociológico de una sentencia*, 1ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa y Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-UNAM, 2000, p. 35 Como ejemplo de lo que aquí se plantea, véase el completo estudio de Elena Azaola (1996) *El delito de ser mujer*, 1ª ed., México, Plaza y Valdés-CIESAS; en el que develó, entre muchas otras cosas, cómo los jueces dan un trato *diferenciado y más severo* a las mujeres homicidas que a los hombres que también han cometido homicidio, como reflejo de la forma en que social y culturalmente se ha tratado a la mujer, siempre en una posición *inferior*, marginación de la que no pueden desprenderse los jueces en el ejercicio de su función.

distintos sentidos, es decir, pueden darse diversos significados a un mismo enunciado legal. Segundo, el acto de interpretar importa una valoración determinada por múltiples factores. Tercero, la interpretación no es libre para el juez, sino que viene condicionada por las propias reglas establecidas, de entrada, en la ley.

Todo enunciado, es susceptible de interpretación, en la medida en que es dirigido por un receptor hacia un emisor, a través del cual pretende dar a entender determinada cosa. La norma legislada es un problema que debe resolver el juez, en la medida en que tiene que decidir qué es lo que significan los símbolos y signos que se contienen en la expresión de la norma. El sentido de la norma no es algo dado al intérprete, sino algo que éste tiene que construir, que determinar, que decidir.⁵ Ferrajoli (2001: 125) ha indicado que “en las teorías de la interpretación y de la aplicación de la Ley, suele ignorarse, o al menos descuidarse, el problema de la semántica del lenguaje judicial en el que los actores del proceso exponen los hechos y las pruebas” pero también resulta sumamente importante la semántica del lenguaje legal y del lenguaje judicial al emitir la decisión, pues la indeterminabilidad semántica del lenguaje penal, puede provocar un grado de inseguridad jurídica.

Estimo necesario precisar lo que debe entenderse por el término “interpretar”, darle sentido a una cosa, dar un determinado sentido a las palabras.⁶ Así, explicar, exponer, definir qué debe entenderse por determinada palabra, es un ejercicio que hacemos todos los días, en la medida en que utilizamos el lenguaje para comunicarnos y éste se compone de palabras. Wróblewski, indica cuatro conceptos de interpretar. En un sentido muy amplio, lo define como la comprensión de todos los objetos culturales, objetos a los que se les asigna algún sentido cultural o se les designa como naturaleza. Luego define interpretar, en conexión con las expresiones del lenguaje escrito o hablado, especialmente en referencia a textos jurídicos y así indica que es asignar significados a algunos conjuntos de ciertos objetos físicos, símbolos o signos. También señala que la palabra interpretar se usa en aquellas situaciones en las que hay duda acerca del

⁵ *Ibid*, p 84

⁶ De acuerdo con el diccionario de la lengua española.

sentido de un determinado texto jurídico, en las que el intérprete usa ciertos medios para determinar el sentido buscado. Finalmente, a lo que denomina interpretación operativa, que es aquella que lleva el juez cuando decide el caso.⁷

La interpretación operativa, solamente puede ser llevada a cabo por un juez, cuando actúa como juez, y por tanto, únicamente puede hacerse sobre normas jurídicas y sobre hechos relacionados con dichas normas jurídicas, y sólo cuando el juez decide en forma definitiva el asunto sometido a su conocimiento, es decir, cuando emite la decisión judicial llamada sentencia. De acuerdo con Francisco Javier Ezquiaga, (2002: 157) apoyándose en Wróblewski, el juez debe, en el ejercicio interpretativo: 1. Elegir la norma aplicable 2. Determinar su significado 3. Probar los hechos 4. Subsumir los hechos en la norma, y 5. Determinar las consecuencias jurídicas de estos hechos por la norma elegida.

En los sistemas penales donde existe una parte acusadora, como en el caso de México, la elección de la norma aplicable viene dada al juez, es decir, estrictamente ya no debe elegir qué norma compete al caso que va a resolver, sino pasará a determinar su significado; aunque conviene aclarar que la decisión de elección de esa norma se refiere más bien a la determinación del juez de si es válida o no. Por supuesto, el ejercicio interpretativo que hacen los jueces, no es secuencial en la forma en que se ha indicado, ni está estrictamente dividido en estos pasos, ya que normalmente el dictado de una sentencia es un sólo hecho en conjunto, y los puntos indicados están íntimamente vinculados entre sí. De esta manera, Wróblewski (2002: 30), explica que la norma constituye la base normativa de la decisión jurídica. El juez debe basarse en una norma vigente del ordenamiento jurídico en el cual actúa. Pero resulta de suma importancia hacer notar que, cuando el juez determina el significado de esa norma que aplica, cuenta con márgenes de maniobra interpretativos, a pesar de que los argumentos que exprese se refieran normalmente al "sentido" verdadero de la norma jurídica interpretada.⁸ También para este autor, cuando el juez interpreta y da sentido al texto jurí-

⁷ Wróblewski, *Sentido y hecho... op. cit.* pp. 174-175.

⁸ *Ibid.*, p. 31.

dico, asume directivas que son múltiples y conflictuales (Wróblewski, J. 2002: 70). Considero que esto explica en parte la “diversidad” de criterios judiciales.

Posteriormente, cuando el juez determina los hechos del caso, lo hace de acuerdo con la teoría de la prueba determinada por el sistema jurídico en que actúe. En la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, en los que se incluye al mexicano, opera la llamada “libre valoración de la evidencia” que se sujeta a dos tipos de reglas: reglas empíricas y reglas jurídicas, las primeras son las establecidas por las ciencias naturales y sociales y por la experiencia común, las segundas, las formulan las normas jurídicas que determinan qué ha de aceptarse como hechos probados. Hoy en día esas reglas jurídicas están típicamente caracterizadas por las presunciones.⁹

Luego, cuando el juez determina las consecuencias jurídicas de los hechos del caso, lo hace de acuerdo con una norma válida aplicada de derecho sustantivo, con una decisión de validez que determina la validez de la norma aplicada y con la decisión interpretativa que determina el significado de la norma jurídica aplicada,¹⁰ es decir, hace “una determinación de las consecuencias del caso establecido, con arreglo a la norma jurídica aplicada”.¹¹ Una vez más, la norma puede dejar un determinado margen de maniobra para el juez cuando arriba a esta decisión final. La elección está determinada por directivas que definen las características de los hechos que el juez debe tomar en consideración o los objetivos que debe alcanzar al individualizar las consecuencias.¹² Los objetivos a que se refiere el autor apenas citado, cuando el juez determina las consecuencias jurídicas del caso, pueden estar dados, desde el discurso jurídico tradicional, por los fines que se ha asignado a la pena, en especial a la privativa de libertad, ello desemboca necesariamente en que el juez al determinar la consecuencia, sobre la base de los objetivos cife (o al menos debería cefir) su elección a los lineamientos establecidos por el discurso tradicional, esto es, perseguir el cumplimiento de las

⁹ *Ibid.*, p. 31

¹⁰ *Ibid.*, p. 314

¹¹ *Ibid.*, p. 32

¹² *Ibid.*, p. 71

llamadas prevención general y prevención especial. Respecto a la otra opción, cuando el juez elige a partir de los hechos que debe tomar en consideración al individualizar las consecuencias, esto puede ejemplificarse con las normas que en el derecho penal mexicano formulan los límites entre los que el juez elige la consecuencia, es decir, el grado de culpabilidad que impondrá al acusado y consecuentemente, la pena, me refiero fundamentalmente a los artículos 51 y 52 del código sustantivo penal del Distrito Federal, pues son los lineamientos legales a los que debe sujetarse el juez cuando individualiza una sanción.

Wróblewski, J. (2002: 189) ha establecido que, para observar las directivas de interpretación asumidas por el juez, puede hacerse a partir de dos ideologías, lo que él denomina ideologías estáticas, que son aquellas cuyos valores básicos son la seguridad jurídica, la certeza jurídica y la estabilidad jurídica. Este tipo de ideologías responden más al discurso oficial respecto de los fines y objetivos asignados al derecho penal y cuando el juez alude a tales valores reproduce ese discurso. Ahora bien, las ideologías dinámicas, que son aquellas que adecuan el derecho a las exigencias de la vida: la cual es el conjunto de relaciones socio-económicas, ideológicas y culturales existentes en el momento de la interpretación. Es obvio que esta última, es la que menos cabida tiene en los sistemas penales contemporáneos, como el mexicano. Sin embargo, en la mayoría de los sistemas penales contemporáneos, los elementos denotados por ambas posturas, se utilizan por los jueces, a pesar de que pretendan seguir las reglas de la postura formal o de que estimen siempre sus decisiones como lógicas. Dijimos desde el inicio de esta exposición que en la actual cultura jurídica, toda decisión debe estar justificada en el sentido amplio de ese término, pero ante ello Wróblewski (2002: 232) se cuestiona ¿las decisiones probatorias de los jueces son justificables por medio de la lógica o de la argumentación o de ambas? Por la primera, se entiende la decisión lógica, común y desde el punto de vista jurídico, y por la segunda, aquellos valores admitidos por el juez. La respuesta es la última opción. En la interpretación judicial mexicana, se denotan decisiones probatorias justificadas sólo por valores previos, como lo es el hecho de que los jueces normalmente

tienen por acreditado el delito por qué Juan robó a Pedro tal cosa, empero, al resolver sobre la reparación del daño, es decir, la restitución de esa cosa por Pedro a Juan, absuelven, porque indican que no se acreditó fehacientemente la existencia de la cosa, o su valor real o su monto. Esto de entrada, no puede estimarse lógico, simplemente porque de acuerdo con las reglas legales del sistema mexicano, si no se acredita un elemento del cuerpo del delito, en este caso, el objeto material, debe absolverse de la acusación al inculpado. Wróblewski (2002: 328), señala que cuando se alude a la lógica, se refiere a respetar el principio de no-contradicción y de racionalidad interna de la decisión probatoria, esto es que la decisión debe inferirse correctamente de las premisas. Empero, la práctica contraria ejemplificada con antelación se ha llevado a cabo por muchos años en México e incluso, ha sido convalidada por la jurisprudencia mexicana.

Me adhiero a la idea de Jerzy Wróblewski, al señalar los márgenes de maniobra, como él los denomina, con los que cuenta el juez cuando elige dar un determinado significado a la norma elegida, porque considero que es otra de las explicaciones de la existencia de una gran diversidad de “criterios judiciales”. Wróblewski, (2002: 318) establece que, los márgenes de maniobra se restringen por: las normas jurídicas, las reglas y cláusulas generales a que se hace referencia en las normas jurídicas, los factores determinados por la ideología de la decisión judicial que acepte el juez, y la cultura jurídica elemental. Así, las restricciones señaladas en primer y segundo términos están relacionadas, pues “las normas jurídicas formulan directivas de aplicación del derecho, directivas de validez, de interpretación, de evidencia y de elección de las consecuencias”.¹³ En esto cabría, además de los artículos 51 y 52 ya transcritos, algunas de las reglas que señalan los Códigos Penal y de Procedimientos Penales del Distrito Federal, los artículos 70 del mismo Código o el artículo 254 del Código Procesal Penal.

Las restricción del margen de maniobra señalado en tercer lugar se refiere a las valoraciones y fines que debe alcanzar la decisión judicial, “esta ideología, por una parte, es inherente a la regulación jurídica de las funciones del juez, del lugar que ocupan los tribunales; inherente a

¹³ *Ibid*, p 319

las bases axiológicas de un sistema jurídico completo y en parte es modelada por la práctica judicial y la ciencia jurídica en un contexto socio-político concreto”.¹⁴ En este sentido esta restricción está vinculada ampliamente con la última restricción traducida en la cultura jurídica.

Así pues, observamos que cuando el juez dicta una sentencia, aplica normas a un hecho determinado y al hacerlo, esas mismas normas u otras le indican cómo llevar a cabo esa aplicación, pero a pesar de ello, este ejercicio supone cierta libertad para aplicar en el sentido que el juez quiera o decida, debido a los distintos significados que puede asignar a la norma aplicada, por ello Wróblewski, indica que los márgenes de maniobra también son “consecuencia de la semántica y pragmática del lenguaje jurídico y de los rasgos del proceso mismo de la toma de la decisión judicial”.¹⁵ Así, puedo advertir que la asignación de un significado determinado a una norma jurídica, no sólo es posible debido a la posibilidad que existe de asignar distintos significados a esa norma dada, en tanto conjunto de signos y símbolos, sino que esta posibilidad puede incrementarse o condicionarse cuando dicha norma es dudosa, confusa, imprecisa, ambigua, vaga, o de acuerdo con el autor citado, cuando presenta diversos grados de imprecisión en los términos que utiliza, es decir, cuando no es claro para el juez, si esa norma contempla o no un caso en particular. Pero esas percepciones pueden estar dadas no necesariamente por una confusión de carácter netamente semántico, sino según las valoraciones del juez, cuando contradice a otras normas o a sus consecuencias o cuando su aplicación es contraria a ciertos fines, injusta, contraria a la equidad, etc. (Wróblewski, J., 2002: 185). El tipo de valoraciones a las que me referí en último término, son notorias en algunos jueces mexicanos, cuando se presentaron las reformas de 1996 especialmente con relación a la creación del delito de robo específico y en 1999, cuando se regresó al concepto de “cuerpo del delito”, que había sido sustituido por el de elementos del “tipo” específicamente, respecto a la parte en donde debían situar el dolo o la culpa.

