

Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho  
Sede Rodrigo Facio

Tesis para optar al grado de Licenciatura en  
Derecho

“La retórica en los aspectos manifiestos y  
latentes de la motivación judicial de la pena en  
Costa Rica.”

Elaborada por:

Luis Fernando Cruz Rojas  
B02018

2016



15 de febrero de 2016  
FD-AI-128-2016

Dr. Alfredo Chirino Sánchez  
Decano  
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: Luis Fernando Cruz Rojas, carné B02018 denominado: "La retórica en los aspectos manifiestos y latentes de la motivación judicial de la pena en Costa Rica" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

**Tribunal Examinador**

<b>Informante</b>	MSc. Jorge Olaso Álvarez
<b>Presidente</b>	LLM. Luis Alonso Salazar Rodríguez
<b>Secretario</b>	Lic. José Francisco Barth Jiménez
<b>Miembro</b>	Dr. Ricardo Salas Porras
<b>Miembro</b>	MSc. Miguel Zamora Acevedo

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **03 de marzo del 2016**, a las 6:00 p.m. en el quinto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras  
Director

lcv  
Cc: arch. expediente



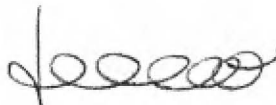
San José, 7 de febrero de 2016.

Doctor Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

El suscrito Jorge Olaso Álvarez, mayor, abogado, master, cédula de identidad número uno-setecientos veintiocho-ochocientos setenta y uno, en mi condición de profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y director de tesis titulada “La retórica en los aspectos manifiestos y latentes de la motivación judicial de la pena” elaborada por el alumno Luis Fernando Cruz Rojas, hago constar que apruebo dicho trabajo de tesis a fin de que el mismo sea defendido por el postulante. A continuación, procedo a exponer las razones por las que considero que el trabajo del estudiante cumple con los lineamientos establecidos. En primer término, en ella se cumplen los lineamientos establecidos con respecto a la justificación de la investigación, ya que el alumno señala a lo largo del trabajo las formulas retóricas desarrolladas en la doctrina y las concreta debidamente a fin de realizar un análisis crítico de los lineamientos que utilizan las personas juzgadoras para justificar la fijación de la pena en materia penal. Bajo esta perspectiva, recurriendo a la retórica de Perelman y su estudio en torno a los auditorios, el estudiante efectúa un análisis crítico muy valioso, que se complementa con el estudio de la motivación de la pena en dos casos muy sonados a nivel jurisprudencial y por parte de la prensa, para así concluir que esa justificación depende de los distintos auditorios que engloban nuestra sociedad. Es por esto que aprecio que el trabajo está listo para su defensa. Atentamente,



Jorge Olaso Álvarez  
Master en Derecho de Trabajo y Seguridad Social  
Director

San José, 4 de febrero de 2016

Señores:

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

En mi condición de lector del trabajo final de graduación "**La retórica en los aspectos manifiestos y latentes de la motivación judicial de la pena en Costa Rica**", elaborada por el estudiante Luis Fernando Cruz Rojas, carné B02018; les informo: que he leído dicho texto investigativo y considero que el mismo cumple con todos los requisitos de fondo y forma que se exigen por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Por tanto, otorgo mi aprobación para que esta tesis sea defendida en su fase de réplica ante el Tribunal Examinador correspondiente.

Cordialmente,



*Dr. Ricardo Salas Porras*

San José, 9 de febrero de 2016

Señor:

Dr. Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

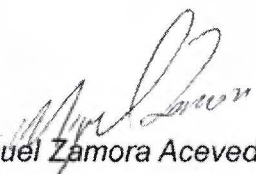
Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

En mi condición de lector del trabajo final de graduación **“La retórica en los aspectos manifiestos y latentes de la motivación judicial de la pena en Costa Rica”**, tesis elaborada por Luis Fernando Cruz Rojas, carné universitario B02018, informo que he leído el texto y considero que el mismo cumple con todos los requisitos que se exigen por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. De esta forma, apruebo que la tesis sea defendida ante un Tribunal Examinador conformado al efecto.

Atentamente,



Msc. Miguel Zamora Acevedo

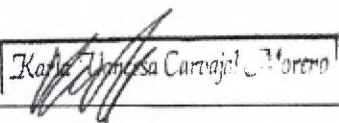
Lector

San José, 13 de febrero de 2016

Señores, Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho

Estimado señores:

Por este medio yo, Karla Vanessa Carvajal Moreno, mayor, casada, filóloga, miembro de la Asociación Costarricense de Filólogos, con el número de carné 0107, vecina de San Rafael de Heredia, portadora de la cédula de identidad número 1-1419-0920, hago constar que he revisado el trabajo final de graduación para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho denominado "La Retórica en los aspectos manifiestos y latentes de la motivación judicial de la pena en Costa Rica", sustentado por el estudiante Luis Fernando Cruz Rojas. De igual manera, se establece que se le han hecho las correcciones pertinentes en acentuación, ortografía, puntuación, concordancia gramatical y otras del campo filológico. También, hago constar que se han dado las recomendaciones pertinentes con respecto a las normas de citación y bibliografía, con lo que se da por un hecho que la estudiante las ha acatado. Quedo a la orden, en espera de que mi participación satisfaga los requerimientos de la Universidad de Costa Rica.



---

Bach. Karla Vanessa Carvajal Moreno  
1-1419-0920  
Carné 0107  
Filóloga

## **Dedicatoria**

A mis papás, Marielos Rojas y Luis Cruz; nunca les podré pagar tantas enseñanzas y esfuerzo.

## **Agradecimientos**

A todas las personas que me han ayudado en todo este proceso.

Especialmente;

A mis papás, por su apoyo y amor desinteresado.

Alexander Cruz por sus consejos y no dejar que me estancara cuando más lo necesitaba; Vivian Rodríguez, cuyo enorme auxilio en muchos aspectos ha sido fundamental, pero sobre todo por estar en mi vida; Juan Diego Salom, por mantenerme despierto todos estos años.

Los profesores Jorge Olaso, Ricardo Salas y Miguel Zamora, por sus valiosos aportes y observaciones durante este proceso investigativo. Asimismo, a todos los profesionales que contribuyeron con alguna idea o asistencia.

Finalmente, de forma abstracta pero no menos importante, a todos aquellos escritores, artistas o profesores que han despertado en mi la curiosidad intelectual. Los haya conocido o no, sus obras “iluminan” mis valoraciones.



## Epígrafes

“Ante la ley hay un guardián. Un campesino se presenta frente a este guardián, y solicita que le permita entrar en la Ley. Pero el guardián contesta que por ahora no puede dejarlo entrar. El hombre reflexiona y pregunta si más tarde lo dejarán entrar.

-Tal vez -dice el centinela- pero no por ahora.

La puerta que da a la Ley está abierta, como de costumbre; cuando el guardián se hace a un lado, el hombre se inclina para espiar. El guardián lo ve, se sonríe y le dice:

-Si tu deseo es tan grande haz la prueba de entrar a pesar de mi prohibición. Pero recuerda que soy poderoso. Y sólo soy el último de los guardianes. Entre salón y salón también hay guardianes, cada uno más poderoso que el otro. Ya el tercer guardián es tan terrible que no puedo mirarlo siquiera.

El campesino no había previsto estas dificultades; la Ley debería ser siempre accesible para todos, piensa, pero al fijarse en el guardián, con su abrigo de pieles, su nariz grande y aguileña, su barba negra de tártaro, rala y negra, decide que le conviene más esperar. El guardián le da un escabel y le permite sentarse a un costado de la puerta.

Allí espera días y años. Intenta infinitas veces entrar y fatiga al guardián con sus súplicas. Con frecuencia el guardián conversa brevemente con él, le hace preguntas sobre su país y sobre muchas otras cosas; pero son preguntas indiferentes, como las de los grandes señores, y, finalmente siempre le repite que no puede dejarlo entrar. El hombre, que se ha provisto de muchas cosas para el viaje, sacrifica todo, por valioso que sea, para sobornar al guardián. Este acepta todo, en efecto, pero le dice:

-Lo acepto para que no creas que has omitido ningún esfuerzo.

Durante esos largos años, el hombre observa casi continuamente al guardián: se olvida de los otros y le parece que éste es el único obstáculo que lo separa de la Ley. Maldice su mala suerte, durante los primeros años audazmente y en voz alta; más tarde, a medida que envejece, sólo murmura para sí. Retorna a la infancia, y como en su cuidadosa y larga contemplación del guardián ha llegado a conocer hasta las pulgas de su cuello de piel, también suplica a las pulgas que lo ayuden y convezan al guardián. Finalmente, su vista se debilita, y ya no sabe si realmente hay menos luz, o si sólo lo engañan sus ojos. Pero en medio de la oscuridad distingue un resplandor, que surge inextinguible de la puerta de la Ley. Ya le queda poco tiempo de vida. Antes de morir, todas las experiencias de esos largos años se confunden en su mente en una sola pregunta, que hasta ahora no ha formulado. Hace señas al guardián para que se acerque, ya que el rigor de la muerte comienza a endurecer su cuerpo. El guardián se ve obligado a agacharse mucho para hablar con él, porque la disparidad de estaturas entre ambos ha aumentado bastante con el tiempo, para desmedro del campesino.

-¿Qué quieres saber ahora? -pregunta el guardián-. Eres insaciable.

-Todos se esfuerzan por llegar a la Ley -dice el hombre-; ¿cómo es posible entonces que durante tantos años nadie más que yo pretendiera entrar?

El guardián comprende que el hombre está por morir, y para que sus desfallecientes sentidos perciban sus palabras, le dice junto al oído con voz atronadora:

-Nadie podía pretenderlo porque esta entrada era solamente para ti. Ahora voy a cerrarla.

FIN”

“Ante La Ley”

-Franz Kafka

“En nuestra sociedad, un hombre que no llora en el funeral de su propia madre corre el peligro de ser sentenciado a muerte...”

“El Extranjero”

-Albert Camus

“El último paso de la razón es admitir que hay una infinidad de cosas que la sobrepasan.”

-Blaise Pascal

“Por lo tanto, la condición fundamental sobre la cual descansa la responsabilidad moral del hombre es, entonces, la aseidad; es decir, que él mismo sea su propia obra.”

-Arthur Schopenhauer

## Índice general

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos .....	ii
Epígrafes .....	iii
Resumen .....	vii
Ficha Bibliográfica.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	1
Justificación.....	3
Estudio preliminar:.....	7
La relación retórica-derecho y la motivación judicial de la pena en costa rica en el estado del conocimiento actual.....	7
Delimitación del problema .....	13
Hipótesis .....	14
Objetivos .....	14
Metodología .....	15
PRIMERA PARTE: HERRAMIENTAS ANALÍTICAS.....	18
SECCIÓN PRIMERA: RETÓRICA.....	18
A) La retórica aristotélica.....	18
B) Los estudios de Roland Barthes hacia una comprensión de la Retórica.....	21
C) La Nueva Retórica.....	22
D) Precisiones sobre el concepto de «Auditorio».....	24
E) ¿Se puede construir un auditorio?.....	25
F) Persuadir y Convencer .....	27
G) Las Técnicas Argumentativas.....	32
SECCIÓN SEGUNDA: ELEMENTOS BÁSICOS DEL LENGUAJE Y DE LOS DISCURSOS JURÍDICOS.....	39
A) Naturaleza del lenguaje.....	39
B) Algunos problemas que surgen de la no-comprensión de la naturaleza del lenguaje.....	43
C) Particularidades del lenguaje jurídico .....	47
D) Fundamentación Jurídica en el discurso de las juezas y los jueces. ....	51
SECCIÓN TERCERA: FUNCIONES MANIFIESTAS Y LATENTES EN LAS ARGUMENTACIONES RETÓRICAS .....	58
A) El Funcionalismo Estructural como paradigma sociológico y la reformulación de Robert Merton.....	58
B) Funciones Manifiestas y Funciones Latentes .....	59
SEGUNDA PARTE: MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN COSTA RICA (ANÁLISIS META-TEÓRICO PROPOSITIVO DEL TEMA).....	63

SECCIÓN PRIMERA: CONTEXTO DE LA MOTIVACIÓN DE LA PENA. ....	63
A) ¿Qué significa motivar una pena? .....	63
B) Factores que influyen en el contexto de la motivación de la pena en Costa Rica. ....	65
C) Aspectos dogmático-penales de la Motivación de la Pena en Costa Rica: Una evaluación crítica del tema. ....	70
SECCIÓN SEGUNDA: LA RETÓRICA EN LOS ASPECTOS MANIFIESTOS Y LATENTES DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (ANÁLISIS Y EXPOSICIÓN DE CASOS) .....	80
A) «Los Auditorios» de la Motivación de la Pena. ....	80
B) Los aspectos manifiestos y latentes de la motivación judicial de la pena. ....	85
C) Análisis y exposición de sentencias. ....	93
CONCLUSIONES GENERALES.....	116
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	123

# Resumen

## **Introducción y Justificación:**

La imposición legal de motivar la cuantificación de la pena se encuentra, en nuestro país, en el artículo 71 del Código Penal. El mismo establece una serie de parámetros que el juez o la jueza deben tomar en cuenta en su justificación de la pena (“atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe” dicta el artículo). Además, la jurisprudencia se ha referido a una serie de principios que no están en la norma citada, pero que deben ser tomados en cuenta. A pesar de lo anterior, hay grandes dificultades para las juezas y los jueces de realizar esta actividad. Los parámetros que establece la norma son indeterminados, ambiguos y vagos. Sin olvidar la presión que se tiene por parte de varios actores y circunstancias.

Una aproximación realista a ese problema es demostrar que en muchos de esos discursos sobre la pena, hay intenciones o funciones no manifiestas que se esconden a través de argumentaciones retóricas. Por tanto, parte del problema no está en lo que dicen las juezas y los jueces, sino en lo que esconden o dejan de decir detrás de sus argumentaciones. Lo cual involucra la obligación ética de hacer explícitos los motivos reales por los que se impone una pena, debido a que dicha imposición admite varias soluciones, por ser una actividad eminentemente valorativa. El destinatario de la pena es quien sufre las consecuencias y debe saber por cuales razones se le fijo tal determinada sanción.

## **Hipótesis:**

Los estudios sobre retórica y lenguaje, en el discurso de la motivación de la pena, permiten una comprensión o explicación de los aspectos, funciones o intenciones que están manifiestas o explícitos, pero también los que se encuentran latentes u ocultos, en los argumentos de las y los jueces penales en Costa Rica.

## **Objetivo General:**

Comprender aquellos aspectos, funciones o intenciones que están manifiestas, pero también los que se encuentran latentes, en los discursos de motivación de la pena en Costa

Rica. Lo anterior a partir de los estudios sobre retórica de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca y otros estudios.

### **Metodología:**

Se utiliza, mayoritariamente, la Técnica de procesar información bibliográfica, por lo que se descarta, por el momento, el uso de recolección de información de campo. Y dicha información será procesada, exclusivamente, mediante los métodos CUALITATIVOS (por lo que se prescinde totalmente del método cuantitativo).

### **Conclusiones Generales:**

El estudio de auditorios en el sentido de la *“Nueva Retórica”*, ayudaron a comprender que existen particularidades específicas de la motivación de la pena, en la cual unas funciones manifiestas son inesperadas por otras. Además, se comprende que en algunos casos, debido a sus condiciones especiales, las juezas y los jueces no necesariamente construyen un “auditorio particular”, sino que argumentan a una razón o unas “condiciones objetivas” compartidas por los sujetos que intentan convencer. El análisis filosófico y sociológico desplegado, ayudan a la comprensión de cuestiones que están explícitas y son publicitadas porque se trata de los aspectos que refuerzan un determinado sistema ideológico que promueve una cierta racionalidad. Pero también aquellos aspectos que no están publicitados, porque son contrarios a esa ideología e inesperados por la misma.

Por otro lado, se puede mencionar que el artículo 71 del Código Penal que impone los “parámetros objetivos” que los jueces y las juezas deben tomar en cuenta en este apartado de la sentencia, no se trata más que de una serie de términos indeterminados que no le ayudan a determinar cuál es la pena adecuada para un caso específico. No obstante, la conclusión final, lejos de ser pesimista, está dotada de un optimismo idealista: el juez o la jueza pueden dirigir su motivación de la pena hacia el imputado o la imputada, porque es esta persona a quien va correctamente dirigida y necesita saber con claridad los aspectos que se le reprochan y no encontrarse con cuestiones que están totalmente fuera de su control. La tesis pretende devolver la responsabilidad de la motivación de la pena a quien siempre la ha tenido, es decir, al juzgador penal. Se propone una ética de adoptar una responsabilidad personal de las sentencias.

## **Ficha Bibliográfica**

Cruz Rojas, Luis Fernando. La retórica en los aspectos manifiestos y latentes de la motivación judicial de la pena. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2016. ix y 128.

Director: Msc. Jorge Olaso Álvarez

Palabras Claves: Retórica, Auditorio, Filosofía del Derecho, Lenguaje Jurídico, Funciones manifiestas y funciones latentes, Derecho Penal, Motivación judicial de la pena.

## INTRODUCCIÓN

Cuando un juez o una jueza penal imponen una pena en su sentencia, debe individualizarla. Lo anterior significa que tiene una responsabilidad que no puede evitar que se centra en determinar la pena asignada en el tipo específico, además de motivar la misma. El ejercicio en cuestión requiere estos dos elementos: la cuantificación y su justificación o motivación.

La imposición legal de motivar la cuantificación de la pena se encuentra en Costa Rica en el artículo 71 del Código Penal. El mismo establece una serie de parámetros que el juez o jueza debe tomar en cuenta en su justificación de la pena («atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe» dicta el artículo). Además, la jurisprudencia se ha referido a una serie de principios que no están en la norma citada (legalidad, proporcionalidad, no rebasamiento de la culpabilidad, entre otros), pero deben ser tomados en cuenta<sup>1</sup>.

A pesar de lo anterior, hay grandes dificultades para las y los jueces de realizar esta actividad. Entre los problemas que pueden encontrar en esta actividad, se puede enumerar que los parámetros que establece la norma son indeterminados, ambiguos y vagos. Los principios a los que se refiere la jurisprudencia no son conocidos y aplicados por las y los jueces, incluso, esos principios “pecan” también de ser muy abiertos. Sin olvidar la presión que se tiene por parte de varios actores y circunstancias y que puede afectar su trabajo. Aunque, también, se podría considerar la escasa preparación académica y argumentativa que tienen muchos jueces y juezas.

La dogmática penal sólo se encarga de producir normas y principios que deben regir en la labor de las y los jueces, pero que estos no pueden dejar de aplicar, bajo todas las circunstancias descritas. Todo lo anterior provoca que, en muchos casos, la argumentación judicial sobre la motivación de la pena se convierta en un campo oscuro (más que en otras etapas de la sentencia), donde se revuelven, sin ningún orden, prejuicios y razonamientos incoherentes de todo tipo y se recurra a diversas fórmulas retóricas cargadas de falacias y

---

<sup>1</sup> Para una recopilación sistematizada sobre las sentencias más importantes y que han establecido dichos principios, puede consultarse: “Yamura Valenciano Jiménez, “Individualización Judicial de la pena”. Revista Defensa Pública. Nº 3, (octubre, 2003): 191-204. [http://www.costarricense.cr/pagina/revistadefensa\\_publica/](http://www.costarricense.cr/pagina/revistadefensa_publica/) (Accesado 4 mayo, 2015).



otros mecanismos de persuasión. Lo anterior constituye, en la cabeza del operador, una verdadera «magia verbal» al pensarse que una vez citadas dichas fórmulas la sentencia ya está debidamente fundamentada.

La persuasión que se intenta lograr por parte de las y los jueces termina, en los peores casos, envolviendo a todos los actores del proceso penal, tanto las y los recurrentes como a quienes les toca resolver recursos, en una especie de paradoja, la cual consiste en que, por la ilegible motivación de la pena de muchos casos, las sentencias de las y los jueces terminan siendo recurridas; aun así, el contenido es tan ambiguo y lleno de fórmulas retóricas que, quien quiere apelar, no sabe con exactitud cuáles son los aspectos que le están reprochando al imputado o imputada.

Por tanto, parte del problema no está en lo que se dice, sino en lo escondido detrás de sus argumentaciones. Lo cual involucra la obligación ética de hacer explícitos los motivos reales por los que se impone una pena, debido a que la misma puede generar varias soluciones (recuérdese que es una actividad eminentemente valorativa). El destinatario de la pena es quien sufre las consecuencias y, en esa medida, debe saber por cuáles razones se le fijó determinada sanción.

A consecuencia de la problemática, se han propuesto diversas soluciones que pueden considerarse superficiales: desde reformas legislativas, hasta cierta proliferación de que las teorías de la argumentación supuestamente vendrían a resolver todos estos problemas. Con base en lo anterior, lo primordial (de aquí radica el valor de la investigación) es observar la problemática con el mayor realismo posible para discernir, mediante un análisis descriptivo, cuáles son los principales obstáculos que se dan en la materia.

Una aproximación realista a ese problema es demostrar que en muchos de esos discursos sobre la pena, hay intenciones o funciones no manifiestas que se esconden a través de argumentaciones retóricas. Con este punto como fin, primero se debe tener una base teórico-descriptiva sobre cómo funciona la retórica (tipos de auditorios, funciones de estos, técnicas argumentativas, entre otros).

## Justificación

El propósito de esta investigación, a partir especialmente de los estudios sobre retórica de Perelman y con ayuda en menor medida de otros autores que se refieran a la dinámica del lenguaje en el derecho<sup>2</sup>, es proponer un marco analítico sobre las principales fórmulas retóricas que se utilizan en los estratos judiciales. Lo anterior, para determinar si se pueden comprender los aspectos manifiestos de esas argumentaciones y extraer los que no están formulados o explícitos.

La pregunta principal por contestar es: ¿Por qué utilizar los estudios sobre retórica de Perelman como marco de análisis? ¿Por qué no las teorías de la argumentación jurídica? El exponente español de la nueva teoría de la argumentación jurídica, Manuel Atienza, sin saberlo contestó la segunda interrogante en su libro de 1991 *Las Razones del Derecho*. Al respecto, él expresó,

(...) A continuación, en los tres siguientes capítulos, se examinaron diversas concepciones surgidas en los años 50 (la tónica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin) que, aun difiriendo entre sí en diversos extremos (como por ejemplo, en relación con su alcance aparato analítico, etc.), tienen, sin embargo, algo en común: el rechazo del modelo de la lógica deductiva. Como hemos visto, estos autores no tratan simplemente de mostrar que la concepción lógica deductiva tiene sus límites (lo que sin duda debe haber quedado claro después del capítulo primero), sino que afirman además que pretender reconstruir la argumentación jurídica a partir de ahí es equivocado, o cuando menos, de muy escaso valor.

Sin embargo, y por las razones que ya se han expuesto, no parece que ninguna de las tres concepciones pueda aceptarse sin más como una teoría satisfactoria de la argumentación jurídica. Todas ellas contienen desde luego, elementos relevantes –el grado del interés, en mi opinión, coincide precisamente con el orden de la exposición–, pero son todavía insuficientemente complejas, o al menos, no suficientemente desarrolladas. Su papel fundamental consiste sobretodo en haber abierto un nuevo (o relativamente nuevo) campo de investigación, en haber servido como precursoras de las actuales teorías de la argumentación jurídica.

Durante las dos últimas décadas, en efecto, los estudios sobre la argumentación jurídica –y sobre la argumentación en general– han conocido un gran desarrollo (Neuman, 1986, pág.1), hasta el punto de que este campo constituye, sin duda, uno de los principales centros de interés de la actual teoría y filosofía del Derecho (1). En cierto modo, la teoría de la argumentación jurídica viene a ser la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico.

De entre las diversas teorías que han aparecido en estos últimos años, dos de ellas – las elaboradas por Neil MacCormick y Robert Alexy– son en mi opinión, las que tienen un

---

<sup>2</sup> No pretende ser esta investigación ningún tratado sobre filosofía del derecho o axiología jurídica. Tampoco se resumirán las principales posiciones que se han sostenido sobre el lenguaje en el derecho. Solo se utilizarán otros estudios, en aspectos específicos donde sea valioso su aporte, pero utilizando como marco general a Perelman.

mayor interés y quizás también las que han sido más discutidas y han alcanzado una mayor difusión. En este capítulo y en el próximo me ocuparé, respectivamente, de estas dos concepciones que, de alguna manera, vienen a constituir la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica.<sup>3</sup>

Además señala Atienza en el mismo libro citado:

(...) La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, estos es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas; se trata por tanto de teorías (como las de Alexy y MacCormick de las que se tratará en capítulos sucesivos) que pretenden demostrar no únicamente como se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (y al mismo tiempo pues, según ellos, en general, ambos planos coinciden) cómo se deberían justificar.<sup>4</sup>

Tomando en cuenta lo expresado por Atienza, queda claro que las teorías de la argumentación proponen una técnica o una forma en que las decisiones judiciales se deberían fundamentar;<sup>5</sup> Sin embargo, las consecuencias y dimensiones de tales no competen al presente estudio. Incluso las proposiciones de Perelman sobre el tema de la “racionalidad” se enmarcarían en una dimensión distinta de lo que se desea aprovechar de su trabajo. En efecto, esa función prescriptiva de las “Teorías de la Argumentación” no es útil en la presente investigación.

Dicho de otra manera, está muy lejos de ser el objeto de dicha investigación la discusión acerca de la corrección o incorrección de ciertos argumentos o si estos pueden alcanzar una “racionalidad” dependiendo de su formulación. Lo que sí compete son las argumentaciones que se dan en la realidad judicial de Costa Rica; también, tanto las recurrentes fórmulas y técnicas retóricas que se utilizan como los discursos que se dan en la motivación de la pena.

Lo que se pretende, por otro lado, es construir un marco para el análisis descriptivo de fórmulas y argumentos retóricos. Y siendo esta disciplina el énfasis especial, se deben descartar los análisis de las teorías de la argumentación jurídica, lógica jurídica, heurística jurídica y cualquier teoría sistematizada que pretenda prescribir formas de argumentar en el

---

<sup>3</sup> Manuel Atienza, «Las Razones del Derecho». *Teorías de la Argumentación Jurídica*. (España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 131 y 132.

<sup>4</sup> *Ibidem*. 24 y 25

<sup>5</sup> Para una crítica sobre estas teorías: Pedro Haba, «Debate sobre Teoría de la Argumentación: Avatares de lo “Racional” y lo “Razonable”, cuando son eximidos de tener carnet de identidad (como también sobre unos ecos, en Teoría del Derecho, de la perenne dicotomía entre el “El científico y el político”)». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 14, (enero-diciembre, 2011): 239-316. Accesado 20 de abril, 2015. <http://www.rtfed.es/numero14/10-14.pdf>

derecho (muy a pesar de que algunos de esos autores hayan hecho aportes valiosos a la comprensión del discurso jurídico). Debido a la orientación de esta investigación, la tónica de Viehweg o la lógica informal de Toulmin también son de previo descartadas. Al menos como bibliografía fundamental o marco conceptual.

Con respecto a la primera pregunta hecha anteriormente, queda decir que el *Tratado de la argumentación* de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca es un compendio de argumentos y técnicas retóricas, que se utilizan en la vida cotidiana y en diferentes campos o disciplinas. El aporte de la «nueva retórica» es precisamente revivir la tradición aristotélica de la retórica como «meta-lenguaje» (más que como «arte de hablar») del discurso y la persuasión.

En este apartado no se hará un resumen exhaustivo de los trabajos de Perelman<sup>6</sup>. Bastará con mencionar, por el momento, que su teoría de la argumentación a partir de la retórica es muy amplia y rica en ejemplos, además de útil para los efectos que se ocupan, por cuanto establece diversas categorías y clasificaciones para comprender los discursos que se dan en las disciplinas donde no impera la demostración o la deducción lógica. Su concepto de “auditorio” será básico en esta tesis. La nueva retórica constituye hasta hoy uno de los tratados sobre retórica (sino el más) más importantes del mundo contemporáneo. Recuérdese que sólo se utilizará su tratado en lo que el mismo sea útil para los fines que se desean, como al hacer algunas de sus apreciaciones más realistas sobre la retórica de los sujetos que argumentan en las «ciencias humanas», donde pertenece el Derecho.

De igual manera, se rescata la crítica de Pedro Haba<sup>7</sup> al autor citado como un «conformista» y «conservador» de la teoría jurídica. En el sentido de que su formulación de la racionalidad a partir de la nueva retórica es una estrategia de inmunización para obviar que la misma pretende conservar un *status quo* en el derecho del que él mismo admite hacer cierta *apologética*. Ya que Perelman, menciona Haba, hace una descripción “acrítica” de lo que ocurre en la práctica jurídica, en el sentido de que justifica esta como una tradición en la metodología de los juristas.

---

<sup>6</sup> Más apreciaciones sobre esta teoría, en los antecedentes y el marco teórico de este proyecto.

<sup>7</sup> Enrique Pedro Haba, “Racionalidad y Método para el Derecho. ¿Es eso posible?”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 67, (1990): 169 a 243. Accesado 25 de abril, 2015. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/14843/14125>  
La crítica que realiza Pedro Haba se deriva de las páginas 177, 178 y luego de la 210 a la 214.

Cabe aclarar, de nuevo, que esta investigación no es una exaltación de las proposiciones filosóficas de Perelman ni tampoco una discusión sobre la validez de estas. Tampoco se trata de una discusión acerca de las principales críticas hechas por Pedro Haba (para eso es mejor leerle a él). Sólo se insiste que la tesis, al menos dentro de sus limitaciones, si procura tener un contenido crítico, por querer evidenciar las principales dificultades prácticas (realistas) que presenta la motivación de la pena; además, se enfatizará en que dichos problemas no son nada fáciles de resolver, precisamente para que se dejen de proponer soluciones superficiales que no contribuyen a disipar el problema y más bien ayudan a “mitificarlo”.

Siguiendo la tradición aristotélica en esta investigación, es importante hacer los apuntes históricos necesarios para entender la evolución que ha alcanzado el concepto de retórica. No se tomará posición sobre si esta es conveniente o inconveniente en el mundo jurídico. Pero sí se consideró que la visión antigua (anterior a Aristóteles<sup>8</sup> y expresada por ciertos filósofos) que la retórica sólo es un arte no ético de seducir con las palabras, es engañosa y reduccionista.

La retórica debe ser abordada con la debida cautela y precisión. Incluso, si no se aceptara el argumento que la retórica y la dialéctica dominan exclusivamente en aquellos campos donde no se pueden realizar «deducciones lógicas», se consideran precisas las afirmaciones de Perelman que en ciertas «ciencias humanas», las y los operadores de dichas disciplinas, especialmente los juristas, generalmente no se valen de deducciones lógicas, sino de argumentaciones de tipo retórico (que muchas veces hacen pasar por lógicas) para inferir sus conclusiones sobre cierto objeto o estudio. En algunos casos, pese a su popularidad, el uso de la lógica formal como herramienta para fundamentar en estas áreas, resulta en un ejercicio inútil.

Finalmente, es de importancia recordar que este trabajo no es un estudio sobre dogmática jurídica penal o procesal penal, sino un análisis meta-teórico propositivo sobre un tema de la realidad judicial en la formulación de las sentencias penales en Costa Rica. Dicha proposición consiste en el marco de análisis que ayudará a observar con mayores herramientas de comprensión el discurso de la motivación de la pena.

---

<sup>8</sup> Sobre todo de Platón en contra de los Sofistas.

## Estudio preliminar:

### La relación retórica-derecho y la motivación judicial de la pena en costa rica en el estado del conocimiento actual.

Para iniciar las discusiones en torno a la retórica en el discurso jurídico en el estado de la cuestión actual se debe hacer referencia a la pequeña investigación de tinte sociológico realizada por Marta Poblet en Barcelona en 1998, llamada: *Las formas retóricas en el discurso jurídico. Una descripción etnográfica*<sup>9</sup>. En este trabajo se analizan dos cuestiones muy importantes para entender la realidad de la práctica judicial: 1) las formas retóricas de los discursos jurídico-judiciales. 2) las características particulares que pueden tener, dependiendo del contexto, y las cuestiones que ocurren alrededor de esos discursos, los cuales generalmente el usuario de la administración de justicia desconoce.

Una de las conclusiones de la autora es de gran influencia para la presente investigación, ya que toca uno de los puntos sensibles que se desea comprobar con este planteamiento:

Los “topoi”<sup>10</sup>, las frases hechas y las alocuciones en un discurso, por tanto, no explican por sí solos el proceso de toma de una decisión en una institución. Son tan sólo algunos de los múltiples elementos que crean el contexto de una decisión, ya sea evocando imágenes o bien atrayendo determinados modelos culturales. De cómo se opera todo este proceso, de cómo se estructura el discurso en profundidad y de las reglas que lo rigen se ignoran todavía muchos aspectos porque la comunicación también opera a múltiples niveles y es aquí, me parece, donde la pragmática comprende la retórica. **Si la retórica, como práctica o estrategia discursiva, tiende a fundamentar sus argumentos sobre la base de modelos o esquemas culturales que paradójicamente, tienen más fuerza cuando no necesitan ser dichos,** la pragmática tiene sentido como análisis el proceso múltiple (cognitivo, lingüístico y cultural) de construcción, expresión y comunicación del discurso por parte de un individuo en el contexto de la institución.<sup>11</sup>

La frase destacada se relaciona con la hipótesis aquí planteada, en el sentido que utilizar la retórica como marco de análisis para dilucidar los aspectos formulados y los no manifiestos en las argumentaciones de la motivación de la pena. Por otro lado, sobre el

---

<sup>9</sup> Marta Poblet, *Las formas retóricas en el discurso jurídico. Una descripción etnográfica* (Barcelona: Working Papes, 1998).

<sup>10</sup> El término se acuñó en la antigua Grecia y se refiere a una estrategia o método con el que un orador podía ganar el apoyo de su audiencia.

<sup>11</sup> Marta Poblet, *Las formas retóricas en el discurso jurídico. Una descripción etnográfica* (Barcelona: Working Papes, 1998), 21.

hecho de «esquemas culturales» que tienen más fuerza cuando se encuentran latentes, se utilizarán aquí algunos ejemplos propios, cuando se realice el estudio de casos prácticos.

En el artículo del año 2004 *Retórica, Racionalidad y Derecho*, Óscar Correas realiza una explanada sobre cómo se debe entender la noción de retórica en contraposición con la *exégesis jurídica* que ha dominado la dogmática del derecho en los últimos siglos. Correas hace una fuerte crítica a la idea que en los tribunales se trabaja con una «lógica racional». Lo anterior para resaltar los estudios de Aristóteles como un medio para comprender mejor las realidades que intenta regular el derecho. Su mayor aporte se centra en revivir un elemento de la filosofía aristotélica: la contraposición entre la «razón» y las «emociones». Estas últimas como el aspecto al que va dirigido el orador forense en su auditorio. Correas expresa que «mientras los abogados modernos - ¿sólo algunos? - buscan - ¿en el alma? - la racionalidad del discurso tribunalicio, Aristóteles estudia las pasiones a las cuales se dirige el orador forense». <sup>12</sup> Por último, finaliza diciendo,

Los juristas modernos le temen a la irracionalidad como algunas iglesias a la sexualidad. Buscadores de la racionalidad del derecho, son presas del irracional deseo de ver al logos incluso en el código civil, y, a veces, también en el penal. Apóstoles del orden, prefieren ver detrás de la ley, el rostro frío pero seguro de la razón, antes que la cara del poderoso. La lógica antes que la retórica. La argumentación jurídica racional antes que los intereses de la sociedad dividida en clases. Nunca sabremos si lo hacen por miedo o por la aparentemente indestructible alianza entre los abogados y el poder. <sup>13</sup>

Pedro Haba en su libro de *Axiología Jurídica Fundamental* <sup>14</sup>, recoge y analiza una importante cantidad de citas de autores (la mayoría dedicados a la Filosofía del Derecho), para poder discernir desde una perspectiva meta-valorativa entre los argumentos retóricos y proposiciones axiológicas que se encuentran en los discursos jurídicos. Aunque ciertamente el autor no hace un extenso análisis de los estudios de Perelman en relación a la motivación de las sentencias judiciales, sí lo cita en sus diferentes apuntes sobre el lenguaje y la “racionalidad”. Este texto, así como otros de Don Pedro Haba, son un referente bibliográfico esencial, precisamente por las precisiones que realiza con respecto a la naturaleza del lenguaje y sus sendas críticas al discurso jurídico que intenta probar la esencia o existencia de los valores jurídicos.

---

<sup>12</sup> Óscar Correas, “Retórica, Racionalidad y Derecho”. *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia* Nº 4, (julio-diciembre, 2004): 29-40. Accesado 2 de mayo, 2015. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/4/pjn/pjn4.pdf>

<sup>13</sup> *Ibidem* 40

<sup>14</sup> Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica Fundamental -bases de valoración en el discurso jurídico-*. (San José: Editorial EUCR, 2004)

En el 2011 la discusión en cuanto a las implicaciones de la retórica en el derecho toma una dirección más explicativa. Gerardo Ribeiro Toral se refiere al concepto de «actos de habla», enmarcando aquí a la retórica:

Desde la concepción retórica que sostengo, se recupera la perspectiva pragmática del lenguaje como actos de habla, pero a ello abonamos que la palabra no nombra los objetos sino que los evoca. La palabra no nombra los objetos porque no hay una relación de pertinencia entre la palabra (significado) y el objeto, sino, más bien, existe una evocación que refiere la relación entre el significado y los múltiples objetos posibles de ser designados.<sup>15</sup>

En este artículo propone que la escritura en la argumentación jurídica se separa de su referente y constituye en sí misma un conjunto autónomo de signos (argumentos), mientras que el *discurso jurídico* es otro distinto. Por tanto, son signos hablando de signos, esta división paradigmática entre las formas lingüísticas y el discurso jurídico es básica para entender que en la realidad judicial se dan distintos planos de argumentación; es decir, no es lo mismo la retórica utilizada por las y los jueces, que por los litigantes. Lo anterior, se hace manifiesto en la siguiente frase:

Las partes en el proceso legal ofrecen soluciones distintas para resolver el caso, pero ello no significa que una de estas argumentaciones sea correcta (y por lo tanto legal), o que las otras sean argumentaciones incorrectas (y por lo tanto no son legales). Lo que en verdad ocurre es que las partes construyen los hechos y construyen el sentido de las normas de manera diferente porque, en primer lugar, la materialidad de la ley es el lenguaje y, por ello, no hay relación directa entre el signo lingüístico y el objeto nombrado (solo hay evocaciones). Los hechos son interpretaciones, por consiguiente, son construcciones personales." (...) Las argumentaciones de las partes en el juicio siempre son inconmensurables porque las partes "viven" en mundos diferentes, porque construyen mundos diferentes.<sup>16</sup>

Aquí, el autor incluso propone algunas de las ideas del gran pensador Thomas Kuhn para establecer que los discursos jurídicos en un proceso judicial son «paradigmas inconmensurables», al responder cada uno a intereses distintos. Así, este explica cómo el juez o la jueza en un proceso eligen o reconstruyen el paradigma de algunas de las partes, pero que esto es un ejercicio eminentemente retórico y las alusiones que hace a principios o normas son sólo de carácter institucional (para cumplir unos requisitos formales).

Más tarde, la jurista mexicana Graciela Fernández en el 2011 propone las distintas formas de argumentación que se pueden recoger desde Aristóteles, además de adherir uno

---

<sup>15</sup> Gerardo Ribeiro, "Retórica Jurídica." *Revista Acta Universitaria*. Vol. 22. Nº 1, (enero-febrero 2012): 26-34. Accesado 3 mayo, 2015. <http://www.actauniversitaria.ugto.mx/index.php/acta/article/viewFile/308/284>

<sup>16</sup> *Ibidem* 29



o más ejemplos para cada una<sup>17</sup>. Con respecto a la «argumentación retórica» (como ella le llama), define que su característica principal son los *entimemas* y que dicha formulación es más corta y expresiva para atraer a un auditorio menos especializado. Estas afirmaciones claramente se basan en Aristóteles y no son lo que ha estipulado la retórica moderna (considerada para cualquier tipo de auditorio). El valor en el texto de la autora radica en los diversos aportes y ejemplos judiciales de argumentación de los jueces, demostrando las relaciones entre retórica y derecho.

