



REVISTA **EL FORO**

COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS
DE COSTA RICA

EDICIÓN NÚMERO 18

Edición especial:

Razonamiento Probatorio

Revista Semestral, Febrero 2019

ISSN 1659 - 1496





Centro de Arbitraje y Mediación CAM del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica



La mediación/conciliación es el mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto dialogan directamente para procurar llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio, esto con la intervención de un tercero imparcial que facilita la comunicación en el proceso.

El Centro CAM llega a sedes regionales de la Institución
Consúltenos acerca de nuestros servicios.

El Centro de Arbitraje y Mediación CAM brinda diferentes servicios pensando en las necesidades de usuarios y que nos permite de manera profesional, ágil y eficiente ayudarles en la solución de sus controversias.

Ofrecemos los siguientes mecanismos RAC:

- Arbitraje nacional e internacional
- Mediación
- Mediación Laboral
- Comité de Disputas
- Dictamen técnico neutral

El CAM cuenta con una lista de neutrales del más alto nivel profesional y capacitación técnica continua para dirigir los procesos de forma imparcial, confidencial y diligente.

De igual manera se cuenta con el servicio de mediación para conflictos nacionales o internacionales de interés público.

El CAM posee un alto compromiso con la educación por eso ofrecemos una amplia gama de capacitación en la materia.

CLÁUSULA ARBITRAL

Todas las controversias que se deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación CAM del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica por (uno o más) árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

¡Conozca una nueva visión de la resolución alterna de conflictos!



Contáctenos: 2202-3699 / cam@colabogados.cr / www.abogados.or.cr



Centro de Arbitraje y Mediación



REVISTA EL FORO

Edición No. 18
Revista del Colegio de
Abogados y Abogadas de Costa Rica
San José, Costa Rica
Febrero 2019



DIRECTOR
John Jorge Tapia Salazar
CONSEJO EDITORIAL

Dr. Álvaro Burgos Mata*
Dr. Gary Amador Badilla*
MSc. Jeffry José Mora Sánchez*
MSc. John Jorge Tapia Salazar*
MSc. Olman Ulate Calderón*

Asesoría Editorial
Departamento de Comunicación
del Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Impresión
Ofprinte Comercial MB S.A
Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Teléfono 2202-3648
www.abogados.or.cr
De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros al oeste y 100 metros al norte
Zapote, San José, Costa Rica

*Integrantes del Colegio
de Abogados y Abogadas de Costa Rica

Sumario

4. **Mensaje Editorial.**
por: John Jorge Tapia Salazar.- Director Revista El Foro
7. **“El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias”.**
por: Jordi Ferrer Beltrán.
32. **“Prueba penal y nuevas tecnologías”**
por: Álvaro Burgos Mata
45. **“Estándares probatorios (¿diferenciados?) en delitos contra las mujeres. Apuntes sobre la construcción de un proceso penal con perspectiva de género”.**
por: Jeffry José Mora Sánchez
73. **“Hechos y verdad desde la visión del abogado defensor”.**
por: Baldomero Mendoza López.
93. **“Prueba, valoración e inferencias. El razonamiento probatorio en la motivación de los hechos”.**
por: Jahaziel Reyes Loaeza.
110. **“Técnica del nuevo recurso de casación en materia civil”.**
por: Marcelo Volio González.

Mensaje Editorial



La Revista El Foro es una publicación científica del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, cuyo primer ejemplar salió a la luz el 31 de octubre 1882, lo que la convierte en uno de los Boletines más longevos y prestigiosos de nuestro país. No obstante, por diversas razones, en los últimos años se detuvo su publicación, lo que ha provocado un vacío en la comunidad jurídica costarricense. Precisamente el interés de muchos de nuestro agremiados nos ha llevado a enfilar esfuerzos con la firme intención de reposicionar la Revista El Foro en el lugar privilegiado que otrora ocupó.

Con ocasión del relanzamiento de esta emblemática publicación, hemos querido centrarnos en un tema de esencial en el quehacer de cualquier abogado: el razonamiento probatorio. Sin duda alguna, la reconstrucción de los enunciados fácticos que nutren las disputas judiciales suele figurar como el aspecto más controvertido en tales procesos. Se trata de cuestiones tan elementales como la admisión de la prueba, la credibilidad de los testigos, la impugnación de las decisiones y los poderes probatorios del órgano decisor, los que tienen la virtud de inclinar la balanza de la justicia para una u otra de las partes en conflicto.

No obstante, parafraseando al *Mefistófeles* de *Goethe*, en ocasiones las prácticas judiciales, erróneas o no, se transmiten de un modo hereditario, como una enfermedad perenne. En materia de prueba, ante la pervivencia de esquemas anquilosados, afianzados a golpe de autoridad, para sobreponerse a la fatídica inercia y apatía que seduce con la seguridad que brinda la costumbre, la única arma con que contamos es el debate y la crítica académica seria. En una sociedad voluble y exponencialmente

tecnificada como la actual, el conocimiento que aportan otras áreas de estudio, como la psicología del testimonio o la teoría económica, es fundamental para que el derecho pueda seguir el paso de los avances que se nos plantan en frente.

En el presente número, **Jordi Ferrer Beltrán**, en su artículo “*El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias*”, desde una concepción racionalista de la prueba y a partir de un caso práctico, evalúa las posibilidades de intervención que el Tribunal *ad quem* puede ejercer sobre el razonamiento probatorio reflejado en la sentencia por el *a quo*, defendiendo una versión limitada del principio de intermediación, la motivación exhaustiva de la decisión sobre los hechos y un amplio esquema recursivo, que permita un adecuado control por parte del órgano de revisión.

El autor **Álvaro Burgos Mata**, en el ensayo “*Prueba penal y nuevas tecnologías*”, se avoca al análisis de los recursos tecnológicos provenientes del imparable desarrollo científico y su utilización en el ámbito probatorio en el proceso penal costarricense, enfatizando que se trata de cuestiones no previstas de forma expresa normativamente, lo que ha motivado que sea mediante leyes posteriores y a partir de la casuística judicial que se asuman e integren los incesantes cambios que diversas áreas de la ciencia han aportado en los últimos años, con particular mención del Sistema Automatizado de Identificación Dactilar.

En el artículo “*Estándares probatorios (¿diferenciados?) en delitos contra las mujeres. Apuntes sobre la construcción de un proceso penal con perspectiva de género*”, **Jeffrey José Mora Sánchez** se enfrenta a la problemática que encierra el tratamiento penal de la violencia contra las mujeres, estableciendo la génesis del fenómeno y delimitando conceptualmente algunos términos imprescindibles para la construcción correcta de la noción de violencia de género. Posteriormente, el autor considera los límites del derecho penal como agente correctivo de los estereotipos que apuntalan la comisión de delitos relacionados con violencia de género, para luego tomar posición sobre la conveniencia de establecer un umbral probatorio diferenciado para estos tipos delictivos y examinar si resulta posible la configuración de un estándar de prueba preciso y objetivo o, en su lugar, decantarse por la elaboración de modelos de valoración que permitan un abordaje de la prueba, principalmente de la declaración de la víctima-testigo, con soporte en una estructura inferencial sólida e intersubjetivamente controlable.

Por su parte, el académico **Baldomero Mendoza López**, incursiona en “*Hechos y verdad desde la visión del abogado defensor*”, en la noción de verdad como correspondencia, erigida como fin prevalente del proceso penal, considerando el impacto de esa asunción en la disminución y distribución del error judicial, a partir del establecimiento de cierto umbral probatorio, pero concentrándose en el relevante rol que el defensor mantiene en ese rubro, mediante el resguardo adecuado de los derechos que asisten a su representado, la determinación de los hechos, la investigación

defensiva y la determinación de las necesidades probatorias, a fin de alcanzar un resultado satisfactorio, que puede coincidir, desde una perspectiva epistémica, con el pretendido norte de averiguación de la verdad real de lo ocurrido.

Sobre la decisión judicial, **Jahaziel Reyes Loeza**, trata en *“Prueba, valoración e inferencias. El razonamiento probatorio en la motivación de los hechos”*, uno de los aspectos esenciales de la sentencia penal, relacionado con la valoración de las afirmaciones sobre hechos. Para ello el autor delinea las características especiales de la prueba en el contexto jurídico, los diferentes conceptos de prueba, la diferencia entre prueba directa e indirecta, y se refiere a las inconsistencias visibles en el abordaje de la prueba personal y el principio de inmediación, finalizando con una sucinta referencia a la estructura de las inferencias probatorias -de acuerdo con el esquema de *Toulmin*- y a la evaluación de la solidez de tales inferencias, así como la confiabilidad de la garantía y la hipótesis que se formule.

En el ámbito civil, **Marcelo Volio González**, desarrolla en *“Técnica del nuevo recurso de casación en materia civil”*, desde una perspectiva eminentemente práctica, algunos de los retos a los que se enfrentarán las partes con la vigencia del nuevo Código Procesal Civil, considerando las cuestiones procedimentales novedosas, los motivos de orden procesal y de fondo en la nueva regulación de la casación y la técnica necesaria para la elaboración de esta figura recursiva. El autor concluye refiriendo algunos consejos prácticos y enumerando ciertos errores frecuentes en la elaboración de un recurso de casación, cuyo análisis permitiría una impugnación con mayores posibilidades de éxito, máxime cuando se trata de una actividad que se someterá a una relación de “prueba y error”, principalmente en los primeros meses de aplicación de la incipiente normativa.

John Jorge Tapia Salazar
Director
Revista El Foro



EL CONTROL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: INMEDIACIÓN E INFERENCIAS PROBATORIAS ¹

*por Jordi Ferrer Beltrán**

Resumen: Este artículo analiza la relación entre el principio de inmediación y el control del razonamiento probatorio en segunda instancia. Se muestra el alcance del control que puede realizarse sobre la calidad del razonamiento probatorio sin afectar al principio de inmediación, adecuadamente comprendido. Para ello, se examina una sentencia penal de primera instancia, indicando los distintos pasos del razonamiento sobre los hechos que contiene y cómo pueden revisarse sus falencias.

Palabras clave: Epistemología jurídica. Proceso judicial. Valoración de la prueba. Razonamiento probatorio. Principio de inmediación. Segunda instancia.

The revision of the assessment of evidence in the Appeal Courts decisions: immediacy and evidentiary inferences

Abstract: This article analyzes the relationship between the principle of immediacy and the control of probatory reasoning in the second instance. The scope of the control that can be performed on the quality of the evidentiary reasoning is shown without affecting the principle of immediacy, properly understood. For this, a criminal judgment of first instance is examined, indicating the different steps of the reasoning on the facts that it contains and how its shortcomings can be reviewed.

¹ El presente artículo fue publicado previamente en la revista *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, número 33, año 2007.

* Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona (España), director de la Cátedra de Cultura jurídica y del Máster en Razonamiento Probatorio de esa misma universidad. Para este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación “Prueba y atribución de responsabilidad: definición y contrastación del daño” (DER2014-52130-P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad español. Agradezco a Marcela Araya, Carolina Fernández, Diego M. Papayannis y Carmen Vázquez sus útiles comentarios a una versión previa de este trabajo.

Keywords: Legal Epistemology. Judicial process. Assessment of Evidence. Evidence Reasoning. Immediacy. Appeal Courts Decisions.

1. Inmediación, inferencias probatorias y control del razonamiento probatorio

La proliferación de importantísimas reformas procesales durante las últimas dos décadas en muchos países, especialmente del área iberoamericana, tanto en lo referente al proceso civil como al penal, ha producido un cierto *revival* de debates que llevan mucho tiempo entre nosotros. Algunos de ellos han posibilitado repensar viejos tópicos a la luz de nuevos argumentos. En otros casos, en cambio, simplemente estamos frente a contumaces errores que se resisten a desaparecer del argumentario de los juristas. Quisiera dedicar este trabajo al análisis de uno de estos malos argumentos resistentes: el que vincula la oralidad del proceso judicial con la inmediación y la imposibilidad de control sobre la valoración de la prueba en segunda instancia (o en casación). Vale la pena advertir, sin embargo, que las tesis que aquí analizaré críticamente, así como los argumentos que defenderé, no son particulares de la cultura jurídica o de los sistemas jurídicos latinoamericanos, por lo que haré referencia a ellos sólo como excusa para la presentación de mi análisis sobre las posibilidades de control en segunda instancia del razonamiento probatorio.

Puede decirse sin demasiado riesgo a equivocarse que el objetivo principal que ha animado las mencionadas reformas procesales ha sido el de fortalecer y garantizar el debido proceso como garantía fundamental que dota de sentido y protección a los demás derechos sustantivos

declarados en Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en Constituciones nacionales. Para ello, en el caso del proceso penal se ha considerado necesario transitar hacia un modelo de proceso acusatorio, presidido por la oralidad. Así, en un estudio preparado por el Centro de Estudios de la Justicia para las Américas (CEJA) a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se afirma que el hecho de que “el juicio oral sea considerado el elemento central del debido proceso significa que, a lo menos en el contexto cultural moderno en el que esas garantías se han desarrollado, resulta imposible imaginar cada uno de los derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales, sin referirlos a la idea de una audiencia oral y pública, desarrollada ante un tribunal imparcial por medio de un debate en el que participan el acusador y el acusado, en el cual se formulan cargos, se ejerce el derecho a defensa y se rinde la prueba, en base a todo lo cual el tribunal puede fundar su decisión”.² Sin embargo, aunque debe problematizarse la vinculación supuestamente necesaria entre oralidad y debido proceso, no es el objetivo de este trabajo hacerlo. Me interesa, en cambio, la vinculación entre oralidad e inmediación. Así, en efecto, se sostiene que la oralidad es el mecanismo mediante el que puede hacerse efectiva en toda su dimensión la exigencia de inmediación entre el juez y las pruebas. En otros términos, es en el marco del juicio oral donde el juez deberá tener una percepción directa de la práctica de las pruebas que le pondrá en la mejor posición epistemológica para valorarlas. Por tanto, es el juez que ha estado presente en la práctica de las pruebas, con oralidad y contradicción, quien estaría mejor situado para valorarlas y, siendo así, ello mismo se constituiría en un límite para la

² Duce, Fuentes y Riego 2009: 3.

revisión de esa valoración por parte de tribunales superiores, que no disponen de la inmediación con las pruebas.³ La inmediación, pues, acaba resultando en un “cheque en blanco para motivar menos y para aportar menor información /.../, consiguiendo además evitar el control de las partes y de los órganos jurisdiccionales”.⁴

Se van poniendo en práctica así las distintas notas definitorias de una *concepción persuasiva* de la prueba, especialmente, aunque de forma no exclusiva, frente a las pruebas personales.⁵ Cuatro son las notas principales de esta concepción:

- a) la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión;
- b) la defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación, de modo que

³ En este sentido puede verse lo que afirma muy claramente Cerda (2003: 303): “la exigencia legal de inmediación, formal y material, que procura el contacto directo entre las partes, los medios de pruebas y de todos éstos con el juez, /.../ asegura un grado de conocimiento superior, de mejor calidad de este tribunal y por tanto de un convencimiento más puro que el que pueda alcanzar un tribunal superior al que le corresponde pronunciarse sobre la base de un conocimiento mediatizado por la escrituración, no presencial de la incorporación de la prueba. En este contexto, de aceptar la revisión de los hechos por el tribunal *ad quem*, se estaría admitiendo y prefiriendo que primara un conocimiento y convencimiento de peor calidad por sobre el de mejor calidad”. Por lo que hace a España, es muy significativa en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre, que en nombre de la inmediación cercena toda posibilidad de control de la valoración de las pruebas personales por parte de órganos jurisdiccionales que no estuvieran presentes en su práctica. También en México se ha hecho una interpretación en el mismo sentido del artículo 468 del Código de Nacional de Procedimientos Penales, que regula en el siguiente sentido las causales por las que puede apelarse una sentencia de primera instancia: “Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Tribunal de enjuiciamiento: /.../ II. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, *distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación*, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso” (las cursivas son mías).

⁴ Barreiro 2003: 80. En el mismo sentido, vid. Igartua 2009: 86 y ss.

⁵ Vid., al respecto, Nobili 1974: 50 y ss.

- reserve casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba;
- c) exigencias de motivación muy débiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos; y
- d) un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias.

Resulta significativo que el acento en la convicción judicial como criterio de decisión sobre la prueba se acompañe de la defensa de una concepción muy fuerte del principio de inmediación. Esto tiene pleno sentido, dado que si lo que importa es producir la convicción judicial entonces el mejor método para conseguir esa convicción es la práctica de la prueba ante el juez, garantizando la presencia directa del juzgador, por ejemplo, ante la declaración testifical. Hasta aquí, parece una exigencia bastante razonable. Pero la otra cara de esta versión fuerte del principio de inmediación es, sin embargo, excluyente: en nombre de este principio se impide la posibilidad de revisión de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia, suponiendo que siempre y en cualquier caso aquél estará en mejor posición epistemológica que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la valoración de la prueba realizada en la primera instancia. Y ahora, ¿por qué es habitual la débil o nula exigencia de motivación respecto de la decisión sobre los hechos? Pues bien, ésta resulta una consecuencia casi obligada si se vincula la prueba con la adquisición del estado mental de convicción o creencia por parte del juzgador. Como señala claramente De la Oliva,⁶ no “parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción,

⁶ Vid. De la Oliva, 2002: 514.

muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable”. Por ello, los autores que sostienen, como el propio De la Oliva, esta concepción persuasiva de la prueba, reducen la motivación a la explicación de las causas que han llevado al juez a creer en la ocurrencia del hecho en cuestión. Pero expresar las causas de una creencia, en el caso de que pueda hacerse, es algo muy distinto de justificar una decisión. Finalmente, la concepción persuasiva se cierra con un diseño institucional que impide o dificulta extraordinariamente la revisión en sede de recursos de la decisión sobre los hechos adoptada en la primera instancia. Está claro que si se sostiene que la finalidad de la prueba en el proceso es producir la convicción judicial, una vez ésta es alcanzada no queda mucho espacio para la revisión de la decisión. Un tribunal superior, limitado por el principio de inmediación y con la escasa motivación normalmente disponible, no tendría mucho más que decir, más allá de un inaceptable “mi convicción difiere de la del juez de instancia y yo mando más”.⁷

La concepción persuasiva se opone, como un espejo, a la denominada *concepción racionalista*, cuyas notas características son las siguientes:

- a) el recurso al método de la corroboración y refutación de hipótesis como forma de valoración de la prueba;
- b) la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación;
- c) una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos; y

- d) la defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores.

Ya en otros lugares he defendido la vinculación entre la concepción racionalista de la prueba y la garantía del debido proceso,⁸ lo que torna imprescindible encontrar un modo de acomodar el alcance del principio de inmediación y la posibilidad de revisión de la decisión sobre los hechos en sede de recursos ante instancias superiores.⁹

De modo general, puede decirse que la inmediación no es otra cosa que una exigencia, dirigida al juzgador de los hechos, para que esté presente en la práctica de la prueba,¹⁰ constituyéndose así, por un lado, en un mecanismo de reducción de errores al eliminar intermediarios en la transmisión de la información que aportan las pruebas (especialmente las personales). Y por otro lado, pero no menos importante, la inmediación en la práctica de las pruebas es también una oportunidad para el desarrollo integral del principio de contradicción y para la participación del propio juzgador en el debate probatorio en contradicción.¹¹ Esta es la faceta como mecanismo cognoscitivo de la inmediación.

La idea misma de evitar la participación de intermediarios en la transmisión de la información aportada por las pruebas al juzgador está dirigida

⁸ Véase, por ejemplo, Ferrer Beltrán 2016: 49 y ss.

⁹ Un análisis muy serio y detallado de estas cuestiones, referenciado especialmente a la doctrina chilena pero de alcance teórico general, puede encontrarse en Araya Novoa 2017.

¹⁰ Por todos, Calamandrei 1973: 330.

¹¹ Sobre el papel del juez en la implementación del principio de contradicción, como herramienta cognoscitiva, véase Vázquez 2017: 363 ss.

⁷ Un análisis más detallado puede verse en Ferrer Beltrán 2007: 61 ss.

a ofrecerle a éste la percepción directa de esa información. Esa percepción no podrá ser puesta en cuestión evidentemente por quien no haya tenido la misma relación directa con las pruebas.¹² Sin embargo, una adecuada concepción del razonamiento probatorio, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, exige limitar el alcance de la inmediación a la estricta percepción de la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que de esa percepción se extraen.¹³ Así, por dar un ejemplo banal pero habitual, depende estrictamente de la percepción determinar si un testigo se muestra manifiestamente nervioso, pero concluir de ello que el testigo no es fiable, depende de una inferencia probatoria a la que se incorpora la premisa de que el nerviosismo de un testigo es síntoma de su mendacidad. Esa inferencia no depende en absoluto de la percepción, sino de generalizaciones o máximas de experiencia que han sido estudiadas por la psicología del testimonio y demostradas absolutamente infundadas.¹⁴ Por ello, en conclusión, no necesitamos haber estado presentes en la práctica de la prueba para mostrar la incorrección de una valoración testifical basada en una generalización falsa de ese tipo. El principio

de inmediación resulta, pues, compatible con el control de las inferencias probatorias.¹⁵

No es este, sin embargo, el único espacio posible de control probatorio en sede de recursos y siquiera el más importante. En efecto, la toma de decisiones sobre los hechos probados exige otros pasos inferenciales más complejos. Así, para determinar que la hipótesis de la culpabilidad ha sido probada necesitamos recorrer el camino de su progresiva corroboración: la hipótesis de que el disparo que mató a Juan se produjo en el contexto de un forcejeo con Pedro nos permite inferir que el orificio de entrada de la bala en el cuerpo de Juan será delantero o lateral, pero no estará situado en la espalda. También nos permite inferir que se tratará del orificio característico de los disparos a muy poca distancia. No depende de inmediación alguna controlar si esas inferencias posibles fueron o no objeto de contrastación y cuál fue su resultado. Si el orificio de entrada se corresponde en su ubicación y características con lo previsible a partir de la hipótesis del forcejeo, esa contrastación le aportará corroboración, y la pondrá en cuestión en caso contrario.¹⁶ Constatar si esas inferencias han sido objeto de contrastación y su resultado aportado como prueba en el juicio es muy importante para controlar la corrección del razonamiento probatorio, porque nos permite identificar lagunas probatorias cuyo impacto en el razonamiento puede llevar a la total falta de fundamentación de sus conclusiones.

Y aún nos queda un paso más, que en

¹² Esto, claro está, debe ser matizado a partir del uso de tecnologías de grabación en imagen y sonido de las vistas orales, lo que permite a las partes y a los órganos jurisdiccionales de control poner también en cuestión la corrección de las percepciones del juez o sus lagunas respecto de la práctica de las pruebas realizadas en el juicio oral. Un tribunal superior podrá entonces disfrutar de los aspectos de la inmediación vinculados con la eliminación de intermediarios gracias a las grabaciones. Sin embargo, nunca podrá disponer de los aspectos de la inmediación vinculados a la participación del juzgador en la contradicción. Así, el tribunal superior tendría, en este sentido, una especie de inmediación limitada.

¹³ Una propuesta en esta línea, en el ámbito del control casacional, puede encontrarse en Pérez Barberá y Bouvier 2004.

¹⁴ Sobre los tópicos infundados en el uso y valoración de pruebas testificales pues verse, por todos, Diges 2016. En el mismo sentido, Taruffo (2002: 454) y Andrés Ibáñez (2005: 207 y ss.).

¹⁵ Sobre las inferencias probatorias véase Toulmin 2007; González Lagier 2005: 53 y ss.; y Taruffo 2010: 237 y ss. Hernández Marín, por su parte, ha insistido muy convincentemente en la reconstrucción del razonamiento probatorio como cadena inferencial: al respecto, vid. Hernández Marín 2013: 59 y ss., 124 y ss, 246 y ss, 272 y ss.

¹⁶ Vid. Ferrer Beltrán 2007: 126 y ss.

nada depende de la inmediación: tomar una decisión sobre los hechos probados de un caso depende de la aplicación del estándar de prueba previsto para el proceso en cuestión. En otros términos, necesitamos determinar si el grado de corroboración de la hipótesis fáctica de la que se plantea su prueba alcanza o no el umbral de suficiencia probatoria previsto. Y para ello resulta fundamental determinar si están disponibles otras hipótesis capaces de explicar o dar cuenta de los mismos datos fácticos conocidos y si esas hipótesis fueron refutadas en el proceso mediante pruebas suficientes o no. Que Pedro tuviera restos de pólvora en sus manos, por ejemplo, no permite concluir que él disparara a Juan si Pedro es cazador y la misma mañana de los hechos estuvo cazando conejos. Deberá buscarse un elemento confirmador de la hipótesis de que Pedro es el homicida que resulte incompatible con la hipótesis de su inocencia. En otras palabras, corroborar la hipótesis de la culpabilidad exige refutar las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia.¹⁷ Si se han tomado o no en consideración esas hipótesis y si, en su caso, han sido refutadas puede y debe ser objeto de control en sede de recursos sobre el razonamiento probatorio del juez de primera instancia. No hacerlo supone dejar en total desprotección el derecho a la presunción de inocencia.¹⁸

En definitiva, como ha podido comprobarse, una concepción racional de la prueba exige que la práctica de la prueba se realice con adecuado cumplimiento del principio de inmediación, pero ello en nada cercena las posibilidades de revisión del razonamiento probatorio del juzgador, realizado a partir de las pruebas practicadas y

de lo percibido a partir de ellas. Preguntas como las siguientes deben ser siempre planteadas por el órgano revisor si se impugna la valoración de la prueba realizada por un órgano inferior y en nada requieren o afectan a la inmediación: ¿las conclusiones extraídas sobre la fiabilidad de las pruebas se basan en generalizaciones bien soportadas por información empírica contrastada? ¿se han contrastado las previsiones o inferencias que la hipótesis que se considera probada permite realizar o hay lagunas probatorias al respecto? ¿hay otras hipótesis, compatibles con la inocencia del acusado, que puedan explicar los hechos conocidos?, si las hay, ¿se han refutado sobre la base de pruebas incorporadas debidamente al proceso? La primera de las preguntas hace referencia a la valoración individual de las pruebas; las demás, a la valoración en conjunto y son directamente dependientes del estándar de prueba que resulte aplicable al caso.

2. De cómo es posible realizar un control del razonamiento probatorio sin afectar la inmediación

En lo que sigue ofreceré al lector un ejemplo de análisis de la valoración de la prueba de una sentencia, con el objetivo de mostrar el alcance del control que puede realizarse en un caso penal, sin por ello afectar en lo más mínimo el espacio protegido por la inmediación del juzgador de primera instancia. Por supuesto, el valor del análisis de la sentencia es sólo ejemplificativo, pudiendo ser sustituida por cualquier otra, penal o no, de un país u otro. He elegido una sentencia compleja,¹⁹ en la que diversos funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes (Perú) y dos

¹⁷ Vid. Ferrer Beltrán 2007: 144 y ss.

¹⁸ Una mayor argumentación al respecto puede encontrarse en Ferrer Beltrán 2016: 263 y ss.

¹⁹ La sentencia peruana de 10 de noviembre del 2016 (Expediente n° 89-2014), del 1° Juzgado Penal Unipersonal Nacional.

personas vinculadas a una empresa constructora son juzgados bajo la acusación de los siguientes delitos: asociación ilícita para delinquir, colusión agravada, cohecho pasivo propio, cohecho activo impropio, falsedad ideológica y peculado doloso por apropiación. Para una mayor simplificación y por razones de espacio de este trabajo, me centraré en el delito de colusión agravada por el que se condena a Javier R.V., accionista mayoritario de la empresa constructora y apoderado especial de la misma. Estructuraré el análisis en tres pasos: presentaré las pruebas relativas a los hechos, tal como son expuestas en la propia sentencia (2.1), las lagunas probatorias existentes en el acervo probatorio aportado al proceso (2.2) y, en tercer lugar, expondré las inferencias probatorias realizadas por la juzgadora y las someteré a escrutinio de acuerdo con los lineamientos teóricos precedentes (2.3).

2.1. Análisis de las pruebas aportadas por la acusación y acogidas en la sentencia

La Sentencia analizada tiene un alto grado de complejidad, por cuanto la acusación se formula por seis delitos y contra doce personas procesadas, más la empresa A&J Inversiones SAC. Sin embargo, como ya señalé, en este trabajo analizaré únicamente las partes del razonamiento probatorio relevantes, directa o indirectamente, que se utilizaron para justificar la condena del Sr. Javier R.V. por el delito de colusión agravada (artículo 384 del Código Penal peruano). A los efectos, en la Sentencia se consideran acreditados los siguientes extremos:

a) El Sr. Javier R.V. es accionista mayoritario

de la empresa A&J Inversiones SAC. Se acredita también que la Junta General de Accionistas de fecha 3 de enero de 2011 acordó el nombramiento del Sr. Javier R.V. como Apoderado Especial, pudiendo ejercer de forma conjunta o indistintamente las mismas facultades que se atribuyen al Gerente de la Sociedad, don Jorge V.A. (p. 33).²⁰

b) La empresa A&J Inversiones (en adelante: A&J) resultó adjudicataria en 2009 de la obra de Mejoramiento y Ampliación del sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen, por decisión del Gobierno Regional de Tumbes (en adelante, GRT), por un monto total de algo más de 17 millones de soles, de los que se adelantaron a la empresa unos 10 millones y medio para la compra de materiales y para que tuviera capacidad económica para emprender la obra. Se firmó el contrato para la ejecución de la obra, entre la A&J y el GRT el 31 de diciembre de 2009. En el mismo se establece que cualquier controversia entre las partes será resuelta mediante arbitraje, a través de un Tribunal Arbitral integrado por árbitros designados por las partes (p. 37).

c) Durante la ejecución de la obra surgieron desavenencias entre A&J y el GRT, cuyo detalle no es relevante aquí, pero que en resumen tienen que ver con el avance insuficiente de la obra, lo que mostraría falta de interés de la contratista y de capacidad para ejecutarla, según diversos órganos del GRT. Por su parte, A&J manifestó su

²⁰ De aquí en adelante, las páginas indicadas entre paréntesis, si no se indica lo contrario, corresponden a la Sentencia analizada.

voluntad de resolver el contrato mediante Carta Notarial, alegando problemas y defectos en el expediente técnico que, al no solucionarse, impedirían el adecuado avance de la obra. Poco después, el GRT comunica también por Carta Notarial la resolución del contrato, puesto que el avance de la obra a esa fecha sería del 33% cuando debió ser del 95% (pp. 38 y 49ss.). Todo ello se produce durante el mandato del Sr. Wilmer Dios Benites como Presidente del GRT.

- d) A partir de enero de 2011 asume como Presidente del GRT el también acusado y condenado Gerardo V.D., y durante su mandato se llevan a cabo diversos actos de Conciliación y, ante la falta de acuerdo en los mismos, el procedimiento Arbitral previsto en el contrato. Las posiciones de las partes en ese procedimiento son las siguientes: el GRT reclama la devolución de siete millones y medio de soles en concepto de liquidación de los adelantos realizados y no ejecutados en la obra. A&J reclama al GRT algo más de cuatro millones de soles en concepto de liquidación por la parte de la obra ejecutada.
- e) Cada parte designó un árbitro y de común acuerdo al presidente del Tribunal Arbitral para dirimir su controversia (p. 54).
- f) Finalmente, el Laudo arbitral, fruto de la conciliación entre las partes, da por resuelto el contrato entre A&J y el GRT para la ejecución de la obra, ordena la devolución de las Cartas Fianzas emitidas en su momento por A&J a ésta, y el pago de 3.300.000 soles

por parte del GRT a A&J por todo concepto, que deberá ser realizado en el término de 20 días contados a partir de la notificación del laudo (p. 75).

- g) La acusación en el proceso penal argumenta, y la sentencia lo asume, que el procedimiento arbitral fue una tapadera para la colusión entre el GRT y A&J, dando apariencia de legalidad a una decisión en perjuicio del erario público.
- h) Se declara probado que los Sres. Gerardo V.D. (Presidente del GRT), Daniel C.S. (Procurador General del GRT), Antonio C.R., Juan Carlos Q.R. y Guilmer C.P., todos ellos funcionarios del GRT, viajaron juntos a la ciudad de Lima procedentes de Tumbes. Volvieron a Tumbes en distintos vuelos entre los días 14, 16 y 17 del mismo mes. Está probado que los pasajes de Daniel C.S. y Antonio C.R. fueron pagados por la empresa A&J, a través de la factura emitida por la agencia de viajes (p. 65-6). En la justificación del viaje que realizan Gerardo V.D. y Daniel C.S. ante el Gobierno Regional indicaron que el viaje tenía por objeto realizar diversas reuniones en la Corte Suprema y en oficinas gubernativas estatales. (p. 71). Ninguna de esas visitas se realizó, de acuerdo con los registros de entrada y salida de las respectivas dependencias (p. 72-3).
- i) El accionista mayoritario de A&J, Sr. Javier R.V. viajó de Piura a Lima el 11 de julio de 2011, retornando a Piura el 14 de julio (p. 66). Nada se dice respecto de sus actividades en Lima ni se describe su presencia en la Audiencia de Conciliación ante el Tribunal

Arbitral de fecha 13 de julio del 2011 o que tuviera algún contacto con los árbitros, con los funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes o siquiera con los representantes de la empresa A&J inversiones SAC que participaron en dicha Audiencia.

- j) Está también probado que Gerardo V.D. (Presidente del GRT) viajó el 9 de abril de 2011 desde Tarapoto a Lima y de Lima a Piura. Ambos vuelos fueron pagados por A&J, de acuerdo con la factura (p.66). La testigo María Lourdes S.S., propietaria de la agencia de viajes que emitió el billete, a pregunta de la Fiscalía declara que conoce al Sr. Javier R.V., pero que desconoce qué persona de la empresa A&J ordenó la compra del pasaje (p. 67).
- k) Los billetes aéreos (Tumbes-Lima-Tumbes) de los Sres. Daniel C.S. y Antonio C.R. (Procurador y funcionario del GRT, respectivamente) mencionados en el párrafo h) de este epígrafe fueron comprados a través de la agencia Deka Tour Eirl. Su propietaria, la Sra. Glenda V.R., declaró como testigo que los billetes fueron encargados telefónicamente por “la señorita Paola que es secretaria de A&J” (p. 68).
- l) El día 13 de julio de 2011 se realizó en Lima la Audiencia de Conciliación, ante el Tribunal Arbitral. Intervinieron en la Audiencia Jorge V.A. (Gerente de AyJ) y Juan Carlos Q.R., en delegación de Daniel C.S., por parte del GRT. No se aportó resolución del titular del GRT a favor de Juan Carlos Q.R., por lo que se dieron 7 días para que se subsanara la falta (p. 74).

Acompañó al Sr. Juan Carlos Q.R. el Sr. Marco Antonio C.R., por parte del GRT; y acompañó al Sr. Jorge V.A. la Sra. Manuela V.R., gerente técnico de A&J. (p. 76).

- ll) El 27 de julio de 2011 se notificó el Laudo Arbitral a las partes, que lleva fecha del día 25. Está probado que el día 25 tanto los árbitros como la secretaria arbitral se encontraban fuera de Lima (p. 86) y que las firmas al final de las copias notificadas a las partes no corresponden a la secretaria arbitral, Sra. Soledad Nataly H.U. (p. 87), lo que se acredita por Informe Pericial de Grafotecnia.
- m) Está acreditado que el Sr. Jorge V.A., Gerente de A&J, remitió diversas cartas dirigidas al Gerente Regional de Infraestructuras del GRT, Sr. Guilmer C.P., y al Presidente del GRT, Sr. Gerardo V.D., en las que reclamaba el cumplimiento del pago de la cantidad establecida en el Laudo Arbitral (p. 93). Finalmente, el GRT, entre enero y marzo de 2012, pagó lo establecido, menos unos 800 mil soles debido a un problema presupuestario (pp. 94-5).
- n) A fin de acreditar la relación previa o el elemento típico “concertación” del delito de colusión ilegal (artículo 384 del Código Penal) se autorizó el levantamiento del secreto de las comunicaciones con el objetivo de obtener información de las empresas Telefónica, Claro y Nextel, con la preceptiva autorización judicial (p. 95). Gracias a ello, se lograron acreditar los titulares de una serie de líneas telefónicas, tanto del GRT como de A&J. También

una importante lista de comunicaciones entre esas líneas. Destacan un gran número de comunicaciones entre números de teléfono correspondientes a la Sra. Manuela V.R. (Gerente técnico de A&J, que participó también en la Audiencia de Conciliación, pero no es acusada en el procedimiento) y el Presidente del GRT, el Procurador General y diversos técnicos del mismo gobierno. En total, se acreditan 576 comunicaciones entre los números telefónicos 1111 y 2222, que corresponden a Manuela V.R., y las siguientes personas: Gerardo V.D. (Presidente del GRT), Daniel C.S. (Procurador del GRT), Marco Antonio C.R., Manuel Alfredo S.G., Guilmer C.P. (funcionarios del GRT) y César G.H. (Presidente del Tribunal Arbitral) (p. 99 a 102).

- ñ) Después de analizar con detalle la conducta de Gerardo V.D., Presidente del GRT, y concluir que no puede explicarse de otra forma que por un interés de coludirse, la sentencia concluye: “Puesto que la colusión es un delito de encuentro y que el ‘defraudar’ se tiene que hacer mediando concertación con los interesados, esta Judicatura considera que existen indicios suficientes para establecer que la persona interesada con la que se coludió Gerardo V.D. es el acusado Javier R.V.” (p. 132).
- o) Sin embargo, resulta muy llamativo observar la ausencia prácticamente total del nombre de Javier R.V. y la inexistencia de prueba incriminatoria en las diversas actuaciones y pruebas aportadas por la acusación y practicadas en el juicio oral y que se recogen

en la sentencia condenatoria. En concreto, su nombre sólo aparece en cuatro ocasiones en las más de 100 páginas dedicadas en la sentencia a recopilar las pruebas aportadas: 1) cuando se considera probado que es accionista mayoritario y apoderado especial de A&J, 2) cuando se acredita que viajó a Lima procedente de Piura el 11 de julio de 2011 y de vuelta el 14 del mismo mes (sin ninguna mención al objeto del viaje y las actividades que desarrolló durante el viaje), 3) cuando la propietaria de una agencia de viajes declara genéricamente conocerlo (aunque también declara que no sabe quién encargó la compra de los billetes) y 4) cuando se considera acreditado que se conocían desde hace unos años con Manuela V.R. (gerente técnico de A&J) y que incluso fue Javier R.V. quién le ofreció el trabajo. Es claro que, incluso si se admitiera que está acreditada la colusión agravada entre funcionarios del GRT y la empresa A&J, cosa de por sí muy discutible, esos cuatro vínculos probatorios de Javier R.V. con los hechos resultan total y manifiestamente insuficientes para acreditar su participación en este o en cualquier otro delito. Es por ello que la Jueza a cargo del caso fundamenta su condena en una serie de inferencias probatorias que deben ser analizadas con cuidado.

2.2. Análisis de las lagunas existentes en el acervo probatorio que sustenta la condena

Uno de los aspectos fundamentales que debe analizarse en la justificación de las decisiones probatorias es el peso del conjunto de elementos

de juicio disponibles.²¹ Es decir, en otros términos, si las pruebas que son necesarias, y que, por ello, deberían estar presentes en el expediente, para acreditar los hechos que se pretende acreditar están, de hecho, a disposición del juez y se han incorporado y practicado en el juicio oral con todas las garantías procesales. La identificación de cuáles son las pruebas necesarias es siempre relativa a los hechos que se pretendan acreditar. Pues bien, en este epígrafe analizaré algunas debilidades del peso probatorio disponible en el expediente 89-2014, que dio origen a la sentencia estudiada, y que, en mi opinión dejan sin sustento hipótesis acusatorias cruciales para poder sustentar la condena.

- a) Se considera acreditado (p. 66) que el Sr. Javier R.V. viajó de Piura a Lima el día 11 de julio de 2011 y retornó a Piura el día 14 del mismo mes. Su presencia en Lima coincidiendo en la fecha con la celebración de la Audiencia de Conciliación entre A&J y el GRT se utiliza en la sentencia como un indicio de su participación en la colusión que se habría perfeccionado en esa Audiencia (p. 132). Sin embargo, nada se dice en la sentencia sobre el motivo del viaje del Sr. Javier R.V., ni consta a través de ninguna de las pruebas existentes (documentales, testimoniales o de otro orden), sobre sus actividades en Lima durante esos días o dónde se alojó. La fiscalía no realizó tampoco ninguna averiguación al respecto ni se efectuó pesquisa alguna ni se aportó una mínima prueba en el juicio oral para acreditar qué hizo Javier R.V. en Lima, si tuvo algún contacto con alguna persona involucrada en los hechos materia de acusación. Se da

por supuesto, con evidente infracción de la presunción de inocencia, que el viaje se explica por su participación en la colusión, pero no se llevó a cabo prueba alguna acerca de si utilizó efectivamente un determinado número de teléfono y tampoco se practicó en la investigación o en el juicio oral la prueba de geolocalización satelital del teléfono que hubiera utilizado, por ejemplo; ello habría sido útil para obtener información precisa sobre su paradero (dónde estuvo, qué hizo, con quien se reunió, o si tuvo reunión o acercamiento con alguna persona relacionada con este proceso). Tampoco se llevó a cabo una geolocalización satelital de los teléfonos de los funcionarios del GRT, para determinar si estos coincidieron en algún lugar con Javier R.V. De este modo, la hipótesis de que éste último viajó a Lima para “supervigilar” (en términos de la sentencia) las tratativas colusorias queda a lo sumo en una sospecha, o en una hipótesis, sin fundamento probatorio alguno. Es evidente que las actividades que pueden realizarse en un viaje a la capital del país son muy diversas, de índole personal o profesional, y si estas no se prueban siquiera de modo elemental no es posible sostener que el motivo del viaje fue para finiquitar algún trato colusorio. De otro lado, debe destacarse que si fuera necesario dar seguimiento y cerrar una supuesta actividad colusoria no es necesario en absoluto desplazarse personalmente a la capital para ello.

- b) Se considera probado en la sentencia que el pasaje Tumbes-Lima-Tumbes (ida el 12 de julio de 2011 y vuelta el 17 del mismo

²¹ La noción de peso probatorio tiene su origen en Keynes 1921: cap. IV, 71 ss. Véase también Ferrer Beltrán, 2014.

mes) de Daniel C.S. (Procurador Público del GRT) fue pagado por la empresa A&J (p. 65-6). Adicionalmente, la Sra. Glenda Glinka V.R., propietaria de la agencia Dekatour Eirl que emitió los billetes, declaró como testigo, afirmando que los billetes fueron encargados telefónicamente por “la señorita Paola que es secretaria de A&J” (p. 68). Sorprende en este punto que no se realizara ninguna averiguación adicional respecto del nombre completo y la identidad de la Srta. Paola, ni sobre su condición de trabajadora de la empresa. Y, por supuesto, dado que no se indagó sobre su identidad, no se la individualizó siquiera, menos aún se la llevó a declarar al proceso para que identificara quién le encargó dentro de la empresa que comprara los pasajes aéreos; de tal manera que no se obtuvo información mínima que pudiera confirmar su intervención en los hechos. Así, aún dando por probada la compra de los pasajes por parte de A&J, nada dice este hecho en sí mismo sobre la implicación del Sr. Javier R.V. en él. Aquí era necesario: i) una indagación mínima y elemental acerca de la identidad de “la señorita Paola”; ii) determinar si, efectivamente, ella tramitó la compra de los pasajes aéreos, iii) a cuenta y por encargo de quién lo hizo. La averiguación (investigación) previa y el ofrecimiento en juicio oral de las pruebas indicadas, por parte del Ministerio Público, eran necesarias para poder probar la vinculación del Sr. Javier R.V., o de cualquier otro dirigente de A&J, con la compra de los pasajes. Sin embargo, al no haberse indagado mínimamente este aspecto y al no haberse aportado ninguna información útil al respecto, sea en el

proceso o en el juicio oral, la hipótesis acusatoria queda en una mera sospecha sin capacidad de enervar la presunción de inocencia.

- c) En relación con las comunicaciones probadas entre acusados siempre se atribuyen los teléfonos 1111 y 2222 a la Sra. Manuela V.R. (Gerente técnico de A&J). Sin embargo, la misma sentencia (p. 129) indica que Manuela V.R. dio de alta (obtuvo) 4 líneas telefónicas (que incluyen los dos teléfonos mencionados) por encargo de alguien de A&J. Una sería usada por ella, sin indicar el número correspondiente. Las otras líneas quedan sin usuario identificado. Ni en la investigación fiscal ni en el juicio oral –la sentencia no alude a alguna prueba o aporta información útil– se ha podido probar cómo, quién, cuándo y de qué manera se asignaron las líneas telefónicas obtenidas por la Sra. Manuela V.R. (Gerente técnico de A&J). Es más, ni siquiera está probado que, efectiva y realmente, se haya producido la asignación y distribución de las líneas telefónicas a personas de la empresa A&J Inversiones SAC. La deficiente y manifiesta laguna probatoria no puede ser utilizada en perjuicio del imputado (v. gr., accionista de la empresa), sin quebrantar las bases y exigencias mínimas del principio de presunción de inocencia. Si el Ministerio Público no prueba una hipótesis, ni se practica prueba de oficio sobre dicha hipótesis, en el juicio oral no se cumple con el deber de la carga de la prueba en el proceso penal; de tal modo que la absolución se impone por una manifiesta ausencia de prueba de cargo.