¹⁴ *Ibid*, p 321

¹⁵ *Ibid*, p 323

En estos términos, es sumamente importante destacar lo que apunta Wróblewski, en el sentido de que los factores que restringen los márgenes de maniobra, de libertad de elección para asignar el significado, la aplicación y las consecuencias de una norma, a final de cuentas, determinan sólo la dirección de la decisión, pero no el contenido de la decisión concreta.¹⁶ Esta conclusión me parece trascendental, porque como he mostrado con los ejemplos citados, los jueces, en efecto, conducen su decisión bajo determinados lineamientos legales, pero ellos no les indican el sentido esencial hacia el cual deben dirigir su sentencia, sino exclusivamente los encaminan sobre la forma en que deben asumir su determinación, pues como indica este autor, ideológicamente sólo se enumeran tales factores, sin especificar el peso que debe darse a cada uno de ellos y porque la aceptación de determinada ideología depende, en parte al menos, de los valores que acepte el juez como base de su actividad y esta aceptación de valores, depende de sus propias opciones, por lo menos en la medida en que tiene la posibilidad de aceptar varios valores, en el contexto en el que actúa, como juez. “Así las cosas, y para que esos márgenes de incertidumbre puedan verse reducidos tanto como sea posible, es fundamental que la inferencia judicial tenga siempre un referente empírico bien identificable, que haga posible afirmar con rigor si las proposiciones relativas a él son verdaderas o falsas, y evitar que bajo la apariencia de enunciados descriptivos se formulen sólo juicios de valor”.¹⁷ En suma, para determinar los hechos, desde el punto de vista penal, debe tratarse de referencias fácticas empíricamente verificables identificadas como conductas desviadas, que no construyan al hecho, sino que lo regulen, pues en gran medida la sentencia, en tanto norma jurídica individualizada crea, la desviación punible.

La decisión interpretativa debe ser razonable, es decir, debe ser justificable por argumentos que contengan directivas de interpretación, pero sabemos que la interpretación jurídica se nutre de una fuerte dosis de valoración. De ésta depende en gran medida el senti-

¹⁶ *Ibid*, p 323

¹⁷ Perfecto Andrés Ibáñez. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, 1996

do elegido por el juez, para explicar y aplicar una norma. Son múltiples las formas de observar esta valoración, por ejemplo, para un juez, fungir en un determinado momento y lugar como titular de un órgano del Estado, puede significar desde su propia perspectiva, que está en el cargo por el tipo de valores que sustenta, porque la razón le asiste y entonces le dará a la norma una interpretación que permita la realización de los valores que él postula. (Cossío, J. 2002: 79). Esto puede verse como efecto de la forma en que actúan las instituciones penales, cuando eligen a los jueces y por supuesto guarda una estrecha relación con la cultura jurídica.

Bajo las anteriores consideraciones, cuando el juez emite su decisión, a través de la interpretación de la norma, formula "directivas que son formulaciones de las directivas semánticas del lenguaje jurídico que determinan el significado "verdadero" de los textos jurídicos, sin embargo, estas directivas son las reglas del comportamiento interpretativo asumidas como válidas por el intérprete" (Wróblewski, J. 2002: 177). En otras palabras, cuando el juez asigna un significado determinado a una norma dada, estima su interpretación válida, verdadera y correcta, desde su particular punto de vista, esto deviene obvio, pues de no ser así, no asumiría tales directivas de interpretación. Quiero hacer énfasis en el carácter subjetivo que en última instancia tiene la interpretación judicial. Resulta interesante el planteamiento de Gargarella (2002: 231) quien al criticar a John Rawls, cuando este último postula que los jueces razonan imparcialmente, es decir, sin incluir sus concepciones particulares, aquel señala que los jueces "acostumbran apoyarse en más o menos amplias concepciones del bien o a esconder su invocación de valores particulares en un lenguaje pretendidamente neutral". Como veremos, a pesar de que esta forma de interpretar, y en última instancia de sentenciar, pareciera arbitraria e impresionantemente subjetiva, como puede inferirse, es porque lo permite la propia estructura semántica de la ley y las reglas legales en el proceso de la toma de decisión, así lo permiten, aunado a los valores que tenga el juez, producto de la cultura en general y de la cultura jurídica en particular, "pero los criterios del juez para definir su espacio discrecional al interpretar la ley, no son solamente jurídicos. En las sentencias, es donde puede ob-

servarse con mayor nitidez la construcción de artificios para justificar una decisión jurídicamente” (Cuéllar, A. 2000: 52).

A este respecto, Luigi Ferrajoli (2001: 56) señala que siempre en la interpretación judicial hay un factor de incertidumbre que es insuperable. El juez, “por más que se esfuerce en ser objetivo, siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos”. Por supuesto, me adhiero a la acotación de Cuéllar (2000: 67) en el sentido de que “el problema de cómo los valores de un juez son transportados a una sentencia y transformados al lenguaje jurídico... no es posible observarlo”, no en estricto sentido, pero evidentemente ocurre y en este sentido “toda reconstrucción judicial, mínimamente compleja de los hechos pasados, equivale en todo caso a *su* interpretación, a la que el juez llega, en un proceso en el que valoriza unas pruebas y descuida otras... en todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio” (Ferrajoli, L., 2001: 57).

Puedo establecer, de acuerdo con lo planteado por los autores citados, que las valoraciones son hasta cierto punto indispensables en la interpretación jurídica y resultan trascendentes en la decisión judicial porque dirigen al juez en sus elecciones y justifican sus decisiones.¹⁸ Ese “verdadero sentido” de la norma a que me he referido, puede verse como parte de una ideología de la interpretación, concepto que Wróblewski¹⁹ entiende como los “valores y postulados” que inciden en la actividad interpretativa cuando el juez sigue los valores o ideales a realizar. En tanto intérprete, el juez, realiza en los valores que formula, entre otras cosas, las directivas de interpretación que se constituyen en los instrumentos que dirigen esa actividad interpretativa. Pero debe resaltarse que, el tipo de valores que siguen los jueces, van al extremo, es decir, algunos aluden en sus interpretaciones desde la certeza y la estabilidad de las leyes así como la seguridad jurídica, hasta la satisfacción de necesidades actuales de la vida “en el sentido más amplio de ese término”.²⁰ No en vano

¹⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón... op. cit.*, p 68.

¹⁹ Jerzy Brólewski, *Sentido y hecho .. op. cit* , 215

²⁰ *Ibid.*, p 216

Wróblewski (2002: 225) ha dicho que la ideología de la interpretación, presenta una técnica argumentativa revuelta y sin una formulación explícita de sus tesis valorativas. Este referente es muy adecuado para el tipo de razonamientos dados en la actividad de los jueces mexicanos.

Pero, cómo valora el juez cuando aplica el derecho, es decir ¿qué tipo de argumentos utiliza para tal efecto? Quiero centrarme en la idea inicial de esta exposición: la fundamentación y motivación. Ya hemos aludido en qué consiste fundamentar y motivar. Se trata de un tipo de argumentación judicial, concepto que se le da porque es la argumentación realizada por los jueces en el ejercicio de su función en la que resuelven conflictos por medios jurídicos con el objetivo de justificar sus decisiones y cumplir con ello, con la obligación legal de motivar sus resoluciones. Es la “exteriorización del porqué de las conclusiones de hecho”, a decir de Maier citado por Ibáñez (1996). Para analizar los instrumentos de justificación, considero pertinente hacer un estudio relacionado de los hechos, las pruebas y de los argumentos que los jueces esgrimen en sus resoluciones para tener por probados los primeros con las segundas, a través de los terceros. En suma, veremos cómo dan los jueces las atribuciones de significado a los enunciados elegidos para resolver el caso. Por esta razón, es decir, porque considero que se trata de un ejercicio en el que se involucran los tres elementos apenas mencionados.

LA ARGUMENTACIÓN, LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS EN LA DECISIÓN JUDICIAL

¿Qué tipo de razonamientos utiliza el juez para justificar una decisión interpretativa? Wróblewski (2002: 191-192) señala que se trata de sistemas de lógica formal que pueden usarse como referencia en razonamientos interpretativos, son sistemas que no muestran ningún cálculo formal, sino se trata de una especie de lógica argumentativa, de operaciones lógicas relativamente simples bajo la regla, “si... entonces”. Por supuesto podría haber argumentos que sí hagan cálculos formales, pero serían la excepción, mientras que éstos, los de lógica argumentativa, son más bien la regla. En este sentido, para

valorar los hechos el juez utiliza la fórmula “Si... entonces” (*Ibid.*, 260) con lo que la aplicación del derecho, se traduce en la determinación de consecuencias jurídicas para unos hechos dados. Por ejemplo, cualquier enunciado legal que tipifique conductas: “al que se apodere de... se le impondrá...”.

Los textos legales utilizan tres formas para definir los hechos: descriptiva-valorativa, positiva-negativa y relacional. En la primera se trata de una descripción de la realidad y su constatación, es simplemente la descripción de un hecho, se trata de proposiciones existenciales o conjunciones de dichas proposiciones y otras como las semánticas (*Ibid.*, 273). La segunda forma es determinar los hechos valorativamente. En la tercera forma, es una combinación de las dos formas anteriores. Si los hechos que se prueban están determinados de una forma descriptiva, simple y positiva, podemos ejemplificar con la conducta constitutiva esencial del robo (apoderarse) o valorativa, relacional y negativa (de cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento). Para entender mejor el ejemplo, podemos observar el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, pues este artículo establece la regla general, para la comprobación de los elementos del “cuerpo del delito” y de la responsabilidad penal, y al que al señalar cuáles son los elementos del “cuerpo del delito” (objetivos o materiales, subjetivos y normativos) ellos ejemplificaban las formas que utiliza la Ley para definir hechos. La primera forma viene dada en lo que se ha llamado “elementos objetivos del delito”, y es el constitutivo esencial de todo delito: la conducta, en el delito de robo la palabra “apoderarse”, en tanto hecho descriptivo. También los hechos determinados valorativa, relacional y negativamente los ubicaríamos dentro de los elementos normativos del cuerpo del delito, que se definen como aquellos que requieren una valoración jurídica o cultural (de cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento), e incluso, los elementos subjetivos (como la existencia del dolo).

Por otra parte, desde mi perspectiva, una de las razones por las que resulta difícil y tan variado el proceso de la toma de la decisión judicial, es debido a que el juez debe juzgar hechos pasados, con normas en el presente y determinar una consecuencia futura, así, como establece Ferrajoli, la ilación entre hechos probados del pasado y

hechos probatorios del presente, la hace a través de una inferencia inductiva, donde las premisas están constituidas por la descripción del acontecimiento que se ha de explicar y de las pruebas practicadas, mientras que la conclusión viene constituida por la enunciación del hecho que se considera probado por las premisas.²¹

Estimo importante tomar en cuenta lo planteado en la cita anterior, porque como indica el propio Luigi Ferrajoli, el hecho de que el juez tenga que juzgar sobre hechos ya ocurridos, que en estricto sentido no pueden “probarse” toda vez que ya fueron verificados en la realidad y como en todo caso, se infieren, y al igual que en cualquier tipo de conclusión probada, la conclusión judicial tiene el valor de una hipótesis explicativa de naturaleza probabilística. Es decir, el juez sólo puede mostrar lo que probablemente ocurrió. Esto guarda una estrecha relación con la “verdad judicial”, en la que los jueces establecen siempre (al menos los jueces mexicanos lo hacen reverencialmente) que han encontrado o han conocido lo que verdaderamente ocurrió respecto del hecho que juzgan.

Luigi Ferrajoli señala que la interpretación de la ley, normalmente no es una actividad reconocitiva, sino el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas, lo que supone que el juez tiene un amplísimo poder en la denotación o calificación jurídica de los hechos juzgados, además la verificación fáctica de una aserción judicial, exige decisiones argumentadas, se trata sólo de la conclusión más o menos probable de un procedimiento inductivo. El juez, “debe discernir de connotaciones concretas que convierten a cada hecho en distinto de los demás, por mucho que éstos pertenezcan al mismo género jurídico”.²² Es obvio que no todos los robos son iguales, aunque para inferir su verificación real, el juez se base en la misma norma, el determinarlo, implica una actividad valorativa. Como plantea González Soler (1989: 391), los jueces tienen un cierto poder resolutivo y discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones.

²¹ Luigi Ferrajoli *Derecho y razon... op. cit.*, pp. 129-130.

²² *Ibid.*, p. 38-39.

ALGUNAS FORMAS DE VER LOS ARGUMENTOS JUDICIALES EN UNA SENTENCIA PENAL: LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y EL LEGISLADOR RACIONAL

Hice notar que si algo caracteriza a los argumentos judiciales es su inconsistencia y su diversidad. Una de las características del lenguaje jurídico en general y del lenguaje jurídico en particular es que habla de la Ley, de las normas, como si tuvieran el carácter de valores primarios, existentes *per se*, y por supuesto como una base que de entrada viene dada en forma perfecta, absoluta y total. El derecho es visto como “el conjunto de normas que han sido producidas por el Estado” (Correas, O., 1999: 51). Pero como Herrendorf señala: los que viven y crean el derecho, son personas, seres de carne y hueso que viven cada día de la vida con dolor, con felicidad, con angustia, con dichas, con desvelos.²³

“Reconocer como derecho lo que el Estado –*mejor dicho sus funcionarios*– desean que sea visto como tal, quiere decir que lo que el jurista hace, es producir un discurso en el cual se dice que, eso llamado “derecho” *debe ser obedecido*” (Correas O., 1999: 51).