Un año después el profesor de Filología y Derecho, Henry Campos, realiza un artículo llamado *El valor argumentativo de las figuras retóricas*. Campos, primeramente establece una definición de «figuras retóricas» (a las cuales se hará referencia y que Perelman también rescata). El artículo es importante porque esas figuras habían sido vistas sólo como una especie de herramienta literaria para alcanzar fines estilísticos; no obstante, el autor hace énfasis en sus diversas funciones y, sobre todo, en su naturaleza argumentativa. Este incluso propone que una figura retórica puede ser en sí misma un argumento.<sup>18</sup>

En el «Curso de Argumentación Jurídica»<sup>19</sup>, Manuel Atienza dispone una extensa explanada de ejemplos y situaciones en que los abogados utilizan la retórica en sus argumentaciones y la ubica dentro de la perspectiva pragmática de su teoría “unificadora” de la argumentación jurídica. El libro responde a tres preguntas: ¿Cómo analizar una argumentación?, ¿cómo evaluarla? y ¿cómo argumentar?

Finalmente, en el pasado año 2014 un pequeño artículo en una revista mexicana elaborado por Francisco Javier Dorantes-Díaz, analizó la importancia de revivir la retórica (no en los términos peyorativos que se ha hecho antes), sino como parámetro para mejorar la práctica judicial. Así afirma el autor:

Después de la Segunda Guerra Mundial, ante las consecuencias de la aplicación del derecho de forma positivista, se busca que en la interpretación y aplicación de la ley se dé prioridad tanto a la norma como a las soluciones equitativas, razonables y aceptables (Perelman, 1979). Estas modificaciones han llevado a que, en la actualidad, los jueces tengan una

---

<sup>17</sup> Graciela Fernández Ruiz, “Una Mirada a la Argumentación Jurídica desde la Lógica Aristotélica”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Nº 126, (setiembre-diciembre, 2011): 13-34. Accesado 8 mayo, 2015.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13254/12558>

<sup>18</sup> Henry Campos Vargas, “El valor argumentativo de las figuras retóricas. Primera parte.” *Revista de Ciencias Económicas*. Vol 30. Nº 1, (Primer Semestre, 2012): 500-506. Accesado 2 de mayo, 2015. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/economicas/article/view/7013/6698>

<sup>19</sup> Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*. (España: Editorial Trotta, 2013)

mayor responsabilidad en la forma en que motivan sus decisiones jurídicas. La base de la argumentación ya no sólo es la ley, sino la utilización de principios del derecho o de otros tópicos jurídicos.<sup>20</sup>

Cabe aclarar que dicha discusión no es de interés en la presente tesis, pero el artículo sí apunta a una cuestión que es de suma importancia: la motivación de las resoluciones judiciales es una tarea cada vez más complicada, no solo por la creación de nuevos principios y normas, sino también por los diversos escenarios a los que se enfrentan las y los jueces.

En el tema de la motivación de la individualización judicial de la pena existen dos tesis realizadas en la Universidad Costa Rica. La primera de las anteriores es la tesis de Licenciatura de Yamura Valenciano Jiménez, *La Individualización Judicial de la Pena*,<sup>21</sup> en la cual se abarca de forma extensa casi todos los aspectos relacionados con el objeto de investigación, desde la pena como fenómeno, la génesis histórica de la misma, las teorías de la pena, el deber de fundamentarlas y su contenido, el concepto y función de la individualización de las penas, hasta una comprensión de los principios que no están contenidos en normas y rigen la materia. Este trabajo finaliza con un análisis teórico y práctico (con un vasto trabajo de campo) del artículo 71 del Código Penal y su aplicación en Costa Rica.

La tesis mencionada es valiosa porque que señala la importancia jurídico-dogmática de fundamentar la imposición de una pena, además de dar una explanada sobre los principales principios que son básicos en este tema y que han sido establecidos por la jurisprudencia (proporcionalidad, culpabilidad, no rebasamiento de la pena) y, también, algunas de las dificultades que se presentan a la hora de hacer todo esto.

Casi un año más tarde, pero en el campo del estudio universitario de posgrado, dos estudiantes de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica brindaron una tesis<sup>22</sup> que abarca mayoritariamente, al igual que la anterior, aspectos teóricos sobre la fundamentación y teorías de la pena, además de un análisis más a fondo sobre el artículo 71

---

<sup>20</sup> Francisco Javier Dorantes-Díaz, "Retórica y Derecho hoy". *Revista La Colmena*. Nº 81. (enero-marzo, 2014): 23-28. Accedido 28 abril, 2015. [http://www.uaemex.mx/plin/colmena/Colmena\\_81/docs/Retorica\\_y\\_derecho\\_hoy.pdf](http://www.uaemex.mx/plin/colmena/Colmena_81/docs/Retorica_y_derecho_hoy.pdf)

<sup>21</sup> Yamura Valenciano Jiménez, *La Individualización Judicial de la Pena*. Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Octubre, 2002.

<sup>22</sup> José Arnoldo González Castro y Didier Mora Calvo, *La Fundamentación de la Individualización de la Pena Privativa de Libertad*. Tesis de graduación para optar por el grado de Máster en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica. Junio, 2003.

del Código Penal y sus incisos, y un amplio estudio de campo sobre cómo resuelven, un grupo determinado de juzgados y tribunales, este aspecto de la sentencia penal. En ambas tesis se encuentran denominadores comunes:

- Ambas parten de la importancia, necesidad y obligatoriedad de fundamentar la individualización de la pena. También, en ambas, se concluye que esta obligación de las y los jueces penales no debe hacerse de forma arbitraria.
- Las dos son bastas en explicar cuáles son los principios normativos y no normativos que rigen en esta materia, además de los parámetros del artículo 71 del Código Penal.
- En sus trabajos respectivos de campo confirman que las juezas y los jueces tienen dificultades en esta labor y demuestran cómo la fundamentación muchas veces fluctúa entre frases vacías y valoraciones extra-jurídicas que nada tienen que ver con los casos (mayor aporte para la presente investigación).
- Los autores consideran que existe una importancia en el análisis de las teorías de la pena como parámetros ideológicos (introduciendo alguna reflexión sobre política criminal) para que las y los jueces lleguen a la individualización de la pena en la sentencia.

Finalmente, sobre este tema hay que señalar el trabajo de los costarricenses José Manuel Arroyo Gutiérrez y Alexander Rodríguez Campos en el libro: *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Pena*<sup>23</sup>, en el cual parten de la obligación general de la motivación del razonamiento judicial como obligación democrática y legal. A partir de aquí se analizan diferentes actos judiciales que deben estar motivados y sus dificultades. La importancia de esta referencia es debido a que hace un apartado a la motivación de la pena en la sentencia penal, sus particularidades y dificultades, e interpreta los elementos que el artículo 71 del Código Penal de Costa Rica exige para una fundamentación legal de la pena.

En las tesis y el libro anterior, los autores realizan algunas conclusiones realistas y otras de tipo normativo y se señalan algunos problemas importantes que suceden en la práctica; sin embargo, ninguna realiza el enfoque metavalorativo-desmitificador que se hará en la presente investigación que centra el análisis en los aspectos estrictamente descriptivos del problema de la motivación de la pena.

---

<sup>23</sup> José Manuel Arroyo Gutiérrez y Alexander Rodríguez Campos, *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Pena*. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2002).

## **Delimitación del problema**

### **Problema general**

Existen aspectos o funciones latentes en la motivación de la pena, las cuales no se declaran, pero pueden terminar siendo más determinantes que las que sí se ponen de manifiesto. Dicho encubrimiento se hace, muchas veces, a través de argumentaciones retóricas de varios tipos, que involucran frases vacías cargadas de conceptos indeterminados, afirmaciones basadas en parámetros intuitivos de las y los jueces sobre su experiencia vital, apelaciones a unos supuestos valores culturales respetados y otras consideraciones de corte ideológico.

La obligación legal de fundamentar las resoluciones judiciales, junto con el hecho de que no existen formas lógicas o parámetros inequívocos de determinación para demostrar que una persona merezca «A» y no «X» pena, indica que esta es una actividad eminentemente valorativa y por tanto acepta otras soluciones.

El problema que se presenta con no mostrar los motivos reales por los que se impone una pena y esconderla detrás de este tipo de argumentaciones retóricas, es de orden ético. Si en la toma de decisión de las y los jueces existían otras múltiples opciones de solución, la que sea escogida debe explicitarse, para que la persona a quien va dirigida idealmente la sentencia pueda entender porque se le impuso una sanción y no otra. Lo anterior es debido a que es el condenado o condenada quien va a sufrir las consecuencias práctico-reales de una sanción penal, que en la mayoría de los casos son nefastas.

Es pertinente visualizar el problema de esta forma, puesto que en el fondo no se trata de la corrección o no de los argumentos, tampoco de una falta de reforma legislativa, sino de la posibilidad que otorga el lenguaje y la retórica para que las y los jueces puedan esconder sus verdaderos motivos por medio de expresiones indefinidas e imprecisas, dejando en cierto desamparo al destinatario o destinataria final del poder punitivo del Estado.

### **Preguntas específicas surgidas del problema general:**

- ¿Es posible llegar a comprender aspectos, intenciones o funciones que pueden encontrarse latentes o escondidas en algunos de los principales argumentos que utilizan los jueces penales al motivar una pena en Costa Rica?

- ¿Los motivos latentes pueden presentarse en formas objetivas no conocidas por quienes emiten los discursos?
- ¿Pueden utilizarse los estudios sobre retórica de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca de una forma exclusivamente descriptiva, para proponer el marco de análisis?
- ¿Cuáles son los alcances de ese marco de análisis en esta investigación?

### **Hipótesis**

Los estudios sobre retórica y lenguaje, en el discurso de la motivación de la pena, permiten una comprensión o explicación de los aspectos, funciones o intenciones que están manifiestas, pero también los que se encuentran latentes en los argumentos de las y los jueces penales en Costa Rica.

### **Objetivos**

La teoría que se utilizó en la formulación de los objetivos es la del libro *Cómo diseñar una investigación académica* de Jorge Ramírez Caró.<sup>24</sup> En dicho libro el autor establece que hay una relación necesaria entre el Problema, la Hipótesis (como posible respuesta al problema) y los Objetivos. Al respecto menciona *que* «Los objetivos son las metas que se pretenden alcanzar con la investigación. Los hay general y específicos. El objetivo general es una formulación en infinitivo del problema general. Contiene todas las categorías y variables analíticas propuestas en el problema general».<sup>25</sup>

#### **Objetivo general**

Comprender aquellos aspectos, funciones o intenciones que están manifiestas, pero también los que se encuentran latentes, en los discursos de motivación de la pena en Costa Rica. Lo anterior a partir de los estudios sobre retórica de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca y otros estudios.

---

<sup>24</sup> Jorge Ramírez Caró, *Cómo diseñar una investigación académica*. (Heredia: Montes de María Editores, 2009).

<sup>25</sup> *Ibidem* 98

## **Objetivos específicos**

1. Enunciar las principales clasificaciones y contenidos de utilidad que se encuentran en el *Tratado de la argumentación* de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca sobre Retórica.
2. Elaborar un marco de análisis descriptivo, a partir del punto anterior y con la ayuda de otros autores, para dilucidar auditorios y fórmulas retóricas en los contextos de motivación de la pena en Costa Rica.
3. Identificar algunos aspectos, funciones o intenciones, manifiestos o latentes, representados en las motivaciones de pena en Costa Rica.
4. Explicar esos aspectos, intenciones o funciones mencionados en el punto anterior a partir de la sociología de Robert Merton.

## **Metodología**

### **Técnica y Métodos:**

Se utilizó, mayoritariamente, la técnica de PROCESAR INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA, por lo que se descartó el uso de recolección de información de campo. Dicha información será procesada, exclusivamente, mediante los métodos CUALITATIVOS (por lo que se prescinde totalmente del método cuantitativo). Lo anterior debido a que se propone una explicación o comprensión del objeto investigado, que permita arribar a una o unas características o cualidades del mismo. Por tanto, no se procura llegar a ninguna cuantificación del objeto. Es decir, no se busca la cantidad de motivaciones de la pena en Costa Rica, ni tampoco de jueces o de argumentos retóricos, sino las características de estos mismos.

Con respecto al punto anterior, como efecto de la investigación cualitativa, se podría decir que también se busca una extensión del fenómeno investigado, puesto que se pretende encontrar dentro los argumentos retóricos más utilizados o recurrentes en nuestro país, los aspectos que están manifiestos en los mismos, pero también los que se encuentran ocultos o latentes. Sobre este último punto, no hay mucha bibliografía que trate esa característica.

Otros métodos que se utilizarán, dentro del marco de la metodología cualitativa, son el deductivo y el sociológico. El primero porque se partirá de conocimientos generales (en este caso, los estudios sobre retórica y los aportes de otros filósofos del derecho acerca de la naturaleza del lenguaje) para inferir algunos aspectos específicos de las motivaciones de las penas en Costa Rica. Con respecto al sociológico, se intentará descubrir ciertas funciones ideológicas y culturales que se encuentran manifiestas y latentes en los discursos sobre motivación de la pena.

La información bibliográfica que será procesada en esta investigación, proviene de diferentes fuentes, que pueden encontrarse en español o inglés. Estas son, sin descartar de previo otros que puedan utilizarse en el camino;

- Libros de texto impresos o digitales
- Artículos de revistas impresas o digitales
- Conferencias documentadas
- Archivos cinematográficos
- Jurisprudencia
- Legislación

### **Pasos metodológicos a seguir:**

Con respecto a la información bibliográfica que se encuentra en libros, artículos y conferencias; estos se utilizarán, primordialmente, para construir un marco de análisis descriptivo. Lo anterior con el fin de detallar figuras, fórmulas y argumentos retóricos, fenómenos sociológicos (como las funciones manifiestas y latentes), y otras categorías conceptuales que sean útiles en la investigación.

En relación con la jurisprudencia, esta será de vital importancia como objeto de estudio para analizar las categorías propuestas y llegar a diferentes conclusiones. Cabe aclarar que la parte de la sentencia penal, que se usará en esta investigación, es la relativa a la motivación de la pena. Con respecto a los otros enunciados de la misma, sólo se realizará una síntesis general con el fin de contextualizar cada caso.

Además, se propone una selección de sentencias, que resalten, a su vez, por un uso cargado o particular de figuras y argumentaciones retóricas. Estas pueden ser de distintos

tribunales alrededor del país, tener una mayor o menor importancia en el medio nacional y tener una extensión corta o grande. Lo que interesa realmente, es que sirvan como ejemplos paradigmáticos para lo que se procura en esta investigación.

La simple anuencia de ciertos profesionales a facilitar casos paradigmáticos de la jurisprudencia en el país es una simple colaboración y no una recolección de datos mediante las técnicas de la entrevista o encuesta. El criterio que se utilizará para seleccionar a estos profesionales es su experiencia en el campo penal no de manera cuantitativa, sino que se buscarán profesionales que se hayan visto involucrados en casos que envuelvan algunos de los principales problemas que se tratan en este proyecto.



# PRIMERA PARTE: HERRAMIENTAS ANALÍTICAS.

## SECCIÓN PRIMERA: RETÓRICA.

En la presente sección se hará una síntesis sobre los principales postulados de la retórica moderna, comenzando desde la retórica aristotélica en la antigua Grecia hasta la «nueva retórica» de Perelman y Olbrechts-Tyteca, en la que se ahondará en mayor medida sobre el concepto de «auditorio» y una referencia lacónica a las «técnicas Argumentativas» que este desarrolla.

### **A) La retórica aristotélica.**

El término «Retórica» no escapa a la naturaleza propia del lenguaje que domina al ser humano, esta ha sido entendida a través de la historia del conocimiento de múltiples formas: como el arte de embellecer los discursos, la técnica persuasiva que se utiliza en la oralidad o como objeto de estudio de los discursos que se dan en el marco de las relaciones sociales. En este último sentido, se direccionó Aristóteles cuando comenzó a filosofar y escribir formalmente sobre el tema; dicho abordaje fue retomado por algunas escuelas y autores, pero es precisamente la reanimación de esta acepción en los estudios de Chaïm Perelman, donde se encuentra la motivación y el marco histórico de esta primera sección.

En los estudios de Aristóteles<sup>26</sup> plasmados en su obra la *Retórica*, este dedicó una sección a la reflexión sobre las leyes; decía que están proyectadas a futuro y son generales, mientras que la función del juez era más difícil, porque le tocaba resolver en casos momentáneos acerca de cuestiones presentes y concretas.<sup>27</sup> Sobre la temática de las leyes es posible que se pueda discurrir en el presente, pero lo importante es que comienza su tratado haciendo ver la dificultad de la labor de un juez o jueza: no tanto por el contenido de las leyes o la dificultad de los casos, sino por las características de su función.

Luego Aristóteles hace unas precisiones generales sobre la retórica y el concepto de «entimema», entendido como la clave de la argumentación retórica, puesto que ayuda a diferenciar entre el razonamiento retórico y el lógico-analítico. Al respecto el estagirita menciona:

---

<sup>26</sup> Fue un filósofo, lógico y uno de los primeros científicos que vivió en la antigua Grecia. Se le considera (sino el más) uno de los personajes más influyentes de la filosofía occidental. Sus aportes a distintas áreas del conocimiento son invaluable.

<sup>27</sup> Aristóteles. *Retórica*. (Madrid: Alianza Editorial S.A.), 2000. 47.

Como es evidente que el método propio de la disciplina se refiere a los argumentos y el argumento es una especie de demostración (pues no convencemos más cuando suponemos que algo está demostrado), la demostración retórica es un entimema y el entimema es una forma de razonamiento (...), es obvio que el que sea capaz de examinar a partir de qué premisas y cómo se origina el razonamiento será también quien mejor domine el uso de los entimemas, al haber comprendido a qué se aplica el entimema y cuáles son sus diferencias con los razonamientos lógicos.”<sup>28</sup>

En palabras más sencillas, el entimema es un silogismo o una forma del razonamiento retórico donde, a diferencia de la lógica formal, las premisas son apenas probables. Asimismo, Aristóteles define que solo se puede hablar de retórica cuando existan «argumentos contrarios». Si solo hay una verdad que haya que demostrar no se puede hablar sobre retórica.<sup>29</sup> Esta afirmación de Aristóteles se ha mantenido durante siglos en Filosofía, sobre que existen ciencias de lo «demostrable», cuya forma de acceder es través de la lógica formal o el método científico; y ciencias de lo «probable», donde la retórica cumple su papel.<sup>30</sup>

Pero lo anterior puede generar confusiones, porque la concepción negativa de la retórica, como expresa Perelman, reinó en la filosofía y la ciencia durante siglos, en la cual la esta solo era un medio estilístico para una oratoria más efectiva. Sin embargo el filósofo griego la observa como una disciplina que estudia un objeto y señala: «Queda claro, pues, que la retórica no pertenece a ningún género definido, sino que es como la dialéctica, y, así mismo, que es útil y que su objeto no es persuadir, sino ver los argumentos propios de cada asunto».<sup>31</sup>

Aristóteles utiliza el término retórica como una disciplina que estudia los argumentos y no como «el arte de hablar en público». Esta primera idea será seguida por Perelman, la de retórica como instrumento de análisis, que estudia, clasifica, y ayuda a encontrar y comprender argumentos en los diferentes discursos. Tanto Aristóteles como Perelman parecen recomendar que un estudio comprensivo sobre la retórica ayudaría a ver su utilidad a la hora de argumentar. Por lo que se podría considerar una doble función de la misma.

---

<sup>28</sup> *Ibidem* 49

<sup>29</sup> *Ibidem* 51

<sup>30</sup> Para una crítica de la creencia de que en las «ciencias duras» sólo se explican las causas materiales u ontológicas de los fenómenos, mientras que en las ciencias sociales se comprenden las razones sociales de determinados comportamientos, ver: Minor E. Salas Solís, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...* (San José: Editorial Isolma S.A., 2013), 119.

<sup>31</sup> Aristóteles. *Retórica*. (Madrid: Alianza Editorial S.A., 2000), 51.

En la retórica, además, los argumentos deben ser procurados por nosotros mismos y no pueden venir de fuentes externas, las cuales para Aristóteles son: los testigos, la confesión bajo tortura y los documentos. Estos hay que **utilizarlos**, los propios de la retórica hay que **encontrarlos**<sup>32</sup>.

Las premisas que se utilizan en la retórica, pueden ser: «necesarias» (no ocupan ser demostradas), las de tipo «frecuentes» (permiten las «argumentaciones contrarias»). Por otro lado, también están las verosimilitudes (cabe que las cosas sean de otro modo) y los indicios (donde unos caben que sean de otro modo y hay otros necesarios, que es «la prueba»)<sup>33</sup>. Pero todos estos aspectos, tiene sentido evaluarlos sólo dentro de una noción de «auditorio», al que va dirigida la argumentación.

Aristóteles hace una primera aproximación al concepto de Auditorio al definir las especies y géneros de la retórica:

Las especies de la retórica son tres en número, pues otras tantas resultan ser las de los oyentes de los discursos. Y es que en el discurso se implican tres factores: quién habla, de qué habla y para quién, y este mismo, es decir, el oyente, quien determina su objetivo. Y el oyente es forzosamente o espectador o juez, y el juez ha de serlo de lo que ya ha ocurrido o de lo que va a ocurrir. Ejemplo de quien juzga sobre lo que va a ocurrir es el participante en la Asamblea, y de quien juzga sobre lo ocurrido, el juez, de modo que por fuerza tendría que haber tres géneros de discursos retóricos: deliberativo, forense y de exhibición.<sup>34</sup>

En este sentido, la especie de «oyente», sería el auditorio de la retórica. Los géneros son las formas en que se puede persuadir a ese auditorio (en la actualidad se puede hablar de muchos públicos). Aristóteles define tres en este apartado: en el deliberativo puede haber exhortación o disuasión y quienes aconsejan (en privado o en público), siempre hacen una de las dos cosas, este se hace hacia el futuro (aquí se puede hablar del auditorio de la política); en el forense o judicial puede haber acusación o defensa, se juzga hacia el pasado; y en el de exhibición hay alabanza o reprobación, se hace en el presente.<sup>35</sup>

Finalmente, a partir del capítulo XXII del Segundo Libro de la *Retórica* de Aristóteles, este expone las “líneas de razonamiento” como modos de encontrar los entimemas. Aquí se refiere a dos tipos principales de líneas de razonamiento: los demostrativos, que, como su

---

<sup>32</sup> *Ibidem* 53

<sup>33</sup> *Ibidem* 58 y 59

<sup>34</sup> *Ibidem* 63 y 64

<sup>35</sup> *Ibidem* 64 y 65

nombre lo indica, se proponen demostrar que algo es y se configuran a partir de proposiciones compatibles (Aristóteles define una gran cantidad de subtipos de este) y los refutativos, que se construyen a partir de proposiciones no compatibles.<sup>36</sup> Esto es lo que en el Tratado se va a llamar luego: «técnicas argumentativas».

### **B) Los estudios de Roland Barthes hacia una comprensión de la Retórica.**

En la transcripción de un seminario que dictó el filósofo francés Roland Barthes<sup>37</sup> en *l'Ecole Pratique des Hautes Etudes* entre 1964 y 1965, se hizo una «ayudamemoria» bajo el título de *La Antigua Retórica*<sup>38</sup>, la cual recorre una serie de tratados y textos sobre la antigua retórica desde su origen hasta, lo que él llama, su muerte. Allí se expresa cómo la retórica comenzó en los estrados judiciales de Sicilia en el año 485 a.C., cuando se expropió de sus tierras a los aldeanos y estos tuvieron que utilizar argumentaciones para recuperarlas.<sup>39</sup>

Luego pasó por diferentes tradiciones, maestros y autores (que no se van a resumir aquí), siendo Aristóteles, por un lado, muy importante al dividir la retórica como poética y como práctica discursiva; y por otro, Cicerón al proponer en su tratado sobre retórica «una cierta pragmatización de la teoría aristotélica»<sup>40</sup>. Su «muerte» como disciplina se da cuando cae en el descrédito intelectual al haberse reducido toda su enseñanza a un solo estilo de la escritura o de la oratoria, estas enseñanzas fueron llevadas a cabo por los jesuitas en los siglos venideros.<sup>41</sup>

Cabe aclarar que Barthes se enfocó más en la retórica como análisis de los discursos en general (poesía, literatura, entre otros); Perelman, por otro lado, revive una retórica filosófica sobre los argumentos. Lo que es similar en ambos análisis es que rechazan o desprecian la retórica cuando sólo se trata de la mera técnica para “embellecer” los discursos; en cambio, ambos la ven idealmente como una disciplina que analiza los discursos y su persuasión. Barthes la observa como un meta-lenguaje y a propósito expresa: «La Retórica, tema que se tratará aquí, es ese “meta-lenguaje” (cuyo lenguaje-objeto fue el “discurso”) que reinó en Occidente desde el siglo s.V a.C. al s.XIX d.C.»<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibidem* 207

<sup>37</sup> Roland Barthes nació en Francia en 1915 y murió en 1980. Fue un importante filósofo, escritor, ensayista y semiólogo.

<sup>38</sup> Roland Barthes, *La Antigua Retórica*. (Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1974).

<sup>39</sup> *Ibidem* 12

<sup>40</sup> *Ibidem* 18

<sup>41</sup> *Ibidem* 36

<sup>42</sup> *Ibidem* 9

Es importante mencionar el trabajo de Barthes, al menos a modo de referencia, por la explicación del devenir histórico que dicha disciplina tuvo durante esos siglos entre la muerte de Aristóteles y la época contemporánea. Es hasta en pleno siglo XX cuando Perelman revive los estudios sobre retórica hacia una nueva concepción de la misma.

### **C) La Nueva Retórica.**

En el prólogo a la edición española del *Tratado de la Argumentación*, Jesús González Bedoya, se refiere al origen del término «Nueva Retórica»:

El subtítulo de Nueva Retórica para su *Tratado de la Argumentación* lo justifica Perelman con varias razones. La primera rechaza el nombre de dialéctica, que en el sentido aristotélico de “arte de razonar a partir de opiniones generalmente aceptadas” hubiese sido justo, pero que, tras su nueva acepción impuesta en la filosofía actual por Hegel, se ha alejado mucho de su sentido primitivo.

Otra razón es que, habiendo desaparecido el uso filosófico de retórica, resulta útil y necesario rescatarlo. La tercera razón es que la dialéctica pone el acento en lo opinable como algo verosímil, por oposición al razonamiento analítico que tiene por objeto lo necesario; en cambio, la retórica pone el acento en lo opinable como algo a lo que se puede prestar diferentes grados de adhesión. Es decir, la argumentación, como la retórica, se desarrolla en función de un auditorio.

Es claro que la retórica antigua era “el arte de hablar en público de manera persuasiva” (lenguaje hablado, multitud reunida en un lugar público, tesis objeto de adhesión). Pero nuestra teoría de la argumentación (nueva retórica) no tiene por qué limitar así el medio de expresión ni el auditorio.<sup>43</sup>

Se rescata de la cita anterior, distintos aspectos que el *Tratado* recupera de la filosofía de Aristóteles: la primera es el «uso filosófico», Perelman<sup>44</sup> recupera el sentido de una disciplina que estudie lo verosímil o probable; como segundo aspecto, se tiene su eminente desarrollo en función de un auditorio. Pero estas son características que se encontraban en Aristóteles, lo que hace nueva a esta retórica, como un tercer aspecto, es su “rescate” y novedosa conceptualización, que permite una mayor amplitud de auditorios y tipos de argumentos posibles.

Ese «rescate» lo fundamenta Perelman en el primer punto de la introducción a su tratado, refiriéndose al *Discurso del Método*, el famoso libro de Descartes, como el comienzo de una tradición filosófica que solo acepta «premisas necesarias». Esta racionalidad está

---

<sup>43</sup> Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. (Madrid: Editorial Gredos, 1989), 15.

<sup>44</sup> Chaïm Perelman fue un filósofo belga de origen judío-polaco que nació en 1912 y murió en 1984. Realizó enormes aportes al estudio de la retórica y la lógica moderna, así como a la filosofía del Derecho.

basada en proposiciones verdaderas y ha continuado por los siguientes siglos como el estandarte de la filosofía. Perelman trata de romper con este paradigma en su tratado.

Por otra parte, al referirse a la superación del concepto de «Retórica Clásica», dice Perelman,

Pero no tenemos motivos para limitar este estudio a la presentación oral de una argumentación ni para limitar a una muchedumbre congregada en una plaza el tipo de auditorio al que va dirigida una argumentación.

El rechazo de la primera limitación obedece al hecho de que nuestras preocupaciones son más las de un lógico deseoso de comprender el mecanismo del pensamiento que las de un maestro de oratoria preocupado por formar a procuradores.<sup>45</sup>

Se ha dicho que el estudio de la nueva retórica es más efectivo si se aplica a los argumentos orales que hacen las y los litigantes en la práctica judicial<sup>46</sup>; no obstante, en realidad, esta es más amplia, puesto que abarca más posibilidades de análisis:

Si es cierto que la técnica del discurso público difiere de la argumentación escrita, no podemos, al ser nuestra intención el análisis de la argumentación, limitarnos al examen de la técnica del discurso hablado. Más aún, dada la importancia y el papel que en la actualidad tiene la imprenta, analizaremos sobre todo los textos impresos.<sup>47</sup>

Aun así, el mismo afirma que el elemento fundamental que se rescata de la retórica tradicional o clásica es la idea de auditorio, ya que todo discurso va dirigido a este.<sup>48</sup>

Perelman no niega, en absoluto, el valor de las evidencias «más sólidas» (pruebas), aquellas que no necesitan ser explicadas en un auditorio; pero el estudio de la retórica debe ir, también, sobre aquellas pruebas que son discutidas en cuanto a su alcance o interpretación y que, por tanto, se debe utilizar la argumentación. En este mismo sentido, el autor belga no omite que muchas acciones puedan buscar un tipo de adhesión, pero en palabras del autor: «Únicamente trataremos este punto si esta acción está integrada en una argumentación».<sup>49</sup>

En el último punto de la introducción a su tratado de la argumentación Perelman expresa que sus estudios intentarán caracterizar las diferentes estructuras argumentativas

---

<sup>45</sup> Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. (Madrid: Editorial Gredos, 1989), 37.

<sup>46</sup> Ver Estado de la Cuestión de este proyecto, sobre algunas palabras expresadas por el filósofo español Manuel Atienza.

<sup>47</sup> *Ibidem* 37

<sup>48</sup> *Ibidem* 38

<sup>49</sup> *Ibidem* 40

(no prescribirlas). Para esto afirma: «examinaremos las argumentaciones presentadas por los publicistas en los periódicos, por los políticos en los discursos, por los abogados en los alegatos, por los jueces en los considerandos, por los filósofos en los tratados».<sup>50</sup>

El resto del Tratado es una obra muy extensa e influyente. Perelman y Olbrechts-Tyteca, tratan a los argumentos y sus estructuras con “dotes de científicos” y proponen algunas ideas innovadoras en el mundo de la filosofía. Interesa especialmente de dicho *corpus*, las apreciaciones con respecto al concepto de auditorio, la diferencia entre persuadir y convencer, y las técnicas argumentativas.

#### **D) Precisiones sobre el concepto de «Auditorio».**

Es importante hacer un estudio preliminar del concepto de auditorio, ya que es un elemento clave en los estudios de la retórica desde Aristóteles, y su vigencia encuentra relevancia actual en cualquier análisis que se haga sobre argumentación en la función de las y los jueces.

Tal como afirma Perelman: «En efecto, como la argumentación pretende obtener la adhesión de aquellos a quienes se dirige, alude por completo al auditorio en el que trata de influir».<sup>51</sup>, esta afirmación no implica que la persona siempre sabe a quién va dirigida exactamente la argumentación, puesto que puede ignorar a muchos de sus receptores; tampoco es a la persona a la que necesariamente interpela, porque puede ir dirigido a un individuo específico pero que sea escuchado, leído o redirigido a la opinión pública. Es por tanto que este define el concepto de auditorio en las siguientes condiciones:

Por esta razón, nos parece preferible definir el auditorio, desde el punto de vista retórico, como el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación. Cada orador piensa, de forma más o menos consciente, en aquellos a los que intenta persuadir y que constituyen el auditorio al que se dirigen sus discursos.<sup>52</sup>

De esta cita se extrae que existe un ejercicio consciente mediante el cual la persona que argumenta contempla un conjunto de personas a quien dirige su discurso, esta es una conceptualización más realista del auditorio. Como se mencionó arriba, es imposible que se contemple a todas aquellas personas que leerán o escucharán el discurso. Incluso es probable que con la conservación de los textos y los audios en la era digital, existan muchos

---

<sup>50</sup> *Ibidem* 42 y 43

<sup>51</sup> *Ibidem* 54

<sup>52</sup> *Ibidem* 55

otros receptores futuros no contemplados. Debido a lo anterior es fundamental posicionarse en una visión realista del auditorio para entender sus alcances y características particulares.

Otro elemento importante de la definición es que el orador vislumbra de forma más o menos consciente este auditorio; es decir, no siempre está totalmente seguro o no tiene definido con precisión su auditorio. Lo anterior puede llevar a determinar que un primer grupo de personas, que son incluidas en la cabeza del argumentador, son los receptores originales del mismo; pero es importante recalcar que no excluyen a otros que podrían ser persuadidos por el mismo.

Finalmente, el orador intenta persuadir a su auditorio. Es decir, le atribuye una función a su discurso y un fin al ejercicio mental de agrupar a unos cuantos receptores. Esa finalidad con la que se juega no necesariamente funciona igual en el discurso, ya que este pudo haber considerado tales palabras para persuadir a su auditorio, pero unos se vieron inducidos por sus razones y otros por la forma en que las expresó.

### **E) ¿Se puede construir un auditorio?**

De la conceptualización que se ha hecho hasta el momento sobre el auditorio, es posible responder esta pregunta, puesto que el argumentador piensa en quienes va a persuadir con su discurso, esto es un tipo de construcción. Sin embargo, es importante aclarar en qué términos se puede construir un auditorio.

El uso de determinadas palabras, figuras retóricas, argumentos y más, puede estar condicionado a un ejercicio mental previo. Este ejercicio no solo contempla como se explicitó en páginas anteriores, las personas sobre las que se piensa influir, también se puede hacer una escogencia de la forma en que se va a dirigir a esas personas. Es por esta razón que el argumentador escoge su auditorio y luego lo estudia. No es lo mismo argumentar para una población letrada específica, a una masa indeterminada, a toda una nación, o un simple auditorio constituido por una o dos personas. Es importante en este estudio, analizar cuáles son, al menos de forma presunta, las opiniones o valoraciones del auditorio sobre el tema del que se les va a persuadir. Al respecto afirma Perelman:

El estudio de los auditorios podría constituir igualmente un capítulo de sociología, pues, más que de su carácter propio, las opiniones de un hombre dependen de su medio social, de su entorno, de la gente con la que trata y entre la que vive. Como decía M. Millioud: *Voulez-vous que l'homme inculte change d'opinions? Transplantez-le* (¿quiere usted



que el hombre inculto cambie de opinión? Transplántelo). Cada medio podría caracterizarse por sus opiniones dominantes, por sus convicciones no discutidas, por las premisas que admite sin vacilar: estas concepciones forman parte de su cultura, y a todo orador que quiera persuadir a un auditorio particular no le queda otro remedio que adaptarse a él. También la cultura propia de cada auditorio se transparenta a través de los discursos que le destinan, de tal modo que, de muchos de estos discursos, nos creemos autorizados a extraer cualquier información sobre las civilizaciones desaparecidas.

Las consideraciones sociológicas que son útiles para el orador pueden aludir a un objeto particularmente concreto, a saber: las funciones sociales desempeñadas por los oyentes.<sup>53</sup>

Sobre la adaptación del argumentador a su auditorio se hará referencia más adelante, pero es importante que previo a ese paso el orador conozca cuáles son las «opiniones dominantes» de las que habla Perelman, que pueden depender de las «funciones sociales» o del medio social de los receptores.

En este punto es importante ser crítico y recordar que los fines del presente estudio no pretenden ser una demostración o confirmación de la teoría de la «Nueva Retórica», pero es útil señalar que estas operaciones mentales, mediante las cuales se construye un auditorio, pueden estar presentes en muchos argumentadores. De igual manera, esta no es una virtud que sea poseída por cualquier persona y tampoco se debe suponer que en cualquier forma de argumentación exista un uso de la retórica para persuadir de forma más eficaz. Sin embargo, cualquiera que intente influir en un auditorio podría hacer estos estudios previos sobre los individuos a las que argumenta. Dependiendo del medio, lo anterior puede ser más común en unos que en otros.

Antes de cualquier estudio sobre un auditorio, el argumentador podría estar consciente de que existen niveles de heterogeneidad de los auditorios. Eso va a depender de la cantidad de personas que lo integren y del estudio previo de las condiciones materiales e ideológicas de las mismas. Dicho análisis también se clarifica en el *Tratado de Argumentación* de Perelman y Olbrechts-Tyteca:

Ante una asamblea, el orador puede intentar clasificar al auditorio desde el punto de vista social. Entonces se preguntará si el auditorio está totalmente englobado en un único grupo social o si debe distribuir a los oyentes en múltiples grupos, incluso opuestos entre sí. En este caso, siempre es posible la existencia de varios puntos de partida: se puede, en efecto, dividir de forma ideal al auditorio en función de los grupos sociales a los que pertenecen los individuos (por ejemplo: políticos, profesionales, religiosos), o según los valores a los que se adhieren ciertos oyentes. Estas divisiones ideales no son, en absoluto,

---

<sup>53</sup> Ibídem 56 y 57

independientes entre sí. No obstante, pueden conducir a la constitución de auditorios parciales muy diferentes.<sup>54</sup>

La conclusión que se formula en la cita anterior significa que dependiendo de la construcción ideal que se haga, los auditorios pueden ser de diversa índole. Luego de conocer las características y elementos del mismo, los autores citados complementan en la importancia de la adaptación del orador al auditorio, en los siguientes términos: «En la argumentación lo importante no está en saber lo que el mismo orador considera verdadero o convincente, sino cuál es la opinión de aquellos a quienes va dirigida la argumentación».<sup>55</sup>

He aquí una visión realista y más directa sobre el papel del argumentador en un contexto de retórica persuasiva, puesto que partiendo de la teoría de Perelman, se podrían entrever las intenciones de un expositor si se estudia el auditorio hacia el cual se dirige. Parece que lo importante ya no es conocer las razones del argumentador, sino el auditorio que construyó en su cabeza. Al respecto remata Perelman:

*En esta materia, sólo existe una regla: la adaptación del discurso al auditorio, cualquiera que sea; pues, el fondo y la forma de ciertos argumentos, que son apropiados para ciertas circunstancias, pueden parecer ridículos en otras (...) El número de oyentes condiciona, en cierta medida, los procedimientos argumentativos, y esto independientemente de las consideraciones relativas a los acuerdos que sirven de base y que difieren entre sí según los auditorios.*<sup>56</sup>

Dicha visión realista es expuesta aquí sin especial mención a los aspectos éticos que pueda encerrar la argumentación retórica. Por otro lado, de la última cita es importante rescatar la adaptación al auditorio como una forma de concebir el objeto de la retórica al ser una actividad que busca un fin, el cual es persuadir. Dicha persuasión, en un primer momento, no pretende «hacer justicia» o educar. Sin embargo, la argumentación retórica puede estar condicionada a un auditorio, que dadas sus características, no se intente persuadir sino convencer.