- d) A pesar de las comunicaciones constantes entre esos teléfonos y los de los funcionarios del GRT y que constituye un elemento central en el relato de los hechos de la acusación y en la fundamentación de la sentencia condenatoria, sorprende sobremanera que en el proceso no se haya hecho al respecto ninguna indagación particular. La sentencia analizada no da cuenta de ello. Por ejemplo, no se incautaron los celulares, no se allanaron las oficinas o dependencias de la empresa A&J para obtener información ni, por tanto, se analizó la información contenida en la memoria de los celulares; no se llamó a declarar a funcionarios de A&J para averiguar si se distribuyeron las líneas e identificar a sus usuarios; no se preguntó a la Sra. Manuela V.R. cuál de esas líneas telefónicas le fue supuestamente adjudicada para su uso; no se hizo ubicación geosatelital alguna para determinar la posición del/la usuario/a en el momento de las llamadas y, evidentemente, no se pudo cruzar esa información con la ubicación conocida de otros acusados en días y momentos clave de los hechos, lo que hubiese podido confirmar o descartar, por ejemplo, quiénes fueron los usuarios de esos teléfonos. Así, por ejemplo, si la ubicación geosatelital de uno o diversos de esos teléfonos en el día y hora en que se realizó la Audiencia de Conciliación indicara la presencia del o los teléfonos en el lugar en que se celebró la Audiencia, eso permitiría inferir que sus usuarios eran personas presentes en la misma. Si la ubicación geosatelital de uno o varios de esos teléfonos diera como resultado que no se encontraban en Lima el día de la Audiencia, entonces podría descartarse que sus usuarios fueran las personas que representaron a A&J en la Audiencia.
- Al no haberse determinado en lo más mínimo el número de teléfono utilizado por el Sr. Javier R.V., al no haberse practicado actos de investigación indispensables (incautación, allanamiento, geolocalización, etc.) no es posible dar por acreditado ninguno de los elementos típicos del delito de colusión. Estas graves y sorprendentes lagunas probatorias dejan prácticamente sin valor informativo relevante la hipótesis acusatoria y no vinculan en modo alguno al Sr. Javier R.V. con la infracción de la ley penal, dado que no lo ubican, siquiera de modo circunstancial, en la etapa previa a la Conciliación, en la conciliación extrajudicial de fecha 13 de julio del 2011 o en días posteriores a la conciliación; ni lo involucran tampoco con la compra de los pasajes aéreos de los funcionarios del GRT.
- e) La sentencia acoge la hipótesis acusatoria contra el Sr. Javier R.V. fundada en la inferencia, que será analizada más adelante, de que siendo éste el “dueño” de la empresa era quien tenía interés en que el GRT le pagara la suma que se acordó en la Conciliación (p. 132). Sin embargo, como la propia sentencia da por acreditado (p. 33), el Sr. Javier R.V. no era el dueño de la empresa, sino su accionista mayoritario, dado el carácter societario de la empresa A&J. Este dato es muy importante, puesto que un accionista, aunque sea mayoritario, no percibe los beneficios directos de los ingresos de la sociedad a no ser que se repartan dividendos. Sin embargo, no consta que se

haya averiguado (y menos aún probado) si se han hecho repartos de dividendos en la empresa posteriormente al cobro de las cantidades pagadas por el GRT. Tampoco se ha aportado prueba alguna sobre el hecho de si otras personas pudieran tener también interés directo en las ganancias obtenidas por A&J, por ejemplo, a razón de contratos de directivos que incluyan incentivos por resultados de la empresa, algo muy habitual en ese tipo de contratos. Es decir, no se han realizado pruebas que son necesarias para descartar hipótesis alternativas a la de la responsabilidad del Sr. Javier R.V., de modo que asumir esa responsabilidad sin descartar las explicaciones alternativas resulta arbitrario y contrario a la presunción de inocencia.

2.3. Análisis de las inferencias probatorias realizadas en la sentencia a partir de las pruebas aportadas y que fundamentan la condena

El razonamiento probatorio es siempre un razonamiento probabilístico, de modo que nunca podemos alcanzar certezas racionales absolutas respecto de la ocurrencia de un hecho, por rico que sea el acervo probatorio a disposición. Una hipótesis acusatoria sobre los hechos adquirirá un mayor grado de corroboración inductiva cuantas más pruebas cuente a su favor, más fiables sean, y que permitan, a su vez, descartar hipótesis alternativas compatibles con la inocencia del acusado. Esto es lo que en epistemología se denomina inducción eliminativa. Nunca podremos tener la certeza racional de que no hay una hipótesis alternativa compatible con la inocencia

que hoy no somos capaces de imaginar y que, por tanto, no ha sido refutada. Tampoco de que no habrá mañana nuevas pruebas hoy inexistentes que nos ofrezcan los avances de la ciencia y la técnica, que permitan desafiar la corrección de la hipótesis acusatoria. Pero que no podamos tener certezas no implica que una hipótesis no pueda ser preferible racionalmente a otra²² y, por tanto, que no podamos tomar decisiones basadas en las pruebas disponibles.

En este punto, para la justificación de la conclusión probatoria que lleva a la condena en el proceso penal resulta crucial determinar si la hipótesis acusatoria ha conseguido superar el estándar de prueba exigido para ello. Volveré más adelante sobre este punto.

Por lo que hace a la sentencia, la estructura de su razonamiento probatorio es, en mi opinión, un buen ejemplo de lo que en epistemología se denomina sesgo confirmatorio.²³ En otros términos, la Jueza asume la hipótesis acusatoria respecto del delito de colusión agravada y, en particular, de su atribución al Sr. Javier R.V., y a partir de ahí prioriza los elementos de juicio (las pruebas e indicios, en su terminología) que apoyarían esa hipótesis, a veces muy débilmente, sin considerar si hay hipótesis alternativas compatibles con esos mismos elementos de juicio y si hay lagunas probatorias que, de colmarse, permitieran confirmar o descartar otras hipótesis. En lo que sigue intentaré mostrar lo afirmado.

- a) El día 12 de julio de 2011 viajaron en el mismo vuelo, de Tumbes a Lima, el Presidente del Gobierno Regional de Tumbes, el Procurador General y diversos funcionarios del mismo Gobierno. El

²² En este sentido, Popper, K.R. 1974: 140.

²³ Vid., por todos, Taruffo 2010: 271; y Nieva Fenoll 2010: 199.

Presidente afirmó en su declaración que no sabía que el día siguiente tendría lugar la Audiencia de Conciliación en Lima (extremo desacreditado por otras pruebas), pero la sentencia declara probado que lo sabía, por cuanto “cabe preguntarse si viajando en el mismo avión con su Procurador Público, el acusado Daniel C.S., tendría lógica que no supiera que al día siguiente se iba a realizar la Audiencia de Conciliación. Este viaje constituye un indicio fuerte de que sí tenía conocimiento pleno de dicho acto y que ello obedecía a una concertación previa con la empresa A&J”. (p. 128). Admitiendo que resulta razonable, y hasta apoyado por una máxima de experiencia si se quiere decir así, que si el Presidente viaja junto al Procurador Público y otra serie de funcionarios de su Gobierno es de esperar que conozca el motivo del viaje de éstos, de ello no se infiere en absoluto que ese viaje o el conocimiento del objeto del viaje resulte ser un indicio (ni fuerte ni débil) de la concertación ilegítima con la empresa.

- b) Según la sentencia, “otro indicio fuerte que indica que el acusado el Presidente del GRT, Gerardo V.D., fue a Lima porque tenía interés en el desarrollo de la Audiencia de Conciliación, es que cuando estuvo en Lima no asistió a ninguna entidad pública que, según él, visitaría en su estadía en esta ciudad” (...) “Todo apunta entonces a que la estadía en Lima del acusado Gerardo V.D. era con fines de supervigilancia de la Audiencia de Conciliación” (p. 128). Ha resultado, en efecto, acreditado, que el Presidente del GRT no visitó ninguna de las Instituciones que había declarado como

objeto del viaje a Lima en su justificación ante la administración regional. Ello, sin duda, tiene consecuencias administrativas, pero en sí mismo no permite inferir que el objeto del viaje fuera desarrollar una “supervigilancia” de la Audiencia de Conciliación.²⁴ En primer lugar, no se entiende en qué consistiría esa actividad de “supervigilancia”; en segundo lugar, dado que no estaba previsto que el Presidente participara en la Audiencia ni participó, cualquier “vigilancia” a distancia podía hacerse desde Tumbes, sin necesidad de viajar (¡basta un teléfono para ello!) y, en tercer lugar, evidentemente los motivos para haber viajado pueden ser muchos, algunos lícitos y otros ilícitos, personales o profesionales, pero no puede inferirse sin ningún apoyo uno de ellos frente a los demás.

- c) También se aduce como indicio contra el accionista mayoritario de A&J, Sr. Javier R.V., que el día de la Audiencia de Conciliación estaba en Lima (p. 132). Como ha sido señalado en el epígrafe 2.2.a) de este trabajo, hay en este punto graves lagunas probatorias que impiden fundar la inferencia realizada por la acusación y asumida por la Jueza en su sentencia. Si se desconoce el motivo del viaje, el lugar preciso donde se encontraba, las actividades realizadas y con quién, etcétera, no se puede inferir del simple hecho de la presencia en Lima del Sr. Javier R.V. su participación en una concertación ilícita para coludirse, máxime cuando ningún elemento probatorio existente en el expediente acredita mínimamente que

²⁴ En el mismo sentido, Miranda Estrampes 2012: 49.

hubiera contacto alguno del Sr. Javier R.V. con los intervinientes en la Audiencia de Conciliación ni con ningún otro funcionario del GRT.

Viajar a Lima y permanecer unos días en una ciudad de 9 millones de habitantes no lo hace responsable por ciertos hechos que se produzcan durante su estadía o por determinados acontecimientos que no se encuentran de modo alguno probados que planificó, dirigió previamente o siquiera sabía que iban ocurrir.

d) La sentencia atribuye un alto significado probatorio a las comunicaciones acreditadas entre los teléfonos de los que es titular la Sra. Manuela V.R. (Gerente técnico de la empresa A&J) y diversos funcionarios del GRT, así como con el Presidente del Tribunal Arbitral. En este punto resultan cruciales de nuevo, sin embargo, las lagunas probatorias destacadas en el epígrafe 2.2.c) de este trabajo. La sentencia pretende evitar esas lagunas con algunas inferencias que resultan de todo punto infundadas racionalmente. Veámoslas:

i. Después de identificar dos llamadas del teléfono 2222 (cuya titularidad corresponde a la Sra. Manuela V.R.) al teléfono del Sr. Gerardo V.D. (Presidente del GRT) el día 7 de julio de 2011, la sentencia dice “No se sabe, en efecto, el contenido de la llamada, sin embargo, qué justificación tendría una llamada de un teléfono pagado por A&J al Presidente del Gobierno Regional, en un día en el cual él no estaba ejerciendo de Presidente /.../, si ambos no eran amigos, conocidos,

parientes, o tenían una relación de subordinación? La explicación de estas llamadas, para la Señora Juez sólo se encuentra dentro de un contexto de tratativas de orden colusorio” (pp. 129-130). Es decir, considera que la única hipótesis imaginable que puede explicar el hecho de que desde un teléfono de una empresa se llame al Presidente del Gobierno Regional con el que se tiene una Audiencia de Conciliación cinco días después es el de las tratativas colusorias. Descarta, por ejemplo, sin ningún apoyo racional la existencia de una conversación de índole personal, la coordinación de un trabajo, etc. Y destaca el hecho, a todas luces irrelevante, de que el Presidente Regional se encontraba de viaje en el día de las llamadas y, por tanto, en ese día no estaba en funciones.

ii. La sentencia subraya que “existen también 6 llamadas, del número 2222 vinculado con A&J al teléfono de Gerardo V.D., el día 9 de agosto de 2011 y una el 29 de agosto de 2011. Tampoco tienen justificación alguna, salvo que han servido para concertar ilícitamente, esta vez, el tema del pago a la empresa, ya que la conciliación ya se había producido” (p. 130). Pues bien, de nuevo aquí sufrimos las lagunas probatorias continuamente detectadas: no se sabe quién es el usuario del teléfono 2222 (aunque sí que es de titularidad de la Sra. Manuela V.R.), no se sabe el contenido de las conversaciones, etc. Pero de los distintos motivos que pudieran tener esas llamadas, la sentencia infiere de

nuevo, sin mayor apoyo probatorio, que sirvieron para concertar ilícitamente el pago de lo ya concertado. Pero ¿qué sentido tiene concertar ilícitamente un pago que el laudo arbitral ya ordena realizar?, ¿qué sentido tiene abordar una problemática ya solucionada?

- iii. Resulta especialmente interesante comparar el razonamiento de la misma sentencia sobre la acusación relativa al delito de asociación ilícita para delinquir, del que son absueltos los acusados. En esa parte de la sentencia, y sobre el valor probatorio de las mismas comunicaciones telefónicas entre acusados, se afirma que “lo que está probado es que efectivamente los funcionarios del GRT, los acusados /.../ se comunicaban telefónicamente entre sí; pero no está probado que dichas comunicaciones entre funcionarios tuvieran relación con el supuesto acuerdo para cometer delitos que según el Ministerio Público existió dentro del GRT. Las comunicaciones entre funcionarios públicos acusados y teléfonos que pertenecen a personas vinculadas a la empresa A&J tampoco tienen fuerza acreditativa suficiente como para sostener un caso de Asociación Ilícita para delinquir, es decir que dichas comunicaciones se relacionen con el desenvolvimiento de ésta y su vigencia” (p. 117).

No se justifica, sin embargo, como debiera hacerse, porqué esas mismas comunicaciones de contenido desconocido sí acreditan la comisión de un delito de colusión. La sentencia es en este punto

absolutamente contradictoria: las llamadas no sirven para probar la asociación ilícita, pero sí sirven para fundamentar la existencia del delito de colusión. Un mismo hecho (llamadas telefónicas) se utiliza como plataforma para absolver y rechazar una imputación (por asociación ilícita), pero al mismo tiempo para justificar una condena (por colusión).

- e) Está probado en el proceso que el Sr. Gerardo V.D. (Presidente del GRT) se interesó, mediante dos memorándums dirigidos a un funcionario gubernativo por el estado de pagos a A&J. Según la sentencia, la existencia de estos oficios demuestra el interés de Gerardo V.D. en los pagos a A&J. Y añade: “La defensa de la empresa A&J ha señalado que estos memorándums no significan un interés ilegal por parte de Gerardo V.D., porque de ser así no hubiera utilizado el conducto regular. Ello, a criterio de la Magistrada, no es cierto, por cuanto el hecho de que indague por escrito y mediante un memorándum no implica que no tenga un interés en el resultado de los pagos a A&J”. Sin duda, ello es cierto, pero tampoco implica que tenga un interés ilícito. Se produce aquí una presunción en contra del acusado, violando una vez más la presunción de inocencia. Es más, la propia sentencia relata que SUNAT había ordenado la retención de pagos a la empresa A&J, lo que da pie a una posible explicación alternativa y perfectamente lícita: el Presidente del GRT se interesó por la situación generada, ante un posible incumplimiento del Laudo Arbitral que disponía esos pagos.

f) Después de analizar con detalle la conducta de Gerardo V.D. (Presidente del GRT) y concluir que no puede explicarse de otra forma que por un interés de coludirse, la sentencia concluye: “Puesto que la colusión es un delito de encuentro y que el ‘defraudar’ se tiene que hacer mediando concertación con los interesados, esta Judicatura considera que existen indicios suficientes para establecer que la persona interesada con la que se coludió Gerardo V.D. es el acusado Javier R.V.” (p. 132). Para justificar lo anterior, la sentencia afirma: “el acusado Javier R.V., es el propietario de la empresa A&J Inversiones SAC. En la época de su declaración en sede fiscal, era dueño del 95% de las acciones y Presidente del Directorio. Ello lo convierte en una persona que tenía interés en que la entidad le pague la suma de 3.300,000 nuevos soles que se acordó en la conciliación” (p. 132). Este es, sin duda, el paso inferencial más importante de la sentencia, en el que se basa la condena al Sr. Javier R.V. y sin el cual la decisión judicial no tendría sentido. Y es, sin duda también, un paso inferencial manifiestamente infundado. Se han señalado ya en el epígrafe 2.2.d) de este trabajo las lagunas probatorias que una vez más atenazan a esta parte del razonamiento. Pero es que aún si de diera por asumido el interés del Sr. Javier R.V. en un supuesto acuerdo colusorio que beneficiara a la empresa A&J, de tener interés a estar probada la participación en la colusión hay una gran distancia. Es como si ser heredero del abuelo lo convirtiera a uno necesariamente en sospechoso de su homicidio, o, aún más, en culpable del homicidio por el hecho de

tener interés en la herencia; de igual forma el hecho de contratar un seguro de vida para la pareja (v. gr. esposa) que luego es víctima de un homicidio convertiría en sospechoso al marido y –en la lógica de la sentencia del expediente n° 89-2014– en culpable de homicidio.

El interés económico (o de otra índole), si se da, puede fundamentar una sospecha, pero en ningún caso por sí sólo puede fundamentar la condena: la sospecha no es prueba. La sospecha brinda una razón para investigar; pero no justifica una condena. Y, como ya se señaló, tampoco se descartó el posible interés de otras personas en la supuesta colusión.

g) También se aduce en la sentencia (p. 132) como indicio a favor de la implicación del Sr. Javier R.V. en la colusión que la Sra. Manuela V.R. (Gerente técnico de A&J), con quien mantenía una relación de amistad y era su persona de confianza, era titular de los teléfonos a través de los que se tuvieron las comunicaciones con los funcionarios del GRT y que ella misma participó en la Audiencia de Conciliación. Este punto merece también comentarios no poco importantes: 1) Es difícilmente conciliable que los actos de la Sra. Manuela V.R. constituyan un indicio de criminalidad contra el Sr. Javier R.V., aunque fuera persona de la confianza de éste último, si contemporáneamente la Sra. Manuela V.R. ni siquiera es acusada en el procedimiento por esos mismos actos; 2) los actos de la Sra. Manuel V.R. no pueden ser imputados racionalmente sin más al señor Javier R.V., sin que quebrante el principio del hecho

propio y la presunción de inocencia; 3) Manuela V.R. era gerente técnico de la empresa, lo que hace que no sea extraño que participara en la Conciliación y que tuviera interés en su resultado; y 4) que tuviera una amistad con Javier R.V. o que este fuera quien la invitara a trabajar en la empresa no implica en absoluto que ésta actuara por cuenta de aquél ni con su conocimiento o que haya recibido de él alguna instrucción en particular.

- h) Adicionalmente, se aporta como indicio de la participación del Sr. Javier R.V. en la supuesta colusión que el día de la Audiencia de Conciliación estaba en Lima. (p. 132). Pero, como ya ha sido señalado, no hay prueba alguna sobre qué hacía en Lima. Y desde luego de que estuviera en Lima no se infiere que se haya coludido ni que su presencia en Lima fuera necesaria en absoluto para coludirse.
- i) Más grave es, si cabe, la utilización, como indicio sobre la participación de Javier R.V. en la supuesta colusión, de las comunicaciones habidas entre el número 2222 y diversos de los acusados, funcionarios del GRT, así como con el presidente del Tribunal Arbitral. Ello podría ser un indicio a favor de la hipótesis acusatoria contra Javier R.V. si, y sólo si, estuviera acreditado que él era el usuario de ese teléfono (pero no hay prueba alguna que así lo acredite), o que siendo otra persona ésta actuara por cuenta y con conocimiento del Sr. Javier R.V. Sin embargo, no hay nada en el expediente y en la actuación de pruebas relatadas y resumidas por la

sentencia que den cuenta de lo anterior. Al contrario, puede sostenerse lo siguiente: 1) la titular del teléfono es Manuela V.R., no Javier R.V. ni A&J; 2) no se ha probado quién era el usuario del teléfono ni que éste fuera alguien distinto de la titular; 3) en absoluto hay ningún indicio que vincule dicho teléfono con Javier R.V.; 4) no se conoce el contenido de las comunicaciones; 5) no es impensable que las comunicaciones tuvieran que ver con aspectos técnicos de la obra en algunos casos y con el propio proceso arbitral o de conciliación en otros, o con el cobro de lo determinado por el laudo arbitral, en otros más. Todo ello, por cierto, sería totalmente lícito.

- j) También se considera en la sentencia un indicio de que existió una concertación ilegal que “algunos acusados y testigos (que estuvieron presentes en la Audiencia del 13 de julio de 2011) refirieron respecto a que se habían tomado acuerdos previos y/o conversado, léase concertado”. (p. 134). Pues bien, ninguno de los testigos citados menciona que hubiese concertación ni se infiere de lo declarado y reproducido en la sentencia. Por otro lado, es totalmente normal y lícito que las partes hubieran conversado previamente a la Audiencia, explorando las posibilidades de conciliar en la misma, lo que de ningún modo prueba la colusión. Y si la hubiera, no hay ningún testigo ni indicio que vincule al Sr. Javier R.V. con ella.
- k) La defensa de A&J alegó como contraindicio que la empresa presentó denuncia ante la Fiscalía el 28 de octubre de 2011 por

abuso de autoridad y rehusamiento de actos funcionales contra los Sres. Gerardo V.D. (Presidente del GRT) y Guilmer C.P. (funcionario del GRT) y una demanda civil en la misma fecha ante el Juzgado Civil de Tumbes, así como una demanda de ejecución del Laudo Arbitral el 9 de enero de 2014, relacionada con el impago de 850.517 soles. Al respecto, la sentencia valora que “[a] criterio de la Magistrada ello no constituye *un contraindicio fuerte* de que la concertación ilícita entre los acusados Gerardo V.D., Javier R.V. y Daniel C.S. no se haya producido. La concertación de los funcionarios con el interesado Javier R.V. se produjo, así como la defraudación. Las demandas y/o denuncias presentadas no prueban que no hubo colusión, sino simplemente que estaban reclamando que se concretice lo pactado ilícitamente /.../” (p. 139). De nuevo se evidencia aquí el sesgo cognitivo de carácter confirmatorio que caracteriza todo el razonamiento de la sentencia respecto de la concertación para coludirse y la participación del Sr. Javier R.V.: todo se interpreta como refuerzo de una hipótesis ya decidida y no se admite siquiera la posibilidad de que ciertos elementos tengan difícil encaje en la misma. Si la hipótesis de que se coludieron fuera correcta, es difícil de explicar que pocos meses después estén pleiteando, con denuncia penal de por medio, unos contra otros por el impago. De hecho, es difícil de encajar el impago. Hay aquí una petición de principio: se parte de que se coludieron, sin probarlo, y luego se hacen todos los ajustes a la hipótesis de la culpabilidad para ir encajando las contrapruebas.

- I) Analizando la conducta del Sr. Jorge V.A., gerente de A&J, y absuelto en el proceso, la Magistrada expone que “[p]or otro lado, existen 8 comunicaciones del teléfono 4444, cuyo titular es Jorge C.C., y que Jorge V.A. refirió que utilizaba en el año 2012, cuando declaró ante la Fiscalía, con el número que utilizaba Cesar G.H. [presidente del Tribunal Arbitral]. Sin embargo, el Fiscal no ha preguntado respecto a estas llamadas ni a César G.H. ni a Jorge V.A., por lo que existe duda respecto a su finalidad” (p. 148). Llama la atención que en este caso en que se conoce el usuario del teléfono no se considere que ello es indicio de algo, por no haber preguntado el Fiscal. En cambio, antes en la propia sentencia se ha considerado indicio de la colusión del Sr. Javier R.V. las comunicaciones desde teléfonos supuestamente “vinculados” a A&J de los que se desconoce quién es el usuario y sin que conste el contenido de las llamadas ni su finalidad. Un mismo hecho (llamadas telefónicas de contenido desconocido) sirve para absolver a un imputado (Jorge V.A.) pero al mismo tiempo sirve para condenar a otro (Javier R.V.).
- II) Finalmente, al valorar la conducta de Sr. César G.H. (Presidente del Tribunal Arbitral), la sentencia da por acreditadas 155 comunicaciones entre él y los números telefónicos que están a nombre de Sra. Manuela V.R. (que la sentencia dice genéricamente que “están relacionados con la empresa A&J”). Entre esas comunicaciones hay muchas realizadas antes del día de la Audiencia de Conciliación, mensajes de texto y llamadas el día de la Audiencia y

otras comunicaciones después de ese día. A juicio de la sentencia, “esas llamadas reflejan una relación con la empresa contratista y el dueño de ésta más allá de lo profesional, y dentro del contexto de complicidad con los coludidos” (p. 166-7). De nuevo aquí estamos ante inferencias al vacío basadas en afirmaciones sin ningún sustento probatorio, puesto que: 1) entre las comunicaciones hay mensajes de texto y no se ha aportado los contenidos de los mensajes; tampoco de las llamadas; 2) el Sr. Javier R.V. no es dueño de la empresa A&J; 3) no se justifica porqué esas comunicaciones demostrarían un trato más allá de lo profesional, cuando ha quedado acreditado que César G.H. había ya tenido relaciones profesionales previas con la empresa, que esas pudieron continuar y que en el contexto del arbitraje pueden entenderse muchas de las llamadas; y 4), en cualquier caso, no hay nada en esas llamadas y mensajes que las vincule al Sr. Javier R.V.

3. Conclusiones

Llegados a este punto del trabajo, estimo necesarias dos observaciones conclusivas en relación con dos puntos de la mayor importancia: el cumplimiento del estándar de prueba previsto para los procesos penales en el Perú y la posibilidad de revisión en sede de apelación de la valoración de la prueba realizada por el Juzgado de primera instancia.

3.1. La satisfacción del estándar de prueba para el proceso penal

El artículo 158 del Nuevo Código Procesal Penal peruano establece que

“[e]n la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”.

El artículo 393.2 del mismo código prevé que

“[e]l Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos”,

lo que a su vez debe entenderse en conjunción con el artículo 2 del Título Preliminar, según el cual

“[e]n caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

La lectura sistemática de los tres preceptos tiene dos consecuencias de la máxima importancia: 1) el sistema de valoración de la prueba asumido en Perú se aleja tanto de la prueba tasada como de la valoración fundada en el subjetivismo del juez, la conocida como “íntima convicción”. Así lo expresa Talavera Elguera, para quien el nuevo sistema “[i]mplica que en la valoración de la prueba el juez adquiere su convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas

y los hechos motivo de análisis”.²⁵ La decisión judicial, en materia de hechos, deberá estar justificada sobre la base de las pruebas aportadas al procedimiento y a través de criterios racionales de valoración. 2) La duda, entendida como duda razonable, debe beneficiar al imputado; o, en otros términos, sólo se derrotará la presunción de inocencia (art. 24.e de la Constitución peruana) cuando se disponga de prueba más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del acusado.²⁶

No es claro, sin embargo, cuáles sean las exigencias precisas que impone el estándar de prueba del más allá de toda duda razonable, de modo que la zona de vaguedad del estándar y la indeterminación respecto de si se alcanza o no su cumplimiento pone en duda incluso que merezca el nombre de estándar de prueba.²⁷ No es esta en todo caso la situación que enfrentamos en la sentencia aquí analizada: en mi opinión, respecto del delito de colusión agravada por el que se condena al acusado D. Javier R.V., nos encontramos ante una clarísima y manifiesta ausencia de prueba, tanto por la práctica inexistencia de prueba de cargo que le vincule directamente con el delito por el que es condenado, como por la debilidad e injustificación de las inferencias probatorias llevadas a cabo por la Sra. Jueza en su motivación (y que han sido analizadas en el epígrafe 2.3 de este trabajo).

3.2. El control de las inferencias probatorias

Es de particular importancia, para finalizar, asentar el alcance del problema de la debilidad de las inferencias probatorias contenidas en la sentencia respecto de la participación del Sr. Javier R.V. en el delito de colusión agravada.

Es de destacar la diferencia en la posibilidad de control en apelación de los distintos tipos de errores en el razonamiento probatorio. Así, como señalé al inicio del artículo, pueden distinguirse dos tipos de errores: 1) errores de percepción, que pueden aquejar a la valoración de la prueba del juez cuando comprendió deficientemente una declaración testifical, por ejemplo, o cuando no atendió a detalles relevantes en una inspección ocular, etc. Es muy discutido si este tipo de errores pueden ser corregidos en apelación, por cuanto el juez *ad quem* no tendría inmediación con las pruebas que han sido valoradas por el juez *a quo*,²⁸ sin embargo, como he señalado más arriba en la nota 12, la grabación de la práctica de la prueba realizada en audiencias orales posibilita perfectamente la revisión por tribunales superiores de gran parte de los errores de percepción del juzgador. 2) El segundo tipo de errores son los inferenciales. Estos no dependen de percepción alguna por parte del juez *a quo*, sino de deficiencias en el razonamiento que va de lo percibido, de los hechos base, a las conclusiones probatorias. Así, por ejemplo, puede observarse como no resulta en absoluto necesario haber estado presente en la práctica de la prueba para poder decir que es infundada la inferencia que va del hecho de que el Sr. Javier R.V. sea accionista mayoritario de A&J y apoderado especial de la misma a la conclusión de que él

²⁵ Vid. Talavera Elguera 2009: 110. También Gascón Abellán 2004: 159.

²⁶ Vid. Sentencia de la Segunda Sala Penal Transitoria en el RN N° 1632- 2005.

²⁷ Y tampoco que no caiga de nuevo en un modelo subjetivista, persuasivo, sobre la prueba. Puede verse, por todos, al respecto el análisis que realiza Laudan 2005 y Laudan 2013: 59 ss. También Ferrer Beltrán 2007: 144 ss.

²⁸ Vid., en este sentido, por todos, Herrera Abián 2006: 66 ss.

fue la persona que participó en la colusión por parte de A&J: esta conclusión no está soportada por las reglas de la lógica, ni de la ciencia ni de la experiencia. Lo mismo puede decirse del resto de inferencias probatorias realizadas en la sentencia y que pretenden dar sustento a la condena del Sr. Javier R.V. (así, por ejemplo, las inferencias obtenidas de las llamadas telefónicas de un celular “vinculado” a la empresa A&J). Es por ello que estimo que la única conclusión justificada a partir del acervo probatorio aportado al proceso y las pruebas actuadas en el juicio oral es la de la ausencia de prueba suficiente para acreditar su participación en el delito de colusión, por lo que hubiese correspondido concluir el proceso con su absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En definitiva, espero haber mostrado la viabilidad del control de las inferencias probatorias y la posibilidad de revisión en sede de recurso en ulteriores instancias sin que ello afecte en absoluto a la inmediación y menos aún a la oralidad del procedimiento. Es más, la garantía de la doble instancia y la protección del derecho a la prueba, a una decisión judicial justificada y a la presunción de inocencia requieren sin duda que se lleve a cabo ese control de forma minuciosa.

Bibliografía

- Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ 2005: “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)”, en Id.: *Los ‘hechos’ en la sentencia penal*, Fontamara, México DF.
- Marcela P. ARAYA NOVOA 2017: *Recurso de nulidad penal y control racional de la prueba. De la epistemología a la praxis*, Librotecnia, Santiago de Chile.
- Alberto Jorge BARREIRO 2003: “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación. (STC 167/2002)”, en *Jueces para la democracia*, 48.
- Piero CALAMANDREI 1973: *Instituciones de derecho procesal civil*, EJE, Buenos Aires.
- Rodrigo, CERDA 2003: *Etapas intermedia, juicio oral y recursos*, Librotecnia, Santiago de Chile.
- Andrés DE LA OLIVA 2002: “La sentencia”, en Andrés De la Oliva, Sara Aragonese, Rafael Hinojosa, Javier Muerza y José Antonio Tomé: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- Margarita DIGES 2016: *Testigos sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Trotta, Madrid.
- Mauricio DUCE, Claudio FUENTES y Cristián RIEGO 2009: “Los regímenes recursivos en los sistemas penales acusatorios en las Américas: Aspectos centrales”, Estudio preparado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Versión final de 31 de agosto de 2009. Última visita el 3 de abril de 2017: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/519.pdf>.
- Jordi FERRER BELTRÁN 2007: *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- Jordi FERRER BELTRÁN 2014: “La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil”, en Diego M. Papayannis (ed): *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid.
- Jordi FERRER BELTRÁN 2016: *Motivación y*

valoración de la prueba, Grijley, Lima.

- Marina GASCÓN ABELLÁN 2004: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

- Daniel GONZÁLEZ LAGIER 2005: *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Lima-Bogotá.

- Rosario HERRERA ABIÁN 2006: *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Comares, Granada.

- Rafael HERNÁNDEZ MARÍN 2013: *Razonamientos en la sentencia judicial*, Marcial Pons, Madrid.

- Juan IGARTUA 2009: *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra-Temis, Bogotá-Lima.

- Larry LAUDAN 2005: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, 28.

- Larry LAUDAN 2013: *Verdad, error y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid.

- Manuel MIRANDA ESTRAMPES 2012: *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista Editores, Lima.

- Jordi NIEVA FENOLL 2010: *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

- Massimo NOBILI 1974: *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano.

- Gabriel PÉREZ BARBERÁ y Hernán BOUVIER 2004: “Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre hechos en

las sentencias de los tribunales casatorios”, en *Nueva doctrina penal*, 2004/B.

- Karl R. POPPER 1974: *Unended Quest. An Intellectual Autobiography*, The Library of Living Philosophers. Citado por la traducción castellana de Carmen García Trevijano: *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, Tecnos, Madrid, 2002.

- Pablo TALAVERA ELGUERA 2009: *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de derecho probatorio y de valoración de las pruebas*, Academia de la Magistratura, Lima.

- Michele TARUFFO 2002: *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid.

- Michele TARUFFO 2010: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid.

- John Maynard KEYNES 1921: *A Treatise on Probability*, Macmillan & Co., London, cap. IV, p. 71 ss. Citado por la edición de Watchmaker Publishing, 2007.

- Stephen TOULMIN 2007: *The Uses of Argument*, edición actualizada, Cambridge University Press, Cambridge.

- Carmen VÁZQUEZ 2017: “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, nº 11.



Si su meta es mejorar su preparación académica o mejorar alguna área,
le invitamos a visitar el

CAMPUS VIRTUAL

del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica



Conozca la oferta académica en diferentes ramas de las ciencias jurídicas.
Acceda al campus y conozca:



• Programas Académicos

• Cursos Libres



Para mayor información, acceda a:

<http://www.campusvirtualabogados.cr/>



Somos su mejor opción de Actualización Jurídica Continua



PRUEBA PENAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

por Dr. Álvaro Burgos ¹

No se trata de frenar ni de obstaculizar su utilización, sino de asegurar que se realice con las suficientes garantías técnicas, procesales y de respeto a los derechos fundamentales que pudieran verse afectados.

Carlos María Romeo Casabona ²

Resumen: El presente artículo versa sobre la utilización de las nuevas técnicas aplicadas en el proceso penal que el Código Procesal Penal

de 1996-1998 no previó de forma expresa, sino que se vieron ampliadas por la práctica, otras leyes, los avances tecnológicos y científicos y la jurisprudencia. Los avances tecnológicos vienen a significar cambios constantes en la materia probatoria, por lo que esta rama del derecho debe tener la capacidad de responder y es debido a la propia abstracción de sus normas que lo ha logrado. Igualmente, el artículo versa sobre el Sistema automatizado de identificación dactilar como un avance tecnológico que se ha posicionado como un sistema esencial para el adecuado cumplimiento de la justicia pronta y cumplida. Por último, se aborda la jurisprudencia nacional, que ha venido a fortalecer la utilización de estos medios tecnológicos como garantes de un proceso idóneo.

Palabras Clave: Medios tecnológicos. Proceso Penal. Prueba Penal.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz y Doctor en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho; Máster en Psicología Forense del John Jay of Criminal Justice de la City University of New York, USA; Especialista y Máster en Ciencias Penales del SEP, UCR; Máster en Criminología de la UCI; Máster en Sociología Jurídico Penal de la U. de Barcelona, Bachiller en Ciencias Criminológicas de la UNED; Especialista en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa, Italia. Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José y Juez de Apelación de Sentencia Penal Juvenil.

² Laura Alejandra Cubillo Madrigal, «Archivo de Huellas Genéticas de Costa Rica; Consideraciones constitucionales, procesales y desde la óptica del derecho de protección de datos» (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2012), citando a Carlos María Romeo Casabona, sin más datos de referencia.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. —

2. SECCIÓN I: Tecnología y Proceso Penal

2.1. Código Procesal Penal 2.2. Otros cuerpos normativos. —

3. SECCIÓN II: Tecnología en pericias. 3.1

Sistema automatizado de identificación dactilar. —

4. SECCIÓN III: Aplicación de las tecnología en la jurisprudencia. —

5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo versa sobre las implicaciones de las tecnologías en el proceso penal, ya que estas surgen por el progreso de las sociedades y estados, por lo que el derecho, al ser una ciencia social, debe de dar respuesta a los acontecimientos sociales, lo que deriva en que este debe prever estos escenarios con anterioridad o modificarse para adaptarse a los cambios de la realidad social.

En un primer acercamiento, es necesario establecer la legislación procesal y en que etapas procesales es que se puede y debe utilizar los diversos mecanismos tecnológicos que faciliten el adecuado desarrollo del proceso penal. Igualmente, la utilización de los diversos mecanismos de protección y en favor de cuáles sujetos procedería la aplicación de estos.

En un segundo acercamiento, es necesario establecer las reformas y demás cuerpos normativos que fundamentan la aplicación de tecnologías, como por ejemplo la digitalización de los expedientes, los cuales pueden ser vistos desde distintas partes del país y del mundo, con la única condición de tener una cuenta autorizada para dicha gestión.

Por último, es necesario precisar cómo la jurisprudencia penal ha abordado la utilización de las nuevas tecnologías dentro del proceso penal, sobre su interpretación, validez y sobre la labor del operador jurídico, de dar su valoración, fundamentada en los casos en que se cuestione la prueba por el medio tecnológico en que fue aportada y los defectos de esto, como es el caso específico del Sistema automatizado de identificación dactilar, que se presenta como un avance tecnológico que se ha posicionado como un sistema esencial para el adecuado cumplimiento de la justicia pronta y cumplida, y los casos de declaraciones audiovisuales.

2. SECCIÓN I: Tecnología y Proceso penal

Las nuevas tecnologías han sido esenciales para cumplir el mandato constitucional del artículo 27 de la Carta Magna, el cual «garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución»³ en conjunto con el artículo 41 del mismo cuerpo normativo, al indicar que «Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las

³ República de Costa Rica, «Constitución Política, 1948», *Sinalevi*: art. 27, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871¶m1=NRTC&strTipM=TC

injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes»⁴ puesto que la tecnología ha llevado a que el proceso cumpla con los principios de celeridad y de economía procesal, buscando llevar una justicia cada vez más rápida y accesible.

Lo anterior, a su vez, es conforme con mandatos de derechos humanos, como lo es el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la necesidad y el derecho de las personas a una justicia dentro de un plazo razonable y al mismo tiempo obliga a los Estados a utilizar los medios idóneos para lograr este fin, como lo es el uso de medios tecnológicos. Dicha norma internacional establece puntualmente que:

Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.⁵

Es importante precisar que al hablar de tecnología se hace referencia a los medios e instrumentos utilizados en el procedimiento

jurídico que vienen a ayudar al adecuado desempeño de este, en función de la teleología del mismo.

Igualmente, la autora Inmaculada López-Barajas Perea en su artículo *Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos*, muy atinadamente analiza cómo debe utilizarse las nuevas tecnologías en el sistema español y la importancia de estas para la adecuada aplicación de la justicia pronta o dentro de un plazo razonable, ya que dice:

Además, el estado actual de la tecnología debería permitir dar una respuesta inmediata a estas solicitudes de intervención por parte de los jueces de guardia, una de cuyas funciones es, precisamente, actuar en dichas circunstancias, debiendo quedar limitada la excepción a los supuestos excepcionales expresamente previstos.⁶

Es evidente que la utilización de medios tecnológicos es necesaria para llevar una justicia pronta y cumplida, a la vez que es esencial para una investigación más rápida, eficaz y eficiente. Por este motivo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo sexto, primer párrafo, establece que no debe de existir distinción entre los documentos físicos y los archivos digitales, mientras estos sigan los estándares que preserven su seguridad, es decir, su autenticidad e integridad. Dicho artículo textualmente estipula:

Tendrán la validez y eficacia de un

⁴ República de Costa Rica, «Constitución Política, 1948», *Sinalevi*: art. 41, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871¶m1=NRTC&strTipM=TC

⁵ Organización de Estados Americanos. «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José), 1969» art. 8.1, consultado 28 de octubre, 2018, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁶ Inmaculada López-Barajas Perea, «Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, N.º 24 (2017): 70 consultado el 28 de octubre, 2018, <https://idp.uoc.edu/articles/10.7238/idp.v0i24.3084/galley/3225/download/>

documento físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales⁷

En conclusión, si las tecnologías facilitan el acceso a la justicia y que esta sea pronta, en atención a los principios de celeridad y economía procesal, estas deben emplearse ya que, primero, es obligación estatal y segundo, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial costarricense lo faculta, para que esta condición de la prueba no se impida alguno para su valoración.

2.1. Código Procesal Penal

En cuanto al código procesal penal, primero se debe precisar cuál es el fundamento normativo de la utilización de la tecnología en la aplicación del proceso. En primer lugar, en cuanto a la utilización de acciones del imputado o propiamente de éste como objeto de prueba, las tecnologías son sumamente utilizadas como medios para obtención de prueba, como lo estipula el artículo ochenta y ocho del Código Procesal Penal, que dice:

ARTICULO 88.- El imputado como objeto de prueba. Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para

constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles **intervenciones corporales**, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias. Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, **tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz**, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario. Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad.⁸

Este artículo establece la posibilidad de intervenciones corporales, las cuales son muy utilizadas, por ejemplo, en casos de tráfico de drogas, para detectar óvulos de droga en el organismo del sospechoso. Estos mecanismos inicialmente se aplicaban mediante técnicas prevalentemente empíricas, sin embargo, el

⁷ Asamblea Legislativa, «Nº 8 Ley Orgánica del Poder Judicial, 1937», *Sinalevi*: art. 6, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635&strTipM=TC

⁸ Asamblea Legislativa, «Nº 7594 Código Procesal Penal, 1996», *Sinalevi*: art. 88, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

avance de la tecnología ha llevado a utilizar modernos sistemas de ultrasonido, como una forma cada vez más eficiente en la detección de este tipo de productos y que no es invasiva para el ser humano.

Por otra parte, el estudio de las huellas dactilares ha evolucionado lo suficiente para tener un mecanismo como es el Sistema automatizado de identificación dactilar (AFIS) que, por su gran trascendencia, será abordado en secciones posteriores. Igualmente, en cuanto a los análisis de audio, constantemente se desarrollan actualizaciones al sistema de estudio y comparación de audios, lo que lleva a una mayor precisión en la evaluación de sonidos cuestionados.

Cabe resaltar que el estudio de audios no solamente se limita a estudios de voces humanas, sino que también comprende estudios de sonidos de fondo, incluso de animales u objetos. Sin embargo, esto es más utilizado en el campo de la investigación criminal, por ejemplo, en un caso comentado por el especialista en sonido forense, Licenciado Marco Herrera Charraun, en las Segundas Jornadas de Ciencias Forenses, efectuadas en el primer semestre del 2017, en un secuestro en donde el presunto secuestrador realizó una llamada a un tercero el cual grabó la misma, se utilizó el sonido de los tucanes que se lograron identificar en el fondo del audio para determinar la ubicación geográfica de las aves en el país. Dicha ubicación geográfica fue posible por un trabajo en conjunto por parte de especialistas en aves con el Organismo de Investigación Judicial, que gracias a su programa de reconocimiento logró esclarecer el audio lo suficiente para una adecuada identificación.

Por otro lado, la tecnología es esencial en la protección idónea y real de las víctimas y testigos que se encuentren bajo tutela declarada. Ya que esto es conforme a la Ley No. 7425, la cual modificó en gran medida el Código Procesal Penal, por ejemplo, el numeral 71, que señala:

Artículo 71.- Derechos y deberes de la víctima. Aunque no se haya constituido como querellante, la víctima tendrá los siguientes derechos dentro del proceso: (...) **b) Protección procesal:** Cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida o su integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, la **víctima tendrá derecho a que se reserven sus datos de identificación**, como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y que no consten en la documentación del proceso; (...). **Para asegurar su testimonio y proteger su vida, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles como la videoconferencia o cualquier otro medio similar**, que haga efectiva la protección acordada, tanto cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba como en juicio, en los términos y según el procedimiento regulado en los artículos 204 y 204 bis de este Código.⁹

En este sentido, los medios tecnológicos tienen como fin la protección procesal, por lo que no solamente se deben de limitar a videoconferencias, sino también podrían utilizarse medios como

⁹ Asamblea Legislativa, «N° 7594 Código Procesal Penal, 1996», *Sinalevi*: art. 71, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

los empleados en materia Penal Juvenil, bajo supuestos en que, debido a la magnitud de los hechos, lo amerite, siempre y cuando se respeten los derechos y garantías de las partes.

Como el mismo artículo indica, se debe correlacionar con el artículo 204 bis del Código Procesal Penal, específicamente el inciso 2, el cual versa sobre el contenido de la resolución de las medidas de protección, estableciéndose que «En ningún caso, la protección del testigo impedirá su interrogatorio, que podrá realizarse **mediante la utilización de los medios tecnológicos señalados y que permitan mantener ocultas o disimuladas las características físicas del declarante**, cuando ello se haya dispuesto al acordar la protección»¹⁰.

El artículo, al indicar los medios tecnológicos señalados, hace referencia a los establecidos en el ordinal 71 del Código Procesal Penal, norma que es *numerus apertus* ya que no se limita solo a la utilización de la videoconferencia.

Ahora bien, la utilización de medios tecnológicos también puede darse, siguiendo una línea legislativa similar a los artículos anteriores, en el anticipo jurisdiccional de prueba, estipulado en el artículo 293 del Código Procesal Penal, el cual establece una lista ejemplificante más amplia que los artículos anteriores, puesto que indica:

(...) Para la recepción del anticipo jurisdiccional de prueba, podrán utilizarse los **medios tecnológicos** de los cuales se disponga, como la **videoconferencia**, las **grabaciones**, los **circuitos cerrados de**

televisión, las **filmaciones** o cualquier otro medio, a fin de garantizar la pureza del acto y la vigencia de los principios de inmediación y oralidad propios del juicio, así como el derecho de defensa. Cuando la identidad del testigo o la **víctima se encuentre protegida**, se recibirá el anticipo, manteniendo reserva de sus datos de identificación y con el auxilio de los **medios tecnológicos disponibles o de cámaras especiales** que permitan mantener ocultas o disimuladas sus características físicas, según el alcance de la protección acordada por el juez.¹¹

Dicho artículo establece la vigencia de cualquier medio de audio o visual, o ambos, para el adecuado anticipo de la prueba, siempre que se respeten los principios de inmediación y de oralidad, mismos que, debido a su naturaleza no se verían comprometidos, y, a su vez, reafirma lo indicado en cuanto al tratamiento de las víctimas protegidas, según las normas *supra* indicadas. Sobre todo lo dicho, se reitera en el artículo 324 del Código Procesal Penal, sobre la preparación del juicio, en donde se indica que se pueden utilizar los «**medios tecnológicos necesarios**, todo ello sin perjuicio de lo que pueda resolverse sobre el tema en el curso del debate, **sin perjuicio de que se prescinda de su recepción** y se incorpore el anticipo jurisdiccional de prueba»¹². Por lo que, añadiendo a lo indicado, sí se cumple con los estándares de seguridad, de autenticidad y de integridad, y los principios de oralidad e

¹⁰ Asamblea Legislativa, «Nº 7594 Código Procesal Penal, 1996», *Sinalevi*: art. 204 bis, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

¹¹ Asamblea Legislativa, «Nº 7594 Código Procesal Penal, 1996», *Sinalevi*: art. 293, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

¹² Asamblea Legislativa, «Nº 7594 Código Procesal Penal, 1996», *Sinalevi*: art. 324, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

inmediación.