Es importante resaltar lo anterior, que ha sido discutido ampliamente desde la sociología jurídica, porque en los argumentos judiciales como ya he mencionado someramente, se hace referencia con insistencia a la llamada voluntad del legislador, pero no desde una perspectiva de que el legislador o los legisladores fueran un grupo de personas que responden a distintos intereses políticos, económicos, culturales, personales, sino como si ese legislador, fuera un ente primario, intangible en la realidad, como un cuerpo de leyes en estricto sentido, de hecho, en ocasiones se habla de la voluntad de la ley, la voluntad legal, o de la voluntad de la norma, como indica Jerzy Wróblewski (2002: 85), como si el texto escrito, por sí mismo, tuviera voluntad. El tipo de argumentos en lo que se alude a la voluntad del legislador, se traduce en, para decirlo en términos llanos, cuando los jueces emiten un razonamiento o argumento dan determinada interpretación a la norma e indican que esa interpretación

²³ Daniel E. Herrendorf *El poder los jueces*, 2ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot, 1994, p. 38.

hecha por ellos, es lo que quiso dar a entender el legislador en tal norma, es decir, que han develado cuál fue *su voluntad*.

Cuando el juez esgrime argumentos, señala que son la voluntad del creador legal, esos argumentos se encuentran justificados por la imagen ideal de un legislador racional que guía las decisiones interpretativas y se mantiene porque los jueces actúan *como si* fuera real. (Ezquiaga, F., 2002: 160). “A partir de lo redactado por el legislador, se deduce por su carácter racional que su voluntad ha sido excluir de esa regulación otra serie de supuestos del mismo género que *prima facie* hubieran podido considerarse incluidos” (*Ibid.*, p. 171).

En este tipo de argumentación, los jueces no sólo develan el sentido de una norma, como lo que quiso dar a entender el legislador, sino sus argumentos pueden señalar también, que se basan o parten de los principios del derecho enunciados por el legislador o en los cuales se basó. Francisco Javier Ezquiaga, otra vez basado en Jerzy Wróblewski, dice que los jueces pueden argumentar a partir de:

1. Los principios positivos del derecho: que son las normas explícitamente promulgadas en una disposición o enunciado o normas construidas con elementos pertenecientes a varias disposiciones, pero que son consideradas más importantes que las demás.
2. Los principios implícitos de derecho: que son premisa o consecuencias de normas, por inducción o deducción, respectivamente.
3. Los principios extra-sistémicos de derecho: que son principios externos al sistema jurídico, provenientes básicamente del derecho comparado o de reglas sociales aceptadas por la práctica judicial (moral, costumbres, etc.). Por ejemplo, en la legislación penal mexicana, el principio procesal de la ley más favorable, está descrito en el artículo 56 del Código Penal del Distrito Federal.

Pero Wróblewski indica dos tipos más de principios: aquellos que son un nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas (los denomina principios-nombre) y las construcciones de legislador racional o perfecto como presupuesto en la interpretación jurídica (a los que llama principio-construcción del derecho).

En cualquiera de esos cinco principios, el juez puede limitarse a declarar que ha constatado la existencia de un principio enunciado

por el legislador, es decir, que ha traducido la voluntad de éste. Al resultado de una operación presuntamente lógica se le asigna la etiqueta de principio, oculta por el postulado del legislador racional: el juez no ha creado nada, sino que ha develado la lógica oculta del legislador (Ezquiaga, F. 2002: 175). En suma, en este tipo de argumentación el juez sólo constata principios impuestos por el legislador, respeta su voluntad, da solución al conflicto y atribuye significados que coinciden con la voluntad del legislador y ponen de manifiesto que el ordenamiento jurídico es un sistema coherente (*Ibid*). Nótese cómo, con el uso de este estilo argumentativo se reproduce y convalida el discurso oficial del sistema penal, en la medida en que reproduce al lenguaje legal.

Wróblewski (2002: 209) indica que “la ciencia del derecho no tiene límites bien definidos. La característica de esta ciencia es estar ligada a muchos factores y el haberse formado tanto por la influencia de las teorías de la ciencia como por las tradiciones de la cultura jurídica y por la organización de la educación de los juristas”. Sostengo que tales consideraciones aplican no sólo a la ciencia jurídica, sino y sobre todo, a la actuación judicial penal contemporánea, pues muchos de los argumentos jurídicos invocados por los abogados, ministerios públicos, son sustancialmente idénticos a los empleados por los jueces en la medida en que desarrollan su actividad en relación con éstos. A este respecto, resultan por demás ilustrativos algunos de los resultados obtenidos por Clara Castillo, cuando al entrevistar a estudiantes de derecho, fiscales y jueces mexicanos para que definieran el concepto de Estado de derecho, y emitieran su opinión sobre la pena de muerte, encontró que los primeros: “reflejan fundamentalmente diversos estereotipos manejados por los medios de comunicación, del delito y su gravedad implícita y... se centran en los delincuentes como entes diferentes ...” a ellos; situación que subsiste en los segundos y terceros porque algunos sí aplicarían la pena de muerte a ciertos delincuentes, pero más aún, porque casi la mitad de los últimos cuando definen al Estado de derecho, adoptan la postura legalista lo que “...refleja la comunidad de la formación teórica y académica, con la práctica profesional en el litigio, y posteriormente, con la preparación que reciben los jueces, misma que se manifiesta en el momento de impartir justicia”. (Castillo, 2000:

81,86,97).²⁴ Por supuesto, el tipo de principios expuestos que suelen usarse en la interpretación judicial, nada o muy poco tienen que ver con los principios que Ferrajoli indica en su modelo de derecho penal garantista, al menos en el sistema penal mexicano.

Según Francisco Javier Ezquiaga (2002: 180, 183 y 185), hay una serie de tipos de argumentos que también son utilizados por los jueces, siempre bajo la teoría del legislador racional, citaré sólo tres de ellos, pues los verifiqué en el ejercicio en la toma de la decisión final de los jueces mexicanos:²⁵ 1. El argumento a rúbrica, consiste en atribuir un significado sugerido por el título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que aquel se encuentra dentro del texto legal; se presume como un atributo del legislador racional quien dispone lógicamente las materias tratadas y traduce correctamente sus intenciones en los títulos de las leyes y de las divisiones que realiza en su actividad legislativa. 2. El argumento pragmático, es un argumento consecuencialista, en el que se justifica un significado dado al enunciado jurídico a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan o a partir de la inconveniencia de otro significado posible por las consecuencias desfavorables que se derivarían de tal interpretación. 3. El argumento por el absurdo, es el que rechaza el significado de un enunciado por las consecuencias absurdas a las que conduce, por lo que tal procedimiento de rechazo justifica el postulado del legislador racional.

Este último argumento es similar al anterior, pues en ambos el juez decide dar un significado determinado a la norma y excluye la inconveniencia que puede ser por la incoherencia que se produciría si se elige otro significado. En cualquier caso, el juez al llevar a cabo su interpretación jurídica, reconstruye la voluntad legislativa siempre en la conciencia del legislador racional o perfecto, pues el legislador tiene coherencia, competencia lingüística, crea normas praxeológicas.

²⁴ Los datos son de la tesis de grado de la maestra Clara Castillo, en el Master Internacional en Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales, dicho texto aún no ha sido publicado y se encuentra en proceso de revisión para tal fin, por lo que los datos de la referencia pueden variar

²⁵ Este tipo de argumentos se presentan más cuando entra en vigor una nueva norma. En este sentido la actividad legislativa mexicana ha sido prolífica entre 1994 y 1999

lógicamente justificadas y estas construcciones determinan la argumentación jurídica, a veces en forma decisiva (Wróblewski, J. 2002: 209). Esta forma de argumentar por parte de los jueces, es una manera de justificar o convalidar la decisión tomada, hasta cierto punto, sin responsabilizarse de ella, toda vez que se limitan a dar una interpretación que según ellos, es lo que realmente quiso dar a entender el legislador. Empero, el juez tiene (debe tener), responsabilidades especiales al ser la instancia de administración de justicia (Wróblewski, J. 2002: 332), más allá de las presuntamente establecidas en el propio Código Penal y en los ordenamientos que regulan la función pública, como en México la Ley Federal de Responsabilidades de los servidores públicos. Me refiero más bien a que el juez debe ser responsable de sus decisiones, “si el juez está sometido al derecho, es responsable de una toma de decisión que no sea consistente con ese derecho”. Quizá la consideración es más ética que legal y por supuesto este tipo de responsabilidad y aun la legal “se refiere a las decisiones que están determinadas por el derecho”, no para las actuaciones dentro de la estera de los márgenes de interpretación (*Ibid.*, p. 333).

No hay este tipo de responsabilidad en el derecho mexicano, ya que en México, “basta con cambiar la decisión, lo cual satisfará los requisitos jurídicos y los intereses del derecho, del orden y de alguna de las partes relacionadas con el caso” (*Idem.*) cuando un juez por su interpretación, su criterio, emitió argumentos que no eran acordes al derecho, los recursos legales simplemente subsanarán el caso. El inherente aspecto de discrecionalidad judicial fue mostrado por Angélica Cuéllar, quien al analizar todo el contexto interno y externo de una sentencia penal que juzgaba a dos personas integrantes del EZLN, develó cómo la aplicación del derecho a través de su interpretación judicial, podía adecuarse o no, al contexto político en el cual se sucedió. La autora en cita, en su análisis advierte que

...la ley otorga al juez un espacio discrecional para interpretarla... [este espacio]... es una fórmula técnica del derecho que es interpretado siempre con base en principios jurídicos y esto es lo que observamos en una sentencia. Pero los criterios del juez para definir su espacio discrecional al interpretar la ley no son solamente jurídicos. En las sen-

tencias, es donde puede observarse con mayor nitidez la construcción de artificios para justificar una decisión jurídicamente.²⁶

Además de lo anterior, cabe aquí lo expuesto por Daniel Herrendorf (1994:52) cuando señala que “el juez está en posibilidad de comprender y valorar las conductas que están bajo su análisis de modo diverso a como las comprende y valora un legislador, cuya comprensión y valoración están estampadas en la norma. Esto es así porque el legislador legisla para conductas en abstracto, conductas genéricamente aprensibles, pero sin tener a la situación existencial en la cual esa norma será aplicada. Una cosa es penalizar el homicidio... y otra es tener delante de uno mismo a un ser con su rostro y su cuerpo parpadeantes, transmitiéndonos su haber cometido un homicidio”... al legislador le preocupa el homicidio, al juez le preocupa “este homicidio” cometido por “esta persona”. Para mí esta cita, bien puede ser una crítica al argumento de la voluntad del legislador, tan socorrido por los jueces, sobre todo en la interpretación jurisprudencial.

LA ÍNTIMA CONVICCIÓN EN LA VALORACIÓN PROBATORIA

En los sistemas penales occidentales contemporáneos, el sistema de la íntima convicción también llamado de la “libre valoración de las pruebas” es el que ha prevalecido pero no es únicamente la íntima convicción del juez la que determina la valoración de la prueba, sino que debe combinarse con la existencia de presunciones, que son el medio para llegar a la decisión, para que sea lo más cierta, previsible y uniforme posible, aunque ello, no excluye valoraciones ni elecciones, de ahí que el juez recurra a la lógica como a la argumentación para justificar su decisión (Wróblewski, J. 2002: 233). Este autor (*Ibid*: 250.), ha definido la existencia de dos tipos de presunciones: materiales y formales, y así señala que “las presunciones materiales están formuladas en las disposiciones legales para facilitar y dirigir la decisión jurídica cuando la prueba de los hechos es

²⁶ Angelica Cuéllar, *La justicia sometida... op. cit.*, p. 52

imposible o muy difícil; están basadas en regularidades empíricas o no empíricas según el caso, pero la posibilidad de la prueba del hecho contrario, sirve para evitar el conflicto entre la conclusión de la presunción y la realidad.” Este tipo de presunciones supone admitir la existencia de un hecho dado, por la existencia de otros hechos contrarios que prueban la existencia de ese hecho; por ejemplo, la versión de un acusado que indica no haberse robado nada y que le es encontrado el objeto material en su poder.

Por su parte, “las presunciones formales regulan la carga de la prueba y están justificadas por la protección de ciertos valores, como la inocencia del acusado o la buena fe de la parte”; estas presunciones, suponen un hecho, que de no suponerlo, no podría o debería probarse lo contrario.