## **F) Persuadir y Convencer.**

Una distinción fundamental en la filosofía de Perelman es la de «persuadir» y «convencer» como fines de la argumentación (luego de citar la propia definición del autor, se harán algunos apuntes para precisar la misma):

---

<sup>54</sup> *Ibidem* 59

<sup>55</sup> *Ibidem* 61

<sup>56</sup> *Ibidem* 63 y 64

“Nosotros, nos proponemos llamar persuasiva a la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio particular, y nominar convincente a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón. El matiz es mínimo y depende, esencialmente, de la idea que el orador se forma de la encarnación de la razón. Cada hombre cree en un conjunto de hechos, de verdades, que todo hombre «normal» debe, según él, admitir, porque son válidos para todo ser racional. Pero, ¿es así de verdad? ¿No es exorbitante la pretensión a una validez absoluta para cualquier auditorio compuesto por seres racionales? Incluso al autor más concienzudo no le queda, en este punto, más remedio que someterse al examen de los hechos, al juicio de los lectores. En todo caso, habrá hecho lo que está en su mano para convencer, si cree que se dirige válidamente a semejante auditorio.”<sup>57</sup>

Es preciso afirmar que Perelman se refiere en esta cita a un tema de racionalidad en la argumentación. Cuando un argumentador tiene en su cabeza el fin de convencer a su auditorio, parte del hecho que el mismo comparte los mismos axiomas que él ha adoptado. «Ente de razón» se convierte aquí en un supuesto de racionalidad intersubjetiva, donde el argumentador cree que está logrando la comunicación de razones plausibles. Es decir, se parte del hecho de que el auditorio maneja unos usos del lenguaje similares y que tiene claros los conceptos sobre los que se están argumentando.

Por la razón anterior es relevante que el mensaje, para el auditorio que se intenta convencer, sea claro. El fin no es persuadir a dicho auditorio; no importan las intenciones del argumentador, existen unas «verdades» que no se discuten y solo cabe mencionarlas para que el acto de convencer se dé plenamente. Sin embargo, no siempre el argumentador está consciente de si está persuadiendo o convenciendo. En la siguiente cita se explica este problema que surge de dicha distinción:

La distinción que proponemos entre persuasión y convicción da cuenta, de modo indirecto, del vínculo que a menudo se establece, aunque de forma confusa, entre persuasión y acción, por una parte, y entre convicción e inteligencia, por otra. En efecto, el carácter intemporal de ciertos auditorios explica que los argumentos que le presentan no constituyan en absoluto una llamada a la acción inmediata (...) Desde nuestro punto de vista, es comprensible que el matiz entre los términos convencer y persuadir sea siempre impreciso y que, en la práctica, se suprima. Pues, mientras que las fronteras entre la inteligencia y la voluntad, entre la razón y lo irracional pueden constituir un límite preciso, la distinción entre diversos auditorios es mucho más confusa, y esto tanto más cuanto que la imagen que el orador se forma de los auditorios es el resultado de un esfuerzo siempre susceptible de poder reanudarlo.<sup>58</sup>

Es fundamental en la formulación de la nueva retórica que se entienda el carácter variable de los auditorios. Perelman hace ver que un auditorio particular se agota en el

---

<sup>57</sup> *Ibidem* 67

<sup>58</sup> *Ibidem* 69

momento que es persuadido, es una acción inmediata; mientras que el auditorio susceptible de convencimiento es intemporal y por eso se relaciona con la inteligencia. El convencimiento puede ir proyectado a que una persona lea la argumentación doscientos o miles de años en el futuro.

Pero el problema de fondo hay que interpretarlo, la distinción no siempre es clara, porque no siempre el argumentador está consciente de a cuál de los dos auditorios se dirige. Puede darse el caso de un orador que desee persuadir y convencer al mismo tiempo; u otro que cree que está convenciendo pero lo hace bajo la forma de la persuasión o bien considera que está persuadiendo a sus receptores, pero al mismo se está convencido él mismo del carácter verdadero de sus afirmaciones.

Este apunte crítico es fundamental, puesto que la teoría de Perelman relaciona, de forma descriptiva, la acción de convencer con el quehacer de los filósofos. Aun así, existen múltiples tipos de expositores en medios académicos, científicos o institucionales que argumentan a un auditorio al que intentan convencer, aunque la naturaleza propia de su actividad presenta múltiples variables que complican el panorama. Los filósofos según Perelman:

*Siempre procuran dirigirse a un auditorio de este tipo, no porque esperen conseguir el consentimiento efectivo de todos los hombres -pues saben muy bien que sólo una pequeña minoría tendrá ocasión de conocer sus escritos, sino porque creen que a todos aquellos que comprendan sus razones no les quedará más remedio que adherirse a sus conclusiones. Por tanto, el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho. Porque se afirma lo que es conforme a un hecho objetivo, lo que constituye una aserción verdadera e incluso necesaria, se cuenta con la adhesión de quienes se someten a los datos de la experiencia o a las luces de la razón.<sup>59</sup>*

Pero como se señalaba antes, qué ocurre cuando el argumentador es un juez o cualquier persona que emite un criterio sobre la base de ciertos axiomas morales adoptados como «hechos objetivos», los cuales en el campo del derecho puede ser la creencia de que detrás de las palabras existen referentes empíricos y el orador los invoca en razón de que sus oyentes también los conocen. Por eso Perelman afirma que el acuerdo a un auditorio universal (auditorio al que se intenta convencer) es una cuestión de derecho, ya que es más

---

<sup>59</sup> Ibídem 72

determinante saber que el auditorio al que se dirige acepta tales presupuestos como verdades y no tanto si realmente son o no verdades.

La intención con el párrafo anterior no es refutar la teoría perelmaniana, si no hacer ver su limitación en tanto un auditorio universal solo es pensado por entes de razón más o menos racionales. Lo cierto es que el ejercicio diario de argumentar encuentra sujetos convencidos con sus verdades que, sin embargo, no tienen la habilidad para hacerlas notar y optan por persuadir a su auditorio, aunque de previo acepten los mismos «hechos objetivos».

El *Tratado de la Argumentación* intenta separar y clasificar los auditorios a los que se les pueden aplicar los análisis sobre retórica. Dicho esfuerzo no es desdeñable, pero se deben tomar en cuenta las críticas hechas anteriormente, puesto que la intención del argumentador no es tan clara en todos los medios y tampoco suele ser consciente. A continuación se extrae la clasificación que se hace en dicho tratado:

Es, por tanto, la naturaleza del auditorio al que pueden someterse con éxito los argumentos lo que determina, en la mayoría de los casos, no solo el tono que adoptaran las argumentaciones sino también el carácter, el alcance que se les atribuirá. ¿Cuáles son los auditorios a los que se les atribuye el papel normativo que permite saber si una argumentación es convincente o no? Encontramos tres clases de auditorios, considerados privilegiados a este respecto, tanto en la práctica habitual como en el pensamiento filosófico: el primero, constituido por toda la humanidad o, al menos, por todos los hombres adultos y normales y al que llamaremos el auditorio universal; el segundo, formado, desde el punto de vista del diálogo, por el Único interlocutor al que nos dirigimos; el tercero, por último, integrado por el propio sujeto, cuando delibera sobre o evoca las razones de sus actos. A continuación, conviene añadir que, sólo cuando el hombre en las reflexiones consigo mismo o el interlocutor del diálogo encarnan al auditorio universal, estos adquieren el privilegio filosófico que se le otorga a la razón, en virtud del cual la argumentación que se dirige a ellos ha quedado asimilada, con frecuencia, a un discurso lógico. En efecto, si visto desde fuera, se puede pensar que el auditorio universal de cada orador es un auditorio particular, esto no significa que, a cada instante y para cada persona, exista un auditorio que trascienda a todos los demás ni que sea difícil en tanto que auditorio particular. En cambio, al individuo que delibera o al interlocutor del diálogo, se los puede percibir como si se tratara de un auditorio particular, cuyas reacciones conocemos y cuyas características, a lo sumo, hemos estudiado. De ahí la importancia primordial del auditorio universal en tanto que norma de la argumentación objetiva, puesto que el interlocutor y el individuo deliberante consigo mismo constituyen meras encarnaciones siempre precarias.<sup>60</sup>

De la cita anterior es importante rescatar el concepto de Auditorio Universal, puesto que en la misma se reconoce que el diálogo y el propio sujeto también se pueden concebir

---

<sup>60</sup> *Ibidem* 71

como “auditorios particulares” porque la previsibilidad de estos al estar determinados. En el auditorio universal, el argumentador no parte del hecho de que sus oyentes serán convencidos, si esto fuera así, no tendría sentido ninguna argumentación, pero la clave que lo distingue es lo que apunta Perelman al final de la frase: la normatividad de la argumentación objetiva, basada en una aceptación de ciertos hechos como verdaderos.

Por tanto, el argumentador que intenta convencer a su auditorio no sabe si su tarea tendrá éxito, pero si está convencido de que, tanto ellos como él, reconocen la existencia de ciertas verdades o hechos objetivos. Parten de unos criterios fundamentales que solo necesitan ser pronunciados para que su validez se haga efectiva. Al respecto Perelman nos presenta los siguientes dos ejemplos:

Ciertos auditorios especializados se asimilan voluntariamente al auditorio universal, como el auditorio científico que se dirige a sus iguales. El científico se dirige a ciertos hombres particularmente competentes y que admiten los datos de un sistema bien determinado, constituido por la ciencia en la cual están especializados. No obstante, a este auditorio tan limitado, el científico lo considera por lo general, no un auditorio concreto, sino el verdadero auditorio universal: supone que todos los hombres, con la misma preparación, la misma capacidad y la misma información, adoptarían las mismas conclusiones.

Igual ocurre cuando se trata de moral. Esperamos que las reacciones de los demás confirmen nuestras ideas. Los «demás» a quienes recurrimos de esta forma no son, sin embargo, «otros» sin más. Sólo acudimos a aquellos que han «reflexionado» debidamente sobre la conducta que nosotros aprobamos o desaprobamos.<sup>61</sup>

La distinción toma relevancia en el presente análisis, no porque se pretenda comprobarla o confrontarla, sino porque en el ejercicio jurídico de explicar las razones de la imposición de una sanción penal, las y los jueces pueden combinar inconscientemente ambas acciones. Incluso podrían estar al tanto de las dos pero solo utilizar una, en función de conseguir un fin mundano o que nada tiene que ver con los propósitos que se han aceptado en ciertos auditorios académicos y judiciales para esa actividad específica.

Sobre el punto anterior se regresará más adelante, por el momento cabe concluir que un auditorio universal representa uno particular y a su vez un cúmulo de valoraciones y hechos científicos y extra científicos, que son adoptados por un conjunto de personas que se identifican a sí mismas y que entran en conflicto con otros auditorios. En palabras expresadas en el Tratado, se complementa lo anterior:

---

<sup>61</sup> *Ibidem* 76

Creemos, pues, que los auditorios no son independientes, son auditorios concretos y particulares que pueden valerse de una concepción del auditorio universal que les es propia. Pero, se invoca al auditorio universal no determinado para juzgar la concepción del auditorio universal adecuada a tal auditorio concreto, para examinar, a la vez, la manera en que se ha compuesto, cuáles son los individuos que, según el criterio adoptado, forman parte de él y cuál es la legitimidad de dicho criterio. Puede decirse que los auditorios se juzgan unos a otros.<sup>62</sup>

El asumirse como parte de un auditorio universal puede ser el punto de muerte para un debate, más que una comunicación racional. Por esta razón se insiste en que existen múltiples argumentadores que se posicionan en el ejercicio de convencer, así como otros que se valen de esta posibilidad pero terminan por persuadir a sus receptores. Por lo que el auditorio universal va a depender tanto de la condición material del argumentador, sus capacidades y juicios de valor, como de sus intenciones. Aquí es donde la diferencia entre persuadir y convencer se bifurca, pero se hace valer su utilidad para efectos de discernir sobre las motivaciones reales del argumentador.

Además, es importante conocer el medio que se está analizando. Es posible que un argumento parezca absurdo visto desde otro contexto, pero dentro del auditorio específico, el mismo tiene una validez ineludible, verdadera, objetiva y que no se discute; por lo que la utilización del argumentador de una especie tendría que ver con la recurrencia de dicha valoración y no con la intención de sacarle provecho a la misma por medio de la persuasión o el convencimiento.

### **G) Las Técnicas Argumentativas.**

El último apartado de este capítulo es necesario dedicárselo al gran esfuerzo que realizan los autores de la *Nueva Retórica*, ya que la mayor parte del mismo se refiere a las técnicas argumentativas. Al respecto, y a modo de introducción, menciona Perelman en su libro *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*:

¿Cuáles son las técnicas argumentativas más conocidas? Hemos analizado cerca de un centenar de ellas en la tercera parte del Tratado de la Argumentación. (pp. 251-674), que está casi enteramente dedicada a este tema. No vamos a repetir aquel análisis, pues se trata de una tarea que no nos es posible realizar en el espacio de que ahora disponemos. Basta señalar que entre los argumentos podemos distinguir unas técnicas de enlace y unas técnicas de disociación de nociones. Las técnicas de enlace comportan argumentos

---

<sup>62</sup> *Ibidem* 78

cuasilógicos, que son argumentos fundados sobre la estructura de lo real y argumentos que fundan la estructura de lo real.<sup>63</sup>

Cabe aclarar que dichas técnicas son estructuras que muestran cómo se presentan los principales argumentos retóricos, pero en el estudio de los ejemplos se pueden encontrar más de dos técnicas en un solo discurso, así como pueden estar combinadas. También es importante aclarar que las técnicas pueden haberse producido de forma consciente o no; es decir, el argumentador rara vez es una persona que ha estudiado las nociones de Perelman, por lo que las mismas fueron formuladas como métodos descriptivos de análisis.

En esta sección se hará una síntesis muy corta sobre las técnicas, básicamente la clasificación y una pequeña explicación de cada una. Para lograr lo anterior se utilizará como base el resumen hecho por Manuel Atienza en *Las Razones del Derecho* sobre las mismas. El fin del apartado es mencionarlas brevemente, para luego, en el objeto de análisis del presente estudio, referenciar las que se presentan en los ejemplos de discursos de la motivación judicial de la pena. No se pretende proponer la utilización de estas técnicas en dicha actividad, tal como se expresó *supra*; son categorías descriptivas del lenguaje de la retórica.

### **1) Técnicas de Enlace:**

Dichas técnicas enlazan o unen elementos distintos y a partir de aquí se crea una solidaridad entre los mismos, que finaliza con un efecto argumentativo retórico.

#### **A) Argumentos Cuasilógicos.**

Expresa Atienza:

Los argumentos cuasilógicos, que se basan en estructuras lógicas en sentido estricto, pueden hacer referencia, a su vez, a la noción de contradicción, de identidad y de transitividad. En el plano de un discurso no formal, lo que surgen no son tanto contradicciones en sentido estricto, como incompatibilidades (estas últimas se diferencian de las primeras en que su existencia está en función de las circunstancias, es decir, no tienen un carácter abstracto); mientras que la contradicción formal se vincula con la noción de absurdo, la de incompatibilidad va ligada con la de ridículo: una afirmación es ridícula cuando entra en conflicto, sin justificación, con una opinión admitida; a su vez, el ridículo puede lograrse a través de la ironía, que es un procedimiento consistente en querer hacer entender

---

<sup>63</sup> Chaïm Perelman, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1979), 166.



lo contrario de lo que se dice; el uso de la ironía implica, así, un tipo de argumentación indirecta que viene a equivaler al argumento por reducción al absurdo en geometría.<sup>64</sup>

Es importante diferenciar entre «contradicción» y «compatibilidad» como ejemplo de argumento cuasilógico. Como se expresa en la cita anterior, la primera pertenece al mundo de la lógica formal, donde se deriva una conclusión necesaria de unas premisas dadas. Pero en el plano de la retórica se juega con una lógica simbólica, o no formal, donde un argumento es «cuasi» (casi) lógico precisamente porque se asemeja en su estructura a un silogismo, pero no lo es por no tratarse de argumentaciones susceptibles de este tipo de lógica.

Por estas razones, en retórica la contradicción se asemeja más a la noción de incompatibilidad, la cual por medio de la ironía se asemeja a una reducción al absurdo. Por ejemplo, cuando se establece en foros sobre política criminal, que si se dejan de perseguir ciertos delitos: *“mejor dejamos que cada quien haga lo que quiera y que la sociedad se convierta en un caos”*. El argumento anterior, también se puede escuchar en pastores o sacerdotes como justificación del pecado.

Otro ejemplo de argumento cuasilógico son los «procedimientos de identificación», al respecto dice el mismo autor, sobre la identidad completa:

El procedimiento más característico de identidad completa es la definición, que puede jugar un doble papel en la argumentación, sobre todo cuando existen varias definiciones de un término del lenguaje natural: por un lado, las definiciones pueden justificarse con ayuda de argumentaciones; y, por otro lado, las definiciones son ellas mismas argumentos, esto es, sirven para hacer avanzar el razonamiento (...).<sup>65</sup>

En un plano argumentativo como el de tipo judicial, la recurrencia a definiciones es común. Bajo la idea de que existen referentes empíricos detrás de las palabras, las y los juristas condensan toda una gama de fenómenos, juicios de valor y otros elementos bajo un mismo concepto. A lo anterior se le intenta dar validez por el hecho de pronunciar este tipo de juicios a través de términos como “justicia” o “democracia”. Por otro lado, a veces solo basta mencionarlos, para hacer valer un argumento específico.

## B) Argumentos Basados en la estructura de lo Real.

---

<sup>64</sup> Manuel Atienza, «Las Razones del Derecho». *Teorías de la Argumentación Jurídica*. (España: Centro de Estudios Constitucionales), 1991. 54 y 55.

<sup>65</sup> *Ibidem* 55

Se expresa en las «Razones del Derecho», sobre este tipo de argumentos:

Los argumentos fundamentados en la estructura de lo real se sirven de enlaces de sucesión o de coexistencia para establecer una solidaridad entre juicios admitidos y otros que se tratan de promover. Los que se aplican a enlaces de sucesión “unen un fenómeno con sus consecuencias o sus causas” (Perelman y Obrecht-Tyteca, 1989, p. 404). Aquí se incluye, por ejemplo, el argumento pragmático, que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables. Este tipo de argumento juega un papel tan esencial que a veces se ha querido reducir a él toda argumentación razonable.<sup>66</sup>

Es importante señalar que este tipo de argumentos, en criterio de Perelman, se basan en la estructura de lo real, porque hacen dos tipos de conexiones: una entre el argumento y la causa (coexistencia) o de dos causas con un argumento (sucesión). Es decir, no necesariamente se basan en una realidad evidente o describen la misma, sino que, se valen de las formas gramaticales en que interpretamos y definimos la realidad para hacer valer un argumento.

Sobre el vicio de «abusar de la causalidad», en las ciencias sociales, el autor Minor E. Salas ha dicho al respecto:

El principal problema que existe al respecto, y del cual está plagada mucha de la literatura especializada sobre la materia, es NO distinguir los distintos niveles lingüísticos, o sea, semánticos que están involucrados a la hora de hablar, genéricamente, de la causalidad. Es decir, establecemos relaciones causales allí donde no las hay, o consideramos que un determinado fenómeno es producto de una sola causa cuando éste obedece más bien a complejos factores, o reducimos la causalidad a una especie de obligación moral (“debe suceder tal cosa”), o confundimos las causas con los efectos o a la inversa, o establecemos como relación causal de tipo fáctico aquello que únicamente es una relación de tipo psicológico o normativo, etc.<sup>67</sup>

Sin duda la técnica que evidencia Perelman no es más que una descripción de cómo se argumenta en la realidad, el apunte de Minor Salas es importante en cuanto esta herramienta de la retórica muchas veces está sesgada por una visión engañadora de la realidad y un abuso del tema de la causalidad. Por lo cual, muchas y muchos argumentadores, que sean medianamente hábiles, podrían no estar conscientes de este aspecto fundamental. Aquí se podría llegar a confundir el plano de la persuasión con el del convencimiento, partiendo de una visión unívoca falsa, pero asumida por un «auditorio universal» de la realidad como relaciones de causa-efecto.

---

<sup>66</sup> *Ibidem* 56

<sup>67</sup> Minor E. Salas Solís, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...* (San José: Editorial Isolma S.A., 2013), 245 y 246.

Un ejemplo muy vivo es el del argumento del despilfarro que se refiere a la relación causal entre la sucesión de dos o más acontecimientos con un determinado argumento: “Así ocurre con el argumento del despilfarro, que consiste en sostener que, puesto que ya se ha comenzado una obra y se han aceptado sacrificios que serían inútiles en caso de renunciar a la empresa, es preciso proseguir en la misma dirección (...)”.<sup>68</sup>

### C) Argumentos que fundan la estructura de lo real.

Aquí debe distinguirse el argumento que funda la estructura de lo real recurriendo al caso particular y, por otro lado, el razonamiento por analogía. Sobre el primero se ha dicho:

Los enlaces que fundan la estructura de lo real recurriendo al caso particular dan lugar esencialmente a tres tipos de argumentos: el ejemplo, la ilustración y el modelo. En la argumentación por el ejemplo, el caso particular sirve para permitir una generalización: en las ciencias se tratará de formular una ley general, mientras que en el derecho, la invocación del precedente equivale a considerarlo como un ejemplo que funda una regla nueva (la que se expresa en la *ratio decidendi*). A diferencia del ejemplo, la ilustración afianza (pero no fundamenta) una regularidad ya establecida: así, una determinada disposición jurídica se verá como una ilustración de un principio general en cuanto que hace patente el principio el cual, sin embargo, no debe su existencia a dicha disposición. En fin, en el modelo, un comportamiento particular sirve para incitar a una acción que se inspira en él.<sup>69</sup>

Partiendo de la aclaración que se hizo anteriormente sobre lo que entiende Perelman como «estructura de lo real», aquí se presenta otra categoría de técnicas argumentativas que se encargan más bien de darle una causa a esa realidad que se quiere hacer ver. Se trata de argumentos que hacen ver la existencia de principios o razones suficientes, para hacer valer los mismos.

Los tres casos en los que se funda la realidad en un caso particular, tienen en común servir como premisas necesarias del argumento, pero surgen de causas distintas. Estos casos son: **El precedente**, que es un ejemplo muy usado en la labor judicial y que en otras latitudes es hasta obligatoria seguirlo. **La ilustración**, es una técnica que se utiliza mucho en el plano académico; de esta forma, de la invocación de ciertos principios y sus consecuencias, se hacen valer determinadas tesis. Pero todos estos casos que se asemejan a comparaciones, no se deben confundir con la analogía. En sentido estricto **la analogía** también podría ser similar a una comparación, pero en este caso de estructuras.

---

<sup>68</sup> Manuel Atienza, «Las Razones del Derecho». *Teorías de la Argumentación Jurídica*. (España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 57.

<sup>69</sup> *Ibidem* 58

Al respecto se aclara:

En el Tratado, la analogía se concibe como una similitud de estructuras, cuya fórmula general sería:  $A/B = C/D$  (por ejemplo, los casos no previstos son al derecho lo que las lagunas a la superficie terrestre), y en donde se cumplen las siguientes condiciones: 1) el conjunto de los términos C y D, llamado foro, debe ser mejor conocido que el conjunto de los términos A y B, denominado tema; de esta manera, el foro permite aclarar la estructura o establecer el valor del tema. 2) Entre el tema y el foro debe existir una relación de asimetría, de tal manera que de  $A/B = C/D$  no puede pasarse a afirmar también  $C/D = A/B$ ; en esto se diferencia la analogía de una simple proporción matemática (si  $2/3 = 6/9$ , entonces también vale  $6/9 = 2/3$ ). 3) Tema y foro deben pertenecer a dominios diferentes; si pertenecieran a un mismo dominio y pudieran subsumirse bajo una estructura común, estaríamos ante un ejemplo o una ilustración. 4) La relación de semejanza, por último, es una relación que se establece entre estructuras, no entre términos; no es tanto, por así decirlo, una relación de semejanza, como una semejanza de relaciones.<sup>70</sup>

Es importante ver la diferencia entre analogías y argumentos basados en un caso particular, puesto que la primera también puede confundirse con el término técnico-jurídico de interpretar un supuesto no contemplado en una norma ya existente que se da en el derecho. En este sentido, la analogía para el interés de este trabajo, es una técnica argumentativa de enlace donde se comparan estructuras con el fin de hacer notar la validez de una de ellas, utilizando la otra como referente. Esta es la relación «foro-tema».

## 2) Argumentos de Disociación:

Sobre este tipo de argumento menciona Atienza sintetizando al tratado:

Así, la disociación de las nociones consiste en una transformación “provocada siempre por el deseo de suprimir una incompatibilidad, nacida de la confrontación de una tesis con otras, ya se trate de normas, hechos o verdades” (ibidem, p. 629). Un ejemplo de utilización de un argumento de disociación lo constituye la introducción por un jurista de una distinción dirigida a conciliar normas que de otra forma serían incompatibles (...).<sup>71</sup>

Esta técnica de la argumentación retórica tiene el mismo fin de las técnicas de enlace: hacer valer una realidad o un argumento. La diferencia radica en el plano formal. Mientras una trata de enlazar conceptos, causas, realidades, ejemplos; en la disociación se trabaja sobre la base de que «una cosa es X y otra es Y» y es incorrecto confundirlas, por lo que la técnica sirve para distinguir a «X» y «Y».

---

<sup>70</sup> Ibidem 58 y 59

<sup>71</sup> Ibidem 59 y 60

En última instancia, mediante esta técnica también se puede estar fundando la estructura de lo real o basándose en ella, pero la gran diferencia es que no sirve para armonizar fenómenos, sino para separarlos. Aquí es importante la separación entre «apariencia» y «realidad». Dicha distinción no es nada inocente ni desconocida en el mundo de la filosofía, desde Platón hasta algunas corrientes contemporáneas, se abogan por la visión dualista de la realidad. Pero en lo que respecta a este estudio lo que interesa es la aclaración que se hace en las *Razones del Derecho* sobre esta técnica argumentativa:

El prototipo de toda disociación es la pareja apariencia-realidad, que surge de la necesidad de evitar incompatibilidades entre apariencias que no pueden ser consideradas todas expresión de la realidad, si se parte de la hipótesis de que todos los aspectos de lo real son compatibles entre sí (...) Perelman y Olbrecht-Tyteca llaman “parejas filosóficas” a las que resultan (a semejanza de la pareja apariencia/realidad) de una disociación de las nociones: por ejemplo, medio/fin; consecuencia/hecho o principio; acto/persona; relativo/absoluto; teoría/práctica; letra/espíritu. Estas parejas se usan en todos los niveles y dominios y juegan un papel eminente en cuanto expresión de una determinada visión del mundo (cfr. OlbrechtTyteca, 1979).<sup>72</sup>

Distinguir entre dos niveles distintos de la realidad puede ser beneficioso para un argumentador, pero dependiendo del caso concreto convendría dejar unidas las nociones que intenta separar. Como técnica de retórica argumentativa no debe verse como nada más que eso; es decir, la presente investigación no pretende abrir un debate sobre ética en la fundamentación judicial, ni hacer ver las deficiencias de dichas técnicas, tampoco analizar la validez de la teoría de la «Nueva Retórica»; solo se trata de una simple mención a la descripción de técnicas argumentativas.

En este caso, tales técnicas toman como punto de partida la distinción de la realidad en «parejas filosóficas» porque les conviene que tal fenómeno sea distinguido totalmente de otro que se intenta reprochar. Por ejemplo, se trata de diferenciar entre el derecho por un lado y la moral por el otro, cuando en el plano real parecen estar muy unidos. Lo cierto es que ninguna fundamentación de una sentencia va a admitir este hecho y si conviene hacer énfasis en las diferencias para “persuadir” o “convencer” a un auditorio. Lo anterior, se convertirá en una herramienta de retórica muy fuerte.

---

<sup>72</sup> *Ibidem* 60

## **SECCIÓN SEGUNDA: ELEMENTOS BÁSICOS DEL LENGUAJE Y DE LOS DISCURSOS JURÍDICOS**

Antes de llegar a una apropiada comprensión del discurso jurídico, es fundamental entender la naturaleza del lenguaje común. Este, como herramienta del habla, tiene las mismas particularidades en cualquier contexto, lo que difiere son los usos y los intérpretes del mismo. En la presente sección se hará referencia a algunos aspectos básicos o generales que la filosofía del lenguaje ha llegado a apuntar sobre el mismo, para terminar en una mención somera sobre las conclusiones cardinales que se han alcanzado en la filosofía del derecho; específicamente aquellas que tienen que ver con las características del discurso jurídico.

### **A) Naturaleza del lenguaje**

Para entender la naturaleza del lenguaje, un autor enriquecedor sobre el tema es Genaro Carrió, por su precisión acerca del concepto «**Textura Abierta del Lenguaje**», que se cita a continuación:

(...) Las palabras generales que usamos no están perfectamente definidas, cualesquiera sean nuestras creencias sobre el particular. Cuando pensamos haberlas delimitado en todas las direcciones, el caso insólito nos muestra que en un aspecto no contemplado faltaba determinación. No disponemos de un criterio que nos sirva para incluir o excluir todos los casos posibles, por la sencilla razón de que no podemos prever todos los casos posibles. No podemos agotar la descripción de un objeto material, ni por lo tanto, formular una lista completa de todas las propiedades en relación con las cuales pueden darse variantes o combinaciones de eventual relevancia. Estas aptitudes no forman parte del equipo de los seres humanos ni pueden adquirirse mediante algún adiestramiento especial. Es por ello que las palabras presentan esta característica de vaguedad potencial o textura abierta; y es por ello, también, que tal característica constituye, por decir así, una enfermedad incurable de los lenguajes naturales<sup>73</sup>

Los «casos insólitos» son aquellas palabras que, aunque están más determinadas que otras e incluso pueden usarse en un solo sentido en una determinada comunidad por todos los miembros, siempre puede existir un caso en que la misma cambie su sentido. En la cita anterior, Carrió habla de una «vaguedad potencial» precisamente porque la «textura abierta» no permite que se conozcan todos los posibles significados que se le puedan dar a un término. Incluso, una sociedad que maneje un lenguaje perfectamente definido podría variar su forma al entrar en contacto con otras convenciones lingüísticas que agreguen diferentes funciones a los términos ya definidos.

---

<sup>73</sup> Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963). 36.

Esta característica es inherente a los lenguajes naturales, por lo que se habla de una «enfermedad incurable». Ninguna palabra contiene necesariamente un objeto determinado y único detrás de ella, todas poseen textura abierta. Es importante asimilarlo como una «enfermedad incurable », tras los intentos inútiles por domar la incertidumbre que puede generar el uso de las palabras. Como se expresó antes, incluso en una «sociedad cerrada», uno de sus miembros podría variar arbitrariamente el significado o el sentido que se le dan a ciertos vocablos.

La explanada anterior nos lleva al hecho de que las palabras pueden tener diferentes usos. Pueden expresar ideas, dudas, imperativos y otros<sup>74</sup>; se dice que estas son plurifuncionales. El concepto anterior y esta precisión sé entienden mejor comprendiendo el concepto del «**Carácter Convencional del Lenguaje**» que Pedro Haba señala:

(...) Cualquier lenguaje constituye uno de esos convenios, básicamente tácito. Se trata de un acuerdo sobre modos de emplear las palabras; acuerdo que, como cualquier otro, tiene la contingencia y variabilidad propia de los aspectos en que llega a convenir un conjunto de seres humanos. Se entiende un lenguaje porque uno conoce sus reglas de uso (aunque no sepa formularlas conscientemente). Hay una especie de pacto sobrentendido, entre el que habla y el que escucha, en cuanto a que ambos entienden de la misma manera, más o menos, las palabras empleadas y las reglas sintácticas que relacionan esas palabras entre sí.<sup>75</sup>

Los usos del lenguaje dependen, eminentemente, de quien esté empleando determinado término, pero también de los intérpretes autorizados para hacerlo. El «acuerdo tácito» al que hace referencia el autor no debe entenderse en cuanto al «correcto significado» del término, sino con respecto al uso que se le da en determinada comunidad lingüística. La diferencia es fundamental porque uno es un acuerdo engañoso y el otro es lo que realmente se hace.

Por otro parte, estos acuerdos provienen de una acción en la que se da un sentido a las palabras. Dicha acción es arbitraria y Haba aclara cómo se debe entender esta arbitrariedad:

---

<sup>74</sup> Tener en cuenta la «Sección D» y específicamente el punto «b) Variedad de las funciones lingüísticas», referido a la Naturaleza del Lenguaje, en: Haba, Enrique Pedro. *Los Juicios de Valor. Elementos Básicos de Axiología General*. (San José: Editorial UCR), 2010. 124.

<sup>75</sup> Enrique Pedro Haba, «Los Juicios de Valor». *Elementos Básicos de Axiología General*. (San José: Editorial UCR, 2010). 122.

Esto es: “arbitraria”, no en el sentido de que eso responda a unos caprichos de los locutores, ni tal calificación se usa ahí con alguna connotación de juicio moral como cuando se dice que alguien incurre en “arbitrariedad”. Simplemente, se señala el elemental hecho de que los significados lingüísticos dependen de cierta elección, “arbitrario”, efectuada por seres humanos, de manera consciente o inconsciente (por lo general es lo segundo), pues no hay nada en las palabras mismas que haga imposible, y mucho menos inconcebible, utilizar cualquiera de ellas para mentar sea lo que fuere, si bien, por costumbre no sucede así.<sup>76</sup>

Hay que enlazar el elemento arbitrario con el pacto o convenio implícito que se haga sobre el uso de un determinado término, puesto que la arbitrariedad puede depender de muchos factores. Los mecanismos de poder institucionalizados pueden crear una suerte de «diccionario social» en que se clasifiquen y entiendan unas palabras de determinada forma dependiendo del contexto. Es decir que la religión institucionalizada, la familia, la educación, los grupos comunales y las instituciones políticas pueden, bajo un acuerdo engañoso, presionar a que tales términos se entiendan de una única forma.

Otras propiedades que tiene el lenguaje por su carácter inexacto son por ejemplo la ambigüedad o polisemia, la vaguedad y otros más. En este sentido, sobre la **Ambigüedad y Vaguedad** del Lenguaje, menciona Pedro Haba:

La ambigüedad o polisemia es el hecho de que la misma palabra cambia de sentido en función de los contextos donde sea utilizada; significa una cosa en el contexto A, otra cosa en el contexto B, etc. Un ejemplo sencillo: el vocablo “hombre” puede referirse tanto al ser humano en general, cuanto únicamente a los seres humanos adultos del sexo masculino (es obvia la importancia que tal distinción podría tener para la interpretación de los preceptos legales; determinaría a quiénes se puede aplicar un texto jurídico que dice “los hombres”). Algunos términos pueden tener, en principio, un doble significado; otros pueden admitir tres o más sentidos. Objetos distintos o distintos aspectos de un objeto pueden ser designados, respectivamente, por una misma palabra: casos de homonimia. También puede darse el fenómeno inverso, que la misma “cosa” sea designada por más de un solo vocablo: sinonimia.

En cambio, un término es vago en la medida en que resulte dudoso si ciertos objetos o situaciones caben aún dentro de la esfera de los significados que tiene esa palabra. Se trata de situaciones en las que —a diferencia de los casos de homonimia y sinonimia— no se sabe bien si tal o cual cosa es o no susceptible de ser designada, en principio, por el término en cuestión. Por ejemplo: ¿a partir de qué momento un adolescente pasa a ser “hombre” (adulto)?.<sup>77</sup>

La ambigüedad configura un fenómeno menos complejo y más común que la vaguedad, pues la simple característica de las palabras de poseer uno o más significados. Pero como bien lo expresa el autor, esta múltiple significación o polisemia es producto de los

---

<sup>76</sup> Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho. Tomo I.* (San José: Editorial UCR, 2012). 87

<sup>77</sup> *Ibidem* 103 y 105



distintos usos y convencionalidades diversas a las que está sometido el lenguaje, variando el significado de las palabras de un contexto a otro.

Con respecto al término de vaguedad, este se refiere a un problema de incertidumbre en su utilización. Es decir, al no saber si una cosa puede o no ser designada por el término que se le atribuye, significa que la palabra posee unos sentidos dudosos y no se sabe si es aplicable al objeto que intenta designar, porque la indeterminación de la palabra no permite hacer una relación directa entre el significado y el significante. Hay palabras menos indeterminadas que otras; por ejemplo, *escritorio* designa un tipo de bien mueble, pero en una zona de penumbra más lejana se pueden encontrar términos como «democracia», «amor» «dios», entre muchas otras.

Estas palabras son vagas, porque incluso estudiando el uso que poseen en un determinado contexto, el objeto que intentan designar se encuentra totalmente indeterminado y las posibilidades semánticas pueden incluso llegar a ser infinitas. La vaguedad se debe enlazar con la «textura abierta del lenguaje» que se expuso arriba, porque esta última, como enfermedad incurable, es la que permite que un término pueda poseer cualquier cantidad de significados o no poseer ninguno concreto, estos son los casos de mayor porosidad del lenguaje.

Una vez entendida la naturaleza del lenguaje, es preciso recordar que las palabras pueden denotar objetos (tener una referencia específica, como la palabra *silla* con el mueble), pero también connotar, es decir que una palabra entra en juego con todas las posibilidades semánticas de su significación. La distinción entre «**Símbolos Referenciales y Símbolos Expresivos**» se hace útil en este marco general sobre el lenguaje, ya que cada uno se refiere consecutivamente a las funciones del lenguaje descritas anteriormente:

Los símbolos referenciales son denotativos, son palabras u objetos que tienen una referencia específica, son instrumentales. “Máquina portátil” es un símbolo referencial; es una manera conveniente de referirse a una clase específica de objetos.

Los símbolos expresivos son connotativos. Evocan asociaciones que son difusas y amplias antes que específicas y limitadas. La palabra profesor denota a uno que tiene cierta posición en una facultad, pero la misma palabra connota una amplia gama de asociaciones no especificadas completamente, que sugieren autoridad, conocimiento y sabiduría, o quizá subversión y falta de sentido práctico.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Broom, L y Selznick, P. *Sociología*. (México D.F.: Compañía Editorial Continental S.A. 1971), 77.

Del estudio anterior ha quedado claro que las palabras pueden tener diferentes significados dependiendo del contexto y que ningún vocablo puede escapar a esta « enfermedad incurable »; sin embargo, hay conceptos más determinados que se utilizan para designar un referente empírico concreto, esto es la función de la denotación que se apunta en la cita. Por otro lado, los conceptos que son vagos tienen la función de ser connotativos y como símbolos expresivos, son los que sirven de enganche en la argumentación retórica. La anterior distinción es fundamental para entender los usos retóricos que tienen ciertas palabras.

### **B) Algunos problemas que surgen de la no-comprensión de la naturaleza del lenguaje.**

En cierta forma se ha hecho referencia, en el punto anterior, al inconveniente de creer que existen referentes empíricos invariables y únicos detrás de las palabras. Sin embargo, para cuestiones de claridad, conviene definir el concepto con el que se ha denominado técnicamente a este fenómeno llamado «**Naturalismo Lingüístico**» y que Minor Salas define como un tipo de «sofisma». Al respecto menciona dicho autor:

En todo caso, lo importante de rescatar es que la división de la realidad sobre la base de los nombres origina la tendencia a sustantivizar u ontologizar los más heterogéneos niveles de la realidad lingüística, cayéndose en la creencia de que toda palabra designa un objeto empíricamente definido. Esta concepción no es, evidentemente, inocente. Se puede asumir que detrás de la palabra “silla” hay un objeto físico respectivo, o que detrás de la palabra “animal” se encuentra un cuadrúpedo, etc. Pero, y aquí es donde se da el gran salto metafísico, no es posible asumir como mucha gente y teóricos sociales lo hacen, que detrás del término “libertad” o que detrás del vocablo “democracia” hay también un objeto físico real, o que existe “el” Derecho, “la” Justicia, “la” Patria, “la” Familia, etc., como objetos tangibles de nuestro mundo.<sup>79</sup>

Dicho problema surge de la incompreensión de la naturaleza del lenguaje porque se olvida de todas sus características. En el momento que una persona asume que una palabra solo tiene un sentido correcto y que detrás de la misma existe la cosa que se está denominando, se cae en el naturalismo lingüístico. Este fenómeno es muy frecuente en cualquier plano del mundo social, desde académicos hasta personas comunes. Aun así, es fundamental diferenciarlo del concepto de «**Magia Verbal**», cuya definición es propuesta por el mismo autor:

---

<sup>79</sup> Minor E. Salas Solís, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...* (San José: Editorial Isolma S.A. 2013), 68.