Como último punto de esta sección, es necesario indicar que la utilización de medios tecnológicos es esencial en el resguardo de las declaraciones de las personas menores de edad, ya que como lo dice el párrafo tercero del artículo 351 del Código Procesal Penal, el cual se refiere a los testigos en general, cuando se dé la comparecencia de dicha población el tribunal «tomará las medidas necesarias en atención a su interés superior y en aras de evitar o reducir la revictimización»¹³. Por lo que, para lograr efectivamente el cumplimiento de estas pautas y de los derechos en general de la persona menor de edad, el tribunal podrá recurrir a medios tecnológicos como «una sala especial, o con el uso de cámaras especiales o de los medios tecnológicos disponibles, que faciliten a la persona menor de edad el relato, sin el contacto con las partes, cuando ello sea recomendado».

Dicha cámara especial, para la recepción de las personas menores de edad, se denominan Cámaras de Gesell, las cuales son un «espacio conformado por dos habitaciones divididas por un vidrio especial que permite ver desde una de las habitaciones lo que sucede en la otra»¹⁴, por lo que la persona menor de edad declara por una parte del vidrio y los sujetos que no son requeridos lo ven y escuchan por el otro.

Cabe resaltar que la utilización de esta cámara especial, según lo ha dicho el Consejo Superior

del Poder Judicial, en la Sesión 71 del año 2014, artículo XLVII, se ha delimitado a «aquellas diligencias que vinculan fundamentalmente delitos sexuales y violencia doméstica, con personas víctimas y testigos, mayores o menores de edad»¹⁵. No obstante, se puede considerar la posibilidad de extender la utilización de cámaras de gesell a otras situaciones que lo ameriten, aunque no se encuentren referidas en el acuerdo del Consejo Superior.

Por último, la posibilidad de utilizar cualquier medio digital o tecnológico se encuentra consagrada en el principio de libertad probatoria estipulado en el artículo 182 del Código Procesal Penal, el cual indica que pueden «probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley»¹⁶. En otras palabras, la libertad probatoria se deriva del principio *pro libertate* y de autonomía de la voluntad, en el entendido de que se debe estipular prohibición expresa para no aceptarse, por lo que, sin importar el medio tecnológico utilizado, este debe admitirse sin mayor impedimento, con la salvedad de los principios procesales estipulados en los artículos analizados *supra*.

2.2. Otros cuerpos normativos.

En cuanto a otros cuerpos normativos que estipulen la aplicación de medios tecnológicos en el proceso penal, aparte del artículo mencionado

¹³ Asamblea Legislativa, «Nº 7594 Código Procesal Penal, 1996», Sinalevi: art. 351, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

¹⁴ Poder Judicial de la República de Costa Rica (s.f.) «¿Qué es una Cámara de Gesell», consultado el 28 de octubre, 2018, https://www.poder-judicial.go.cr/genero/index.php?option=com_phoca_download&view=category&download=1293:campana-camaras-de-gesell&id=149:camara-de-gesell

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Asamblea Legislativa, «Nº 7594 Código Procesal Penal, 1996», Sinalevi: art. 182, consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es importante mencionar la ya estudiada Ley No. 7425, denominada Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, del 9 de agosto de 1994.

La Ley No. 7425 establece una ampliación del «concepto de documentos privados a fin de permitir la intromisión lícita, por vía judicial, de la correspondencia epistolar entre los ciudadanos, incluso en aquellos casos cuando la misma es realizada mediante medios “telemáticos”, o por cualquier otro medio»¹⁷, lo cual viene a reafirmar el fin de la norma del artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ahora bien, el artículo 4 de la Ley No. 7425 establece un problema antinómico en cuanto a la trascendencia de la utilización de esta ley ya que «se establecen unos derechos al «intervenido» para que solicite la reconsideración de la medida (...), pero nada dice cuando terceros inocentes, que pueden ser afectados por la cobertura de la investigación, también pudieran tener un interés en limitar el acceso a su intimidad»¹⁸, lo cual se traduce en un problema que el derecho debe de prever, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho no se pueden violentar derechos de terceros en un investigación que ya en sí se cuestiona hasta donde se puede violentar las libertades del sospechoso.

Por otra parte, este avance en la utilización de las tecnologías ha facilitado la implementación de la Circular número 39 del año 2011 de la Corte Plena, de la sesión número 6 del mismo año,

celebrada el 7 de marzo, la cual versaba sobre la recepción de expedientes en formato digital, donde se «dispuso comunicarles que están en la obligación de recibir de las oficinas que trabajan en modalidad cero papeles los expedientes en formato digital»¹⁹. Por lo que, para poder lograr este fin, será obligación de la Dirección Ejecutiva el de dotar «los equipos que se requieran a las oficinas para la recepción y lectura de las señaladas carpetas; y el Departamento de Tecnología de Información suplirá los programas necesarios y capacitación para que la lectura de los documentos pueda realizarse adecuadamente»²⁰.

3. SECCIÓN II: Tecnología en pericias.

Como se ha mencionado de forma reiterada en la sección anterior, las pericias se encuentran en la vanguardia de las mejoras tecnológicas en el sistema penal costarricense y mundial, ya que al ser parte de las ciencias forenses y medicina legal, se ven beneficiadas por lo avances de la medicina y demás ciencias en general. En otras palabras, los avances en las ciencias forenses se derivan de estudios propios en el área forense, así como de estudios ajenos a esta que, después de otros estudios posteriores, se adaptan a las ciencias forenses.

Igualmente, el Sistema Biométrico denominado CODIS (AHG) es utilizado para el análisis de ADN no codificante, como método de identificación, lo cual siempre se encuentra en constante actualización. Asimismo, los

¹⁷ Alfredo Chirino Sánchez «Las tecnologías de la información y el proceso penal; Análisis de una crisis anunciada» *Revista de Ciencias Penales*, No. 14 (2012): 5.

¹⁸ *Ibíd.*, 5-6.

¹⁹ Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, «Sesión 06-2011: Circular número 39-2011, 7 de marzo, 2011» Consultado 28 de octubre, 2018, <https://ceropapel.poder-judicial.go.cr/index.php/politicas-ceropapel>

²⁰ *Ibíd.*

procedimientos de comparación de voz, de estudios grafoscópicos y de análisis de huellas digitales utilizan diversos sistemas que deben necesariamente ser actualizados con cada avance para lograr una justicia cumplida y real.

3.1. Sistema automatizado de identificación dactilar

En cuanto al Sistema automatizado de identificación dactilar, también conocido por sus siglas en inglés como AFIS (Automated Fingerprint Identification System), este se refiere a una base y banco de datos de huellas dactilares, el cual tiene la función de individualizar sujetos y de comparar huellas dubitadas durante las investigaciones penales. Por este motivo:

[S]e utiliza para almacenar, buscar y comparar huellas digitales, haciendo posible establecer la identidad exacta de una persona determinada, ya sea por estar relacionada con una investigación de tipo criminal como presunto responsable de un hecho delictivo, o bien, cuando lo que se pretende es individualizarla post mortem, por ejemplo en los casos en los que los cuerpos ingresan a la morgue judicial sin ser identificados.²¹

Ahora bien, en cuanto a la práctica, la Resolución número 516 del año 2015 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela, sede San Ramón, es esencial porque analiza de forma idónea la utilización de

huellas que ya han sido registradas en la base y banco de datos dactilares, que erróneamente habían sido excluidas por el tribunal sentenciador. El voto indica:

Explica que para el Tribunal de Juicio, el que las huellas halladas en el sitio del hecho hayan sido comparadas con otra que se encontraba en el archivo criminal por medio del sistema denominado AFIS, constituye un quebranto del debido proceso, pues esa huella anterior (la registrada en AFIS) fue producto de una causa que posteriormente fue archivada, de modo que –para el cuerpo juzgador– no era posible utilizarla en este proceso. Expresa que bases de datos como la ya aludida contienen información que debe ser protegida ante terceros, pero no ante las autoridades judiciales que investigan un delito. Así las cosas, considera que se ha excluido indebidamente prueba esencial.²²

Las huellas guardadas en el Sistema automatizado de identificación dactilar deben ser utilizadas, puesto que al ser registrada inicialmente en dicho sistema, se respetan los criterios de autenticidad, seguridad e integridad que exige tanto el Código Procesal Penal como en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que no existiría ningún agravio en la utilización de esta huella.

4. SECCIÓN III: Aplicación de las tecnologías en la jurisprudencia.

La jurisprudencia ha sido clara en admitir los

²¹ Laura Alejandra Cubillo Madrigal, «Archivo de Huellas Genéticas de Costa Rica; Consideraciones constitucionales, procesales y desde la óptica del derecho de protección de datos» (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2012), p. 149.

²² Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela San Ramón, «Recurso de apelación: Resolución número 516-2015; 13 de agosto, 2015 16:00 horas», expediente 11-001136-0065-PE, considerando primero.

medios de prueba que utilizan nuevas tecnologías en función de un acercamiento a la verdad real de los hechos y en concordancia con lo estipulado en los artículos y circulares referidos en la primer sección del presente artículo. El voto que analiza cómo se debe proceder con el Sistema automatizado de identificación dactilar es fundamental para su adecuado manejo desde la etapa preparatoria e intermedia del proceso penal, refiriéndose en la Resolución 00746-2014 del mismo Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela, sede San Ramón, que «Señalan que los oficiales judiciales no sabían de quién era la huella, por lo que se utilizó el sistema AFIS para identificar a la persona correspondiente. Añaden que no es posible adulterar el indicio, pues se conservaron íntegras las características lofoscópicas y morfológicas de éste»²³.

El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en la resolución número 681 del año 2018 ha indicado, en relación al constante avance de las tecnologías, cómo el derecho debe de responder adaptándose a ese desarrollo. La resolución en cuestión estipula:

El desarrollo de la tecnología ha ido permitiendo crear nuevas formas de registro de los actos jurídicos, siendo por ello que, además del medio escrito, los **registros magnéticos tienen plena validez dentro de nuestro sistema procesal**, siempre que se garantice su autenticidad, integridad y seguridad (art. 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En este caso, el

anticipo jurisdiccional de prueba es un acto irreproducible [sic] que debe realizarse con las mismas formalidades y garantías del debate, debiéndose dejar constancia no solo de su existencia y realización sino de su contenido, a fin de que, de ser necesario, pueda ser incorporado y reproducido en el debate.²⁴

Esta resolución sigue los parámetros indicados en la primera sección, que son la autenticidad, seguridad e integridad establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y siguiendo las formalidades del debate, así como los principios básicos del proceso en etapa de juicio, sean la oralidad e inmediatez. De la misma manera, la resolución es muy interesante, en tanto analiza qué sucede cuando la calidad de una prueba audiovisual no es la más favorable, puesto que:

En el presente asunto, si bien el registro audiovisual no presenta una calidad óptima, lo cierto es que a partir de su incorporación en el debate las partes y el tribunal se impusieron de su contenido, a tal punto que pudo llevarse a cabo, por parte del tribunal sentenciador, la transcripción de lo acontecido en dicha diligencia, sin que exista cuestionamiento alguno sobre el contenido de dicha transcripción.²⁵

En otras palabras, la utilización de medios tecnológicos no puede ser impugnada si no causa un agravio real que sustente el alegato de nulidad. Es decir, se trata como cualquier medio de prueba

²³ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela San Ramón, «Recurso de apelación: Resolución número 746 - 2014; 16 de diciembre, 2014 16:00 horas», expediente 05-000464-0068-PE, considerando primero.

²⁴ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, «Recurso de apelación: Resolución número 681 – 2018; 29 de mayo, 2018 15:35 horas», 13-002618-0063-PE (7), considerando cuarto.

²⁵ Ibid.

convencional, en el sentido que no se puede algar la nulidad por la nulidad misma. Sin embargo, sobre el posible contenido defectuoso de la prueba, es un aspecto que no corresponde a la validez, sino a la valoración de la prueba, correspondiéndole al propio órgano juzgador analizar si alguna cuestión en el contenido, como una mala imagen, pero un buen sonido, son causa suficiente para considerar la prueba como inidónea o, por el contrario, al conocerse las calidades del testigo y contar con un buen audio, esto no es condición suficiente para que sea cuestionada.

5. CONCLUSIONES.

La conclusión general del presente trabajo, deriva, como es lógico, de las conclusiones aportadas al final de cada una de las secciones que lo comprenden. La utilización de medios tecnológicos como medios de prueba no debe ser cuestionada, ya que conforme a las normas analizadas del Código Procesal Penal, existe libertad probatoria en nuestro proceso penal, de forma que cada parte puede utilizar el medio que desee, mientras no se encuentre prohibido. Por otra parte, los medios tecnológicos son indispensables para la protección efectiva de las víctimas y testigos, por ejemplo, mediante la utilización de la Cámara de Gesell, en donde se resguarda a la persona menor de edad de una revictimización, al mismo tiempo que se atienden principios de oralidad e inmediación, siguiendo criterios de seguridad, autenticidad e integridad de la prueba. Estos últimos términos son fundamentales para la adecuada utilización de los medios tecnológicos, ya que de no cumplirse con estos, se estarían violentando los parámetros legales imprescindibles para su aplicación.

De la misma forma, en cuanto las tecnologías empleadas por las ciencias forenses, estas deben estar actualizadas, ya que responden a criterios internacionales que buscan precisar con mayor rigurosidad elementos esenciales para garantizar la aplicación del derecho, de forma justa y cumplida, evitando arbitrariedades o errores que pueden llevar a un equívoco razonamiento judicial y jurisdiccional.

Asimismo, la jurisprudencia ha sido clara en cuanto a que la validez de las pruebas periciales que utilizan medios tecnológicos no se encuentra en cuestionamiento, salvo que se tenga conocimiento pleno de algún error, por lo que la apreciación del fondo de esta le corresponde al juzgador mediante la valoración de la prueba. Dicha valoración versa sobre el fondo de la prueba y no sobre la validez de esta, ya que mientras cumpla los estándares indicados, esta debe ser admitida e incorporada al proceso penal. Por último, el Doctor Chirino ha sostenido:

“El ordenamiento jurídico, y el Derecho Penal, particularmente, deben afrontar el reto informático con las mejores armas con las que cuentan, pero ante todo, teniendo en cuenta las garantías democráticas constituidas por el principio de legalidad criminal”.²⁶

Bibliografía

Asamblea Legislativa. «N° 7594 Código Procesal Penal, 1996». Sinalevi. Consultado 28 de octubre,

²⁶ Laura Alejandra Cubillo Madrigal, «Archivo de Huellas Genéticas de Costa Rica; Consideraciones constitucionales, procesales y desde la óptica del derecho de protección de datos» (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2012), 1. Citando a Alfredo Chirino sin más datos de referencia.

2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

Asamblea Legislativa. «Nº8 Ley Orgánica del Poder Judicial, 1937». *Sinalevi*. Consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635&strTipM=TC

Chirino Sánchez, Alfredo. «Las tecnologías de la información y el proceso penal; Análisis de una crisis anunciada» *Revista de Ciencias Penales*, No. 14, 2012.

Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia. «Sesión 06-2011: Circular número 39-2011, 7 de marzo, 2011». Consultado 28 de octubre, 2018, <https://ceropapel.poder-judicial.go.cr/index.php/politicas-ceropapel>

Cubillo Madrigal, Laura Alejandra. «Archivo de Huellas Genéticas de Costa Rica; Consideraciones constitucionales, procesales y desde la óptica del derecho de protección de datos». Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2012.

Inmaculada López-Barajas Perea, «Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, Nº. 24 (2017). Consultado el 28 de octubre, 2018, <https://idp.uoc.edu/articles/10.7238/idp.v0i24.3084/galley/3225/download/>

Organización de Estados Americanos. «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José), 1969». Consultado 28 de octubre, 2018, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre

derechos_humanos.htm

Poder Judicial de la República de Costa Rica (s.f.) «¿Qué es una Cámara de Gesell». Consultado el 28 de octubre, 2018, https://www.poder-judicial.go.cr/genero/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=1293:campana-camaras-de-gesell&id=149:camara-de-gesell

República de Costa Rica. «Constitución Política, 1948». *Sinalevi*. Consultado 28 de octubre, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871¶m1=NRTC&strTipM=TC

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. «Recurso de apelación: Resolución número 681 – 2018; 29 de mayo, 2018 15:35 horas». Expediente 13-002618-0063-PE (7).

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela San Ramón. «Recurso de apelación: Resolución número 516-2015; 13 de agosto, 2015 16:00 horas». Expediente 11-001136-0065-PE.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela San Ramón. «Recurso de apelación: Resolución número 746 - 2014; 16 de diciembre, 2014 16:00 horas». Expediente 05-000464-0068-PE.

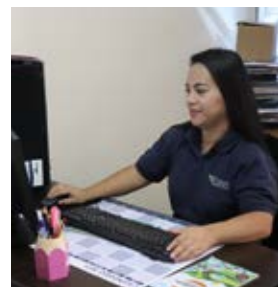


Consulte en la Oficina de Seguridad Social y Aseguramiento del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica sobre:

1 El Régimen de Seguridad Básico del Colegio: infórmese sobre Trámites y reclamos por fallecimiento, incapacidad total y permanente, retiro de fondo acumulado, gastos médicos y otros.

2 El Régimen de Seguridad Social Voluntarios: permítanos apoyarle en los trámites de aseguramiento, indemnizaciones y más de los Seguros Colectivos de Afiliación Voluntaria:

- INS-MEDICAL Regional (\$200.000,00)
- INS-MEDICAL Internacional (\$2.000.000,00)
- INS-MEDICAL Grandes Deducibles (\$ 2.000.000,00)
- Vida Universal Colectiva VUC-001 (vida + ahorro) hasta ¢20 millones
- Colectiva de vida tradicional del INS hasta ¢60 millones
- Seguro grupal responsabilidad civil profesional abogados/as de ¢5 a ¢100 millones.



Déjenos también asesorarle en todo lo referente a:

- ✓ Seguro voluntario de automóviles, riesgos del trabajo, viajeros, incendio hogar o empresa.
- ✓ Pólizas de vida y gastos médicos individual, colectiva, empresarial o para organizaciones.
- ✓ Otros seguros del INS para empresas, organizaciones y personas vinculadas a los agremiados/as (sus clientes).

Conozca más sobre nuestros servicios en:
www.abogados.or.cr/servicio-agremiados/



Horario:
de lunes a viernes:
de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.
Jornada continúa



**Estándares probatorios (¿diferenciados?) en delitos contra las mujeres.
Apuntes sobre la construcción de un proceso penal con perspectiva de género**

*por Jeffrey José Mora Sánchez**

Resumen: El artículo atiende la problemática que envuelve el tratamiento penal de la violencia contra las mujeres. Se intenta presentar la génesis del fenómeno y delimitar conceptualmente algunos términos imprescindibles para la construcción adecuada de la noción de violencia de género.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España; Postgrado en Ética Pública, Transparencia y Anticorrupción por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina; Especialista en Justicia Constitucional por la Università di Pisa, Italia; Especialista en Crímenes Transnacionales y Corrupción por la Universidad de Salamanca, España; Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Latina de Costa Rica; cursa actualmente el Máster en Razonamiento Probatorio en la Universitat de Girona, España, y la Universidad de Génova, Italia. Miembro de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Asociación Pensamiento Penal (Argentina). Además, ha sido miembro de la Comisión de Derecho Penal, la Comisión de Abogados Recién Incorporados y de la Comisión de Derecho a la Salud del Colegio de Abogados de Costa Rica. Profesor de los cursos de Derecho Penal Especial y Derecho Penal General en la Universidad Autónoma de Centro América y docente del Colegio de Abogados de Costa Rica. Entre sus publicaciones destacan: “*El delito de legitimación de capitales*” (2013), “*Prisión preventiva y control de convencionalidad*” (2015), “*Mecanismos electrónicos de seguimiento. ¿Entre el panóptico y la prisión electrónica?*” (2017), así como múltiples artículos en diarios y revistas nacionales y extranjeras. Actualmente ejerce como Juez Penal de la República de Costa Rica.

Posteriormente, se analizan los límites del derecho penal como agente correctivo de los estereotipos que apuntalan la comisión de delitos relacionados con violencia de género, para luego tomar posición sobre la conveniencia de establecer un umbral probatorio diferenciado para estos tipos delictivos y examinar si resulta posible la configuración de un estándar de prueba preciso y objetivo o, en su lugar, decantarse por la elaboración de modelos de valoración que permitan un abordaje de la prueba, principalmente de la declaración de la víctima-testigo, con soporte en una estructura inferencial sólida e intersubjetivamente controlable.

Palabras clave: Violencia de género, impunidad, garantismo, estándar de prueba, testimonio.

Abstract: The article addresses the problem that involves the criminal treatment of violence against women. We try to present the genesis of the phenomenon and conceptually delimit some essential terms for the adequate construction of the

notion of gender violence. Subsequently, the limits of criminal law are analyzed as a corrective agent of the stereotypes that underpin the commission of crimes related to gender violence, to then take a position on the convenience of establishing a differentiated standard of proof for these types of crimes and examine whether the configuration of an accurate and objective test standard or, instead, or for the development of assessment models that allow an approach to the test, mainly the victim-witness statement, with support in a solid and intersubjectivity inferential structure controllable.

Keywords: Gender violence, impunity, guarantee, standard of proof, testimony.

Sumario: I. Introducción. II. Violencia estructural contra las mujeres. i. ¿De qué hablamos cuando hablamos de violencia de género? ii. Posibles sentidos de la noción *violencia de género*. III. ¿Qué debe (puede) hacer el derecho penal? i. Impunidad versus garantismo: ¿un falso dilema? ii. ¿Umbrales probatorios diferenciados? iii. ¿Es posible establecer un estándar probatorio preciso y objetivo? IV. La valoración de la declaración de la víctima-testigo. i. Valoraciones que incurren en la falacia de *petiti principii*. ii. Definición pretoriana de un “estándar” probatorio diferenciado. iii. Relativización del principio de presunción de inocencia. iv. Utilización de proposiciones sociales. v. Concepción mística de la intermediación. vi. Conductismo y prueba testifical. V. Conclusiones. VI. Bibliografía consultada.

I. Introducción

Latinoamérica es una región de profunda y endémica desigualdad, el desequilibrio es palpable en todos los ámbitos de la vida en sociedad. Sin que se concierten las razones de esta particular situación, todo apunta a la consolidación de un esquema de dependencia con relación a los países capitalistas originarios (Cardoso & Faletto, 1973, p. 24), como causa última de nuestro devenir histórico. Pero al margen de esos complejos procesos de índole esencialmente económica, aunque íntimamente vinculado, el tránsito de progresión sociocultural presenta ciertamente ambivalencia. Mientras que el anhelo por alcanzar el paradigma del éxito capitalista se instala férreamente, consolidándose sociedades con ínfulas de modernidad, coexisten en estas rasgos del más ferviente conservadurismo, en álgidos temas, relacionados, por ejemplo, con el modelo de familia y la institucionalidad religiosa. Se ha construido así un entramado de marcado perfil patriarcal y colmado de fobias sociales (xenofobia, aporofobia, homofobia, etc.) que no se condice con nuestro origen pluricultural y mestizo.

Esa singular dualidad ascenso/anclaje, deja sin duda cierta sensación de *déjà vu* colonial, que representa la concurrencia de dos fenómenos que desembocan en el mismo cauce de exclusión, que solamente sirve para atiborrar las prisiones y las *favelas*. El presente texto pretende ocuparse únicamente de una de las aristas de este bucle de disparidad que encarna el subcontinente latinoamericano: la violencia machista.

El machismo encubierto, que *Eco* denominara como un *resto de la herencia fascista* (2017,

p. 199), es el ejemplo por antonomasia de la instauración del binomio indicado en el párrafo anterior, de manera que, mientras el modelo económico impulsa la cosificación de las mujeres, lo que deviene en su jibarización a un mero bien de consumo, el sistema social recepta sin mayor perturbación ese constructo, que se incardina a la perfección con los “valores” sociales abocados a la prominencia del hombre en todas las esferas de la vida pública y privada.

No cabe duda de que se ha avanzado, formalmente, hacia la construcción de una sociedad plural e igualitaria, mediante la promulgación de leyes¹ y la suscripción de una ingente cantidad de tratados e instrumentos internacionales que tutelan los derechos de las mujeres y condenan la violencia de género². Tampoco puede obviarse que los discursos políticos y las resoluciones judiciales se engalanan con tales cuerpos de normas, otorgándoles a esos actos la indulgencia legal, constitucional y convencional que requieren, pero prescindiendo de su contenido. Mas aún, en el propio imaginario colectivo, suele idealizarse la existencia de sociedades comprometidas con los derechos humanos, pero con las licencias que

se articulan con los “valores” y la “familia”, por citar algunos, conceptos tan vacuos y permeables que han autorizado las mayores atrocidades en la historia reciente³.

Quizá puede parecer excesiva la concepción del machismo encubierto como un rasgo fascista⁴, sin embargo, la magnitud del problema no es menor. Cotidianamente participamos de un entorno hostil para las mujeres, difuminándose la percepción real de la violencia en ese ambiente normalizador. Así, las burlas ofensivas pasan por folklor popular, los actos de acoso se mimetizan como simples halagos, el sufrimiento se trivializa y los golpes y el abuso se justifican.

Si bien este tipo de conductas reprobables, como se ha indicado, han derivado en una oleada de regulaciones de toda índole, no han provocado más que una *protección de papel y una dignidad de tinta*, como señalara con agudeza Galeano (2004, p. 59), lo que se acredita con los estables índices de violencia contra las mujeres. Los motivos de este suceso pueden derivar al menos de dos factores. En primer lugar, el recargo en regulaciones de tipo sancionatorio, pues, al tratarse de una respuesta reactiva, es decir, una vez que la transgresión se

¹ En el caso costarricense, de particular importancia resulta la Ley contra la Violencia Doméstica (1996) y la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer (2007).

² En Costa Rica, por ejemplo, se han suscrito los siguientes convenios internacionales: Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1951); Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (1951); Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1954); Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (1981); Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993); Convención Belem do Pará -Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer- (1994) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999). En: <https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/soy-especialista-y-busco/normativa/normativa-internacional/>. Consultado: 04 de septiembre de 2018.

³ Ya en los albores del nacionalsocialismo alemán, *Dahm y Schaffstein* adelantaban que la *exigencia de un nuevo orden del poder estatal (...) debe necesariamente conducir como consecuencia al deseo de un nuevo curso evolutivo del derecho penal que sin ser reaccionario ni antisocial, se asiente el primado incondicional de la Nación y de los valores tradicionales en ella corporizados frente a los intereses del individuo* (2011, p. 90), siendo por todos conocido como concluyeron tales desvarios. La tensión que se genera entre diversas concepciones de los derechos humanos, permite observar, por un lado, aquellas de orden hegemónico, que tienden a *reproducir el (des) orden social capitalista, colonialista y sexista que domina nuestro tiempo*, y, por otro, las posturas contrahegemónicas, las cuáles presentan un afán disruptivo del orden establecido, tendiente a la consecución de sociedades igualitarias (De Sousa Santos, 2014, p. 11).

⁴ La referencia al fascismo social, ligado a la igualdad formal ante la ley, considerada como una “burla cruel”, se encuentra también en: De Sousa Santos, 2014, p. 70.

ha configurado, corto es el alcance que pueden tener para evitar futuras infracciones. En segundo lugar, la ausencia de políticas públicas destinadas a abordar el problema estructural de la violencia contra las mujeres, de forma transversal e integral, atacando sus cimientos⁵.

Dentro del primer rubro expuesto, varios factores adicionales pueden incidir en la inocuidad de las medidas tomadas. Por un lado, la mercantilización mediática del producto-delincuencia en asuntos de violencia contra las mujeres, indudablemente atiza la presión sobre los operadores jurídicos para la determinación de condenas contra los presuntos infractores. Los medios de comunicación masiva no suelen limitarse a informar sino que sugieren y reclaman una específica respuesta del aparato punitivo del Estado, que no acostumbra a ser otra que la inmediata prisión del imputado, sin reparar en las circunstancias concretas del caso que, lógicamente, solo son conocidas en profundidad por las partes del proceso. Este indeseable apremio sitúa a los jueces en una posición muy complicada y podría acrecentar la posibilidad de arribar a soluciones sub óptimas, que atentan con defenestrar el proceso penal, en perjuicio tanto de las personas imputadas como de las propias víctimas directas de las transgresiones.

Por otra parte, la instalación de un discurso demagógico que presenta la represión como la

⁵ Si bien, en los últimos años en Costa Rica se han creado diversos órganos y promulgado normas relacionadas también con el acompañamiento de las mujeres víctimas de delitos, la utilización del lenguaje inclusivo, el rechazo al acoso laboral y en ámbitos educativos e incluso con la atención de las personas agresoras, por ejemplo, mediante la Ley 9063, de “Atención psicológica a personas agresoras insertas en procesos de todo tipo de violencia”, siendo esta última muy poco conocida y aplicada, no parece ser esta la primera línea de combate ante la violencia machista. Quizá es ahí donde se encuentra el problema para la corrección de las causas subyacentes de este tipo de violencia.

pomada canaria de todos los problemas que aquejan a la sociedad, como *prima ratio* para la estabilización del sistema, también encubre la atribución de una capacidad resolutoria casi mística a las normas penales, con lo que se dejan de lado las verdaderas causas de la violencia contra las mujeres, mucho más profundas y complejas de tratar que con la simple emisión de leyes, que se acompañan, luego, de la desazón generalizada ante su manifiesta inutilidad. Y, finalmente, la consolidación pretoriana de un estándar diferenciado para la valoración de la prueba en los procesos penal relativos a violencia contra las mujeres, tendiente a la deflación de las garantías que le asisten al presunto infractor, sumado a la construcción de un concepto de víctima distorsionado, que se olvida del damnificado de carne y hueso y se afina como caballo de batalla del rigor punitivo estatal.

Así, en los procesos penales se corre el riesgo de caer en una serie de sesgos, con efectos antagónicos, pero igualmente funestos para el objetivo de alcanzar la verdad de los hechos⁶. Por un lado, el conocido heurístico del anclaje y ajuste, puede provocar un *sesgo de perseverancia en la creencia* y un *sesgo de confirmación*, en la medida en que ciertos usos normativos de los estereotipos de género están severamente arraigados y pueden causar, por ejemplo, que se justifiquen ciertas conductas violentas que han sido normalizadas socialmente. En contraposición, relacionado con el heurístico de la necesidad de justificación de la decisión, se encuentra el llamado *sesgo de la presión social*, que podría causar que una decisión

⁶ En la presente investigación, asumo como presupuesto básico la teoría de la verdad como correspondencia, siendo ingente la bibliografía sobre el tema. Particularmente puede revisarse: Ferrer Beltrán, 2005, 2007; González Lagier, 2013; Taruffo, 2009, 2010. En sentido contrario, otorgando prevalencia al convencimiento judicial: Picó i Junoy, 2011.

se vea plegada por la mencionada expansión del derecho penal y su correlativo clamor por el castigo⁷. Una faceta furtiva y otra populista.

En las siguientes líneas se intentará esbozar algunos aspectos que se estiman imprescindibles para construir un proceso penal que supere estereotipos y misticismos, posibilitando con ello un cambio estructural del sistema de justicia. Considerando las condiciones de violencia a las que se enfrentan las mujeres, se estudiará la viabilidad y conveniencia de establecer un estándar probatorio diferenciado en los procesos penales que conozcan delitos de violencia de género y la necesidad de precisión conceptual de algunos criterios de valoración del testimonio de la víctima-testigo, dado su especial trascendencia en esta clase de procesos, como mecanismo para brindar mayor racionalidad a las decisiones judiciales, todo ello en procura de instaurar, desde una perspectiva realista, el máximo nivel de eficacia del proceso penal, como dispositivo estabilizador de la conflictividad social, sin sacrificar el equilibrio con las garantías elementales que este debe incorporar en un Estado de Derecho.

II. Violencia estructural contra las mujeres

Desde 1841, con la emisión y vigencia del Código General del Estado de Costa Rica, conocido como Código de Carrillo, expresamente se autorizaba a los maridos a reprender, amonestar y someter a *moderados castigos domésticos* a sus esposas, equiparándose esa conducta a la sanción paterna sobre los hijos. Aunque también

se establecieron vías para que las mujeres demandaran a sus cónyuges si estos incurrieran en conductas que pudiesen reputarse excesivas o crueles (Rodríguez Sáenz, 2004, p. 301)⁸, es claro que, en cualquier caso, se prohibaba desde ese entonces un reforzamiento de la disparidad de los roles asignados al matrimonio.

El dato histórico tiene relevancia, en tanto permite observar cómo las percepciones sobre la violencia contra las mujeres se han construido y transformado a lo largo del tiempo, mostrándose una tendencia social y estatal a legitimarla y sancionarla a la vez (Rodríguez Sáenz, 2004, pp. 293–294). En la actualidad, de acuerdo con los datos recabados por el Observatorio de Violencia de Género contra las Mujeres y Acceso a la Justicia del Poder Judicial de Costa Rica, en cierta tipología delictual se mantiene una sustancial asimetría entre hombres y mujeres.

Durante el año 2017, del total de 9436 casos que ingresaron al Ministerio Público por delitos relativos a la tutela de la indemnidad sexual⁹, solamente 1196 fueron en apariencia perpetrados contra hombres, mientras que 8240 tuvieron como presuntas víctimas a mujeres¹⁰, es decir, más del 87 por ciento del total de las denuncias recibidas. Además, en ese mismo periodo y por los mismos

⁸ El artículo 447 del Código General de 1841 señalaba que *es aplicable a la autoridad de los maridos respecto a sus mujeres, cuando estas incurran en las faltas de que allí se trata* (la gramática y ortografía coincide con el texto original).

⁹ Abuso sexual contra persona menor de edad e incapaces, violación simple y calificada, abuso sexual contra mayor de edad, tenencia, difusión, fabricación, producción o reproducción de pornografía, seducción o encuentros con menores por medios electrónicos, proxenetismo simple y agravado, actos sexuales remunerados o no remunerados con personas menores de edad, trata de personas, rapto propio e impropio, corrupción de una persona menor de edad e incapaz y rufianería.

¹⁰ En: <https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/soy-especialista-y-busco/normativa/normativa-internacional/>. Consultado: 05 de septiembre de 2018.

⁷ Un análisis sobre el sistema de heurísticos y sesgos puede verse en: Nieva Fenoll, 2010, pp. 120–128.

delitos, fueron imputados 5719 hombres y solamente 386 mujeres, o sea, más de un 93 por ciento de los acusados fueron hombres. Asimismo, desde que entró en vigor la Ley de penalización de la violencia contra las mujeres (en adelante LPVM) en el año 2007, hasta el 2017, ingresaron a las Fiscalías del país 177177 casos por delitos tipificados en dicho cuerpo normativo¹¹.

Estas referencias permiten colegir, al menos, que existe una mayor afectación de las mujeres con relación a ciertas conductas desviadas y que esa anomalía no es casual ni azarosa, sino que se encuentra a tono con una estructura patriarcal que le ha brindado un andamiaje propicio para su reproducción y consolidación.

No obstante, aunque parezca razonable arribar a tales conclusiones, no se sigue de allí cuál debe ser la respuesta del Estado ante la presencia de una estructura que potencia la violencia contra las mujeres. Como ha señalado Poggi, los estudios jurídicos de género son fundamentalmente estudios ideológicos que tienden a denunciar, desde la perspectiva marxista de falsas representaciones de la realidad, ciertas ideologías que presentan tal característica y, a su vez, adelantan una política disruptiva o de reforma que, no obstante, suele adolecer de una inadecuada demarcación y escasa claridad en las nociones que se emplean (2018).

Por este motivo, se ha cuestionado si la noción de violencia de género tiene alguna utilidad práctica para el derecho o si, por el

contrario, solamente es un concepto vacío con mera trascendencia lingüístico-efectista, dada su creciente utilización en todo tipo de disciplinas y su incorporación a un cada vez más amplio bagaje de leyes y convenios internacionales. Surge entonces la necesidad de dotar de alguna precisión a ciertos conceptos básicos para el análisis del tema, como lo son género, estereotipo y violencia, así como visibilizar sus posibles relaciones, todo lo cual será vital para delinear cuál debe y puede ser la respuesta que, desde el derecho penal, se brinde al problema, de lo cual me ocuparé en el siguiente apartado¹².

i. ¿De qué hablamos cuando hablamos de violencia de género?

El concepto de *género* se vuelve habitual a partir de los movimientos feministas de la década de los sesentas, presentándose como una oposición paradigmática a la idea de sexo, siendo que, mientras que este último se circunscribe a una noción eminentemente biológica, el primero expresa un sentido cultural, histórico y social, atinente, básicamente, a un conjunto de estereotipos asociados con el parecer de sexo masculino o femenino. Por su parte, por *estereotipo* puede entenderse a un conjunto de creencias, expectativas y prejuicios sobre los roles, actitudes, tendencias y gustos, de quienes pertenecen a un grupo, por el solo hecho de pertenecer a este.

Ahora bien, pese a que, frecuentemente, al hablar de un estereotipo se evoca un sentido negativo (Taruffo, 2010, p. 74), lo cierto es que muchos de estos pueden corresponder con aspectos verdaderos, dependiendo de si tienen

¹¹ Los delitos que recibieron más denuncias, durante el periodo 2007-2015, fueron: Incumplimiento de una medida de protección (31.10%), Maltrato (28.96%), Amenazas contra una mujer (violencia psicológica) (17.86%), Ofensas a la dignidad (10.81%) y Violencia emocional (6.73%). En: <https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/soy-especialista-y-busco/normativa/normativa-internacional/> Consultado: 14 de septiembre de 2018.

¹² Para lo que sigue se utilizará fundamentalmente el excepcional abordaje sobre violencia de género expuesto en: Poggi, 2018.

o no una base estadística, de forma que, si no cuenta con ese fundamento, el estereotipo no puede estimarse verídico, pero incluso si lo tiene, solamente implicaría que la característica atribuida sea más probable, nunca extensible a todos los miembros del grupo y ni siquiera a la mayor parte de estos. No obstante, normalmente los estereotipos se apoyan en generalizaciones estadísticamente febles (Taruffo, 2010, pp. 73–78)¹³.

Se han precisado dos usos de los estereotipos, en términos generales, posean o no base estadística. En primer lugar un *uso predictivo*, que implica la formulación de previsiones, creencias y expectativas sobre otras personas, de manera que, si se trata de un estereotipo con base estadística, cumplirá una relevante función epistémica¹⁴. En contraposición, se habla de un *uso normativo* del estereotipo cuando se utiliza para imponer o exigir de otros el ajuste a ese constructo, o bien, para evaluar como justa y correcta la adherencia

¹³ Dentro del ámbito de las *narratives* y el *story-telling*, Taruffo, citando a *Twining* y a *Schauer*, afirma que la construcción de una narración siempre es cultural, en la medida en que la historia que se relata está influida por el *stock of knowledge* de la cultura que se trate. Los ingredientes de ese aglomerado de conocimientos, prejuicios, tramas (*scripts*), estereotipos y perfiles, que conforman la cultura, se presentan de forma desordenada, como una sopa, de donde pueden derivar generalizaciones “espurias”, sin base empírica, que se formulan “*en tertulias junto a la chimenea*” (2010, pp. 72–82; 238).

¹⁴ Por ejemplo, si se logra determinar que del total de las ventas de automóviles en Costa Rica en los últimos cinco años, el noventa por ciento de los vehículos de doble tracción fueron vendidos a hombres, la afirmación de que los hombres prefieren conducir ese tipo de autos, mientras que las mujeres muestran una inclinación hacia los automotores con tracción sencilla, determinaría una creencia sobre los gustos de ambos géneros que, sin embargo, sería verdadera y podría ser útil para delinear estrategias de mercado. Otro ejemplo interesante proviene de los estudios que, desde la psicología del testimonio, destacan que los hombres tienen un mejor rendimiento que las mujeres al identificar sospechosos de comisión de delitos violentos, aunque tales estudios no son concluyentes (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 56). Los datos señalados podrían ser relevantes a la hora de evaluar la fiabilidad de un reconocimiento en rueda de personas.

al estereotipo y como indebida y errónea su no adscripción¹⁵.

Por otra parte, los problemas para establecer un concepto preciso de género, no solamente radican en las dificultades para determinar cuáles aspectos son propios del sexo y cuáles del género, cuestión ya de por sí ardua, sino que dependen de la actitud que se disponga hacia el género¹⁶.

La noción de *violencia* no presenta menores dificultades, pese a su innegable connotación emotiva desfavorable, transmitiendo un juicio de valor negativo con respecto a aquello que se le atribuya la calidad de violento¹⁷. Así, se han identificado al menos cuatro acepciones de la violencia:

- a. El *concepto restringido*, que se circunscribe al ejercicio de la violencia física.
- b. El *concepto restringido intermedio*, que equipara la violencia física con las amenazas, como dos formas alternativas de perpetrar un delito.
- c. La *noción discreta*, que añade a las dos formas anteriores la violencia verbal.
- d. La *noción amplia*, en donde se incluye la violencia física, psicológica (verbal) y económica.

¹⁵ Poggi ofrece como ejemplo del uso normativo de un estereotipo la afirmación de que el color rosado debe gustarle a las niñas y no a los niños (2018). De allí se sigue la renuencia de los padres a comprar ropa rosada a sus hijos varones o el esperar a conocer el sexo del bebé para pintar su futura habitación, cuando esto tendría que ser absolutamente irrelevante.

¹⁶ Se identifican posturas que avalan la llamada *genderless society*, hasta el denominado realismo de género, que observa ciertas cualidades positivas compartidas por las mujeres, posición que, no obstante, se ha criticado por considerarse determinista.

¹⁷ De acuerdo con la RAE, violento, en su primera acepción es quien *actúa con ímpetu y fuerza y se deja llevar por la ira*. En: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=brjKWH1>. Búsqueda realizada el 10 de septiembre de 2018.

En el ámbito costarricense, la evolución normativa en materia de género, en los últimos años, principalmente con la sanción de la LPVM, se corresponde con la noción amplia de violencia¹⁸.

ii. Posibles sentidos de la noción *violencia de género*

La asunción de un modelo normativo del tipo expuesto evidencia la voluntad política de no permitir ningún resquicio en la tutela de los derechos de las mujeres, lo cual, por muy loable que parezca, parece ser una iniciativa inerte si no se edifica sobre una comprensión precisa de la relación subyacente con la noción de género. Bajo este prisma, *Poggi* ha delineado al menos cuatro sentidos atribuibles al concepto de violencia de género:

- a. El primer sentido, que puede denominarse como social, considera que el basamento de este tipo de violencia es un estereotipo de género, asociado firmemente con un modelo normativo violento de la masculinidad. Desde esta perspectiva, la violencia exhibe diferencias sustanciales entre hombres y mujeres, permitiendo su normalización cuando está asociada a la masculinidad, a partir de una estructura arraigada en las prácticas educativas e incluso prohibida por

¹⁸ El artículo 1 de la ley indicada, refiere: “La presente Ley tiene como fin proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley N° 6968, de 2 de octubre de 1984, así como en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995”.

ciertos clichés seudo científicos que avalan una relación entre la violencia y factores biológicos de los distintos sexos¹⁹.

- b. La noción *tendencial* de la violencia de género, apunta a que la violencia se encuentra motivada por la imposición del cumplimiento de las expectativas respecto de las características y roles (estereotipos) del género de pertenencia²⁰.
- c. El llamado criterio *ideológico* de la violencia de género, afirma que ésta se dirige contra una mujer por el solo hecho de serlo. Esta tesis sugiere que la violencia de género no se trata de un simple episodio de desviación criminal, sino que se vincula con la compleja estructura social que coloca a las mujeres en una posición de subordinación y de opresión.
- d. Finalmente, el criterio *cuantitativo* de la violencia de género, toma en cuenta la afectación desproporcionada de las mujeres

¹⁹ La conexión entre violencia y masculinidad tiene un fuerte soporte estadístico. Los índices de delincuencia femenina no suelen superar el 10% del total de los casos, además, las mujeres tienen una menor proclividad a reincidir o a cometer delitos violentos. La explicación sobre las causas de este fenómeno han sido múltiples, por ejemplo: 1. Las teorías criminológicas biologicistas, formuladas en la década de los 50's por *Pollak*, afirmaban cierta paridad entre los registros de comisión delictiva de hombres y mujeres, con la diferencia de que, con respecto a las últimas, dada su “naturaleza” engañosa y astuta, existía una importante cifra negra, postura desechada por su escaso soporte científico y empírico. 2. Las tesis criminológicas que tratan de explicar la disparidad entre la cantidad y frecuencia de comisión de delitos entre hombres y mujeres, a partir de cierta resistencia frente al delito por parte de las últimas. 3. Las tesis que observan la delincuencia masculina como “contribución al patriarcado”, ligada a una identidad cultural diversa, a fin del mantenimiento de una posición de dominación. 4. La postura sostenida por *Parent*, relativa a la prevalencia de órganos cotidianos de control sobre las mujeres, que se ejercitan previo al control penal. Como puede verse, sigue siendo un debate abierto. Para todo, resulta de interés el análisis expuesto en: Maqueda Abreu, 2014, pp. 89–96.

²⁰ Piensese, por ejemplo, en el acoso escolar contra adolescentes homosexuales. Este tema ha captado la atención de los medios de comunicación en los últimos años debido a un aumento en los suicidios de niños y adolescentes ligados al *bullying*.

por determinada tipología delictual. De esta manera, si el porcentaje de víctimas femeninas es considerablemente más alto, significaría que el género es un factor determinante en la comisión de esa clase de delitos.

Considero que solamente la noción social de la violencia de género es propicia para ofrecer un norte adecuado en el abordaje del fenómeno, en tanto, como apunta Poggi, si se acuerda que se trata de un producto social, este puede ser subvertido y pueden dirigirse políticas públicas con esa finalidad, permitiendo, además, una crítica fundada y la elaboración de mecanismos de deflación de la violencia estructural de género, palpable en normas jurídicas y líneas jurisprudenciales²¹.