Las presunciones por regla general están al servicio de la seguridad jurídica, pues determinan las decisiones probatorias en los casos difíciles y son axiológicamente muy importantes, aunque el empleo de las presunciones no elimina los problemas de la valoración (*Ibid.* p. 251). Advierto que esta última idea no es tan cierta como el autor indica, más bien, las presunciones, sobre todo, las formales, deberían estar al servicio de la seguridad jurídica (el ejemplo más claro es el principio de presunción de inocencia), pero en realidad son utilizadas como medios, no para dirigir al juez en sus decisiones, sino para fundar una verdad a medias, pretendidamente considerada como una suma de supuestos para hacer “prueba plena”. Esta idea la sustento al menos para el caso mexicano, en donde las presunciones se interpretan siempre en perjuicio de la persona y, por ese carácter a medias que las caracteriza, pueden apuntarse direcciones completamente opuestas. En este sentido es revelador lo planteado por Angélica Cuéllar en la sentencia que analizó, como ya he apuntado, porque unas mismas pruebas, pueden mirarse como indicios que en su conjunto demuestran probada una hipótesis legal y consecuentemente la culpabilidad de una persona o bien, como indicios aislados que no prueban esa hipótesis legal y por tanto la absolución de esa persona. Esas presunciones, ayudan a *presumir* lo conveniente a determinados fines.

Así pues, en derecho, los hechos deben demostrarse por medio de pautas legales, reglas preconstituidas, que ayuden al juez a formar-

se la manera más libre de una convicción, que en este sentido, está parcialmente controlada (Wróblewski, 2002: 239), control que viene, cuando menos, desde el lenguaje legal, porque “en su virtud, el juzgador, en el marco del juego del principio de legalidad, aparecerá facultado para valorar libremente las pruebas practicadas, según su conciencia” (Ibáñez, P. 1996).

Lo que quiero decir es que, el llamado principio de la íntima convicción del juez, aunque esté regulada legalmente, como toda la decisión judicial está “extraordinariamente teñido de subjetivismo, cual si el ejercicio de esa libertad de apreciación de datos probatorios en un contexto legal fuera, más que actividad racional, una especie de momento místico, y en cuanto tal, incontrolable” (*Idem*). No pueden ser más demostrativos los artículos del Código Procesal Penal del Distrito Federal, donde se recoge la íntima convicción en México: Los artículos 245, 246 y 261 del Código Procesal Penal del Distrito Federal, que disponen que el juez puede “fundarse una opinión razonable”, “apreciar las pruebas” o “apreciar en conciencia su valor”, para estimar su determinación, como ajustada a la ley.

LAS PRUEBAS

Con lo señalado en la última parte anterior, se advierte que existen diversas maneras para definir el concepto de prueba, sobre todo en el lenguaje penal. Así, Ferrajoli (2001: 130) define como prueba al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito pasado, es decir, al enunciado emitido por el juez, e indicio al hecho probado del pasado del que se infiere el delito pasado, es decir, la prueba existente. En este sentido, una buena parte de los jueces, con las pruebas (o indicios) existentes que contaban, no infieren los hechos pasados, toda vez que emiten razonamientos (o pruebas) que denominaré impersonales, porque no se vinculan al hecho en concreto que juzgan.

Hemos visto reiteradamente que en la decisión probatoria el juez debe indicar los hechos, las pruebas admitidas y las razones para rechazar otras pruebas. Ello porque es necesario que la prueba “se

baste a sí misma”, sin necesidad de remisiones a las actas del proceso, de acuerdo con las palabras de J.B. Maier citado por Ibáñez (1996). Por ello si el juez no cumple con alguna de tales disposiciones (que no tendría porqué dejar de cumplirlas), el sentenciado podrá ocurrir a los recursos legales y al juicio de amparo. Además, el juez debe considerar la totalidad de pruebas, “todas las pruebas deben explicar la totalidad de las circunstancias de los hechos que tienen alguna importancia para la decisión”.²⁷ De ahí la importancia de determinar qué pruebas admite y cuáles rechaza. Me parece indispensable mencionar, que dentro de este estudio, cuando me refiero a la decisión del juez de admitir una prueba o rechazarla, no lo hago desde una perspectiva procesal, es decir, no me refiero a que la validez o la invalidez venga dada, por ejemplo, de aquellas obtenidas por tortura o de manera ilegal, presión, etcétera, sino a dar las razones por las cuales les concede valor a unas pruebas y porqué rechaza otras. El análisis de la totalidad de las pruebas, deviene necesario, en la medida en la que el juez arriba a una conclusión en la que contienden dos partes, el Estado a través del fiscal y el acusado a quien se imputa un hecho. Sea cual fuere su decisión, debe arribar a ella, después de haber analizado **todas** las pruebas con las que cuenta. El resultado que obtuve del análisis de las sentencias revisadas, es por demás demostrativo en este sentido, porque prácticamente los jueces no consideran las pruebas que provienen del enjuiciado o de su defensa. Ahora bien, las pruebas pueden valorarse por reglas de razonamiento jurídico, por la lógica, por la ciencia y por la experiencia común o por presunciones legales (Wróblewski, J. 2002: 257).

En relación con la polisemia que he aludido, el autor precitado (*Ibid.*, 286) define enunciado probatorio como: a) Enunciaciones lingüísticas de testigos b) Enunciaciones lingüísticas de expertos c) Contenidos de documentos d) Enunciados de las propias percepciones del juez y, e) inferencias lógicas de todos los anteriores.

Es decir, considera enunciado probatorio tanto al medio de prueba que normalmente establecen las leyes (testigos, peritajes), como a los razonamientos que en torno a ellos emite el juez. La única di-

²⁷ Wróblewski, *Sentido y hecho... op.cit.* p. 255. A ello lo denomina argumentos de totalidad.

ferencia que percibo en todos los anteriores, es si son emitidos o no por el juez. El Código Procesal del Distrito Federal, señala en su artículo 135 cuáles son los medios de prueba, el que además de listar las pruebas más comunes, reproduce el texto constitucional e indica que se admitirá como prueba lo que sea. Obviamente su valoración queda al arbitrio del juez.

LA VERDAD JUDICIAL

Una vez que el juez ha expuesto los hechos y los ha relacionado con las pruebas, llegará a la conclusión, de que aquellos han sido probados o demostrados por éstas y consecuentemente se actualiza determinada hipótesis normativa. Por supuesto, también puede llegar a la conclusión contraria. A la forma en que expone esta conclusión se le llama verdad judicial. En México, se le denomina verdad legal, concepto derivado del artículo 261 del Código de Procedimientos Penales antes transcrito, y en las sentencias condenatorias, los jueces esgrimen de manera específica *su verdad legal* en el apartado que denominan “juicio de tipicidad”. Digo de manera específica, porque en realidad, todo el estudio de la acreditación del delito y de la responsabilidad penal o culpabilidad, constituye propiamente la conclusión a la que arriba el juez. Luigi Ferrajoli (2001: 48), distingue entre verdad fáctica y verdad jurídica, la primera “es comprobable a través de la prueba del acaecimiento del hecho y de la imputación al sujeto inculcado”, la segunda, es comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos que califican al hecho como delito, ambas “verdades” constituyen la verdad procesal. Mientras que Jerzy Wróblewski (2002: 292) ha definido que la verdad judicial: es un enunciado judicial que se caracteriza por haber sido formulado por el juez y por ningún otro sujeto. Este autor indica que la verdad judicial puede entenderse: como enunciado judicial justificado sólo mediante reglas de evidencia legales, que no puede verificarse ni falsearse por reglas de evidencia empíricas, como enunciado judicial verdadero en el significado y como enunciado judicial que no puede demostrarse como falso por una prohibición

jurídica para hacerlo, aunque haya datos relevantes que prueban la falsedad jurídica de este enunciado

Tanto Ferrajoli como Wróblewski, advierten que en todo caso la verdad judicial no puede ser más que una verdad probable. Sin embargo, en la cultura jurídica contemporánea, se estima a la verdad emitida por los jueces como absoluta y definitiva, como hemos visto. Ferrajoli (2001, 543) apunta, “puesto que el valor de las aserciones es la verdad, de ello se sigue que las sentencias penales, son los únicos actos normativos cuya validez, se funda sobre la verdad”. La verdad judicial es, al menos, subjetiva. Foucault (1999: 17), expone que “la manera en que son juzgados los hombres, en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, son algunas de las formas empleadas por la sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y relaciones entre el hombre y la verdad”. “Reflexivamente el quehacer cognoscitivo del juez respecto de los hechos en el ámbito de las explicaciones probabilísticas, que son las que permiten afirmar algo, pero sólo, y si la derivación es correcta, con un alto grado de probabilidad, y quizá con ‘certeza práctica’ ” (Ibáñez, p. 1996).

“De ello se sigue una consecuencia que no debe perderse de vista: probabilidad implica un margen de incertidumbre y de libertad de elección entre opciones; cuando ésta conduce a decisiones que afectan a bienes y personas extraordinariamente sensibles, la incertidumbre implica a su vez una forma de poder. Un poder que, como inevitablemente discrecional en algún grado, nunca será del todo controlable” (*Idem.*), como ya lo he señalado.

A juicio de Ferrajoli, citado por Ibáñez (1996), ninguna de las dos operaciones mediante las que se obtiene la verdad procesal responde al esquema del silogismo: deducción en que consiste la calificación jurídica de los mismos, no tienen la forma de las proposiciones normativas, sino de proposiciones asertivas, es decir, relativas a la existencia o inexistencia de determinados hechos y preceptos legales. En uno y otro caso se tratará de enunciados de los que puede predicarse verdad o falsedad.

LA ACTUACIÓN DE LOS JUECES EN LA TOMA DE LA DECISIÓN FINAL Y LA CULTURA JURÍDICA

Es claro, la explicación de esta forma de actuar de los jueces se inscribe en la cultura jurídica contemporánea. Clara Castillo (2000: 8,11) apunta que “la forma en los valores y compromisos influyen en el proceso penal, así como también las mentalidades, las sensibilidades, las formas políticas, económicas y organizacionales” son expresiones culturales, bajo este concepto entiende a la cultura penal, como “las prácticas, rutinas y procedimientos que estructuran el ámbito penal”. Recuérdese lo que Angélica Cuéllar denomina *experiencia judicial* (v. *supra.*, p. 5). Lo importante aquí es mostrar entonces que la ley ni los jueces son órganos imparciales del Estado, carentes de influencia alguna, sino que su función, antes bien, se ve seriamente afectada por múltiples factores. Esta hipótesis explicativa puede verse de muchas formas si observamos los distintos momentos previos a la actuación judicial. Por ejemplo, los valores preconcebidos del juez (¿formación?) en la determinación de los hechos a juzgar. Al respecto, Baratta (1998: 179) dice: “el carácter complementario de las funciones ejercidas por el sistema escolar y por el penal, responde a la exigencia de reproducir y asegurar las relaciones sociales existentes, esto es, de conservar la realidad social”. La enseñanza del derecho en México, se reduce a la enseñanza de las normas penales y de los discursos que legitiman al derecho a castigar como parte del Estado, traducido fácticamente en el control del delito y en la prevención de su aparición, así como la readaptación social del delincuente. Genéricamente no interesa a los juristas el contexto social que rodea al derecho positivo, antes bien, los intereses científicos de estos atesorados por unos procesos de formación o de educación legal que han permanecido prioritariamente apegados al estudio endógeno del universo normativo (Bergalli, R. 1998). Así, se podrían plantear ante el juez una serie de hechos o consideraciones a efecto de que otorgue o no cierto contenido a una norma o modalice contenidos establecidos anteriormente, pero si está firme en su convicción, no habrá nada que pueda hacerlo cambiar de parecer (Cossío, J. *et al.* 2002: 82). Por supuesto, los jueces estiman su interpretación justificada por las normas y principios legales.

Además, el significado de una norma depende del lenguaje en el que está formulada, el sistema jurídico al que pertenece y el contexto funcional en el que opera, y que incluye varios elementos económicos, políticos culturales. En este sentido, por ejemplo, se ha estimado como decisión judicial adecuada, aquella que ha tomado la máxima autoridad competente para decidir un caso. Este criterio práctico de correcciones de las decisiones judiciales es el resultado de necesidades sociales de la administración de justicia o de una solución de las controversias jurídicas (*Ibid.*, 330). El trabajo judicial puede verse afectado por los sentimientos personales y actitudes del juez, e incluso, tener efectos sobre su carrera profesional si su puesto de trabajo depende de un sistema de promoción administrativa-funcionarial. (*Ibid.*, 331). El juez cuyas decisiones por regla general son cambiadas por el órgano de revisión, sentirá probablemente que sus tomas de decisión no son aprobadas, adecuadas.

Un aspecto más que refleja el *status* de los jueces en relación con la cultura jurídica, es, sobre todo, su relación con el poder político. Este tema es interminable y puede abordarse desde muchas posiciones, aquí sólo unas tímidas consideraciones. “El juez al servicio del gobierno” (Herrendorf, D., 1994: 37) es la idea central. Se trata de hacer un breve cuestionamiento de cómo los jueces, en tanto parte del sistema penal actual, son parte de un modelo de represión, beneficioso para quienes detentan el poder. Bien mirada, la actuación de jueces, y en general de cualquier funcionario involucrado en el sistema de justicia penal, se ha reducido a reproducir dicho modelo. Las repercusiones que en nuestra sociedad tiene el sistema de justicia penal, que involucra a la mayoría de los sectores, ni siquiera son percibidas por las personas que en él participan en la toma de decisiones. No es nuevo, como ha destacado la criminología crítica sustentándose en la sociología criminal, que la aplicación del derecho penal es un proceso altamente selectivo, sólo un grupo de las conductas realizadas por algunas personas son efectivamente criminalizadas. ¿por qué esto es así y no de otra manera?; en forma muy simple, respondería que es porque así funcionan las cosas para quien detenta el poder y poco importa a quién y cómo se le aplique una sanción penal; tampoco importa que con la forma en que se trate al delincuente, se produzca en última instancia su exclusión del núcleo social y

no la readaptación que como función o justificación del sistema penal le atribuye el propio discurso oficial.