Una de las manifestaciones más frecuentes y trascendentes de la magia verbal en el pensamiento primitivo, pero por supuesto, también en el lenguaje actual, consiste en considerar que se puede cambiar la realidad modificando simplemente el nombre de las cosas. Es decir, el poder sobre el mundo está dado por el poder sobre las palabras.<sup>80</sup>

La «magia verbal» se caracteriza por una falsa creencia que la utilización o la mera pronunciación de ciertos términos o vocablos, producen unos cambios sobre la realidad social e incluso tangible. Por ejemplo, cuando se considera que si se repite en voz alta unas frases sacramentales, una fuerza metafísica va a transformar la suerte de una persona, se habla del «poder de la oración»; o en el campo de las políticas públicas, cuando se cree que llamar a las personas inválidas de una u otra forma va a convertir a la sociedad en más tolerable e inclusiva (sin entrar a discutir las posibles definiciones de esos términos). Esta es uno de los «males» más encontrados en las justificaciones de las sentencias judiciales en general, puesto que muchas y muchos jueces llegan a creer que si utilizan unas palabras específicas y no otras, entonces sus sentencias ya están debidamente fundamentadas y por tanto el derecho está «bien dictado». Esta creencia puede ser más o menos consciente, dependiendo del juez o la jueza y su auditorio. Pero sobre este aspecto se volverá más adelante.

Por otro lado, una incompreensión de la naturaleza del lenguaje llevaría a absurdos la creencia que un enunciado normativo encierra un significado único e inherente que sólo debe ser relevado por la interpretación. A este fenómeno se le conoce como «**Interpretación Literal-Gramatical**» y es uno de los vicios de la no comprensión del lenguaje. Esta falsa representación de la realidad se encuentra muy presente en las disciplinas normativas (teología, derecho, ética, entre otras) y se puede entender en los siguientes términos:

(...) Se encuentra bastante bien caracterizado por la definición que proporciona DU PASQUIER. Según este autor, dicho tipo de interpretación:

“consiste en extraer de las palabras mismas (semántica), de su ubicación en la frase y de la sintaxis, inclusive de la puntuación, el sentido exacto del artículo en cuestión.” (197:185). Pienso que tal caracterización recoge en buena medida los más típico de aquellos procedimientos que, en la práctica del derecho, suelen aparecer rotulados como casos de interpretación “literal” o “gramatical”.<sup>81</sup>

En esta cita, la frase del «sentido exacto» es la clave que engaña a quienes creen «ciegamente» en este tipo de interpretación. Al pensarse en extraer el sentido exacto de una norma o disposición no habría forma de aplicarla mal, porque la misma hace mención a una

---

<sup>80</sup> *ibidem* 69

<sup>81</sup> Enrique Pedro Haba, *El Espejismo de la Interpretación literal*. (San José: Vlamarán S.A. 2003), 229.

materialidad u referente ontológico único. Por lo que sólo habría que descubrir esa materialidad a través de la interpretación propuesta.

También en el campo de la lógica, se pueden palpar los efectos de la incorrecta comprensión de la naturaleza del lenguaje, la cual se ve reflejada en el estudio de las «**falacias informales**», propio de la lógica informal. El filósofo costarricense Luis Camacho, autor de múltiples obras de lógicas, precisó este concepto de la siguiente manera:

(...) Aunque el número de argumentos inválidos es potencialmente infinito, muchos de ellos se pueden sistematizar en un número pequeño de grupos o tipos que tienen características comunes. Este es el origen del estudio de las falacias: el deseo de clasificar argumentos inválidos en categorías fáciles de definir y útiles para el análisis.

Además de ser inválidas, se suele decir que las falacias tienen otra característica, la de engañar. De ahí la definición habitual de las falacias como argumentos inválidos que parecen válidos. El engaño se logra con la apariencia de validez que sirve para ocultar el carácter de invalidez. Esta característica no siempre se da, puesto que las falacias engañan en diverso grado a diferentes personas. Lo que engaña a alguien no engaña a otro; podría dejar de haber personas engañadas por falacias y, sin embargo, no diríamos que ciertos argumentos inválidos hayan dejado de ser falacias.<sup>82</sup>

Este concepto es importante aclararlo, porque las argumentaciones retóricas pueden contener un gran número de falacias. Pero las informales deben ser distinguidas de las formales, las cuales no se dan en este tipo de contextos (pertenecen más bien a la estricta lógica formal). Las falacias informales son, efectivamente, las que pueden aparecer en los discursos retóricos, entre mayor comprensión y estudio de las mismas se tenga, más dificultad de caer en ellas habrá. Se destaca como un problema que surge por la incompreensión del lenguaje, porque las falacias se utilizan en contextos argumentativos y son producto, en la mayoría de los casos, del aprovechamiento del carácter convencional del lenguaje; por ejemplo, las falacias de ambigüedad.

Es preciso apuntar dos problemas más que fueron visualizados por el filósofo uruguayo Carlos Vaz Ferreira en el libro *Lógica Viva*. Uno es el de «**cuestiones de palabras y cuestiones de hechos**»:

*Entre las cuestiones que los hombres discuten, las hay de palabras y las hay de hechos. Hay también, muy a menudo, cuestiones que, tales como son discutidas, son en parte de palabras y en parte de hecho, en proporciones diferentes según los casos. Ahora bien: los hombres tienen tendencia –y este es un paralogsimo que prácticamente importa mucho analizar- a tomar las cuestiones de palabras por cuestiones de hecho, total o*

---

<sup>82</sup> Luis Camacho Naranjo, *Introducción a la Lógica*. (Cartago: Libro Universitario Regional, 2002). 113.

*parcialmente (...) Ahora bien: tiene una gran importancia acostumbrarse a realizar, al principio conscientemente, después por una especie de hábito, este trabajo mental: cuando se discute una cuestión cualquiera, averiguar si hay diferencia entre los hechos que se admiten, sea en cuanto a la existencia de los hechos, sea en cuanto a la manera en que ocurren.*<sup>83</sup>

La celada lingüística que quiere hacer notar el autor consiste en que mentalmente fraccionamos la realidad en conceptos. Unos se refieren a determinados aspectos de la realidad o hechos concretos. El problema surge cuando se está tratando la comprensión de un mismo hecho, sea en cuanto a la existencia o la manera en que ocurre, y se utilizan dos o más palabras para referirnos al mismo hecho. Si una persona insiste en que el concepto denominado X es distinto al concepto Y, pero en la realidad ambos fenómenos se presentan de la misma forma, entonces se trata de una discusión de palabras y no de hechos. Las discusiones de palabras pueden llegar a ser, dependiendo del grado de lo que se esté discutiendo, parcial o totalmente inútiles.

Por otro lado, Vaz Ferreira también se refiere al problema de las «**Cuestiones Explicativas y Cuestiones Normativas**», mediante el cual, los asuntos de la segunda clase (normativos) se tratan como los de la primera (explicativos). Al respecto precisa el autor:

Los problemas que los hombres discuten, podrían, más o menos esquemáticamente, dividirse en dos clases: a veces se discute sobre cómo son las cosas o sobre cómo pasan los fenómenos, otras veces se discute cómo se debe obrar. Podríamos llamar a los primeros, problemas de ser, o problemas de existencia, o problemas de constatación, o problemas de explicación; a los segundos, podríamos llamarlos problemas de hacer, o de acción, o problemas de conveniencia (a los cuales podrían agregarse los problemas de ideal, relativos, no ya a cómo deben hacerse las cosas, sino a cómo sería deseable que fueran); o bien, todavía, problemas normativos, etc. Todas esas denominaciones son más o menos impropias: algunas expresan mejor ciertos aspectos de las divisiones, y otras, otro aspecto (...).<sup>84</sup>

Complementa el autor:

Ahora bien: el sofisma que vamos a estudiar, resulta de la tendencia de los hombres a asimilar unos problemas a otros; a buscar “la solución” de los problemas normativos, en el mismo estado de espíritu y con el mismo designio con que se busca la de los problemas explicativos o de constatación; a creer que es forzoso que tengan soluciones perfectas; a suponer que habría que encontrarlas.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Carlos Vaz Ferreira, *Lógica Viva*. (Montevideo: Talleres Gráficos, 1916). 40 y 42.

<sup>84</sup> *Ibidem* 50 y 51

<sup>85</sup> *Ibidem* 53

El problema señalado es muy frecuente en las disciplinas de aplicación, como por ejemplo el derecho, donde algunos operadores creen falsamente que su solución se corresponde con una realidad tangible a la que hacen referencia. No comprender la diferencia entre los problemas de existencia y los normativos se puede derivar de una incompreensión de la naturaleza del lenguaje, en tanto se piensa que las palabras que se utilizan para resolver cuestiones normativas del plano «deber-ser», efectivamente modifican la estructura de lo real.

Es en parte una especie de «magia verbal» y por otro lado, el desconocimiento del carácter plurifuncional y convencional del lenguaje. Algunos conceptos o términos se encuentran en una comunidad lingüística como simples «símbolos expresivos», sin que detrás de ellos se presenten problemas reales o tangibles necesariamente. Por ejemplo, sería un error de este tipo, cuando un juez de algún tribunal constitucional del mundo crea que ha resuelto los «problemas democráticos» de su país con una sentencia en la cual define cuál es el tipo de sistema político que sigue su Constitución.

### **C) Particularidades del lenguaje jurídico**

El derecho es una variedad del lenguaje común, en tanto comparte las características esenciales de los lenguajes naturales descritas anteriormente. Para el autor Pedro Haba, lo que caracteriza al derecho son los distintos discursos que toman su forma a partir de sus autores e intérpretes: los legisladores (derecho positivo), jueces (jurisprudencia) y juristas (doctrina). Cada uno maneja un discurso diferente que va orientado por la función que cumplen los interlocutores en el derecho, pero cada uno está subordinado a un lenguaje jurídico. Al respecto es importante aportar la definición del derecho como lenguaje particular que establece el autor:

El derecho es una manera de “hablar” (façon de parler) que puede, o no, tener consecuencias prácticas. Específicamente: es la “manera de hablar” propia de un gremio, el de los juristas; aquella que estos emplean para llevar a cabo su actividad profesional, con todas sus consecuencias prácticas.<sup>86</sup>

Esta «forma de hablar» a menudo es utilizada por especialistas o profesionales de otras disciplinas que se valen del lenguaje jurídico para distintos efectos, así como puede ser invocado en las casas o calles por personas *legos* en la materia. Pero los mismos profesionales del derecho no escapan de combinar ciertos discursos jurídicos con otros

---

<sup>86</sup> Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho. Tomo I.* (San José: Editorial UCR, 2012). 39

elementos propios del lenguaje común. Al respecto, el mismo autor, refiriéndose a la característica del derecho de ser un lenguaje técnico, pero débilmente científico expresa:

Mediante el lenguaje común, también al lenguaje “técnico” del derecho se trasladan nociones vulgares como visión del mundo (Weltanschauungen), las predominantes en el medio: pre-comprensiones del hombre de la calle en materia ética, religiosa, mitología política, y en general las “construcciones” del imaginario social; igualmente, ideas simplistas sobre la ciencia (así, sobre las posibilidades de los “métodos”). El jurista comparte, en general, la visión que del mundo tiene la gente en su país.<sup>87</sup>

El operador del derecho no puede escapar a la naturaleza del lenguaje, puesto que el derecho solo suministra fórmulas, el contenido de las mismas debe ser llenado por otro tipo de aspectos menos técnicos. Esos aspectos en muchas ocasiones constituyen verdaderos tratados de definiciones (discurso de los juristas) que se positivizan en las leyes (discurso de los legisladores) y dan la falsa idea de que una noción tiene un significado único o correcto. Pero más que un problema de indeterminación, en el derecho se toman decisiones morales y éticas que se disfrazan de criterios científicos (que también pueden estar presentes, por ejemplo en las pruebas periciales); aunque, en la práctica las discusiones versan sobre unos determinados juicios de valor.

Los «**Juicios de Valor**» no se deben confundir con los prejuicios, que conllevan una carga esencialmente negativa. Los juicios de valor son básicos para la convención del lenguaje, porque le permiten a las personas y sociedades hacer valoraciones en la toma de decisiones que no se pueden alcanzar por otros medios que no sea, precisamente, «haciendo valer» las mismas. Pero, sin duda, los juicios de valor de los intérpretes jurídicos pueden esconder prejuicios o preconcepciones infundadas sobre cierto sector o situación social. También es importante distinguirlos de los «juicios de existencia»:

La filosofía actual emplea muchas veces la distinción entre juicios de existencia y juicios de valor; y así los juicios de existencia serán aquellos juicios que de una cosa enuncian lo que esa cosa es: enuncian propiedades, atributos, predicados de esa cosa, que pertenecen al ser de ella.

Frente a estos juicios de existencia, la filosofía contemporánea pone o contrapone los juicios de valor. Los juicios de valor enuncian acerca de una cosa o algo que no añade ni quita nada al caudal existencial y esencial de la cosa. Si decimos, por ejemplo, que una acción es justa o injusta, lo significado por nosotros en el término “justo” o “injusto” no roza para nada a la realidad de la acción.

Los valores no son, sino que valen. Una cosa es valer y otra cosa es ser. Cuando decimos de algo que vale, no decimos nada de su ser, sino decimos que no es indiferente.

---

<sup>87</sup> Ibídem 47

La no-indiferencia constituye esta variedad ontológica que contrapone el valer al ser. La no-indiferencia es la esencia del valer.<sup>88</sup>

Tal distinción es fundamental y la «variedad ontológica» a la cual apunta la cita es la distinción entre lo que es y la valoración misma de los atributos de una cosa. En el lenguaje jurídico se pueden encontrar argumentos que mezclan ambos niveles del conocimiento humano, por lo que es fundamental mantener su distinción.<sup>89</sup>

Pese a lo anterior, es importante acotar que el derecho no constituye un sistema único y ordenado ni mucho menos un solo discurso. Por el contrario, está compuesto de muchos y muy variados discursos, que se pueden agrupar en los tres principales mencionados anteriormente, pero es claro que por cada uno hay otros sub-discursos. Por ejemplo, en el caso de la jurisprudencia, es posible pensar que en una misma sentencia penal se manejen varios niveles discursivos; siendo característicos los de la prueba, fundamentación jurídica y motivación de la pena; cada uno con sus propias particularidades y alimentándose de distintos elementos científicos, extra jurídicos, entre otros.

Es claro, como se estudió con la naturaleza del lenguaje, que las palabras no encierran esencias ni significados verdaderos o únicos, por lo que los discursos del derecho dependen de los «intérpretes autorizados» para definir los conceptos y darle vida a la «letra muerta» que constituyen los enunciados normativos. Sobre este concepto de los intérpretes autorizados expresa Pedro Haba:

En otras palabras: para que la ley nos “diga” verdaderamente algo, es necesario interpretarla. Claro que intérpretes puede haber muchos: unos hacen que el texto “diga” ciertas cosas, pero acaso otros le harán decir contenidos diferentes. Solo que, para darle efectos al derecho positivo no suele tomarse en cuenta la opinión de simplemente cualquier intérprete, sino nada más la de algunos, ubicados en ciertas posiciones sociales específicas. Significa que el derecho dirá, en la práctica, justamente cuanto esos intérpretes –aquellos que en determinado medio social se considera que “dice” ahí. Voy a llamarlos, por eso: los “intérpretes autorizados”. Son aquellos que disponen, solo ellos, de autoridad suficiente para decidir qué “dice” –así también qué no “dice”- el derecho positivo en cuestión.<sup>90</sup>

En la práctica no se admite que nociones pueden tener tantos significados como intérpretes existan, lo anterior provoca un caos en la concepción ideal de la administración de

---

<sup>88</sup>La distinción la realiza Manuel García Morente en *Lecciones Preliminares de Filosofía* (1977), pero es extraída de: Haba, Enrique Pedro. «Los Juicios de Valor». *Elementos Básicos de Axiología General*. (San José: Editorial UCR, 2010). 4.

<sup>89</sup> Para una mayor profundidad sobre el tema de los “Juicios de Valor”, se puede consultar la obra: Enrique Pedro Haba, «Los Juicios de Valor». *Elementos Básicos de Axiología General*. (San José: Editorial UCR, 2010).

<sup>90</sup> Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho. Tomo I*. (San José: Editorial UCR, 2012) 57.



justicia; es por lo anterior que se recurre a unos sujetos «privilegiados» para que interpreten y definan el sentido de las normas. Por tanto, los discursos del derecho van a depender de la formación y de los niveles emocionales y cognitivos que manejen sus intérpretes, no tanto del texto de las normas.

Es indudable que el lenguaje jurídico, aun con la imposición de unos intérpretes, puede variar su indeterminación y textura abierta, dependiendo de los conceptos que se propongan. Existen niveles de indeterminación más altos que se evidencian en unos «conceptos jurídicos indeterminados». Estos conceptos son utilizados en la argumentación retórica y dependiendo de la fuerza e importancia del intérprete pueden ser más o menos efectivos. Sobre este concepto se ha dicho:

Cuanto mayor sea la indeterminación semántica de los términos de un texto, más variadas son las posibilidades interpretativas que están en condiciones de poner en juego sus locutores. En el lenguaje de la teoría y de la propaganda política, como asimismo dentro del discurso jurídico –en todas sus ramas-, no faltan tales términos. Ellos representan lo que se ha dado en llamar unos “conceptos indeterminados”, aquellos cuyo ámbito semántico es muy elástico: a menudo resultan polisémicos, siempre ofrecen anchos márgenes de vaguedad (“aureolas de penumbra”), etcétera.<sup>91</sup>

Con la cita anterior se reitera la vaguedad y polisemia de dichos términos; unos pueden estar más indeterminados que otros, pero fundamentalmente los más indeterminados son los preferidos de la propaganda política (y de la persuasión retórica), por «las posibilidades interpretativas que están en condiciones de poner en juego sus locutores», como se extrae de la definición.

Así mismo hace ver el autor Pedro Haba, al referirse a la función de los conceptos indeterminados, en el discurso de los derechos humanos como eminentemente retórica:

La función social real del discurso jurídico no es solamente tratar de asegurar cierto orden de conductas sino también, no hay que olvidarlo, hacer aparecer como legítimas las soluciones que corresponden a ese orden y, por tanto, la palabra de sus operadores oficiales, autoridades públicas. Para obtener tal resultado se hace necesario que ese lenguaje sea de índole esencialmente retórica, antes bien que constituir un discurso científico propiamente dicho (nota 17), pues se trata, sobre todo, de “apaciguar” unas contradicciones sociales tan fundamentales como aquellas de que tratan los derechos humanos (...) La retórica en cuestión es indispensable para poner en movimiento dichos derechos, pues se necesita convencer de proceder, o de aceptar que otros procedan, en tal o cual sentido. Entonces tal convicción necesita ser despertada o reafirmada ante auditorios que son (o

---

<sup>91</sup> Enrique Pedro Haba, *El Espejismo de la Interpretación literal*. (San José: Vllamarán S.A. 2003) 229. 141.

dicen ser) sensibles –por lo menos en principio– a esa terminología justamente. Quien conozca bastante bien la “gramática” de esos derechos se encontrará mejor armado para extraer retóricamente, de los textos oficiales o doctrinarios invocables, unas conclusiones que vayan en el sentido de la ideología que él profesa y, en su caso, para proteger los intereses de las personas que él se proponga apoyar mediante unos discursos-DH. En eso consiste el estudio “técnico”-jurídico de la materia.<sup>92</sup>

En esta cita extensa se ejemplifican todos los temas que se han tocado sobre el lenguaje jurídico, pero el caso de los derechos humanos es similar al de cualquier otra rama del derecho. Los intérpretes autorizados tienen la función social de utilizar los conceptos jurídicos para persuadir a los destinatarios de las normas; no es necesario formular un discurso científico, en la realidad solo importa «ganar el caso» o «que no apelen la sentencia». De la cita se extrae, también, otra consecuencia fundamental: los intérpretes autorizados de los derechos humanos, envían sus argumentos retóricos hacia personas que comparten y entienden tal discurso jurídico.

Esta última particularidad del discurso jurídico, como eminentemente retórico, se corresponde con la realidad del gremio. Es decir, en la práctica no importa si las personas a las que va dirigida la aplicación del derecho entienden cualquier nivel de discurso jurídico, solo importa que acepten las consecuencias legales que se les imponen y ante esto son cómplices tanto los aparatos estatales como las y los litigantes que son contratados como abogados o abogadas particulares.

Pese a lo anterior, hay que olvidar que esta problemática, incluso si la persuasión se hace de manera no intencional, es imposible de superar. El derecho comparte las mismas características del lenguaje natural y por tanto su interpretación es una enfermedad sin cura.

#### **D) Fundamentación Jurídica en el discurso de las juezas y los jueces.**

De los diferentes discursos jurídicos que existen, se ha escogido hacer una exposición de los principales principios de la fundamentación jurídica en el discurso de las y los jueces y sus dificultades, puesto que la presente investigación versa sobre un problema surgido en esta área de aplicación de la disciplina jurídica. Se hará mención brevemente a las ideas de «fundamentación de una sentencia» y las aplicaciones del «normativismo» por

---

<sup>92</sup>Enrique Pedro Haba. «¿De qué viven los que hablan de Derechos Humanos? (tres tipos de discursos-dh: “de”, “para”, “con”)». *Revista Doxa*. N° 26 (2003): 869-867. Accesado 29 de setiembre, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/de-qu-viven-los-que-hablan-de-derechos-humanos-0/>

parte de los jueces, así como de las «Teorías de la Argumentación Jurídica», en menor medida.

Antes de entrar al tema es importante recordar que en la fundamentación jurídica se puede distinguir el «contexto de descubrimiento» y el «contexto de justificación», en la operación que realiza el juez o la jueza. Al respecto de estos conceptos, que provienen de la Filosofía de la Ciencia, se ha dicho:

Aludo por supuesto a la famosa distinción introducida por Reinchenbach entre contextos de justificación o validez y contexto de descubrimiento de una teoría o construcción intelectual. El primero se refiere a todos aquellos determinantes factuales socio-históricos o psicológicos que forman parte tanto de la constitución de las ideas como de su desarrollo histórico. El segundo se refiere a todas aquellas relaciones lógicas y epistemológicas existentes entre enunciados y teorías (...).<sup>93</sup>

Se debe entender el «contexto de justificación» dentro de una sentencia como el proceso que justifica una decisión; este va ligado a la fundamentación y generalmente se reconoce como las razones que el juez o la jueza dan para que su decisión alcance los parámetros de validez de una comunidad jurídica o un control institucional. Por otro lado, el contexto de descubrimiento se asocia a las razones explicativas, que en una sentencia se reconocerían como los aspectos psicológicos o ideológicos que llevaron al juez o jueza a una determinada decisión. Habiendo hecho esta distinción, se procede a explicar los presupuestos que constituyen el contexto justificatorio de la fundamentación jurídica.

La fundamentación de una sentencia responde a la obligación legal que tienen los jueces de expresar los motivos o razones para resolver sus casos en uno u otro sentido. Esta actividad conlleva una carga ideológica promovida por la creencia en la «racionalidad» del derecho; así, una vez expresadas las razones de una decisión, la misma deja de ser «arbitraria». Esta «racionalidad» se fundamenta, precisamente, en la utilización de unos criterios técnicos que pueden estar configurados de previo en la ley o ser producto de la fuente «no-escrita» de la jurisprudencia que impone nuevas reglas «no positivizadas», mediante el mecanismo de creación de las leyes, pero que son respetadas y acatadas en la

---

<sup>93</sup> Alejandro Guevara, Análisis filosófico del problema de la causalidad en el tipo objetivo jurídico penal. Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2013. 114.

comunidad jurídica. Sobre estas problemáticas acerca de la fundamentación de los fallos y citando los trabajos de Max Weber, el autor Minor Salas expresa:

Hoy sabemos, y ciertamente desde los trabajos de MAX WEBER, que la diferencia formal entre un sistema jurídico autoritario-represivo y un sistema basado en la legalidad, reposa, esencialmente, en la circunstancia de que en el primero se recurre a expedientes autocráticos para legitimar los fallos judiciales: la voluntad del rey, los intereses de la clase dominante, los caprichos del dictador, mientras que en el segundo se acude a los medios técnicos que ofrece la burocracia judicial. Esta tesis constituye el núcleo de la “racionalidad de los medios y los fines” (Zweck-Mittel-Rationalität) y de la legitimidad del poder político. Con palabras aún más simples: la aceptación social y ética (o como diría WEBER la “racionalidad formal”) y, por ende, la legitimidad de una sentencia judicial dependen, en grandísima medida, de cómo esta sentencia sea fundamentada. De allí que la posibilidad de motivación sea un instrumento considerado esencial para la racionalidad de los fallos, pero también un importante mecanismo para ejercer la crítica sobre la actividad de los jueces.<sup>94</sup>

El artículo parte del concepto de «racionalidad formal» de Max Weber y explica cómo esta se manifiesta no solo en el derecho y específicamente en la promulgación de sentencias en dos aspectos: la fundamentación del fallo o la exteriorización de las razones que tuvo el juez o la jueza para llegar al mismo; sino también en el seguimiento de ciertos criterios técnicos que surgen de la práctica judicial (jurisprudencia) o de las leyes.

Además, se manifiesta en «la crítica que se pueda ejercer sobre las y los jueces», que no es necesariamente la idea que con la fundamentación, las partes pueden tener mayor acceso o derecho a una apelación (que sin duda puede ser una de las vertientes). Aquí, la palabra «crítica» se utiliza en sentido amplio y puede indicar: el control que ejercen los órganos superiores sobre sus inferiores jerárquicos; la presión de la prensa para que determinados casos se resuelvan de una u otra forma; o la mera crítica académica que pueden ejercer ciertos sectores con respecto a determinado tribunal.

Del resto del artículo ¿Qué significa fundamentar una sentencia?<sup>95</sup>, del autor citado anteriormente, se rescatan dos análisis más: lo relativo a los auditorios del juez o la jueza que fundamentan la sentencia y los «momentos de la fundamentación». En el primer punto cabe rescatar que al fundamentar un fallo, las razones y las palabras que se utilizan pueden ir dirigidas a: 1) Las partes, donde hay que partir del hecho que generalmente les importa

---

<sup>94</sup> Minor Salas, “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica.” *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. N0 13 (2006). Accesado 20 de octubre, 2015. <http://dialnet.unirioja.es/revista/2494/A/2006>

<sup>95</sup> *Ibidem*

cómo se resolvió el caso y no los motivos; II) los tribunales superiores, manifestados en la idea que a las y los jueces no les gusta ver revocados sus fallos; III) el foro académico, partiendo del hecho de la vanidad y arrogancia de las y los jueces; y finalmente, IV) la opinión pública, que se puede contemplar en la prensa y otros medios de comunicación más actuales, como las redes sociales. Con respecto al momento y la forma en que las y los jueces fundamentan sus fallos, se cita textualmente el artículo y específicamente en las tres posiciones que interesan aquí:

**a)** Según el paradigma tradicional, el cual sigue siendo dominante hasta la fecha, el acto de fundamentación de un fallo judicial se sigue de un proceso más o menos lógico (del llamado “modelo de subsunción”). La sentencia se infiere deductivamente de la argumentación racional de los operadores jurídicos, quienes determinan, primeramente, los hechos relevantes y, después, las normas dentro de las cuales sea posible enmarcar esos hechos hasta llegar lógicamente al fallo (...)

**b)** Según una segunda teoría, la decisión judicial es el resultado de un proceso inverso al expuesto arriba. El juez empieza con una conclusión previamente adoptada (deseada) y posteriormente busca, valiéndose de cualquier artilugio lingüístico o triquiñuela semántica, la justificación adecuada en las distintas normas del ordenamiento jurídico. Lo que el operador del Derecho hace es justificar sus fallos de acuerdo con sus gustos y preferencias morales, políticas, religiosas o económicas.” (...)

**c)** Una tercera concepción sobre la relación entre hechos y normas y de cómo a partir de allí se deriva la sentencia judicial, fue desarrollada y popularizada por KARL ENGISCH. En este caso se trata de una tesis ecléctica, conocida como la teoría del “ir y venir de la mirada entre la premisa normativa mayor y el supuesto fáctico” (Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt).<sup>21</sup> Según este enfoque (que merece nuestra aprobación) no existe, finalmente, un criterio metodológico único para adoptar una sentencia, por lo que se hace necesario acudir constantemente a la norma y a los hechos para dictar el fallo, todo valiéndose de múltiples herramientas, que no siempre son lógicas o racionales. De allí la inevitable debilidad epistemológica de toda sentencia judicial.<sup>96</sup>

En resumen, en el primer paradigma de «subsunción» el juez o la jueza determinan los hechos y en un proceso lógico infieren las normas en las que encajan esos hechos. En el segundo (una visión realista), primero se decide cómo resolver el caso y luego se buscan las razones para que el mismo esté fundamentado; en la tercera posición, la relación entre hechos y normas es un «ir y venir» en la cabeza de las y los jueces, que no se corresponde con ningún proceso lógico ni metodológico en ningún sentido.

A diferencia de la descripción que hace el autor del artículo citado, no se considera en la presente tesis que uno de los tres fenómenos se dé necesariamente en todos los casos,

---

<sup>96</sup> *Ibidem* 7 y 8

puede haber un juez o una jueza que realmente caigan en el segundo paradigma o incluso en el primero (aunque esto último es muy difícil).

Por otro lado, una dificultad de la fundamentación de los fallos es superar el «**normativismo jurídico**» como paradigma oficial de la jurisprudencia y la doctrina jurídica. Este implica que esencialmente existen en las normas las soluciones a los casos y solo se debe atender a su «correcta interpretación» para que el fallo, basado en la norma correcta, sea «legal» y «razonable», y por tanto cumpla con los requisitos de una sentencia en un estado de derecho. Lo fundamental es «encontrar» la norma aplicable al caso. Al respecto menciona Pedro Haba:

Semejante descubrimiento se efectúa por ciertas vías de pensamiento que nada más consisten –se supone– en un “darse cuenta”, mediante la inteligencia profesional, de aquello que la letra dice por sí misma, o de “la voluntad del legislador”; o bien, en todo caso, de la “naturaleza jurídica” del instituto en juego u otras categorías de su dogmática profesional. Cada una de estas perspectivas, o determinada combinación de ellas, no puede implicar –se supone– más que una sola respuesta verdaderamente “correcta” para cada caso, en función de la disposición jurídica aplicable. En esta óptica, una vez que llego a conocer bien esas normas, ya sé todo lo que tenía que saber, en cuanto a lo “propriadamente” jurídico. En mi calidad de tal, mi mundo intelectual se agota en saber desarrollar un pensamiento que es de orden simplemente hermenéutico-intelectual, con respecto a normas cuyo contenido y alcance estaría fijado ya de antemano. Si llego a tomar en cuenta unos accidentes de la realidad, es apenas en la medida en que también esos puedan encararse como implicados, de alguna manera, por tales normas en sí mismas; sea como sea, siempre son ellas lo que se considera como decisivo en definitiva.<sup>97</sup>

En síntesis se puede decir que para Pedro Haba el «normativismo» depende de la falsa idea de que existe una única solución correcta de cada caso, que es descubierta en las normas y que dicha creencia irrumpe con la creatividad o con la toma de responsabilidad de las y los jueces de sus fallos, puesto que la falsa concepción le indica que no es él quien resuelve, sino que simplemente se está encargando de invocar la norma correcta. Sin duda, esta noción errónea está dada por la incomprensión del lenguaje y por la creencia de que existen unas «esencias» detrás de las palabras, y, en el caso de las y los juristas, unas soluciones.

---

<sup>97</sup> Enrique Pedro Haba, *Metodología (Realista) del Derecho. Tomo I.* (San José: Editorial UCR, 2012). 576 y 577.

Este panorama se puede complicar si las normas no dicen cómo se resuelve el caso, sino que se tienen pretensiones aún más ilusorias e indeterminadas; por ejemplo, que la norma establezca cuáles parámetros deben tomar en cuenta las y los jueces para fundamentar cierto punto de la sentencia. A manera de ejemplo se puede mencionar el artículo 71 del Código Penal.

Ante los casos complejos de esta índole se han propuesto diferentes «**Teorías de la Argumentación**» que sin despreciar todos sus aportes, pueden volver al «mito básico del derecho»<sup>98</sup>. Aunque estas teorías se posicionan epistemológicamente en terreno más firme, no están exentas de pretensiones engañosas que venden al gremio de las y los jueces para creer que si las aplican, los fallos están correctamente fundamentados. Por tal razón es que las mismas podrían devolver el asunto al «Mito Básico del Derecho», entendido este como la creencia en la racionalidad del derecho positivo y en la previsión que hacen las normas. Al respecto de estas teorías concluye Pedro Haba:

Las argumentaciones presentadas en la práctica “viviente” de los tribunales y por parte de la doctrina jurídica en general, se sustentan básicamente en falacias propias del síndrome normativista. Los modelos de argumentación presentados en estudios de Teoría del Derecho, por su parte, hacen simplemente abstracción de ese síndrome, encubriéndolo bajo el manto de unas fórmulas de “racionalidad” o “razonabilidad” extraempíricas, propias de unos operadores jurídicos ideales (supuestamente libres de dicho síndrome, digo yo). Por lo mismo, en tales aproximaciones quedan igualmente fuera de foco las condiciones de base reales –limitaciones materiales de los tribunales, ideologías, presiones sociales, enseñanza esencialmente dogmática del Derecho- a que están subordinados los razonamientos jurídicos efectivos, aun más allá del pensamiento-síndrome.

Por hacer caso omiso de tales prácticas y, más aún, decididamente, dirigirse a apartar la vista de cómo son ellas mismas en la realidad (presentando, a cambio, como una “cirugía estética” al respecto), bien puede decirse que tales teorizaciones constituyen unos expedientes de neto contenido escapista frente a la “vida” del derecho.<sup>98</sup>

La crítica fundamental a las teorías de la argumentación no tiene que ver con su posible efectividad o no, sino que como teoría social o teoría jurídica poseen una científicidad casi nula al punto de ignorar los principales problemas que se presentan en la «práctica» judicial. Estas solo se encargan de visualizar a unas o unos jueces ideales que han superado los principales mitos de la profesión y que en cambio optan por dictar sentencias que aspiran a «lo razonable» por medio de la argumentación jurídica. Es decir, más que señalar las

---

<sup>98</sup> *Ibidem* 667.

dificultades que se dan en la materia, las mismas proponen un modelo estandarizado de cómo se deberían redactar los fallos judiciales, olvidando los mecanismos reales que mueven una administración de justicia. Sobre esta doble intención, tanto descriptiva (en un primer momento) y propositiva en una mayor amplitud, Manuel Atienza, principal autor de la *Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica* admite:

(...) La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas; se trata por tanto de teorías (como las de Alexy y MacCormick de las que se tratará en capítulos sucesivos) que pretenden demostrar no únicamente como se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (y al mismo tiempo pues, según ellos, en general, ambos planos coinciden) cómo se deberían justificar.<sup>99</sup>

Por tanto, una solución a los problemas de la fundamentación judicial basada en la promulgación de las teorías de la argumentación jurídica no dejaría de ser más que un modelo de referencia, que no viene a solventar casi ninguno de los problemas que se presentan en la realidad. Estas dificultades incluso, a pesar de su índole política, no superan los de orden natural (como las características básicas del lenguaje común y los diferentes usos que se dan a la retórica).

---

<sup>99</sup> Manuel Atienza, *Las Razones del Derecho*. Teorías de la Argumentación Jurídica. (España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991). 24 y 25.



## SECCIÓN TERCERA: FUNCIONES MANIFIESTAS Y LATENTES EN LAS ARGUMENTACIONES RETÓRICAS

### **A) El Funcionalismo Estructural como paradigma sociológico y la reformulación de Robert Merton.**

Otra herramienta de análisis, no menos importante, es la teoría sociológica de Robert King Merton<sup>100</sup> sobre las funciones manifiestas y latentes en la sociedad. El sociólogo estadounidense a través de su libro *Teoría y Estructuras Sociales*<sup>101</sup> desarrolló, con influencia de Talcott Parsons, una teoría de la sociedad en que las «funciones» y «estructuras» cobran gran importancia para el estudio de la misma. Sin embargo, sobre la historia y las principales críticas al Funcionalismo Estructural, que fue un paradigma sociológico de gran importancia en el siglo XX, es importante hacer mención al texto de George Ritzer, *Teoría Sociológica Contemporánea*. En este se relata la influencia que tuvo Parsons sobre Robert Merton; pero también las principales críticas que posteriormente le hizo Merton a Parsons y la reformulación de sus teorías, hacia una visión más «realista» y una metodología funcional-estructuralista más efectiva para el análisis sociológico. Al respecto menciona dicho autor:

Merton afirmaba que todos estos postulados funcionales se fundamentaban sobre supuestos no empíricos basados en sistemas teóricos abstractos. Como mínimo, la responsabilidad del sociólogo es examinar empíricamente cada uno de esos supuestos. La creencia de Merton de que la verificación empírica, no los supuestos teóricos, era crucial para el análisis funcional, le condujo a desarrollar su “paradigma” del análisis funcional como guía para la integración de la teoría y la investigación.

*Merton especificó claramente que el análisis estructural-funcional debía partir del estudio de los grupos, las organizaciones, las sociedades y las culturas. Afirmaba que todo objeto susceptible de análisis estructural-funcional debía “representar una cosa estandarizada (es decir normada y reiterativa)” (...) Tenía en mente cuestiones tales como “roles sociales, normas institucionales, procesos sociales, normas culturales, emociones culturalmente normadas, normas sociales, organización grupal, estructura social, mecanismo de control social, etcétera” (...).*<sup>102</sup>

En dicha reformulación y de lo extraído de la cita, hay que indicar que el funcionalismo estructural de Merton centraba su atención en componentes sociales más factibles de estudiar, como son los grupos sociales y normas específicas que se respetan, así como roles y controles igualmente sociales; esto en vez del análisis de la estructura social como un todo. Sin embargo, se hará referencia, en adelante, a solo un aspecto teórico del trabajo del autor

---

<sup>100</sup> Robert King Merton fue un destacado sociólogo estadounidense, que nació en 1910 y murió en 2003.

<sup>101</sup> Robert Merton, *Teoría y Estructuras Sociales*. (México D.F.: Fondo de Cultura Económica), 1964.

<sup>102</sup> George Ritzer, *Teoría Sociológica Contemporánea*. (España y México: McGraw-Hill Inc., 1993) 129.

para efectos de la presente investigación. Se pretende con esto, extender la teoría de Merton a la cuestión retórico-argumentativa de los discursos y no sólo al análisis funcional objetivo de la sociedad.

## **B) Funciones Manifiestas y Funciones Latentes**

Esta es una distinción central y un aporte muy influyente en la sociología de Robert Merton:

Funciones manifiestas son las consecuencias objetivas que contribuyen al ajuste o adaptación del sistema y que son buscadas y reconocidas por los participantes en el sistema; Funciones latentes son, correlativamente, las no buscadas ni reconocidas.<sup>103</sup>

Además, el mismo precisa sobre las funciones latentes:

Son precisamente las funciones latentes de una práctica o creencia las que no son de conocimiento común, porque son consecuencias sociales y psicológicas inesperadas y por lo general no reconocidas.”<sup>104</sup>Sobre este tema finaliza: “Puesto que las valoraciones morales en una sociedad tienden a hacerse en gran parte por las consecuencias manifiestas de una práctica o de un código, debemos prepararnos para ver que el análisis por funciones latentes en ocasiones va contra las valoraciones morales predominantes. Porque las funciones latentes no operan de la misma manera que las consecuencias manifiestas que de ordinario son base de tales juicios.”<sup>105</sup>

Este concepto, según Merton, tiene un devenir histórico-conceptual que algunos autores de diferentes disciplinas hallaron necesario distinguir en sus interpretaciones específicas de la conducta, entre la finalidad perseguida y las consecuencias funcionales de la acción.<sup>106</sup> Al respecto menciona:

Esta es la razón de distinguir entre funciones manifiestas y funciones latentes, las primeras relativas a las consecuencias objetivas para una unidad especificada (persona, subgrupo, sistema social o cultural) que contribuyen a su ajuste o adaptación y se esperan así; las segundas relativas a las consecuencias inesperadas y no reconocidas del mismo orden.<sup>107</sup>

En la presente investigación, con respecto a las consecuencias objetivas para unidad específica», se entenderá como unidad específica a las y los jueces que motivan una pena, y a las características retóricas de sus argumentos que apelan a los valores morales, como las consecuencias objetivas que están manifiestas. En cuanto a las «consecuencias

---

<sup>103</sup> Robert Merton, *Teoría y Estructuras Sociales*. (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1964) 61.