Sobre el criterio tendencial, puede rebatirse la capacidad del derecho penal como instrumento para neutralizar estereotipos sociales, siendo la llamada *función promocional* incompatible con su carácter de *ultima ratio* e insuficiente por ser una herramienta primordialmente reactiva y no preventiva, lo que se contrapone con la utilidad para imponer consensos que pudiese tener²². Por tal

²¹ En el caso costarricense, como ya se expuso, se cuenta desde el 2007 con la LPVM, cuya finalidad se adscribe a la visibilización de una estructura de violencia, concepto que se asume en su formulación amplia. No obstante, pese al avance que pudo significar la sanción de este cuerpo normativo, al menos desde la perspectiva simbólica, perviven algunos tipos delictivos que acreditan la polarización en los estereotipos de género. Por ejemplo, el numeral 113 inciso 3 del Código Penal tipifica como homicidio especialmente atenuado supuestos en que *la madre de buena fama que para ocultar su deshonor diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento*, repitiéndose la fórmula del ocultamiento de la “deshonra” en la regulación del aborto *honoris causa* (artículo 120), el abandono por causa de honor (artículo 143) y la atenuación de la infracción del proceso de inscripción (artículo 183). El abordaje del tratamiento jurisprudencial en materia de violencia de género se efectuará en los siguientes apartados.

²² Señala García-Pablos de Molina que el Derecho Penal

motivo, sería deseable la consonancia del derecho penal con una política pública integral, tendiente a la merma de la violencia estructural de género, pero el papel del primero sería necesariamente subsidiario, presentándose cualquier intento de otorgarle prevalencia como ilusorio.

En cuanto al criterio ideológico de violencia de género, juega en su contra su imprecisión y ausencia de selectividad, toda vez que cualquier acto de violencia contra una mujer tendría que considerarse como violencia de género. Lo anterior ha llevado a Poggi a estimar inadecuada su inclusión en las fuentes del derecho²³. Mientras tanto, el criterio cuantitativo, pese a su potencial utilidad, dadas las cifras de ocurrencia de cierta tipología delictual expuestas *ut supra*, no se muestra suficiente, en virtud de que, si se trata de la noción definitoria, no resulta claro si se pone el acento en el género o en el sexo de las víctimas, aunado a que no en todos los casos en donde la delincuencia recae con mayor ímpetu sobre mujeres se considera que existe violencia de género.

Debe aclararse que las críticas efectuadas a los criterios de violencia de género, distintos a la que he llamado noción social, no implican que adolezcan de absoluta inutilidad orientativa.

encauza el cambio social, no lo dirige ni lo impulsa. Su naturaleza subsidiaria, como “ultima ratio” y el principio de “intervención mínima” se oponen a la supuesta función “promocional” que en vano algunos le asignan. El derecho penal protege y tutela los valores fundamentales de la convivencia que son objeto de un amplio consenso social, pero no puede ser el instrumento que recabe o imponga dicho consenso (2014, p. 197).

²³ Se advierte la indeterminación de esta noción al considerar que sería extensible a supuestos que difícilmente pueden ser considerados como violencia de género desde los otros criterios analizados, como pudiera ser en los delitos de estafa, en donde, generalmente, no es relevante el sexo de la persona ofendida. Lo cierto es que constituye una categoría demasiado abierta como para tener alguna funcionalidad para atacar ciertas formas de violencia más pertinaz.

Lo que se ha querido enfatizar es su escasa idoneidad para fungir como criterio definitorio para construir un proceso penal con perspectiva de género, que no caiga en excesos ni se arrogue objetivos de imposible consecución. Por ello, en lo sucesivo se partirá, como presupuesto esencial, del mencionado criterio social de la violencia de género, incorporando, además, el concepto amplio de violencia.

III. ¿Qué debe (puede) hacer el derecho penal?

Como ya se ha dicho, partiendo de la noción social de la violencia de género, la insostenibilidad de asignar una *función promocional* al derecho penal lo torna una herramienta insuficiente para abordar, en primera línea al menos, el complejo problema de la violencia estructural contra las mujeres. Sin embargo, sí resulta relevante la extinción de focos de impunidad con respecto a conductas que perpetúen la vigencia normativa de estereotipos y que amenacen sensiblemente bienes jurídicos, bajo una noción amplia de violencia.

En el ámbito costarricense, la emisión de distintas leyes, especialmente la LPVM, ha cubierto virtualmente cualquier resquicio de impunidad relacionado con conductas violentas contra las mujeres, participando de la señalada concepción amplia de la violencia²⁴. Sin embargo,

²⁴ La ley en cuestión establece un amplio listado de tipos penales, dispuestos sistemáticamente en seis capítulos: 1. Violencia física; 2. Violencia psicológica; 3. Violencia sexual; 4. Violencia patrimonial; 5. Incumplimiento de deberes; y 6. Incumplimiento de una medida de protección. Válidamente puede cuestionarse si el recurso a este tipo de leyes especiales, que se construyen más desde una perspectiva simbólica del derecho penal que direccionada a su utilidad práctica en la erradicación de la violencia contra las mujeres, es deseable, dado que la mayoría de las figuras delictivas creadas simplemente individualizan conductas que ya estaban tuteladas mediante los tipos penales generales del Código Penal. Se trata de un rubro que, aunque sumamente interesante,

la sobredimensión de la potencialidad preventiva de las penas, que se incardina en un espacio de creciente populismo punitivo, aprovechado sin sonrojo por los medios de comunicación y los demagogos de la política, ha consolidado una generalizada insatisfacción de la ciudadanía, que se reconduce a expresas peticiones de aumento en el rigor punitivo y la disminución de las garantías de las personas imputadas.

Aunque el fenómeno de expansión del derecho penal no es privativo con respecto a la violencia de género, sí que presenta características especiales en este sector. Ante esta disyuntiva, conviene reflexionar sobre lo que debe y puede hacer el derecho penal en materia de violencia de género y lo que, en definitiva, excede su capacidad o colisiona con derechos fundamentales de primer orden.

i. Impunidad versus garantismo: ¿Un falso dilema?

El sistema democrático, en la mayoría de los países de occidente, atraviesa una aguda crisis de legitimidad. El aumento (real o fabricado desde la prensa²⁵ y el poder político) de la criminalidad,

excede la finalidad de este trabajo. Basta por el momento señalar que se cuenta en Costa Rica con un plexo normativo penal suficiente para abordar cualquier tipo de agresiones, en el sentido más amplio posible, contra las mujeres. Otros tipos de violencia particularmente normalizada, como el *acoso callejero*, también han estado en la palestra pública en los últimos años.

²⁵ Se vislumbra alguna “hipersensibilidad de los medios” frente a cierta tipología delincencial, de donde se deduce que *la supuesta ola de criminalidad corresponde, en mayor medida, a un interés repentino de los medios por un tema criminal específico, sobre el que deciden informar de manera abundante y persistente, y no surgen de un aumento real en las estadísticas oficiales de delincuencia* (Vega Monge, 2015, p. 121). No se pretende negar la proliferación de algunos delitos o el refinamiento de ciertas actividades ilícitas, pero sí es imprescindible comprender el trascendental papel de la prensa en la mercantilización del producto-delincuencia, lo que

motiva el reclamo de la ciudadanía por respuestas a corto plazo, respuestas que, con escasas excepciones, desembocan en una visión simplista del problema, en desmedro de las razones profundas del delito, como las limitaciones en el acceso a empleo, salud, educación y, como se ha visto, en los casos de violencia contra las mujeres, una sólida base sociocultural que le da soporte, la ensombrece y la legitima, trasladando al orden represivo penal la exigencia de recuperación de la estabilidad y la seguridad.

Las protestas generadas ejercen presión en los diferentes actores de la administración pública, desde los representantes del poder legislativo, que responden con una explosión de normas represivas (siempre sexys en esta coyuntura), hasta el judicial, reflejándose en las resoluciones de los jueces un progresivo relajamiento de los principios que fundan el Estado de derecho, cediendo, poco a poco, a una visión que potencia la dimensión procesal de la víctima, en mengua de los derechos que le asisten al imputado. Se impone así, una noción casi obscena del garantismo penal²⁶.

La distorsión de la figura de la víctima dentro de los procesos penales ha provocado (y continúa haciéndolo) una severa dislocación del engranaje

garantista consustancial al modelo punitivo requerido en un Estado de derecho. Se trata de la construcción de una posición parcial y poco favorable a la racionalidad, lo que determina una presión social sobre el Derecho penal que no sólo tiende a ampliarlo, sino también que, este desequilibrio víctima-delincuente, se pone de manifiesto en una predisposición a negar derechos de éstos últimos (Cepeda Pérez, 2007, p. 439). En el campo probatorio, de *facto* y mediante argucias argumentativas, se ha instalado un sesgo que *ab initio* pone al encartado en una complicada situación para desmentir el dicho de una víctima-testigo, particularmente si se está ante violencia de género o delincuencia sexual²⁷.

En los casos de delitos relacionados con violencia de género, ya se ha tenido oportunidad de enfatizar que las violencias machistas constituyen un fenómeno diferenciado y multifactorial que atañe a un conflicto estructural, que amerita un tratamiento conjunto de diversos ámbitos y en donde el derecho penal poco puede hacer (Bodelón, 2013, pp. 356–357), sin que esto signifique que deba satanizarse, como también ocurre, la noción de *perspectiva de género* y excluirse del quehacer de los órganos represivos del Estado²⁸.

engendra, entre otros nefastos efectos, la distracción con respecto a las causas reales de la criminalidad; *lo habitual es potenciar su difusión sensacionalista en esos momentos, sin que importe su posible precariedad; para luego, por sistema, en el caso de que pudieran resultar infundados, escatimar de una forma escandalosa la información necesaria para el restablecimiento de la verdad, ya mucho menos noticiable*, recuerda con justicia Ibáñez (2018, p. 520).

²⁶ “Garantismo y derecho penal mínimo son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva -tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- sometiendo a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona” (Ferrajoli, 2010, p. 193).

²⁷ Aunque no conozco estudios empíricos que sustenten un desequilibrio procesal entre la víctima-testigo y el imputado, al menos en Costa Rica, el análisis de resoluciones judiciales de los tribunales superiores sí permite inferir que existe un sesgo importante, que puede incrementar la posibilidad de error judicial, con los incommensurables reparos que esto significa en materia penal, al afectarse potencialmente la libertad de personas, frente a razonamientos con escaso soporte epistémico. Como refiere Duce, a partir de una interesante investigación empírica realizada principalmente en los Estados Unidos y en Chile, la condena de inocentes por yerros relacionados con la valoración de prueba (especialmente con relación a reconocimientos oculares de víctimas y testigos) es mucho más frecuente de lo que se cree (2018).

²⁸ Como bien señala Bodelón, *es deseable que el derecho penal no siga reproduciendo y generando impunidad hacia las*

La simplificación del fenómeno de la violencia contra la mujer y su asunción unidimensional desde la trinchera penal, desemboca en la dualidad impunidad/garantismo, estableciéndose una relación directa entre el aumento de la primera y la vigencia del segundo. El resultado evidente es que, desde todos los frentes, se intente asegurar una sentencia condenatoria cuando una causa de este tipo ingresa al sistema de justicia.

Si bien los índices de impunidad en esta clase de delitos son en efecto alarmantes, a lo que debe sumarse una cifra negra de asuntos que jamás se judicializan, que presumiblemente es aún mayor, no parece acertado establecer un ligamen entre la vigencia de garantías procesales para las personas imputadas y la no determinación de un culpable y, mucho menos, en la progresión del fenómeno delictual. Por el contrario, la llamada desactivación del proceso penal, que desemboca en la impunidad ante casos de violencia de género, se ve ligada más que todo a cuestiones estructurales del entorno social, a la ausencia de acompañamiento para la presunta víctima y a ciertas disfuncionalidades del sistema penal, que aún reproduce un uso normativo de los estereotipos de género (Bodelón, 2013, pp. 358–360), aspectos que, como es notorio, no tienen ninguna conexión con un proceso que pueda reputarse como garantista²⁹.

violencias machistas. Al igual que en otros casos no es el derecho penal el lugar desde el cual se construyen los derechos humanos, pero sin duda eludir la crítica desde una perspectiva de género del derecho penal existente perpetúa el sexismo y la impunidad (2013, pp. 356–357).

²⁹ El interesante estudio realizado por Bodelón et. al. (2013), analiza el fenómeno de la violencia de género y su tratamiento penal en países como Italia, España, Rumanía e Inglaterra, destacándose una gran cantidad de factores que inciden en que la violencia de género no se denuncie o, una vez judicializada, se desactive el proceso penal, al acogerse la víctima al derecho de abstención de declarar, retirando la denuncia planteada o simplemente siendo renuente en la colaboración con el órgano

Contrario a lo que se piensa, existe incluso un componente de calidad epistémica en los procesos penales respetuosos de las garantías³⁰, pues una condena errónea, no solamente implica la determinación de una pena para un sujeto inocente, lo que ya de por sí es gravísimo, sino, en muchos casos, la impunidad del verdadero ofensor.

ii. ¿Umbrales probatorios diferenciados?

Siguiendo a *Ferrer*, la determinación de cierto umbral de corroboración de una hipótesis fáctica que se exija normativamente, depende de la valoración acerca de la distribución de errores que se considere admisible en el proceso judicial que se trate. Es decir, aunque el estándar de prueba, por razones de política pública, puede graduarse de forma diversa, estableciendo distintos umbrales para cuestiones disímiles, esa programación debe disponerse legislativamente y no por vía jurisprudencial (Ferrer Beltrán, 2007, p. 143), si se quiere respetar un elemental principio de seguridad jurídica.

investigador. Sin embargo, la solución de ninguna forma puede reconducirse al debilitamiento de las garantías que asisten a los imputados, buscando un culpable a toda costa, sino brindando mecanismos para que las mujeres se sientan seguras y empoderadas para denunciar y seguir hasta el final del proceso. En cuanto a la presencia del uso normativo de estereotipos en resoluciones judiciales, lamentablemente es una realidad, que debe ser cercenada de nuestro sistema penal. No obstante, los Tribunales de Apelación han revocado un número importante de resoluciones y rechazado argumentos de defensa por efectuar valoraciones de prueba al amparo de este tipo de estereotipos. Por ejemplo, mediante resolución 383-2013, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Alajuela consideró que no es exigible una conducta heroica en la víctima para demostrar la ausencia de consentimiento, mientras que en el voto 228-2016, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz, anuló una sentencia en que se consideró que *no es posible que una mujer llegue a descargar entre 300 o 400 sacos de cal*.

³⁰ Al respecto, véase el pie de página número 55.

Desde esta perspectiva, la conocida “máxima de Trajano” *satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis*, reconoce que es preferible la impunidad de un culpable que la condena de un inocente³¹. La exigencia de umbrales probatorios más rigurosos en materia penal, habida cuenta de la implacable trascendencia en la esfera de derechos de la persona a la que se impone una pena de prisión, claramente justifica que la distribución del error se “recargue” del lado acusador, órgano que además cuenta con toda la maquinaria para derrotar el status de inocencia del individuo. Precisamente el norte de los procesos penales de corte liberal, en Estados Democráticos de Derecho, es el equilibrio de fuerzas y el límite al poder punitivo del Estado, que históricamente ha probado tener consecuencias fatales, si no tiene un contrapeso³². Como lo ha dicho con incomparable claridad Ibáñez, *el judicial es un poder y por eso merece desconfianza* (2018). Un tema aparte sería determinar concretamente el estándar probatorio

necesario, es decir, si el umbral que debe rebasarse en los delitos relacionados con violencia de género debe ser idéntico al existente para los demás tipos penales.

En el caso costarricense, normativamente no resulta especialmente claro cuáles son los estándares de prueba que deben franquearse en las diferentes etapas del proceso³³, aunque jurisprudencialmente suele hablarse de *alcanzar la certeza* para arribar a una sentencia condenatoria, pretensión absolutamente ilusoria³⁴ pero que

³¹ Sancinetti reconoce un origen aún más remoto a la máxima indicada, en la tradición judeo-cristiana: la llamada *Intercesión de Abraham*, cuando Dios está a punto de destruir a Sodoma: “¿De verdad vas a aniquilar al justo con el malvado?” (2012). Por su parte, Schauer, con cita de Blackstone, señala que *el derecho sostiene que es mejor que diez personas culpables escapen antes que un inocente sufra*, lo cual este último autor escribió en 1759, reconociendo antecedentes más lejanos en John Fortescue (1471): *debo, en efecto, preferir veinte hombres culpables que escapen por piedad que un inocente condenado injustamente* (2013, p. 225). También Laudan hace un curioso recuento cuantitativo de la formulación del citado brocardo, según la cantidad de culpables libres que cada autor estimase preferible frente a un inocente falsamente inculcado, pasando por Voltaire, Sir Mathew Hale, Blackstone, Fortescue, Benjamín Franklin y Moses Maimonides (2013, p. 103).

³² Basta recordar los excesos en que han incurrido las dictaduras latinoamericanas y europeas. A propósito del Estado Nacionalsocialista, Müller recuerda que el derecho penal se concebía para proteger al Estado contra el individuo, y no al revés (2014, pp. 112–113). Sobre los abusos en que han incurrido los modelos de Estado autoritarios en general y el nacionalsocialismo alemán en particular, dentro de la ingente literatura existente, se recomienda: Llobet Rodríguez, 2014; Llobet Rodríguez, 2015; Muñoz Conde, 2003; así como la Colección “El Penalismo olvidado”, publicada por Editorial Ediar y dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni.

³³ El tratamiento de los umbrales de prueba en el Código Procesal Penal es descuidado y confuso. Por ejemplo, en la regulación del sobreseimiento definitivo en la etapa intermedia, se habla de los supuestos en que “a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de juicio (...)” (artículo 311 inciso e), de donde parece deducirse que se utiliza la palabra certeza como oposición a duda, queriéndose decir que aunque exista duda (falta de certeza) si no hay base para juicio debe sobreseerse; para la disposición de una medida cautelar se requieren “elementos de convicción suficientes”, mientras que para los riesgos procesales se habla de una “presunción razonable” (artículo 239); para la llamada internación, se requiere “elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que es autor de un hecho punible”, además de una “presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación” (artículo 262); para el dictado del auto de apertura a juicio se necesita “base para el juicio” (artículo 321); mientras que para la sentencia no se establece expresamente ningún umbral.

³⁴ Como bien señala Ferrer, *nunca una metodología inductiva nos habilitaría para adquirir certezas acerca de la verdad de una hipótesis* (2007, p. 139). Por su parte, Taruffo afirma que se puede hablar de certeza exclusivamente en términos relativos (2009, p. 179), considerando que esta es un estado subjetivo, referido a la psicología de quién habla, y corresponde a un grado elevado (o muy elevado, cuando se habla de “certezas absolutas”) de intensidad del convencimiento del sujeto (2010, p. 102), siendo usual que los conceptos de verdad y certeza se confundan. La Sala Constitucional costarricense, cuyas decisiones son vinculantes *erga omnes*, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de la jurisdicción constitucional, ha señalado que *se torna en una exigencia, para arribar a una sentencia condenatoria, que el tribunal tenga certeza absoluta sobre la existencia del delito y la responsabilidad atribuida al imputado. Ante la duda razonable o la insuficiencia probatoria el tribunal debe pronunciarse a favor de la libertad del imputado en virtud del estado de inocencia que prevalece* (voto 2008-014918; en el mismo sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 00423-2010 y el voto 323-2018, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago), siendo, en todo caso, un lugar común encontrar la referencia a la certeza

permite acreditar la vigencia de un alto nivel de exigencia para tener por probado un enunciado. Por otro lado, como se verá en el siguiente apartado, la posibilidad de establecer un verdadero estándar de prueba es un tema controversial en la actualidad, pues, mientras que algunos autores estiman posible e incluso imprescindible la determinación de estándares de prueba a partir de los cuáles se considere probada una hipótesis, otros se decantan por la utilización de reglas de valoración racional de la prueba y por *procurar la distribución de los costes del error por otras vías* (González Lagier, 2018, p. 20), o bien, por la determinación de requisitos que deben cumplir los medios de prueba.

De cualquier manera, no queda duda de que no existe legislativamente un umbral probatorio diferenciado para los delitos relativos a la violencia de género, debiendo marcarse la diferencia entre el estándar de prueba, entendido como el *umbral que determina el grado de prueba mínimo necesario para “tener por probado que P”* (Vázquez, 2015, p. 267) y la presunción de inocencia, frecuentemente ligada con el principio de *favor rei* o *in dubio pro reo*, cuyo contenido apunta esencialmente a la necesidad de superar la duda para determinar la culpabilidad en un proceso penal³⁵. Mientras el principio de

en sentencias de los tribunales penales en nuestro país, aunque sin mayor reflexión. También la doctrina nacional ha receptado, sin mayor análisis, esa postura. Puede verse, por ejemplo: Llobet Rodríguez, 2012, p. 506.

³⁵ No existe acuerdo en la doctrina en cuanto al contenido preciso del principio de presunción de inocencia, no obstante, su ligamen con el principio de *favor rei* resulta en gran medida pacífico (Binder, 2014, p. 121 y ss.; Llobet Rodríguez, 2010, p. 63 y ss.). Por su parte, de acuerdo con Binder el principio de *in dubio pro reo*, aplicado a la valoración de la prueba, es una de las consecuencias directas y de mayor relevancia del principio de inocencia (2014, p. 125). Mientras tanto, *Miranda Estrampes*, reconoce varios significados de la presunción de inocencia, a saber: como regla de tratamiento del imputado, como regla de juicio penal (rubro en el cuál integra el principio de *in dubio pro*

presunción de inocencia puede considerarse como una obligación derrotable, sin hecho base, asimilable a la carga de la prueba (Ferrer Beltrán, 2018a), nada nos dice sobre el grado de suficiencia probatoria requerido para vulnerar el status de inocencia de una persona.

Dicho lo anterior, podemos preguntarnos: ¿la determinación de un estándar probatorio menor sería una forma razonable de disminuir la impunidad ligada a delitos de violencia de género? ¿sería esto deseable? A mi criterio estas interrogantes deben responderse con un no rotundo.

En primer lugar, habida cuenta de lo expuesto sobre el altísimo costo del error en materia penal, más aún cuando existe una hiperinflación de la dosimetría penológica en delitos de violencia de género³⁶, aunado a que la impunidad, como ha quedado patente, depende de factores mucho más densos y complejos, en donde el derecho penal poco puede hacer. Desde esta perspectiva, se entiende la impunidad como “coste de opción constitucional”³⁷. La única manera en que podría justificarse que la balanza de la distribución del error se incline en contra del imputado, sería distorsionando la noción de víctima, atribuyéndole un papel procesal que no tiene. No debe perderse de vista que *la víctima es el sujeto débil en la ejecución del delito, pero el sujeto débil en el proceso es el imputado* (Ibáñez, 2018).

reo) y como regla probatoria (en donde incorpora las condiciones de concurrencia de prueba, prueba de cargo, legitimidad, licitud y suficiencia de la prueba) (2004, pp. 11–19).

³⁶ La LPVM establece una pena mínima de 20 años de prisión y un máximo de 35 años de prisión para el delito de femicidio y la regulación de agravantes generales para los demás tipos penales incluidos en la ley (artículo 8).

³⁷ La expresión se toma de la sentencia 417/2012 de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España, resolución paradigmática que se retomará más adelante.

Por otro lado, la existencia de dificultades probatorias en esta tipología delictual, por la aludida clandestinidad con que se perpetran los delitos de violencia de género, es una característica extensible a una multiplicidad de tipos delictivos, e incluso, ciertos delitos comunes, en circunstancias especiales, por ejemplo, delitos económicos o de “cuello blanco”, estafas o hurtos complejos, etc. Por todo ello, no parece que la dificultad probatoria sea una categoría que permita o recomiende el establecimiento de umbrales diversos.

iii. ¿Es posible establecer un estándar probatorio preciso y objetivo?³⁸

Habiendo corroborado que no existe un estándar probatorio diverso para el abordaje de delitos de violencia de género, y partiendo de las premisas de la necesidad de que tales umbrales se establezcan necesariamente por vía legislativa y que no resulta deseable la creación de un estándar distinto en esta tipología delictual, es preciso reflexionar sobre la posibilidad de definir un estándar probatorio general, para soslayar el estado de inocencia en materia penal, más preciso y objetivo que la etérea noción de certeza, que se ha consolidado como el parámetro actual en Costa Rica.

¿El establecimiento de tales estándares es realmente posible y necesario? O, atendiendo a la inviabilidad de este tipo de propuestas, ¿debe optarse en su lugar por la determinación de ciertos criterios de valoración de la prueba? Mientras autores como *Ferrer* estiman imprescindible la determinación de estándares de prueba, a partir de

los cuáles se considere probada una hipótesis, es decir, el mínimo probatorio requerido para tales fines³⁹, otros parten de la dificultad que entraña la precisión de umbrales y se decantan por la utilización de reglas de valoración racional de la prueba y *procurar la distribución de los costes del error por otras vías* (González Lagier, 2018, p. 20)⁴⁰ o la determinación de requisitos que deben cumplir los medios de prueba⁴¹.

Ante este panorama, quizá sería más realista y útil admitir que no es posible marcar los límites precisos que deben rebasarse para determinar la suficiencia probatoria de una hipótesis y conformarnos, siguiendo a *Lagier*, con que el estándar que se aplique transmita la *información de si la autoridad jurídica quiere establecer un nivel de exigencia mayor o menor, aunque*

³⁹ De acuerdo con *Ferrer*, la formulación del estándar de prueba debe prescindir de elementos eminentemente subjetivos (psicológicos o mentales) y eliminar la vaguedad, por lo que deben cumplirse tres requisitos: 1. Utilizar criterios que relacionen la capacidad justificativa del acervo probatorio con las conclusiones a las que se arribe, para así obtener una decisión intersubjetivamente controlable; 2. Precisión en la determinación del umbral, que no debe confundirse con la determinación de métodos de valoración; 3. Expresarse mediante criterios cualitativos y no numéricos (2018b, pp. 4–7).

⁴⁰ *Lagier*, de manera meramente ejemplificativa, expone 12 criterios de racionalidad epistemológica para la valoración de la prueba, los cuales no aconseja sean determinados legislativamente, sino, a lo sumo, positivizados jurisprudencialmente. Ahora bien, aunque este autor reconoce que los criterios de valoración y los estándares de prueba responden a objetos y finalidades diversas, considera “bloqueada” la vía para formular un estándar de prueba, desde que “*aunque sea posible eliminar referencias directamente subjetivas de los estándares que pretenden señalar el grado de prueba exigido, no es posible formularlos de una forma precisa (porque al hacerlo no nos aseguramos escoger la mejor hipótesis) que permita superar su vaguedad intencional y su vaguedad gradual*” (2018, p. 19).

⁴¹ *Fernández López* señala, con relación al establecimiento de estándares probatorios: “*aunque creo inviable una concreción de la regla con validez para todos los casos, sí es posible concretar su alcance poniéndola en relación con los medios de prueba que ha de valorar el juez indicando en cada caso cuáles han de ser los requisitos que éstos han de reunir para constituir prueba de cargo suficiente para condenar*” (2007, p. 3).

³⁸ El título de este acápite se ha tomado del artículo homónimo de González Lagier, 2018.

no logren precisar cuál y, por tanto, si se ha alcanzado suficiente prueba acabe dependiendo de la estimación del juez y su buen criterio (2018, pp. 19–20). Dicho de otra forma, aunque, en efecto, el estándar actual (la certeza) represente “una parodia de un sistema de prueba” (Laudan, 2005, p. 104)⁴², puede tener alguna utilidad si se apareja a modelos de valoración de la prueba que permitan un control intersubjetivo del nivel de solidez de las inferencias que se realicen.

Ahora bien, teniendo en mente la distinción entre lo que constituye (o debería constituir) un estándar de prueba y los criterios de valoración, se estima absolutamente desacertado que por vía jurisprudencial se establezcan, como en el caso de la declaración de la víctima-testigo⁴³, criterios de valoración que, en la práctica, se utilizan para disminuir el nivel de suficiencia probatoria requerido, es decir, fungen como un muro de contención epistémico que se refleja en la privación de las garantías que asisten al imputado, con lo que se opone también a valores (extra epistémicos) que informan el proceso penal, como el principio de legalidad, en su dimensión técnica y política (Chinchilla Calderón, 2010).

La determinación de este tipo de pautas o criterios orientativos puede ser relevante para potenciar la racionalidad de la valoración de la prueba, ante la inviabilidad de dotar al proceso

de un estándar propiamente dicho, pero nunca puede caerse en una perversa utilización de tales patrones de apreciación como una forma furtiva de imponer un umbral de valoración menor⁴⁴.

Desde esta perspectiva, aunque no corresponda con la interpretación que la jurisprudencia, ha sostenido⁴⁵, probablemente empañada por aspectos de política criminal más que jurídicos, la determinación de esas pautas de valoración de la declaración de la víctima-testigo (cuales quiera que sean) tendrían que cumplir con un doble rol:

1. Una función orientadora (aunque prescindible, pues se trata de reglas metodológicas necesarias, se expresen o no positivamente) (González Lagier, 2018, p. 6), a fin de obtener mayor racionalidad en la valoración de la prueba;
2. Una función correctiva, que permita visibilizar la necesidad de evaluar el testimonio y no el testigo, con lo que se evitan sesgos por *sospecha*⁴⁶, mediante

⁴² Por ejemplo, con respecto al estándar anglosajón de “más allá de una duda razonable” (BARD), señala con fervor Laudan que en realidad no se trata de un estándar de prueba sino una débil excusa o pretexto para condenar o absolver, cuyo absurdo se puede demostrar en el enunciado “*Usted ha proporcionado una prueba de A cuando está firmemente convencido de A*” (2005, pp. 105–106). Lo mismo podría decirse del estándar de la certeza costarricense.

⁴³ Se hace referencia a este medio de prueba por tratarse del aspecto más controversial en delitos de violencia de género. El punto se analizará con mayor amplitud en el próximo apartado.

⁴⁴ Me parece que este aspecto lo expresa con solvencia el voto de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España número 417/2012, al abordar los indicadores jurisprudenciales de “verosimilitud”, “ausencia de incredibilidad subjetiva” y “persistencia en la incriminación, considerando que *no es que una testifical que supere ese triple filtro deba ser tomada como válidamente inculpatoria. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado a limine como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar -en un segundo momento- a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para tratar de confirmar la calidad de los datos*. En Costa Rica algunos tribunales han trasplantado esos mismos indicadores. Por ejemplo, en el voto 2018-323 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.

⁴⁵ En España Fernández López reconoce que la jurisprudencia elude aceptar este aspecto, aunque *la exigencia de corroboración (...) supone una prohibición de condenar sobre la única base de la declaración del coimputado o de la víctima, ya que tal declaración ha de estar avalada por otros datos probatorios externos a la propia declaración y que -como en la prueba indiciaria-, en su conjunto, conduzcan a la conclusión incriminatoria* (2007, p. 8).

⁴⁶ Incluso la doctrina procesal participa de este tipo de sesgos.

los cuáles se resta credibilidad *ex ante* al testigo-víctima, pero también sesgos de confirmación de la acusación y de presión social, según ya se ha expuesto.

Por tanto, no deben confundirse los criterios de valoración con los estándares de prueba, siendo que estos últimos, aunque ajustables (solo) legislativamente, por el momento se ubican en el mismo escalón para cualquier delito que se trate, de manera que, a mi entender, resulta inadmisibles la inmolación de tales umbrales en los altares del populismo punitivo, mediante argucias que no provocan más que inseguridad y un altísimo costo en caso de error.

IV. La valoración de la declaración de la víctima-testigo.

Uno de los temas más polémicos en la actualidad, en materia de análisis de prueba en los procesos penales, especialmente en aquellos relacionados con delitos que impliquen violencia de género, es el testimonio de la víctima-testigo y su virtualidad como único soporte probatorio para una sentencia condenatoria. En esta tipología de delitos, probablemente impulsado por un multifactorial y avieso recrudecimiento del modelo punitivo Estatal, se vislumbra en la práctica tribunalicia una suerte de estándar probatorio diferenciado, como ya se ha analizado, que permite sensibles carencias en el fundamento fáctico de las condenatorias penales. La percepción de esta situación ha motivado que algún sector de la doctrina incluso abogue por la reconsideración de las máximas *testimonium unius non valet* y

nemo testis in propria causa, replanteándose, desde la noción misma de víctima, asumida como tal desde la propia denuncia⁴⁷, hasta los cuestionables dictámenes periciales sobre la fiabilidad del testimonio⁴⁸ (Sancinetti, 2012).

En cualquier caso, lo cierto es que existen algunas prácticas jurisprudenciales incorrectas que, lejos de propiciar la racionalización del proceso penal, en beneficio de todos los intervinientes, tienden a aumentar la arbitrariedad y el subjetivismo en la decisión. A continuación se enumerarán algunas de las más usuales.

i. Valoraciones que incurren en la falacia *petitio principii*

La idea que subyace a este vicio es que “*nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculcado, so pena de propiciar situaciones de impunidad*”⁴⁹. El razonamiento involucra una evidente falacia de

⁴⁷ Afirma Sancinetti, quien considera a la víctima como “la trampa del principio de inocencia”, con cita de Bertrand Russell, que el darle al sujeto de una oración una denominación que realmente implica una *predicción*, constituye una falacia (Sancinetti, 2012). Para evidenciar el acierto de lo indicado por Sancinetti, basta con pensar que se presentaría el mismo vicio si en lugar de referirnos al imputado como tal, lo llamáramos “condenado” o “culpable”. Siguiendo a Schopenhauer, se trataría de una sutil falacia *petitio principii*, en donde lo que se quiere probar (la atribución de los efectos perniciosos de una conducta a un sujeto) se introduce ya en la denominación (víctima), de donde se deriva como un simple juicio analítico (2009, p. 42). A mi parecer, la fórmula correcta para referirse a la víctima es mediante la utilización de un adjetivo conjetural como “probable” o “presunta”.

⁴⁸ Un análisis crítico sobre este tipo de pericias psicológicas de credibilidad, en el ámbito chileno, puede verse en Duce, 2013, pp. 48–51.

⁴⁹ Esta referencia concreta se critica en la sentencia número 417/2012, del Tribunal Supremo de España, cuyo magistrado ponente fue el Dr. Perfecto Andrés Ibáñez.

Por ejemplo, Jauchen señala: *De ahí que el denunciante sea realmente un testigo sospechoso, pues sabido que empleará todos sus esfuerzos en demostrar su sinceridad* (2008, p. 326).

petición de principio⁵⁰, pues se parte de la premisa de que la denuncia de la presunta ofendida es veraz, precisamente para justificar que sería intolerable que las circunstancias de modo en que habrían ocurrido los hechos (en un ámbito íntimo, sin más testigos que la propia víctima) resultase óbice para la determinación de la responsabilidad por los mismos; razonamiento que no tendría sentido si se cercena esa asunción de veracidad de la denuncia, cuya corroboración constituye precisamente el fin del proceso. Se acredita así la palpable circularidad del postulado⁵¹.

ii. Definición pretoriana de un “estándar” probatorio diferenciado

Como ya se ha expuesto, puede admitirse que los estándares de prueba *suponen el carácter gradual de la corroboración de una proposición* (Ferrer, 2005, p. 69), lo que posibilita la definición de umbrales diferenciados y distintos niveles de exigencia, de acuerdo con una agenda política determinada y los valores que se estime pertinente resguardar. Sin embargo, por razones obvias, relativas a la vigencia del principio de legalidad y a la necesidad de seguridad jurídica, la determinación de los estándares de prueba debe disponerse legislativamente y no por vía jurisprudencial (Ferrer Beltrán, 2007, p. 142 y ss.; Vázquez, 2016, p. 268). Empero, es posible observar, en muchas sentencias judiciales, la desnaturalización de ciertas pautas de valoración

de la prueba, instrumentalizándolas de forma que funjan como verdaderos estándares, generalmente para flexibilizar los requerimientos que el umbral general implica⁵². Esta práctica debe rechazarse, pues trae consigo inseguridad y riñe con valores esenciales en un proceso penal propio de un Estado de Derecho.

Desde esta perspectiva, como ya adelantamos en los acápites precedentes, la inexistencia, al menos en el caso costarricense, de un estándar de prueba distinto en materia de violencia de género, impide otorgar un tratamiento privilegiado a la víctima-testigo, cuando se está frente a esta tipología delictual⁵³. En este punto, la necesidad de cumplir con idéntico umbral de prueba que para cualquier otro delito, podría generar impunidad en algunos casos en que no se cuente con medios de prueba que corroboren el relato de la víctima, sin embargo, precisamente la distribución del riesgo a favor del imputado se ha dispuesto en virtud del alto costo de error en caso de una condena falsa, debiendo tomarse en cuenta, además, el papel

⁵² Por ejemplo, según lo constata *Fernández López*, en el ámbito español, la jurisprudencia se ha mostrado reticente a exigir la corroboración del relato de un coimputado o de una víctima (2007, p. 8), lo que supone, en la práctica, la mengua del estándar dispuesto para la generalidad de los delitos.

⁵³ En la sentencia 282/2018, la Sala Penal del Tribunal Supremo de España, con ocasión de un caso en donde se debatía la existencia de una víctima de violencia de género, señaló que ésta ostenta una condición privilegiada en el proceso penal, por lo que *su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido*. No se entiende a qué se refiere la Sala al referirse a la “categorización probatoria” ni cuál sería la relevancia de esa posición privilegiada que se le atribuye en el proceso, de cara al umbral probatorio necesario para derrotar el principio de presunción de inocencia, pero se estima por completo desafortunado el argumento. En el ámbito costarricense, mediante voto 2008-014918, la Sala Constitucional avaló la línea jurisprudencial de la Sala Tercera que permitía el dictado de sentencias basadas en el único testimonio de la víctima, lo cual es correcto, siempre que no se establezca subrepticamente un umbral probatorio menos riguroso y se cuente con otros medios de prueba que corroboren el relato.

⁵⁰ De acuerdo con el modelo de análisis de *Toulmin*, la *petitio principii* constituye el mejor ejemplo de falacia por falta de razones, en tanto *consiste en efectuar una pretensión y argumentar en su favor avanzando razones cuyo significado es sencillamente equivalente al de la pretensión original* (Atienza, 2005, p. 94).

⁵¹ Afirma *Ibáñez* que la expresión en cuestión (“nadie debe padecer...”) *equivale a: nadie que no sea el imputado, en lo que constituye una clara recuperación del terrible in atrocissimis* (2015, p. 313).

residual del derecho penal en la disminución de la violencia estructural contra las mujeres y la pluralidad de factores que desembocan en la impunidad de una conducta delictiva de este tipo.

Si bien las dificultades probatorias pueden implicar un desincentivo para que las víctimas desactiven el proceso penal, no se trata de una razón privativa de este tipo de delitos ni mucho menos la única, lo que contraría, a mi entender, la viabilidad de optar por esta vía para la reducción de los márgenes de impunidad.

iii. Relativización del principio de presunción de inocencia

La presunción de inocencia *no admite derogaciones ni atenuaciones*. Esta posición es compatible con las características de no relativización e inalterabilidad que la doctrina ha atribuido al principio en cuestión, lo que impediría que argumentos relacionados con la tipología delictiva, el momento procesal, la forma de realización del delito⁵⁴ o los medios de prueba con que se cuente en un caso concreto, lo permeasen. De manera estupenda, *Ibáñez* desarrolla el principio de presunción de inocencia, señalando que este, como regla de juicio, es un derecho fundamental del imputado, y, desde el prisma normativo, constituye un derecho absoluto; en resumen, *el imputado tiene todo el derecho a*

⁵⁴ Se ha discutido si la presunción de inocencia se ve mermada cuando existe una sentencia condenatoria, aunque esta no se encuentre firme, o cuando se trate de delitos cometidos en flagrancia. Por ejemplo, desde la concepción relativista de *Enrico Ferri*, la presunción de inocencia debe ceder gradualmente con el avance del procedimiento hacia la sentencia definitiva, porque a medida que la instrucción avanza acumula indicios y pruebas contra quién es juzgado, la presunción de inocencia se debe atenuar, hasta desvanecerse frente a la sentencia que encierra el juicio penal (Llobet Rodríguez, 2010, p. 80). Se trata de una postura evidentemente insostenible.

toda la presunción de inocencia en todos los casos (2015, p. 312). Este mismo autor también vislumbra relevancia epistémica en la noción del principio de presunción de inocencia⁵⁵.

La asunción de la presunción de inocencia como un principio de carácter absoluto implica, como lo señala *Ibáñez*, que el fracaso de la acusación, por las razones que sean, *solo puede confirmar el estatus de inocencia preexistente. Lo contrario lleva por fuerza a la distinción inaceptable entre una absolución por inexistencia de pruebas y otra solo por la insuficiencia de estas; y, como consecuencia, a establecer categorías de inocentes* (2015, p. 313), a lo que tendríamos que añadir que tampoco los defectos de la propia administración de justicia, en la figura de sus jueces, puede motivar la irrupción de esa odiosa categoría de inocentes, que lo son, pero lo son menos que otros.

En tiempos de rampante populismo penal, urge se imponga la racionalidad y la mesura. La violencia de género constituye un problema estructural de hondas raíces, debiendo el proceso penal ocuparse de no avivar las brechas ya existentes ni reproducir sesgos de género que pueden derivar en resoluciones judiciales irracionales. Pero ese compromiso no puede significar perder la perspectiva y disminuir, en la práctica, las garantías consustanciales al proceso penal, por ejemplo, flexibilizando el requerimiento

⁵⁵ En tanto se considera que, dicho principio, *reclama imperativamente un modo de actuar rigurosamente inspirado en el paradigma indiciario. El paradigma indiciario tiene indudable trascendencia epistémica. En efecto, pues impone deliberada ignorancia, o, lo que es lo mismo, la ya aludida neutralidad en el punto de partida, es decir, ausencia de prejuicios. Exige una razonable presencia de contenido empírico en la imputación, que la dote de plausibilidad: no sirve cualquier sospecha; proscribire operar por simple olfato o corazonada. Y, con ello, procura una aproximación tendencialmente objetiva a la verdad empírica ya desde el inicio*” (*Ibáñez*, 2015, p. 312).

de una adecuada imputación en la acusación⁵⁶ o determinando pautas de valoración que encubren la creación pretoriana de umbrales de prueba menos exigentes. Aunque la presión social sea desmedida, debe buscarse que las garantías procesales no operen como “simples consejos” (Ibáñez, 2015, p. 310), pues *la jurisdicción no se justifica por el consenso de la mayoría (que es coyuntural)*⁵⁷ (Ibáñez, 2018).

iv. Utilización de proposiciones sociales

La *proposiciones sociales*, en el sentido delineado por Schauer, constituyen condiciones sociales de carácter general que implican la introducción de conclusiones de hecho que no han sido debatidas por las partes (2013, pp. 220–222). En el tema que nos ocupa, podría tratarse de la inserción de generalizaciones correspondientes con el uso normativo de los estereotipos de género⁵⁸.

⁵⁶ En Costa Rica, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha avalado acusaciones con circunstanciación deficiente, mediante la utilización de lapsos amplísimos, lo cual evidentemente lacera el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia.

⁵⁷ En el mismo sentido, se ha dicho: “(...) a diferencia de cualquier otro poder público, el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal (...) No se puede castigar a un ciudadano sólo porque ello corresponda a la voluntad o a los intereses de la mayoría. Ninguna mayoría, por muy aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Y ningún consenso político –del parlamento, de la prensa, de los partidos o de la opinión pública– puede sustituir o eliminar las pruebas de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad ni el consenso o el interés general, ni ningún otro principio de autoridad, pueden convertir en verdadero lo que es falso o viceversa”. (Ferrajoli, 2010, p. 69).

⁵⁸ Señala Schauer que aun cuando un juez no cita revistas académicas no jurídicas o periódicos u otra cosa, está, aunque

v. Concepción mística de la inmediación

La jurisprudencia suele asumir con tenacidad la llamada concepción “mística de la inmediación” (Ibáñez, 2015, pp. 272–277), privilegiando el contacto directo que en la producción de la prueba tiene el órgano decisor de instancia. En los casos de delitos de violencia de género se visualizan aspectos propios de la llamada *concepción persuasiva de la prueba*, especialmente la presencia de una noción intensa de la inmediación (Ferrer Beltrán, 2017, p. 3), que propicia se ponga el acento de la valoración en el comportamiento del testigo, aspecto que se analizará en el siguiente acápite⁵⁹.

vi. Conductismo y prueba testifical

Desde la psicología del testimonio se ha desmitificado la suficiencia de elementos conductuales externos para determinar la fiabilidad de un testimonio⁶⁰, sin embargo, la tendencia

de manera menos evidente, apoyándose en fuentes de información que son fáticas de un modo fundamental, que bien pueden ser discutidas y que son incorporadas al derecho, de alguna manera, por debajo de la mesa. Esto va más allá del modo en el cual esas proposiciones pueden dar lugar a consecuencias adversas para una de las partes sin que ella tenga muchas oportunidades, o no tenga ninguna, para contradecir esas proposiciones mediante el proceso adversarial normal, incluyendo, pero no limitado a, la interpelación cruzada.

⁵⁹ Para Ibáñez, esta forma de entender el principio de inmediación resulta inaceptable, pues no se trata de una cuestión de racionalidad crítica sino función de poder, de un poder misterioso cuyo concreto ejercicio no es susceptible de justificación y que así no tendrá nada de jurisdiccional, ya que desplaza a su titular a un terreno que es más bien el propio del oráculo o de la pitonisa (2015, pp. 272–274). También Ferrer Beltrán defiende una versión débil o limitada del principio de inmediación, como característica de la concepción racionalista de la prueba, circunscribiendo la relevancia de este principio a la disminución de errores, por eliminación de intermediarios en la transmisión de información al juez y, también con relevancia epistémica, al potenciar el principio de contradicción (2017).

⁶⁰ Diges afirma, con respecto a quienes piensan que las intenciones

judicial a hacer recaer los juicios valorativos en el mero comportamiento del deponente se encuentra hondamente arraigada y sigue siendo un lugar común en las sentencias⁶¹. Adicionalmente, la continua mención de frases “cajoneras” y vacías, como forma de eludir la explicitación de argumentos arbitrarios, encubriendo prejuicios e imposibilitando el control intersubjetivo de los mismos, sin duda alguna socava todas las garantías que pretende ofrecer el proceso, en tanto, de nada sirve resguardar el derecho de defensa y otros principios a través de un proceso debido, si finalmente la resolución pudiera recaer en el inasequible parecer subjetivo del órgano decisor.

Tal y como lo ha destacado Nieva, citando a Manzanero, la psicología del testimonio ha puesto en evidencia la necesidad de valorar la credibilidad del testimonio y no del testigo, aún cuando, como ya se ha indicado, en la actualidad siguen teniendo un enorme peso las

impresiones que los jueces tienen de la conducta del testigo, provocando sentencias fundadas en mera intuición, impulsados por la tendencia a sobrevalorar la propia capacidad de detectar las mentiras (Nieva Fenoll, 2010, pp. 220–222)⁶².