Los jueces en nuestro país, son un instrumento de ejercicio de poder, porque ejercer el poder consiste en conseguir que otro haga o produzca cierta conducta, o piense cierta cosa, si se define al poder como la “determinación de la conducta de otros” (Correas O., 1999, 9,53); el derecho en general y el derecho penal en particular es el instrumento principal del poder, porque “para determinar la conducta de otros, es necesario producir discursos que, una vez entendidos por sus destinatarios, los induzcan a producir las conductas requeridas por el poderoso” (*Idem.*). Para este autor, si entendemos por política toda actividad tendiente a ejercer el poder, la aplicación de las normas es un acto político dentro de un esquema de ejercicio del poder. De tal suerte que, como hemos teorizado y como observaremos empíricamente, la aplicación actual del derecho penal en nuestro país por parte de los jueces, es una de las armas favoritas del control social en tanto instrumento productor del consenso y al mantener las cosas en la misma condición que guardan, sin que su intervención genere modificación alguna en beneficio de la sociedad, como contrariamente afirman quienes los producen y aplican. Antes bien, el Estado a través de sus funcionarios, con ayuda del derecho, proporcionan una seguridad mínima a la sociedad.

La procuración y administración de justicia no es otra cosa que la aplicación de las leyes penales y, a últimas fechas, como veremos en la caracterización de las reformas penales, la producción de éstas se ha hecho más rígida; el discurso que proviene desde el poder con una impresionante insistencia, básicamente a través de los medios masivos de comunicación, ha señalado tales medidas como “necesarias para el combate a la delincuencia”; y si preguntásemos a cualquier persona, observaremos que el grueso de la población común, incluida una gran parte de los juristas, están de acuerdo en ello, con lo que reproducen el discurso oficial de que tales medidas son un arma eficaz para disminuir los índices delictivos. Se piensa como el poderoso quiere que se piense, pero también se vuelve una práctica.

Pocas veces reflexionamos si el lenguaje de que se compone el discurso jurídico en general y en particular el del derecho penal, en donde ubico en última instancia los criterios judiciales de las sen-

tencias, ha sido eficaz, para los fines asignados por el propio Estado. Por ejemplo, ¿realmente en los últimos años, ha disminuido la incidencia delictiva, a la par con el abuso que se ha hecho de nuevas y más rígidas disposiciones penales? ¿Ha disminuido el robo con violencia, desde que se pune con hasta 25 años de prisión?

La forma que ha asumido en nuestro país, desde el poder, la justicia penal, ha sido la de incrementar su participación en la solución de los conflictos sociales. Quienes dirigen al país desde hace algunos años (sin importar el partido político del que provengan), emiten un discurso que se escuda aún en el mito de origen de la soberanía, que permite y justifica el discurso de poder para aplicar el derecho como se aplica y no de otra forma; aún hoy, trasluce fielmente la aseveración de Michel Foucault, de que el verdadero orden es otro muy distinto a lo manifestado en las leyes, pues hoy, como antaño, el derecho penal depende de la completa voluntad del Estado, en un esquema de poder en donde la voluntad del individuo es nula y se aprecia el poder absoluto del soberano. Pero este uso del mito de la soberanía se ha mantenido y se defiende a toda costa en aquello que, como la justicia penal, léase, la forma de sentenciar de los jueces, sirve para mantener el *statu quo*.

Más allá de que la ley permita a los jueces sentenciar en la forma en que lo hacen, también es cierto que su formación formalista, dogmática, no les permite ver más allá de la ley que aplican, del código que les proporciona el poder legislativo. Así lo demuestra el cambio en la estructura de las sentencias en los primeros meses de 1994 y los años posteriores, una vez que comenzó a aplicarse la reforma al artículo 122 antes citado. Esto explicaría en parte el por qué no se aplican los principios que rigen la actuación penal del Estado, los que tienden al garantismo. Pero sobre todo, el que la ley sea la variable que más determina la actuación de los jueces, es el mejor ejemplo para verles como títeres del poder político. Simple: un juez puede considerar una pena elevada, desproporcionada, innecesaria e incluso injusta para una determinada conducta, pero si la hipótesis fáctica, de acuerdo con las reglas de interpretación, encuadra en la hipótesis normativa, no puede dejar de aplicar esa pena. Desde esta óptica, no existe la independencia judicial.

La criminología crítica ha mostrado que el crimen no tiene una existencia ontológica en sí mismo, sino que se trata de una apreciación de una parte del grupo social con determinados valores que clasifica a unos cuantos como delincuentes, parte de ese grupo son los jueces, quienes otorgan esa clasificación definida por el legislador con las reglas que éste le da, pero producida por quien en un momento determinado ejerce el poder. Hay una voluntad de que alguien que finalmente dice qué es lo que debe castigarse. En este contexto, el juez aplicará las leyes que vengan y como vengan, sin detenerse a pensar si son necesarias, coherentes o justas o si cumplen los fines que el discurso del poder les atribuye, los dogmas de retribución de la pena, readaptación o resocialización del delincuente.

EL ROBO ESPECÍFICO

Un claro ejemplo de esta injerencia del poder lo constituye el robo específico, previsto en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal, y en el fondo se trata de la manera en que actualmente se trata al robo con violencia en la Ciudad de México, aunque cabe mencionar que el tipo penal existe en varios códigos penales estatales y en el Código Penal Federal. Iniciaré por resaltar la grave y desproporcionada punibilidad que prevé. El delito de robo específico, puede tener una pena máxima de hasta 25 años de prisión, si resulta calificado con alguna de las hipótesis del diverso 381 bis. (robo en edificios, viviendas, aposentos o cuartos destinados para habitar, entre otros). Por supuesto, la experiencia empírica indica que los jueces nunca ponen más allá del término medio aritmético de la pena, es decir, en el ejemplo citado, no se impondrían más de 12 años y 6 meses al acusado tratándose de un solo delito, pero en ocasiones hay imputados que son consignados por “diversos delitos de robo” cuando las circunstancias que rodean al hecho permiten calificar que cometieron “varias conductas”. Este robo específico, “ha sido una de las equivocaciones más grandes que ha tenido el legislador” (González, R. 2001: 40), pero esta opinión podría resultar aplicable en cuanto a técnica legislativa se refiere y en cuanto a su elevada punibilidad, pues resultó un gran acierto para los fines que persigue

la política criminal del Estado, al permitir encuadrar bajo esta figura cualquier robo con violencia, así sea el asalto a un banco o el robo de 10 pesos y no permitir salir bajo caución al preso ni gozar de ningún sustitutivo de excarcelación. Por supuesto, créase o no, hay consignaciones por la última cantidad citada.

Pues bien, la deficiencia técnica-legal del robo específico, no se hizo esperar, las primeras aplicaciones del tipo de robo específico, posteriores a su entrada en vigor, presentaron una serie de complicaciones resumidas en dos situaciones principales: la discusión sobre si se trataba de una calificativa que se subordinaba y circunstanciaba al tipo básico de robo o si se constituía un tipo autónomo especial de robo, opción última definida en 1997 por los tribunales federales mediante jurisprudencia, en la que se definió que se trataba de un tipo especial con autonomía y propia sustantividad, al contener elementos y punibilidad propios. Sin embargo, antes de que se definiera la autonomía de ese robo, no faltaron las consignaciones que preveían la punibilidad del tipo básico adicionalmente a la que prevé este tercer párrafo. Sobre el particular, vale la pena mencionar que desde un simple análisis de ese tercer párrafo del artículo 371, si consideramos al robo específico como un tipo autónomo, éste no prevé por sí mismo ninguno de los elementos objetivos, subjetivos, ni normativos que exige todo delito en la legislación penal mexicana de acuerdo con el artículo 122 del Código Procesal Penal que ya hemos observado, y acorde a cualquier teoría del delito; es decir, ese enunciado legal, no define por sí solo la conducta descriptiva de todo hurto: "apoderarse", ni señala las palabras cosa, ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento, como sí hace el artículo 367 del Código Penal, que prevé el delito básico de robo, para que en la sentencia se defina lo que significan en tanto elementos normativos. Por tanto, para acreditar esos elementos por exigencia legal, necesariamente los jueces tuvieron que recurrir al tipo básico, con lo que resultó nula la pretendida autonomía otorgada por la jurisprudencia y de la cual surge precisamente la "especialidad o especificidad" de este tipo de robo. En la práctica, como dije, los jueces consideran al robo específico como previsto en los artículos 367 y 371 párrafo tercero del Código Penal, es decir, como un tipo coordinado, circuns-

tanciado, pero sancionado solamente en el último de los preceptos citados.

Por otra parte, si de acuerdo con la definición legal, el hoy llamado robo específico no concede importancia alguna “al monto de lo robado”, queda la seria duda de qué bien jurídico se protege, es decir, si como robo tutela el patrimonio de las personas, o si es más grave que en el apoderamiento participen “dos o más sujetos” o que ellos usen alguno de los medios comisivos previstos.

La otra complicación que subsistió hasta los primeros meses del año 2001, consistió en considerar si el tipo penal preveía una “violencia especial”, entendida como aquel tipo de violencia que necesariamente, y como resultado de su uso, disminuía “las posibilidades de defensa de la víctima o la ponía en condiciones de desventaja”, como reza el precepto en análisis, o si se trataba del mismo tipo de violencia reconocida hasta entonces en la materia penal, prevista, sancionada y definida en los artículos 372 y 373 del Código Penal.

Antes de verificar los términos como fue resulta esta contradicción, (porque de hecho, generó dos corrientes de criterios entre los jueces que aplicaban uno u otro tipo de violencia), conviene mencionar que el tipo penal propició, además, otra serie de complicaciones, quizá de menor importancia, como aquellas que consideraban que la plurisubjetividad del activo exigida por el tipo penal, no se actualizaba cuando participaba del apoderamiento un menor de edad o si la referida violencia debía desplegarse necesariamente por todos y cada uno de los sujetos participantes, ello dio origen a los más variados criterios judiciales, locales y federales, estos últimos al pronunciarse en las resoluciones emitidas en los juicios de amparo. Lo anterior, es muestra no sólo de la deficiente técnica legislativa, sino también de la manera en que desde la jurisdicción en sentido lato: creación de leyes, emisión de jurisprudencia y aplicación de ambas, se generan, violentan y reducen las garantías fundamentales de los gobernados, lo que no resulta nuevo en el campo del derecho penal, pues cuando se inflan las tipificaciones, se aumenta el arbitrio selectivo del sistema penal “... y sus pretextos para ejercer un mayor poder controlador, desatendiéndose al ser como tal, escudándose en un deber que nunca será...” (Zamora, 1998: 34).

Fue la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien definió el tipo de violencia que debía entenderse en la redacción del robo específico, al emitir jurisprudencia por contradicción de tesis, la que textualmente, en lo que interesa establece:

ROBO TIPO ESPECIAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. LA VIOLENCIA COMO MEDIO COMISIVO SE INTEGRA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 373 DE DICHO ORDENAMIENTO LEGAL. El precepto indicado en primer término "...debe interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el diverso numeral 373..." que dice "La violencia a las personas se distingue en física y moral. Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla", es decir, conforme a un criterio sistemático, auténtico, histórico y funcional, de lo que resulta que no se debe exigir para la acreditación de la violencia (ni de la acechanza), que además se tenga que probar para su actualización "que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja", en virtud de que estas últimas circunstancias sólo se requieren demostrar para el tercer medio comisivo, consistente en "cualquier otra circunstancia", en virtud de que interpretar lo contrario llevaría en principio a exigir para acreditar el citado medio comisivo, mayores requisitos que los previstos en la ley, y en segundo término, se contravendría la intención del legislador, quien, atendiendo a la exposición de motivos que dio origen al precepto en estudio, buscó atenuar la impunidad derivada de los tecnicismos jurídicos y lagunas legales y estableció una nueva forma para sancionar más severamente los robos, sin importar su monto, que sean realizados por dos o más sujetos activos generalmente a través de la violencia, toda vez que estos delitos con frecuencia llegan a dañar la integridad física y la dignidad del ciudadano.