<sup>104</sup> *Ibidem* 78

<sup>105</sup> *Ibidem* 81

<sup>106</sup> *Ibidem* 71

<sup>107</sup> *Ibidem* 73

inesperadas» o latentes, se pueden enumerar: los prejuicios racistas, xenófobos, patriarcales, homofóbicos; o incluso, clasistas de algunas y algunos jueces. Estas se contraponen a las valoraciones morales que predominan en los discursos del Poder Judicial de Costa Rica.

Es importante aclarar que Merton, en su libro, hace la distinción entre consecuencias objetivas observables y disposiciones subjetivas como dos elementos de la realidad social que no se deben confundir: «Pero el concepto de función implica el punto de vista del observador, no necesariamente el del participante. La expresión función se refiere a consecuencias objetivas observables, y no a disposiciones subjetivas (propósitos, motivos, finalidades)». <sup>108</sup>

Merton ve inconveniente en confundir ambas para el análisis sociológico. La razón por la cual en este trabajo aparecen reunidas, es que la naturaleza de la retórica en los discursos es similar a lo que había señalado Gustav Radbruch sobre el derecho: «Una mezcla indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproducidos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos». <sup>109</sup> Debido a lo anterior, se torna muy difícil aplicar la teoría de Merton de una forma tan llana.

Otro aspecto que hay que mencionar, es la definición de Merton de consecuencias imprevistas en una estructura, que no se debe confundir con las funciones latentes. Sobre este supuesto se ha dicho:

Las acciones tienen consecuencias previstas y no previstas. Aunque todos somos conscientes de las consecuencias previstas, para identificar las consecuencias imprevistas se requiere del análisis sociológico (...) Merton especificó que las consecuencias no previstas y las funciones latentes no eran lo mismo. Una función latente es un tipo de consecuencia imprevista, que es funcional para un sistema determinado. Pero existen otros dos tipos de consecuencias imprevistas: “las que son disfuncionales para un sistema determinado, entre ellas las disfunciones latentes”, y “las que son irrelevantes para el sistema, al cual no afectan funcional ni disfuncionalmente... las consecuencias no funcionales (...) En su esfuerzo por clarificar aún más la teoría funcional, Merton señaló que una estructura podía ser disfuncional para el sistema en su conjunto y, no obstante, seguir existiendo. Un buen ejemplo es el hecho de que la discriminación de los negros, las mujeres

---

<sup>108</sup> *Ibidem.* 34.

<sup>109</sup> Citado en: Haba, Enrique Pedro. “Racionalidad y Método para el Derecho. ¿Es eso posible?”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Nº 67, (setiembre-diciembre, 1990): 169 a 243. Accesado 25 de abril, 2015. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/14843/14125>

y otros grupos minoritarios, es disfuncional para la sociedad estadounidense, y que a pesar de ello sigue existiendo porque es funcional para una parte del sistema social; por ejemplo, la discriminación de las mujeres suele ser funcional para los hombres. Sin embargo, estas formas de discriminación cumplen también disfunciones incluso para el grupo para el que son funcionales.<sup>110</sup>

De la cita anterior es importante rescatar que las funciones latentes son consecuencias imprevistas en la formulación de Merton. Sin embargo, la «imprevisión» de la que habla el sociólogo norteamericano no se debe entender en los términos que nadie espera que esas funciones o disfunciones se puedan dar; de hecho la sociología se encarga de «predecirlas»; simplemente son «no previstas» en tanto no están pensadas como las «consecuencias positivas» que se esperan de una estructura social.

Es decir, la formulación teórica de la que aquí se parte y la razón para utilizar los estudios de Merton, es que la argumentación retórica puede estar sujeta a diferentes auditorios y valores culturales respetados. Específicamente, en el discurso jurídico y en la motivación judicial de la pena, las funciones manifiestas son los criterios esperados por una comunidad jurídica específica que norma lo que es correcto en esa estructura; mientras que, las funciones latentes serían todas aquellas consecuencias «no esperadas» que no se encuentran expresas, pero que son frecuentes en la realidad y hasta estandarizadas. Cómo se presentan estas funciones en la realidad judicial costarricense, es materia que se analizará en la segunda parte de esta tesis.

Finalmente, para comprender los discursos retóricos, ya sea que contengan funciones manifiestas o latentes, es necesario entender dos conceptos que también se encuentran presentes en el estudio de la argumentación retórica y es menester delimitar. Estos son: ideología y valor cultural. Con respecto al vocablo de “**Ideología**”, Slavoj Zizek se refiere a la polisemia del término:

La palabra “ideología” puede designar desde una actitud contemplativa que desconoce su dependencia de la realidad social, hasta un conjunto de creencias orientadas a la acción, desde el medio indispensable en el que los individuos viven sus relaciones con una estructura social, hasta las ideas falsas que legitiman un poder político dominante.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> George Ritzer, *Teoría Sociológica Contemporánea* (España y México: McGraw-Hill Inc., 1993) 131 y 133.

<sup>111</sup> Slavoj Zizek. *Ideología. Un mapa de la cuestión*. (México D.F.: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2003) 110.

Para efectos de este trabajo, ideología se va a entender como una actitud contemplativa que desconoce su dependencia de la realidad social. Dicha actitud es la creencia de ciertos jueces que se está llevando a cabo cierta función moral o están defendiendo algunos valores (como la seguridad), sin importarles si en la realidad esto de verdad ocurre. Por otra parte, no se descarta en absoluto que alguna de las otras acepciones del término, puedan encontrarse en una motivación de pena.

Finalmente, no se debe confundir este concepto con el de «**Valor Cultural**», que se refiere específicamente a la importancia que se da a las creencias en una comunidad:

El valor cultural se puede definir como una creencia o sentimiento ampliamente mantenida de que algunas actividades, relaciones, sentimientos o metas, son importantes para la identidad o bienestar de la comunidad. Debido a que se sostienen frecuentemente en forma inconsciente, o a que se expresan como temas que cortan a través de actitudes específicas, los valores de un pueblo no son inmediatamente aparentes.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> Broom, L y Selznick, P. *Sociología*. (México D.F.: Compañía Editorial Continental S.A., 1971). 79 y 80.

## **SEGUNDA PARTE: MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN COSTA RICA (ANÁLISIS META-TEÓRICO PROPOSITIVO DEL TEMA).**

### **SECCIÓN PRIMERA: CONTEXTO DE LA MOTIVACIÓN DE LA PENA.**

En el contexto de la motivación de la pena en Costa Rica influyen muchos factores de diversa índole y complejidad. Dichos factores pueden ser jurídicos, sociales, económicos, políticos, institucionales, entre otros. Para un primer abordaje de este tema no se tratarán los aspectos meramente dogmáticos, que pertenecen a otro tipo de estudio, sino que se harán ver las dificultades y distintos elementos que constituyen el contexto de la motivación de la pena en Costa Rica. Es decir, no se hará mayor referencia a lo que ha dicho el discurso de la doctrina y la jurisprudencia penal sobre el tema.

Por otro lado, se evaluarán brevemente aquellos aspectos que un juez o jueza deben tomar en cuenta a la hora de motivar una pena dentro de una condenatoria como sanción penal y que configuran el contexto de dicha actividad. Estos aspectos van desde la presión institucional que realizan las y los jueces superiores, la enorme influencia de los medios de comunicación, y el marco normativo y jurisprudencial sobre el que las y los operadores tienen que basar sus decisiones.

La intención es tomar todas las herramientas analíticas que se expusieron en la primera parte de esta tesis para examinar con una mayor rigurosidad y de forma crítica todos estos elementos que conforman el contexto de la motivación de la pena.

#### **A) ¿Qué significa motivar una pena?**

A continuación se hará una breve explicación sobre la obligatoriedad de la motivación de la pena en Costa Rica y el significado de este concepto. Es importante, a este respecto, distinguir los siguientes tres conceptos: «Pena, Individualización y Determinación de la Pena». La autora argentina Patricia Ziffer, en pocas palabras y de forma sintética, explica cómo se deben entender estos términos:

La pena es la reacción frente a un quebrantamiento de la norma, reacción que resulta siempre a costa del responsable de ese quebrantamiento, lo cual, en este contexto, implica siempre una injerencia en algún bien.

La individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada. La magnitud de la pena es siempre la ponderación del ilícito culpable; no es otra cosa que la “cuantificación de la culpabilidad”.

Sin embargo, en un sentido más amplio, puede entender como determinación de la pena no sólo la fijación de la pena aplicable, sino también su forma de cumplimiento (p. ej., condena de ejecución condicional, accesorias de la condena).<sup>113</sup>

Solo para efectos de aclarar las definiciones anteriores, cuando se habla de «quebrantamiento de la norma», se refiere a la contenida en la legislación penal. Con respecto a la magnitud de la pena como ponderación del ilícito culpable, se refiere al principio dogmático que la pena debe ser proporcional y no rebasar la culpabilidad del sujeto en el hecho delictivo. Con respecto a la determinación, esta es amplia en el sentido de que en una fijación de pena no sólo se establece el monto, sino también las condiciones en que se va a cumplir (es decir en la etapa de ejecución).

Aunque dichos conceptos son importantes, ninguno se refiere a la actividad determinada que se estudiará, la cual es la «Motivación de la Pena», derivada específica de la motivación de la sentencia. Al respecto de esta última se ha dicho en la doctrina jurídico-penal:

La motivación es la exteriorización por parte del juez o el tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica.

Se identifica, pues, con la exposición del razonamiento. No existiría motivación si no ha sido expresado en la sentencia el porqué de determinado temperamento judicial, aunque el razonamiento no exteriorizado el juzgador –suponiendo que hubiera forma de elucidarlo– hubiera sido implacable. Por ello es que en nuestro derecho positivo “falta de motivación”, se refiere tanto a la ausencia de expresión de la motivación –aunque ésta hubiese realmente existido en la mente del juez– cuanto a la falta de justificación racional de la motivación que ha sido efectivamente explicitada.<sup>114</sup>

Fundamentación o motivación se relaciona con la exposición o exteriorización del razonamiento. Cabe resaltar que, aunque el autor utiliza la frase inconveniente de «justificación racional», su definición, en los otros aspectos, es útil para este proyecto; por ejemplo, al formular la consecuencia de no expresar los motivos o razones, introduce el concepto «falta de motivación».

Por tanto, la «Motivación de la Pena» es la exposición o exteriorización de los motivos o razones por los cuales se individualiza y determina una pena específica en un caso concreto y en el contexto de una sentencia penal condenatoria.

---

<sup>113</sup> Patricia S. Ziffer, “Consideraciones acerca de la problemática de la Individualización de la Pena”. En: *Determinación Judicial de la Pena*. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993) 90 y 91.

<sup>114</sup> Díaz Cantón, Fernando. *La Motivación de la Sentencia Penal y otros estudios*. (Buenos Aires: Del Puerto, 2005). 99.

En Costa Rica, esta motivación está impuesta legalmente en la Sección VII del Código Penal sobre la «Fijación de la Penas» y específicamente en el artículo 71 de dicho cuerpo normativo, que establece:

El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;
- b) La importancia de la lesión o del peligro;
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
- d) La calidad de los motivos determinantes;
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y
- f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.<sup>115</sup>

De la visión de dicho artículo se puede extraer que además de imponer la obligación de motivar la pena, establece una serie de parámetros que el juez o la jueza deberían tomar en cuenta a la hora de hacerlo. Sobre este punto se hará un análisis crítico en las siguientes páginas.

## **B) Factores que influyen en el contexto de la motivación de la pena en Costa Rica.**

Hay dos fenómenos muy importantes que se deben estudiar en conjunto: **la «inseguridad ciudadana» y la presión de los medios de comunicación en las decisiones judiciales**; estas afectan el ejercicio de motivar la pena en una sentencia. Las juezas y los jueces deben tomar en cuenta que ante la noticia de un crimen que se considere «horroso» o «inaceptable», se espera que haya una persona condenada y que la pena impuesta sea alta.

En este caso, la persona que imponga una pena debe tomar en cuenta que su decisión será comentada y publicitada en los medios de comunicación casi inmediatamente después de haberla tomado. La «inseguridad ciudadana se traduce como un «miedo al crimen», mismo que el autor costarricense Javier Llobet ha tratado de la siguiente manera: *«El miedo al crimen se traduce en la sensación de que el riesgo de ser víctima de un delito*

---

<sup>115</sup> Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley N0 4573: «Código penal». (Cartago: Publicaciones Jurídicas), 2011. 18 y 19.



*es demasiado alto. Se tiene la impresión de no encontrarse a salvo de la delincuencia en la casa, en la calle o en el lugar de trabajo».*<sup>116</sup>

Dicho miedo es alimentado por diversos componentes del entramado social que provocan en las y los ciudadanos la manía de sentirse constantemente amenazados. Los medios de comunicación y los discursos político-partidarios se han convertido en el medio por el cual se explotan e incrementan estos miedos. Muchas veces la información no llega de forma precisa a las personas, sino que se encuentra manipulada por medio de mecanismo retóricos de diversa índole para provocar efectos específicos, que benefician a quien produce la propaganda del combate a la delincuencia. Situación análoga ocurre en la mayoría de países a nivel mundial que tienen una estructura social y política similar a la de Costa Rica. Un ejemplo de esto es el que expone Javier Llobet:

Para ilustrar esas observaciones es importante citar lo ocurrido en Nueva York en el año 1976. En ese año los tres periódicos “New York Times”, “New York Daily News” y “New York Post”, al igual que cinco estaciones locales de televisión, informaron sobre un aumento de la criminalidad en contra de los ancianos. Los receptores de dichas informaciones recibieron la impresión de que efectivamente dicho tipo de criminalidad se encontraba en aumento. Los informes de los medios de comunicación se extendieron por siete semanas, uniéndose a dicha información los medios de comunicación de todos los Estados Unidos de América. Los periódicos informaron constantemente durante los meses de noviembre y diciembre de 1976, dándole una gran cobertura a un delito brutal tras otro. Las encuestas de opinión de los Estados Unidos en mayo de 1977 indicaron que el 60% de los entrevistados consideraba que los crímenes en contra de ancianos iban en aumento diariamente. Igualmente el 50% de los encuestados que tenían más de 50 años, expresaron su temor de no encontrarse en la calle con la misma seguridad que un año antes. Todo ello provocó reuniones de ciudadanos, programas de policía, proyectos de ley tendientes a enfrentar el problema que se consideraba en aumento. Sin embargo estudios criminológicos demostraron que en el período noviembre-diciembre de 1976 no se había producido ningún aumento de la criminalidad en contra de los ancianos, más bien las estadísticas mostraban en lo relativo a los homicidios en contra de los ancianos una disminución del 19% en relación al año anterior. Resultaba que el 28% de las informaciones periodísticas se referían a las muertes en contra de ancianos, mientras que en realidad dichos homicidios representaban menos del 1% de las estadísticas oficiales (Cf. Schneider, pp. 276-277).<sup>117</sup>

Es importante aclarar que no es de interés en el presente estudio demostrar si existe una relación entre el aumento o endurecimiento de las penas y las políticas criminales influenciadas por diversos sectores, sino, hacer notar que la «inseguridad ciudadana» como

---

<sup>116</sup> Javier Llobet, *Delitos en contra de la vida y la integridad corporal*. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2001) 20.

<sup>117</sup> Javier Llobet, *Delitos en contra de la vida y la integridad corporal*. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2001) 22 y 23.

elemento psicológico y como consecuencia de los discursos retóricos del combate a la criminalidad, son un factor muy relevante a la hora de motivar una pena.

La juez o el juez penal que se encargan de esta actividad, deben contemplar (como se mencionó *supra*) que se espera una reacción estatal ante la comisión de un hecho delictivo, la cual recae en su función judicial de dictar una sentencia y determinar una sanción penal. Incluso la presión social y de los medios ya va encauzada a que se dicte una condenatoria, sin importar las pruebas o lo que ocurra dentro del proceso. En verdad, el punto que se expone es claro: ante mayor «inseguridad ciudadana» se van a exigir penas más altas.

Esta presión se hace más comprensible cuando al hacer referencia a estudios que han determinado cómo se puede ejercer sobre «otro delincuencial», cualquier tipo de experimento social y político, y cómo este control se puede ejercer por las vías de la represión penal enmarcada dentro de la «sociedad de la violencia». Al respecto ha expresado el autor Norberto Garay:

El discurso de la violencia, manifestado en la construcción del otro atendiendo con frecuencia a prejuicios como la pobreza, la diferencia étnica, la anormalidad, etc., tiene la capacidad de ser versátil, puede cambiar de sector, pero siempre acudiendo a una serie de pre-juicios, esta versatilidad se debe a que este discurso es superior a los sujetos, estaba antes de que ellos existieran y continuará cuando ya no existan, es por ello que es suprasubjetivo. Esta otredad, se caracteriza porque tiende a nutrir "...la existencia inhumana de la pirámide social: los seres marginales y los pobres, los sin empleo y los inempleables, las razas de color perseguidas, los internados en prisiones e instituciones para enfermos mentales. "Lo que aquí se expresa como notorio, posee una implicación que, aunque sea más obvia, no suele ser tratada, en el tanto la construcción del otro no solo procura oprimir a sujetos que pertenezcan a determinada clase social e incrementar el poder de otros estratos de la sociedad, sino que también posee como consecuencia la construcción en el imaginario social del otro no como sujeto, sino como función, lo que conlleva que aun cuando se prescindiera del sujeto propiamente dicho, su sola idea/función logrará crear los resultados esperados represión, legitimación, etc.- con su mención discursiva, tal es la lógica de la sociedad de la violencia.<sup>118</sup>

Agrega el autor, pero ahora sobre el caso costarricense:

La expansión del discurso de la sociedad de la violencia, cada vez está más cerca –si es que no les ha alcanzado- de aquellos que irónicamente le promovían, de tal forma, en los

---

<sup>118</sup> Garay Boza, Norberto. "El Otro y el Discurso Delincuencial en la Sociedad de la Violencia: Plataforma Subjetiva para el No-Ciudadano en Costa Rica". *Revista de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. Número 3, (2011): 227-337. 232 y 233.

últimos 25 años, se han implementado 55 reformas parciales al Código Penal, siendo que no solo no se ha disminuido la tasa de delincuencia, sino que cada vez más personas caen presas por conductas que antes tan siquiera era imaginable que fuesen un delito, lo que además ha conllevado a la saturación del sistema penitenciario, situación denunciada por la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP), no obstante, este problema no se ha solucionado y la comunidad penitenciaria –dentro de la lógica de la sociedad de la violencia- sigue en aumento. La sensatez de la violencia, en tanto discurso normalizador, opera así contra aquellos a quienes ha utilizado para justificarse, su funcionamiento expansivo no le permite reconocer individuos, solo percibe ámbitos de aplicación, lo que explica por qué la ley penal, creada y promovida por unos, también puede ser utilizada contra ellos, baste con recordar el caso del ex presidente Calderón, quien fue condenado meses atrás a cinco años de prisión, pena que si bien no estaba en firme, hizo de Calderón en el plano simbólico un sujeto de represión de un sistema que en su momento él mismo promovió.<sup>119</sup>

De las citas anteriores hay varios elementos que son importantes de rescatar, la noción del sujeto como función de la sociedad de la violencia. La posición de ese sujeto o su origen, pueden aumentar la posibilidad de ser reprimido por el sistema penal; sin embargo, una vez dentro de la relación sujeto-sociedad de violencia, el primero pasa a convertirse en una función o un «ámbito de aplicación» más. Ejemplo de lo anterior es el ex presidente que menciona el autor en la cita, su posición privilegiada en la sociedad no lo eximió de funcionar como objeto para legitimar el discurso delincencial.

Se podría argumentar que las juezas y los jueces en Costa Rica no deberían ser influidos por los factores que se expusieron anteriormente; que los mismos gozan de «independencia judicial» y que su labor no se debe ver comprometida por parámetros irracionales y retóricos en el análisis social y jurídico de los conflictos. Incluso se podría decir que existe un respaldo institucional sobre esta independencia, y que las y los jueces solo se deberían preocupar por «aplicar correctamente el derecho» en cada caso concreto, sin importar el descontento social que esto pueda provocar.

En realidad, esta visión es altamente ilusoria, detrás suyo se esconde un anhelo de por parte de ciertos sectores (académicos principalmente) de cómo debería funcionar la sociedad. En la práctica judicial costarricense no impera tal independencia, al menos no como se expuso anteriormente; más bien, existen una serie de presiones institucionales a

---

<sup>119</sup> Garay Boza, Norberto. “El Otro y el Discurso Delincencial en la Sociedad de la Violencia: Plataforma Subjetiva para el No-Ciudadano en Costa Rica”. *Revista de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. Número 3, (2011): 227-337. 237 y 238.

«unificar los criterios de la jurisprudencia» y a perpetuar una estructura judicial jerárquica que en Costa Rica se encuentra bien definida.

De esta forma se introduce al presente estudio, otro factor que influye en el contexto de la motivación judicial de la pena en Costa Rica: la «**Presión Institucional**» que en este país centroamericano se evidencia en la estructura y organización de la Corte Suprema de Justicia, como «*jefatura superior*» de todas las juezas y jueces penales del Poder Judicial.

Esta presión Institucional se manifiesta en la estructura mencionada, que es dominada por la injerencia de intereses partidarios, y que define en buena medida quiénes van a ser las personas electas para ocupar los cargos de Magistraturas. No se quiere decir con esto que todas las y los magistrados, suplentes o titulares, están nombrados por sujeción a un poder político partidario o que esto es determinante para los aumentos de pena en determinados casos. Simplemente, se trata de evidenciar que la presión existe y se configura como un factor más en la cabeza de las y los operadores judiciales. Al respecto, ha expresado Rosaura Chinchilla:

Hoy no tenemos reglas estables sobre los nombramientos para la magistratura, titular o suplente, sino que, conforme cambia la composición parlamentaria, varían los criterios de elección. Han existido algunas donde, a candidatos objetivamente idóneos para un puesto, se les califica su entrevista con un 0, con tal de promocionar criterios político-partidistas. Similar ocurre a nivel de la Magistratura, donde la interferencia partidaria genera daños institucionales más sensibles, máxime que muchos acontecimientos nacionales se deciden jurisdiccionalmente, por lo que la cooptación judicial resulta estratégica.<sup>120</sup>

Aquí se hace ver la importancia que puede tener la elección del cargo de magistrado y cómo esto se ha prestado para establecer estrategias de corte político, ajenas a la administración de justicia. Cabe recordar, que por la estructura jerárquica del Poder Judicial, este movimiento político entre poderes afecta a juezas y jueces de instancias menores. Al respecto se cita el siguiente caso:

En Costa Rica, un buen ejemplo de lo dicho es el caso disciplinario en contra de la jueza penal Kattia Jiménez Fernández, a quien, en respuesta a la presión de la prensa y ante la efervescencia social creada por su cobertura, el proceso resultó en sanción por Corte Plena, con un mes de suspensión en el ejercicio de su cargo, por error en la interpretación

---

<sup>120</sup> Chinchilla, Rosaura. "Legitimación Democrática e Independencia Judicial en Costa Rica". Revista de Ciencias Jurídicas, Número 127, (enero-abril, 2012): 175-181. Accesado 30 de noviembre, 2015.  
<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/15866/15226>

del Derecho y afectación a la imagen del Poder Judicial. La resolución cuestionada cambió una medida de prisión preventiva por otra de arresto domiciliario en contra de dos imputados extranjeros. La Corte Plena, en aplicación del artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispuso cómo debió aplicarse la ley en un asunto concreto de conocimiento de la señora jueza, en contraposición al principio de independencia judicial y de juez natural. O sea, un criterio jurídico se hace prevalecer sobre otro, fuera del procedimiento legalmente establecido. Lo anterior implicó, al final, la persecución de la señora jueza por el contenido de su resolución. Este asunto llevó incluso una gravosa consecuencia que resultó en la intromisión directa del Poder Ejecutivo en favor de la inejecución de la resolución judicial de arresto domiciliario dictada, ya que la propia Presidenta de la República desvaloró la resolución judicial y legitimó aún más el sesgo de la información ante la población, deslegitimando, a su vez, la actuación jurisdiccional. Bajo esta argumentación y considerando el precedente, ahora los jueces costarricenses no solo deberán apegarse a la Constitución y las leyes, sino que, a la hora de motivar sus sentencias, deberán cuidarse de no causar con ellas semejante perjuicio al poder judicial.”<sup>121</sup>

Aquí se demuestra como la relación Corte Suprema-Partidos Políticos termina calando en las decisiones que toman las juezas y los jueces de instancias menores. Sin olvidar, que en Costa Rica luego de la creación de los Tribunales de Apelación de la Sentencia Penal se retornó a una estructura jerárquica en cuanto a la parte recursiva, que ha legitimado el concepto de «unificación de criterios» basado en una idea sobre la «Seguridad Jurídica», la cual se traduce en un mayor control hacia los «tribunales inferiores» y una uniformidad del pensamiento jurídico-penal, respondiendo, de esta forma, a los lineamientos que establece la Sala Tercera sobre cualquier tema. Para la presente tesis no se va a conocer sobre el posible desvalor de dicha “uniformidad”, pero es importante presentarlo como un factor más a considerar dentro del contexto de la motivación de la pena en Costa Rica.

### **C) Aspectos dogmático-penales de la Motivación de la Pena en Costa Rica: Una evaluación crítica del tema.**

La motivación judicial de la pena es una de las partes más complejas de la sentencia penal, no solo por los factores que influyen (como se analizó en el punto anterior), también por la naturaleza misma de la actividad. Es decir, escoger una pena de un rango determinado por la ley es una operación que necesariamente debe hacer el juez o la jueza que se enfrenta al caso concreto; por ejemplo, el artículo 111 del Código Penal dispone: «Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años». La pena que se impone entre el rango de doce a dieciocho años o sus extremos, es

---

<sup>121</sup> Asociación de Jueces Por la Democracia. “Informe: Amenazas a la Independencia Judicial en Centroamérica”. Honduras, 2012. Accesado 30 de noviembre, 2015. [http://juecesdemocraciahn.org/wp-content/uploads/2014/03/E-Book\\_Informe-Amenazas-a-la-Independencia-Judicial-en-Centroam%C3%A9rica.pdf](http://juecesdemocraciahn.org/wp-content/uploads/2014/03/E-Book_Informe-Amenazas-a-la-Independencia-Judicial-en-Centroam%C3%A9rica.pdf)

seleccionada por las personas legitimadas para resolver un expediente específico, pero el mismo Código no establece en qué circunstancias la pena debe ser de doce, catorce o diecisiete años. Ante la situación anterior se establece en el Artículo 71 una serie de criterios que el juez debe tomar en cuenta para realizar la ponderación de la elección de la pena. Estos criterios ya se mencionaron antes, pero se reiteran a continuación:

(...) a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible; b) La importancia de la lesión o del peligro; c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar; d) La calidad de los motivos determinantes; e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.<sup>122</sup>

La doctrina costarricense sobre el tema y la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (máximo ente jurisdiccional en materia penal) han coincidido en la necesidad y la obligación de tomar estos aspectos en cuenta a la hora de motivar la pena. Así, han expresado los autores José Manuel Arroyo y Alexander Rodríguez: «En la ponderación de la pena debe valorarse, en consecuencia, los pros y los contras de la conducta desplegada por el imputado, en estricto apego a los criterios que el artículo 71 del Código Penal costarricense ordena».<sup>123</sup> A su vez la referida jurisprudencia de la Sala Tercera ha establecido:

En lo que respecta a la pena, si bien el artículo 71 del Código Penal autoriza a los juzgadores a fijar su monto dentro de los límites señalados en cada figura delictiva, esa fijación no puede ser arbitraria ni alejada de los principios de proporcionalidad, justicia e igualdad contenidos en nuestra legislación. La labor del Tribunal en la fijación de la pena se encuentra muy especialmente tasada en la ley, ya que el propio artículo 71 inmediatamente señala los parámetros que deben orientar la tasación del monto de la pena en cada caso concreto, sin que el juez pueda recurrir a prejuicios, criterios arbitrarios, o tomar en consideración factores distintos a los previstos por el legislador (...).<sup>124</sup>

En el año 2012 el mismo órgano dictó sobre el tema:

Con relación a la alegada vulneración del artículo 71 del mismo cuerpo de normas, considera esta Cámara que el examen de los elementos que sirvieron de base para graduar

---

<sup>122</sup> Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley N0 4573: "Código penal". (Cartago: Publicaciones Jurídicas), 2011. 18 y 19.

<sup>123</sup> Arroyo Gutiérrez, J.M. y Rodríguez Campos, A. Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal. (San José: Editorial Jurídica Continental), 2002. 152.

<sup>124</sup> Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto N0 382 de las nueve horas y veinte minutos de veintiséis de julio de mil novecientos noventa y seis.

el reproche, se encuentran ajustados a los parámetros legales. La fundamentación de la pena, efectivamente debe estar conformada por el análisis de las condiciones subjetivas y objetivas de los hechos, la intensidad y la magnitud de sus implicaciones, así como por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En relación con estos últimos, ya ha sido criterio de esta Sala su importancia, en particular al momento de determinar en sentencia el monto de la pena por imponer, en este sentido, en el fallo 0314-2010 de las 08:55 horas del 30 de abril de 2010, dictado por esta Cámara, se reiteró el criterio jurisprudencial, según el cual: “La fijación de la sanción penal no sólo requiere detenerse en el análisis de los aspectos contenidos en el artículo 71 referido sino también, recurrir a parámetros de proporcionalidad y razonabilidad a fin de dotar de un contenido válido la imposición de la pena, porque ese momento resulta ser precisamente el punto álgido dentro del quehacer jurisdiccional en nuestro sistema penal, el momento en el que se individualiza y se concreta el ejercicio del ius puniendi. Es un derecho constitucionalmente tutelado que el imputado conozca claramente los motivos por los que el Estado decide aplicarle una pena privativa de libertad, así como también, las razones por las que el quantum fijado para la aplicación de dicha sanción es razonable y proporcional con el grado de reproche.”<sup>125</sup>

En el mismo año, adicionó la siguiente afirmación:

(...) los Jueces no están obligados a considerar todas y cada una de las circunstancias que contempla el numeral 71 del Código Penal, pues estas conforman un listado abierto de parámetros que a dicho efecto podrán valorarse, siendo legítima la fundamentación de dicho apartado aún y cuando en el fallo sólo se analicen algunos de ellos e incluso, cuando se consideren otros aspectos no incluidos allí expresamente.<sup>126</sup>

De las citas anteriores se deben destacar varios puntos: 1) existe un consenso que el juez o la jueza deben tomar en cuenta el artículo 71 del Código Penal para la motivación de la pena y adecuarla a estos parámetros; 2) además de los incisos de dicho artículo, la sanción debe ser «proporcional» y «razonable» al reproche de la acción y de las circunstancias. 3) Finalmente, en jurisprudencia más reciente y como se extrae de la última cita, la Sala Tercera ha acordado que no es necesario hacer referencia a cada uno de los incisos e incluso se pueden tomar en cuenta otros aspectos.

En la jurisprudencia anterior y en la obra *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*, citada *supra*, los autores hacen un intento por interpretar la forma en que deben entenderse los incisos del artículo 71. Si se examinan algunas de las conclusiones que se exponen sobre cómo deben interpretarse estos parámetros que refiere el artículo al motivar

---

<sup>125</sup> Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto N° 591 de las nueve horas y dieciocho minutos del treinta de marzo del dos mil doce.

<sup>126</sup> Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto No 666 de las nueve horas y tres minutos del trece de abril del dos mil doce.

la pena, se encuentran algunas inconsistencias que a continuación se traerán a colación. Para esto es importante recordar la sección segunda de la primera parte de esta tesis, donde se evalúa el tema del lenguaje jurídico desde una perspectiva de la Filosofía del Derecho.

El intento por extraer la «correcta interpretación» de una, norma muchas, veces se basa en un deseo de quien interpreta por encontrar nociones allí donde no existen. El artículo 71 establece una serie de conceptos indeterminados, vagos y ambiguos, que probablemente fueron arrastrados de otras legislaciones. La idea de que se puede plasmar un significado único y correcto en las palabras corresponde a la visión del «Normativismo Jurídico» y para efectos de esta investigación se entenderá en el sentido que fue expuesto en la primera parte de la misma; es decir, tal actitud es casi tan inconveniente como buscar parámetros lógicos o matemáticos para imponer una determinada sanción. A decir verdad, no se trata más que de una incomprensión básica de las características fundamentales del lenguaje convencional.

Se podría decir que existen conceptos más o menos indeterminados que otros, pero el problema de la interpretación es que aunque estos no se presenten en una zona de penumbra tan difusa y estén algo claros, los mismos serán interpretados por el juez o la jueza en un caso concreto, a la hora de juzgar a una persona específica. Lo anterior significa que existen múltiples y complejos «Universos Simbólicos» en la cabeza de cada juez o jueza, que se encuentran contenidos en diferentes juicios de valor, prejuicios, inteligencias, bagaje cultural, experiencias traumáticas, preparación académica, mayor o menor disposición a realizar su trabajo (lo que se puede traducir como: «pereza de redactar») y otros factores que pueden provocar que se difumine la «correcta interpretación de la norma».

Se podría contra-argumentar que esto es inconcebible en un «Estado de Derecho» y que la «Seguridad Jurídica» es una garantía fundamental, mediante la cual se deben certificar jueces y juezas imparciales y capacitados para realizar sus labores. Incluso en la misma obra a la que se viene haciendo referencia, los autores expresan: «Por ello, no sólo es incomprendible, sino que además es incompatible con las funciones del juez en un sistema democrático (y, por ende, con garantías de juzgamiento claras para el ciudadano), que algunos tribunales muestren tales negligencias con uno de sus deberes más



relevantes»<sup>127</sup>. Aquí se nota que ese mito básico de creer que existe un tipo de racionalidad alcanzable en la motivación de la pena y un único sentido correcto en la interpretación de las normas para la solución de los casos, se encuentra muy presente en el foro académico y judicial.

Kelsen (citado por Haba) sentencia de forma magistral lo anterior: «(...) la ficción de que una norma jurídica siempre admite solo un sentido, el sentido “correcto”. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica».<sup>128</sup>

En el tema de la racionalidad existen muchas teorías sobre cuál se puede encontrar en las disciplinas normativas y específicamente en el Derecho. Dejando de lado esa discusión, se podría decir que el tipo de racionalidad al que se apunta erróneamente en el discurso actual de la motivación de la pena, es que si se exponen los motivos por los cuales se impone una determinada pena y esos se basan en los parámetros del artículo 71 del Código Penal, entonces no habría razón para considerar que existe una incorrecta motivación de la pena. Esta racionalidad de la motivación de la pena se aumenta si los argumentos se interpretan bajo el «correcto entendimiento» en que lo hace la doctrina y la jurisprudencia y además, si se utilizan criterios de «razonabilidad» y «proporcionalidad» en toda la operación.

Dicha creencia está plasmada en la jurisprudencia que se citó anteriormente y es la misma que los jueces y las juezas reproducen en las sentencias penales condenatorias en este país. Los aspectos formales de la motivación de la pena constituyen un tipo de racionalidad que se explicó anteriormente en este trabajo, citando a Minor Salas:

(...) Con palabras aún más simples: la aceptación social y ética (o como diría WEBER la “racionalidad formal”) y, por ende, la legitimidad de una sentencia judicial dependen, en grandísima medida, de cómo esta sentencia sea fundamentada. De allí que la posibilidad de motivación sea un instrumento considerado esencial para la racionalidad de los fallos, pero también un importante mecanismo para ejercer la crítica sobre la actividad de los jueces.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Arroyo Gutiérrez, J.M. y Rodríguez Campos, A. *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*. (San José: Editorial Jurídica Continental), 2002. 146.

<sup>128</sup> Enrique Pedro Haba, «Debate sobre Teoría de la Argumentación: Avatares de lo “Racional” y lo “Razonable”, cuando son eximidos de tener carnet de identidad (como también sobre unos ecos, en Teoría del Derecho, de la perenne dicotomía entre el “El científico y el político”)». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 14, (enero-diciembre, 2011): 239-316. Accesado 20 de abril, 2015. <http://www.rtdf.es/numero14/10-14.pdf>

<sup>129</sup> Minor Salas, « ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica». *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. No 13 (2006). Accesado 20 de octubre, 2015. <http://dialnet.unirioja.es/revista/2494/A/2006>

Con lo anterior se debe dejar de lado la idea de que la fundamentación o motivación de los fallos solo es un mecanismo democrático a disposición de los usuarios de la administración de justicia. Por el contrario, el mismo sirve también para legitimar el poder punitivo que está detrás del proceso penal. Una sentencia «bien fundamentada» no es la que explica los motivos reales del juez o la jueza a la hora de imponer una pena, sino la que sigue ciertos criterios formales que han sido delimitados con anterioridad. La «imparcialidad» y «objetividad» del juez o la jueza, en este sentido, significa que existe una persona a la que se le está pagando un salario para que en su cargo de administración de justicia, adecúe lo que va a decidir a lo que ya la Sala Tercera ha entendido como una «correcta interpretación» del artículo 71 del Código Penal y solo se pronuncie sobre los aspectos que la misma ha delimitado.

La autora argentina Patricia Ziffer, doctrinaria citada de forma recurrente en los fallos de la Sala Tercera, utiliza un ejemplo de una «correcta interpretación» de lo que se considera los «aspectos objetivos» del hecho. En el mismo se puede ver la manifestación de esta «racionalidad formal» a la que se viene haciendo referencia; dicho ejemplo se encuentra citado en la obra *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal* y reza:

(...) En muchos supuestos las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento el propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible –y necesario- tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado (...).<sup>130</sup>

Se puede utilizar el «grado de violencia» como argumento para aumentar la pena, lo que no se puede decir es que se esté agravando por que se utilizó violencia. La motivación de la pena escapa o pasa de lejos el tema de la intención del juez o la jueza; lo único que importa, es que sepa lo que se puede y no se puede decir, las palabras correctas que la «comunidad jurídica» aprueba en el discurso de la motivación de la pena. Poco importa que «grado de violencia» sea un concepto altamente indeterminado que puede interpretarse de muchas formas (la utilización de un cuchillo y un rifle AK-47 pueden configurar el mismo «grado de violencia» en la cabeza de dos jueces distintos, así como un golpe en la cara

---

<sup>130</sup> Arroyo Gutiérrez, J.M. y Rodríguez Campos, A. *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2002) 154.

puede significar el mismo «grado de violencia» que un disparo). La prohibición de la «doble reprochabilidad» se basa en no decir que se está agravando una pena por las mismas circunstancias que el tipo penal ya contiene, aunque en la realidad si se estén aumentando. Se debe evitar mencionar este hecho para que la sentencia alcance el nivel de resolución propia de un estado democrático de derecho.

Se debe concluir que la claridad que puede brindar una «correcta interpretación» de los incisos citados, se trata de una suerte de certeza sobre lo que el juez o la jueza no deben decir en una motivación de la pena, pero no llega a aclarar estos conceptos indeterminados. Sin embargo, no se tienen porqué aclarar, ya que no existe ningún significado que se pueda extraer de los mismos. Los incisos del artículo 71 del Código Penal son lo que el juez o la jueza deciden en cada caso específico.

Es por esta razón, que se debe mantener un sano escepticismo sobre posibles soluciones que se pudieran proponer al tema, como una reforma legislativa que venga a delimitar parámetros «más claros». Dicha reforma debería contener un catálogo de definiciones y una exposición extensa de ejemplos y casos en los que cada palabra deba interpretarse de tal forma; no obstante, debe hacerse la salvedad que este esfuerzo no es común en la práctica legislativa, y de realizarse solo llegaría a alcanzar una racionalidad intersubjetiva mayor, pero no a resolver los problemas fundamentales de la motivación de la pena.

Otro ejemplo de cómo se manifiesta el mito de la racionalidad en la motivación de la pena, se puede observar en la exposición que hacen los autores José Manuel Arroyo y Alexander Rodríguez sobre el tema de las «Condiciones objetivas del hecho punible», donde interpretan que estas tienen relación con el inciso c), el cual habla de las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Sobre esto, afirman los autores:

En este supuesto, hay formas de realización mucho más graves que otras por los instrumentos, armas o implementos más o menos ofensivos que se utilizan, por la presencia o no de testigos, por la clandestinidad y sorpresa con la que se actúa, por la hora del día o el lugar del acontecimiento, circunstancias de las que se puede obtener mayor o menor facilidad o ventaja para la consumación del hecho.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> Arroyo Gutiérrez, J.M. y Rodríguez Campos, A. *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2002) 153.