En España, por ejemplo, se han establecido jurisprudencialmente, como indicadores de valoración de prueba, la verosimilitud, la ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación. Sin embargo, estos lineamientos suelen asumirse “con cierto automatismo”⁶³, como si se tratase de un listado taxativo cuya verificación acarrea la veracidad del testimonio,

de un testigo se reflejan en signos externos observables, que *ni la cara (ruborizarse, palidecer, mirar a los ojos o no, mirar a la izquierda o derecha, como erróneamente afirma la programación neurolingüística), ni los gestos de manos, pies o la postura del cuerpo en general; ni, desde luego, los datos fisiológicos que proporciona el polígrafo, son indicadores fiables para distinguir más allá del 50% (el nivel de azar) entre verdad y mentira. Solo el análisis del contenido de la declaración añade un poco más de precisión en la discriminación* (2016, p. 22).

⁶¹ Sin mayor abundamiento, en el ámbito costarricense, las referencias, por ejemplo, a la “sencillez y honestidad” en el discurso de la agraviada (Sentencia 794-2017, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón), *la observación del lenguaje paralingüístico (timbre, tono de voz, reacciones emocionales, silencios o pausas) y/o corporal de las personas que rinden su declaración y son interrogadas en juicio* (Sentencias 328-2018 y 434-2018, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón), o el *estado de ánimo del deponente, su lenguaje verbal como corporal, su facilidad de expresión, entre otros factores, los cuales por lo general sí pueden ser apreciados por los juzgadores, en la etapa plenaria, gracias a las virtudes del principio de inmediación* (Sentencia 336-2018, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón), son extremadamente usuales. Como afirma Ibáñez, *¿la gestualidad vale, pero qué papel tiene? Relevante para realizar el interrogatorio de las partes pero no para el juez* (2015, p. 277; 2018).

⁶² De hecho, es frecuente que en nuestra vida cotidiana nos precieemos de reconocer cuando nos quieren engañar o nos mienten, sacando a relucir nuestra experiencia como andamiaje del “a mi no me dan gato por liebre”. Esta forma de tomar decisiones, mediante modelos mentales y los llamados “heurísticos”, siguiendo a Nieva, puede ser de mucha utilidad en las relaciones cotidianas, pero tienen una gran posibilidad de conducir a error (2010, pp. 114–129).

⁶³ En la sentencia 417/2012, reiteradamente mencionada, la Sala Penal construye lo que podría denominarse una “teoría de los elementos negativos de la prueba testifical”, según la cuál la ausencia de algunos de los elementos señalados, sea que la declaración del testigo se considere inverosímil, contradictoria o basada en intenciones diversas a las de propiciar la averiguación de la verdad, implicaría su eliminación *a limine*. Esta solución pareciera excesivamente tajante si se toma en cuenta que, partiendo de las mismas razones que invoca la Sala, un testimonio con ciertas contradicciones o que apareje alguna conflictividad que pudiera razonablemente sugerir, *ab initio*, un “móvil espurio”, podría resultar veraz. Por ejemplo, Nieva destaca, en cuanto a la coherencia en el relato del testigo-víctima, que no es una invariable señal de verosimilitud, pues incluso podría ser un indicador de todo lo contrario, en la medida que *los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica* (2010, pp. 224; 248-249), por lo que, en sentido inverso, la fragilidad de la memoria podría propiciar relatos con ciertos vacíos y discordancias que, no obstante, resulten fidedignos.

A pesar de ello, se observa gran sensatez por parte de la Sala, al considerar el cumplimiento de los citados factores (verosimilitud, etc.) simplemente como la superación de una barrera de “atendibilidad” del medio de prueba, siendo esta condición necesaria más no suficiente para afirmar su fidelidad, manteniéndose incólume el requerimiento de que tales medios se confronten con otros de distinta procedencia, para así corroborar la información que brinden. De esta forma se lograría evitar el mencionado “automatismo” argumental.

es decir, como ya se indicó, equiparándolos a un estándar de prueba.

Con motivo de las dificultades para evaluar la prueba testimonial, se han sugerido, sin pretensiones de exhaustividad, algunas circunstancias controlables por el juez, ante la declaración de un testigo o parte, dentro de las cuales se encuentra la coherencia, la contextualización, la existencia de corroboraciones periféricas y la presencia de detalles oportunistas (Nieva Fenoll, 2010, pp. 222–230)⁶⁴. Lógicamente, la presencia o ausencia, en mayor o menor medida, de alguno de los indicadores expuestos, no implica necesariamente desechar o acoger la información vertida en una declaración, pues, como se ha evidenciado, la valoración del testimonio es quizá una de las actividades más complejas que existen, siendo muy probable que en ciertos casos, un “buen actor” estructure intencionalmente un relato, en apariencia fiable, pero que no se corresponda con la verdad de lo ocurrido, mientras que la narración de ciertos hechos por parte de alguien que incurra en nerviosismo y, por ende, presente lagunas y contradicciones sea, sin embargo, ajustado a la realidad. Mención separada merecen aquellos casos en que el declarante crea en la sinceridad de su versión, pese a lo cuál esta no sea verdadera, influenciado por errores en la percepción o

interpretación, o incluso falsos recuerdos⁶⁵.

Considero que ocuparse de lo que el testigo dice y no de quién lo dice o cómo lo dice, permite sortear sesgos de importante presencia en las resoluciones judiciales, tanto el sesgo de la presión social, para la confirmación de la hipótesis acusatoria, como el sesgo de perseverancia en la creencia y el sesgo de confirmación, que presupone *ab initio* que los hechos narrados por la presunta víctima son falsos, ajustando todo lo que ocurre durante el contradictorio a esa preconcepción, instituyendo una especie de tacha solapada de la testigo-víctima por su condición “sospechosa”.

V. Conclusiones

Parece estar fuera de toda duda que la sociedad costarricense, como muchas otras, se ha moldeado bajo parámetros de signo patriarcal, que siguen potenciando una fortísima estructura, ramificada en todas las instituciones nacionales, que genera, facilita, encubre y reproduce la violencia de género, todo lo cual se refleja en los elevados índices de criminalidad en donde las mujeres sufren los estragos del delito.

Como ocurre en cualquier área del conocimiento, muchos de los problemas que

⁶⁴ La coherencia del relato equivale, de acuerdo con la jurisprudencia española, a la exigencia de “persistencia en la incriminación” o ausencia de contradicciones; ligado al requerimiento de verosimilitud, se encuentra la contextualización del relato, que implica que la persona declarante aporte información espacio-temporal *del ambiente vital* en que se desarrollaron los hechos percibidos; las corroboraciones periféricas estriban en la presencia de datos adicionales (a partir de otras declaraciones, documentos, pericias, etc.) y también tienen importancia para valorar la verosimilitud del relato; y, finalmente, la apreciación de detalles oportunistas, que consiste en que el declarante haga referencia a datos, normalmente innecesarios, que pretendan beneficiar a una de las opciones que se están debatiendo en el proceso, o incluso al propio declarante (Nieva Fenoll, 2010, pp. 222–230).

⁶⁵ *Mazzoni* afirma que la fiabilidad del testimonio depende de una pluralidad de factores, dentro de los que pueden encontrarse la edad, el nivel de conciencia del individuo a la hora de vivenciar el hecho y los esquemas mentales de referencia vinculados con la interpretación del significado del episodio, aunado al hecho de que el proceso de recuperación de la memoria es de tipo reconstructivo y no reproductivo (2010, pp. 20-21; 56-57). Por su parte, *Ibáñez* recuerda, con acierto, lo inadecuado de posturas que al evaluar el valor de la testifical de la víctima, cuando esta es el único testigo, de manera desatinada reclama y justifica -como por principio- la atribución de un plus de valor incriminatorio a esa testifical, a despecho de su concreta calidad convictiva y del dato bien acreditado de que se trata de un medio probatorio cargado de riesgos (2015, pp. 312–313).

suscitan acaloradas disputas teóricas y que restan la potencial utilidad a las mismas, radica en la imprecisión conceptual, constituyendo pseudoconflictos de orden semántico, un verdadero diálogo de sordos. En el estudio de la violencia de género, la indeterminación de las nociones que se utilizan, es el primer escollo que se debe sortear, pues los conceptos de género, violencia y estereotipo, son utilizados, en muchas ocasiones, de forma displicente, instrumentalizándose como herramientas de corte emotivo. Por ello, para la presente investigación se convino la asunción de la noción amplia de violencia y el criterio social de la violencia de género.

Se ha podido concluir que el derecho penal no tiene una vocación *promocional*, lo que lo torna un instrumento de escaso alcance para combatir los cimientos de la violencia de género. No obstante, esto no quiere decir que deba permanecer impávido en el tratamiento de la violencia estructural de género, por el contrario, existen muchas áreas en donde se precisa una evolución favorable a la perspectiva de género, desde el soporte y acompañamiento de las presuntas víctimas de delitos, para evitar la remoción de denuncias por miedo, intimidación o simple agotamiento ante el derrotero del proceso penal, hasta la eliminación del uso normativo de estereotipos de género presentes en resoluciones judiciales.

Pero el empleo de una noción distorsionada de la violencia de género debe combatirse con el mismo ahínco. La pretensión de establecer una relación entre la cifra de impunidad y las garantías del proceso es evidente, y constituye el caballo de batalla de la prensa, para aumentar sus ratings, y los políticos, para ganar electores. Pese a ello, considero que la ratio impunidad/garantismo es

falaz, pues solamente tendría validez efectuando la asimilación procesal de la víctima y el imputado⁶⁶ y asumiendo una noción deformada de la primera⁶⁷. La impunidad es un fenómeno multifactorial y complejo, cuya reducción no depende del relajamiento de las garantías que asisten a las personas imputadas en un proceso penal, pues, más bien, tal flexibilización podría incrementar la posibilidad de error y, por ende, la impunidad real, incurriéndose en un doble despropósito: la condena de un inocente y el aseguramiento de un culpable.

Con respecto a la determinación de un estándar probatorio diferenciado en los delitos de violencia de género, se ha podido observar que no se cuenta con una regulación normativa en ese sentido, siendo imprescindible que sea por la ruta legislativa que se dispongan este tipo de umbrales. Adicionalmente, se estima inconveniente el establecimiento de un estándar probatorio diverso, tanto para delitos de violencia de género como para cualquier otro tipo delincencial, toda vez que las dificultades probatorias que puedan presentarse en mayor o menor medida en unos y otros, no sería suficiente para justificar la distribución del error, recargándolo en la parte débil del proceso, que es el imputado⁶⁸. Dentro de esta lógica, dado que se trata de una decisión de política pública,

⁶⁶ Debe recordarse que la víctima es el sujeto débil en la ejecución del delito, pero el sujeto débil en el proceso es el imputado (Ibáñez, 2018).

⁶⁷ Se observa la construcción de una víctima plural, abstracta, con lo que se produce un distanciamiento de los aspectos específicos del caso. Se presenta una perspectiva que rebasa la víctima concreta y trasciende a víctimas potenciales, indeterminadas (Llobet Rodríguez, 2012, p. 200; Mora Sánchez, 2015, pp. 60–65).

⁶⁸ Ferrajoli precisamente define el derecho penal mínimo como la ley del más débil contra la ley del más fuerte que estaría en vigor en su ausencia, como aquella que protege al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el momento de la ejecución penal es el detenido (2010, p. 252).

tienen interés el recrudecimiento de las penas, en general, y particularmente en delitos de género, lo que incrementa el coste del error, además de la concepción de la presunción de inocencia como un principio de carácter absoluto, que posee también una dimensión epistémica relevante.

En cuanto a la evaluación del umbral probatorio en materia penal existente, delineado jurisprudencialmente como de certeza, se ha planteado la posibilidad de construir uno más preciso y objetivo. He tomado posición en el sentido de aceptar la inviabilidad de definir un estándar bajo esos parámetros, debiendo optarse por la definición, no taxativa, de algunos modelos de evaluación de las pruebas que permitan el control intersubjetivo del nivel de solidez de las inferencias que se realicen.

Sobre la valoración de la declaración de la víctima-testigo, siendo un medio de prueba prevalente en la mayoría de los procesos por delitos de violencia de género, se han enfatizado ciertas prácticas incorrectas en la evaluación de los mismos, como la utilización de falacias de petición de principio, la instauración solapada y pretoriana de estándares de prueba de menor rango, la relativización del principio de presunción de inocencia⁶⁹, el empleo de proposiciones sociales, la vigencia de una concepción mística del principio de inmediación y la preponderancia que se le da a aspectos conductuales externos de los testigos para el examen de la fiabilidad de sus

declaraciones.

Aunque considero inconveniente restablecer la regla del *testimonium unius non valet*, resulta evidente que la sola versión de la víctima-testigo difícilmente puede derribar el estado de presunción de inocencia del imputado⁷⁰. Resulta relevante observar que, en muchas ocasiones, también se cae en una falacia *petitio principii* cuando se arguye la existencia de distintos tipos de prueba, pero estos corresponden a la misma fuente, como ocurre cuando se trata de testimonios de referencia, la denuncia o ciertas pericias que recogen idéntica versión, pero obtenidas todas a partir de una única fuente, la víctima-testigo⁷¹.

La evaluación de testimonio de la víctima-testigo precisa, en primer lugar, el destierro de aserciones sexistas, fundadas en el uso normativo de los estereotipos de género⁷², como una forma de deconstrucción de estos. Por otro lado, el énfasis en la evaluación de la declaración y no de quién ni cómo la profiere, es fundamental para efectuar

⁷⁰ De acuerdo con Nieva, en caso de que no haya corroboraciones del testimonio de la víctima, puede ser muy desgraciado para la misma, puesto que en aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del reo, no quedará otro camino que absolver (Nieva Fenoll, 2010, p. 249).

⁷¹ No se entrará a discutir sobre la pertinencia y utilidad de la distinción conceptual entre medio y fuente de prueba, únicamente se pretende llamar la atención sobre la forma en que, no en pocas ocasiones, se utilizan argucias para dotar una resolución de una fortaleza argumentativa y un soporte epistémico del que carecen. La consideración sobre la variedad de los elementos de juicio, como regla de valoración racional de la prueba, según lo expone Lagier, permite evidenciar este razonamiento falaz (2018, p. 5).

⁷² Desgraciadamente esto es muy usual. En la sentencia 282/2018 de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España, se incurre en varias de estas aserciones, por ejemplo, cuando refiere que la violencia contra las mujeres puede provocar que estas se desplacen a residir con “amigas” (como si las mujeres no pudiesen tener amigos varones), así como la dualidad mujer-maternidad, repetidamente enfatizada en el fallo, son aspectos propios del cliché femenino. En la jurisprudencia costarricense también es un lugar común, como pudo verse, pese a que los Tribunales superiores han sido rigurosos al evaluar ese tipo de criterios.

⁶⁹ Miranda Estrampes considera que la presunción de inocencia, como regla de juicio, incorpora el principio de *in dubio pro reo*. Refiere: *Desde nuestra concepción el principio in dubio pro reo parte del contenido esencial de la presunción de inocencia. Nos mostramos contrarios a aquella posición, avalada por la doctrina del TCE, que distingue conceptualmente la presunción de inocencia del principio in dubio pro reo. La exclusión de este último supone un fenómeno de jibarización del contenido de la presunción de inocencia* (2004, p. 13).

una inferencia probatoria sólida⁷³, es preciso proscribir la anquilosada perspectiva conductista, reiteradamente refutada desde la psicología del testimonio, según la cuál el comportamiento externo de un sujeto puede arrojar datos (interpretables) sobre la veracidad o falsedad de lo que dice, cuando se trata de aspectos sobre los cuáles no se debiera reparar, siendo relevante la credibilidad del testimonio y no del testigo (Nieva Fenoll, 2010, p. 220)⁷⁴.

⁷³ La estructura de la inferencia probatoria propuesta por Toulmin puede resultar de utilidad. Sobre el tema puede verse: Toulmin, 2007. Además, un excelente análisis sobre el esquema de Toulmin y su traslado al razonamiento judicial se encuentra en: González Lagier, 2013, pp. 40 y ss.

⁷⁴ Por eso, con total razón, se ha dicho que debe abolirse la inveterada costumbre de que los jueces valoren a los declarantes por su conducta durante la declaración (Nieva Fenoll, 2010, p. 239), pese a que tampoco la psicología del testimonio ha podido desarrollar mecanismos fiables para inferir la verdad o falsedad de un testimonio, en tanto *la mentira es esencialmente una cuestión de intención (de engañar) y las intenciones son mentales, no se pueden ver* (Diges, 2016, p. 22), de forma tal que el problema no es si existe un reflejo físico (externo) de las intenciones de un sujeto, sino cómo pueden interpretarse y cómo trasladar apreciaciones de esta clase al proceso penal (Ibáñez, 2015, p. 276). A toda esta problemática deben añadirse otros impedimentos, en aquellos casos en que el testigo piensa que dice la verdad pero no lo hace, no por decisión (como intención) sino por problemas de percepción o interpretación, niveles de conciencia al percibir el hecho, esquemas de referencia, entre otros (Mazzoni, 2010, pp. 19–27). Por ejemplo, en la sentencia 282/2018 de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España, expresamente se sugiere que las víctimas de violencia de género mantienen una “posición distinta” a la de otros testigos sin esa dualidad (víctima-testigo), considerándose que ello acarrea que deban tener “un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba”, siendo su “categorización probatoria” de un grado mayor que la del “mero testigo ajeno y externo”, lo que lo constituye como “testigo privilegiado”, asumiéndose que los hechos que presencia *se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida*. Desde la psicología del testimonio, esta postura tendría que ser objetada, toda vez que, por la forma en que funciona nuestra memoria, la codificación de la experiencia vital implica un sistema de atención focalizada y un mecanismo de vigilancia que producen, en conjunción, la intensificación del recuerdo de las áreas en que nos concentramos y, por otra parte, el olvido de información irrelevante (Mazzoni, 2010, pp. 34–36), una especie de gradación de la información que percibimos. En sucesos violentos, la posición de víctima puede no ser la de “testigo privilegiado” que se pretende, pues parece obvio

No cabe duda de que el establecimiento de un proceso penal con perspectiva de género, alejado del populismo y la demagogia, es aún un objetivo utópico. No obstante, no se debe claudicar en su búsqueda, siendo el primer paso la discusión y la confrontación de ideas.

VI. Bibliografía consultada

- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Binder, A. (2014). *Introducción al derecho procesal penal. Tomo I*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Bodelón, E. (2013). *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Cardoso, F. H., & Faletto, E. (1973). *Dependencia y desarrollo en América Latina* (7a edición). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Cepeda Pérez, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel.
- Chinchilla Calderón, R. (2010). *Principio de legalidad ¿Muro de contención o límite difuso para la interpretación de la Teoría del Delito en C.R.?* San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Dahm, G., & Schaffstein, F. (2011). *¿Derecho*

que la atención de ésta estará dirigida a cuestiones relevantes para su autodefensa y no a la integralidad de la escena del delito. La vinculación entre el estrés, el nivel de arousal y la disminución en los índices de acierto en la identificación de presuntos ofensores por parte de víctimas de delitos se ha analizado, con cita de múltiples estudios al respecto, en: Diges & Pérez-Mata, 2014, pp. 44–49. Aunque, valga la aclaración, esto de ninguna manera signifique la “tacha” del testigo-víctima. Se reitera, se trata de valorar el testimonio y no a la persona declarante. Refiere Nieva: “es ya hora de que la firmeza o vehemencia de quien hable deje de confundirse con su credibilidad” (2010, p. 239). Postura que es avalada desde la psicología del testimonio.

- penal liberal o derecho penal autoritario? (L. Brond, Trans.). Buenos Aires: Ediar.
- De Sousa Santos, B. (2014). *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. (C. Martín Ramírez, Trans.). Madrid: Editorial Trotta.
- Diges, M. (2016). *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*. Madrid: Editorial Trotta.
- Diges, M., & Pérez-Mata, N. (2014). La prueba de identificación desde la psicología del testimonio. In *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*. Marcial Pons.
- Duce, M. (2013). Errores del sistema y condena de inocentes: Nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria. In *El modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal* (p. 322). Thomson Reuters.
- Duce, M. (2018). Prácticas probatorias y riesgo de condena de inocentes: una visión empírica. In *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio* (pp. 1–42). Girona.
- Eco, U. (2017). *De la estupidez a la locura. Crónicas para el futuro que nos espera*. (H. Lozano Miralles & M. Pons Irazazábal, Trans.). Bogotá: Lumen.
- Fernández López, M. (2007, March). La valoración de pruebas personales y el estándar de duda razonable. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, (15), 1–12. Retrieved from <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2260161&orden=110621&info=link>
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. (M. Carbonell, Ed.) (2a edición). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2a edición). Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: Inmediación e inferencias probatorias, (33), 107–126. <https://doi.org/10.4000/revus.4016>
- Ferrer Beltrán, J. (2018a). La distribución del riesgo probatorio. In *Máster en Razonamiento Probatorio*. Universitat de Girona.
- Ferrer Beltrán, J. (2018b). Prolegómenos para una Teoría sobre los Estándares de Prueba. El test case de la Responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio* (pp. 1–35). Girona.
- Galeano, E. (2004). *Las venas abiertas de América Latina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- García-Pablos de Molina, A. (2014). *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- González Lagier, D. (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Primera Ed). México D.F.: Editorial Fontamara.
- González Lagier, D. (2018). Prueba y argumentación (¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba). In *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio* (pp. 1–12). Girona. <https://doi.org/10.15713/ins.mmj.3>
- Ibáñez, P. A. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ibáñez, P. A. (2018). Garantismo y garantías procesales. In *Máster en Razonamiento Probatorio*. Universitat de Girona.

- Jauchen, E. (2008). *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. (R. Calvo Soler, Trans.), 28, 95–113. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/132687>
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (C. Vázquez & E. Aguilera, Trans.). Madrid: Marcial Pons.
- Llobet Rodríguez, J. (2010). *La prisión preventiva (Límites constitucionales)* (3a edición). San José: Editorial Jurídica Continental.
- Llobet Rodríguez, J. (2012). *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)* (5a edición). San José: Editorial Jurídica Continental.
- Maqueda Abreu, M. L. (2014). *Razones y sin razones para una criminología feminista*. Madrid: Dykinson.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. (J. M. Revuelta, Trans.). Madrid: Editorial Trotta.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004*. Retrieved from <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/mirandaestampres.pdf>
- Mora Sánchez, J. J. (2015). *Prisión preventiva y control de convencionalidad*. San José: Editorial Juritexto.
- Müller, I. (2014). *Los juristas del horror*. (C. A. Figueredo, Trans.). Bogotá: Editorial ABC.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Picó i Junoy, J. (2011). *El juez y la prueba*. Ibáñez.
- Poggi, F. (2018). Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho. In *Seminario de la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona*.
- Rodríguez Sáenz, E. (2004). Legislando y regulando la violencia conyugal en Costa Rica durante el siglo XIX. In *Historia, género y familia en iberoamérica (siglos XVI al XX)*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer.
- Sancinetti, M. (2012). Las imputaciones por abuso sexual libradas a la arbitrariedad del denunciante. *Revista Pensamiento Penal*. Retrieved from <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/07/doctrina34309.pdf>
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado*. (T. Schleider, Trans.). Madrid: Marcial Pons.
- Schopenhauer, A. (2009). *El arte de tener razón expuesto en 38 estratagemas*. (D. Garzón, Trans.) (15a edición). Biblioteca Edaf.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba de los hechos*. (J. Ferrer Beltrán, Trans.). Madrid: Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. (D. Accatino Scagliotti, Trans.). Madrid: Marcial Pons.
- Toulmin, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. (M. Morrás & V. Pineda, Trans.), *Journal of Chemical Information and Modeling*. Barcelona: Ediciones Península. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial* (Primera ed). Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2016). La prueba pericial en la experiencia Estadounidense. El caso Daubert. *Jueces Para La Democracia*, 86, 92–112.
- Vega Monge, A. (2015). *Populismo punitivo y medios de comunicación*. San José: Editorial Jurídica Continental.



Disfrute los beneficios que las Alianzas Comerciales
le ofrecen a nuestros agremiados (as)
y a sus familiares con carné

Orlando Desde \$689
Del 14 al 19 de febrero, 2019
10% de descuento para Colegidos y familiares directos

Desafíos Travel & Tours
MAYORISTAS INTERNACIONALES DE VIAJES

Guatemala Desde \$144
Del 16 al 20 de abril, 2019

Reserve con \$150 por persona

INFO@DESAFIOSTRAVEL.COM
WHTS: 7027-0055

Tarjeta
Colegio



Traslade sus compras a
3 meses sin intereses*
con la tarjeta VISA Colegio de Abogados y Abogadas

Reporte su compra al 2519-8060 antes del corte de su tarjeta.



2519-8280 | www.promerica.fi.cr



Aplican restricciones. *Las cuotas sin intereses aplican al pago de contado de su tarjeta de crédito. Comisión de 1%. Aplica para compras mayores a €50.000.

15%
de descuento

En todos nuestros
servicios con su
carnet de colegiado

Center
Healthcare

4070 0740 7262 2123
www.ogcenter.cr

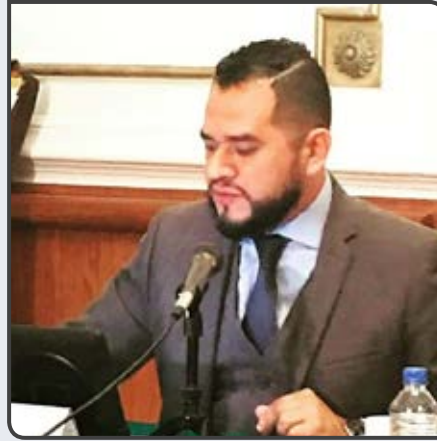
**Verano en la playa
TODO INCLUIDO**
¡A tan solo 90 minutos de San José!

Reservá ya:
Idania Loaisiga
iloaisiga@gmhospitality.net
Tel: (506) 2106-5121

Best Western
Jacó Beach All Inclusive Resort

<https://www.abogados.or.cr/alianzas-comerciales/>





Hechos y verdad desde la visión del abogado defensor

por Baldomero Mendoza López¹

I. Sobre la verdad, la disminución y la distribución del error dentro del proceso penal.

En casi todos los sistemas de justicia penal se ha reconocido que el fin primario e ineludible del proceso es el de la búsqueda de la verdad y, por tanto, evitar el pronunciamiento de veredictos falsos; reduciéndose con ello la posibilidad del error (Laudan, 2013, pág. 22).

Así, la idea de reducir la posibilidad del error²

¹ Licenciado en Derecho, Especialista en Derecho Constitucional y Maestro en Derecho, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Doctor en Filosofía Política por la Universidad Autónoma Metropolitana; Máster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona (en curso); Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Instituto Nacional de Ciencias Penales; Abogado postulante en materia constitucional, derechos humanos y procesos penales.

² La idea de error que aquí se emplea, es en sentido expuesto por Laudan (2013, pág. 34), esto es, no tiene nada que ver con determinar si el sistema siguió puntualmente o no las reglas jurídico-procesales (es decir, nada que ver con el sentido de error empleado por los tribunales de apelación), sino más bien en establecer si los fallos judiciales en efecto condenan al culpable

se traduce en evitar que una persona inocente, sea hallada como culpable, o bien, que una persona culpable, no sea hallada como tal por el sistema, actualizando, según sea el caso, un *falso hallazgo inculpatório*, o bien, un *falso hallazgo exculpatório* (Laudan, 2013, pág. 34), incluso, constituciones como la mexicana, de manera expresa establecen que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente y procurar que el culpable no quede impune³.

Un culpable siempre lo es, independientemente de que sea absuelto dentro de un proceso, y un inocente lo será aún y cuando sea condenado, y justo es ahí donde se actualiza el error, ya que ser *hallado culpable* y *ser culpable*, son manifiestamente cosas distintas, al igual que *ser*

y liberan al inocente. Un proceso en el que se respeten todas sus reglas no es garantía de que la resolución sea la correcta, ya que muchas reglas conducen a la emisión de veredictos falsos.

³ Artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

presumido inocente y ser inocente (Laudan, 2013, pág. 36).

El sistema será asertivo cuando se condena a quien efectivamente realizó una actividad que se considera delito, esto es, lo acontecido en la realidad y lo probado en el proceso, es concordante. Así, el concepto de verdad en juego, que resulta útil para dar cuenta de esa relación teleológica, tal y como lo afirma Jordi Ferrer (2005), es el de verdad como correspondencia, de modo que diremos que un enunciado fáctico (formulado en el marco de un proceso judicial y sometido a prueba) es verdadero si, y sólo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo (externo al proceso).

Bajo este contexto, un sistema de justicia penal es primordialmente un *motor epistémico* (Laudan, 2013, pág. 23), ya que se traduce en un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla confusa de datos e información, por lo que buscar reducir el error, sólo es otra forma de manifestar que el proceso se construye para averiguar la verdad en cada caso, que a través de sus procedimientos y reglas en él se ventilen.

Así, ante la posibilidad inherente del error, en el diseño de los procesos se debe buscar un doble objetivo: por una parte, disminuir la probabilidad del error y, por otra, distribuir entre las partes el riesgo del error.

Para disminuir la posibilidad del error, al diseñar los mecanismos procesales se deben establecer reglas que maximicen la incorporación a favor de las partes, del mayor número posible de pruebas relevantes al acervo probatorio, así como la mayor información sobre su fiabilidad,

ya que bajo esta perspectiva se aumentan las probabilidades de acierto en las decisiones probatorias contenidas en las sentencias judiciales.

Por tanto, las reglas procesales relativas a la prueba deben de apuntar a promover siempre la formación de un conjunto probatorio lo más rico posible cuantitativa y cualitativamente. Así, en el ¿quién?, el ¿cómo? y el ¿cuándo? se puede proponer la admisión de pruebas, o bien, en el qué pruebas deben ser admitidas, incluyendo el cómo controlar su fiabilidad a través de su práctica, incluso, bajo qué reglas se realizará la incorporación de la misma, son algunos de los aspectos que necesariamente incidirán en la riqueza del acervo probatorio, lo que, a su vez, como ya se dijo, afectará a la probabilidad de acierto al resolver los diversos casos que se presentan ante los Tribunales de enjuiciamiento. Por eso, y tal y como lo afirma Jordi Ferrer, a mayor y más fiable información, mayor probabilidad de certeza en la decisión sobre los hechos.

Por otro lado, y como segunda estrategia a seguir frente a la posibilidad de equívoco del resultado del proceso, se debe diseñar una serie de reglas que conlleven a una distribución del riesgo del error entre las partes.

Esa distribución del riesgo del error (Laudan, 2013, pág. 60), se logra mediante mecanismos procesales como lo son las cargas de la prueba, las presunciones y muy en específico en los estándares de prueba, en donde la aplicación de un estándar de prueba exigente, conduciría, por ejemplo, en la absolución, mientras que la aplicación de un estándar de prueba menos exigente, traería como consecuencia más condenas.

Si bien es cierto que la existencia de estándares probatorios (Ferrer Beltrán, 2018), no permitirán identificar las falsas absoluciones o las falsas condenas, si permitirán determinar para cada tipo de casos a partir de qué grado de exigencia probatoria estamos dispuestos a que el riesgo del error, por ejemplo de una condena falsa, recaiga en la defensa, o bien, mirado desde la otra cara de la moneda, hasta qué grado de exigencia probatoria estamos dispuestos a que el riesgo del error, de una absolución falsa, recaiga en la acusación. Así, evidentemente, a mayor exigencia probatoria aumentará también el riesgo del error de la absolución falsa, y a la inversa, si la exigencia es menor, aumentará la posibilidad de una condena falsa.

Sostiene Jordi Ferrer (2018), que existen una serie de razones que sirven para determinar el nivel de exigencia probatoria, y con base en las cuales se pueden construir los estándares probatorios que regirán dentro de un proceso. Dentro de esas razones, se considera que es posible encontrar las siguientes:

- a) La relativa a la importancia del bien afectado por la consecuencia jurídica del proceso y por el grado de afectación de este. No es lo mismo que la consecuencia sea una pena alternativa, que una pena de prisión de setenta años. Resulta obvio que habrá mayor exigencia en el estándar sobre la pena de prisión de setenta años, puesto que el error de la condena falsa tendría más graves consecuencias.
- b) El coste del error que implica para la política criminal las absoluciones falsas.
- c) La dificultad probatoria en determinados casos, como acontece en los delitos

sexuales.

- d) La fijación de cargas de prueba y el establecimiento de presunciones.

Estos estándares probatorios pueden variar incluso dentro de un mismo proceso, para una gran variedad de decisiones que los juzgadores van tomando. Así, por ejemplo, para el caso mexicano en el denominado auto de vinculación a proceso, se establece por el Código Nacional de Procedimientos Penales un determinado estándar, el cual es diverso al empleado para la imposición de medidas cautelares, o bien, los empleados para resolver en definitiva el caso.

De esta forma, corresponderá a cada una de las partes participar dentro del proceso, de conformidad a la distribución del riesgo del error que se haga por las reglas que normen el procedimiento.

Bajo este contexto, consistente en distribuir entre las partes el riesgo del error, *¿cuál es el papel del abogado defensor?*

II. El derecho de defensa.

De manera frecuente se parte de la idea que la necesidad de contar con un defensor se debe a que las personas son incapaces de defenderse por sí mismas, ya que no cuentan con los conocimientos jurídicos, ni con las habilidades para hacer frente a un proceso del orden penal⁴. Sin embargo,

⁴ Si bien se reconoce por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles, el derecho de los imputados a defenderse personalmente, también en dichos instrumentos se ha establecido que el hecho de tener un defensor particular o uno auspiciado por el Estado es irrenunciable, ya que el carácter técnico del proceso requiere necesariamente la asistencia de una defensa que haga accesible el entendimiento del mismo, incluso para ejercer el

esa necesidad cubre necesidades mucho más complejas, ya que el derecho de defensa es un derecho casi omnicompreensivo (Nieva Fenoll, 2014, pág. 141) que describe la actuación de un litigante en un proceso en las mejores condiciones, por lo que supone, una pluralidad de garantías que contribuyen a dotar de contenido las posibilidades de actuación. Al respecto, la Corte Interamericana al resolver el caso *Barreto Leiva contra Venezuela*, en el párrafo 61 de la sentencia de 17 de noviembre de 2009, estableció que la acusación puede ser enfrentada y refutada por el inculpado a través de sus propios actos y, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien asesora al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.

Por su parte, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, se estableció en el párrafo 154 de la sentencia de 26 de noviembre de 2010, que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. De esta forma, desde los inicios del proceso mismo, la participación del defensor resulta indispensable, ya que el no contar con un letrado se traduciría en impedir que la persona ejerza su derecho de defensa, lo cual devendría en una transgresión grave a sus derechos fundamentales. Así, el derecho a la defensa obliga a los Estados a tratar a los individuos en todo momento como verdaderos sujetos del proceso, en el más amplio

derecho de recurrir ante instancias superiores.

En el caso *Barreto Leiva contra Venezuela*, párrafo 63 de la sentencia resuelta por la Corte Interamericana, se establece que no es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona, e incluso [agrego], en una misma institución.

sentido de este concepto, y no simplemente como objetos de éste.

Dentro del derecho de defensa, y a fin de garantizar la efectividad del mismo, se deben garantizar a su vez, una serie de derechos que le dan contenido, los cuales siempre se harán depender de la existencia de un juez imparcial, ya que ese requisito (la imparcialidad del juzgador), es una precondition necesaria para el ejercicio de la defensa adecuada. Ciertamente un juez parcial hace inútil la defensa (Nieva Fenoll, 2014, pág. 141). Dicho de otro modo, se pueden tener todos los derechos, pero si éstos no se ejercen ante un juez imparcial⁵, serán completamente inútiles. En cambio, disponiendo de un juez imparcial, la defensa podrá ser desplegada, incluso hasta lograr la igualdad procesal con el órgano que acusa.

Esos derechos que a su vez integran el derecho de defensa, son:

- a) Derecho al libre acceso a los tribunales. Nada puede impedir al imputado acceder a los lugares en donde se imparte justicia, especialmente si desea defender sus derechos. En ese acceso, se debe garantizar que será siempre presentado como inocente y ser tratado como tal. De igual manera, el acceso a los tribunales, no sólo se traduce en espacios físicos, sino también en evitar

⁵ Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el caso *Daktaras contra Lithuania*, se estableció que la imparcialidad del juez debe analizarse desde dos perspectivas: una subjetiva y una objetiva.

Por la subjetiva (o personal) supone que el juez que interviene en una contienda se aproxima a los hechos de la causa, careciendo de todo prejuicio personal. Por lo que respecta a la imparcialidad objetiva, a través de ella, se debe desterrar cualquier duda que se pueda albergar respecto de la ausencia de imparcialidad, con lo que el juzgador debe actuar sin presión, influencia, aliciente, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el derecho.

dilaciones indebidas.

b) *Derecho a la publicidad*. La publicidad en al menos tres aspectos:

- La Fiscalía no puede ocultar ningún dato, debe dar acceso total a la investigación, y en un acto de lealtad debe poner, en principio, todos los datos y elementos en conocimiento, tanto al imputado como a su defensor.
- El desahogo de los medios de prueba se practica de manera integral en audiencia pública, dando la posibilidad de contradecirlos por cada uno de los intervinientes en el juicio.
- El acceso a la audiencia de todo interesado en escucharla, ya que, en principio, que la audiencia sea pública quiere decir que se celebrará a la vista de todos aquellos que deseen asistir, incluyendo a los representantes de los medios masivos de información, que a su vez llevarán lo sucedido en el proceso más allá de la sala de audiencias. Los procesos se convierten en un asunto de interés público.

De esta manera, con el aspecto tripartito de la publicidad que se ha señalado, se asegura un control, tanto externo como interno, tanto de la actividad de la investigación, como de la actividad judicial.

Sin publicidad, la defensa queda inerme desde dos puntos de vista (Nieva Fenoll, 2014, pág. 143). El primero provoca que no pueda tomar conocimiento de los datos del proceso, por lo que no puede saber sobre qué hechos se va a juzgar. El segundo, garantiza la imparcialidad del juzgador, ya que, ante la vigilancia de terceros, evita la corrupción

judicial, ya que se podrá dar cuenta en el espacio de lo público de la arbitrariedad o de las evidentes fallas de los jueces⁶.

- c) *Derecho a formular alegaciones*. Con ello se actualiza el derecho a ser oído por el juzgador, concretando la posibilidad de expresar, por parte del imputado, todo lo que se desee en su defensa. Para ello, el proceso debe disponer las posibilidades suficientes para que el imputado tenga la posibilidad de realizar dichas alegaciones, siempre de manera informada y previo al ejercicio de este derecho⁷. Así, en México, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece la posibilidad de que después de escuchar la imputación, el procesado pueda manifestar lo que a su derecho convenga, lo cual podrá también realizar en cualquier momento del proceso.
- d) *Derecho a la prueba*. Tener la posibilidad de alegar no es suficiente, por lo que la prueba constituye una herramienta esencial para la defensa. De nada serviría alegar, si no se puede tener la posibilidad de probar lo que se afirma y refuta. Por tanto, debe

⁶ Esta circunstancia bajo ningún motivo debe ser factor de debilitamiento de la independencia, autonomía e imparcialidad del juzgador, la Judicatura debe garantizarlas y en su caso respaldar cualquier decisión judicial e incluso en aquellas oportunidades de fallos controversiales. Por el contrario, la publicidad sin duda será un factor que propicie la mayor capacitación que fortalezca justamente la independencia, autonomía e imparcialidad de los jueces.

⁷ Artículo 8.2, inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La información que reciba el imputado debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos (caso *Tibi contra Ecuador*, párrafo 187. Sentencia 7 de septiembre de 2004), ya que esto constituye la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia (caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, párrafo 67, sentencia 20 de junio de 2005).

garantizarse que la defensa podrá ejecutar cualquier acto tendiente a obtener prueba que sea pertinente, útil, legal y lícita, y una vez obtenida, hacer uso de ella.

- e) *Derecho a la contradicción.* Se concreta en la posibilidad de rebatir las alegaciones y pruebas de la parte contraria. El proceso es una controversia entre dos partes contrapuestas, lo que implica que las partes tengan las mismas oportunidades de ser escuchadas y de desahogar medios de prueba e incorporar información al juicio, con la finalidad de que ninguna se encuentre indefensa frente a la otra, y muy en específico, la defensa frente a la Fiscalía. La contradicción tiene una importancia tal en los procesos “adversariales”, que, por regla, sólo a través de ella el juzgador tiene conocimiento del caso, tal y como las partes se lo presentan, bajo el principio de lealtad y buena fe. Así, las partes en contradicción allegan de información al proceso y, con base en ella, vigilan la veracidad y legalidad de la misma.

De esta forma, todo lo que se aporte en juicio puede ser objeto de refutación, y las partes tendrán a su disposición las mismas oportunidades para demostrar que les asiste la razón, sin que una parte tenga en sus manos la posibilidad de tener pruebas de mayor valor a otras, ya que todas, absolutamente todas, pueden ser debatidas, refutadas y más adelante valoradas.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Luca, resuelto el 27 de febrero de 2001, ha establecido que cuando la sentencia de condena está basada exclusivamente en un grado decisivo en declaraciones realizadas por personas a

quienes el acusado no ha tenido oportunidad de examinar o de hacer que sean examinadas, los derechos de defensa han sido restringidos de manera incompatible con las garantías previstas en el artículo 6 (Derecho a un proceso equitativo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que la contradicción implica necesariamente el derecho a refutar las pruebas adversas y defender las que son favorables.

- f) *Derecho a la igualdad de partes.* Se traduce en otorgar por igual, el total de oportunidades procesales para las partes, de manera que todas tengan los mismos medios de alegación, prueba y contradicción.

Sin embargo, debe advertirse que sólo conforme avanza el proceso, es como se va logrando esa igualdad, así hasta llegar al juicio, en el cual las partes se encuentran, ahora sí, en un plano de igualdad. En los primeros estadios de los procesos, la Fiscalía es quien tiene ventaja, ya que posee todos los recursos materiales y humanos para investigar, incluso, el soportar una medida cautelar de prisión para el imputado, lo pone en un claro plano de desigualdad para defenderse. En muchos países, las defensorías públicas no cuentan con los recursos para investigar, por lo que acuden ante la propia Fiscalía para lograr sus actos de investigación, lo cual trae desventaja, ya que en muchas ocasiones la información generada puede llegar a beneficiar a la acusación. En los autodenominados sistemas adversariales, el abogado defensor requiere las mismas armas que la Fiscalía, es decir, posibilidades reales de investigar.

- g) *Derecho a la defensa letrada.* Sobre este

punto, en el siguiente apartado se realiza una serie de precisiones.

- h) *Derecho a la motivación.* Consiste en el derecho a la obtención de una resolución judicial que dé cumplida respuesta a lo solicitado por los litigantes. Ello obliga a que el juez tenga en cuenta las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, lo que supone que dicte un fallo congruente con esas alegaciones, razonándolo debidamente con las pruebas practicadas y con el ordenamiento jurídico. Por tanto, se trata de dos elementos: congruencia y razonabilidad (Nieva Fenoll, 2014, pág. 157).
- i) *Derecho al recurso.* Si el derecho de contradicción supone la posibilidad de rebatir a la parte contraria, el derecho al recurso implica la posibilidad de rebatir al juez (Nieva Fenoll, 2014, pág. 158). Así, el mismo juez, o bien, uno jerárquicamente superior revisa la resolución y con ello su argumentación, lo cual, en sí, permite una disminución de la posibilidad del error dentro del proceso.
- j) *Derecho a la ejecución.* Cada resolución que obtenga de manera favorable la defensa debe ser ejecutada, ya que, de lo contrario, haría inefectivo cualquier intento por defenderse.

III. La distribución del riesgo del error a cargo del defensor.

La labor del defensor, a pesar de que es sumamente compleja, puede establecerse y reducirse en cuatro funciones esenciales, las cuales representan la parte que le corresponde

dentro de la distribución del riesgo del error en un proceso penal. Éstas son:

- a) Garantizar que se observen y buscar la efectividad de los derechos fundamentales que se encuentren en juego durante la tramitación del proceso.
- b) Ejercer el contradictorio dentro del proceso.
- c) Ejercitar el derecho a la prueba.
- d) Accionar el derecho a recurrir.

Bajo estas cuatro funciones, el abogado defensor asume el riesgo del error dentro del proceso, por lo que su tarea es fundamental, ya que una buena defensa, que actúa y ejecuta tales funciones, disminuirá la posibilidad de una *falsa condena*, abonando con ello a la verdad.

Por esta razón, y dada la importancia y trascendencia del papel que juega el abogado defensor dentro del sistema de justicia penal, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸, así como en las diversas Constituciones de los Estados⁹, se ha reconocido de manera expresa al derecho de defensa como una garantía fundamental, inmanente e irrenunciable al proceso penal que procura el mantenimiento del equilibrio de los poderes que confluyen en el juego dialéctico de cara a la pretensión punitiva radicada en el Estado, sosteniéndose así, una real equiparación entre la acusación y la defensa.

En este contexto, una defensa pasiva, entendida como aquella en que el defensor sólo se vuelve espectador del proceso y que sólo de manera formal actualiza su presencia, violenta

⁸ Artículo 8.2, incisos c), d), e) y f).

⁹ Artículo 20, inciso B, fracciones VI y VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

gravemente el derecho de defensa. En el mismo caso se encuentra quien ejerciendo las tareas de defensa, no demuestra tener la capacidad para realizar dicha función, incluso, su deficiencia es tal, que trasciende al resultado del proceso. En ambas circunstancias, el derecho de defensa se ha lesionado, aumentando gravemente la posibilidad del error dentro del proceso.

Sobre este tópico, la jurisprudencia mexicana¹⁰, ha establecido la necesidad de realizar una distinción, consistente en identificar dos elementos del derecho de defensa: (a) uno de carácter formal y (b) otro material. Así, el primero de ellos, consiste en que el nombramiento de defensor debe recaer en una persona con conocimientos técnicos en derecho, esto es, un letrado con título expedido por una institución educativa que avale sus estudios y tener autorización para ejercer la profesión por parte del Estado, por lo que, si la defensa no es ejercida por una persona con tales características, es notorio que se vulneró ése derecho. Pero este requisito, consistente en que un letrado asuma el cargo de defensor, por si solo, no garantiza nada.

¹⁰ Tesis con los siguientes datos:

Época: Décima Época. Registro: 2009005. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: 1a./J. 26/2015 (10a.)

DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA FORMA DE GARANTIZAR EL EJERCICIO EFICAZ DE ESTE DERECHO HUMANO SE ACTUALIZA CUANDO EL IMPUTADO, EN TODAS LAS ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE INTERVIENE, CUENTA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR QUE ES PROFESIONISTA EN DERECHO.

Época: Décima Época. Registro: 2013258. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Materia(s): Constitucional. Tesis: XI.P.15 P (10a.)

DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA TUTELA A ESTE DERECHO HUMANO MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO, IMPLICA ANALIZAR SU CONTENIDO FORMAL Y MATERIAL, A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD INMERSOS EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Por su parte, el segundo de los elementos se traduce en la asistencia y participación personal del defensor dentro del proceso, mediante la asesoría, vigilancia y realización de los actos necesarios para representar los intereses de su defendido, en la que, en contraparte, el Estado actualiza dos obligaciones básicas: una de carácter negativo, relativa a no obstruir e impedir la materialización de la defensa, y otra, de tipo positivo, consistente en asegurar por los medios legales a su alcance, que se satisfagan las condiciones que posibiliten su ejercicio. Así, con esta base, el defensor ejerce sus funciones básicas y, como ya se dijo, disminuye la posibilidad del error dentro del proceso.

¿Qué sucede cuando el defensor incumple con su tarea de asumir las funciones de distribución del riesgo del error dentro del proceso?, o bien, ¿cuáles de las fallas que cometa un defensor trascienden de manera tal, que el proceso se vicia por violación al derecho de defensa?

Al respecto, si el letrado sólo fue un espectador más, en el que no es posible justificar racionalmente su pasividad durante el proceso, y que dada esa actitud aparecen vulneraciones palmarias a los derechos fundamentales del procesado, se estará frente a una violación al derecho de defensa.

Por su parte, para el caso de que el defensor cometiera errores al ejercer sus tareas de defensa, la Corte Interamericana estableció en el párrafo 170 de la sentencia de 5 de octubre de 2015, relativa al caso *Ruano Torres y otros contra El Salvador*, que los elementos a considerar para determinar si dentro de un proceso se violentó el derecho de defensa son:

- Que efectivamente existieron fallas en

la defensa por parte del letrado que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con el que cuenta para escoger la o las estrategias de defensa adecuada.

- Que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado.
- Que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial.
- Que, como consecuencia de las fallas o defectos de naturaleza sustantiva, fáctica, orgánica o procedimental, aparezcan vulneraciones palmarias a los derechos fundamentales del procesado.

Portanto, de conformidad con la jurisprudencia de la misma Corte, no cualquier falla se traduce en una violación al derecho de defensa, ya que, si las deficiencias no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial, o bien, no trae aparejada una afectación ulterior de otros derechos fundamentales, no podría proceder una acción de tutela sobre los fallos de los procesos penales.

Bajo este contexto, a fin de determinar si existe o no violación al derecho de defensa, en cada caso que se alegue se debe realizar un análisis profundo para determinar el daño causado por el letrado al resultado del proceso, y establecer si éste fue determinante.

IV. Los hechos, el abogado defensor a escena.

¿Cómo plantear una hipótesis y cómo verificarla sin antes saber qué observar y cómo

observarlo? ¿cómo determinar cuáles son los elementos más básicos del caso que se le ha confiado al defensor, y a partir de los cuales ejercerá su defensa?

Aproximarse a un caso no es una tarea menor y mucho menos superficial; por el contrario, requiere la inversión de tiempo y el empleo de un método que permita una comprensión de los hechos y contornos del problema que se plantea. Todos los escenarios y explicaciones posibles surgen de una base inicial de conocimientos y de la observación, en donde diseñar se traduce en planear y controlar. Por tanto, lo que no debe hacerse, es plantear hipótesis y soluciones al azar.

Así, el establecer un *método de asunción de defensa*, ayuda al abogado defensor a observar los hechos del caso y delimitarlos, entender su problemática, formular hipótesis y comprobarlas, incluso deducir y proyectar escenarios y consecuencias, y si hace falta, replantear y repetir el proceso, para que así, pueda tomar las mejores decisiones dentro del proceso.

De esta forma, el primer gran paso de la asunción de la defensa implica necesariamente conocer cuál es el estado procesal que guarda el asunto. No es lo mismo iniciar el caso como primera defensa, que ser el segundo, tercero o cuarto defensor que asume el cargo. Sin embargo, independientemente del momento procesal, el siguiente paso es sin duda, el conocer los hechos.

IV.I. Asunción del encargo de la defensa.

El abogado defensor, para poder desempeñar

de manera eficaz su cargo, sin duda, debe conocer los hechos del caso, incluso, antes de entrevistarse acerca de éstos con su defendido¹¹. De esta forma, una vez que es requerido a participar dentro de un proceso, ¿cómo conoce de los hechos? y más tarde, en su caso, ¿cómo enfrenta a la verdad?

El conocimiento de los hechos lo hace a través de tres vías principales:

- a) La investigación de la Fiscalía.
- b) La celebración del coloquio con el defendido.
- c) La investigación defensiva.

De estas tres, las dos primeras se encuentran al alcance del defensor al asumir el cargo, incluso, el Estado, en aras de garantizar el derecho de defensa, posibilita el acceso a las mismas. Así, el artículo 8.2, incisos c) y d), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que el imputado tiene derecho al tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, así como a comunicarse de manera libre y privada con su defensor.

Por su parte, la tercera vía, una vez asumido el cargo, y dadas las necesidades probatorias que requiera el caso, realizará una investigación defensiva, con base en la cual, tendrá conocimiento de hechos diversos y, en su caso, empleará los que sean de trascendencia para la defensa del imputado.

¹¹ Jordi Nieva (Nieva Fenoll, Necesito un abogado - Cómo escoger a un buen abogado y qué puede hacer por tí, 2017) establece que cualquier persona, deliberada o involuntariamente, cuando cuenta un problema suele omitir los datos que le son desfavorables, lo que lleva al abogado a conclusiones erróneas. Todos quieren defenderse cuando son imputados de una serie de hechos, y de manera frecuente cuando el imputado explica su historia, lo hace en la versión que más le favorece o sólo en la que cuenta datos que cree relevantes y omite otros que estima no lo son, lo que impide dictaminar de manera correcta el asunto.

Así se tiene que el defensor debe identificar los siguientes hechos:

- a) El *hecho a probar*.
- b) Los *hechos probatorios*.
- c) Los *hechos de causalidad*.

De igual manera, al identificar los hechos, el defensor deberá igualmente llevar a cabo la identificación de las normas aplicables por la Fiscalía.

Vale la pena advertir que las normas, y muy en específico los tipos penales, describen una serie de hechos como desencadenantes de una consecuencia jurídica. Por ejemplo, el enunciado: “comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro”, es un hecho contemplado por la norma, sin embargo, éste es genérico y como tal, se encuentra en abstracto.

Así, el defensor constata en primer lugar, una serie de hechos concretos (que se dice han acontecido), para después establecer si éste corresponde a aquel descrito en la norma. El primer paso suele llamarse prueba de un hecho y el segundo clasificación normativa (Gonzalez Lagier, 2003).

Con base en la identificación de las cuestiones fácticas y de las cuestiones normativas, el letrado realizará:

- a) La determinación de las necesidades probatorias.
- b) La fijación de estrategias y, con ello alternativas para el caso, con base en las cuales tomará decisiones.

A) La identificación de los hechos.

El defensor, al entrar en contacto con la investigación, conoce de una serie de hechos a partir de la información que ofrecen, por ejemplo, los testigos y peritos. La investigación realizada por la Fiscalía arrojará datos que resultarán trascendentales para la defensa, ya que, a partir de ellos, podrá identificar cuáles son los hechos a partir de los cuales se basará la imputación o acusación por parte de la Fiscalía.

Así, el abogado defensor, conoce, por ejemplo, que en la investigación de la Fiscalía, *Juan* dice que observó cómo *Pedro*, tomaba la cartera de *Fernando*, la cual se encontraba en la mesa. Ese hecho, es un *hecho probatorio*, ya que, con base en él, la Fiscalía llegará a un *hecho probado* (a probar), consistente en que *Pedro* tomó la cartera de *Fernando*, el cual es en sí, el hecho de la acusación.

Si bien, el término “hecho”, es sumamente ambiguo, esa ambigüedad se ve reducida cuando es empleado en el contexto de un proceso, en donde la idea de “hecho”, viene a coincidir con una noción de “evento”, es decir, todo aquello que acontece y que adquiere relevancia humana (en nuestro caso, jurídica).

Daniel González Lagier (2003), siguiendo a Bertrand Russell, al definir a los “hechos”, lo hace como aquello que hace verdaderas o falsas nuestras proposiciones o creencias, con lo cual, los “objetos” (las cosas), no pueden ser considerados como “hechos”, ya que no hacen verdaderas o falsas a nuestras proposiciones o creencias.

Así, por ejemplo, una pistola es un objeto, y

ésta no hace ni cierta ni falsa una proposición. Sin embargo, si se afirma, que una pistola existe en el vehículo de *Juan*, esto es ya un “hecho”, y con ello objeto de prueba.

Los “hechos” aparecerán en la investigación en forma de enunciados, los cuales refieren justamente a los “hechos”. Estos enunciados son objeto de prueba. Los enunciados que describen a los “hechos”, deben corresponder a precisamente a lo acontecido, y así, con ello, a la verdad.

De esta forma, a la asunción del cargo de la defensa, el letrado debe identificar los enunciados que determinen, como ya se dijo, los siguientes hechos:

- a) Los *hechos probatorios*, que son aquellos, una vez probados, de los cuales se infiere otro hecho, del cual sabemos ahora que aconteció.
- b) Los *hechos* (a probar) *probados*, en los cuales se basa la imputación y, en su caso, la acusación, y del cual sabemos que aconteció, dada la inferencia derivada de los *hechos probatorios*.
- c) Los *hechos de causalidad*, mismos que son causa de otros. Así, para que “A” sea la causa de un efecto “B”, “A” debe ocurrir antes que “B”, siempre que ocurra “A” tiene que ocurrir “B”. Esto permite, en su caso, analizar la responsabilidad del imputado en los hechos a probar.

Sin embargo, pese a la importancia que tiene el conocimiento de los hechos, muchos abogados pierden tiempo primero en una *falacia normativista* (Gonzalez Lagier, 2003), consistente en actuar como si los problemas fundamentales

son los planteados por las normas penales y el sistema normativo en general, los cuales si bien son de importancia, el núcleo del problema dentro de un litigio gira alrededor de los hechos. Algunos ejemplos de la importancia de los hechos (Gonzalez Lagier, 2003), resultan de preguntas como: ¿Qué clases de hechos son relevantes para el caso?, ¿cómo podríamos conocer estos hechos?, ¿cómo se relacionan esos hechos con las normas aplicables?, ¿qué es una acción?, ¿qué es una omisión?, ¿cuándo hay una y cuándo hay varias acciones?, ¿cómo podemos determinar la existencia de una relación de causalidad entre dos sucesos?, ¿qué consecuencias tienen los hechos para la prueba?, ¿cómo debe argumentarse con base en hechos?, ¿cuándo está suficientemente probado un hecho?, ¿en qué consiste motivar un hecho?

B) El coloquio con el defendido.

La siguiente forma de aproximarse a los hechos, es a través del coloquio con el defendido, en donde no habrá que limitarse a ser un receptor pasivo de la narración efectuada por él, sino que tendrá que comportarse como un interlocutor activo, formulando preguntas, pidiendo precisiones e incluso, en todo caso, contrastándolo cuando él no parezca convincente o incluso reticente (Travesi, 2005).

El defensor cuenta con una enorme fuente de información, ya que el imputado conoce una serie de hechos que le permitirán contrastarlos con los que se contienen en la investigación a cargo de la Fiscalía, por lo que una metodología adecuada permitirá sacar el mayor provecho a cada entrevista que se tenga con el defendido, y

con esa información trazar y realizar su defensa.

Por el *coloquio defensivo*¹² debe entenderse a la conversación entre el abogado defensor y el defendido¹³, el cual es conducido por el primero, sobre los hechos de la investigación y/o acusación, de los cuales ya se encuentra informado el defensor.

Para el éxito del coloquio, debe éste obedecer a una estructura, la cual regularmente se configura a partir de:

a) Una *introducción*, en la cual el defensor:

- Explicar y establece las bases fácticas, esto es, los hechos que ha logrado identificar en la investigación, indicando

¹² En el Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, se establece en su artículo 117, una serie de obligaciones a cargo del defensor, que en su caso dan fundamento a los pasos que se proponen como técnica del coloquio defensivo. Así se tiene:

Artículo 117. Obligaciones del Defensor

Son obligaciones del Defensor:

I. Entrevistar al imputado para conocer directamente su versión de los hechos que motivan la investigación, a fin de ofrecer los datos y medios de prueba pertinentes que sean necesarios para llevar a cabo una adecuada defensa;

II. Asesorar al imputado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos punibles que se le atribuyen;

...

IV. Analizar las constancias que obren en la carpeta de investigación, a fin de contar con mayores elementos para la defensa;

V. Comunicarse directa y personalmente con el imputado, cuando lo estime conveniente, siempre y cuando esto no altere el desarrollo normal de las audiencias;

...

XII. Mantener informado al imputado sobre el desarrollo y seguimiento del procedimiento o juicio;

...

XIV. Guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones;

...

XVI. Informar a los imputados y a sus familiares la situación jurídica en que se encuentre su defensa, y

...

¹³ Bajo la garantía de secrecía de la comunicación defensor/ defendido, la cual se traduce en una prohibición de revelar y utilizar la información así obtenida para incriminar al imputado.

cuales son los *hechos probatorios* y el *hecho a probar*, así como los *hechos causales* sobre los cuales la Fiscalía está basando sus imputaciones.

- La focalización de los hechos evita que la conversación con el imputado se convierta en un desorden de información, incluso que se traten temas de poca o nula trascendencia. Por lo tanto, debe quedarle claro al defendido cada uno de esos hechos, por lo que debe solventarse sus dudas respecto a ellos.

b) Un *desarrollo*, en el cual el defensor:

- Expone la problemática de los hechos que le están imputando al defendido y las consecuencias en caso de llegar a ser probados en juicio.
- Acto continuo el defensor da espacio al defendido para escuchar su narración de los hechos, generando un debate en el cual se obtenga información de calidad.
- A fin de generar ese debate, el abogado debe preguntar de manera sugestiva con base en la información que ya conoce de manera previa, sobre los hechos y sobre la información que está proporcionando el defendido, confrontando a cada momento las versiones que éste va brindando. Este ejercicio se realiza con la finalidad de obtener incluso información que oculta o simplemente en un primer momento consideraba el defendido como irrelevante¹⁴.

c) Una *conclusión*, en donde el defensor:

- Establece las bases de sus necesidades

probatorias.

- Dibuja las líneas de la investigación defensiva.
- Proyecta las estrategias defensivas.

El abogado defensor, podrá generar a lo largo del proceso, tantos coloquios como estime necesarios, sin embargo, serán de un número mayor a un número menor (decreciente), y cada vez mucho más específicos (sobre temas en donde requiere afinar detalles), hasta que esté perfectamente definida la ruta de la defensa, la cual siempre debe ser comunicada al defendido y explicada tantas veces sea requerida, ya que un imputado bien informado, evitará caiga en incertidumbre y lo mostrará seguro en el proceso.

C) La investigación defensiva.

El derecho a la prueba no solo se compone de pedir la admisión de medios de prueba y desahogarlos ante el Tribunal de enjuiciamiento, sino también de realizar actos de investigación que permitan al defensor recabar información que le sea de utilidad.

En particular, el defensor, al realizar su *investigación defensiva*, puede acceder al lugar del delito cometido, recabar información técnica, fotográfica o audiovisual, adquirir informaciones documentales y testimoniales, así como dialogar con personas que puedan aportar circunstancias que le sean útiles. De igual manera puede acceder a archivos, objetos y a toda evidencia con la

sin un control sobre ello, no conduce a ningún efecto práctico, ya que no hablará de lo que interesa al defensor, sino de lo que considera importante para su defensa, lo cual no siempre resulta útil, de ahí la importancia de obtener información de calidad que sea útil para los fines de la defensa.

¹⁴ Regularmente dejar que el defendido hable sobre los hechos,

que cuente la Fiscalía, así como a cualquier otra circunstancia que le lleve a obtener datos para el ejercicio de la defensa (Travesi, 2005, pág. 38); y toda esa información recabada, ponerla en resguardo en su propio archivo, de la cual hará uso en la medida que lo considere conveniente dentro del proceso.

Esta *investigación defensiva*, necesariamente debe ser paralela a la que realiza la Fiscalía y sin conocimiento para ésta de su contenido, salvo que el propio defensor la revele durante el proceso; es decir, el archivo de la *investigación defensiva* queda en exclusiva custodia del defensor, y sólo cuando ejerza actos defensivos dentro del proceso, se verá obligado a correr traslado de la misma a la Fiscalía, ya que de lo contrario la actividad de investigación por parte del defensor, perdería eficacia.

En México, existe una serie de disposiciones en el Código Nacional de Procedimientos Penales que regulan la actividad de la *investigación defensiva*. Así, por ejemplo, se tiene:

- El defensor podrá solicitar al Juez, tratándose de la prueba pericial, la designación de peritos de instituciones públicas diversas a las que dependan de la Fiscalía, para la obtención de peritajes que le sean de utilidad para su defensa¹⁵. En este aspecto, se considera necesario la creación de un Instituto de Ciencias Periciales que goce de autonomía e independencia, el cual agrupe a expertos que, a petición de parte, puedan designar

¹⁵ **Artículo 103. Gastos de producción de prueba.** Tratándose de la prueba pericial, el Órgano jurisdiccional ordenará, a petición de parte, la designación de peritos de instituciones públicas, las que estarán obligadas a practicar el peritaje correspondiente, siempre que no exista impedimento material para ello.

un experto que coadyuve no sólo con la Fiscalía (de la cual no dependería ni orgánica ni presupuestalmente), sino también con las labores del abogado defensor. De esta manera, la defensa podrá contar con la elaboración de dictámenes o informes periciales especializados conforme a los avances de la ciencia y la técnica, de manera imparcial y con autonomía, fiables y disponibles¹⁶.

- La obligación del defensor de realizar una investigación defensiva, tal y como se dispone en las fracciones I, IV, V, VI y VII el artículo 117 del Código Nacional de Procedimientos Penales¹⁷.

¹⁶ Este modelo de autonomía e independencia ya ha sido desarrollado desde 1998 en el Estado de Jalisco, México, con la creación del Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses, el cual tiene su fundamento de actuación en una Ley Orgánica, en la cual se dispone:

Artículo 1º.- La presente ley es de orden público y tiene por objeto establecer y organizar al Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses, que propicie la práctica y emisión de dictámenes e informes periciales con los avances de la ciencia y la técnica, de carácter imparcial y con autonomía técnica y científica de las autoridades a las que auxilian.

Artículo 2º.- Se establece el organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios que se denomina Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses con domicilio en el estado de Jalisco.

¹⁷ **Artículo 117. Obligaciones del Defensor.** Son obligaciones del Defensor:

I. Entrevistar al imputado para conocer directamente su versión de los hechos que motivan la investigación, a fin de ofrecer los datos y medios de prueba pertinentes que sean necesarios para llevar a cabo una adecuada defensa;

...

IV. Analizar las constancias que obren en la carpeta de investigación, a fin de contar con mayores elementos para la defensa;

V. Comunicarse directa y personalmente con el imputado, cuando lo estime conveniente, siempre y cuando esto no altere el desarrollo normal de las audiencias;

VI. Recabar y ofrecer los medios de prueba necesarios para la defensa;

VII. Presentar los argumentos y datos de prueba que desvirtúen la existencia del hecho que la ley señala como delito, o aquellos que permitan hacer valer la procedencia de alguna causal de inimputabilidad, sobreseimiento o excluyente de responsabilidad a favor del imputado y la prescripción de la acción penal o cualquier

- Solicitar la entrevista con auxilio judicial, de ser el caso, de aquellas personas de las cuales se considere se puede obtener una información que sea importante y relevante para la defensa¹⁸.
- A la Fiscalía, proponerle actos de investigación, de los cuales derivará información que desde luego será de utilidad para soportar los argumentos fácticos de la defensa, o bien, refutar en los que se base el órgano acusador¹⁹.

*
* *

Así, bajo este contexto, la investigación que servirá de base para la acusación debe ser siempre del conocimiento de la defensa, incluso desde la Constitución y los Tratados Internacionales se garantiza esa circunstancia. Por el contrario, la investigación del defensor, en cuanto a su contenido, sólo puede ser conocida y revelada a la

otra causal legal que sea en beneficio del imputado;

¹⁸ **Artículo 126. Entrevista con otras personas.** Si antes de una audiencia, con motivo de su preparación, el Defensor tuviera necesidad de entrevistar a una persona o interviniente del procedimiento que se niega a recibirlo, podrá solicitar el auxilio judicial, explicándole las razones por las que se hace necesaria la entrevista. El Órgano jurisdiccional, en caso de considerar fundada la solicitud, expedirá la orden para que dicha persona sea entrevistada por el Defensor en el lugar y tiempo que aquella establezca o el propio Órgano jurisdiccional determine. Esta autorización no se concederá en aquellos casos en que, a solicitud del Ministerio Público, el Órgano jurisdiccional estime que la víctima o los testigos deben estar sujetos a protocolos especiales de protección.

¹⁹ **Artículo 216. Proposición de actos de investigación.** Durante la investigación, tanto el imputado cuando haya comparecido o haya sido entrevistado, como su Defensor, así como la víctima u ofendido, podrán solicitar al Ministerio Público todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público ordenará que se lleven a cabo aquellos que sean conducentes. La solicitud deberá resolverse en un plazo máximo de tres días siguientes a la fecha en que se haya formulado la petición al Ministerio Público.

Fiscalía, cuando ésta sea utilizada en el proceso, siempre bajo las reglas del *discovery*²⁰. De esta manera, sólo aquella información que sea objeto de la actividad defensiva dentro del proceso para soportar prueba, es la que será objeto de descubrimiento.

Bajo las reglas del *discovery* se protege a la defensa en dos circunstancias:

- a) *El no ocultamiento de información por parte de la Fiscalía.* Lo anterior es así, ya que a partir del caso norteamericano *Brady vs Maryland* de 1963, se obliga a la Fiscalía a revelar a la defensa toda evidencia que tenga en su poder, tanto aquella que incrimina, como aquella que le sea favorable al acusado. De esta forma, se estima que existirá una violación al debido proceso, cuando la Fiscalía no revela a la defensa la totalidad de la información contenida en su investigación, sancionando el ocultamiento de la evidencia exculpatoria, con obligando a revelarla, y a excluir la información incriminatoria que oculte.
- b) *El ejercicio efectivo de investigación defensiva.* Ya que el defensor sólo se

²⁰ El *discovery* es una figura originaria del derecho anglosajón que ha permeado a otros sistemas procesales, la cual podría definirse como el procedimiento a través del cual cada una de las partes puede obtener información de las otras, de cara a concretar el objeto y los hechos de la controversia, determinar sus posiciones y recopilar prueba para el posterior proceso judicial, tal y como se desprende de la regulación que establece para ello la regla 16 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*.

El procedimiento de *pre-trial discovery of documents*, en el derecho anglosajón, es un mecanismo mediante el cual las partes pueden exigirse la entrega de pruebas o declaraciones mediante las que se pretende, a modo de ensayo o de proyección de la prueba ante el Tribunal, eliminar sorpresas y clarificar sus probabilidades dentro de la causa del proceso, e incluso tomar decisiones como desistirse, allanarse, celebrar acuerdos u optar por salidas alternas o terminaciones anticipadas del proceso, con la consiguiente reducción de la carga de trabajo de los Tribunales y las erogaciones de las partes.

encuentra obligado a revelar aquella que pretenda utilizar dentro del proceso, y muy en específico de la que haga uso en juicio.

Para el caso mexicano, con una influencia notable de la regla 16 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el actual artículo 33721, regula la figura del descubrimiento probatorio de la siguiente forma:

Artículo 337. Descubrimiento probatorio

El descubrimiento probatorio consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio. En el caso del Ministerio Público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio. En el caso del imputado o su defensor, consiste en entregar materialmente copia de los registros al Ministerio Público a su costa, y acceso a las evidencias materiales que ofrecerá en la audiencia intermedia, lo cual deberá realizarse en los términos de este Código.

El Ministerio Público deberá cumplir con esta obligación de manera continua a partir de los momentos establecidos en el párrafo tercero del artículo 218 de este Código, así como permitir el acceso del imputado o su Defensor a los nuevos elementos que surjan en el curso de la investigación, salvo las excepciones previstas en este Código.

La víctima u ofendido, el asesor jurídico y el acusado o su Defensor, deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio, en los plazos establecidos en los artículos 338 y 340, respectivamente, para lo cual, deberán entregar materialmente copia de los registros y acceso a los medios de prueba, con costo a cargo del Ministerio Público. Tratándose de la prueba pericial, se deberá entregar el informe respectivo al momento de descubrir los medios de prueba a cargo de cada una de las partes, salvo que se justifique que aún no cuenta con ellos, caso en el cual, deberá descubrirlos a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia.

En caso de que el acusado o su defensor, requiera más tiempo para preparar el descubrimiento o su caso, podrá solicitar al Juez de control, antes de celebrarse la audiencia intermedia o en la misma audiencia, le conceda un plazo razonable y justificado para tales efectos.

Bajo esta regulación, en México el descubrimiento probatorio se realiza de la siguiente manera:

Primero.- Se permite la investigación no sólo por parte de la Fiscalía, sino también se prevé la posibilidad de que la defensa realice actividades de investigación, que no necesariamente obrarán en la carpeta que integra la Fiscalía. De esta forma existe una carpeta de investigación a cargo de la Fiscalía y otra a cargo de la defensa, incluso, la víctima u ofendido también tiene esa posibilidad.

Segundo.- El descubrimiento probatorio

²¹ Cuyo último texto fue publicado el 17 de junio de 2016.

consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio y que hayan generado con su actividad de investigación.

Tercero.- En el caso del Ministerio Público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio.

Cuarto.- El Ministerio Público deberá cumplir con la obligación de manera continua a partir de que el imputado se encuentre detenido, sea citado para comparecer o sea sujeto de un acto de molestia y se pretenda recibir su entrevista; a partir de este momento ya no podrán mantenerse en reserva los registros para el imputado o su Defensor a fin de no afectar su derecho de defensa.

Quinto.- En cuanto al imputado o su defensor, su descubrimiento probatorio, consiste en entregar materialmente copia de los registros al Ministerio Público a su costa, y acceso sólo a las evidencias materiales que ofrecerá en la audiencia intermedia, lo cual deberá realizarse dentro del plazo de diez días, contados a partir de que venza el plazo que se le concede a la víctima u ofendido para constituirse como coadyuvante de la Fiscalía.

Sexto.- Para el imputado o su defensor, tratándose de la prueba pericial, se deberá entregar el informe respectivo al momento de descubrir los medios de prueba a cargo de cada una de las partes, salvo que se justifique que aún no cuenta con ellos, caso en el cual, deberá descubrirlos a más tardar tres días antes del inicio

de la audiencia intermedia. Sin embargo, para el caso de que requieran más tiempo para preparar el descubrimiento, podrá solicitar al Juez, antes de celebrarse la audiencia intermedia o en la misma audiencia, le conceda un plazo razonable y justificado para tales efectos.

Séptima.- En caso de no realizar el descubrimiento probatorio dentro de los plazos establecidos, el Código Nacional no prevé ninguna consecuencia de manera expresa. Sin embargo, al hacer una interpretación del artículo 346, fracción IV, del cuerpo normativo en cita, el cual establece que debe excluirse toda aquella prueba que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo, es como en la práctica mexicana se ha establecido esa consecuencia, es decir, su exclusión.

D) La determinación de las necesidades probatorias.

Como resultado del coloquio, el abogado defensor podrá determinar cuáles son las necesidades probatorias, esto es, cuáles serán los actos de prueba, con base en los cuales tendrá que generar la prueba y tomar decisiones defensivas.

Así, el defensor, podrá generar una investigación defensiva, la cual es paralela a la que realiza la Fiscalía, y cuya integración depende de manera exclusiva al letrado que realiza la tarea de defensa. Sin embargo, el defensor, también podrá proponer actos de investigación a Fiscalía, para que ésta explote diversas líneas de investigación, mismas que podrán beneficiar a las pretensiones probatorias del abogado que se ocupa de la defensa.

V. ¿Cómo enfrenta la verdad el abogado defensor?

Se ha dicho que el proceso sigue como fin primario e ineludible la búsqueda de la verdad y, por tanto, en evitar el pronunciamiento de veredictos falsos; reduciéndose con ello la posibilidad del error. Ante ello, ¿cómo puede un abogado enfrentarse con la defensa de una causa injusta? ¿qué hace un defensor frente a una acusación que sabe que es legítima? ¿es posible que el defensor de alguna manera se haga participe del delito que ha cometido quien defiende y de quien logra su absolución a sabiendas de su culpabilidad? Las preguntas no son ociosas de ninguna manera, por el contrario, sus respuestas repercuten en buena medida con el fin mismo del proceso.

El abogado que procura evitar la condena de alguien que sabe culpable, es siempre moralmente reprochable, a tal grado que, en esa distribución del riesgo del error, cuando se actualiza un *fallo absolutorio*, el único que carga con la responsabilidad por el mal moral que implica la absolución del culpable, es justamente el abogado defensor, ya que es él quien argumentó a favor de su inocencia, cuestionó la validez y la fuerza del material probatorio de la Fiscalía, o bien, a través de las herramientas que le brindan las normas que rigen el proceso, presentó y desahogó pruebas para restar sustento a las hipótesis de acusación. Por ello, no hay más responsable moralmente, que el abogado defensor.

Históricamente, frente a la tradición *inquisitorial* que veía en el buen defensor un cómplice del acusado y, en el defensor elegido por el tribunal un auxiliar del juez, se construyó la tradición liberal del ejercicio de la abogacía que

llega hasta nuestros días, la cual se consagra en los textos relativos a los derechos humanos, y en la cual se busca disolver esa idea tan arraigada del abogado defensor.

En esta concepción compatible con los derechos humanos, sólo el abogado que defiende a una persona culpable con medios ilegales, es el que comete un acto reprochable desde la ética de la abogacía; tan reprochable como quien defiende a un inocente con esos mismos medios ilegales. Así, sólo es moralmente reprochable, quien asume una defensa, pero sabe y consiente que paralelamente se realicen acciones ilegales de cohecho, tráfico de influencia, presión política o amiguismo.

Por el contrario, el defensor que aún bajo el supuesto de asumir defensas de las cuales sabe que se basan en imputaciones que son legítimas, dentro de la concepción de los derechos humanos, el fin del proceso no se ve alterado, ya que incluso, en esas condiciones, el defensor abona al encuentro de la verdad, de la cual sabemos siempre estaremos en un grado de probabilidad frente a ella cuando de un proceso se trata.

Así, un defensor a través del ejercicio del contradictorio, pone entredicho a las hipótesis en las que basa la acusación la Fiscalía, logrando en el peor de los casos, el error de menor costo, esto es, la absolución del culpable, evitándose indirectamente que los inocentes sean condenados.

Bibliografía

Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal - Un ensayo sobre epistemología jurídica.*

Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. *II Congreso de la colección Filosofía y Derecho . Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*. Girona.

Gonzalez Lagier, D. (2003). Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I). *Jueces para la democracia* - N° 46, 17-26.

Travesi, A. (2005). *La Defensa Penal - Técnicas argumentativas y oratorias*. Navarra: Thomson - Aranzadi.

Nieva Fenoll, J. (2017). *Necesito un abogado - Cómo escoger a un buen abogado y qué puede hacer por tí*. Barcelona: Atelier.

Nieva Fenoll, J. (2014). *Derecho Procesal I - Introducción*. Madrid: Marcial Pons.



CIJUL EN LINEA [.ucr.ac.cr](https://cijulenlinea.ucr.ac.cr)

Centro de Información Jurídica en Línea

En el Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL) usted puede:

1

Solicitar la confección de investigaciones en temas jurídicos de su interés*

2

Acceder al uso de los documentos de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica **a estante abierto**

3

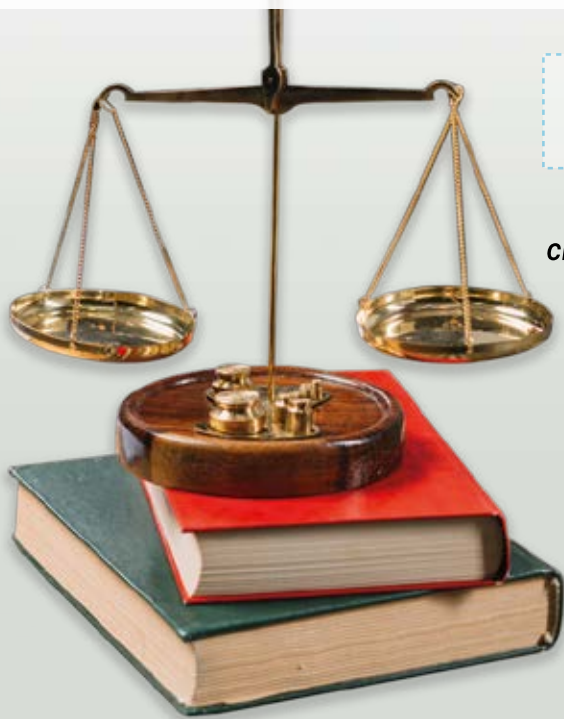
Utilizar el servicio personalizado al usuario que brinda el Centro para facilitar el acceso y uso de las herramientas con las que cuenta, superando la barrera tecnológica con un trato humano

Le invitamos a utilizar nuestros servicios a través del portal <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/> y a visitar nuestras nuevas instalaciones ubicadas dentro de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ubicadas en el tercer piso del Edificio Anexo en San Pedro de Montes de Oca.

Estamos para servirle de lunes a viernes, de 8:00 a.m. a 4:30 p.m.

Recuerde hacer uso responsable de su clave y que no debe facilitársela a terceros.

***CIJUL en Línea no emite criterios jurídicos.**



Si aún no cuenta con una clave de usuario (a), puede solicitarla llamando a los teléfonos **2511-1536, 2511-1562, 2511-5698**, o escribiéndonos al correo cijulenlinea@abogados.or.cr



Prueba, valoración e inferencias El razonamiento probatorio en la motivación de los hechos

por Jahaziel Reyes Loaeza¹

Uno de los ejes esenciales de la sentencia penal ha sido la motivación, como mecanismo para frenar los actos arbitrarios de los jueces,² por las relevantes consecuencias que producen los efectos de este tipo de decisiones, dentro de las cuales encontramos principalmente la afectación a la libertad, entre otras consecuencias jurídicas. Razón por la cual, la fundamentación y motivación constituye el eje que soporta la validez y legitimidad³ de la decisión judicial.⁴

Pero si de motivación hablamos en el escenario del proceso judicial, es necesario reconocer que dentro de la argumentación que se expresa en la

sentencia, existe un doble análisis. Por un lado, la motivación fáctica o el juicio de hechos; y por otro, la motivación jurídica o juicio de derecho.⁵ Por ello, para los efectos del presente, y dado que este análisis se direcciona hacia el razonamiento probatorio, prescindiremos del juicio de derecho y únicamente nos avocaremos al juicio de hechos.

Si se trata de la justificación de los hechos, habría que hacer algunas reflexiones respecto de cuál es verdaderamente el objeto del juicio fáctico en donde juega un rol fundamental la prueba, dados los diversos posicionamientos doctrinarios que se han generado al respecto; por un lado, un grupo importante sostiene que toda la actividad probatoria se encuentra dirigida a la justificación o acreditación de los hechos; por otro lado, mayoritariamente la doctrina sostiene que los hechos como circunstancias del mundo y ajenas al proceso, no pueden demostrarse, por lo que, únicamente puede ser materia de la prueba las afirmaciones de hechos.⁶

¹ Maestro por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y por la California Western School of Law, actualmente es doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y se desempeña como juez oral en el Poder Judicial del Estado de Oaxaca, México.

² ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. *Los hechos en la sentencia penal*. México. Ed. Fontamara, p. 43.

³ FERREJOLI, Luigui, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. ANDRES IBAÑEZ, Perfecto y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp.622 y 623.

⁴ ARROYO GUTIERREZ, José Manuel y RODRIGUEZ CAMPOS, Alexander, *Lógica Jurídica y motivación de la sentencia penal*. San José C.R., Escuela Judicial.2002. pp. 4 y 5.

⁵ Ídem, pp. 98-105.

⁶ Véase el desarrollo de dichos posicionamientos en MIRANDA

Adoptaremos pues, esta segunda idea, dado que en mi opinión los hechos como parte de la realidad suceden o acaecen en el mundo, con total independencia del contexto jurídico y mucho menos de la existencia o no del proceso, de lo que se sigue que los hechos sucedidos en el ámbito del mundo no pueden calificarse de falsos o verdaderos, sino simplemente de acaecidos o no, pues su naturaleza es ajena a la verdad.⁷

Pero dada la vinculación tan inescindible que se asume entre prueba y verdad, de donde se han originado grandes debates, respecto a la finalidad de la prueba, cuyo análisis escapa de esta pequeña reflexión. Asumiré que efectivamente existe una relación de la prueba, pero principalmente con los hechos, bajo la óptica de que su relación es en atención a las afirmaciones de hechos y no a hechos desnudos o acaecidos en el pasado, si queremos llamarlos así, más allá de si el proceso busca o no la verdad de esas afirmaciones de hechos.

Por tanto, aceptaremos como plausible que una de las finalidades institucionales de la prueba jurídica es la determinación de la veracidad o no de las afirmaciones de hechos, como horizonte a dirigir la actividad probatoria, sin desconocer que existen otros fines igualmente institucionales dentro del proceso, como es el respeto a los derechos fundamentales en la recolección probatoria, entre otros.⁸

Esto hace necesario determinar qué debe entenderse inicialmente por prueba, así como

ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1997, pp. 26-36.

⁷ GONZALEZ LAGIER, Daniel, *Questio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Bogotá, Ed. Temis, 2005, p. 97.

⁸ De la misma posición FERRER BELTRAN, Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima. Ed. Grijley. 2016, p. 154.

las distintas concepciones que se utilizan tan de manera disímbola al referirse a dicho concepto.

Si nos referimos al concepto “prueba” fuera del contexto jurídico, más específicamente en el ámbito científico se entenderá que se hace referencia a un fenómeno observable, que permite la comprobación empírica a través de la verificación de procedimientos reiterados que produzcan el mismo resultado en análogos procesos, para determinar la veracidad, no absoluta sino al menos refutable, de una regla general o universal determinada inductivamente.⁹

La prueba en el contexto jurídico

Sin embargo respecto de la prueba jurídica, el contexto es considerablemente diferente que en el ámbito de otras ciencias, como las naturales por citar un ejemplo, en atención a: 1).- la clase de conclusiones que pretende extraerse de ellas –la determinación de la veracidad de afirmaciones de hechos-; 2).- su limitación a hechos particulares o individuales jurídicamente relevantes; 3).- su uso inferencial, que parte de esos hechos particulares, para asumir conclusiones relativas; 4).- su fin particular de otorgar consecuencias jurídicas; 5).- no busca establecer leyes generales, sino sólo tiene aplicación relativa, para la resolución de un conflicto.¹⁰

Adicionalmente, no debemos perder de vista todas las limitaciones que presenta la prueba jurídica y que afecta la calidad epistémica del conocimiento que se pueda adquirir en el proceso,

⁹ MAGEE, Bryan, *Popper*, México, Ed. Colofón, 2000, pp. 24-25.

¹⁰ FERRER BELTRAN, JORDI, *op. cit.*, pp. 180-186

que en muchos casos resultan contra-epistémicas, como son:

- a).-las que impone el propio proceso judicial, es decir, el marco formal y reglado en que se debe generar la producción de la prueba; el lapso temporal en que deban de producirse, así como en el que el juez debe decidir la controversia; la circunstancia que sean las partes quienes incorporen la prueba al proceso, quienes persiguen intereses específicos y no necesariamente la búsqueda de la verdad; la eventual manipulación del material probatorio o bien, la omisión de presentar medios de prueba que pudieran ser perjudiciales a los propios intereses de las partes.
- b).- la institución de cosa juzgada, al establecer un límite a la discusión jurídica, pues una vez decididos los hechos de la sentencia y adquiriendo firmeza dicha decisión judicial, constituye la veracidad de las afirmaciones de los hechos; así como que no pueda volverse a someter a discusión los hechos ya decididos, en un ulterior proceso.
- c).-las reglas sobre la prueba, dado que existe una gran cantidad de reglas jurídicas acerca de la recolección, ofrecimiento, admisión y desahogo de los medios de prueba, así como limitantes contra-epistémicas como la exclusión de prueba relevante, pero obtenida con vulneración de derechos fundamentales, las prohibiciones probatorias, entre otras más.

Diversidad de concepciones acerca de la prueba

Ya marcados algunos matices o rasgos que pueden diferenciar a la prueba en los contextos científicos y en los jurídicos, a través de sus características, es oportuno referirnos a qué se ha entendido por prueba en el ámbito jurídico. Al respecto existe una gran diversidad conceptual de la prueba, pareciera así que el termino mismo “prueba” goza de una extrema ambigüedad por tener una gran diversidad de significados, dependiente de cada autor. De ahí, que es indispensable hacer una distinción conceptual que englobe las distintas concepciones y nos permita establecer claras diferencias, para saber a qué nos estaremos refiriendo en lo sucesivo como prueba, lo cual nos permitirá hacer una distinción entre “prueba” y “razonamiento probatorio”.

Así, se asumen las tres perspectivas más consolidadas de los distintos usos del vocablo “prueba” dentro del contexto jurídico, las cuales son: a). - *prueba como medio de prueba*; b). - *prueba como actividad probatoria* y c). - *prueba como resultado*.¹¹

Prueba como medio de prueba. - se concibe como los datos o informaciones susceptibles de ser percibidos a través de los sentidos, que constituyen elementos de juicio a favor o en contra de la verdad de alguna afirmación relativa a un hecho jurídicamente relevante. Aunque FERRER hace dos distinciones desde este punto de vista de la prueba; aquella que la visualiza como *abstracta o genérica* y otra como *concreta o específica*. En la primera, hace referencia a los tipos o clases de antecedentes que pueden ser

¹¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, Barcelona. Ed. Marcial Pons, 2010, 3ª ed, pp 76-85..

utilizados en juicio sin personalizar el medio de prueba (testimonial, documental, pericial, etc.); en tanto que la segunda, hace referencia al medio de prueba individualizado dentro de un determinado proceso (ejemplo el testigo “X”, el documento “Y”).

Prueba como actividad probatoria. - en este sentido se hace referencia al procedimiento formal y reglado que establece el marco institucional del proceso, para incorporar los medios de prueba específicos al juicio y se funde en ellos la decisión judicial. Incluyéndose desde luego la actividad desarrollada de las partes, para la conformación de la prueba y con los controles de contradicción previamente establecidos. Esta actividad probatoria determina con que base probatoria se contará para tomar la decisión judicial sobre los hechos.

Prueba como resultado probatorio. - la cual es utilizada para designar la comprobación de una determinada hipótesis de hecho, que constituye el resultado de la valoración probatoria por parte del juez, tanto individualizada como en su conjunto, de los medios de prueba aportados al proceso. También se puede estar refiriendo al resultado de la valoración conjunta de todos los medios de prueba aportados al proceso y considerar si ellos resultan o no suficientes para la acreditación de una hipótesis de hecho, conforme a los estándares de prueba requeridos.

Como podrá advertirse, estas tres concepciones de prueba abarcan las múltiples visiones de lo que se ha denominado prueba jurídica.

Ahora, cuando hablamos de “prueba como resultado probatorio”, nos remitimos a las resulta-

finales de la valoración de la prueba que realiza el juez, es decir, damos por sentada la crítica racional intermedia que hace el juzgador de cada uno de los medios de prueba, como en su conjunto, así como las inferencias probatorias que le permiten tener como verdaderas ciertas afirmaciones de hechos.

Aclaraciones sobre la prueba directa y la indirecta.

En función de ello y para comprender de manera adecuada el *iter probatorio* que lleva de la prueba –como medio de prueba- al establecimiento de los hechos en la sentencia penal, al cual llamaremos *razonamiento probatorio*, es fundamental abordar una distinción más que ha originado durante largo tiempo una confusión terrible tanto en el ámbito de la valoración, como en el ámbito del establecimiento de los hechos probados.

Me refiero a la concepción y distinción de la llamada “prueba directa” y “prueba indirecta”, para poder clarificar ciertos malentendidos y darles el lugar que verdaderamente merecen en ese *iter probatorio*. De esta manera podremos sugerir más adelante, lo que ontológicamente debe asumirse, especialmente por “prueba directa”.

Han sido diversas las concepciones de “prueba directa” y “prueba indirecta”, como se muestran en seguida:

- 1.- Algunas veces la distinción entre prueba directa e indirecta se funda en el carácter mediato o inmediato del conocimiento de los hechos, por lo que, bajo esta concepción *prueba directa* sería la observación inmediata del hecho al que ese enunciado se

refiere; en tanto que *prueba indirecta*, sería el procedimiento probatorio –a través de inferencias- que permite llegar al hecho que se prueba a partir de otros datos o hechos probados directamente.

2.- Otras veces se funda en la diferente estructura lógica de la inferencia. De tal suerte, que sería *prueba directa* cuando en la inferencia se utilizan leyes lógicas y científicas que conducen a resultados necesarios; y *prueba indirecta* sería cuando en la inferencia se usan simples máximas de experiencia que conducen a resultados sólo probables.

3.- Aunque la concepción mayoritaria sobre esta distinción, a la que GASCÓN llama “canónica” por ser la más usada en la doctrina, así como en la jurisprudencia, asume a la *prueba directa* como aquella en la que el hecho que se quiere probar surge directa y espontáneamente, sin medicación alguna de raciocinio, del medio o fuente de prueba y adicionalmente, es capaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho (tales como la testimonial y la documental). En tanto que, la prueba indirecta sería aquella en la que el hecho que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba, sino que se precisa adicionalmente del razonamiento del juzgador y además es incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho.¹²

Desafortunadamente tanto en la doctrina, como a nivel jurisprudencial se ha sostenido con toda convicción que la “prueba directa” es aquella en la que la demostración del hecho enjuiciado

surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado; en cambio en la prueba indirecta o llamada por algunos, prueba indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos parciales –indicios- que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar.¹³

Sin embargo, dicha concepción de “prueba directa” a pesar de ser mayoritaria y sostenida en la jurisprudencia, tal como lo señala GASCÓN, resulta equivocada por fundarse en una acrítica percepción de la estructura de los procedimientos probatorios, dado que no existen diferencias sustanciales entre las llamadas pruebas directas e indirectas al menos desde la óptica del razonamiento probatorio, pues en ambos casos están presentes inferencias probatorias como parte del razonamiento que realiza el juzgador en la valoración de la prueba para la acreditación de los hechos.¹⁴

De ahí, que la “prueba directa” sólo cobra sentido si se refiere a prueba en sentido estricto y no a los procedimientos probatorios –inferencias-, es decir, que únicamente puede tener como distintivo que la información versa directamente sobre el hecho principal que se pretende probar y no más. Pero tal circunstancia, no implica que por ese sólo hecho tenga la capacidad convictiva para que el juez sin más deba tener por acreditado el hecho.