La jurisprudencia mexicana, como la de muchos sistemas penales contemporáneos, conviene recordarlo, son actos de interpretación

normativa realizada por los máximos tribunales, de aplicación obligatoria para todas las autoridades que apliquen la norma interpretada. La interpretación del robo específico, en los términos precedentes, podría analizarse extensamente, pero esbozaré sólo algunos puntos de esa interpretación:

Considerar la violencia como medio comisivo en el robo específico como la misma violencia definida por el artículo 373, implica: a) la exigencia de menores requisitos –como bien señala el criterio jurisprudencial citado– para los Ministerios Públicos y Jueces, quienes adecuan y juzgan una conducta fáctica al tipo penal, pero estimo que ello justificaría la punibilidad más grave que señala el tipo penal; y b) que no existe ninguna diferencia jurídica entre el llamado robo específico (en la hipótesis del uso de la violencia física o moral como medio comisivo) y cualquier robo calificado con violencia física o moral cometido en coautoría; esta implicación, reviste una gran trascendencia, porque sencillamente deja en manos de los fiscales y jueces la discrecionalidad de ubicar un mismo comportamiento en dos diversos tipos penales con muy distintas consecuencias jurídicas y fácticas. Por una parte, hacia el inculpado, la inseguridad jurídica que representa la posibilidad de ser sancionado por diversos tipos penales en forma muy distinta, pues si se le juzga como responsable de robo calificado previsto en los artículos 367 y 373, puede alcanzar una pena privativa de libertad, si el monto de lo robado no rebasa los \$4 215.00 pesos, (lo que ocurre en la mayoría de los casos), de entre 6 meses con 3 días de prisión y 7 siete años de prisión; pero además, gozaría del beneficio de la libertad caucional y seguramente alcanzaría la sustitución de la pena de prisión o su suspensión, porque como mencioné y además probaré, los jueces nunca fijan un grado de culpabilidad superior a la media, ya que para gozar de estos últimos beneficios, la ley exige una pena máxima de prisión impuesta de 4 años. En cambio, si se le juzga por robo específico, evidentemente no tendría derecho a ningún beneficio, incluida la libertad provisional, la pena mínima que obtendría sería de 5 años de prisión.

Por otra parte, esa discrecionalidad de la que goza el Ministerio Público Consignador o el Juez al reclasificar cuando resuelve la si-

tuación jurídica, puede ser “negociada” por parte de los abogados postulantes, pero no bajo criterios de argumentación, sino mediante la corrupción, que tácitamente el mismo tipo penal permite.

Ahora bien, el que la interpretación de la Corte haya sido en torno a la violencia, de entre los 3 medios comisivos que prevé el tipo penal, se debe a que todos los robos específicos, al menos lo que revisé en el trabajo empírico, son bajo la hipótesis de violencia y consecuentemente ninguno bajo las hipótesis comisivas de “acechanza” o de “otra circunstancia que disminuya las posibilidades de la víctima o que la ponga en condiciones de desventaja”.

El criterio de la Corte, en último extremo, conjuga las funciones latentes con las declaradas del sistema penal, entendidas las primeras como aquellas consecuencias objetivas inesperadas y no reconocidas, y las segundas como las consecuencias objetivas del funcionamiento de la institución que contribuyen a su adaptación al sistema, y como tales son reconocidas y esperadas por las instancias oficiales (Merton, citado por Suay, 1999: 73). Estimo que se actualiza tal conjugación de funciones, ya que con ese criterio se responsabiliza directamente a los “tecnicismos jurídicos y a las lagunas legales” de la impunidad, y entiende la mayor y más exacta acreditación de los elementos del tipo penal (y en el fondo más garantista como se ha visto) que en todo caso, justificarían una elevada penalidad, acordes al derecho penal garantista que caracterizaba al sistema penal mexicano desde apenas 1994 y sólo hasta 1998, como incapacidad para hacer frente al delito de robo, casualmente el de mayor incidencia en el país.

Pero además, esa forma de interpretar la ley y ordenar a los jueces esa interpretación, convalida esa “nueva forma” arbitraria, ilógica, ilegal, para sancionarlos, precisamente en atención a esa impunidad derivada del contexto social en el que surge el tipo penal, e indica que “con frecuencia se llega a dañar la integridad física y la dignidad del ciudadano”. Baste decir que, en efecto, toda violencia física obviamente daña la integridad corporal, pero de la muestra de casos analizados y en mi experiencia profesional, sólo en muy escasas ocasiones han sido lesiones de importancia. En la mayor parte, se combinan empujones, jalones, un leve golpe, con la violencia

moral consistente en amenazas verbales para obtener lo robado, a veces sin que el autor del delito porte ningún objeto peligroso. Las más de las veces, la violencia es ejercida por un sólo sujeto y el otro (u otros, que también en poquísimos casos son más de dos), se dedica a arrebatarse lo robado, vigilar, o acompañar al sujeto.

Todas las situaciones fácticas descritas con antelación, resultan punibles por las reglas de coautoría funcional, pero en realidad, no se da la "frecuencia" de daño físico, como lo maneja la Corte y continúa la duda de si lo que se pretende proteger es al patrimonio de las personas o su integridad.

En cualquier caso, con esta forma de interpretación del robo con violencia, se violentan más los derechos fundamentales del inculpa-do que el daño que él provoca con su comportamiento, tampoco justificado, pero acreditado y penado a discreción por las autoridades judiciales y ministeriales.

Lo sistemático y funcional, viene a ser sinónimo de discrecionalidad y facilidad para tipificar conductas, sin considerar no sólo las violaciones a los derechos públicos subjetivo del gobernado, sino incluso, ni las propias reglas legales o los discursos de justificación para la creación de tipos penales, mucho menos los principios que rigen la intervención punitiva del Estado.

Quiero hacer hincapié, que en este breve análisis, no pretendí hacer una discusión dogmática de derecho positivo de si concurre o no una violencia especial en el robo específico, sino, en definitiva, de destacar la actual forma de legislar y juzgar el delito de mayor incidencia en el país, otra vez, y como siempre, para justificar la actuación del sistema penal, pero dañando cada vez más a los sujetos seleccionados como delincuentes por las instancias penales.

No en vano Olga Islas (2001: 14), expone que en las reformas de 1996, de las que proviene el robo específico, el legislador, no sólo prescindió de los principios que deben regir el ejercicio del *ius puniendi*, sino incluso, actuó contra ellos, el incremento de punibilidades, la reducción de beneficios penales y la distinción tan severa entre delitos graves y no graves procedió en contar de los principios de legitimación y de ponderación y del principio de (intervención mínima, última ratio) racionalidad, al enfrentar el problema exclusivamente desde la ley penal.

También Luis Fernández Doblado (2001: 51), señaló que estas reformas, “adolecen en buena parte de serias incongruencias, contradicciones y notable ausencia de técnica legislativa” y hasta Juan Silva (2001: 225), las calificó como un “derecho penal de excepción”, por lo que no queda duda de su carácter excepcional y expresamente represivo.

Puedo relacionar el trabajo de Gustavo Barreto y Ana Josefina Álvarez realizado en 1987 en el que demostraron que el delito que con mayor incidencia se presentó en periodos de crisis fue el robo, tanto local como federal, aunque sobresale de manera considerable el cometido en el fuero común. Los autores mostraron el aumento de la criminalidad en periodos de crisis y con ello tácitamente evidenciaron el endurecimiento del sistema penal, en todas sus instancias. En sus conclusiones, al interpretar los resultados, indicaron que

en periodos de crisis económica, y como resultado de la gran alarma social que se genera con relación a ciertos problemas sociales como lo es la criminalidad, el sistema penal se endurece ampliando su radio de acción. Esta dinámica social que se crea hace, a nuestro juicio, que dicho sistema penal juegue un papel más importante como aparato del Estado durante estos periodos de crisis económica ya que pasa a “darle una mano” al sistema en general, sirviendo como forma de control social más abierto y como forma de desvío de la opinión pública hacia temas y preocupaciones que podríamos considerar secundarios en estos momentos (como lo es la criminalidad convencional), dejando de lado los temas verdaderamente relevantes, como son las graves consecuencias sociales y económicas de la crisis, el desempleo, el deterioro en los niveles de vida, la inflación, etc En esta dinámica desempeñan un papel muy importante, los medios de comunicación masiva que contribuyen a centrar la atención de la gente en estos problemas menos trascendentales, pero más comerciales, que a la vez sirven de canalización de las tensiones y agresiones del gran público que más que nunca se nuclea en contra de los mismos. (Barreto, G. et al., 1987: 330-331)

De esta manera, en definitiva concluyen que el control estatal de la delincuencia en una etapa de crisis, es una “válvula de escape” para

las tensiones sociales, lo que lo hace un medio que impide agudizar las contradicciones que podrían generar mayor desestabilidad social. Además de que estoy en total acuerdo con la interpretación antes transcrita, estimé que bajo esa óptica, sería en el delito de robo donde podría observar más ese endurecimiento penal. No me equivoqué, pues como ya he apuntado, la creación del llamado “robo específico” es un excelente ejemplo de la reacción punitiva del Estado, posterior a una situación de crisis.

CARACTERIZACIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES

Ahora bien, por medio de un extenso trabajo empírico²⁸ pude establecer la estructura de las sentencias penales, al tomar en cuenta varias de las disposiciones legales citadas a lo largo de este trabajo y su observancia por parte de los jueces. Esta estructura, la muestro en forma resumida:

a) Las pruebas. La prueba que más ocupa las resoluciones judiciales (cuando menos las sentencias de delitos de robo), es la testimonial, en frecuencia le siguen las inspecciones ministeriales, los dictámenes (los que normalmente son de valuación y de integridad física), las documentales públicas y privadas, la confesional y los careos. Sólo dos aclaraciones: ninguna situación fáctica de robo es idéntica, pues de acuerdo a las circunstancias en la que suceda, puede ser presenciada por varios testigos o por ninguno. No es lo mismo el asalto a un vehículo de transporte colectivo que el robo de vehículo conducido por una sola persona en la madrugada en una calle solitaria. Esto para efectos de la estadística de pruebas testimoniales. Por otro lado, en una buena parte de los jueces ocurrió que al considerar una prueba, la sobrevaluaban, ya que por ejemplo, si se trataba de la declaración del policía aprehensor, el juez consideraba no sólo su declaración, sino, la nota de remisión suscrita por dicho policía, como documental, y la fe de esa nota de remisión, como inspección. Es decir, una sola prueba la puede convertir en tres. O por

²⁸ Para consulta de este trabajo véase mi tesis de grado, referida al inicio.

ejemplo, los dictámenes y las documentales, además de estimarlos por sí mismos, también estima la fe ministerial que de ellos, hace el ministerio público.

En relación con la confesional, quiero hacer una precisión que me parece interesante. A pesar de que la frecuencia con la que se presenta es menor, en la mayoría de los casos, no se trata de una confesional plena, en la que lisa y llanamente el sujeto autor de delito acepte el hecho que se le imputa, sino que es el juez quien califica su declaración como confesión, porque se trata de una narrativa en la que admite ciertas características o circunstancias de ese hecho (por ejemplo que diga que no le quitó el dinero al ofendido sino que se lo pidió), variándolo en relación a la versión del ofendido, y entonces el juez estima que está en presencia de una confesión calificada divisible, lo de "calificada" porque la hace el juez y "divisible" porque divide su narrativa en lo que le favorece y en lo que le afecta, y otorga valor, únicamente a esto último.

La mayoría de las pruebas citadas, son recabadas por el ministerio público durante la averiguación previa, y en el proceso, lo que se amplía sólo son las declaraciones de las mismas personas que declararon ante el Ministerio Público, excepto los testigos de capacidad económica. Ello habla de la forma de comportarse de los abogados postulantes y ministerios públicos durante el proceso ante el juez. Desde un punto de vista procesal, las partes (defensa y el ministerio público) se limitan a ofrecer como prueba las ampliaciones de declaración del denunciante, de los testigos, de los policías y la del acusado. No existe mayor intervención o distinta forma de manejar la defensa, o en caso del Ministerio Público, la acreditación de los delitos. A simple vista deviene lógico, pues si el delito es cometido por una persona en contra de otra persona, resulta necesario conocer sus versiones de los hechos, así como la de otras personas que hayan presenciado el hecho o que se hayan visto relacionadas con ese hecho. Pero lo que quiero resaltar es que, se aprecia a simple vista la forma cuadrada de abogados y ministerios públicos para acreditar o pretender desacreditar un hecho típico. A ninguna de las partes les interesa la validez de los documentos, las inspecciones ministeriales, el juez nunca tiene a su vista el objeto robado, nadie impugna o combate los dictámenes o en el caso del Ministerio Público,

nunca se ofrecen pruebas tendientes a la reparación del daño, a pesar de ser esa su función legal, en tanto representante de la víctima. En el caso de la defensa, nadie hace valer si hubo error técnico en la consignación o acusación ministerial (lo que ocurre con relativa frecuencia). Aquí cabe aclarar que, la única otra estrategia de defensa que suele utilizarse aunque en menor medida, es ofrecer durante el proceso una serie de testigos y documentos, que, o pretenden situar al autor del delito en un lugar y situación distinta al de los hechos o pretenden variar la mecánica de los hechos, para hacerla parecer lícita o no constitutiva de delito. Estos testigos ofrecidos por la defensa, normalmente serán familiares, amigos, vecinos, etcétera. Para ello, a veces el autor del delito debe retractarse de su primera declaración, porque ante el ministerio público durante la averiguación previa, ya había admitido al menos, estar presente en el lugar y hora de los hechos. Los resultados de los únicos tipos de defensa, resultan obvios: no absuelven al sentenciado.

En este sentido, al reproducirse únicamente testimoniales recabadas en la averiguación previa, significa que el juez valora *directamente* menos de la mitad de las testimoniales. Los jueces en general no emiten ningún razonamiento, en relación a las pruebas ofrecidas por la defensa ni a las conclusiones formuladas por ésta.

b) La acreditación de los elementos del delito. Los jueces son extremadamente variados para desglosar todos o en su mayoría los elementos que integran el tipo penal (conducta, bien jurídico, resultado, nexos causal, forma de intervención, ajeneidad,²⁹ cosa mueble, sin derecho, sin consentimiento, dolo, elemento subjetivo específico, calificativas y medios comisivos en su caso) y para emitir razonamientos para acreditar en particular cada uno de esos elementos y determinar con qué pruebas se acredita cada uno de ellos. Lo mismo ocurre con relación a los elementos de la responsabilidad penal (imputabilidad, antijuridicidad, exigibilidad de otra conducta y conciencia y certeza de la antijuridicidad).³⁰

²⁹ La palabra "ajeneidad" no existe en el idioma español, pero es la que utilizan todos los jueces para definir el carácter ajeno de la cosa robada.