Basados en todo lo anterior y para reforzar la idea crítica que se viene exponiendo, se puede suponer que existe un tipo ideal de juez o jueza, un modelo de racionalidad y un ejemplo de una administración de justicia objetiva, imparcial y democrática (si entrar a discutir la «textura abierta» de esos conceptos), el cual o la cual ha estudiado y comprendido cada sentencia de la Sala de Casación que impone parámetros para motivar una pena, además de toda la doctrina y legislación costarricense sobre el tema. Si a este juez o jueza le tocase resolver un caso de robo agravado y con base en la cita anterior, surgen las siguientes preguntas: ¿Cómo hace este juez o jueza para saber cuáles son las formas de realización que son mucho más graves que otras? ¿Cuáles son las armas o implementos que hacen la conducta más grave? ¿Cuál es la hora del día en que los delitos son más reprochables? ¿La no presencia de testigos hace que una pena se aumente? ¿Cuántos testigos deben haber para que no aumenten la pena en un caso específico? ¿Qué tan sorpresiva debe ser la conducta desplegada por el enjuiciado para que le aumenten el monto de pena? ¿Qué circunstancias influyen en darle al autor del hecho mayor ventaja sobre el partícipe? ¿Qué cantidad de ventaja es suficiente para que la conducta sea más reprochable?

La «correcta interpretación» de los incisos del artículo 71 del Código Penal parece ignorar que por cada delito, imputado, prueba y hechos específicos de cada caso concreto, existen múltiples visiones sobre qué se considera más reprochable.

Finalmente, hay que hacer referencia a los parámetros de «razonabilidad» y «proporcionalidad» establecidos en la jurisprudencia y que son fundamentales a tomar en cuenta para que una sentencia se encuentre «bien fundamentada». Dichos parámetros no son más que claves retóricas, y conceptos jurídicos indeterminados y vagos, que sirven para establecer casi cualquier cosa. En la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica se han venido utilizando desde hace años en relación con las actuaciones de la administración bajo su examen; para efectos argumentativos, solo hay que decir que tal medida es «razonable» y “proporcional” para que la misma se mantenga legítima.

El uso de estas fórmulas retóricas puede ser muy variado, desde la legitimación de una medida, la persuasión de una decisión, hasta el simple uso retórico de exaltar a una audiencia. Aun así, nada indica cuando una pena es «razonable» y «proporcional» a una

conducta desplegada. La doctrina que se ha venido analizando ha dicho lo siguiente sobre este elemento que se debe tomar en cuenta en la motivación de la pena:

Y, con el tema de la razonabilidad debe concluirse. Un límite infranqueable a la imposición del castigo penal en un Estado de Derecho, es su razonabilidad y proporcionalidad. La pena no sólo debe motivarse, sino que además imponerse en una medida tal que resulte proporcionada y razonablemente adecuada al hecho cometido. No se puede imponer el monto máximo de la pena sin decir con claridad en virtud de qué consideraciones se está tomando tal decisión.<sup>132</sup>

El problema con esta conceptualización de tales principios es que se olvida del uso real de las palabras en la motivación de la pena. Más que «límites infranqueables» del poder punitivo, se trata de «fórmulas retóricas» cuya simple mención ayudan a legitimar la imposición de la pena, por tratarse de criterios jurídicamente aceptados de la «racionalidad formal» que se espera en el tipo de fundamentación que se viene tratando.

Por ejemplo, un juez o una jueza que considere la violación de un niño o una niña como «la peor atrocidad imaginable» podrían considerar proporcional y razonable imponer la pena más alta que establezca el tipo penal. Esta persona no necesita demostrar que dicha conducta merece la pena más alta, basta con que en su interior lo piense y a la hora de fundamentar la pena exprese cuan razonable y proporcional es para el caso concreto. Es decir, una pena es más democrática si el juez o la jueza utilizan las palabras «razonable» y «proporcional», junto con la mención de otros criterios formales, sin mencionar lo que realmente opina de la persona que se está juzgando.

Es importante precisar el papel que juegan los y las juezas en el contexto de la motivación de la pena. En el ámbito judicial, y especialmente en el área penal, el derecho se torna generalmente en «instrumento de la política». Lo anterior se debe entender como el carácter psicológico del razonamiento judicial tendiente a satisfacer intereses ajenos a su estricto quehacer técnico o teórico. Pedro Haba se ha referido a esta distinción de la siguiente forma:

Si bien se mira, también en este terreno se impone, quiéralo uno o no, la fundamental diferencia entre la orientación mental del científico frente a la del político, de acuerdo con la conocida caracterización efectuada por Max Weber. Visto en términos de Wittgenstein, quiere decir que esos dos tipos de «juegos de lenguaje» responden a «gramáticas» que son

---

<sup>132</sup> Arroyo Gutiérrez, J.M. y Rodríguez Campos, A. *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2002) 163 y 164.

respectivamente inconmensurables, o poco menos. Pues bien, ¿cuál es el tipo de «juego» en que consisten básicamente los razonamientos jurídicos profesionales? Nadie lo ha dicho con más claridad que Kelsen: «El derecho... es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas...». Por eso resulta que el derecho es un «juego» cuyas «gramáticas» se determinan primordialmente, no por finalidades de conocimiento científico, sino por recursos mentales de tipo político (sean o no sean, tales o cuales de estos mismos, más o menos refinados intelectualmente).<sup>133</sup>

Se debe concluir que el contexto de la motivación de la pena es un complejo escenario donde confluyen influencias políticas, sociales y académicas. La dogmática penal sobre el tema se ha encargado de prescribir fórmulas vacías que funcionan como parámetros que los jueces y las juezas deben seguir en las motivaciones de pena en las sentencias condenatorias. Sin embargo, es necesario hacer notar las dificultades de todo tipo (lógicas, culturales e institucionales); debido a que un correcto debate sobre el tema debe comenzar en “terreno firme” antes de efectuarse. En la siguiente sección, se evaluará el principal objeto de esta tesis, como un intento por reforzar la visión descriptiva y crítica de la problemática de la motivación judicial de la pena en Costa Rica.

---

<sup>133</sup> Enrique Pedro Haba, «Debate sobre Teoría de la Argumentación: Avatares de lo “Racional” y lo “Razonable”, cuando son eximidos de tener carnet de identidad (como también sobre unos ecos, en Teoría del Derecho, de la perenne dicotomía entre el “El científico y el político”)». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 14, (enero-diciembre, 2011): 239-316. Accesado 20 de abril, 2015. <http://www.rtd.es/numero14/10-14.pdf>

## **SECCIÓN SEGUNDA: LA RETÓRICA EN LOS ASPECTOS MANIFIESTOS Y LATENTES DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (ANÁLISIS Y EXPOSICIÓN DE CASOS)**

En la presente sección se realizará el análisis principal de esta investigación: se evaluará el tema de la motivación judicial de la pena a través de los estudios sobre retórica y lenguaje expuestos en la primera parte de esta tesis. El objetivo de dicho análisis es comprender los aspectos manifiestos y latentes del contexto de la motivación de la pena, con el fin de concluir en una comprensión meta-valorativa de esta problemática. Lo anterior es importante para tener claro los alcances que se pueden tener en futuras discusiones acerca del tema específico y evitar, de esta forma, conclusiones o propuestas engañosas.

### **A) «Los Auditorios» de la Motivación de la Pena.**

Como se describió anteriormente al definir el contexto de la motivación de la pena, existen muchos agentes que influyen directa o indirectamente en las decisiones de las y los jueces; estos factores a veces constituyen verdaderos obstáculos para la actividad judicial, aunque en ocasiones pueden facilitar la labor del funcionario o funcionaria que ha decidido simplemente adherirse al auditorio al que argumenta. Esta idea será ampliada adelante, por el momento es importante definir desde el punto de vista de la «retórica», cómo se podría concebir la relación «Auditorio-Motivación de la Pena».

Para lo anterior, se debe hacer necesaria mención a la primera parte de esta exposición investigativa, específicamente al tema del «Auditorio» en la filosofía de la *Nueva Retórica*. Sobre este eje de análisis se definirá si existe un auditorio único e identificable en el contexto argumentativo de la motivación de la pena, si existen varios identificables, o si, por el contrario, hay una multiplicidad de auditorios de diversa naturaleza y complejidad que se construyen desde variadas intenciones y funciones sociales.

Recordando la definición de Perelman que el auditorio es el conjunto de personas sobre las que el orador quiere influir o persuadir, estos elementos o personas pueden clasificarse en términos generales como un primer auditorio «directo» y uno segundo «indirecto».

En el primer tipo de Auditorio se pueden englobar a «las partes del proceso», que son las personas que tienen alguna injerencia directa en el curso de la acción penal y que pueden impulsarla, participar activamente.

Estas personas o elementos que integran el auditorio, son:

- La imputada o el imputado (o los imputados en caso de haber más de uno o una).
- La representación del Ministerio Público, quien es el encargado de llevar la acción penal en los delitos de acción pública o de acción pública a instancia privada.<sup>134</sup>
- El defensora o defensora pública en caso de existir este tipo de representación. Si no hay defensa pública, el abogado litigante que realiza la «defensa técnica» de la causa.
- El ofendido o víctima. Figura que ha tomado más fuerza en los últimos años tanto en derechos como en deberes dentro del proceso penal.
- El querellante, quien impulsa el proceso de forma privada y no siempre existe como figura dentro de un proceso penal.<sup>135</sup>

Un segundo auditorio «indirecto» puede estar constituido por todos aquellos elementos que confluyen como factores de influencia en el contexto de la motivación de la pena. Se pueden mencionar:

- Los Medios de Comunicación. Dependiendo del caso, su influencia puede ser mayor o menor y en algunos casos pueden no aparecer del todo en el auditorio que el juez o la jueza han formado, aunque en otros pueden ser fundamentales.
- Los Tribunales de Alzada, específicamente la Sala Tercera que dicta la jurisprudencia definitiva y que tiene la pretensión de «unificar» criterios en todo el país. No hay que olvidar la relación entre política y jerarquía institucional que existe en Costa Rica.
- Los políticos o demás personas de influencia para la opinión pública.
- El «foro» académico, que está constituido por los y las juristas que analizan en sus obras y en sus clases las sentencias condenatorias que consideran relevantes.
- De forma genérica, se puede mencionar el resto de la población como último auditorio. Aquí se incluyen a los amigos, familiares o conocidos de los imputados y las víctimas.

Con esta primera aproximación del análisis se cumple lo que Perelman propone para estudiar a los auditorios y es: observar las funciones sociales desempeñadas por los oyentes. Pero, al mismo tiempo plantea que se estudie la cultura del oyente, su medio social, la forma en que convive, sus opiniones dominantes y convicciones no discutidas. Sin

---

<sup>134</sup> Sobre esta distinción ver el Título II del Código Procesal Penal de Costa Rica que se refiere a las «Acciones Procesales».

<sup>135</sup> No se menciona finalmente al Actor Civil porque su participación anticipa otro tipo de condenatoria (resarcitoria civil).



embargo, este panorama se debe vislumbrar para efectos de la argumentación persuasiva (si es que se da de esta forma).

Es muy importante aclarar que en este apartado no se pretende establecer cómo debe realizar el juez o la jueza dicho estudio; ni siquiera se puede comprobar que todos realizan esta operación ante de motivar una pena. Simplemente se va a hacer una descripción especulativa sobre la forma en que se construyen los auditorios de la motivación de la pena. Teniendo esto en mente, cabe recordar que para Perelman es fundamental que el argumentador se adapte y estudie a su auditorio, para así persuadirlo; lo anterior, tomando en cuenta la función social de los individuos en el mismo.

Tomando en cuenta lo anterior se podría decir que no existe un auditorio de la motivación de la pena, sino que hay múltiples posibilidades de auditorios. Cada uno de estos va a depender del caso concreto y del papel que jueguen los personajes que influyen de forma directa e indirecta. Es decir, no es lo mismo un caso al que se le da cobertura en la prensa durante todo su proceso, a un simple caso de robo que no involucra a ningún personaje reconocido en el medio. Tampoco será lo mismo para el juez o la jueza el caso que lleva un defensor público, al abogado litigante que tiene una influencia mediática o política y que puede provocar cierto involucramiento institucional.

Pese a lo anterior, en los casos que no revisten mayor cobertura pública existe un auditorio más reducido que colinda en los límites del auditorio «directo». Incluso se puede afirmar que en estos a la persona condenada y al ofendido no le interesa la motivación de la pena, solo quieren saber de cuántos años es la condena. Estos casos pueden revestir una argumentación menos emotiva y elaborada, porque evocan a los profesionales en derecho penal que son las partes del proceso. Incluso se pueden encontrar argumentaciones similares por parte de una misma integración de tribunal en distintos casos y dependiendo del delito, encontrar estructuras idénticas de técnicas retóricas.

Ni siquiera en los casos en los que sí existe cobertura mediática se podría decir que el juez o la jueza necesariamente verán expuesta su motivación, puesto que la información relevante consta de los años de cárcel o el monto económico fijado. Aun así, esta presión junto con la institucional siempre son incisivas y generan incertidumbre para el motivador o motivadora.

No obstante, los apuntes anteriores versan sobre el supuesto de que el juez o la jueza tengan la intención de persuadir al auditorio que han construido, pero, y he aquí el aporte más crítico del apartado, el motivador de la pena no siempre construye un auditorio particular para ejercer su actividad y lograr la persuasión. También puede darse el caso que el juez o la jueza, contrario a lo estipulado anteriormente, intenten convencer a uno universal.

La distinción que hace Perelman es reducida a la afirmación de que el auditorio universal es el de los «filósofos»; pero “aterrizando” en la realidad judicial de la motivación de la pena, se puede especular que no todas las y los jueces son personas conscientes del elemento retórico de su argumentación y perfectamente puede darse que argumenten a un auditorio universal. Lo anterior significa que, partiendo de la distinción entre «persuadir» y «convencer» es incorrecto afirmar que todas las personas que argumentan en espacios como la judicatura, necesariamente construyen su discurso para el auditorio que desean persuadir, sino que hay jueces y juezas que, por otro lado, consideran que le están exponiendo a la «razón» (auditorio universal).

En la definición de este tipo de auditorio quien argumenta no espera conseguir el consentimiento de todas las personas, en términos de Perelman, sino que intenta que se adhieran a su posición aquellos que comprenden sus razones. Lo que se afirma proviene de un hecho asimilado por su auditorio, como una aseveración verdadera o necesaria. Es decir, las premisas de las que se parte son compartidas por el auditorio universal como «verdades objetivas», incuestionables para quienes las conocen o comprenden. Es por esta razón que quien argumenta para un auditorio universal no necesita persuadir a sus oyentes, puesto que los mismos no van a negar su veracidad, solo se requiere convencerlos de la medida tomada.

Sobre este último punto, Perelman utiliza el ejemplo de una comunidad científica que ha adoptado un sistema bien definido. Cualquier idea que se estructure dentro del marco de su conocimiento especializado o específico, será asimilada como cierta y no será cuestionada su validez. En palabras del mismo autor: «(...) supone que todos los hombres, con la misma preparación, la misma capacidad y la misma información, adoptarían las mismas

conclusiones.»<sup>136</sup> Es decir, el auditorio universal depende de los aspectos que cierta comunidad, foro o gremio haya adoptado como válidos.

En el derecho se cree en la veracidad de las normas y una vez que son «positivizadas» mediante un mecanismo formal legislativo, no se cuestiona su existencia o validez. Lo mismo ocurre con lo que se ha llamado el derecho «no escrito» que corresponde a la jurisprudencia; e incluso, se le otorga cierta veracidad a lo expresado por determinados autores en la doctrina jurídica. Se trata así de una «mezcolanza indisoluble» (Radbruch) de normas, opiniones y elementos fácticos, que constituyen un discurso o un «idioma jurídico», cuyos descifradores son los «interpretes autorizados» encargados de definirlo y normarlo; darle el carácter objetivo del que Perelman habla en el auditorio universal.

El auditorio universal de la Motivación de la Pena se reduce a un ámbito más pequeño, a saber: las opiniones de los principales juristas de la materia penal y la jurisprudencia de las salas de apelación y casación. El juez o la jueza que intentan convencer a un auditorio universal solo necesitan mencionar las normas aplicables, los conceptos jurídicos indeterminados que más se asemejan a «términos bandera» o «emocionalizantes», pero siempre bajo la consigna personal de que están argumentando a la “razón” y que su auditorio conoce y comprende sus fundamentos.

No se podría afirmar que siempre que un juez o una jueza argumenten con: «(...) formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba (...)»,<sup>137</sup> se está en presencia de una construcción argumentativa formulada con el fin de persuadir a un auditorio particular. Más bien, como se analizó anteriormente, detrás del uso retórico de frases y «fórmulas emocionalizantes» se puede esconder la intención de argumentarle a un auditorio universal.

Lo anterior es una apreciación crítica que ayuda a comprender el contexto de la motivación de la pena. Por un lado «limpia» el panorama para observar mejor el problema, pero por otro demuestra que las dificultades presentes en esta actividad son más oscuras de lo que parecen, más aun si se considera que los jueces y las juezas no siempre expresan

---

<sup>136</sup> Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. (Madrid: Editorial Gredos, 1989).76

<sup>137</sup> Frase extraída del artículo 142 del Código Procesal Penal que se refiere a la fundamentación de las sentencias y los autos en un proceso penal y específicamente al tipo de fundamentación que se considera errónea.

todos los motivos que los llevan a determinada decisión. La distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento se hace clave para entender lo anterior, ya que existen aspectos o funciones manifiestas y latentes en la motivación de la pena; los elementos formales que se invocan ante un auditorio universal pertenecen a los aspectos del primer tipo, mismo que se estudiarán junto a los latentes en el siguiente apartado.

### **B) Los aspectos manifiestos y latentes de la motivación judicial de la pena.**

La motivación de la pena se puede entender como un contexto argumentativo, pero también como un discurso de racionalidad como se analizó antes; sea como sea, en ambos casos se podría decir que es una actividad que pertenece a un sistema o a una estructura. Sin entrar a cuestionar o definir el concepto de «sistema», siguiendo la idea de Robert Merton (cuya teoría se estudió páginas atrás), se concibe a partir de ahora a la motivación de la pena como un sistema de control social de carácter retórico-argumentativo, que puede tener funciones de diferentes tipos.

Dentro de estas funciones se consideran tanto las que se encuentran manifiestas, expresas o explícitas, como las ocultas o latentes. Sobre el primer orden de ideas se hará una exposición que incluye los aspectos que están manifiestos y que son esperados como condiciones objetivas que ayudan a la adaptación del sistema. Por otro lado, se encontrarán los aspectos no esperados o latentes dentro del contexto de la motivación de la pena.

Con respecto a las funciones manifiestas, el propio Merton señala que se trata de «condiciones esperadas» que ayudan a adaptar el sistema. Es decir, en el contexto de la motivación de la pena, estas son todas aquellas normas o prácticas que las y los jueces llevan a cabo al argumentar a un determinado «auditorio calificado», ayudando a legitimar un determinado discurso jurídico que se maneja en esta actividad. Dentro de las funciones manifiestas que se pueden esperar de las y los jueces en el contexto retórico-argumentativo de la motivación de la pena se puede describir:

- **La referencia a los incisos del artículo 71 del Código Penal y otros conceptos jurídicos:**

Sin duda, como se analizó antes, no es necesario que el juez o la jueza sean totalmente sinceros sobre la indeterminación de términos tales como «*personalidad del partícipe*» o «*gravedad del hecho*», sino que se debe definir una «gravedad» definitiva o una

concluyente «personalidad», que no se sujeta a ningún control (ni es posible sujetarla) y hacer la simple mención que se está tomando en cuenta el artículo 71 y sus incisos para la imposición de una pena. Esta simple mención es la función esperada en el contexto de la motivación de la pena.

Tal función responde a unos determinados tipos de auditorio que se pueden considerarse más especializados, debido a que saben que existe la obligación de fundamentar «acorde al artículo 71» y que no hacerlo podría decaer en un recurso de apelación por «falta de fundamentación» de la pena, pero también porque la «construcción dogmática» del derecho que se promulga desde la academia influye en la visión de corrección a partir de las normas. Es decir, en las estructuras mentales de la persona que argumenta y de la que se proyecta como receptor, sus formaciones las impulsan a respetar los parámetros dogmáticos y técnico-jurídicos que han sido establecidos sobre el tema.

Con lo anterior no se descarta que parte de esta motivación vaya dirigida al imputado o a la prensa, sino que tendría menos relevancia para esos sectores una construcción argumentativa más técnica, generalmente no dominan los «juegos del lenguaje» que manejan los jueces y las juezas penales. Por lo que el auditorio en esta función manifiesta que se viene describiendo y que se refiere a un sector “especializado” podría estar constituido por: los tribunales de alzada, el «foro» académico o en menor escala, los representantes legales de las partes, sean fiscales, defensores o abogados privados.

Sobre este punto cabe recordar que lo fundamental es la mención de los aspectos que configuran la «racionalidad formal» de la motivación de la pena. Por lo que no hay que olvidar cualquier otro tipo de concepto jurídico cuya «textura abierta» (cualquier noción jurídica indeterminada que funcione como «término bandera» para lograr el fin retórico deseado, al respecto se pueden mencionar palabras como «proporcionalidad» o «razonabilidad») permita llenarlo de contenido retórico con el fin de convencer o persuadir al auditorio, el cual espera que se cumplan los requisitos «aceptados» por la jurisprudencia y la doctrina en el tema.

Dentro de esta función manifiesta incluso puede considerarse el tema del fin «resocializador» de la pena. Parte de la argumentación puede ir dirigida a este ideal aceptado por los principales entes que construyen la racionalidad formal del sistema penal; esto en

caso de querer persuadir o convencer a un auditorio especializado, que además comparte una determinada visión dominante del derecho penal en la academia y en la jurisprudencia.

Se puede afirmar que lo que se espera de la motivación de la pena y que ayuda a afianzarla como sistema de control social, depende del auditorio al que vaya dirigido, por lo que se pueden hablar de tantos tipos de funciones como auditorios diversos existan.

- **Valores culturales, moral social y retribución de la pena:**

Otro tipo de funciones o aspectos manifiestos en el contexto de la motivación de la pena como mecanismo de control social, pueden estar contrapuestos a los que se describieron anteriormente, pero existen de forma manifiesta porque son esperados por otros auditorios de esta actividad y en tanto se sigan utilizando, servirán de apoyo para lograr la adhesión de los otros «espectadores» no especializados.

En este tipo de funciones el juez o la jueza no argumentan a una determinada «racionalidad formal», más bien la adhesión se busca apelando a los «valores culturales» y la «moral social» de un determinado contexto argumentativo. Es decir, se busca impactar sobre los sectores de la prensa, sus oyentes o lectores y las partes del proceso que no “utilizan” el lenguaje jurídico-penal, en su mayoría: las víctimas y los imputados, aunque también se logre indirectamente la adhesión de sectores especializados que compartan ciertos valores.

Como se mencionó, este tipo de funciones pueden entrar en contradicción con las anteriores; por ejemplo, el tema del «fin de la pena» se concibe en el discurso oficial e ideal académico y jurisprudencial como una búsqueda hacia la «resocialización de la persona», pero es perfectamente pensable que muchas personas (incluyendo abogados y estudiantes de la carrera de Derecho) consideren que «se hace justicia» cuando una persona sufre los efectos de la cárcel o de otro tipo de penas, porque le retribuye en una forma de «venganza institucionalizada» el daño que ha causado, haciéndole «pagar» por el delito que cometió.

Sin embargo, aunque esta función no es esperada por muchos académicos y personas relacionadas al estudio y aplicación del derecho penal, no se puede considerar siempre como una función latente, porque existe un gran sector (incluso dentro del sector “especializado”) que espera una lección «retribucionista» por parte del juez o la jueza en la exposición de sus

motivos y que esto se refleje en el monto de pena que se impone, lo que la convierte en manifiesta para este grupo.

Incluso, se puede pensar en un modelo de juez o jueza que crea estar argumentando a un «auditorio universal» al exponer sus motivos desde el punto de vista «retribucionista». En este último caso, la persona que argumenta va a dirigirse a una «moral social» y unos «valores culturales» que considera incuestionables. La misma no encontrará necesidad de exponer la «gravedad» de un delito sexual o de un homicidio, porque considera que todos deben estar conscientes de la misma.

Aquí es donde verdaderamente se vuelve peligrosa la visión «mitificadora» del juez o la jueza penal, como este ser que impone penas para calmar una especie de «sed de venganza» en forma de administración de justicia; o que de alguna forma, conoce y acepta todos los efectos que se estudian en la «criminología crítica» acerca de la persecución penal y aun así desea imponer penas altas porque es corrompido por su función.

La forma correcta de visualizar el tema, contrario a lo anterior, es una necesaria visión de las y los jueces como personas sujetas a sucumbir a todas las presiones de tipo externo, institucional e incluso personal. La visión ideal del mismo implica mayores inconsistencias en la administración de justicia, porque se espera que este juez o jueza tenga empatía con cada una de las partes del proceso (lo que implica tomar en cuenta el dolor de las víctimas y los daños causados), al tiempo que resuelve según la ley; es decir, toma en cuenta el artículo 71 del Código Penal, con todas sus fórmulas vacías y conceptos jurídicos indeterminados estudiados antes.

A pesar de lo anterior, se puede decir que la mayoría de las y los jueces buscarán la adhesión de un auditorio que «han construido en su cabeza» y, si el caso lo amerita, los aspectos de la moral social pueden convertirse en razones más importantes que el mismo texto legal. Es decir, la retórica en la motivación de la pena va a depender de cuáles funciones manifiestas ayudan a lograr con mayor efectividad la adhesión del auditorio que el juez o la jueza han contemplado.

Los valores sociales y culturales que se pueden contemplar en estas argumentaciones manifiestas van a depender del tipo de delito y auditorio que se esté contemplando. Por ejemplo, en un delito de drogas se puede apelar a una cuestión moral si el auditorio está

conformado por las personas de un determinado lugar que profesan una o unas religiones similares y que encuentran como una ofensa la venta de drogas en su comunidad. En este sentido, cabe recordar que el juez puede argumentar a un auditorio «universal» o «particular» y que este último ha construido a partir de la comprensión de la jurisdicción en la que trabaja. El papel de ese argumentador sería apelar a esa «gran ofensa» que constituye el delito de venta de drogas.

Ahora bien, cabe aclarar que ambos discursos pueden estar perfectamente mezclados. Es decir, la «moral social» y los «valores culturales y sociales» pueden ser el contenido de la «racionalidad formal» reflejada en la simple mención de los conceptos jurídicos indeterminados que integran el discurso oficial. La «gravedad del hecho» se puede justificar a través de esta «ofensa» y la «personalidad del partícipe» se puede evidenciar apelando a todos los estereotipos de una persona reprochable que se tienen en un determinado tiempo y espacio geográfico. Pero entonces, esto abre la duda: ¿Si aspectos que no son esperados por los participantes en un sistema son a su vez funciones manifiestas para otros, cuáles son los aspectos latentes de la motivación de la pena? La respuesta a la interrogante anterior también fue planteada por Merton, sobre su teoría se ha dicho:

Las acciones tienen consecuencias previstas y no previstas. Aunque todos somos conscientes de las consecuencias previstas, para identificar las consecuencias imprevistas se requiere del análisis sociológico (...) Merton especificó que las consecuencias no previstas y las funciones latentes no eran lo mismo. Una función latente es un tipo de consecuencia imprevista, que es funcional para un sistema determinado. Pero existen otros dos tipos de consecuencias imprevistas: “las que son disfuncionales para un sistema determinado, entre ellas las disfunciones latentes”, y “las que son irrelevantes para el sistema, al cual no afectan funcional ni disfuncionalmente... las consecuencias no funcionales (...) En su esfuerzo por clarificar aún más la teoría funcional, Merton señaló que una estructura podía ser disfuncional para el sistema en su conjunto y, no obstante, seguir existiendo. Un buen ejemplo es el hecho de que la discriminación de los negros, las mujeres y otros grupos minoritarios, es disfuncional para la sociedad estadounidense, y que a pesar de ello sigue existiendo porque es funcional para una parte del sistema social; por ejemplo, la discriminación de las mujeres suele ser funcional para los hombres. Sin embargo, estas formas de discriminación cumplen también disfunciones incluso para el grupo para el que son funcionales.<sup>138</sup>

Para «traducir» esta cita al contexto de la motivación de la pena, se podría decir que el tipo de funciones que apelan a la «moral social» basada en prejuicios racistas, xenófobos o sexistas son «disfunciones latentes» del sistema de «racionalidad formal» que impera en el

---

<sup>138</sup> George Ritzer, *Teoría Sociológica Contemporánea*. (España y México: McGraw-Hill Inc., 1993) 131 y 133.



discurso de valores del Poder Judicial, que aún siguen existiendo como funciones manifiestas de un determinado auditorio «no especializado», esperando una contemplación de estos aspectos por parte del juez o la jueza que resuelve el caso.

Lo anterior no responde la duda sobre cuáles son las funciones latentes en la motivación de la pena. Una aproximación crítica a la teoría de Merton y un análisis consciente del contexto de la motivación judicial de la pena en Costa Rica nos lleva a entender que si se concibe a esta como un sistema de control social, no se puede hacer una división tajante de «funciones manifiestas y latentes» perfectamente identificables, sino que se va a depender del tipo de auditorio al que se quiera argumentar, el caso concreto y sus particularidades.

Por otro lado, si se consideran las «funciones latentes» como efectos de una determinada actividad o medida que se encuentra oculta y que no es esperada, se podría decir que son funciones latentes de la motivación de la pena: la utilización de «plantillas» o «machotes» por parte de los jueces para motivar la pena en casos similares, las conversaciones de los jueces para delegar toda la función de redacción a un mismo juez (cuando el principio democrático exige la participación activa de los tres jueces), las consideraciones «extrajurídicas» en el seno de una deliberación para considerar unos casos como «importantes» y que requieren mayor «esfuerzo argumentativo» que otros.

Lo anterior, debido a que estos aspectos no se esperan por la ideología o discurso oficial del Poder Judicial y se contraponen a los valores morales aceptados, pero son funciones del contexto de la motivación de la pena que no se explicitan en una sentencia y que en algunos casos pueden ser disfuncionales para la misma.

Por otro lado, la división que sí se puede realizar es la de «intenciones manifiestas» e «intenciones latentes». Esto reformula la teoría de Merton, puesto que el mismo rechaza en el análisis sociológico la consideración de motivaciones internas o de intenciones, pero en el contexto de la motivación de la pena se puede evidenciar que las intenciones manifiestas o esperadas son los argumentos o razones que el juez o la jueza expresa, los cuales buscan la adhesión de un determinado auditorio (por lo que las mismas pueden coincidir con las funciones manifiestas), mientras que las intenciones latentes o no manifiestas son los

aspectos que influyen en el «fuero interno» del juez y que no son expresados por el mismo en sus resoluciones.

Mediante el análisis sociológico de los distintos auditorios y teniendo claro que el juez no siempre le argumenta a uno particular al que intenta persuadir sino convencer, se podría acceder a comprender algunas funciones manifiestas y latentes provenientes de su discurso, así como las que ha manifestado de forma explícita. El análisis de intenciones latentes es diferente pero sobre este solo se puede especular al respecto.

A pesar de que las intenciones latentes del juez no pueden ser accesadas, puesto que las mismas no se encuentran formuladas en «ninguna parte», se puede especular de manera general, sobre las mismas, conociendo cuáles son los aspectos que se contraponen a un determinado orden moral aceptado.

Es decir, el análisis y la comprensión de funciones latentes puede ayudar a la especulación de intenciones en esta línea. Sin embargo, este elemento especulativo constituye el límite de la investigación y se puede afirmar, que los alcances de dicha especulación, va a depender del auditorio y del contexto en que se realice el análisis.

Se podría especular que un juez o jueza «racista» podría aumentar la pena por el color de piel de la persona con tendencias «xenofóbicas» y «homofóbicas». Sin embargo, no es necesario explicitar sus prejuicios, porque siempre los podrá encuadrar en un marco ideológico que atienda a los valores y la moral del «pueblo» o incluso a la “racionalidad formal” de la motivación de la pena. La problemática de no saber las verdaderas intenciones de los jueces y las juezas es que existen mecanismos retóricos aceptados socialmente, los cuales se encuentran como funciones manifiestas y permiten este encubrimiento.

Por tanto, estas «intenciones latentes» pueden ser disfuncionales o funcionales para el sistema de la motivación de la pena. Pero, de nuevo, es fundamental el estudio de los «auditorios» . Es posible que un juez o jueza que apele a la moral del lugar donde se crió sea más efectivo que otro, pero una vez que intenta introducir la misma argumentación en otro sector geográfico, sus razonamientos choquen con este nuevo contexto. Aquí estamos en el caso del juez o la jueza que razona ante el «auditorio universal», pero perfectamente puede existir quien investigue y construya cada «auditorio particular», antes de comenzar una motivación de la pena.

La intención de «persuadir» o «convencer», en los términos que Perelman los define, no es algo que se pueda extraer de una sentencia, aunque siempre es posible especular al respecto. Aunque, precisamente como no se sabe cuál es la verdadera intención o motivación interna del juez o la jueza, el ideal de «control democrático» se ve comprometido a lo que ellos quieran manifestar.

Esto a su vez puede tener dos aristas principales: que el juez o la jueza no quieran que su resolución sea impugnada. En tal caso, estos van a intentar apegarse a los parámetros técnico-jurídicos aceptados para que su resolución pase el matiz de la prensa y de la crítica pública, siempre que recurra a los valores y moral aceptados en un determinado espacio y tiempo; la segunda arista se relaciona con la capacidad del juez o jueza para encubrir los prejuicios de su fuero interno. Nótese que en ambos casos el fin es el mismo: la adhesión de un cierto auditorio.

Es por esto que la problemática de que un juez o jueza no expresen sus verdaderas intenciones es un tema estrictamente ético, ya que desde el punto de vista jurídico puede estar totalmente aceptado (incluso puede ayudar a afianzar el sistema de control), solo debe cambiar las palabras que «cotidianamente» usaría y reemplazarlas por términos o fórmulas oficialmente aceptadas. Por eso la discusión académica y jurisprudencial mayoritaria sobre la motivación de la pena se torna esencialmente ideológica, porque es un mecanismo retórico engañoso que justifica las fuerzas que la mueven y, aun así, existe una creencia en su conveniencia y utilidad.

Por las razones anteriores, parece útil ubicar algunos casos concretos de la realidad penal costarricense para ejemplificar cómo se haría el análisis de la retórica en los aspectos manifiestos y latentes de la motivación judicial de la pena. Lo anterior, empezando con el estudio del contexto argumentativo del caso, los posibles auditorios a los que se puede argumentar y las cuestiones empírico-realistas que configuran el marco sobre el que un juez o jueza pudieron haber realizado su exposición de motivos para la imposición de una determinada pena.

A continuación se realizará el ejercicio mencionado mediante el estudio de dos motivaciones de pena reales, citando la referencia jurisprudencial concreta y otros datos de relevancia.

### **C) Análisis y exposición de sentencias.**

En este último apartado de la presente investigación, sobre el análisis de la motivación judicial de la pena en Costa Rica, se ejemplificará los aspectos tratados anteriormente con el fin de reforzar y aclarar las ideas que se concluyeron a partir del planteamiento metodológico y teórico que se propuso al inicio. Es decir, se hará mención de dos casos jurisprudenciales muy relevantes para el país, donde se transcribirá la motivación de la pena de los mismos, con su previa contextualización breve. Sobre cada caso se van a determinar los siguientes aspectos:

- Breve contextualización de cada proceso (en caso de ser más de un imputado, se seleccionará uno que sea más relevante para los efectos investigativos y se justificará la selección).
- Transcripción literal del apartado de la motivación de la pena (en caso de varios imputados, el que fue seleccionado).
- Posibles auditorios y particularidades del caso.
- Resumen de los principales argumentos.
- Análisis y conclusiones a la luz de todo lo estudiado en la presente investigación.

Las sentencias seleccionadas para el análisis tienen en común que se tratan de casos con una cierta cobertura mediática importante. Aquí es donde se puede evidenciar, de una forma más precisa, los elementos que fueron estudiados en los apartados anteriores, debido a que los mismos presentan particularidades que los convierten en verdaderos «procesos de prensa» donde muchos «espectadores» esperan que los imputados sean condenados y que las penas impuestas sean altas. Se trata, aquí, de asuntos en los que las y los jueces deben tomar en cuenta diferentes tipos de presiones «internas» y «externas» para construir diferentes tipos de auditorios para el mismo caso, lo que convierte la argumentación en una cuestión compleja donde se imprimen elementos jurídicos y extrajurídicos. En estos, las motivaciones de pena tienden a ser más extensas y elaboradas que en casos «comunes».

Con el término casos «comunes» se hace referencia a todos aquellos asuntos que son la mayoría de expedientes que ingresan al sistema penal y se trata de situaciones que no tienen esta cobertura” particular que se mencionó anteriormente. Sobre este tipo de casos es importante mencionar que en muchos no hay mención expresa de ninguno de los incisos del artículo 71 del Código Penal, la motivación de la pena en ocasiones está mezclada junto con

el apartado de «fundamentación jurídica» de la sentencia, o incluso se le dedica una mínima parte del análisis total de la sentencia.<sup>139</sup>

Incluso, se podría decir que esta selección que hacen las y los jueces de realizar motivaciones más elaboradas dependiendo de la importancia del caso, es una función latente de la motivación judicial de la pena en Costa Rica, que no es esperada por una comunidad jurídica que exige el mismo tratamiento a cada caso y que se contrapone con los valores que promueve el discurso oficial del Poder Judicial.

## **PRIMERO CASO:**

### **1) Breve contextualización del caso:**

En el año 2007 se dictó la sentencia penal de uno de los casos más mediáticos en la historia del sistema penal costarricense. Se trataba de un funcionario judicial de la Defensa Pública a quien se le acusaba de haber asesinado a su esposa por estrangulación. Durante meses se desarrollaron dos verdaderos «juicios paralelos»: el de la prensa y el propio proceso penal que enfrentaba el imputado.

En este mismo caso, se condenó a una ex-fiscal a quien el imputado le habría confesado el delito cometido, pero la misma decidió no revelar esa información a nadie por lo cual fue condenada a dos años de prisión y se le dio el beneficio de ejecución condicional de la pena. El imputado en la causa recibió una condena de 35 años de prisión. Poco después de la lectura de la sentencia, el mismo fue encontrado sin vida luego de haberse suicidado.

Una noticia del periódico costarricense *La Nación* escrita por Ronald Moya y Otto Vargas del día 26 de setiembre de 2007, recoge algunos de los aspectos importantes de la condena, información del caso y de los imputados, y opiniones de personas que fueron entrevistadas

---

<sup>139</sup> Sobre esta problemática jurídica es importante referenciar el siguiente trabajo final de graduación de maestría: González Castro, José Arnoldo y Mora Calvo, Didier. La Fundamentación de la Individualización de la Pena Privativa de Libertad. Tesis de graduación para optar por el grado de Máster en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica. Junio, 2003. Cabe aclarar que el mismo si hace un análisis «normativo» sobre la falta de «fundamentación» en la motivación de la pena, lo cual no es el enfoque de la presente investigación, pero a pesar de tener más de diez años es un estudio que tiene plena relevancia al describir aspectos de la realidad judicial que se siguen presentando en la actualidad, como los que se describieron *supra*.

en la calle, las cuales no tenían ninguna vinculación personal con el asunto. La misma se transcribe a continuación:

### **Burgos condenado a 35 años de prisión por matar esposa**

El exdefensor público Luis Fernando Burgos Barboza fue condenado ayer a 35 años de prisión por el asesinato de su esposa, Maureen Hidalgo Mora.

Al abogado, de 50 años, el Tribunal de Juicio de San José también le impuso tres meses de trabajos de utilidad pública por la tenencia ilegal de armas permitidas (tres pistolas que tenía en su apartamento).

Burgos deberá pagar ¢136 millones por daño material y moral a los padres de la víctima, Miguel Hidalgo y Vera Mora, más ¢18 millones por costas personales.