¹² Al respecto véanse las distintas concepciones de prueba directa e indirecta en GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, pp. 86-94.

¹³ De esta manera resume MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, pp. 217-22, la definición del Tribunal Constitucional.

¹⁴ De la misma posición GONZALEZ LAGIER, Daniel, *op. cit.* pp. 92-94.

Pues una cosa, es que el contenido de la prueba directa recaiga sobre la percepción del hecho principal y otra muy distinta, que la valoración de la prueba directa – que es el momento donde se manifiesta el razonamiento probatorio-, eventualmente pueda ser mayor que el de la prueba que no verse directamente sobre los hechos, por su menor cadena inferencial para el establecimiento de los hechos con respecto a la prueba indirecta.

Motivo por el cual, trataremos de corroborar a lo largo de este trabajo la hipótesis sostenida por GASCÓN, aunque desde un punto de vista diverso, es decir, no respecto al contenido sobre lo que versa la prueba directa, ya que tal situación no se discute; sino que la “prueba directa” como tal no existe desde la óptica de demostración inmediata o directa de los hechos, en el sentido que tal prueba no pone al juez en contacto directo con los hechos, para darlos por probados sin más, sino depende, en todo caso, de la valoración que se realice del medio de prueba, lo cual implica la ineludible existencia de inferencias.¹⁵

Algunas referencias a la prueba personal y sus malentendidos.

La necesaria inferencia en la prueba directa y en la prueba indirecta.

Volviendo sobre la prueba directa, generalmente se le ha ligado con la prueba personal o testimonial, en los supuestos en que el testigo pudo percibir en su totalidad el evento delictivo, ejemplo que “Juan vio matar

a Pedro con un arma de fuego en determinadas circunstancias” y que con posterioridad lo narre en el tribunal. De ahí que al escuchar su testimonio durante el juicio afirma que vio o pudo percatarse de dicho suceso. Desafortunadamente, existe la equivocada creencia que, en tales casos, no hay otra cosa sino creerle o no creerle al testigo para la determinación del hecho, mientras que cuando se vale de indicios, llega al hecho a probar a través de un razonamiento más o menos complicado.¹⁶

En tales condiciones, lo dicho por Juan no puede llevar al juzgador sin más a sostener que efectivamente “Juan mató a Pedro con un arma de fuego”, pese a que el testigo hubiese narrado con toda claridad y detalle tal circunstancia, pues de hacerlo así, se suprimiría el razonamiento probatorio consistente en la valoración de la prueba, en el caso, de la declaración de Juan, pues para que el juzgador se encuentre en aptitud de tener por cierta tal afirmación, necesariamente deberá de manera previa hacer una evaluación de la credibilidad del testimonio de Juan, a través de la valoración específica de esa fuente de prueba, que aun cuando no existan reglas determinadas para tal fin, dada la libre valoración de la prueba, ésta se encuentra sujeta en todos los casos a parámetros de racionalidad para poder generar un control intersubjetivo posterior¹⁷; y es en dicha evaluación, donde también resultan aplicables los procesos inferenciales para la determinación de la credibilidad, pues ésta no se evalúa por la simple intuición del juzgador¹⁸; y será después de la valoración que se realice de dicho testimonio, tanto individualmente como a través

¹⁵ De esta misma opinión ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *op. cit.* p. 218.; así como GONZALEZ LAGUIER, Daniel, *op. cit.*, pp. 92-94.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso*, trad. de SENTIS MELENDO, Ed. EJE, Buenos Aires, 1971, pp. 145-146.

¹⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 155.

¹⁸ Al menos en los sistemas que adoptan el *civil law*, al exigir la motivación de la sentencia por parte del tribunal letrado.

del contraste con las otras fuentes de prueba, que podrá considerarse a dicho testimonio como prueba válida para efectos de tener por ciertas determinadas afirmaciones de hechos.

De igual manera el ejercicio inferencial que abarca el razonamiento probatorio en la valoración, no solamente se encuentra presente en la “prueba directa”, sino también en la llamada “prueba indirecta”, aun cuando ésta no recaiga sobre los hechos principales, ejemplo “que Santiago vio entrar a Juan al domicilio de Pedro y en seguida escuchó un disparo” “que el policía afirmó detener a Juan cinco minutos después del disparo y le aseguró un arma de fuego” “Que el perito químico sostuvo que se encontraron restos de bario y plomo en las manos de Juan, que pueden ser compatibles con vestigios de pólvora por realizar un disparo” “que el perito médico sostuvo que Pedro murió a consecuencia de un disparo por un hemorragia masiva interna” “que el perito en balística afirmó que la ojiva encontrada dentro del cuerpo de Pedro, fue disparada del arma que le fue asegurada a Juan” “que el perito en dactiloscopia afirma que fueron encontradas las huellas de Juan en el arma homicida”, etc. Como puede verse en el ejemplo, cada fuente de prueba informa hechos parciales, que no abarcan directamente el hecho principal, a lo que se hacen necesarios dos pasos. Primero, evaluar individualmente cada fuente de prueba, a través de la valoración dentro de la cual se realiza necesariamente un razonamiento inferencial –que llamaremos inferencia valorativa-, y de ser positivamente creíble, dar por cierto el hecho parcial que derive de su contenido, para posteriormente realizar un segundo razonamiento inferencial –que llamaremos inferencia probatoria, para distinguirla de la anterior- que conecte los hechos

asumidos como ciertos, con aquellos sobre los cuales no existe información directa de alguna fuente de prueba, para asumirlos como ciertos, en un alto grado de probabilidad.

Luego, las inferencias valorativas, no son exclusivas de la prueba indirecta, sino de igual manera se ven presentes en la valoración de la prueba directa, al momento de determinar su credibilidad, tanto de una como de la otra; las cuales habrán de distinguirse de las inferencias probatorias, que se encuentran fuera de la valoración de la prueba, al partir de hechos base probados, para la determinación de otros hechos sobre los que no existe información.

El problema de la inmediación en la prueba personal.

La inmediación en la práctica de la prueba, a lo largo del tiempo, ha generado diversos posicionamientos con relación a su impacto en la valoración de la prueba, pues se ha sostenido en algunos momentos que resulta especialmente relevante que el juez recepcione la prueba de manera directa para poder obtener impresiones que son difícilmente comunicables, pero que le ayudan a valorar la prueba y adicionalmente, que esta valoración es subjetiva y, por tanto, no puede motivarse o justificarse.¹⁹

Se ha afirmado también la superioridad del juicio presencial, que ofrece la ventaja que en la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir y tantas otras pequeñas circunstancias, que modifican y desarrollan el sentido de las palabras

¹⁹ Véase una posición crítica a este respecto en GONZALEZ LAGIER, Daniel, *op. cit.* p. 155.

y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado con ellas.²⁰

El gran problema de la inmediación, surge en el momento de la adopción de la libre valoración de la prueba, pues al no haber reglas específicas al respecto, fue entendida como la captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de adivinación o capacidad especial del juzgador para leer el cuerpo, como factores de valoración para formar su convicción, lo que vuelve imposible cualquier intento de racionalizar u objetivar el proceso de formación de conocimiento en la determinación de los hechos, al anclarse tales circunstancias en la subjetividad del juzgador.²¹

No obstante, lo anterior, no debe afirmarse que la inmediación no tiene ninguna relevancia dentro del juicio. Todo lo contrario, lo que sí afirmo es que debe ser entendida de una manera totalmente separada de la valoración de la prueba. Lo que implica que su alcance incida únicamente en la formación y producción de la prueba, es decir, en la recepción de la información de las verdaderas fuentes de prueba²², y no acerca de la información referida por terceros que no percibieron los hechos.

²⁰ PAGANO, F. *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1749. P 106, *cit. pos*, ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *op. cit.* p. 194.

²¹ Así fue sostenido en otros tiempos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia 2039/2001 en la que se indicaba “esta Sala carece de la posibilidad de modificar una decisión sobre los hechos fundada en la impresión obtenida por el tribunal de instancia directamente de las declaraciones presentadas en el plenario”.

²² Las referencias aquí vertidas sobre “fuente de prueba” deben entenderse en el contexto utilizado por SENTIS MELENDO, Santiago, en *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires, Ed. EJE, pp. 147-150, esto es, como la parte de la realidad que constituye materia de percepción. Así, la fuente de prueba es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad; y aterrizando esta visión, la fuente de prueba sería la declaración del conocimiento del testigo.

Adicionalmente, la inmediación juega un papel instrumental para la efectividad de otro principio, como lo es la contradicción, el cual a través de los cuestionamientos de las partes – examen y contra examen- existe la posibilidad de confrontar una versión lineal, pedir explicaciones, rectificaciones, evidenciar auto contradicciones de lo afirmado, todo con el fin de elevar el nivel de confianza de la información resultante de la fuente de prueba, para ser sometida a la valoración crítica del juzgador.

Pero de ninguna manera puede aceptarse la lectura del lenguaje gestual, la actitud del declarante, nerviosismo, tartamudeo, inseguridad en la expresión, entre otros, pues tales escenarios conductuales pueden tener su origen en una gran diversidad de circunstancias ajenas a la credibilidad o fiabilidad de un testigo, dado que no existe respaldo empírico o científico consolidado que asuma al lenguaje corporal como indicadores de veracidad o mendacidad en las declaraciones.

Por ello, estoy convencido que no pueden considerarse esos elementos en la valoración para que el juez asuma su convicción sobre la veracidad de los hechos pues no habría forma de control de dicha valoración, por tener un respaldo en las meras creencias del juzgador, lo que la convertiría no solamente en subjetiva, sino además en irracional; aunque el gran peligro es que realmente incidan en su decisión, pero no sean manifestados en la motivación y se incurra en una sobrevaloración de lo afirmado por un testigo. De ahí, que debe haber controles para la determinación de la solidez de las inferencias que se realicen al respecto.²³

²³ Véase el modelo de control de la justificación de los enunciados probatorios en ACCATINO, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Chile, Ed. Abeledo

Esa es la razón por la que, se coincide con ANDRES IBÁÑEZ, en el sentido que la intermediación no es un método de adquisición de conocimiento, sino un medio de empleo en el juicio de instancia, necesario pero no suficiente a aquel efecto,²⁴ necesario por permitir que se incorpore información a través de las fuentes de prueba, pero insuficiente en atención a que debe pasar tal información por el tamiz de la valoración de la prueba, para poder producir efectos probatorios de acreditación.

La valoración de la prueba y las inferencias.

Hasta aquí he tratado de clarificar la necesaria existencia de inferencias en la valoración de la prueba directa, como en la indirecta, lo que me lleva a aseverar que la valoración de la prueba –especialmente la valoración individual de un medio de prueba- no es otra cosa que una cadena más o menos compleja de argumentos unidos a través de una inferencia para otorgarse credibilidad a la información producida y pueda tener efectos de acreditación de hechos.

Pero al mismo tiempo, en un determinado aspecto, la inferencia puede desvincularse de la valoración de la prueba y aun así subsistir en el razonamiento probatorio del juzgador – a la que hemos denominado inferencia probatoria, en contraposición de la inferencia valorativa- para la acreditación de determinadas afirmaciones de hechos, especialmente cuando se carece de información específica o directa sobre tal hecho, me refiero aquí a lo que durante mucho tiempo

y de manera errónea han denominado prueba indiciaria, pues en sentido estricto no es sino una inferencia probatoria, cuyo punto de partida no es la prueba, sino los hechos base probados.

Ahora, se ha sostenido que la libre valoración de la prueba, es tal en tanto no se encuentra sujeta a ataduras legales o normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración,²⁵ lo cual no implica que otorgue una posición al juzgador de absoluta libertad, pues por el contrario, tal actividad intelectual debe ser sometida a las *reglas de la lógica y a la racionalidad* (las cursivas son mías),²⁶ con el único fin de poder generar un control posterior intersubjetivo en instancias superiores en caso de impugnación de la decisión por inadecuada motivación del juicio fáctico.²⁷

No obstante, lo antes señalado, empezaré por tratar de clarificar ¿cuál es el papel que juegan las reglas de la lógica – en específico la proposicional- en la valoración de la prueba? Considero que la respuesta a dicho cuestionamiento es que ninguno –al menos en el acto mismo de la valoración-, es decir, las reglas lógicas están pensadas como fórmulas para estructurar un razonamiento correcto, aunque no necesariamente verdadero, pues esto dependerá de las premisas que fijemos en cada parte del silogismo. Así, aun cuando se utilice un método deductivo, que asegura una conclusión correcta, si las premisas utilizadas

²⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007, p. 45.

²⁶ En este punto abandonamos las frases sacramentalmente utilizadas en la mayoría de los códigos “*las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*” para ser sustituidos por el concepto “*racionalidad*” pues tales parámetros están justamente dentro de la racionalidad, como se explicará en el desarrollo de los parámetros de solidez de las inferencias.

²⁷ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo Alberto, *Valoración probatorio y control del juicio fáctico*, México, Ed. Ubijus, 2016, pp. 151 y 152.

Perrot, 2010, 2ª ed., pp. 125-132.

²⁴ ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto, *op. cit.*, p. 216.

en dicho silogismo son falsas, aun así, el razonamiento sería correcto, aunque no verdadero a consecuencia de la falsedad de las premisas.

Entonces, las reglas de la lógica proposicional son de utilidad no en la valoración misma de la fuente de prueba, sino en la estructuración del argumento valorativo, lo que convierte a reglas lógicas en una camisa de fuerza de la cual no pueden escapar los argumentos de valoración. Así, éstas nos permitirán analizar si el argumento de valoración para determinar la credibilidad o no del medio de prueba, o bien, la acreditación de un hecho inferido se realiza mediante un razonamiento correcto.

Si lo anterior es así, la valoración de la prueba únicamente se encuentra sometida a parámetros de racionalidad, es decir, el juzgador cuenta con absoluta libertad para establecer las razones por las cuales valora positiva o negativamente un medio de prueba, con la única sujeción a que tales razones sean racionales en el contexto específico del caso que se evalúa. Motivo por el cual, sería imposible expresar en el presente análisis cuales podrían ser esos parámetros racionales de valoración, pues siempre dependerá del caso y contexto particular. No obstante ello, la doctrina y la jurisprudencia, asumiendo diversos hallazgos de la psicología del testimonio, así como de la psicología de la memoria, han trazado algunos parámetros para la crítica de la prueba personal desde la racionalidad; lo mismo ha sucedido con las pruebas científicas o periciales, donde se han establecido parámetros para su apreciación desde la epistemología de la ciencia; aunque tales parámetros deben ser considerados de manera relativa, es decir, como un norte orientador, pero en ningún caso como reglas o leyes universales

que inserten por esa vía nuevamente un sistema de prueba tasado.

Si no es posible enlistar los parámetros de racionalidad en la valoración de la prueba y las reglas de la lógica únicamente nos serán útiles para analizar si la conclusión de la valoración – positiva o negativa- en función de las premisas utilizadas es racional. Lo que debe ser sujeto de control intersubjetivo posterior, en la valoración de la prueba, son dos parámetros; por un lado, la solidez de la máxima de la experiencia o argumento racional utilizado como premisa en el ejercicio inferencial, así como que efectivamente el resultado obtenido –ya sea de credibilidad o de acreditación de hechos- sea producto de una inferencia correctamente realizada. En otras palabras, que el argumento utilizado para la valoración sea racional y que su aplicación en la inferencia sea efectivamente su resultado consecuente. De tal suerte, que habrá una incorrecta motivación de hechos, si el argumento utilizado en la valoración no es racional, o bien, siendo racional no produzca la conclusión a la que se arriba por una incorrecta formulación de la inferencia.

Las inferencias probatorias

Su estructura

Por lo anterior, es indispensable analizar a mayor detalle lo que es una inferencia probatoria, para no confundirla con saltos lógicos o saltos de fe en la valoración de la prueba, que recurrentemente sucede en la motivación de los hechos. Como hemos dicho, las inferencias son el respaldo del razonamiento probatorio y se

encuentran necesariamente implícitas tanto en la valoración de la prueba, como en la acreditación de los hechos, respecto de aquellos sobre los que no existe información, siempre y cuando otros hechos secundarios estén acreditados para poderlos inferir en un enlace necesario que lo hará más o menos probable.

Por ello, para conocer la estructura de una inferencia, podemos acudir a TOULMIN²⁸ quien nos ofrece un método crítico para garantizar la confiabilidad –o al menos plausibilidad- de la conclusión –argumentos-. Con tal fin, observemos el diagrama propuesto por dicho autor.²⁹

Si bien, tal diagrama es utilizado para explicar la solidez de los argumentos en general, lo que implica que hay que explicar por qué las razones apoyan la pretensión, lo cual debe hacerse a través de un enunciado que exprese una regularidad –regla, norma o enunciado general- que correlacione el tipo de hechos con la pretensión, lo cual constituiría la garantía del argumento, y a su vez, la garantía contará con un respaldo que trate de demostrar la vigencia de esa regularidad. Pero tales parámetros igualmente son utilizados en el razonamiento probatorio, tanto para la valoración de la credibilidad de los medios de prueba, como para la acreditación de los hechos. A fin de graficar lo antes dicho se presentan dos diagramas, como diagrama “B” y diagrama “C”.³⁰

En el primer diagrama, se trata de mostrar la inferencia utilizada en la valoración de un medio de prueba individual, para el efecto de determinar si debe tener o no credibilidad, en el caso, la razón constituye lo informado por el testigo, la pretensión consistiría en otorgarle credibilidad, la garantía sería el medio a través del cual lo percibió y el respaldo, como regla general que efectivamente ese tipo hechos externos son susceptibles de apreciarse por ese medio de percepción; en el diagrama número dos, la inferencia sucede fuera de la valoración de la prueba, partiendo de hechos probados que constituyen la razón, para inferir quien fue el sujeto responsable del hecho lo que constituye la pretensión; la garantía estaría constituida por el enlace teleológico de esos hechos base, y el respaldo, las razones que asumir como aceptable dicho enlace.

Aunque los diagramas antes citados nos resultan útiles para comprender la estructura de una inferencia, es de extrema relevancia tener presente que dada la vinculación de prueba y normas jurídicas, no solamente podría darnos como resultados tener por acreditados ciertos hechos, sino de igual manera enunciados acerca de la existencia de determinadas normas o deberes jurídicos; los hechos probatorios, pueden a su vez ser el resultado de una inferencia previa, para realizar una segunda inferencia respecto de hechos que carecen de información como respaldo; la garantía la constituirán las máximas de la experiencia, ya sea de carácter científico como la que aportan los peritos; de carácter jurídico, que derivan del ejercicio de la función judicial, así como de la experiencia común; o bien, las presunciones establecidas legal o jurisprudencialmente.

²⁸ Para mayor desarrollo de la justificación de la garantía y su respaldo, véase TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de MORRAS, María y PINEDA, VICTORIA, Barcelona, Ed. Península. 2007, pp. 132-153. Así también, véase una concepción resumida y crítica de la contribución de Toulmin a la argumentación, en ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp.87-102.

²⁹ Para tal fin remítase al anexo “A”

³⁰ Para tal fin remítase a los anexos “B” y “C”.

Ahora, para determinar la validez de la inferencia probatoria, debemos estar al método utilizado en la inferencia, es decir, si es a través de la deducción o inducción que llegamos al resultado inferido; pues como ya se había dicho la lógica deductiva nos ofrece un razonamiento correcto, pero no verdadero o falso, pues eso dependerá de las premisas; en tanto que en la inducción extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos, por lo que aquí la verdad de las premisas no necesariamente nos garantizan la verdad de la conclusión, de hecho esta última será más o menos probable, pero nunca infaliblemente verdadera. Aunque debe reconocerse que las inferencias no pueden proceder de una deducción dada su estructura, sino en todos los casos siempre procederán de la inducción, motivo por el cual nunca podrá asumirse una certeza total.

La solidez de la inferencia, confiabilidad de la garantía y de la hipótesis.

Finalmente, siguiendo a GONZALEZ LAGIER podríamos asumir como criterios para determinar la solidez de una inferencia probatoria, los siguientes:³¹ a).- que tan fiables son los hechos que le refirieron al juzgador, esto es, si se apoyan en conocimiento científicos o únicamente en máximas de la experiencia y de ser así, que tan fuerte o débil es el respaldo empírico de la máxima de la experiencia; b).- la suficiencia para dar por acreditado un hecho del cual no existe información directa, dependerá siempre de cuántos más hechos probados apunten a la hipótesis más seguridad tendremos en su corrección, y aun cuando este parece un parámetro cuantitativo, es mucho más

relevante el cualitativo, respecto a la calidad y diversidad de medios de prueba que acreditaron los distintos hechos base, adicionalmente la diversidad podrá contribuir a eliminar hipótesis alternativas³²; c).- los hechos base deberán ser pertinentes, lo que se determina en función a la conexión teleológica del hecho a probar, pues no todos los hechos base probados, son relevantes para confirmar una hipótesis.

Respecto a los criterios de confiabilidad de la garantía, debemos atender a lo siguiente: a).- está suficientemente fundada, es decir, las máximas de la experiencia son sólidas y generalmente aceptables o existen otras máximas mejor fundadas, aunque en algunos casos, las presunciones pueden verse como máximas institucionalizadas y de autoridad; b).- existe una relación causal suficiente, pues es posible apoyarse de máximas que establezcan que si un fenómeno ocurre, le seguirá con un alto grado de probabilidad otro, por lo que, cuando mayor o menor sea el grado de probabilidad causal, así será la probabilidad inferencias.

En cuanto a la hipótesis, debemos tener presente si ha sido refutada, pues aun cuando se encuentre confirmada, hay que someterla a refutación y sólo cuando no sea contradictoria prevalecerá, debiendo resultar incompatible con

³¹ GONZALEZ LAGUIER, Daniel, *op. cit.* pp. 79-94.

³² En cuanto al tema de la suficiencia, GONZALEZ LAGIER la reconoce como parámetro en la metodología de la valoración y no como un estándar de prueba, aunque no niega la necesidad de delimitar un estándar en el proceso penal; en tanto que de una posición contraria resulta FERRER BELTRÁN, quien asume que la suficiencia soportada por la calidad, cantidad o diversidad de conocimiento para la confirmación de la hipótesis deben ser utilizados para la determinación de un estándar y no como un mero parámetro de valoración, para entender en que momento esa calidad, cantidad y diversidad de confirmación ha alcanzado el umbral de suficiente exigido normativamente, de ahí que sugiera la existencia de estándares de prueba, debido a que la valoración de la prueba no puede dar solución al tema de la suficiencia.

otras hipótesis; de igual manera si se pueden confirmar con un grado de probabilidad suficiente las hipótesis derivadas de la hipótesis principal, el grado de credibilidad de ésta aumentará; debiéndose descartar las hipótesis alternativas y optar por la más sólida, pues no hay que olvidar que mientras más hipótesis alternativas existan en esa medida disminuirá la credibilidad de la hipótesis principal; hay que tener en cuenta la coherencia de la hipótesis que explica mejor los hechos, exigiéndose tanto coherencia en sí misma, así como con el resto de conocimiento disponible que resultó de la prueba.

Reconociendo todo lo anterior, la jurisprudencia ha otorgado algunos criterios para valorar la fortaleza o debilidad de la inferencia, dentro de los que contempla la fiabilidad de los indicios acreditados; una cantidad considerable de indicios; que tengan relación con los hechos; que presenten armonía o concordancia con los hechos base; que las máximas de la experiencia que las apoyen se encuentren bien fundadas; eliminando hipótesis alternativas, inhabilitando los contra-indicios que pudieran existir.³³

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela (coord.), *Formación y*

valoración de la prueba en el proceso penal, Chile, Ed. Abeledo Perrot, 2010, 2ª ed.

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. *Los hechos en la sentencia penal*. México. Ed. Fontamara.

ARROYO GUTIERREZ, José Manuel y RODRIGUEZ CAMPOS, Alexander, *Lógica Jurídica y motivación de la sentencia penal*. San José C.R., Escuela Judicial, 2002.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso*, trad. de SENTIS MELENDO, Ed. EJE, Buenos Aires, 1971.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo Alberto, *Valoración probatorio y control del juicio fáctico*, México, Ed. Ubijus, 2016.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. ANDRES IBAÑEZ, Perfecto y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

FERRER BELTRAN, Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima. Ed. Grijley. 2016.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, Barcelona. Ed. Marcial Pons, 2010.

GONZALEZ LAGIER, Daniel, *Questio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Bogotá, Ed. Temis, 2005.

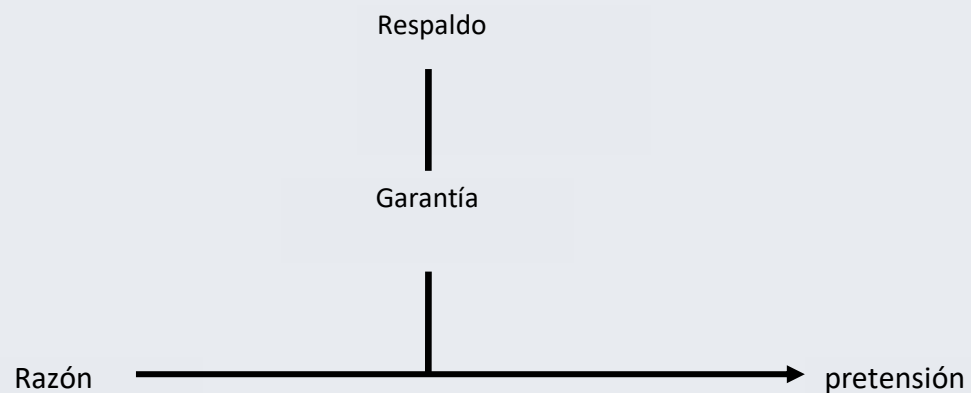
MAGEE, Bryan, *Popper*, México, Ed. Colofón, 2000.

³³ Tales parámetros fueron reconocidos por la Sala Segunda del TS en la sentencia de fecha 14 de octubre de 1986, así como en numerosas sentencias desde aquel momento hasta esta fecha, citando como referencia la STS de 24 de Junio de 1994 que afirma “la prueba indiciaria permite llegar a la certeza del hecho consecuencia, que es delictivo, por medio del acreditamiento de dos o más hechos base, en sí no constitutivos de infracción penal alguna, siempre y cuando entre uno y otro exista la debida relación causal obtenida por los jueces de manera racional, lógica y nunca arbitraria, en las vías de la experiencia y del mejor criterio humano que señala adecuadamente el artículo 1253 del Código Civil, en relación con los artículos 1215 y 1249 de igual norma sustantiva”

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1997.

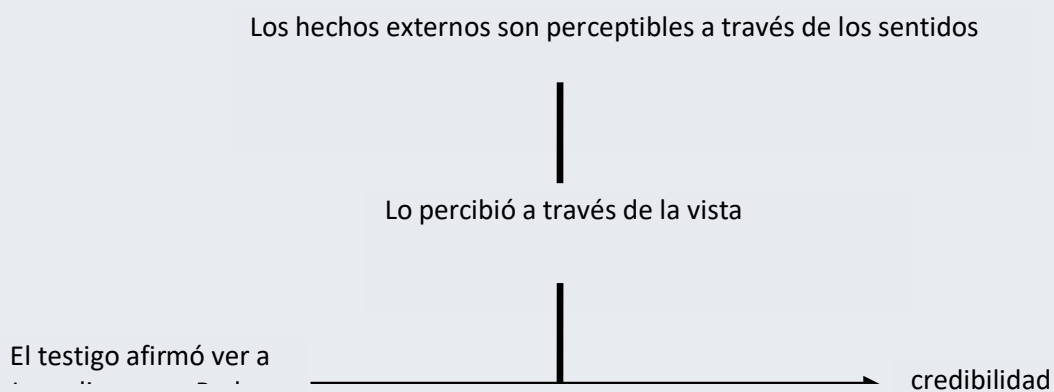
TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de MORRAS, María y PINEDA, VICTORIA, Barcelona, Ed. Península. 2007.

ANEXO “A”





ANEXO “B”



ANEXO “C”

La proximidad de una persona en el lugar de los hechos, con otros indicios pueden presumir su responsabilidad.
Quien dispara un arma recientemente, conserva restos de bario y plomo.
Quien posee el arma homicida podría ser el autor del hecho.
Etc.

Ubican a Juan en el lugar de los hechos.
Le encontraron vestigios de pólvora a Juan.
El arma que le aseguraron tenía sus huellas.
La víctima murió a consecuencia de un disparo y encontraron ojivas dentro de su cuerpo.
El arma que le aseguraron a Juan, fue la que produjo el disparo de las ojivas encontradas en el cuerpo de la víctima.

Hechos probados:

Vieron entrar a Juan a la casa de Pedro.

En seguida se escuchó un disparo.

Le aseguraron el arma homicida a Pedro.

La víctima murió a consecuencia de un disparo.

El disparo provino del arma asegurada a Pedro.

Etc.

Fue Juan quien le disparó a Pedro.



Aproveche los beneficios del **Consultorio Médico**

del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

Atención médica primaria a los agremiados/as y su núcleo familiar inmediato



Atendemos los miércoles
de 1:00 p.m. a 5:00 p.m.
y los jueves de 8:00 a.m.
hasta las 12:00 md.

Le esperamos en la Sede Central en Zapote, al costado este de las piscinas.

Valor de consulta médica general: ₡ 15.000,00

Consulte sobre nuestros servicios y agende su cita escribiendo al correo electrónico:
consultoriomedico@colabogados.cr / Tel. 2280-7922.

<https://www.abogados.or.cr/servicios-medicos/>



Este servicio está disponible para su beneficio desde noviembre del 2017, como parte del Régimen de Seguridad Social del Colegio, en convenio con el INS y Clínicas Blue Medical. La operativa del consultorio está a cargo de la Oficina de Seguridad Social (Oficina INS). Tels. 2280-7775/2202-3635 / insabogados@abogados.or.cr



TÉCNICA DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN¹ EN MATERIA CIVIL

por Marcelo Volio González*

“Cada demanda justa que se pierde por la negligencia o incompetencia del abogado, hace de la parte vencida un anarquista.”

-Hon. Andrew A. Bruce.

Año tras año alrededor del 50% de los recursos de casación son rechazados de plano.² Y a partir del 8 de octubre de 2018 estos recursos serán lo único que se interponga entre una sentencia desfavorable y su firmeza.

¹ El Nuevo Código Procesal Civil incorpora tres tipos de casación. El “ordinario” que se puede interponer contra las sentencias dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía e inestimables- y otras resoluciones-, la casación en interés de la jurisprudencia y la casación en interés de la ley. Este artículo se ocupa exclusivamente del primero.

* Abogado litigante en Artavia y Barrantes Abogados. Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. LL.M. University of St. Thomas School of Law, Minneapolis, Minnesota, Estados Unidos de América. Cursando maestría en Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona, España, y Università degli Studi di Genova, Italia.

² Los datos publicados por el Poder Judicial reflejan un rechazo de plano anual de alrededor del 50% entre los años 2012 a 2016. Cifras que son, sin duda, alarmantes. https://www.poder-judicial.go.cr/salaprimera/phocadownload/Informes_Planificacion/1253-PLA-2017.pdf

Desapareció el recurso de apelación contra las sentencias y el único remedio para revertir un fallo desfavorable es el complejo recurso de casación. Esa será la realidad para los procesos ordinarios de mayor cuantía y cuantía inestimable a partir del 8 de octubre de 2018, cuando entre en vigencia el Nuevo Código Procesal Civil (en adelante también NCPC). La eliminación del recurso de apelación trajo consigo la flexibilización del de casación. Sin embargo, el recurso de casación seguirá siendo altamente técnico, lo que una lectura superficial de sus nuevas normas podría pasar por alto. El riesgo de incurrir en este error y sus gravísimas consecuencias, inspiraron la elaboración de este artículo.

El recurso de casación ha sido históricamente formalista (técnico prefieren algunos).³ En nuestro país, desde el Código de Carrillo de 1842 los recursos extraordinarios, el de casación por antonomasia, han estado provistos

³ Para un análisis histórico del recurso de casación se puede consultar: ARTAVIA BARRANTES, Sergio. “La Casación Civil. Tomo I. 1ra ed. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2015

de requerimientos formales y técnicos cuya inobservancia ha traído aparejado su rechazo, muchas veces de plano. El rechazo de plano por incumplirse la técnica correspondiente, ha envuelto a estos recursos en una especie de aura mística, que ha hecho que se conciban como una labor excepcional al proceso⁴ y que muchos abogados prefieran no aventurarse en sus territorios. Esto ha causado que muchas veces su elaboración sea delegada a otros abogados especializados y que los modelos de estos recursos sean apetecidos en el medio. Y no es para menos, ningún abogado quiere tener que informarle a su cliente que su recurso de casación ni siquiera superó el análisis de admisibilidad formal y fue rechazado de plano.

El Nuevo Código Procesal Civil parece romper, tal vez para siempre, este formalismo y abrir las compuertas de acceso a todos los abogados, expertos en el tema o no. El otrora rígido y técnico recurso de casación parece haberse flexibilizado. Insisto en decir *parece*, porque el asunto requiere de un análisis más cuidadoso. Una lectura superficial del capítulo que regula este recurso podría conducir a pensar que la casación dejó de tener los requerimientos técnicos que hasta la fecha han hecho que una gran cantidad de estos recursos se estrellen contra el filtro inicial de admisibilidad, y que ahora el recurso extraordinario por excelencia se ha equiparado al familiar y dócil recurso de apelación. El recurso de casación sí pasará a ser

mucho más flexible, solo que no en la medida en que peligrosamente podría pensarse.

Los casi 10 años de experiencia forense del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante también CPCA), hacen imperativo que los abogados tomen con precaución la aparente informalidad. Al igual que el NCPC, el Código Procesal Contencioso Administrativo flexibilizó en su momento el recurso de casación para esa materia -antes gobernada por el Código Procesal Civil por remisión de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa-. Sin embargo, la práctica reveló una diferencia importante entre lo que entendieron muchos abogados que era el grado de esa informalidad y lo que entendió la Sala Primera. Aún a la fecha, muchas de las clasificaciones semanales publicadas en la página de la Sala Primera tienen rechazos de plano en esta materia, y los datos citados *supra* la incluyen.

El tema no es de poca importancia. Al igual que en materia contenciosa administrativa para los procesos contencioso administrativos, el recurso de casación civil pasará a ser el único remedio recursivo contra sentencias de ordinarios de mayor cuantía e inestimables; que ya no podrán ser impugnadas con el recurso hasta ahora intermedio de apelación. Sería un error pensar que eso va a ser óbice para que los señores magistrados rechacen recursos informales *ad portas*.

I. Síntesis de cuestiones procedimentales que varían y que se mantienen.-

1. Se mantiene el plazo de presentación; 15 días hábiles desde la notificación a todas las partes de la sentencia de primera instancia

⁴ Esta idea parece haber impregnado al gremio al punto que los aranceles de honorarios de abogados decretados desde la promulgación del Código Procesal Civil de 1989, han reservado la tarifa ordinaria para las labores prestadas hasta segunda instancia y han regulado los honorarios del recurso de casación por aparte. Dice el artículo 20 del arancel de 2015: “Cobertura de los honorarios: Todos los honorarios anteriores incluyen las labores profesionales por los recursos ordinarios e incidentes, hasta segunda instancia. Si se formaliza Recurso de Casación los honorarios serán acordados por las partes y no podrán ser inferiores a quinientos cincuenta mil colones.”

o desde la auto que resolvió la adición y aclaración, cuando sea planteada.

2. Se varía el tribunal ante el cuál se presenta el recurso y al cuál se dirige. Con el NCPC se debe presentar ante el Tribunal Colegiado de Primera Instancia Civil; con la regulación anterior se presentaba directamente ante la Sala Primera.
3. Se eliminó la ampliación del recurso de casación, por lo que todos los motivos deberán plantearse de una vez.
4. Se eliminaron las excepciones de fondo privilegiadas-en cuanto a su resolución anticipada- y los auto-sentencias, por lo que el recurso de casación solo procederá contra sentencias- incluidas las anticipadas-. La única sentencia que se podrá dictar interlocutoriamente es la que declare la improponibilidad de la demanda; cuyos supuestos incluyen, salvo por prescripción, las otrora excepciones privilegiadas, pero que solo podrán acogerse anticipadamente bajo esta figura si son evidentes.
5. La vista de casación, ahora denominada audiencia, es discrecional para la Sala Primera; anteriormente era obligatoria si se pedía.
6. La ausencia injustificada a la audiencia tiene el efecto de tener por desistido el recurso; a diferencia de la multa que se imponía anteriormente.

II. Nociones preliminares sobre los motivos de casación.-

Como no podría ser de otra manera, la primera

gran clasificación de los motivos de casación se mantendrá en el NCPC: (a) procesales y (b) de fondo. En un segundo plano, los motivos de fondo se puede subdividir en dos: (i) violaciones indirectas, o errores probatorios y fácticos; y (ii) violaciones directas, no hay yerros en el marco fáctico, y se trata de errores en la interpretación de normas sustantivas o aplicación indebida de estas normas.

Motivos de orden procesal.

Estos motivos deberán señalar infracciones de normas procesales, vicios en el procedimiento si se prefiere, por lo que las normas infringidas deberán buscarse, como regla general, en el propio código de rito, Ley de Notificaciones Judiciales, Ley Orgánica del Poder Judicial, Constitución Política etc. y corresponder a alguna las causales expresamente previstas en el artículo 69.2.

Los errores procesales, cabe la aclaración, pueden darse durante la tramitación del proceso, en la sentencia propiamente-falta de motivación v.gr.- y hasta en la deliberación o redacción de la sentencia, como sería el supuesto de un plazo desproporcionado para fallar que violente el principio de inmediación⁵.

El norte que debe seguirse en la mayoría de motivos de orden procesal -especialmente los que caben dentro del general de violación al debido proceso- es la indefensión. ¿Cómo violentó el derecho de defensa el vicio particular? es una pregunta que siempre debe contestarse

⁵ Este no es un motivo expresamente estipulado en el art. 69.2, por lo que debería encausarse en la general de violaciones al debido proceso y habrá que esperar la posición de la Sala Primera al respecto.

y alrededor de la que se deben construir estos motivos. Además, como regla general para que estos motivos tengan éxito, los vicios tuvieron que haberse impugnado en el momento procesal en el que se produjeron o, en los casos en que proceda, pedirse la adición de la resolución respectiva. En cuanto a las infracciones procesales, el NCPC incluye una norma general por infracciones al debido proceso- antes las causales eran específicas únicamente - y agrega motivos novedosos, antes vedados, como la falta o contradictoria motivación de la sentencia.⁶ Siempre será necesario citar en el recurso la norma procesal infringida.

Motivos de fondo

Los motivos de fondo siempre implicarán la violación de normas de esa naturaleza, denominadas también sustantivas, que estarán contenidas en cuerpos normativos como el Código Civil, Código de Comercio, Ley de Marcas, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, etc. En este tipo de motivos siempre se deberá acusar una norma de fondo infringida, independientemente de si hubo errores al valorar la prueba-anteriormente denominados violaciones indirectas de normas sustantivas- o si el error se dio a la hora de interpretar o seleccionar la norma aplicable-denominadas violaciones directas en el código que se deroga-. Además, se incluye en las violaciones de fondo el quebranto de la cosa juzgada.

Respecto de los motivos fondo, el NCPC eliminó algunos de los requerimientos formales

⁶ En el marco del CPC que se deroga y en casos muy calificados la Sala Primera ha anulado sentencias civiles por una absoluta ausencia de fundamentación jurídica, aún y cuando no era una causal expresamente permitida. Véase, por ejemplo, el voto 497-F-S1-2017.

y antes indispensables: ya no ordena el Código acusar errores de hecho y de derecho para violaciones indirectas de normas sustantivas o acusar, en violaciones directas, una indebida interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación. Sin embargo, los requisitos de claridad, orden y fundamentación jurídica que incluye el NCPC harán que no desaparezcan del todo. Y en cuanto a los errores de derecho y hecho, el primero puede ser parcialmente identificado en el novedoso “Infracción a las normas de valoración probatoria” y segundo con en el “Error en la interpretación de la prueba”; en ambos supuestos los errores acusables son más amplios que con la regulación anterior. En consecuencia, estos parámetros seguirán obligando a indicar, como mínimo, si el error se dio en la valoración probatoria por un lado, o en la interpretación o elección de la norma aplicable por otro. Y solo la práctica nos enseñará la rigurosidad con la que habrá que clasificar y delimitar los motivos en las demás categorías señaladas.

Un instrumento muy útil para determinar frente a cuál tipo de infracción de fondo nos encontramos, son las preguntas ¿existe algún error en el elenco de hechos probados y no probados? ¿La corrección de ese error es tan relevante que modifica la decisión impugnada? Si las respuestas son afirmativas, estamos frente a una violación indirecta, por lo que el motivo deberá construirse de manera que se acuse un error en la valoración de la prueba, la consecuente modificación del cuadro fáctico y siempre sin excepción se indique cuál o cuáles normas de fondo se infringieron como consecuencia. Si el motivo es de fondo, probablemente se trate de un error de esta naturaleza, que son los más frecuentes.

Si las respuestas son negativas, porque los hechos tenidos por demostrados e indemostrados son correctos, o porque existiendo errores estos son irrelevantes, estamos frente a una violación directa; en cuyo caso se deberá indicar cuál es la correcta interpretación de la norma de fondo violentada o cuál es la norma aplicable dejada de utilizar por el tribunal.

Otra manera de plantear la interrogante es ¿se sostiene mi tesis sin modificar, eliminar o adicionar hechos probados o no probados?

Para las violaciones indirectas-errores probatorios/fácticos-la redacción del NCPC hace surgir una duda de gran importancia: ¿es necesario citar las normas relativas al valor probatorio de las pruebas mal apreciadas? Con el código que se deroga, omitir este requisito en motivos de error de derecho tenía la grave consecuencia del rechazo de plano. El CPCA, por su parte, exonera expresamente a los litigantes de cumplirlo; razón por la cuál la Sala Primera lo ha estimado innecesario para esta materia.⁷ El NCPC no lo establece como requisito ni incluye una exoneración expresa, por lo que queda la duda de si se debe cumplir o no y las consecuencias de no hacerlo. La prohibición expresa de aplicar sanciones analógicamente del NCPC-art. 3.4-⁸

⁷ (...)..Tanto en la infracción procesal, como en la probatoria, puede concurrir, junto con las razones jurídicas (siempre necesarias), las de carácter fáctico y, en ese sentido, los fundamentos de referencia deberán ser dirigidos en ambas vertientes, so pena de inadmisibilidad. Por su parte, es necesario aclarar que de la fundamentación jurídica se exonera, por expreso mandato legal, la indicación de aquellos cánones relativos al valor del elemento o elementos probatorios mal apreciados.(...) Voto No. 893-F-2017.

⁸ También podrían entenderse violentados otras manifestaciones de este principio como el “principio pro sententia”, “indubio probabilitate instancie” o “pro actione”. Sobre la prohibición de ampliar supuestos de rechazo de plano consúltese: ARTAVIA BARRANTES, Sergio. “La Casación Civil. Tomo II. 1ra ed. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2016.

podría hacer pensar que desatenderlo no podrá ser causa de rechazo de plano. No obstante, el código que se deroga tampoco incluía la inobservancia de este requisito como un supuesto expreso de rechazo de plano-art. 597-, pero se entendió incluido dentro del requisito de fundamentar jurídicamente los recursos, que subiste en el NCPC. Me inclino, sin embargo, por considerar innecesario el requisito, pues si bien ambos códigos procesales civiles incluyen como requisito de admisibilidad la fundamentación del recurso, el NCPC no obliga en ninguna de sus normas a citar los cánones relativos al valor de la prueba erróneamente valorada; a diferencia del código que se deroga, que incluía el mandato en su artículo 595 inciso 3).

Síntesis de los motivos de casación de acuerdo con el NCPC:

Una síntesis de los nuevos motivos de casación es la siguiente:

I. MOTIVOS DE ORDEN PROCESAL

1. Infracción o errónea aplicación de normas procesales que sean esenciales para la garantía del debido proceso.

Algunas infracciones posibles:

- Ausencia o defectuosa emplazamiento del demandado.
- Rechazo de prueba injustificado y grave.
- Falta o defectuosa de citación para alguna diligencia de prueba.

- d. Sanción procesal grave e injustificada (tener por contestados afirmativamente los hechos de la demanda, no práctica de prueba por ausencia en audiencia, sentencia anticipada sin que se dieran los supuestos)
- e. Cuando, por fuerza mayor o por actos fraudulentos de la parte contraria, no se hubiera presentado prueba esencial o se hubiera imposibilitado la comparecencia de la parte interesada a algún acto donde se practicó prueba trascendente.
- f. No se dio audiencia para conclusiones- orales o por escrito-.
- g. Falta o indebida representación durante todo el proceso o al menos durante la audiencia de pruebas.

No será infracción suficiente:

- h. Omitir la audiencia de conciliación, no es motivo de nulidad.-Ver voto de Sala Primera, 155-F-2017-.

2. Vulneración del principio de inmediación por ausencia de jueces en la audiencia de prueba, conclusiones o deliberación.⁹

⁹ En ordinarios de mayor cuantía y cuantía inestimable la sentencia deberá ser dictada por tres jueces; quienes, salvo en pocas excepciones, deberán haber estado presentes en todas estas etapas, bajo pena de nulidad de la sentencia.

Esta causal merece un comentario en relación con los procesos en trámite antes de la entrada en vigencia del código, y a propósito de las disposiciones transitorias del NCPC y del Reglamento Normas de Prácticas para la aplicación del Nuevo Código Procesal Civil, aprobado por corte plena mediante Circular 96-2018.