³⁰ Una buena parte de los jueces acreditan la antijuridicidad fuera de la culpabilidad, pero como algo independiente tanto al tipo penal como a la responsabilidad penal.

c) *De la forma de individualizar las sanciones.* Las “circunstancias peculiares del sentenciado”, son extraídas por los jueces de los datos generales de identificación que proporcionan al rendir su declaración preparatoria. Se trata de un simple cuestionario, en donde proporciona, nombre, edad, estado civil, ocupación, escolaridad, sueldo, etc. Cuando el juez individualiza la sanción y toma en cuenta esas circunstancias peculiares, simplemente las transcribe, es decir, señala algo así como “se toma en cuenta, que el procesado manifestó tener 20 años, de ocupación albañil, estado civil casado, escolaridad primer grado de primaria, etc.” Con ello, la mayoría de los jueces (y de los abogados, fiscales, magistrados y juristas en general) estiman que se está observando, los lineamientos legales establecidos en los artículos señalados, pero los jueces no señalan como influye en ellos el que el activo sea un albañil de 20 años con un bajo grado escolar o que sea un empleado de 24 años con nivel de preparatoria. Aquí resulta sumamente aplicable lo que Wróblewski señala, como vimos en la parte teórica, de que la ley restringe los márgenes de maniobra de libertad de elección para asignar el significado, la aplicación y las consecuencias de una norma, pero ello sólo se traduce en una dirección de la decisión, y no en el contenido de esa decisión.

Lo mismo ocurre con las circunstancias exteriores de ejecución del delito, aunque aquí podría decirse que los jueces a lo largo de toda su resolución, al tener por acreditado el delito ya verificaron la forma, tiempo, lugar y en general todas las circunstancias en que se perpetró el hecho, pero para efectos de lo que preceptúan los artículos aludidos, únicamente listan de manera resumida el día, la hora, la forma, el medio comisivo, etcétera, en los mismos términos que lo hacen con las circunstancias peculiares del delincuente.

Por lo demás debe decirse que los jueces son extremadamente variados en la forma en que listan esas circunstancias del delincuente y las exteriores de ejecución. Algunos transcriben el artículo y enseguida el dato del caso en concreto; otros señalan todos esos datos en conjunto, unos ponen primero las características peculiares del delincuente y después las de ejecución del delito, otros a la inversa. Unos más, por ejemplo, en el caso de que el acusado tenga ingresos, listan todos los datos de esos ingresos (el juzgado, el delito, la pena,

impuesta, la fecha en que fue sentenciado, etcétera), en cambio otros sólo mencionan el número de ingresos que tuvo sin especificar mayor dato o mencionan únicamente el delito; algunos jueces son más exhaustivos que otros, pues listan datos como el nombre de los padres del autor del delito o si éste tiene lazo de parentesco o amistad con el ofendido y otros sólo los datos generales de aquel. Otros, varían todos los datos del estudio clínico criminológico que les es practicado a los autores del delito, mientras que otros sólo mencionan los datos del crimino-diagnóstico. Por supuesto, en este tipo de datos, todos los jueces preguntan los datos generales al activo y los listan al individualizar su sanción, que si usa drogas, enervantes, si fuma, si ingiere bebidas alcohólicas y su religión. En un caso, como se trataba de unos hechos en los que el imputado era una persona homosexual, al individualizar su sanción, el juez dijo que también tomaba en cuenta que era homosexual; con ello quiero evidenciar que no puede faltar la calificación de conductas no penales, que son socialmente estimadas nocivas o diferentes, aunque el juez no motive como es que las toma en cuenta, pero sí señala que las toma en cuenta, para los efectos de graduar la sanción penal.

d) *El grado de culpabilidad.* Sabemos que el grado de culpabilidad es la concreta fijación de penas que dentro de los rangos legales hacen los jueces al caso particular que juzgan. En este punto es donde, en estricto sentido, los jueces tienen el arbitrio de juzgar, de imponer el nivel de pena que a su juicio, merece una persona, por su comportamiento delictivo (y de acuerdo con la ley, también por lo que es). La manera en que los jueces denominan al grado de culpabilidad, así como al término aritmético que fijan (denominaciones que mostraré enseguida), es para mí un claro ejemplo de las orientaciones teóricas, de la formación de los jueces, de su experiencia judicial³¹ y en general de su inmersión en la cultura jurídica,³² pues pude observar estas definiciones para el grado de culpabilidad: grado de temibilidad social, grado de peligrosidad, grado de reproche y grado de reprochabilidad. Por supuesto, estas definiciones nos hablan

³¹ Recuérdese lo que Angélica Cuéllar denomina experiencia judicial (v. *supra*, p. 5).

³² En los términos definidos por Clara Castillo (v. *supra*, p. 9).

de la adhesión del juez a determinadas posturas teóricas, producto de su formación profesional.

De acuerdo con los resultados obtenidos, puedo afirmar desde ahora, que los jueces penales de primera instancia, nunca imponen una pena superior a la media. El grado de culpabilidad que más imponen los jueces el “ligeramente superior al mínimo” el cual no está definido aritméticamente dentro de los rangos legales.

e) Sobre las explicaciones de las penas impuestas. Casi todos los jueces explican los términos en los que se ejecutarán las penas impuestas. Esta explicación es una simple transcripción de preceptos legales en los que se dice cómo debe pagar multa, ante quién, en dónde y ante quién debe cumplir la pena privativa de libertad, etcétera.

f) Sobre los sustitutivos penales. La concesión de estos beneficios está limitada por la propia ley, como hemos visto, por lo que no queda al pleno arbitrio del juez su concesión o negación; sin embargo, en esta parte, pude observar una considerable variedad de los criterios de interpretación de los jueces sobre los preceptos que los contienen. Los sustitutivos y beneficio que prevén ambos artículos, son derechos que tiene el imputado, en caso de que se cumplan las reglas ahí establecidas, en atención a que lo que se limita es la libertad de las personas. Sin embargo, los jueces no los consideran así, sino como una facultad potestativa que ellos tienen para conceder o no esos sustitutivos o beneficios, cuando menos, respecto a la condena condicional. En efecto, los jueces pueden no otorgar ningún sustitutivo penal, por el *quantum* de la pena, es decir, porque la pena impuesta excedía del tope legal fijado para la concesión de los beneficios, por las circunstancias peculiares del acusado, es decir, porque anteriormente había tenido ingresos a prisión. Pero lo que aquí resulta interesante es, más de la mitad de los jueces que niegan los sustitutivos, no mencionan absolutamente nada en su sentencia, es decir, como de entrada no procedía el sustitutivo, ya sea porque la pena impuesta excedía del tope legal³³ o porque el acusado tenía antecedentes

³³ El que actualmente es de 4 años de prisión. Antes del 13 de mayo de 1996 era de 5 años.

penales, el juez ni siquiera considera necesario entrar al estudio del sustitutivo, para fundamentar y motivar por qué razón no lo concede.

En el sentido opuesto, también debe decirse que varios jueces otorgan los sustitutivos a pesar de que el sentenciado había tenido varios ingresos anteriores a prisión. Sólo unos cuantos motivaban que esos ingresos no devenían en reincidencia, desde el punto de vista legal, porque no se cumplían los requisitos de ésta. Los demás, no mencionaban nada, respecto a sus ingresos en este apartado, pero sí en la individualización de la sanción (para fijar el grado de culpabilidad).

g) Otros datos. Sólo alrededor de una cuarta parte de los jueces cita jurisprudencia para reforzar, justificar o avalar sus razonamientos; el 10% impone como pena, además de las tradicionales de prisión y multa previstas para los diversos tipos de robo, la suspensión de derechos políticos; se podría decir que sólo cerca del 8% de los jueces, es cuando menos exhaustivo en sus sentencias; muy pocos citan principios de derecho en sus determinaciones, ni siquiera principios positivos, por lo que la mayoría basa su actividad, *exclusivamente* en el Código Penal y en el de Procedimientos Penales; también hay algunos jueces que ni siquiera conocen los conceptos teóricos del delito o los elementos que lo componen.

En suma, se puede advertir que, cuando el juez se pronuncia en relación a las pruebas conocidas como de descargo, suele ir desde la simple enunciación de que no les otorga valor alguno, sin decir por qué razón, hasta formular distintos argumentos cuyo denominador común se centra en decir que por ser pruebas que de alguna manera tratan de “desvirtuar” los hechos típicos que ya ha estimado probados, no le merecen consideración probatoria. Es evidente que el fin de la defensa es desvirtuar los hechos que involucran a la persona acusada y en sentido inverso, tales razonamientos equivaldrían a decir que las pruebas aportadas por el ministerio público, tratan de inculpar al sujeto y que por ello dictará una absolución, lo que el juez nunca hará ni dirá.

Esta parte constituye la más extensa de las sentencias. Los jueces suelen ser muy disímiles para acreditar el tipo y la responsabilidad penales, sin embargo, puedo generalizar algunas formas relativamen-

te definidas de acreditar los elementos del delito. La forma más común es aquella en la que los jueces, acreditan uno a uno, dichos elementos, y el primero que acreditan (siempre e invariablemente), la “conducta típica”. En ese primer apartado, los jueces, analizan como es que Juan Pérez desplegó una conducta constitutiva de robo, es decir como es que robó algo. Aquí los jueces ponen la mayoría de las pruebas con las que cuentan (casi siempre son la declaración del afectado —quien sufrió el robo—, los testigos, los policías aprehensores, la fe de los instrumentos y objetos del delito, etcétera). Se trata de transcripciones textuales de dichas pruebas, que van relacionándose y enlazándose entre sí, concediéndoles valor probatorio y emiten algún enunciado con el cual estiman que esa prueba, suele servir para acreditar la conducta. Los estilos son muy variados. Hay jueces que pueden dar valor y razonar prueba por prueba, o darles valor en conjunto a todas ellas o darles valor a unas y a otras no, o exponer los artículos legales que dan la valoración en conjunto o en cada prueba, etcétera. Posteriormente, los jueces señalan sólo los restantes elementos del tipo y de la responsabilidad, uno a uno, sin hacer mención de las pruebas en específico que los acrediten, sino que dicen que se tiene por acreditadas con las mismas pruebas con las cuales acreditaron el apartado de la conducta. Esos razonamientos, reproducen a veces el lenguaje legal y otras el oficial, y son muestra de algunos de los tipos de razonamientos que Wróblewski expone, según vimos en la primera parte de este trabajo. Con ellos, el juez justifica la intervención punitiva del Estado y en ocasiones denotan, desde mi punto de vista, la subjetividad del juzgador, pues también son ideas de éste, de lo que está bien o mal en el comportamiento de la persona juzgada.

Como ya he afirmado, algunos jueces, ni siquiera emiten comentario alguno respecto a lo declarado por el enjuiciado, pero cuando lo hacen, el denominador común es negarle valor a su dicho, por no estar contrario a las demás pruebas y en muchos casos, porque aseguran que el sentenciado debe probar lo que dice. Aquí, resulta especialmente interesante el que los jueces, pasen por alto el llamado “principio de inocencia”, pues al revertir la carga de la prueba hacia el acusado lo transforman en un “principio de culpabilidad”.

INTERPRETACIÓN DE LA FORMA DE SENTENCIAR DE LOS JUECES

Los jueces aplican la ley de acuerdo a su forma propia y particular de hacerlo. De ahí que el análisis y ponderación de las pruebas, su valoración, la forma de probar los hechos y en suma, la interpretación de las normas, sea tan distinta y variada entre los jueces. Véase por ejemplo la forma y frecuencia de citar algunos de los principios procesales o sustantivos que rigen al derecho penal o las escasas actitudes garantistas de los jueces, así como la imposición en algunos casos de la suspensión de derechos políticos. En estos casos, los jueces aplicaron la ley, porque creyeron correcta *su* interpretación.

Empero, la ley está estructurada de una manera que permite a los jueces ser taxativos en su aplicación (véase la llamada íntima convicción o libre valoración de pruebas y las llamadas presunciones materiales), pues a pesar de que los jueces se basan fundamentalmente en la ley reglamentaria y procesal, siguen los lineamientos ahí dispuestos, estos mismos les permiten amplios márgenes de manobra, como los llama Wróblewski. Quiero destacar que, sin embargo, en el acatamiento de esas normas legales, los jueces se limitan a la ley reglamentaria, sustantiva y procesal, sin tomar en cuenta, de manera generalizada, los principios que rigen la intervención punitiva del Estado, los tratados internacionales ni la jurisprudencia y cuando los utilizan, lo hacen a su conveniencia para mostrar siempre que su *status* de jueces, les permite interpretar *bien o correctamente* las normas. Esta actuación judicial, finalmente se inscribe en el marco de la cultura jurídica contemporánea. Los jueces no tienen ninguna autonomía o independencia sino una clara dependencia hacia el poder legislativo y hacia el ejecutivo, pues por un lado están sujetos a la consignación y acusación ministerial y por el otro su límite de acción son las leyes penales, lo que es más que una división de poderes. El robo específico es un claro ejemplo de ello, pues los jueces lo estimaban como incongruente, pero, aún así, lo aplican, aunque no estuviesen de acuerdo con su aplicación, pues nada pueden hacer ante la consignación ministerial que lo prevea y la ley que lo tipifique.