La exfiscal Zulay Rojas Sánchez fue sentenciada a dos años de prisión por encubrir el homicidio de Hidalgo.

Las juezas concluyeron que ella conoció del crimen por una confesión que le hizo el martes 11 de julio del 2006 Luis Fernando Burgos, pero no lo denunció por “proteger a su amigo”.

Rojas no irá a prisión porque el Tribunal le concedió el beneficio de la ejecución condicional de la pena por cinco años. Durante ese período de prueba no deberá incurrir en conductas similares.

La exfiscal fue exonerada del delito de incumplimiento de deberes, lo que evitó que se le impusiera la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

La sentencia fue leída por la jueza Ana Patricia Araya a las 4:10 de la tarde en una sala abarrotada de público.

El cadáver de Maureen Hidalgo apareció en un barranco de Atenas, Alajuela, el 16 de julio del 2006, tres días después de que Burgos denunció su desaparición. Las juezas concluyeron que la denuncia fue una coartada del condenado.

**Círculo de violencia.** Para el Tribunal, el homicidio fue la fase final de una larga cadena de agresiones.

Las juezas explicaron que la conducta agresiva de Burgos quedó demostrada con los testimonios de testigos cercanos a la pareja. Entre ellos la madre de Hidalgo, Vera Mora y Grace Jiménez, una amiga. Ambas mujeres declararon que la boda entre Burgos e Hidalgo se suspendió varias veces por los episodios de violencia de Burgos hacia la que entonces era su novia.

**Testigos veraces.** El Tribunal concluyó que Burgos estranguló a su esposa en el apartamento de la pareja, en Zapote, San José.

Para llegar a esta conclusión acreditaron como veraces las versiones de los testigos Anthony Calderón y Guillermo Hütt, quienes declararon que Burgos les pidió ayuda para deshacerse del cuerpo de su esposa a la que “había estrangulado y cuyo cuerpo tenía en la sala de su casa”.

De acuerdo con el fallo, el homicidio ocurrió a eso de las 8 de la mañana del martes 11 de julio cuando la mujer se alistaba para salir hacia su trabajo.

“La muerte sorprendió a Maureen en su propia casa, en forma desprevenida”, dijo la jueza Linda Casas al explicar detalles del fallo.

El Tribunal descartó que el asesinato fuera planeado. Las juezas estimaron que si Burgos hubiera concebido un plan, no habría necesitado acudir a varios amigos para que lo ayudaran a sacar el cadáver. Descartaron que Burgos le diera un medicamento para sedarla.

Crterios diversos

## CRITERIOS DIVERSOS

---

- **‘La pena tenía que ser de más años’**

**NOMBRE:** José Hidalgo

**PROFESIÓN:** Operario industrial

---

«Es muy poca la pena que le dictaron a Luis Fernando Burgos. Considero que le debieron poner más años para que cumpla con todo lo que hizo. A Zulay (Rojas) la trataron muy bien, como si fuera de la casa».

- **‘A Zulay la trataron muy bien’**

**NOMBRE:** Leticia Herrera

**PROFESIÓN:** Ama de casa

---

«La sentencia contra Burgos estuvo muy buena. A Zulay (Rojas) la trataron muy bien, ya que era para que le metieran 7 años y fuera a El Buen Pastor por encubrir a Burgos. Ella como fiscal debió haber confesado lo que sabía».

- **‘Las penas estuvieron bien’**

**NOMBRE:** Walter Chaves

**PROFESIÓN:** Abogado

---

«Comparto la decisión que se tomó en cuanto a las penas. Aunque mucha gente no esté de acuerdo con la de Zulay (Rojas), me parece que la condena a ella está bien, se le impuso la pena máxima por delito de encubrimiento».<sup>140</sup>

La condena está contemplada en la sentencia número 1021-2007 de las dieciséis horas del veinticinco de setiembre del dos mil siete, emitida por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José conformado al efecto por las juezas Msc. Ana Patricia Araya Umaña, la Licda. Linda Casas Zamora y Msc. María de los Ángeles Arana Rojas. Esta causa se tramitó bajo el expediente 06-14302-042-PE. Para el siguiente análisis se selecciona solo la motivación de la pena del imputado, puesto que es quien comete el homicidio y recibe mayor condena, reproche y atención de la prensa.

### 2) Transcripción literal del apartado de la motivación de la pena:

#### 1.- SOBRE LA PENA IMPUESTA AL SENTENCIADO L.F.B.B.

De conformidad con lo que dispone el artículo 71 del Código Penal en relación con los aspectos que deben ser valorados para fundamentar la pena, el Tribunal los ha analizado, respecto de cada uno de los imputados, en el mismo orden que señala la norma aludida, así

---

<sup>140</sup> Ronald Moya y Otto Vargas, “Burgos condenado a 35 años de prisión por matar esposa”, La Nación, día 26 de setiembre de 2007. Tomado de la página de “nacion.com” en la sección de “Sucesos”. Accesado 25 de enero 2016.  
[http://www.nacion.com/ln\\_ee/2007/septiembre/26/sucesos1254214.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2007/septiembre/26/sucesos1254214.html)

en lo que toca al sentenciado L.F.B el Tribunal ha valorado la prueba, como se expuso supra, y ha llegado a un juicio de certeza en relación con sus responsabilidad en el homicidio de su esposa M., habiendo precedido a este análisis las consideraciones jurídicas acerca de la calificación legal que ha correspondido a su conducta, por lo que resta fundamentar a la luz de la disposición citada del Código Penal la imposición del extremo mayor de la pena prevista en el inciso segundo del Artículo 112 del Código Penal. El párrafo primero del artículo 71 ordena que la sanción penal se fije atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe, y como criterios para valorar esos aspectos que deben determinar el quantum de la pena, la norma incluye un elenco de situaciones cuyo análisis frente a las circunstancias del caso concreto permitirá fundamentar la pena, atendiendo a la gravedad del hecho y la personalidad del partícipe. Para ordenar el análisis y en la medida que resulten aplicables nos vamos a referir a los criterios que brinda el artículo 71 del Código Penal en el mismo orden que se presentan en la norma. En relación con los aspectos objetivos del hecho punible, encontramos las suscritas que de las innumerables formas de quitar la vida a un congénere que la humanidad conoce, la que usa el imputado B. para terminar con la vida de su esposa, producida por compresión extrínseca del cuello es especialmente cruel y angustiante para la víctima cuya muerte sobreviene luego de un sufrimiento físico importante combinado con la imposibilidad de defenderse e impedirlo. Acerca de la importancia de la lesión o el peligro, la muerte de M. H., una mujer joven, de veintiocho años, en la plenitud de sus capacidades, poseedora de talentos y voluntad que le hubieran permitido desarrollarse aún más en el plano laboral y profesional, la hija amada de sus padres, tía y madrina de dos niñas a quienes atendía con solicitud, afectiva y económicamente al igual que a sus padres y hermana, compañera de trabajo y amiga muy estimada en su ámbito laboral, si se juzga por lo que era su vida antes de que se relacionara con el imputado B., a M. le esperaban muchos años de una vida plena de satisfacciones afectivas, laborales y profesionales y en compañía de muchas personas que gozaron su afecto y describieron sus cualidades en el Debate. El Juez B. se refirió en términos elogiosos a su desempeño laboral, su prima A. describió su camaradería con M. y los innumerables momentos que compartieron en el esparcimiento propio de dos mujeres jóvenes, sus padres la describieron como una buena hija, hermana, tía, atenta a las necesidades de su familia, sus amigos y todas las personas que tuvieron contacto con ella por razones laborales o de otra índole la describieron con una persona a la que estimaron por sus especiales cualidades y este sentimiento positivo permite valorar las graves consecuencias que ha tenido para el círculo de las personas que se relacionaron con M. su pérdida que por inesperada, repentina y cruel produjo y sigue produciendo un grave daño, que el Tribunal estima debe verse reflejado en la pena que no puede ser otra que el extremo mayor de aquella prevista para el homicidio calificado. Acerca de las circunstancias de lugar y modo en que ocurre la muerte, el imputado muestra una particular crueldad que aumenta la reprochabilidad de su conducta si se considera que acaba con la vida de quien tiene once meses y unos días de ser su esposa comprimiéndole el cuello con sus manos hasta dejarla exánime y eso ocurre en el domicilio conyugal; lugar en el que las personas normalmente están resguardadas de las amenazas en contra de su integridad y sin embargo en este ámbito de protección es que el imputado comete el homicidio de modo que hallándose dentro de su casa, la muerte sorprende a M. desprevenida e indefensa. En relación con los motivos determinantes debe decirse que la muerte se relaciona - en términos de haber sido determinada- por el Ciclo de Violencia de género que vivió la víctima y ha sido analizado prolijamente en el considerando correspondiente de esta sentencia, por lo que no resultaría útil volver a discurrir sobre el tema, pero lo cierto es



que la muerte de la víctima viene determinada por esta patológica forma de relacionarse con las mujeres del imputado, que en el caso de M. determinó su muerte. El hecho de que se califique como patológico el patrón de conducta del imputado con las mujeres que se relacionaron sentimentalmente con él, en modo alguno debe llevar a considerar que el Tribunal lo considera afectado en su imputabilidad, al contrario el imputado por el comportamiento que se le pudo ver durante el curso del Debate, tiene conservadas sus capacidades mentales cognitivas y volitivas. El Tribunal ha valorado en el caso del imputado B. las condiciones personales del sujeto activo, para concluir que la reprochabilidad de su conducta debe ser proporcional al grave incumplimiento de las normas de convivencia humana más elementales que mandan respetar la vida de las demás personas porque siendo un profesional en derecho, ligado laboralmente a la aplicación de las normas jurídicas y concretamente las penales, a lo largo de más de veinte años de vida profesional, le es más exigible una conducta adecuada esas normas, lo que no ocurrió, pero en el caso del imputado además de la inobservancia de la obligaciones que le imponía su condición laboral y profesional debe considerarse especialmente reprochable que haya empleado sus conocimientos - e incluso haya comprometido a otros funcionarios judiciales, como ocurrió en el caso de la investigadora de la defensa pública A. V.- para procurar su impunidad. Acerca de las condiciones personales de la víctima, hemos valorado su condición de víctima de la violencia de género, que la convertía en una persona vulnerable emocionalmente, situación que influyó de manera decisiva en la comisión del homicidio. Además de los aspectos comentados, el artículo 71 del Código Penal obliga a considerar la conducta del sentenciado posterior al delito, que en este caso reviste una reprochabilidad extraordinaria y se concreta en una gama muy variada de comportamientos del imputado cuya existencia el Tribunal derivó del examen de la prueba efectuado en el considerando correspondiente a la valoración de la prueba relacionada con el homicidio de M. H. y que se mencionan de seguido, en esta ocasión con la finalidad de fundamentar la proporcionalidad entre el proceder del imputado después del homicidio de su esposa y la pena impuesta de treinta y cinco años de prisión. Desde el día doce de julio y hasta el hallazgo de lo que fuera el cuerpo de M. H., luego de que los animales de rapiña se alimentaron de aquel durante varios días en Atenas, el 16 de julio, el imputado B. torturó a la familia de su esposa fallecida, creándoles a M., doña V., pero sobre todo a don M., el padre, a la sazón poseedor de una reciente e importante discapacidad, falsas expectativas acerca de que la víctima estaba con vida lo que se demuestra con la prueba testimonial y la prueba técnica policial que revela la obsesiva frecuencia con que el imputado se comunicaba telefónicamente con la familia de M. los días catorce y quince de julio. M. H., la hermana de M. contó que no les dejaba tener paz, los llamaba incesantemente a todas las horas del día, no solo para darles ordenes acerca de cómo debían enfrentar el acoso de la prensa y las actividades de la policía judicial, con la finalidad de que no lo afectaran, pues para cuando ocurre el hostigamiento telefónico aludido, a partir del día catorce de julio, ya el imputado había sido indagado por el Ministerio Público y en consonancia con lo que declaró el testigo R. M., ofrecido por la defensa del imputado B., no estaba preocupado por la desaparición de su esposa, sino por la investigación que se seguía en su contra. El imputado en una conducta profesional y laboral altamente reprochable instrumentaliza a la investigadora de la Defensa Pública, A. V. con el propósito de vincularla a las presuntas averiguaciones que hizo para averiguar el paradero de su esposa y esta no es una suposición del Tribunal, porque en la ampliación de la denuncia que realiza el imputado la noche del trece de julio, indica expresamente que siguió las recomendaciones de la investigadora de la Defensa Pública para encontrar a su esposa pero a pesar de ellos sus

esfuerzos fueron infructuosos, también se aprecia la instrumentalización aludida si consideramos que el imputado tenía guardados en su agenda electrónica los números de teléfono del padre de M. y de M. la hermana y a pesar de eso, según lo relató A. en la Audiencia, el día doce de julio en horas de la mañana le pidió el favor de que consultara en los sistemas que guardan información de acerca de los datos personales de los ciudadanos con la finalidad de obtener el teléfono de los padres de su esposa y ella le pidió auxilio a un conocido suyo para ayudarle al imputado y por la prueba técnica policial se puede saber con toda precisión que como lo dijo la investigadora V., el imputado se comunicaba con ella asiduamente, mientras le interesó involucrarla como la persona que lo guiaba en sus pesquisas, cuando el imputado no necesitaba por su experiencia -de muchos años más que A. en la Defensa Pública - los consejos de A., pero la compromete a ayudarlo con el propósito que hizo patente en la ampliación de la denuncia, de acreditar sus esfuerzos encaminados a encontrar a su esposa en los días previos al 16 de julio de dos mil seis. Resulta particularmente reprochable que el imputado que presentaba a su suegra como una persona de características negativas ante sus conocidos, como lo relató en la Audiencia la testigo A. R., conceptos negativos que incluso repitió durante su declaración en la Audiencia y; que limitaba la relación de M. con ella, su padre y su hermana, al punto que no “tenían permiso de llamar a la casa del matrimonio”, el día trece de julio la haya llamado con la finalidad de que lo acompañara a denunciar, como lo contó don M. H., porque esa situación revela que al imputado no le interesaba el dolor o la preocupación sinceros de la familia de M. sino solo que funcionaran como piezas necesarias dentro de su estrategia, en el momento de la denuncia, para colocarse a la par de doña V. e involucrarla como conocedora de las mismas circunstancias que él relataba y para confirmar la veracidad de los datos que brindaba con la participación de doña V. una persona que inspira al solo verla la impresión de ser una persona seria y coherente. Además la presencia de una madre bajo las circunstancias que se presenta doña V. con el imputado era útil para legitimar lo que el imputado decía, lo que puede incluso verse en el texto de la denuncia y de la ampliación en los que dice haber recibido información acerca de las últimos movimientos de M. antes de “desaparecer”. Esta conducta del imputado debe verse reflejada en la pena, porque constituye un componente de su conducta posterior al homicidio que se ha valorado para la imposición de la pena porque al denunciar con doña V., B. se coloca en el rol de víctima preocupada al igual que la madre por la desaparición de su esposa y la involucra como garante de la veracidad de la información que trasmite a las autoridades judiciales. El imputado B., según se analizó en el apartado correspondiente al análisis de la prueba, relaciona la desaparición de su esposa con un secuestro frente a la familia de M., su prima Maribel, doña Z. S., A. V. y A. R. con diferentes propósitos, en el caso de los testigos ofrecidos por su defensor, para que convencieran al Tribunal de que el imputado consideraba esa hipótesis como la explicación de la desaparición de su esposa en los días entre el catorce y el dieciséis de julio, y en el caso de la familia de M., la falsa trama del secuestro tiene la función de distraer su atención del hecho de que el imputado había sido indagado por la presunta comisión del homicidio de M. y hacerles creer que estaba a salvo y que él se iba a encargar de que volvieran a reunirse, porque eso le permitía controlar, algo que lo preocupaba especialmente, esto es la información que doña V. que fungió como vocera de la familia, pudiera transmitirle a la prensa y a la policía judicial y para ese fin juega de un modo cruel con la esperanza y los sentimientos de su familia política, que de acuerdo con las reglas de la experiencia buscaban aferrarse, aunque lo que decía el imputado sobre el secuestro no pudiera parecer racional o razonable, lo que hace el imputado es engañarlos por unos días con la idea de que M. estaba viva y la iban a volver a tener con ellos, y lo

logró al menos por un tiempo y en relación con don M., que al igual que M. H. y doña V. cuentan que don M. estalló en júbilo cuando el imputado le aseguró que M. estaba viva, para que luego el propio imputado, al ser enfrentado de modo vigoroso por doña V. a sus mentiras, les dice que el secuestro es una mentira, con la consecuente desilusión y dolor que esa confesión puso producir a la familia de doña V. La disposición del cuerpo exánime de su esposa que hace el imputado B., también ha sido considerado por el Tribunal como un comportamiento cruel que merece considerarse con el afán de fundamentar, en los términos del párrafo primero del artículo 71 del Código Penal, la gravedad del hecho y la personalidad del partícipe. Así, luego de buscar colaboración para ese fin durante varios días con resultados infructuosos, finalmente lo logra y deposita el cuerpo de la que fuera su esposa en la orilla de una carretera nacional, con la certeza de que no más dejarlo ahí sería devorado por los animales de rapiña, lo que efectivamente ocurrió y provocó que el cuerpo fuera hallado en las condiciones que pudimos conocer en el debate gracias a la incorporación de las fotografías del hallazgo del cuerpo y el video y las fotografías de la autopsia que permiten imponerse del estado en que el cuerpo fue hallado, situación que aumentó el sufrimiento de su familia y les impidió realizar algunos de los rituales acostumbrados en las honras fúnebres en nuestro medio cultural, situación que sus familiares y amigos enfrentaron con mucho dolor al igual que la forma en que el imputado se comportó mientras se velaba a su esposa en la Capilla de Paso Ancho la noche del diecisiete de julio, doña Vera dice en su declaración que el imputado parecía un actor de teatro y efectivamente, el Tribunal observó los videos correspondientes a esa noche y aun cuando debe admitirse lo dicho por el imputado en el sentido de que lo transmitido por los medios de comunicación no recoge todas las incidencias de lo ocurrido en ese lugar y en el funeral al día siguiente, lo cierto es que el imputado se ve en los videos totalmente ajeno a los sentimientos consustanciales al dolor de un viudo, que había cumplido el día antes su primer aniversario de bodas y que según las leyes de la experiencia, debería mostrar el agobio propio de la pérdida de su esposa, pero el imputado nuevamente en ese momento se muestra más preocupado por controlar el asedio de la prensa y se muestra más como un acusado que no quiere enfrentarse a los medios de comunicación que como un viudo doliente, situación que se repite en el Funeral, y aun cuando los testigos ofrecidos como el imputado por haber sido su apoyo en esas situaciones, A. R. y R. B. se esforzaron por relatar que el imputado estaba agobiado por el sufrimiento, esas descripciones no corresponden a lo que se observa en los videos exhibidos en el curso de la Audiencia del Debate. El imputado en su declaración del Debate se quejó con vehemencia del irrespeto a sus sentimientos de doliente por parte de los trabajadores de los medios de comunicación, sin embargo, se sirvió de ellos y se aprovechó de ese mismo morbo periodístico que reprochó para brindar largas y detalladas entrevistas televisivas en las que se defendió de las atribuciones delictuosas que se le hacían en los días próximos al hallazgo del cuerpo de su esposa en que el público estaba ávido de las “exclusivas” que le imputado brindó a manos llenas, de modo que resulta otro acto más de hipocresía del imputado, quejarse del asedio periodístico y hacer uso de esa difusión para defender sus intereses. Por último, el Tribunal ha valorado que el imputado durante el debate ofendió la memoria de su esposa, con el consiguiente dolor para los familiares, amigos, al vincularla con actividades ilícitas que según el planteamiento de su defensa material y técnica la llevaron a la muerte. La estrategia, que el imputado insinúa desde la ampliación de la denuncia se profundiza en el Debate, en el que también surge evidente el carácter prescindible de ese desprestigio a la ofendida, porque al ser interrogado por el Tribunal al final de su larguísima declaración en el debate, el imputado afirmó que él no podía relacionar el homicidio de M.

con la actividad que le atribuyó de querer disponer ilícitamente de unos carros, para lo que incluso ofreció el testimonio de J. F., surgiendo así lo innecesario de vincular la memoria de su esposa fallecida con una actividad ilícita, por lo que resulta aún más deleznable el uso de esta estrategia en su defensa durante el proceso pues ha producido dolor y congoja a los llegados a la víctima y esa situación se ha visto reflejada en la imposición de la pena. Considera el Tribunal que, analizadas las conductas del imputado B. en el contexto señalado por el artículo setenta y uno del Código surge no solo una adecuada fundamentación de la sanción penal sino la conclusión de que sólo esa pena resulta proporcional a la reprochabilidad de sus acciones.

### **3) Posibles auditorios y particularidades del caso:**

Sobre este primer punto de síntesis se trata de una descripción de los principales auditorios a los que se pudieron enfrentar las tres juezas que realizaron la motivación de la pena en el presente caso. Es importante hacer notar que existe una presencia de los medios periodísticos desde que comienza el caso hasta su final; además, en la noticia transcrita se pueden evidenciar las opiniones de tres personas que no tenían ninguna relación con el asunto pero que la prensa se encargó durante todo ese tiempo de consultar.

El caso revestía varios tipos de auditorios claramente definidos: por un lado se encontraba la presión del «foro académico», pues el imputado incluso tenía ex compañeros y amigos de universidad y trabajo. En otro «bando» se encontraba el Poder Judicial como institución representada en la figura de las tres juezas, quienes debían resolver con la mayor «objetividad» y atendiendo a los valores de la institución que representaban. Además, todas las y los abogados involucrados en el expediente que son el auditorio directo de las juezas, puesto que los mismos representaban técnicamente a las partes y eran quienes podían ser satisfechos con la sentencia, para no decaer en una anulación de la misma o un juicio de reenvío por medio de un recurso.

También había personas que no conformaban estos tipos de «auditorios especializados», pero tenían una relación directa con el caso, como eran los familiares y amigos de la víctima, así como los del imputado. Finalmente, los medios de comunicación y las personas a las que van dirigidos, que dieron seguimiento al caso y que ejercían toda una «presión externa» que exigía «justicia» y una pena alta para el imputado en este juicio.

Hay que resaltar que el imputado era un abogado de mediana edad, que trabajaba como Defensor Público en el Poder Judicial y se acusaba que había matado a su esposa por medio de un estrangulamiento, luego de haber perpetuado diferentes actos de «violencia

doméstica». Estas particularidades no fueron tomadas a la ligera por las juezas, quienes debían condenar a una persona que antes la “luz pública”: iba en contra de los valores que representaba su institución, tenía conocimiento profesional en derecho penal y su caso era un referente de una creciente “ola” de casos denunciados de violencia contra la mujer en Costa Rica.

#### **4) Principales argumentos:**

Las juezas en este caso realizaron los siguientes argumentos principales en su motivación de la pena, que además fue impuesta conforme al artículo 112 del Código Penal:

Realizaron una exposición ordenada de razones para aumentar la pena al máximo, e incluso lo hicieron en el mismo orden que establece el artículo 71 del Código Penal. Sobre los «aspectos objetivos del hecho punible» consideraron que la forma de quitarle la vida a la víctima es «especialmente cruel y angustiante» para la misma, provocándole mucho sufrimiento físico, combinado con la imposibilidad de defenderse e impedirlo.

Sobre la «importancia de la lesión o el peligro» determinaron que la víctima era una mujer con una vida llena de seres queridos, que la amaban y hasta que dependían de ella en muchos sentidos, que a la misma le esperaba una «vida plena de satisfacciones afectivas» de no haber sido asesinada y que era una gran compañera de trabajo destacada en el ámbito laboral. Por lo tanto, hay una gravedad del hecho en el sufrimiento que provocó en sus familiares y amigos que amerita la pena mayor. Con respecto a las «circunstancias de lugar y modo» expresan que el caso reviste mayor reprochabilidad porque el imputado y la víctima estaban casados y el «domicilio conyugal» (donde ocurrieron los hechos) es el lugar donde «las personas normalmente están resguardadas de las amenazas en contra de su integridad» y de esta forma la víctima fue tomada por sorpresa.

En cuanto a los «motivos determinantes» expresan que la muerte viene determinada por el «ciclo de violencia» y por la «forma patológica» de relacionarse el imputado con las mujeres. Sin embargo, esta «patología» no debe llevar a la creencia de que el señor es inimputable, pues durante el juicio se demostró que tiene plena capacidad cognitiva y volitiva. Con respecto a las «condiciones personales del sujeto activo», menciona el tribunal que es más reprochable por ser profesional en derecho penal y conocer las normas, además por haber

involucrado a otros funcionarios. En cuanto a las de la víctima, expresan que por ser víctima de «violencia de género» la conducta es más reprochable.

Finalmente, la «conducta del imputado posterior al delito» se analiza por todos sus «comportamientos posteriores», como asistir al entierro, mostrarse dolido, involucrar a una funcionaria judicial para esconder el delito, «darle esperanzas» a los padres de la víctima de que la misma se podía encontrar con vida. El tribunal expresamente menciona que al imputado no le importaba el dolor de los familiares de la víctima y que solo funcionaban como «piezas necesarias dentro de su estrategia». Incluso el tribunal expresa que al ver los videos de la vela el imputado se veía «totalmente ajeno a los sentimientos consustanciales al dolor de un viudo». Por otro lado, se reprocha que el imputado diera largas entrevistas a la televisión para defenderse de las atribuciones delictuosas sobre las que se le acusaban, pero que mostró hipocresía al quejarse del asedio de los medios de los cuales se benefició. Por último, menciona el tribunal que el imputado ofendió la memoria de su esposa en el juicio al intentar vincular su muerte con «actividades ilícitas» de la víctima.

Todos los elementos anteriores son una síntesis de la motivación de la pena en el caso y todos corresponden a razonamientos que aumentaron la pena del imputado.

### **5) Análisis y conclusiones del caso:**

De la motivación de la pena del presente caso de análisis se puede evidenciar que cumple los requisitos formales que exige «la racionalidad formal» de esta actividad. Se podría decir que una parte de la comunidad jurídica se da por satisfecha, al menos la que no está consciente de lo siguiente: los incisos del artículo 71 del Código Penal puede ser contenidos en casi cualquier tipo de razonamiento. Incluso, este artículo no le define al juez si la consideración de estos incisos se puede utilizar para disminuir o aumentar la pena, o ambas.

Por otro lado, los aspectos que son aceptados y esperados por un auditorio, son llenados con aspectos que son función manifiesta para otro. Es decir, mientras se satisface al «auditorio jurídico» con las fórmulas básicas para que una sentencia esté «debidamente fundamentada», se remite a aspectos que son esperados por los familiares y amigos de la víctima, la prensa y sus espectadores. Se debe hacer la salvedad que no se pueden determinar ciertos aspectos que se encuentran latentes como que una sola jueza haya tomado todas las decisiones de la motivación, que el tribunal intentara «persuadir» o

«convencer» a sus auditorios o las simples impresiones subjetivas que tenían las mismas del imputado, con quien pudieron entablar cierta relación al trabajar para la misma institución.

Sin embargo, de los argumentos se pueden derivar ciertos aspectos importantes de mencionar como, por ejemplo, que cada movimiento o comportamiento posterior del imputado fue tomado como un aspecto de reprochabilidad para aumentar la pena. Es decir, las juezas no lo explicitaron de esta forma, pero al imputado se le reprocha no haber confesado el delito y tratar de encubrirlo. Se impone la pena máxima porque el imputado intentó demostrar su inocencia, es decir, evitar ir a la cárcel.

Se podría determinar a partir de esta sentencia, que a cada persona que no quiera ser atrapada y que haga esfuerzos por no serlo se le va a aumentar la pena. Pero si el mismo tiene conocimientos sobre derecho penal es aun más reprochable, como si el saber cuántos años podía ir a la cárcel no convirtiera toda la situación en un escenario más oscuro del que tendría muchas más razones para intentar no ir a un centro correccional. Lo anterior se traduce como que a la persona se le reprocha tenerle miedo al sistema carcelario.

Aunque es de esperarse que sobre esto se refute, no se reprocha el encubrimiento del delito si no la forma de hacerlo; acerca de este argumento cabe preguntarse ¿Qué «forma» de encubrir un delito se considera la más grave? ¿Lo define el artículo 71 del Código Penal o la jurisprudencia de la Sala Tercera? ¿No se trata más bien de un “juicio moral” sobre la falta expresa de arrepentimiento?

La jurisprudencia (al menos, la oficial) ya había prohibido que la «falta de arrepentimiento» no debía ser un elemento para aumentar la pena, pero volviendo al punto de esta tesis: no importa que las juezas y los jueces hagan cosas no esperadas y contrarias a la ideología del discurso oficial del Poder Judicial, lo que realmente determina una «motivación eficaz» es la forma en que ese aspecto pueda ser «escondido» y «racionalizado» mediante un discurso que si comparta la ideología.

Con esto no se propone una «Teoría de la Argumentación» que ayude a los abogados a «ganar los casos», sino más bien se advierte sobre cómo funciona realmente la actividad de motivar una pena. Las consecuencias éticas del asunto serán tratadas en la etapa de conclusiones de la presente investigación.

Por otro lado, también se le reprochan al imputado cuestiones fuera de su control: enojarse porque la prensa lo «acosaba», el conocimiento que tienen las juezas del dolor que sufrió la víctima al momento de morir y los prejuicios de las juezas con respecto a cómo debe comportarse un hombre que ha perdido a su esposa. Además, estas determinaron que el imputado tiene una «patología en su forma de relacionarse con las mujeres», pero al mismo tiempo pudieron acordar que el mismo no es inimputable porque su comportamiento en el juicio evidenciaba que tenía sus capacidades cognitivas y volitivas plenas. Las juezas hicieron el rol de administradoras de justicia y de «observadoras psiquiatras del comportamiento humano» al mismo tiempo.

Un último aspecto interesante de rescatar se centra en la «magnitud del daño», donde las juezas básicamente exponen que se aumenta la pena porque se perdió una vida muy valiosa. Se podría preguntar entonces: ¿si la persona asesinada no es considerada como alguien de relevancia del afecto social, entonces la magnitud del daño no es tan grave? ¿Qué pasa si se trata de otro «asesino de esposas»? ¿Las y los jueces tienen potestades para definir cuál vida es más valiosa? Esta última pregunta es la única que se puede contestar de las tres, con un lamentable: «afirmativo».

Ahora bien, entendiendo que casi todos los argumentos de la motivación de la pena en este caso son recurribles por faltar a «las reglas de la sana crítica» (ignorando la indeterminación y vaguedad de este concepto), y que en casi todos los argumentos se realizó un «doble reproche penal», nada se resuelve proponiendo la «solución jurídica» del caso, debido a que no existe tal solución. Lo más que un «espíritu» investigativo puede hacer es describir cómo funciona la retórica en la motivación de la pena y evidenciar que existen elementos que influyen en los diferentes razonamientos de las juezas y los jueces al enfrentarse a dicha actividad en un caso concreto.

Incluso, algunos lectores pueden estar considerando que, a pesar de que no existen «razones objetivas» para determinar que el imputado debió recibir la pena mayor y que básicamente se trató de unas cuantas «justificaciones» que hicieron las juezas para motivar algo que de previo ya tenían resuelto, lo que este imputado hizo es totalmente «despreciable» y no sería «justo» que recibiera una pena mínima. Este último escenario, donde la persona que analiza y ve el contexto retórico de las cosas sin renunciar al «ideal de justicia», se trata



del «espectador» al que va dirigido un discurso de «convencimiento», es decir el «auditorio universal».

En cualquiera de los casos, es posible que de previo a la deliberación al imputado se le haya impuesto la pena máxima. Lo que convierte en aspectos secundarios a las «racionalizaciones» que hayan hecho las juezas, reflejadas en las referencias al artículo 71 del Código Penal y a los principales «juicios de valor» que comparten en común con los periodistas y los «clientes» de esos periodistas. Este último apunte crítico, que se encuentra latente, termina siendo determinante en la individualización, determinación y motivación de la pena que se le impuso.

Finalmente, cabe aclarar que en este ejercicio no se trata de demostrar la inocencia o «poca reprochabilidad» del imputado ni se trata tampoco de una proposición filosófica sobre la «inexistencia» de valores objetivos. Simplemente, es un ejemplo que analizado de esta forma, refuerza algunos de los descubrimientos e ideas planteadas a lo largo de la investigación en el marco de un caso concreto.

De forma indirecta, el caso analizado a la luz de las herramientas utilizadas en esta investigación, ayudan a «desmitificar» la idea de que el sistema penal está estructurado para que solo personas en «condición de pobreza» terminen en una cárcel. Si bien es cierto, pueden configurar la mayor población, esto se puede deber a otras circunstancias que escapan a los límites de la presente investigación. Aunque si se podría considerar que ciertos prejuicios en contra de algunas poblaciones en «condición de vulnerabilidad» pueden ser determinantes para la imposición de una pena y la consecuente «racionalización» de la misma.

## **SEGUNDO CASO:**

### **1) Breve contextualización del caso:**

En el año 2011 se condenó a un ex presidente de la República a 5 años de prisión y 12 años de inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos; se le acusaba de corrupción agravada y otros delitos. El caso fue uno de los «hitos» en la historia nacional, puesto que se trataba del procesamiento de un ex presidente, a quien la prensa siguió durante años de investigación y contó con cobertura tanto nivel nacional como internacional.

Costa Rica se publicitaba en los foros internacionales como el país que había acusado a dos ex presidentes;<sup>141</sup> partes del juicio fueron televisadas, así como la lectura de la sentencia.

En este mismo caso se enjuicio a varias personas que estuvieron relacionadas con los hechos, incluso uno de los imputados se acogió al criterio de oportunidad penal conocido como «testigo de la corona», donde revelaba información fundamental para el caso a cambio de un tratamiento distinto de la persecución penal y una sanción menor. En la presente investigación solo se hará referencia a la individualización y motivación de la pena del ex presidente que fue condenado en esa ocasión, esto porque revistió mayor importancia por tratarse de un caso histórico en la región latinoamericana y que, por la naturaleza de su puesto, la argumentación tiene particularidades muy especiales para su análisis.

También cabe aclarar que la sentencia no se encuentra firme en este momento, puesto que el caso fue llevado a apelación y posteriormente a casación, quienes devolvieron el asunto y aún se encuentra activo y el mismo podría tomar un giro distinto de lo que se va a analizar en la presente investigación. Sin embargo, interesa ese primer acercamiento del imputado con una resolución penal y la motivación de la pena que fue impuesta en su contra.

Con respecto a los detalles del caso y para ejemplificar la cobertura que tuvo el mismo, se transcribe, a continuación, una noticia del periódico «La Nación» escrita por Carlos Arguedas del día 27 de abril de 2011, donde se hace referencia a los antecedentes del caso y algunas particularidades del mismo:

### **Hoy dictan sentencia por el caso ICE-Alcatel**

Hoy a las 3 p. m., en los Tribunales de Goicoechea, se dictará la sentencia por el caso ICE-Alcatel, en que figuran nueve imputados.

Los jueces solo darán a conocer el por tanto del fallo, tras la cual emitirán una breve explicación sobre las razones por las cuales llegaron a la decisión.

El Tribunal que dirige el debate, integrado por los jueces Rosaura García Aguilar, Ileana Méndez Sandí y Jorge Camacho Morales, emitirán el fallo integral el 25 de mayo próximo.

Antecedente. El juicio por el caso ICE-Alcatel comenzó el 23 de abril del 2010 y concluyó el pasado 5 de abril. Durante el año que duró el proceso, se juzgó el presunto pago de dádivas para facilitar la adjudicación de 400.000 líneas de la telefonía celular del tipo GSM a la empresa francesa Alcatel-Cit.

---

<sup>141</sup> En esos mismos años se siguió una causa penal contra otro ex presidente en otro caso de corrupción conocido popularmente como: «CAJA-FISCHEL».

A algunos de los imputados se les achaca haber recibido sobornos y a otros ser supuestos facilitadores de tales pagos.

Los imputados son el expresidente de la República Miguel Ángel Rodríguez Echeverría; el exdiputado y expresidente de la CCSS, Eliseo Vargas García; el ex directivo del ICE, Joaquín Alberto Fernández Alfaro; el ex asesor de la directiva del ICE, Guido Sibaja Fonseca, y el expresidente de Alcatel Costa Rica, Édgar Valverde Acosta.

Además, el dueño de Servicios Notariales Q. C., Luis Adrián Quirós Carmona; el empresario Alfonso Guardia Mora, y los exfuncionarios del ICE Eduardo Fonseca García y Rodrigo Méndez Soto.

La Fiscalía había solicitado siete años de prisión para el expresidente Rodríguez, al calificarlo como el “instigador” para que se exigieran dádivas a la empresa Alcatel. Lo inculpó de los delitos de corrupción agravada en carácter de instigador (cinco años) y de enriquecimiento ilícito (dos años).

Además, contra Guido Sibaja solicitó 19 años de prisión; para Edgar Valverde 15; para Luis Adrián Quirós, Eliseo Vargas y Joaquín Alberto Fernández cinco años; para Eduardo Fonseca seis años; para Rodrigo Méndez cuatro años y para Alfonso Guardia 10 años.

Los defensores de los imputados pidieron la absolutoria al alegar prescripción de la acción penal, errores legales al formular la acusación y que el principal testigo, José Antonio Lobo, no dijo verdad.<sup>142</sup>

Este caso fue tramitado en el expediente 04-6835-647-PE y la sentencia de primera instancia fue dictada bajo el número 167-2011 por el Tribunal Penal de Hacienda y la Función Pública del Segundo Circuito Judicial de San José de la Corte Suprema de Justicia, donde participaron en su redacción las y los jueces de tribunal de juicio: Ileana Méndez Sandi, Jorge Camacho Morales y Rosaura García Aguilar.

## 2) Transcripción literal del apartado de la motivación de la pena:

### D. Culpabilidad y sanción a imponer

Asimismo, R. E. es **culpable** pues es una persona que, al momento en que ocurren los hechos, ostenta plena capacidad para conocer las implicaciones negativas de su proceder y para haberse comportado de un modo distinto. Pese a ello, antepuso sus intereses remuneratorios personales a cualquier motivación lícita. Obsérvese que ejerce una condición que demanda condiciones intelectuales superiores de las requeridas a una persona promedio, al corresponderle la dirección del país y su gobierno.

Además no se aprecia compromiso alguno en esas capacidades cuando al comunicársele por L. S. sobre la propuesta, inmediatamente reacciona lógicamente, señalándole que el porcentaje de la dádiva debe ser mayor ni tampoco que haya mediado algún error o desconocimiento sobre la acción prohibida cuyo carácter conoce a tal punto que oculta el dinero y todo rastro de la dádiva. Nuestro legislador asigna un rango de penalidad de 1 a 5 años al delito descrito en su forma agravada. A efectos de determinar la sanción que debe

---

<sup>142</sup> Carlos Arguedas, «Hoy dictan sentencia por el caso ICE-ALCATEL», *La Nación*. de la edición del día 27 de abril de 2011. Tomado de la página de nacion.com en la sección de *Sucesos*: Accesado 26 de enero 2016..[http://www.nacion.com/sucesos/Hoy-dictan-sentencia-caso-ICE-Alcatel\\_0\\_1191880811.html](http://www.nacion.com/sucesos/Hoy-dictan-sentencia-caso-ICE-Alcatel_0_1191880811.html)

aplicársele a R. E., con fundamento en el artículo 71 del Código Penal, este órgano jurisdiccional toma en consideración lo siguiente:

**-aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible**, el acusado R. E. ha sido considerado por quienes lo conocen como mirífico, con amplia trayectoria política y pública y al momento de estos hechos con ocupación de uno de los cargos más relevantes en la Función Pública, lo cual –dicho sea de paso- para la comisión del delito atribuido resulta de trascendencia jurídica pues no es cualquier sujeto el que puede fungir como sujeto activo del tipo penal de Cohecho. La exigencia legal determina que el sujeto activo debe cumplir una condición personal específica: ser funcionario público y de ahí la importancia de su ocupación pública para esos efectos. Por eso la condición de Presidente de la República no puede ser considerada como una mera condición subjetiva pues primero el requisito de servidor público y, segundo, su rango o jerarquía legal, más allá de una condición personal son aspectos subjetivos relevantes desde la perspectiva del hecho punible imputado. El Presidente de la República es el máximo jerarca de un país y por su condición de líder del Poder Ejecutivo es él quien delimita las acciones políticas de todo el Estado, incluyendo sus instituciones autónomas pues, en aplicación de los principios de unidad e indivisibilidad, aun cuando éstas sean entidades administrativamente independientes, deben ajustarse a sus directrices. Por ello el tomar en cuenta la condición de Presidente que ostentaba el encartado al momento de la comisión del delito no es propio del derecho penal del enemigo, ni tiene el afán de aplicar la tesis del derecho penal de autor para juzgarlo por lo que es y no por lo que ha hecho. La condición de Presidente de la República no es cualquier condición personal, ni ha sido rebuscada de su vida privada para perjudicarlo por su sola existencia. Por el contrario reúne un doble efecto: es una condición personal y de trascendencia pública, pero, al mismo tiempo, una categoría exigida en el sujeto activo del delito atribuido e, incluso, determinante de la tipicidad de la conducta por tratarse de un delito contra los Deberes de la Función Pública.