El Transitorio III del NCPC establece que los procesos ordinarios y abreviados de mayor cuantía en los cuales no haya iniciado la fase probatoria, pasarán al tribunal colegiado de primera instancia. Si a lo que se hizo referencia es al nombre del Tribunal, independientemente del número de jueces que lo integren para el caso concreto, las normas promulgadas por la Corte Plena serían

3. Haberse dictado la sentencia por un número menor de los jueces exigidos por ley.

4. Ausencia o contradicción grave en la fundamentación.

- a. No es posible conocer las razones que fundamentan la conclusión del Tribunal, lo que dificulta la labor impugnativa y violenta el derecho de defensa.
- b. No debe confundirse con errores de razonamiento o similares.

5. Haberse fundado en medios probatorios ilegítimos o introducidos

contrarias al transitorio, pues, según estas, a partir del 8 de octubre todos estos procesos radicarán en el Tribunal Colegiado de Primera Instancia Civil, independientemente de la etapa procesal en la que se encuentren; además de que ninguno de estos procesos seguirán siendo conocidos por el Juzgado Civil que los venía tramitando. (arts. 1.4.1 y 1.1)

Otra interpretación del Transitorio III podría ser que este tipo de procesos-ordinarios y abreviados de mayor cuantía- se tramitarán hasta su terminación por tribunales unipersonales o colegiados, dependiendo de si ya había iniciado la fase probatoria o no, respectivamente. Y con independencia del nombre del tribunal donde se tramite. Esta interpretación no entraría en contradicción con las normas de la corte plena que hacen radicar estos procesos en el Tribunal Colegiado, independientemente de su etapa. Sin embargo, si sería contraria a por lo menos otras 2 disposiciones:

- (i) El artículo 4.1 establece, sin distinción de la fase en que se encuentre el proceso, que los autos y providencias escritas estarán a cargo de un tribunal unipersonal, mientras que “El tribunal se integrará de forma colegiada, para el dictado de la sentencia escrita de la fase de conocimiento únicamente.”
- (ii) El artículo 2.19 que establece que cuando una sentencia dictada antes del 8 se anula, la nueva sentencia se dictará conforme el contenido e integración de la nueva normativa-3 jueces-. Y que “no será necesario celebrar una audiencia oral, salvo si se ordenare practicar prueba o reponer algún acto procesal indispensable”.

En ambos supuestos el problema será que 2 de los 3 jueces que integren el tribunal para dictar la sentencias podrán no haber estado presentes en la recepción de la prueba-toda o una parte- y las conclusiones-si se hicieron de manera oral-, configurándose esta causal de nulidad de la sentencia. Y en el segundo supuesto con toda seguridad dos de los jueces habrán estado ausentes en la práctica de la prueba.

ilegalmente al proceso.

- a. Prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.
 - i. Tortura.
 - ii. Violación a la privacidad de las comunicaciones o domicilio.
 - iii. Etc.
- b. Prueba obtenida, propuesta o evacuada con infracción de la normativa procesal.

6. Incongruencia.¹⁰

- a. Extra petita. Se concedió cosa distinta a la solicitada.
- b. Ultra petita. Se concedió más de lo pedido, cuando no sea posible.
- c. Citra o mínima petita. Se dejó de resolver algún extremo de la pretensión o alguna excepción.

II. MOTIVOS POR RAZONES DE FONDO

A. VIOLACIÓN DE LEYES SUSTANTIVAS O DE FONDO. 2 maneras de violación sustantiva:

1. *Violación directa.* (Ahora se podría denominar “Violación de normas

¹⁰ (...)La incongruencia como causal de casación, entonces, ocurre cuando el juzgador al proveer, decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), u omite la decisión en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de las excepciones. Para determinar la existencia de este vicio como causal de casación ha de confrontarse, necesariamente, la parte resolutive de la sentencia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de determinar si en realidad existe entre estos dos extremos evidente desajuste de aquella frente a estas. ...” Sala Primera, voto No. 87 de 2017.

sustantivas por indebida interpretación” o “...por indebida aplicación”) No hay errores (sustanciales) en hechos probados y no probados, y estos son suficientes para sustentar la tesis del casacionista. Especificar norma de fondo infringida y (a) cuál es la correcta interpretación o (b) por qué la norma escogida por el juez no resulta aplicable, cuál es la norma aplicable y por qué. Vicio en la premisa mayor y en la conclusión de la sentencia.

2. *Violación indirecta.* (no es necesario denominarla así en el recurso)

Hay errores en los hechos probados y no probados de la sentencia, y sin modificar dicha lista la tesis del casacionista no es sostenible. Indicar pruebas apreciadas erróneamente, los cambios en el marco fáctico y las normas de fondo infringidas como consecuencia de ese error. Vicio en la premisa menor y en la conclusión del silogismo de la sentencia. Se divide en:

- a. “Infracción a las normas de valoración probatoria” (otrora error de derecho)
 - i. error en la valoración de la prueba.
 - (a) De algún medio de prueba individual o en conjunto.
 - (b) Violación a las reglas a la sana crítica (lógica, ciencia, experiencia, psicología, etc.). Se utilizaron máximas de la experiencia infundadas, por ejemplo.
 - (c) Preterición de prueba (se omitió valorar por completo un medio probatorio. La sola mención de la prueba hace muy probable que se esté frente a otro tipo de infracción).

ii. Violación a las reglas de la carga de la prueba. (art. 41.1)

iii. Se asignó valor tasado a alguna prueba, cuando este desapareció en el NCPC.

b. “Error en la interpretación de la prueba” (otrora parcialmente error de hecho)

i. Se atribuyó a una prueba un dato que no refleja (v.gr. Atribuir a testigo hechos que no manifestó).

ii. No queda claro si se pueden encausar otros errores que van más allá e incluyen inferencias equivocadas a partir de uno o más medios de prueba.

B. VIOLACIÓN DE LA COSA JUZGADA. Identidad de los 3 elementos:

a. Sujetos

b. Causa (hechos)

c. Objeto (pretensión)

Rechazo por informal en sentencia

Pasar el filtro de admisibilidad no es garantía de que haya pronunciamiento de fondo. Persistirá el peligro de que la Sala omita pronunciarse sobre los motivos planteados. En ocasiones la Sala Primera admitirá el recurso de casación para estudio, solo para rechazar un motivo, o todos, por incumplir requerimientos técnicos y formales mínimos, en sentencia de fondo. Algunas de las recomendaciones aquí expuestas serán más útiles para evitar uno u otro de estos dos escenarios. No se expondrán, sin embargo, de manera clasificada por su mayor utilidad al rechazo de

plano o, llamémoslos, al rechazo por informal en sentencia, por ser mi convicción que todo recurso debe cumplirlas todas y porque considero que otros criterios clasificatorios facilitan su estudio.

III. La técnica del recurso de casación.

Requisitos básicos.-

Un buen lugar para empezar al elaborar un recurso de casación es el artículo 69.4. del NCPC; norma que establece los siguientes tres requisitos indispensables de todo recurso:

1.- La naturaleza del proceso, las partes y la hora y fecha de la resolución impugnada.

Este primer requisito no merece mayor comentario pues se cumplirá con el mismo encabezado que se hubiere venido utilizando en lo demás escritos del proceso. Un error en la hora y fecha de la resolución impugnada no puede fundamentar un rechazo de plano o un rechazo por informal en sentencia. Contra esa rigurosidad formal se erigen la informalidad de los actos procesales-art. 24.1-, el principio de instrumentalidad-art. 2.2-, la interpretación de las normas procesales atendiendo a su carácter instrumental y a su finalidad-art.3.3-, la prohibición de aplicar sanciones analógicamente-3.4- y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva-art. 41 de la CP-.

2.- La mención de las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas.

El segundo requisito es indispensable y deberá cumplirse tanto para motivos de fondo como de

procedimiento, siempre, sin excepción. En los primeros siempre deberá citarse una o varias normas de fondo infringidas y en los segundos las normas citadas corresponderán al propio NCPC, la Ley de Notificaciones y, eventualmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Constitución Política. La trascendencia de este requerimiento se hace patente en el artículo 69.5 del código, que establece como supuesto de rechazo de plano de un recurso: “5. *Se omita fundamentarlo jurídicamente.*”

¿Cuándo no se cumple la fundamentación jurídico del recurso?¹¹

a.- Cuando no se citan normas del todo. Una sola podría ser suficiente.

b.- Cuando se citan normas, pero estas no están concatenadas entre sí, y con los argumentos del recurso y la sentencia impugnada. Es decir se incluye un listado de normas sin explicación alguna. Por entenderse violentado también el requisito de claridad y precisión.¹²

¹¹ “(...)Así las cosas, la fundamentación dispuesta por ley, puede entenderse, grosso modo, como aquella argumentación técnico-jurídica en la que se mencionan una serie de artículos, o reglas jurídicas entrelazadas o concatenadas entre sí y vinculadas razonablemente en una doble perspectiva: con los argumentos del recurso y con la sentencia que se ataca. En la medida en que se cite un conjunto de normas jurídicas (o si es del caso, una sola de ellas), atinente y vinculada de manera clara con la sentencia combatida (ya sea en el sustento de hecho o derecho) y los argumentos del recurso, hay fundamentación jurídica. Los agregados jurisprudenciales o las eventuales citas doctrinales, reforzarán en ocasiones las alegaciones efectuadas, pero, por lo general, no hacen a su esencia.(...)”Sala Primera, Voto No. 87 de 2017.

¹² “(...)Dentro de esta línea de pensamiento, y como un primer aspecto, la casacionista, en el acápite que denomina “FUNDAMENTO DE DERECHO DEL RECURSO DE CASACIÓN”, enlistó una serie de normas pero no explicó cómo resultan conculcadas en el desarrollo del reparo. Es decir, se limitó a indicarlos en ese apartado del recurso(...)Por consiguiente, respecto a ellos, esta Sala no puede verter pronunciamiento alguno.(...)”Sala Primera, Voto No. 87 de 2017.

3.- La expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, expuestos de forma ordenada, clara y concisa.

Este requisito atañe más a los motivos de fondo, pues es en estos donde se requiere un esfuerzo adicional para escindir y determinar con claridad los errores de la sentencia. Sin embargo, es absolutamente indispensable que sea cual sea el tipo de motivo que se plantee, este esté estructurado de una manera clara y precisa. El mismo artículo 69.5 incluye como supuesto de rechazo de plano el que “*no se omitan con claridad y precisión las infracciones acusadas.*”

Adicionalmente, podríamos agregar los siguientes requisitos elementales:

4.- Interponerlo ante el mismo tribunal de primera instancia.

A diferencia del código que se deroga, el recuso deberá ahora interponerse ante el mismo tribunal colegiado de primera instancia.-art. 69.3 NCPC-. Si se presenta ante la Sala Primera directamente, podría existir el riesgo de que sea rechazado de plano o que se remita al a-quo, llegando con toda seguridad de manera extemporánea a su despacho y siendo, por lo tanto, finalmente rechazado de plano por este tribunal. Una mejor interpretación de estas normas conduciría a concluir que el recurso debería ser admitido por la Sala Primera en este supuesto; tómese en cuenta que el tribunal a-quo no resuelve sobre la admisibilidad del recurso, sino que únicamente emplaza a las partes y remite el expediente a la Sala-art.69.7.¹³

¹³ Véase ARTAVIA, Sergio y PICADO, Carlos. “Comentarios al nuevo Código Procesal Civil. Tomo II. 2da edición. San José, C.R. Editorial Jurídica Faro. 2017. P. 687

5.- Indicar la Sala competente destinataria del recurso.

La Sala Primera tendrá competencia para conocer los recursos de casación contra sentencias de procesos ordinarios civiles, agrarios, comerciales, y contenciosos administrativos-art. 54.1 LOPJ.¹⁴

6.- Tratarse de un asunto de mayor cuantía.

La resolución será recurrible siempre que la cuantía supere el monto fijado por la corte plena. Actualmente el monto es de tres millones de colones. Si la corte varía el monto después de que el proceso hubiere iniciado, la posibilidad de plantear el recurso subsistirá, aún y si su cuantía resulta inferior al nuevo límite fijado.

7.- Deberá interponerse dentro de los 15 días hábiles desde que quedaron notificadas todas las partes de la sentencia-art.69.3- o de la resolución que resuelva una adición y aclaración interpuesta.- art.63 NCPC-.

8.- Exhaustividad de los motivos de casación. El NCPC eliminó la histórica ampliación del recurso de casación, sí permitida por el CPCA. Por ello, se deberán incluir todos los motivos en el recurso que se plantee, bajo pena de inadmisibilidad de cualquiera planteado posteriormente por razón del principio de preclusión.

¹⁴ Para mayor detalle sobre las resoluciones recurribles y la división de competencias con la Sala II, véase Artavia y Picado “Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil. Tomo II” Pp. 681-687.

Consejos prácticos y errores más frecuentes.-

Es absolutamente indispensable que se expresen con claridad y precisión las infracciones acusadas.

“El estilo persuasivo necesita de dos cualidades: claridad y simplicidad. Si carece de cualquiera, fracasa en persuadir.”-Demetrio de Falero.¹⁵

“Argumentos sencillos son argumentos ganadores; argumentos complejos son pastillas para dormir en papel”- Hon. Alex Kozinski ¹⁶

En cuanto a la claridad de las infracciones acusadas, la primera recomendación es la de hacer motivos concisos y sencillos. La longitud y/o complejidad de los recursos de casación no solo atentan contra la claridad, característica esencial para el arte de convencer, sino que pueden llevar a su rechazo de plano. *“Toda la estrategia del mundo no será de ninguna ayuda para usted a menos que usted escriba claro y con fuerza. Y la claridad y la fuerza son sobre todo el fruto de la simplicidad.”¹⁷*

¹⁵ Traducción propia de “The persuasive style requires two qualities: clearness and simplicity. If it is lacking either of these it fails to persuade.” Demetrius of Phalerum, On Style 250 221(ca. 300 B.C.;T.A. Moxon trans.,1943). Citado por GARNER, Bryan. “The winning brief”. Oxford University Press. 2014. P. Frontispicio.

¹⁶ Traducción propia de: “Simple arguments are winning arguments; convoluted arguments are sleeping pills on paper.”- Hon. Alex Kozinski. How You Too...Can Lose Your Appeal. 23 Montana Lae. 5,6 (Oct. 1997). Ídem. P. 149

¹⁷ Traducción propia de: “All the careful strategy in the world will be of no assistance to you unless you write clearly and forcefully. And clarity and power are above all the fruit of simplicity.” — Hon. Irving R. Kaufman Garner, Bryan A.; Antonin Scalia. Scalia and Garner’s Making Your Case: The Art of Persuading Judges (Posición en Kindle1622-1624). Thomson West. Edición de Kindle.

Actualmente la Sala Primera está durando un promedio de dos años y medio en resolver recursos de casación. Esto se justifica por la gran cantidad de recursos que deben resolver los señores magistrados, entre los que tienen que dividir su atención. Si a eso le sumamos un recurso extenso y confuso, como mínimo no se logrará transmitir convincentemente los argumentos importantes y como máximo podríamos estar ante un rechazo de plano por informal.

“La longitud disuelve la vehemencia, y un efecto más fuerte se obtiene cuando se dice mucho en pocas palabras. . . . La brevedad es tan útil en . . . el estilo que incluso a veces es más fuerte no decir algo”.(Demetrio)¹⁸

La precisión para motivos de fondo por violaciones indirectas o errores probatorios, se podría resumir en lo siguiente:

- (a) debe señalarse individual y específicamente la prueba o pruebas ilegalmente valoradas y en qué consistió el error (en ocasiones conviene transcribir la parte relevante de la declaración, documento o peritaje);
- (b) debe indicarse cuál o cuáles hechos demostrados o indemostrados sufren modificaciones como consecuencia del error;
- (c) es necesario señalar las normas de fondo infringidas como consecuencia y la manera en que la norma aplicable produce un resultado distinto con las modificaciones fácticas.

¹⁸ Traducción propia de: “Length dissolves vehemence, and a more forceful effect is attained where much is said in a few words Brevity is so useful in . . . style that it is often more forceful not to say something.” —Demetrius of Phalerum, “On Style,” (ca. 300 B.C.; C.M.A. Grube trans.), in *Readings in Classical Rhetoric* 256, 258 (Thomas W. Benson & Michael H. Prosser eds., 1988). Citado por: Garner, Bryan A.; Antonin Scalia. *Scalia and Garner’s Making Your Case: The Art of Persuading Judges* (Posición en Kindle2948-2950). Thomson West. Edición de Kindle.

- (d) de violentarse las reglas de la carga de la prueba, deberá exponerse de manera concreta por qué debe pesar sobre la contraparte la omisión probatoria.

Respecto de motivos de fondo por violaciones directas de normas sustantivas, con el fin de no ser reiterativos y por no ser necesario mayor desarrollo, remito a los dicho en el acápite de nociones básicas.

Para los motivos de orden procesal la precisión responderá a:

- (a) la regla de procedimiento infringida;
- (b) la causal específica del artículo 69.2 en la que encuadra el vicio; y
- (c) la manera en que la infracción causó indefensión, si resulta aplicable.

Para lograr esa sencillez y concisión los abogados tienen que trabajar en la no siempre fácil tarea de encontrar los vicios que tiene, escindirlos y clasificarlos.

Haga el trabajo difícil usted, no se lo deje a los magistrados.

No es poco común ver sentencias en las que la Sala Primera se ve obligada reinterpretar los motivos de casación de un abogado; a veces dándole la razón, ayudándole, en muchas otras ocasiones rechazando su recurso. El abogado debería tomar las decisiones difíciles de “casarse” con una posición y no incluir todas las posibles argumentos y posiciones de manera ambigua y/o vaga, con la esperanza de que sea la Sala la que seleccione la que le parezca correcta, o produzca

un nuevo argumento mezclando los de su recurso. Es sobre el abogado que debe pesar la labor de enfrentarse a esta ardua tarea, que debe tener como resultado los elementos mínimos que apunté en la sección precedente.

Incumplir este requisito podría tener la consecuencia de que su recurso sea rechazado de plano. Ha dicho la Sala Primera, haciendo referencia a las necesarias claridad y precisión que subsisten en el NCPC,:

“Desde esta orientación, el legislador ha dispuesto, en los artículos 596 y 597 ibidem, el deber del recurrente de explicar, clara y precisamente, en qué radican los yerros cometidos por el Tribunal, debiendo el recurso, en orden a esas exigencias, bastarse a sí mismo, en cuanto a su cabal entendimiento, para evitar que la Sala tenga que verse obligada a interpretarlo, a fin de desentrañar todo aquello que el casacionista debió decir de modo explícito y comprensible. Por lo expuesto, la falta de precisión y claridad conducen a su rechazo de plano.” (voto 473 de 2017)

La literatura sugiere lo mismo:

“En un sistema adversarial, es su trabajo presentar claramente el derecho y los hechos que favorecen su lado del caso- no es el trabajo de los jueces armar estos elementos de un verboso y confuso escrito o argumento. Muy a menudo, los jueces no se tomarán la molestia de compensar sus deficiencias, por no tener ni el tiempo ni la paciencia. Los jueces que están conociendo su caso tienen mucho otros casos en sus manos. Son una

audiencia impaciente e implacable que no tiene el deseo de dedicar más tiempo en su caso del necesario para obtener el resultado correcto. Nunca, nunca haga perder el tiempo del tribunal.”¹⁹

La correcta preparación de estos recursos no solo exige precisar y escindir los motivos, sino que es necesario hacer una selección cuidadosa de los argumentos que se incluirán.

Rifle vs. Escopeta

Una metáfora común en materia de recursos es la del rifle vs. la escopeta. Los recursos rifle concentran su fuego en pocos pero certeros argumentos. El recurso escopeta dispara un *spray* de argumentos con la esperanza de que alguno alcance el blanco. Salvo en casos absolutamente perdidos, donde valga agregar que podría ser cuestionable la presentación misma del recurso, se deben preferir los recursos rifle. Esto implicará la dura tarea de seleccionar los argumentos más fuertes y excluir los más débiles.

Los argumentos débiles debilitan a los fuertes. Primero porque presentan una imagen poco profesional, débil y desesperada²⁰; que puede

¹⁹ Traducción propia de: “In an adversary system, it’s your job to present clearly the law and the facts favoring your side of the case—it isn’t the judges’ job to piece the elements together from a wordy and confusing brief or argument. Quite often, judges won’t take the trouble to make up for your deficiency, having neither the time nor the patience. The judges considering your case have many other cases in hand. They are an impatient, unforgiving audience with no desire to spend more time on your case than is necessary to get the right result. Never, never waste the court’s time.” Garner y Scalia. Op. Cit. (Posición en Kindle582-587)

²⁰ “Un argumento escopeta es ineficaz. Da la impresión de debilidad y desesperación, e insulta la inteligencia de la corte.” Traducción propia de: “Scattershot argument is ineffective. It gives the impression of weakness and desperation, and it insults the intelligence of the court.” Garner y Scalia. Op Cit. (Posición

levantar sospechas sobre la calidad del abogado y de la de los argumentos fuertes mismos, y hacer que estos últimos se valoren con cierto recelo y bajo una luz desfavorable. Además, porque no pocas veces abogados han visto con frustración como las sentencias que rechazaron sus recursos dedicaron la mayoría de sus páginas a refutar los argumentos débiles y secundarios, en perjuicio de los argumentos más fuertes, que son rechazados en unas cuantas líneas, y a los que verdaderamente estaban apostando los litigantes. Por otra parte, concentrar la atención de los magistrados en pocos argumentos fuertes, permite que dediquen más tiempo en ellos y realicen un análisis más profundo. Quizás algunos rechazos de argumentos fuertes no hubieran sobrevivido un análisis más exhaustivo y una fundamentación escrita en sentencia más extensa. Hay posiciones que no se saben erradas hasta que se intentan fundamentar por escrito. Excluya los argumentos débiles de su recurso. Si los argumentos fuertes no van ser suficientes para modificar el fallo impugnado, en nada va a ayudar incluir los débiles.

“No siempre debemos cargar(abrumar) al juez con todos los argumentos que hemos descubierto, pues al hacerlo lo aburriremos de inmediato y lo haremos menos proclive a creernos.”- Quintiliano²¹

En la selección y precisión de los motivos debe siempre tenerse presente, entre otros factores, el principio de trascendencia.

en Kindle567-568).

²¹ Traducción propia de: “We must not always burden the judge with all the arguments we have discovered, since by doing so we shall at once bore him and render him less inclined to believe us.” —Quintilian Garner, Bryan A.; Antonin Scalia. Scalia and Garner’s Making Your Case: The Art of Persuading Judges (Posición en Kindle573-574). Thomson West. Edición de Kindle.

Principio de trascendencia en motivos de fondo.-

Quizás uno de los yerros más frecuentes en los motivos de fondo de recursos de casación es señalar errores intrascendentes de la sentencia. Por más graves y escandalosos que puedan parecer los errores de una sentencia, si su corrección no tiene la virtud de modificar la conclusión alcanzada por el tribunal, la casación se torna inútil y su rechazo inevitable.²² En abstracto podría parecer una regla simple y fácil de cumplir, reservada únicamente para los abogados más inexpertos; sin embargo en la práctica es un error recurrente. Todo error debe tener la trascendencia de modificar la conclusión del silogismo de la sentencia. Si el vicio se encuentra en una interpretación normativa (violación directa en el código que se deroga), los cambios los sufrirá la premisa mayor y la conclusión del silogismo. Si se estamos ante un error en la valoración de la prueba(violación indirecta anteriormente), los cambios los sufrirán la premisa menor y las conclusión del silogismo.

Si un error en la valoración probatoria no conduce a modificar los hechos demostrados e indemostrados, entonces se incumple el principio de trascendencia y la casación se rechazará. De la misma manera, aún y si un error es suficiente para cambiar los hechos demostrados e indemostrados, pero este cambio no es lo suficientemente trascendental para modificar la conclusión del silogismo de la sentencia, el resultado será el

²² Véase entre otros el Voto No. 292-F-2017, de la Sala Primera: “La casacionista no dirige sus inconformidades contra el argumento central de la sentencia impugnada. Desde la perspectiva del recurso de casación, esto hace que carezca de todo interés referirse a los agravios planteados, pues se estaría ante un supuesto de casación inútil, en tanto no sería factible quebrar la resolución impugnada con los argumentos esbozados, al subsistir el fundamento principal, el cual se mantiene incuestionado. Por ende, el recurso deberá ser rechazado.”

rechazo del recurso.

Un ejemplo de este error es usual encontrarlo cuando se incurre en pretericiones de prueba u olvido flagrante de prueba, vicio que como se sabe consiste en dejar de considerar en el análisis fáctico uno o varios medios de prueba, como si no constasen en el expediente. De entrada puede parecer un vicio de la mayor gravedad. (¡El Tribunal está ignorando prueba que beneficia a mi posición!) Sin embargo, no es suficiente señalar el error, menos incluir las frecuentes visiones apocalípticas de la justicia como consecuencia del mismo. Ni siquiera son suficientes las frases comunes como “violación al debido proceso y derecho de defensa”, “garantía constitucional de justicia pronta y cumplida”, “vaciar de contenido el derecho de mi representada”, etc. Todas tienen como máximo una función retórica y se pueden sustituir por “de haberse tomado en cuenta la prueba “x” el hecho tenido por indemostrado “y” se debió haber tenido por demostrado por las siguientes razones:”. Siempre, sin excepción, deben señalarse las consecuencias de haberse tomado en cuenta la prueba preterida o, lo que es lo mismo, los cambios que sufre el elenco de hechos probados y no probados como consecuencia. Además, por supuesto, se deberá indicar cómo el cambio en el marco fáctico impacta la conclusión del silogismo de la sentencia. ¿Y si no es posible modificar la sentencia a favor de mi cliente tomando en cuenta la prueba preterida? No debería molestarse en preparar el motivo de casación por ese vicio.

Rechazando un motivo de preterición de prueba por intrascendente, razonó la Sala Primera:

VII.-El mandato 139, inciso 3, del CPCA, exige

se indiquen, “...de manera clara y precisa, los motivos del recurso, con la fundamentación fáctica y jurídica del caso...”. Al alegarse preterición de la prueba, no basta mencionar cuáles elementos de convicción se dejaron de considerar. También es preciso justificar cómo, de haberse tomado en cuenta, revierten el criterio de los juzgadores.(...) (Voto No. 155-F-2017, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.)

La trascendencia de los motivos de casación obliga a señalar los errores de la sentencia de manera específica.

Es necesario señalar errores de la sentencia, no basta con reiterar la teoría del caso

El único fin de los recursos es corregir errores de resoluciones judiciales. Conviene la precisión, pues en ocasiones los abogados reiteran su teoría del caso en sus recursos en lugar de combatir los aspectos particulares de las sentencias que contienen errores. Esto no solo pone en riesgo el objetivo de convencer a los señores magistrados, sino que puede conducir a que se rechace de plano el recurso. De la misma manera que un alegato de conclusiones escrito debería asimilarse lo más posible a un proyecto de sentencia, los motivos de casación deberían hacer lo mismo respecto de las partes de la sentencia que se pretenden modificar.

Sobre este error ha dicho la Sala Primera:

“VI. Encuentra esta Sala que el casacionista es impreciso en determinar la disconformidad o disconformidades con el fallo. (...)En consecuencia, el agravio no menciona ni se dirige

contra la sentencia, contra los argumentos del Juzgado. En este alegato, el recurrente se dedica –en apariencia– a exponer su teoría del caso, pero olvida combatir la resolución final que es el objeto del recurso de casación. Olvida que esta instancia procesal, no corresponde a un recurso ordinario (como es la apelación), ni resulta suficiente manifestar una serie de disconformidades generales y meramente argumentativas, en tanto es menester, según se ha dicho, el contraste de lo decidido con la infracción general que, en su criterio, tuvo lugar.” (Voto 516-A-2015, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia)

No incluya yerros procesales si no se reclamaron en el momento en que se produjeron ni incluya argumentos novedosos.-

Al igual que código que se deroga y el CPCA, para que un error procesal pueda ser objeto de un recurso de casación se debió “*haber gestionado la rectificación del vicio y haber agotado todos los recursos procedentes contra lo resuelto*”-art. 69.2-. La inobservancia de este requisito tiene la grave consecuencia del rechazo de plano.-69.5.6-. Si en el caso particular no se cumplió esta gestión, no se debe incluir el motivo de orden procesal, pues será inevitablemente rechazado de plano.

Por otra parte, una novedad respecto del código anterior, es que los argumentos novedosos serán rechazados de plano. El artículo 69.5.7. incluye como supuesto de esta sanción procesal “*cuestiones no alegadas oportunamente, ni debatidas en el proceso.*” Con la anterior regulación, los motivos basados en argumentos

novedosos se rechazaban en sentencia. Con el NCPC, será motivo de rechazo *ad portas*. Por ello, cuando exista duda de si un argumento es novedoso, deberá ligarse expresamente a escritos presentados durante la tramitación del proceso, preferiblemente a los actos de proposición de parte-demanda, contestación, reconvención y réplica-.

Siempre solicite adición y aclaración de la sentencia si prevé motivos procesales por vicios contenidos este tipo de resoluciones.-

El requisito de haber reclamado el yerro procesal en el momento en que se produjo, subsiste cuando el vicio se encuentra en la sentencia a impugnar-art. 69.2 NCPC-, y el medio para hacer dicho reclamo es la solicitud de adición y aclaración. Al igual que el código que se deroga, el NCPC permite la adición y aclaración de sentencias únicamente respecto de su parte dispositiva.²³ Por lo que resulta necesaria la gestión en casos de (a) incongruencia; y (b) disposiciones contradictorias en el por tanto.

Sin embargo, cuando la parte considerativa de la sentencia sea oscura y esto a su vez imposibilite el claro entendimiento de la dispositiva, conviene solicitar adición y/o aclaración.²⁴

Adicionalmente, aunque la falta o defectuosa motivación no pueda ser subsanable por medio de la adición y aclaración, es recomendable solicitar su aclaración o adición. Por lo menos existe un

²³ Art. 63 del NCPC: Los tribunales no podrán revocar ni modificar sus sentencias pero sí aclarar cualquier pronunciamiento oscuro o contradictorio, o suplir cualquier omisión sobre algún punto discutido. Estas aclaraciones o adiciones solo procederán respecto de la parte dispositiva.

²⁴ Artavia. “La Casación Civil. Tomo II”. Op. Cit. P. 51-53.

precedente donde la Sala Primera rechazó este motivo por no haberse cumplido este requisito (ver voto No. 1401 de 2015).

No debe confundirse falta de fundamentación con errores en la valoración de la prueba o la aplicación del derecho.-

No es poco frecuente que errores en valoración probatoria o aplicación normativa se intenten encausar en el motivo procesal de ausencia o contradicción en la fundamentación. La razón es que estos vicios de fondo suponen un error en el razonamiento de la sentencia y por lo tanto se asemejan al motivo procesal que impugna precisamente ese razonamiento, pero por ausente o contradictorio. El factor diferenciador es la conculcación o no del derecho de defensa. Mientras que en los motivos de fondo se parte de un razonamiento inteligible pero errado-se entiende el razonamiento pero este contiene errores-, en el motivo procesal se acusa un razonamiento ininteligible, por contradictorio o ausente-podríamos agregar insuficiente-, que no permite a la parte saber por qué perdió, lo que violenta su derecho de defensa.

Por ejemplo, si el tribunal dejó de considerar pruebas que abonan a la tesis del casacionista, podría tenerse la tentación de acusar una falta de fundamentación en cuanto a por qué no les mereció fiabilidad a los señores jueces o por qué eran pruebas intrascendentes. Sin embargo, estaríamos sin lugar a dudas ante un vicio de fondo.

Así lo ha esclarecido la Sala Primera en

reiterados votos:

II.- (...) Alega, la resolución cuestionada omite la motivación respecto a las pruebas que refutan la tesis del Tribunal, así como, las razones por las cuales no le merecieron fiabilidad a los Juzgadores.(...)

III.- ²⁵(...) Así las cosas, no debe confundirse esta causal con un mecanismo para entrar a discutir la aplicación del derecho o la valoración de la prueba realizada por el Tribunal en la parte considerativa del fallo, para lo cual el CPCA establece causales claramente definidas(...) En la especie, la falta de motivación en los términos dichos no se aprecia. En primer lugar, el casacionista confunde la falta o indebida valoración probatoria con la falta de motivación, por cuanto el alegato formulado gira en torno a supuestas probanzas las cuales, en su criterio, refutan la tesis del Tribunal y acreditan la existencia de eximentes de responsabilidad. Vicio de naturaleza sustantiva, el cual no tiene relación con la debida motivación del fallo. (...) Sin entrar a valorar en este punto si lo expuesto se ajusta a derecho y a las probanzas constantes en autos, lo cierto del caso es que, en la medida que los Jueces expusieron los razonamientos por los cuales arribaron a la decisión adoptada(...) (Voto No. 233-F-2017, Sala Primera de la Corte

²⁵ Inicia el considerando diciendo: (...) Sobre la falta de motivación, como agravio susceptible de ser revisado mediante el recurso de casación (artículo 137 inciso d del CPCA), esta Sala ha indicado que, no debe entenderse como un mecanismo para cuestionar los fundamentos jurídicos de la sentencia. Surge cuando la motivación del fallo es omisa, ya sea porque no exista o bien, por cuanto su desarrollo resulta en extremo confuso o contradictorio, de forma tal que impide tener claridad en cuanto a los razonamientos que derivaron en la decisión adoptada en la parte dispositiva, lo que vulneraría los derechos procesales de las partes, en particular, del debido proceso.(...)

Suprema de Justicia)

Conviene iniciar ubicando a los magistrados con la cuestión a resolver al inicio del recurso e iniciar cada motivo con la idea central sintetizada.-

Se trata de un resumen del punto central a resolverse. Por ejemplo: “el demandado compró el inmueble X de buena fe y a quien en registro aparecía como dueño, por lo tanto es un grave error interpretativo de la sentencia impugnada el haber declarado la nulidad por vicios en el título del vendedor y desconocidos por el demandado.”

Los recursos de casación pueden variar en número y tipo de motivos, y los casos pueden variar en número y tipo de pretensiones y partes, por lo que es imposible sentar una regla absoluta. Empero, la idea general a la que se recomienda aspirar es a la de ubicar al lector lo antes posible en lo que sea relevante para resolver ese recurso: ya sean la pretensión principal y su resultado, condensados en una oración, o el error principal a corregir de la sentencia, entre otras.

Si bien este consejo se asocia al sistema jurídico estadounidense, y podría pensarse ajeno al nuestro, lo cierto es que es universal y propio de la retórica en general. El gran retórico romano Cicerón aconsejaba que no se debe entrar de una vez en los hechos específicos de su presentación, ya que “no forman parte de la cuestión, y los hombres están primero deseosos de saber el punto que será el objeto de su decisión/fallo”.²⁶ Sin tener claro de que se trata el punto central, los hechos específicos o los pormenores procedimentales del

caso van a carecer de contexto, y por lo tanto de sentido e importancia; por lo menos hasta que se llegue leer gran parte del recurso.

Se recomienda, incluso, que como regla general el juez tiene que poder conocer el punto central a resolver dentro de los 90 segundos posteriores al inicio de la lectura del escrito.²⁷

“El 7 de julio de 2005, la actora compró el inmueble X a la demandada Z”, por ejemplo, podría relacionarse con una demanda reivindicatoria, de nulidad, traslape, accesión, resolución de un contrato de construcción, daños y perjuicios, etc. Iniciar el recurso con un hecho como este, en una sección de antecedentes del caso, causará que los señores magistrados hagan una lectura como máximo superficial y posiblemente omitan del todo su consideración. Todos los detalles del recurso tendrán para el lector su correcto sentido si ya está claro desde el inicio el punto central.

*“El error más grave que un abogado puede cometer ya sea en argumentos escritos como orales es el de mantener a la corte en la oscuridad respecto de lo que se trata el caso hasta después de una larga discusión de fechas, declaraciones de testigos, citas legales, y parecidas/de ese tipo. Son pocos jueces que después de finalmente enterarse de qué se trata el caso, pueden retroceder en sus procesos mentales y darle una apropiada consideración y evaluación a esa cuestión narrativa.”*²⁸

question, and men are at first desirous to learn the very point that is to come under their judgment.”⁷ Cicero, “De Inventione” (ca. 87 B.C.), in *De Inventione; De Optimo Genere Oratorum; Topica* 125 (H.M. Hubbell trans., 1949; repr. 2006). Citado por Garner, y Scalia. Op. Cit. (Posición en Kindle2942-2943).

²⁷ Garner, *The winning Brief*. Op. Cit. Pp.78-80.

²⁸ Traducción propia de: “*The greatest mistake a lawyer can*

²⁶ Cicero advised that you must not spring at once into the fact-specific part of your presentation, since “it forms no part of the

Se debería seguir una regla similar en cada motivo de casación. Condensar el punto central del motivo en el primer párrafo y desarrollarlo en los subsecuentes.²⁹

Un ejemplo de lo anterior es el siguiente:

El A-quo tuvo por demostrado que la actora sufrió perjuicios-lucro cesante-por hasta xxx millones de colones. Los perjuicios requieren de prueba directa de su existencia o, lo que es lo mismo, de la alta probabilidad de que el lucro cesante se hubiera percibido de no haberlo evitado la conducta dañosa, bajo pena de tenerlos por indemostrados y por lo tanto ser rechazados en sentencia. Además, el lucro cesante puede ser actual o futuro, siendo el segundo indemnizable únicamente cuando es cierto-daños futuros pero ciertos. El Tribunal sustentó la existencia de perjuicios en el informe pericial actuarial únicamente; informe que utilizó un método conjetural e hipotético y que proyectó las utilidades supuestamente esperables a futuro sin el grado de certeza requerido. Por lo anterior;

make either in briefing or oral argument is to keep the court in the dark as to what the case is about until after a lengthy discussion of dates, testimony of witnesses, legal authorities, and the like. Few judges, after eventually finding out what the case is about, can back up in their mental processes and give proper consideration and evaluation to such narrative matter.” —Hon. Luke M. McAmis Garne y Scalia. Op.cit. (Posición en Kindle 612-613-615)

²⁹ “Por lo tanto, la brevedad es parte de lo que se debe conseguir. Igualmente la eficiencia: se debe condensar el mensaje de entrada, sin desperdiciar una sílaba, aún y cuando el resto del escrito se prolongue por varias páginas. Si es una moción(petición) de cinco páginas, enuncie el mensaje esencial en el primer párrafo. Si es una apelación de 25 páginas, sintetice el mensaje en la primera página, sin vaguedad o ambigüedad innecesarias. El resto sirve de apoyo.” Traducción propia de: “Hence brevity is part of what you must achieve. Likewise efficiency: you must capsule your message up front, without one wasted syllable, even if the rest of the writing goes on for many pages. If it’s a 5-page motion, state the essential message concretely in the first paragraph. If it’s a 25-page appellate brief, distill the message on page 1, without unnecessary vagueness or abstraction. The rest serves as backup.” Garner, *The winning Brief*. Op. Cit. p.5.

el Tribunal xxxx erró al tener por probado el lucro cesante reclamado, violentando las reglas de la sana crítica y las presunciones humanas.

Empiece con el argumento más fuerte

Como regla general los motivos por vicios de procedimiento deben ir de primero. Esto es así porque si se acogen, los de fondo devienen intrascendentes y no son si quiera valorados-a excepción de los motivos de incongruencia y falta de motivación, que el NCPC permite que de acogerse la Sala resuelva el fondo sin reenvío-. Así lo ordena el art. 65.5 del NCPC, norma aplicable a todas las clases de recursos, al indicar que “*Se expresarán primero los motivos de orden procesal y posteriormente los de fondo.*” Sobre esta estructura de los recursos ha dicho la Sala Primera:

“En esta virtud, la técnica aconseja formular primero los motivos de casación por razones procesales, pues de acogerse procedería la nulidad del fallo y la remisión del expediente al despacho de origen para el correspondiente ajuste. Luego los de fondo, es decir, violaciones indirectas por yerros de hecho o de derecho; quebrantos directos por falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de las normas jurídicas.” (Voto 156-F-2017, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia)

No obstante, siempre que sea posible empiece con su argumento más fuerte. Así lo sugiere la retórica. Un primer motivo fuerte predispondrá positivamente a los señores magistrados para cuando estudien los demás motivos. Además, y

como regla general de argumentación, “*porque las primeras impresiones son indelebles. Porque cuando el primer trago es malo, uno ya no quiere beber más. Porque la atención judicial será mayor al inicio.*”³⁰

Adicionalmente, si un letrado es el primero en leer el recurso y es él o ella quién se lo resume al/a la magistrado/a instructor/a en primer término, conviene que se lo resuma de manera favorable, pues esa primera impresión en el magistrado puede ser determinante para su decisión. Resumen que inevitablemente va a estar cargado y esculpido por la opinión que tenga el letrado del recurso. Y para ese fin, esa primera lectura debe imprimir una impresión positiva en la mente del letrado, lo que tiene mayor probabilidad de suceder si se empieza con el argumento más fuerte. Es necesario que el letrado sea el primer defensor del recurso, no el primer opositor. Lo mismo posteriormente cuando el magistrado instructor se lo presente a los otros cuatro magistrados.

IV. La audiencia oral del recurso de casación.

El artículo 69.7.2 del NCPC establece que “Recibido el expediente, la sala de casación resolverá sobre la admisión del recurso. Si lo admitiera de oficio o a solicitud de partes, y siempre que la sala lo estime pertinente, convocará a la audiencia oral.” La primera diferencia respecto del código anterior, es que será potestativo para

la Sala Primera convocar a la vista oral, ahora denominada audiencia.

La segunda gran novedad corresponde a la sanción procesal por ausencia injustificada de la parte recurrente. Dice el artículo 69.7.4 que “*la ausencia injustificada de la parte recurrente que la pidió implicará el desistimiento de su recurso.*”

Las únicas reglas que deberán cumplirse en la exposición oral del recurso, junto con las básicas de cordialidad y respeto, son (a) la exposición ordenada en cuanto a cada uno de los vicios acusados; y (b) la de no leer textos, salvo citas de pruebas o de textos legales o doctrinarios, en lo conducente. –art.69.7.4–.

Por otra parte, la parte vencedora en sentencia de primera instancia deberá de abstenerse de argumentar cuestiones de admisibilidad e informalidad del recurso de la contraria en esta audiencia. Para ese momento la admisibilidad será un aspecto precluido y los magistrados se lo harán saber, como hemos observado en la práctica.

En relación con los consejos de retórica y argumentación a seguir en la audiencia, remito a lo ya expuesto *supra*. Agregando que es indispensable un dominio absoluto del expediente –no solo de los motivos planteados– utilizar ayudas visuales, practicar la exposición con anticipación, apelar a nociones de justicia y seguridad jurídica– la justicia para el caso y para casos subsecuentes– y concluir de manera memorable.

Referencias bibliográficas:

ARTAVIA BARRANTES, Sergio. “La

³⁰ Traducción propia: *Why? Because first impressions are indelible. Because when the first taste is bad, one is not eager to drink further. Because judicial attention will be highest at the outset. Because in oral argument, judges' questioning may prevent you from ever getting beyond your first point. Garner y Scalia. Op. Cit. (Posición en Kindle 453-455).*



Casación Civil. Tomo I. 1ra ed. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2015

ARTAVIA BARRANTES, Sergio. “La Casación Civil. Tomo II. 1ra ed. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2016.

ARTAVIA, Sergio y PICADO, Carlos. “Comentarios al nuevo Código Procesal Civil. Tomo II. 2da edición. San José, C.R. Editorial Jurídica Faro. 2017.

Garner, Bryan A.; Antonin Scalia. “Scalia and Garner’s Making Your Case: The Art of Persuading Judges.” Thomson West. Edición de Kindle. 2009.

GARNER, Bryan. “*The winning brief*”. Oxford University Press. 2014.



En la Biblioteca Francisco Echeverría García
de la Sede Central del Colegio en Zapote
usted puede:

1

Acceder a bases
de datos
referenciales y en
texto completo

2

Realizar
búsquedas de
información
bibliográfica y
jurisprudencia

3

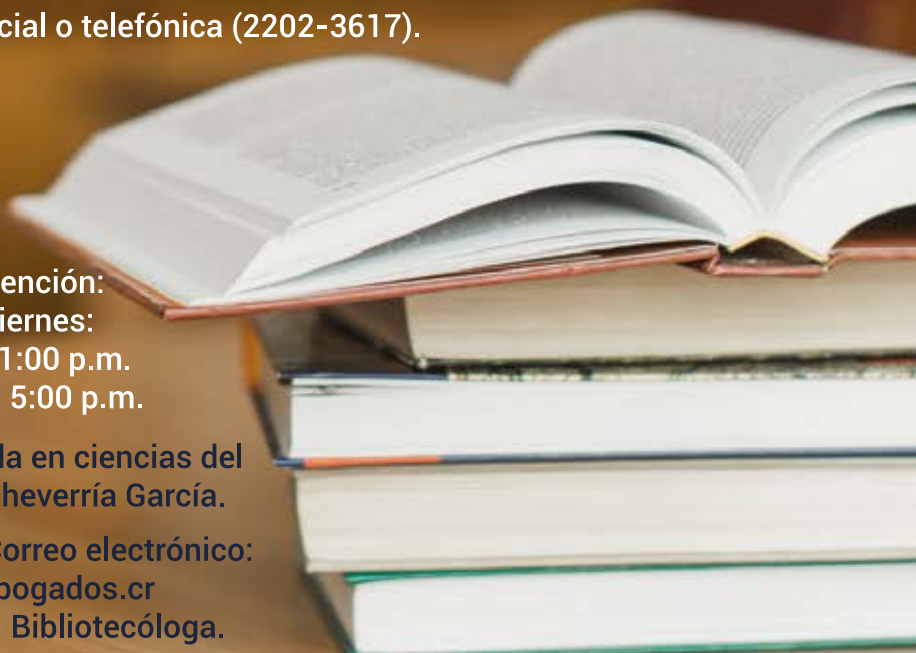
Utilizar el
material
bibliográfico en
calidad de
préstamo (libros,
revistas, tesis)

Permítanos ofrecerle nuestro servicio de orientación al usuario en la
localización de documentos y el uso de los recursos bibliográficos.
Usted puede utilizar nuestro servicio de referencia de manera
presencial o telefónica (2202-3617).

Horario de atención:
De lunes a viernes:
de 8:00 a.m. a 1:00 p.m.
y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m.

Biblioteca especializada en ciencias del
Derecho Francisco Echeverría García.

Teléfono 2202-36 17. Correo electrónico:
biblioteca@colabogados.cr
Licda. Jenifer Zúñiga. Bibliotecóloga.





**Centro de Estudios Jurídicos
y Razonamiento Probatorio**

Teléfono: (506) 2202-3600

De la rotonda de las Garantías Sociales 200 mts. oeste
y 100 mts norte, Zapote, San José

www.abogados.or.cr



colegiodeabogadoscr