Muchos de los argumentos producidos por los jueces, aluden directa o tácitamente al tipo de razonamiento llamado “del legislador racional” que Wróblewski expone. La interpretación judicial de las normas en general, la cita de los principios procesales y sustantivos de derecho, y el uso de la jurisprudencia (aunque estas dos últimas actividades sean de baja frecuencia), demuestran que los jueces avalan, justifican y emiten como cierta, única y verdadera *su* interpretación de la ley, al situarse como descubridores del *thelos*, del espíritu legal o de la voluntad del legislador. En esto se funda su verdad legal, la que descubren a través de la interpretación de las leyes para probar unos hechos que urgen al Estado calificar de ilegales y castigarlos. Resulta imposible negar por una parte el carácter subjetivo con el que se conducen los jueces al juzgar las conductas de otros y por la otra, el carácter político de la función judicial.

Afirmo que los jueces se basan en unas reglas procesales vigentes para dictar sus sentencias y ellas influyen de sobremanera en su trabajo, que cuando entra una nueva reforma legal, tardan un lapso determinado de tiempo para asumirla y cada quién la interpreta a su manera, lo que depende también del grado de precisión de la norma y de qué tanto varíe o se aleje de la forma en que aplicaban la anterior norma.

El que los jueces, en general, no tomen en cuenta las pruebas provenientes de la defensa y del procesado e incluso la de este mismo, o las conclusiones formuladas por el defensor, o las valoraren mínima y deficientemente, devela por un lado, el carácter inquisitivo y autoritario del sistema penal mexicano, lo que no resulta nuevo, pero por el otro lado, muestra el poder de definición que tienen los jueces, porque finalmente tanto el defensor, como la fiscalía y el juez harán cada quién su interpretación normativa, pero el juez dirá en la mayoría de los casos tácitamente y en menor medida de manera expresa, que es *su* interpretación la que debe prevalecer sobre la del primero, y en ocasiones sobre la del segundo, simplemente por tener la investidura social y legal que le permite hacerlo, al situarse como el órgano estatal neutral, impartidor de justicia, aunque la razón ni la lógica le asistan o su interpretación legal sea incongruente, aislada, imprecisa, escueta o hasta inexistente y en definitiva, subjetiva. La actual actuación judicial es una forma simbólica de admi-

nistrar justicia. El tipo, cantidad y calidad de pruebas que valoran los jueces, la forma de valorarlas y de acreditar los delitos, la concesión a discreción de los substitutivos penales o la manera de prejuzgar de entrada la versión dada por el acusado o de ignorar por completo las conclusiones formuladas por la defensa, así como la forma de conducirse con relación a la reparación del daño, así lo indican.

También, de aquí se extrae que, con relación a la actuación de las partes (ministerio público y defensor), relativa al tipo de pruebas que ofrecen y a su actuación en aras de los intereses que postulan, se advierte también la función simbólica del sistema penal y su inmersión en la cultura jurídica contemporánea. Los defensores, consciente o inconscientemente, tienen pobres estrategias de defensa, al limitarse a ofrecer las mismas pruebas de la averiguación previa o en menor medida pruebas falsas. El Ministerio Público, por su parte, se limita al ofrecimiento de las mismas pruebas que recabó en la averiguación previa con la única finalidad de conseguir la pena de prisión, con lo que privilegia su función como órgano investigador y persecutor de delitos y desdeña claramente su función de representante de los intereses sociales, en específico, los de la víctima. Así lo demuestra el hecho de que nunca se ofrecieron pruebas tendientes a una adecuada y suficiente reparación del daño. Los jueces, defensores y ministerios públicos, son, antes que eso, abogados egresados y formados de las mismas escuelas, de manera deficiente, en el mejor de los casos, sólo normativamente.

La forma de abordar las circunstancias que se constituyen en los parámetros que debe observar el juez cuando gradúa determinado nivel de pena, evidencia la subjetividad que reiteradamente he mencionado, porque se reduce a una simple cita de los datos de identificación de la persona juzgada y del evento juzgado, sin emitir ejercicio racional alguno de cómo y por qué esas circunstancias orillan al juez a “considerar” determinados años de prisión por la comisión de un determinado hecho penal. Lo mismo ocurre con las denominaciones de los grados de culpabilidad y la forma de explicar la ejecución de las penas, pues en lo primero, los jueces son muy discordantes e imprecisos y en lo segundo, todos, sin excepción, transcriben sólo los artículos de la ley penal que explican esa ejecución.

CONCLUSIONES

El análisis de las sentencias penales dictadas por los jueces mexicanos, muestra cómo el sistema penal está plagado de contradicciones internas, porque se funda en premisas difícilmente sostenibles en la realidad actual. Para justificar la intervención punitiva del Estado, que deviene en la final imposición de penas, principalmente la pena privativa de libertad, se ha asignado a los jueces la obligación de expresar las razones, motivos y fundamentos en los que se base la decisión de imponer a una persona dichas penas. En ese ejercicio, que desde la dogmática penal deviene lógico, simple y llano, los jueces deben probar que esa persona *alteró* el orden social establecido con la comisión de un ilícito y que por ello merece una sanción. Sin embargo, esa función judicial se traduce en un difícil trabajo en el que los jueces deben, antes que nada, conocer extensamente la ley, fundamental (Constitución y tratados internacionales) y secundaria (leyes sustantivas y procesales), así como los principios que rigen su intervención como funcionarios estatales y los de aplicación de esas leyes; luego, los jueces deben interpretar dichas leyes para arribar a su final determinación, por lo que, se espera cuenten con técnicas interpretativas para el adecuado desempeño de su función.

Empero, esa fundamentación y motivación, exigida por el propio discurso judicial, se ve afectada por una parte, por la deficiente formación de la abogacía en México, la injerencia política y la nula independencia del poder judicial, de acuerdo con la cultura jurídica contemporánea, y por la otra por lo que Angélica Cuéllar ha llamado la "experiencia judicial", entendida como "el conjunto de experiencias subjetivas que un individuo forma a lo largo de su vida y de su carrera",³⁴ incluidos sus valores, vivencias y en general todas las experiencias y vivencias transmitidas socialmente, culturalmente, desde mi punto de vista, a un individuo. Se trata en general de circunstancias políticas, económicas, culturales, y sociales específicas, que condicionan la función jurisdiccional.

Ahora bien, la ley tiene, por un lado, una estructura semántica y por el otro "*reglas*" como la íntima convicción en la valoración pro-

³⁴ Angélica Cuéllar, *La justicia sometida Análisis sociológico de una sentencia*, op. cit., p. 103

batoria, que permiten a los jueces interpretar las disposiciones en las cuales deben basarse “como mejor lo entiendan”, es decir, de manera subjetiva, con lo que pueden adecuar sus decisión *justificadamente* hacia una condena o hacia una absolución, porque para algunos jueces unas mismas pruebas pueden “demostrar” unos mismos hechos, mientras que para otros pueden refutarlos, todo depende de la interpretación que hagan. Para los juristas, abogados, postulantes y funcionarios, relacionados con el sistema penal, esta situación no es nueva, porque conocemos de sobra la “variación de criterios” que se da, incluso en un mismo asunto, en el que con la interposición de recursos legales puede revocarse, modificarse o variarse una determinación judicial en las distintas etapas del proceso penal. Con ello, el carácter imparcial de los jueces, como órganos del Estado, queda en tela de juicio, no solo porque cada quién aplica la ley desde su particular perspectiva, sino porque bajo estas condiciones, los jueces no demuestran ningún hecho penal, a lo mucho califican un hecho fáctico, de penal. Esta forma de abordar el arbitrio judicial, muestra la inherente discrecionalidad y subjetividad con la que cuentan los jueces y el amplísimo poder de definición, simplemente por tener la investidura social y legal que les permite hacerlo, al situarse como el órgano estatal neutral, legitimado para impartir justicia, aunque ni la razón ni la lógica le asistan en su decisión o su interpretación legal sea incongruente, aislada, imprecisa, escueta o hasta inexistente y en definitiva, subjetiva. Por eso, determino que en la actualidad (aunque creo que esto siempre ha sido así), la actuación de los jueces, es una forma simbólica de administrar justicia, es decir, que en realidad los jueces no juzgan imparcialmente, sino que, una vez que ha llegado a sus manos una persona, también previamente seleccionada como delincuente, tienen el poder de declararla culpable o inocente, aunque esas declaratorias no correspondan con la realidad y con ello, *aparentemente*, juzgan las conductas penales, desde las bases y para los fines del sistema penal, asignados en la actualidad. Al ser el dictado de la sentencia una de las actividades más representativas del sistema penal, es fácil entender por qué los jueces reproducen el lenguaje de justificación utilizado para explicar la existencia, los medios y los fines del sistema penal.

En consecuencia, constaté el carácter inquisitivo de la jurisdicción penal, como un todo integrante del *juego judicial* que simboliza la impartición de la justicia y el mantenimiento del orden, a través del sistema penal. Esta constatación puede corroborarse en posteriores trabajos, pues puede abordarse el estudio desde las distintas etapas del proceso penal, por ejemplo, de los tipos de pruebas que ofrecen las partes, bajo el análisis, sus escritos de ofrecimiento, o en la comparación, las distintas resoluciones que se dictan en un mismo juicio penal, en el contraste de sus variaciones y similitudes y en la observación de los motivos y fundamentos que expresan los jueces, magistrados o ministros, todos ellos, entes estatales, representantes de la justicia. También puede abordarse el estudio de otros delitos o del fuero federal, para observar si el comportamiento en la toma de la decisión final de los jueces varía en el fuero local con relación al federal. El estudio puede centrarse también en otros operadores del sistema penal, como ministerios públicos y magistrados, al observar la estructura de los pliegos de consignación y de acusación o de las resoluciones emitidas por los órganos colegiados.

BIBLIOGRAFÍA

- Archivo judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 112 sentencias sobre delito de robo calificado, dictadas por 28 jueces de primera instancia, entre los años 1994 y 2001.
- Azaola, Elena, *El delito de ser mujer*, 1ª ed., México, Plaza y Valdés y CIESAS, 1996.
- Baratta, Alessandro, "Sistema penal y reproducción de la realidad social", en *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 5ª edición, México, Siglo XXI, 1998, pp. 179-192.
- Barreto Rangel, Gustavo y Alvarez Gómez, Ana Josefina, *Crisis económica y criminalidad*, 1ª ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales de la UNAM, 1987.
- Bergalli, Roberto, "Cultura de la jurisdicción e ideologías de jueces y fiscales", *Alter Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, Campeche, año I, núm. 2, 1997, pp. 1-45.
- Castillo, Clara, *La cultura jurídico-penal en México a finales de siglo*, tesis de grado (Master Internacional en Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales), México, 2000.
- Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal*, 2002, 4ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF.
- Código Federal de Procedimientos Penales*, 2002, 10ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF.
- Código Penal del Distrito Federal*, 2002, 4ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF.
- Código Penal Federal*, 2002, 10ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2002, México, Sista.

- Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, 1ª ed., México, Fontamara, 1999.
- Cuéllar Vázquez, Angélica, *La justicia sometida análisis sociológico de una sentencia*, 1ª ed., México, Miguel Angel Porrúa y Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, 2000.
- Diccionario de la Lengua Española*, México, Espasa-Calpe, 1993.
- Ezquiaga, Francisco Javier, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª ed., México, Fontamara, 2002.
- Fernández Doblado, Luis, "Reformas penales sustantivas", en García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia A. (comps.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., España, Trotta, 2001.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 6ª reimp., España, Gedisa, 1999.
- Gargarella, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª ed., México, Fontamara, 2002.
- González Soler, María Dolores, "Sentencia y predicción" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, núm. 75, 1989-1990, pp. 389-395.
- Herrendorf, Daniel, *El poder de los jueces*, 2ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot, 1994.
- Ibáñez, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Ciencias penales. Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*, Costa Rica, año 8, núm. 11, (versión electrónica: www.poder-judicial.go.cr), 1996.
- Islas de González Mariscal, Olga, "Reforma Penal Sustantiva", en García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia A. (comps.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
- Schmill, Ulises y Cossío, José Ramón, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Inter-*

- pretación jurídica y decisión judicial*, 3ª ed., México, Fontamara, 2002.
- Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, tomo XIII, febrero y marzo de 2001, (versión en CD: IUS2001).
- Silva Meza, Juan, “Las reformas penales de los últimos cinco años en México”, en García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia A. (comps.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
- Suay, Celia, *Introducción al derecho penal sustantivo y procesal*, 2ª ed., España, Grupo Artyplan-Artymprés, 2000.
- Tenorio Tagle, Fernando, “Las ritualidades del ajusticiamiento: de la terapéutica premoderna a la pena medicinal de la modernidad”, *Alter Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, Campeche, año I, núm. 2, 1997, pp. 117-129.
- Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, 1ª ed., México, Fontamara, 2002.
- Zamora Grant, José, “Prevención y sistema penal”, *El cotidiano*, núm. 90, México, 1998.