**-importancia de la lesión o del peligro**, el imputado R. E. contribuye en la provocación de la lesión. La zona que procuró resguardar el legislador cuando prohibió las conductas incluidas en el Título XV: Delitos contra los Deberes de la Función Pública y entre ellas la conducta del Cohecho, comprende la probidad, rectitud, honradez e imparcialidad en el cumplimiento de tales cargos, con la idea de que quienes llegan a ocuparlos de forma remunerada, lo hagan con estricto apego a la satisfacción del interés público y no para saldar sus intereses personales, menos cuando tienen por cometido enriquecerse indebidamente por su medio. Desde esa perspectiva la condición de Presidente de la República y su alta representatividad popular, lo hace gozar de una amplia autoridad y ubicarse en un plano central tanto para el control político como para la integración de la Nación y la definición del rumbo del Estado. No es únicamente la persona que designa al gabinete y lo remueve, sino quien lo encabeza y dirige para la ejecución de tareas tan relevantes en el orden nacional como internacional. De ahí que si la cabeza flaquea el cuerpo tiende a desplomarse y por eso las flaquezas en la probidad de R. E. son las que mayormente contribuyen al daño.

**-circunstancias de tiempo, modo y lugar**, podría considerarse que por ser L. S. quien contacta a R. E. para trasladarle la propuesta, es iniciativa de éste y no de R. E. el desarrollo de la conducta delictiva. Sin embargo, para esta integración hay dos aspectos sumamente relevantes que deben considerarse en este análisis: por un lado, la relación de amistad y confianza que media entre L. S. y R. E. dado que el primero es la persona de confianza de R. E. y aunque ahora –después de los acontecimientos- el último ha buscado la manera de ocultarlo, lo cierto es que la prueba ha sido sumamente reveladora en cuanto a esa estrecha relación. Tan es así que R. E. le solicita intervenir en pro de los intereses pecuniarios de G.

M. ante A. Por otra parte, el apoyo político recibido por L. S. del acusado R. E. Obsérvese que L. S. es miembro del consejo director de una institución autónoma cuya designación corresponde al Consejo de Gobierno presidido también por R. E., unido al puesto de asesor presidencial que aunque también quiso ser enturbiado por la defensa técnica finalmente la prueba permite corroborar su existencia. Además, de manera más específica se considera que antes de que L. S. trasladara a R. E. la propuesta descrita ya el último había impulsado al segundo para que participara de una actuación delictiva anterior, pues R. E. le había solicitado a L. S. que intercediera ante A. para honrar el pago de los dineros a G. M. También había sido R. E. quien aprovechando un viaje que L. S. desarrollaría fuera del país le indica que debe ocuparse de que a G. M. le cumplan con los referidos pagos. En lugar de ser R. E. la persona que llame a cuentas a L. S. y le exija una conducta proba cuando éste le comunica la oferta recibida, lejos de ello, lo que hace de inmediato es instarlo a que la acepte y, aún más, también propone cuál ha de ser la fórmula para la distribución. Todo lo anterior refleja que aun cuando es L. S. quien debe cumplir materialmente con las condiciones de la propuesta, es el imputado R. E. la persona ante la cual L. S. acude en primera instancia para tomar una decisión pues sabe que un asunto de tal envergadura no puede decidirlo por sí solo. De ahí el relevante papel cumplido por R. E. desde el punto de vista jurídico-penal, porque él es quien intencionalmente determina a L. S. a cometer el delito y eliminada su actuación delictiva no se produce la acción ilícita de aquél.

**-calidad de los motivos determinantes,** la afectación al bien jurídico probidad es ocasionada por ambos funcionarios en razón del beneficio patrimonial antijurídico que ambos pretenden, perspectiva desde la cual el reproche es mayor porque en su condición de Presidente de la República el impacto que provoca en la Administración es mucho mayor, recuérdese que a mayor responsabilidad mayor exigibilidad y este es el caso. Revelador de su interés económico es el comportamiento del encartado R. E. cuando escucha la oferta que L. S. recibe del imputado V. A. pues lo primero que hace es preguntar cuánto estima que será el monto y seguidamente determina, *motu proprio*, la fórmula de distribución, la cual -por demás- resulta abultada a su favor y que es lo que posteriormente -también reflejo de su ambición- motiva a L. S. a esperar el momento indicado para decirle al acusado R. E. que no está conforme con dicha proporción.

**-demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito,** cuando R. E. conoce la propuesta corruptora constituye la máxima figura jerárquica del país y también uno de los pocos funcionarios públicos distinguidos con el voto de apoyo y confianza de la mayoría de la población costarricense, por lo que, en correspondencia con esa alta responsabilidad y confianza popular, era esperable mayor celo de su parte, así como un incondicional esfuerzo e inagotable esmero por la corrección y excelencia en el ejercicio de la función pública. No obstante, ocurrió lo contrario, cedió ante la propuesta corruptora y se benefició personalmente con las dádivas entregadas. En ese sentido no se puede visualizar esa declinatoria del deber de probidad como la de cualquier funcionario público, sino la de quien, por ser el mayor jerarca de la Administración Pública, incluso condición que incide en la acción de determinación para que L. S. acepte la propuesta.

**-la conducta del agente posterior al delito,** aunque la defensa de R. E. señalase que no está de acuerdo en que se considere este aspecto en el reproche, por imperativo legal debe procederse de forma contraria a su parecer. R. E. no ha realizado acción alguna tendente a reducir el impacto del daño provocado en la probidad en el desempeño público, más bien ejerció acciones tendentes a generar la convicción de que se trataba de un préstamo de L. S. hacia su persona pero esto fue totalmente descartado por este tribunal, por supuesto como

parte del ejercicio de su defensa plenamente validos pero no por ello sujetos a la valoración probatoria.

En consecuencia, la **sanción determinada es la máxima de 5 años** de prisión, que deberá descontar R. E. una vez descontada la prisión preventiva cumplida, cuando alcance firmeza la sentencia. También, de conformidad con los numerales 57 y 358 del Código Penal, corresponde su **inhabilitación especial** para el desempeño de cargos públicos durante el lapso de 12 años, máximo que estipula la legislación penal pues, como se dijo, es un acto que minó la confianza en la institucionalidad por provenir del máximo jerarca.

Para finalizar, Roxin define el derecho penal de autor como la vinculación de la pena con la personalidad del autor, de manera que la asocialidad del agente y su nivel de asocialidad es lo que determina la sanción, no el comportamiento. Es decir su culpabilidad no es por el hecho que cometió sino por quien es. Por ejemplo se adoptaría la tesis del derecho penal de autor si este tribunal condenara al acusado M.A.R. por haber sido “el Presidente de la República M.A.R.” y no porque M.A.R., cuando fungió como Presidente de la República, determinó a otro servidor público a recibir una dádiva para que ejecutara un acto propio de sus funciones en relación con un contrato en el cual estaba interesada la administración a la que pertenecía dicho funcionario sea el ICE. Es decir se le responsabiliza por el acto ilícito en que incurrió el cual apareja la exigencia de su condición de funcionario público y la jerarquía que ostenta en el cargo.

### **3) Posibles auditorios:**

En el presente caso el análisis sobre auditorios se tiene que hacer en función del tipo de delito, debido a que se trata de ilícitos penales contra «los deberes de la función pública». Lo anterior significa que no hay una persona determinada como afectada, si no que se trata de toda la «colectividad» como ofendidos de la conducta desplegada por el imputado. Pero también se dice que se reprocha, en este tipo de delitos, la desconfianza que se puede generar en el estado al tratarse de funcionarios públicos y más aún cuando son de alta jerarquía como en el caso concreto.

Al igual que el caso anterior, hay varios auditorios especializados que están presentes: los tribunales de alzada, el «foro académico», y los abogados y abogadas de las partes. Por otro lado se encuentran los medios de comunicación y todos sus espectadores, así como los imputados y representantes de empresas demandadas civilmente.

Este caso, también, revierte otros dos tipos de auditorio que son propios del mismo y serían: Los Partidos Políticos, ya sea el mismo al que pertenecía el imputado o los “adversarios” de este. Hasta la actualidad, estos partidos políticos «contrarios» se han aprovechado retóricamente del recurso de reprochar al partido que tiene dos ex presidentes «corruptos». Sin ánimos de calificar la corrección o incorrección de este recurso, lo cierto es

que tuvo un impacto profundo en la política partidista del país y el partido político al que pertenecía el imputado fue perdiendo adeptos, luego de ser una de las fuerzas políticas más importantes a nivel nacional. Por otro lado, se encuentra el «auditorio internacional», conformado por diversos sectores como prensa, académicos, políticos, organismos no gubernamentales, gobiernos y demás personas que siguieron la noticia del «pequeño» país latinoamericano que condenaba a pena de cárcel a uno de sus ex presidentes (el imputado fue miembro de un importante organismo internacional). Se podría decir que desde cierto sector se veía como un «logro democrático» que en Costa Rica se estuviera juzgando a un ex presidente de la República.

Desde casi todos los sectores había una cierta expectativa de que el imputado fuera condenado, porque independientemente de la prueba, se formulaban juicios sobre la pertinencia de condenar a este tipo de actores penales, que en otras partes del mundo salían «impunes» de los delitos que cometían. Además, se presume que el ex presidente cometió este delito estando en la función de máximo jerarca del gobierno.

#### **4) Principales argumentos:**

En el extracto específico de la motivación de la pena del imputado, se realiza una argumentación que contempla los incisos del artículo 71 del Código Penal y en cada uno de estos se exponen razonamientos para haber impuesto la pena más alta que el delito de corrupción agravada contempla y la inhabilitación de doce años para ocupar cargos públicos. Como un primer argumento, con respecto a los «aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible» el tribunal argumenta que su cargo de Presidente de la República no es cualquier condición personal, sino que se trata del máximo jerarca del país encargado de la dirección de todas las instituciones del gobierno bajo su dirección política. Pero también el delito exige, desde el punto de vista objetivo, que sea un funcionario público para cometer el delito de «cohecho», cualidad que reunía el imputado.

En cuanto a «la importancia de la lesión o el peligro», el tribunal hace referencia a los «deberes de la función pública» que han sido vulnerados, así como el bien jurídico: «probidad». Finalmente, repite la importancia del puesto del imputado para concluir: «De ahí que si la cabeza flaquea el cuerpo tienda a desplomarse y por eso las flaquezas en la probidad de R.E. son las que mayormente contribuyen al daño». Con respecto a las

«circunstancias de modo, tiempo y lugar» se refieren a la relación de amistad entre el ex presidente y otro imputado quien le presentó la propuesta que terminó en la comisión del ilícito, pero se determina que desde antes había sido el ex presidente quien impulso al otro imputado a buscar este tipo de favorecimientos, por lo que se reprocha más su conducta.

En el tema de los «motivos determinantes» se concluye que el actuar del ex presidente es más reprochable que el resto de los imputados porque su figura es más importante y que «a mayor responsabilidad mayor exigibilidad». El tribunal también define las «demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito» y vuelve a mencionar la importancia especial de la figura del Presidente de la República, que por haber sido escogido por el voto, se esperaba mayor celo de su parte y una conducta más incorruptible. Finalmente, en cuanto a la «conducta del agente posterior al delito», el tribunal reprocha que el imputado no haya realizado acciones para buscar reducir el daño provocado a la probidad en el desempeño público y más bien haya intentado demostrar que «los dineros» se trataban de un préstamo del otro imputado.

Luego de todos estos argumentos, el tribunal concluye que no se le puede achacar que estén cayendo en una posición del «derecho penal del enemigo» o del «derecho penal de autor»<sup>143</sup>, puesto que ellos no están condenando al imputado porque se trata de determinada persona, sino por el hecho que cometió y la figura que ostentaba.

## **5) Análisis y conclusiones del caso:**

La motivación de la pena del ex presidente de la República, condenado al castigo más alto en este caso, giró sobre un aspecto principal: ser el Presidente de la República hacía su conducta más reprochable. A pesar de los esfuerzos del tribunal por «justificar» con otras razones, lo cierto es que cada uno de los incisos del artículo 71 (los cuales ya se concluyó que pueden ser llenados o contenidos con casi cualquier argumentación, mientras se cumpla con el requisito formal de mencionarlos) fueron mezclados con el argumento de que el presidente debe recibir mayor reprochabilidad por tratarse del «máximo jerarca», que tiene el

---

<sup>143</sup> El «derecho penal del enemigo» y el «derecho penal de autor» son teorías distintas que se estudian en el ámbito académico. Algunos autores las utilizan para describir y otros para prescribir un determinado sistema penal. Lo cierto es que el tribunal hace la referencia para separarse de los mismos porque en el país la jurisprudencia ha hecho referencia a que se debe evitar caer en un «derecho penal de autor» y solo se debe reprochar la conducta, no las características personales de las y los imputados.



control y la dirección política de las instituciones del estado; sin contar el hecho que el «pueblo» confió sus esperanzas en él por medio del voto.

Esta sentencia es un claro ejemplo de cómo se puede cumplir con un sistema de «racionalidad formal» que impone la academia y la jurisprudencia de la Sala Tercera, para dar por satisfecha una motivación, pese a que no se indicó en ninguno de los razonamientos cuáles eran las condiciones que hacían más reprochable la conducta, lejos de que exista un deber de probidad especial por parte del Presidente de la República.

Esta falta «grosera» de motivación puede deberse a otro aspecto que no se extrae de la sentencia (se encuentra latente); una vez analizados los auditorios de este caso, se podría decir que el imputado ya estaba condenado a la pena máxima antes de que el tribunal empezara a redactar. Incluso al hablarse de varios escenarios, se está contemplando que los jueces hayan construido un auditorio propio, pero realmente en este caso no sería difícil imaginar que el tribunal haya optado por «convencer» a un «auditorio universal».

Lo anterior debido a que la reprochabilidad viene dada por una simple circunstancia: quién es el imputado. Al tener Costa Rica un sistema de publicidad de los juicios, la prensa informaba todos los días sobre la prueba que se había vislumbrado en el juicio, las confesiones del «testigo de la corona» y todos los testimonios que vinculaban al ex presidente. La decisión se trasladó del plano de los hechos al aspecto valorativo. Si para lograr el convencimiento de un «auditorio universal», según Perelman, se necesita que tanto el argumentador como sus receptores compartan unos mismos «principios básicos» o unos conocimientos fundamentales similares (que no necesiten ser probados, simplemente referenciados), no había muchas opciones para el imputado de salir con una condena baja.

Incluso, el mismo ofendido que se trata de toda la colectividad por la violación al «deber de probidad», no es más que una referencia a un valor que se considera objetivo. En abstracto, no se puede considerar la calidad del daño sufrido por el mismo. En este sentido, se busca el convencimiento del «auditorio universal» a través de una creencia que se tiene en el «mundo jurídico» y es que los valores son «realidades objetivas», preexistentes a los seres

humanos y que se accede a los mismos por medio de su aplicación, ya sea por el respeto o, en este caso, por perturbación.<sup>144</sup>

Por otro lado, el tribunal hace un último esfuerzo para darle el carácter de racionalidad a la sentencia y cita unas doctrinas que son «despreciadas» por el discurso oficial de la Sala Tercera y en consecuencia por el Poder Judicial, haciendo ver que su condena no tiene nada que ver con las mismas (este es el aspecto funcional manifiesto, esperado por un sistema de control «racional-formal» determinado). Es decir, independientemente de que exista un «derecho penal de autor» que no es aceptado, en el caso sí es justificable reprochar una pena únicamente basados en las condiciones subjetivas del imputado y el puesto que desempeñaba, como si la figura agravada que se le impuso no contuviera ya un reproche especial por su antiguo puesto.

En conclusión, en ambos casos se pueden extraer y comprender aspectos y funciones que las juezas y los jueces dejan manifiestos en sus motivaciones, pero también otros que están latentes. Sin embargo, se insiste que, en cuanto a las intenciones reales de las y los jueces, solo se puede especular a partir de sus razonamientos y las particularidades que engloban los casos.

---

<sup>144</sup> Sobre este amplio tema de siglos de discusión en la filosofía y, que no será retomado en el presente estudio, es importante hacer referencia (para su estudio por aparte) a la obra: Haba, Enrique Pedro. *Los Juicios de Valor*. Elementos Básicos de Axiología General. (San José: Editorial UCR, 2010)

## CONCLUSIONES GENERALES

La siguiente exposición de conclusiones generales se va a dividir en dos ámbitos: 1) Conclusiones generales de la investigación y 2) Conclusiones generales sobre el tema. Es decir, primero se va a hacer una descripción sobre las principales ideas y alcances que produjo la investigación y en el segundo plano: algunas conclusiones sobre el tema en disputa, principales dificultades y una visión crítico-realista sobre la Motivación Judicial de la Pena en Costa Rica.

### 1) Conclusiones generales de la investigación:

La presente tesis inicia con un recorrido histórico por las principales posiciones filosóficas sobre el concepto de retórica, para concluir que existe un rescate en la obra de Perelman y Olbrechts-Tyteca (*Tratado de la Argumentación*) de una tradición aristotélica que le daba un tratamiento a la retórica como «objeto de estudio» de auditorios y argumentos; separándose de esta forma, de una concepción que solo la observa como un «arte de la oratoria».

A partir de este rescate se toman diferentes posiciones y afirmaciones de la obra citada, para integrarlas al cuerpo de herramientas analíticas de la investigación. En este mismo sentido se exponen contenidos básicos de la filosofía del derecho donde son cruciales los estudios del autor Pedro Haba, quien sintetiza muchas discusiones que se vienen dando desde hace décadas en el campo de la «teoría jurídica». Finalmente, la conceptualización de Robert Merton en su teoría sociológica sobre «funciones manifiestas y latentes» en la teoría social, es un último instrumento de análisis para empezar a enfocar el tema de fondo.

Con respecto a la Segunda Parte de la tesis, se concluye que existen diferentes «presiones» externas e internas, que influyen en las decisiones judiciales y que conforman el «contexto de la motivación de la pena»; por ejemplo, la presión institucional que tiene una vinculación directa con los partidos políticos en sus cúpulas más altas, o la influencia de los medios de comunicación como un factor determinante para la «mediatización» de los casos penales.

Un tercer análisis crítico del «contexto jurídico» de la motivación de la pena llevó a la conclusión de que el artículo 71 del Código Penal, la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina relacionada al tema, son la base de una «racionalidad

formal», en la cual se le exige a las y los jueces que tomen en cuenta los incisos del citado artículo y otro tipo de conceptos jurídicos indeterminados como el de «razonabilidad» y «proporcionalidad» para lograr la satisfacción o eficacia jurídica de unos “evaluadores especializados” que se conforman con la simple mención de estos conceptos. Sin embargo, se trata aquí de formalismos que no se escapan a la conclusión fundamental de este apartado: el juez o la jueza pueden llenar los incisos del artículo 71 del Código Penal con casi cualquier tipo de argumentos; lo anterior debido a que se trata de términos indeterminados, vagos, ambiguos y que poseen una «textura abierta» que permiten la utilización de frases y fórmulas «retóricas» que buscan la adhesión de una determinada imposición de pena.

Una vez expuesto y comprendido el «contexto de la motivación de la pena» se procedió al análisis de la retórica en los aspectos manifiestos y latentes de la motivación de la pena en Costa Rica. Para lo anterior, se inició con una descripción de los principales auditorios de esta actividad en Costa Rica y sobre este análisis se concluye que pueden existir tantos auditorios como diversos casos existan y que el tipo de argumentación puede variar dependiendo a cuál de estos vaya dirigida.

Además, a partir de la distinción de Perelman entre «persuadir» y «convencer», como aporte relevante de la tesis, se concluye que las y los jueces no necesariamente realizan un ejercicio mental de construir un “auditorio particular” para buscar su persuasión, sino que están «argumentando a la razón»; es decir, haciendo un ejercicio de convencimiento sobre la base de unos «axiomas básicos» que ellos presumen son incuestionables, al tiempo que se reflejan en la «comunidad jurídica» como normas y principios preexistentes a los seres humanos, que las y los jueces mencionan apasionadamente y que pueden ser cruciales en sus decisiones.

Lo anterior corresponde a los aportes de los estudios sobre retórica en el trabajo, pero ahora se deben enfrentarlos con las teorías de Merton para determinar si estos ayudan a la comprensión de los aspectos manifiestos y latentes en la motivación de la pena. Sobre esta interrogante se montaba la hipótesis de la investigación, pero antes de afirmar si la misma fue comprobada, primero se debe hacer referencia a las conclusiones del análisis.

Se expuso que existen funciones manifiestas en la motivación de la pena de dos tipos, las que responde a un «auditorio especializado» y las que existen para buscar la adhesión de los actores que no dominan el «lenguaje jurídico» (la prensa, el imputado, la víctima y demás personas involucradas como «espectadores»). Estos dos tipos de auditorios responden a funciones manifiestas distintas, mientras el «auditorio especializado» busca perpetuar una cierta «racionalidad formal» el otro gran auditorio quiere hacer ascender unos supuestos «valores culturales» y una «moral social». Sin embargo, una función manifiesta podía ser «inesperada» para la otra y la utilización de ciertos argumentos podía entrar en conflicto con la ideología del discurso oficial del Poder Judicial.

Por otro lado, se tomó una posición realista sobre los aspectos latentes, si bien es cierto existen funciones latentes en la motivación de la pena, que se componen de los actos que comenten los jueces en el ejercicio deliberativo de manera inesperada por un foro académico y jurisdiccional, y que se contraponen a los valores declarados por la ideología del Poder Judicial, esto no implica que tales se puedan extraer de los textos de las sentencias. Incluso, es importante hacer la distinción entre «funciones» e «intenciones», porque sobre las mismas se puede discutir a partir del análisis social, pero sobre las otras solo se puede especular. No obstante, dicha especulación puede ser más o menos plausible si se utiliza el estudio sobre auditorios de la retórica y se comprende que los discursos pueden ir dirigidos a buscar la persuasión de unos sectores.

Utilizando el marco de conclusiones anterior, se examinaron dos casos penales de relevancia nacional y se concluyó, en ambos, que por su relevancia (el primer asunto sobre un servidor judicial que se acusó de estrangular a su esposa y el segundo de un ex Presidente de la República acusado de corrupción y otros delitos) se buscó satisfacer la “racionalidad formal” de la motivación de la pena, pero no se dejó de lado la adhesión de todas aquellas personas que conforman el «auditorio no especializado», lo cual pudo ser determinante para ambos casos. Otras conclusiones específicas se encuentran *supra*, en el análisis propio de los dos asuntos.

Finalmente, se puede afirmar que existe una comprobación parcial de la hipótesis planteada para esta investigación. Lo anterior debido a que la comprensión de auditorios y tipos de auditorios en el sentido de los estudios sobre retórica ayudaron a comprender que existen particularidades específicas de la motivación de la pena, en la cual unas funciones

manifiestas son inesperadas por otras, siguiendo a Perelman puede decirse que los auditorios «se juzgan unos a otros».

Además, se comprende que, en algunos casos, debido a sus condiciones especiales o el tipo de «bien jurídico tutelado» (como es el caso de la tutela penal de valores en abstracto como ofendidos de ciertos delitos) las y los jueces no necesariamente construyen un «auditorio particular», sino que argumentan una razón o “condiciones objetivas” compartidas por los sujetos que intentan convencer. Esta comprensión se logra sobre las funciones manifiestas y ciertas funciones latentes, pero no así sobre intenciones latentes que sería el «fuero interno» de las y los jueces y es donde se esconden las razones reales de la imposición de una determinada pena.

Con los instrumentos de análisis propuestos no se puede acceder a ese espacio de “fuero interno” de las juezas y los jueces. Incluso, la propia idea de que esto sea posible plantea otro tipo de problemas de orden «epistemológico» que no corresponden a las limitaciones de esta tesis.

En conclusión, el análisis filosófico y sociológico desplegado, ayudan a la comprensión de cuestiones que están explícitas, porque se trata de los aspectos que refuerzan un determinado sistema ideológico que promueve una cierta racionalidad. Para dicho reforzamiento, estos aspectos manifiestos “colaboran” con aquellos que no están publicitados, porque son contrarios a esa ideología e inesperados por la misma, pero que son funcionales para el sistema de la motivación judicial de la pena.

## **2) Conclusiones generales sobre el tema:**

La problemática que fue planteada al inicio de esta investigación se apoyaba sobre la idea de que existe un tema «ético» en la forma en que muchas juezas y jueces esconden, detrás de argumentos y fórmulas retóricas, las verdaderas razones por las que imponen una determinada pena. Esas razones muchas veces son alimentadas por prejuicios y juicios de valor incorrectos de tales funcionarios. Luego de concluir la investigación, esta problemática se mantiene más vigente que nunca y se conserva la idea que para lograr algún cambio o reforma lo primero que hay que hacer es estudiar el tema desde un enfoque meta-valorativo para comprender cuáles son los principales retos y dificultades que presenta la motivación judicial de la pena en Costa Rica.

Al respecto se puede mencionar que el artículo 71 del Código Penal, el cual impone los «parámetros objetivos» seguidos por los jueces y las juezas en este apartado de la sentencia, no se trata más que de una serie de términos indeterminados que no ayudan a fijar cuál es la pena adecuada para un caso específico o si los mismos aumentan o disminuyen la reprochabilidad penal.

Pero si se dijera, por otro lado, que son parámetros que sirven como límite al poder punitivo y evitan argumentaciones arbitrarias e insuficientes, esto sería completamente incorrecto. Los incisos del artículo 71 pueden convertirse en un verdadero «campo minado» donde no solo se dificulta la labor judicial por tener que hacer necesaria referencia a muchos aspectos y buscar argumentos para llenar los mismos, sino que en la realidad sirven para que el juez o la jueza se inventen reproches sobre los que el imputado no puede tener ningún control. Como se analizó en el caso del funcionario judicial que asesinó a su esposa, la justificación de la pena máxima encontraba mayores argumentos cuando las juezas llenaban cada uno de estos incisos con aspectos que eran propios de sus prejuicios sobre lo que debe ser un «buen esposo» y con una reprochabilidad mayor a la «falta de arrepentimiento» del imputado. Los mismos aspectos, al estar «codificados» o confusos, impiden la labor recursiva de las partes.

Otra de las dificultades que se vislumbraron en la investigación y que ahora conforman uno de los aspectos de relevancia en el análisis crítico y consciente de la motivación de la pena, es que no se sabe a ciencia cierta si en un caso específico un juez o jueza argumentan a un auditorio particular construido por ellos mismos o si se trata de una «argumentación universal» que da por hechos ciertos factores que rodean el caso. Lo anterior se vuelve problemático si los tribunales de alzada efectivamente comparten esos «axiomas básicos» de los que partió el tribunal de primera instancia. En este último caso no hay escapatoria para el imputado sufra la pena que fue designada para él, incluso de previo a iniciar el juicio.

Finalmente, es importante aclarar por qué en la problemática se planteó que se trataba de un tema ético. Se trata, aquí, de la discusión sobre la libertad humana y si los jueces y las juezas poseen ética al motivar la pena. Si se concluye que estos son los responsables directos de cada palabra que se utilice en este apartado de la sentencia, entonces la ética se convierte en el tema de fondo detrás de todas las consideraciones anteriores.

Por más que algunas juezas y algunos jueces intenten «racionalizar» sus resoluciones o justificarlas a partir de ciertas normas o valores sociales, son ellos y solo ellos quienes realizan la valoración. No es «dios» el que redacta las sentencias, no existen valores objetivos, no hay sentidos correctos de las normas, es la persona que integra el tribunal, el único responsable por lo que le pase al imputado o la imputada.

Es cierto que existen presiones que terminan siendo factores decisivos, pero esto solo ocurre en tanto el juez o la jueza lo permitan. La problemática que se oculten los aspectos reales que los llevaron a tal decisión es una cuestión meramente ética y cualquier otra justificación al respecto lleva a un sistema de conformismo y aceptación de la supremacía de esas presiones internas y externas. Es por esta razón que también se deben rechazar las soluciones que proponen las «Teorías de la Argumentación» que buscan prescribir formas de argumentar efectivas solo para lograr la persuasión de los casos judiciales y en consecuencia la preservación del sistema.

En otros países se tienen figuras que buscan una mayor «democratización» de los procesos, como el jurado en el derecho anglosajón. Aun así, estos mecanismos en el fondo funcionan bajo la misma lógica de evitar la verdad, de negar la propia libertad.

Achacar la culpa de los propios actos a algo superior es el «mecanismo de defensa» de quien no quiere aceptar la realidad. Por ejemplo, la “independencia judicial” se ha convertido en el enclave retórico más utilizado para justificar los fallos en Costa Rica. Lo cierto es que el administrador de justicia tiene dos opciones: comprometer su moral y seguir satisfaciendo a sus «superiores», o buscar otro trabajo (aunque esto signifique que rápidamente sea sustituido por otro en la terna). Lo anterior significa el mayor problema de la motivación de la pena, el sistema se sigue reproduciendo a sí mismo y, en esa medida, hay que ser pesimista en cuanto a las grandes soluciones institucionales. El problema es ético y está en cada juez y jueza.

Pese a lo anterior, la conclusión final, lejos de ser pesimista, está dotada de un optimismo idealista: el juez o la jueza pueden dirigir su motivación de la pena hacia el imputado o la imputada, porque es esta persona quien necesita saber con claridad los aspectos que se le reprochan y no encontrarse con cuestiones que estén totalmente fuera de su control.



Como panorama optimista, se puede tratar de evitar a toda costa la suerte kafkiana del hombre *Ante la ley*; es decir, la persona que cumplió una condena y nunca comprendió los motivos de la misma. En el ámbito pesimista, el sistema de control social de carácter retórico-argumentativo de la Motivación Judicial de la Pena en Costa Rica está “diseñado” para evitar lo anterior.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Referencias de libros impresos o electrónicos:

1. Aristóteles. *Retórica*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 2000.
2. Arroyo, José Manuel y Rodríguez, Alexander. *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2002.
3. Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
4. Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. España: Editorial Trotta, 2013.
5. Barthes, Roland. *La Antigua Retórica*. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1974.
6. Broom, Leonard y Selznick, Philip. *Sociología*. México D.F.: Compañía Editorial Continental S.A., 1971.
7. Camacho Naranjo, Luis. *Introducción a la Lógica*. Cartago: Libro Universitario Regional, 2002.
8. Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
9. Díaz Cantón, Fernando. *La Motivación de la Sentencia Penal y otros estudios*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
10. González, Gustavo. *Semiótica Jurídica. Sobre las interpretaciones y las argumentaciones jurídicas*. San José: Editorial Jurídica Continental S.A., 2002.
11. Haba, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental -bases de valoración en el discurso jurídico-*. San José: Editorial EUCR, 2004.
12. Haba, Enrique Pedro. *El Espejismo de la Interpretación literal*. San José: Vlamarán S.A., 2003.
13. Haba, Enrique Pedro. *Los Juicios de Valor. Elementos Básicos de Axiología General*. San José: Editorial UCR, 2010.
14. Haba, Enrique Pedro. *Metodología (Realista) del Derecho*. Tomo I. San José: Editorial UCR, 2012.
15. Llobet, Javier. *Delitos en contra de la vida y la integridad corporal*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2001. 20.

16. Merton, Robert. *Teoría y Estructuras Sociales*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1964.
17. Perelman, Chaïm. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1979
18. Perelman, Ch y Olbrechts-Tyteca, L. *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. Madrid: Editorial Gredos, 1989.
19. Poblet, Marta. *Las formas retóricas en el discurso jurídico. Una descripción etnográfica*. Barcelona: Working Papes, 1998.
20. Ramírez Caró, Jorge. *Cómo diseñar una investigación académica*. Heredia: Montes de María Editores, 2009.
21. Ritzer, George. *Teoría Sociológica Contemporánea*. España y México: McGraw-Hill Inc, 1993.
22. Salas Solís, Minor E. *Yo me engaño, tú te engañas, él se...* San José: Editorial Isolma S.A., 2013.
23. Torres, José María. *Manual de Retórica y Lógica Jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1982.
24. Vaz Ferreira, Carlos. *Lógica Viva*. Montevideo: Talleres Gráficos, 1916.
25. Ziffer, Patricia S. «Consideraciones acerca de la problemática de la Individualización de la Pena». En: *Determinación Judicial de la Pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
26. Zizek, Slavoj. *Ideología. Un mapa de la cuestión*. México D.F.: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2003.

### **Referencias de Revistas impresas o electrónicas:**

1. Atienza, Manuel. «Cómo evaluar las argumentaciones judiciales». *Revista Diánoia*, Vol. LVI., no. 67 (noviembre 2011): 113–134. Accesado 15 de abril, 2015. <http://www.scielo.org.mx/pdf/dianoia/v56n67/v56n67a6.pdf>
2. Campos Vargas, Henry. «El valor argumentativo de las figuras retóricas. Primera parte». *Revista de Ciencias Económicas*, Vol 30, no. 1 (Primer

- Semestre, 2012): 500-506. Accesado 2 de mayo, 2015. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/economicas/article/view/7013/6698>
3. Chinchilla, Rosaura. «Legitimación Democrática e Independencia Judicial en Costa Rica». *Revista de Ciencias Jurídicas*, no. 127 (enero-abril, 2012): 175-181. Accesado 30 de noviembre, 2015. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/15866/15226>
  4. Correas, Óscar. «Retórica, Racionalidad y Derecho» Reforma judicial: *Revista Mexicana de Justicia*, no. 4 (julio-diciembre, 2004): 29-40. Accesado 2 de mayo, 2015. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/4/pjn/pjn4.pdf>
  5. Dorantes-Díaz, Francisco Javier. «Retórica y Derecho hoy». *Revista La Colmena*, no. 81 (Enero-marzo, 2014): 23-28. Accesado 28 abril, 2015. [http://www.uaemex.mx/plin/colmena/Colmena\\_81/docs/Retorica\\_y\\_derecho\\_hoy.pdf](http://www.uaemex.mx/plin/colmena/Colmena_81/docs/Retorica_y_derecho_hoy.pdf)
  6. Fernández Ruiz, Graciela. «Una Mirada a la Argumentación Jurídica desde la Lógica Aristotélica». *Revista de Ciencias Jurídicas*, no. 126 (setiembre-diciembre, 2011): 13-34. Accesado 8 mayo, 2015. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13254/12558>
  7. Garay Boza, Norberto. «El Otro y el Discurso Delincuencial en la Sociedad de la Violencia: Plataforma Subjetiva para el No-Ciudadano en Costa Rica». *Revista de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, no. 3 (2011): 227-337.
  8. Haba, Enrique Pedro. «Debate sobre Teoría de la Argumentación: Avatares de lo “Racional” y lo “Razonable”, cuando son eximidos de tener carnet de identidad (como también sobre unos ecos, en Teoría del Derecho, de la perenne dicotomía entre el “El científico y el político”)» *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, no. 14 (enero-diciembre, 2011): 239-316. Accesado 20 de abril, 2015. <http://www.rfd.es/numero14/10-14.pdf>
  9. Haba, Enrique Pedro. «Racionalidad y Método para el Derecho. ¿Es eso posible?». *Revista de Ciencias Jurídicas*, no. 67 (setiembre-diciembre, 1990): 169 a 243. Accesado 25 de abril, 2015. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/14843/14125>

10. Haba, Enrique Pedro. «¿De qué viven los que hablan de Derechos Humanos? (tres tipos de discursos-dh: “de”, “para”, “con”)». *Revista Doxa*, no. 26 (2003): 869-867. Accedido 29 de setiembre, 2015. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/de-qu-viven-los-que-hablan-de-derechos-humanos-0/>
11. Ribeiro, Gerardo. «Retórica Jurídica». *Revista Acta Universitaria*, Vol. 22, no. 1, (Enero-Febrero 2012): 26-34. Accedido 3 mayo, 2015. <http://www.actauniversitaria.ugto.mx/index.php/acta/article/viewFile/308/284>
12. Salas, Minor. «¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica». *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, no. 13 (2006). Accedido 20 de octubre, 2015. <http://dialnet.unirioja.es/revista/2494/A/2006>
13. Valenciano Jiménez, Yamura. «Individualización Judicial de la pena». *Revista Defensa Pública*, no. 3, (octubre, 2003): 191-204. Accedido 4 mayo, 2015. [http://www.costarricense.cr/pagina/revistadefensa\\_publica/](http://www.costarricense.cr/pagina/revistadefensa_publica/)

### **Referencias de Trabajos Finales de Graduación:**

1. González Castro, José Arnoldo y Mora Calvo, Didier. «La Fundamentación de la Individualización de la Pena Privativa de Libertad». Tesis de graduación para optar por el grado de Máster en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica. 2003.
2. Valenciano Jiménez, Yamura. «La Individualización Judicial de la Pena». Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2002.
3. Guevara, Alejandro. «Análisis filosófico del problema de la causalidad en el tipo objetivo jurídico penal». Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2013.

### **Referencias de Organizaciones o Corporaciones:**

1. Asociación de Jueces Por la Democracia. «Informe: Amenazas a la Independencia Judicial en Centroamérica». Honduras, 2012. Consultado 30 de noviembre, 2015. [http://juecesdemocraciahn.org/wp-content/uploads/2014/03/E-Book\\_Informe-Amenazas-a-la-Independencia-Judicial-en-Centroam%C3%A9rica.pdf](http://juecesdemocraciahn.org/wp-content/uploads/2014/03/E-Book_Informe-Amenazas-a-la-Independencia-Judicial-en-Centroam%C3%A9rica.pdf)

### **Referencias de Legislación:**

1. Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Ley N° 4573: «Código Penal»*. Cartago: Publicaciones Jurídicas, 2011.
2. Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Ley N° 7594: «Código Procesal Penal»*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2014.

### **Referencias Jurisprudenciales:**

1. Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto N° 382 de las nueve horas y veinte minutos de veintiséis de julio de mil novecientos noventa y seis.
2. Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto N° 591 de las nueve horas y dieciocho minutos del treinta de marzo del dos mil doce.
3. Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto N° 666 de las nueve horas y tres minutos del trece de abril del dos mil doce.
4. Tribunal Penal. Primer Circuito Judicial de San José. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencia N° 1021-2007 de las dieciséis horas del veinticinco de setiembre del dos mil siete.

5. Tribunal Penal de Hacienda y la Función Pública. Segundo Circuito Judicial de San José. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencia N° 167-2011 de las quince horas del veintisiete de abril de dos mil once.

**Referencias de fuentes periodísticas:**

1. Carlos Arguedas, «Hoy dictan sentencia por el caso ICE-ALCATEL», La Nación día 27 de abril de 2011. Tomado de la página de nacion.com en la sección de Sucesos: Accesado 26 de enero 2016. [http://www.nacion.com/sucesos/Hoy-dictan-sentencia-caso-ICE-Alcatel\\_0\\_1191880811.html](http://www.nacion.com/sucesos/Hoy-dictan-sentencia-caso-ICE-Alcatel_0_1191880811.html)
2. Ronald Moya y Otto Vargas, “Burgos condenado a 35 años de prisión por matar esposa”, La Nación, día 26 de setiembre de 2007. Tomado de la página de “nacion.com” en la sección de “Sucesos”. Accesado 25 de enero 2016. [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2007/septiembre/26/sucesos1254214.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2007/septiembre/26/sucesos1254214.html).