



REVISTA

EL FORO

COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS
DE COSTA RICA

EDICIÓN NÚMERO 19

Revista Semestral, Diciembre 2019

ISSN 1659 - 1496



REVISTA EL FORO

Edición No. 19
Revista del Colegio de
Abogados y Abogadas de Costa Rica
San José, Costa Rica
Diciembre 2019



DIRECTOR
John Jorge Tapia Salazar

CONSEJO EDITORIAL

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

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Jordi Ferrer Beltrán (España)
José Manuel Ríos Corbacho (España)
Carmen Vázquez Rojas (México)
Jahaziel Reyes Loaeza (México)
Baldomero Mendoza López (México)
Josue Beristain Cruz (México)
Gonzalo Lobos Fuica (Chile)
Ricardo Elías Puelles (Perú)
María Valeria Trotti (Argentina)
Marcos José Porto Soares (Brasil)

Asesoría Editorial

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

Impresión

Ofiprinte Comercial MB S.A.
Tel.: 2223-6644

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

5. **Mensaje Editorial.**
por: John Jorge Tapia Salazar.- Director Revista El Foro
9. **“Fiabilidad de la prueba testimonial, los reconocimientos oculares y los peritajes de credibilidad”.**
por: Jeffrey José MORA SÁNCHEZ
39. **“Inversión extranjera directa: El régimen de Zonas Francas en la República Popular China y en Costa Rica”**
por: Karla BARAHONA MUÑOZ
55. **“Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia: su estado actual”.**
por: Fernando RAMÍREZ SERRANO
79. **“El juramento y su valor en el proceso judicial”.**
por: Victoria HERNÁNDEZ LEHMANN
109. **“La prueba del lucro cesante futuro en la responsabilidad extracontractual”.**
por: Alejandro CLUNES MUÑOZ

Mensaje Editorial



En su *Teoría del Derecho*, Bernd Rüthers afirma que los juristas pueden ser considerados como *acróbatas de la interpretación*, debiendo extraer de los textos normativos, *como por arte de magia, las respuestas deseadas*. Si esto es así, en contextos sociales altamente complejos y tecnificados como los actuales, el reto para los profesionales en derecho es aún mayor, toda vez que no basta con conocer las teorías dominantes y la práctica jurisprudencial atinente a su área de ejercicio laboral, sino que ante sí se presenta una plétora de posibilidades que precisan -sí o sí- el conocimiento sobre cuestiones frecuentemente excluidas del derecho, como la economía, la política internacional, la historiografía, la psicología, y la ciencia y tecnología, so pena de no poder representar adecuadamente los intereses de sus clientes o usuarios.

Es por ello que en el número 19 de la Revista El Foro, hemos querido presentar un conjunto variopinto de artículos, todos ellos sobre temas insuficientemente tratados en nuestro medio, y que coinciden en la convergencia del derecho y otras ramas del conocimiento humano, en algunos casos desde una visión de derecho comparado, imprescindible en la época actual.

El autor **Jeffry José Mora Sánchez**, de manera aguda, aborda en *Fiabilidad de la prueba testimonial, los reconocimientos oculares y los peritajes de credibilidad*, algunos de los principales yerros en que se incurre a la hora de valorar judicialmente estos relevantes medios de prueba, realizando, a su vez, un repaso por los aportes cardinales que, desde la psicología del testimonio, se han efectuado, en procura de una respuesta más racional por parte de la administración de justicia ante la intrínseca dificultad que representa el juicio de fiabilidad de un testimonio, presentando, además,

un pliego de propuestas frente a las debilidades identificadas en nuestro país.

El texto *Inversión extranjera directa: El régimen de Zonas Francas en la República Popular China y en Costa Rica*, de la autora **Karla Barahona Muñoz**, asume con rigor un tema infrecuente, en cuanto a su análisis, y de altísima importancia en el contexto de la economía y comercio globalizados, estableciendo un puente entre los marcos jurídicos existentes en ambas latitudes y la necesaria optimización de estas zonas empresariales, con miras en la potenciación de la economía nacional.

En *Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia: su estado actual*, su autor, **Fernando Ramírez Serrano**, analiza la relación entre este acto de investigación, de especial importancia en la persecución de delitos complejos, y ciertos derechos trascendentales, como la intimidad y el secreto de las comunicaciones, mediando un repaso sobre la regulación legal y reglamentaria de las intervenciones telefónicas en nuestro país, así como las variaciones de criterio en el seno de la Sala Constitucional, con respecto a su compatibilidad con el texto constitucional.

La jurista argentina **Victoria Hernández Lehmann**, en el ensayo *El juramento y su valor en el proceso judicial*, estudia de manera profusa este cuestionado instituto, dejando atrás los lugares comunes que con respecto a su importancia y necesidad se han replicado en la jurisprudencia de su país, para, luego de un detallado examen histórico, establecer la posible funcionalidad del juramento, desde el punto de vista epistémico, en los procesos judiciales, tanto en los sistemas jurídicos anglosajones como en los romano-germánicos.

Finalmente, en el texto *La prueba del lucro cesante futuro en la responsabilidad extracontractual*, el autor chileno **Alejandro Clunes Muñoz**, se aboca a este conflictivo tema, partiendo de las discordancias jurisprudenciales en el tratamiento de la prueba de un hecho futuro de este tipo, para explorar las distinciones entre la existencia y la cuantificación de un daño, así como la posibilidad de apoyarse en alguna norma presuntiva, sea legal o, en su defecto, jurisprudencial, como un mecanismo para procurar la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y la reparación integral de los daños.

Esperamos que los trabajos que acá presentamos, sobre temas, si se quiere “exóticos”, sean el punto de partida para un debate jurídico serio, cuya ausencia es, desgraciadamente, palpable en el ámbito académico costarricense.

John Jorge Tapia Salazar
Director
Revista El Foro



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



FIABILIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL, LOS RECONOCIMIENTOS OCULARES Y LOS PERITAJES DE CREDIBILIDAD

*Jeffry José MORA SÁNCHEZ**

Resumen: Este texto pretende ubicar bajo los reflectores el testimonio, siendo este medio probatorio el más determinante en los procesos penales y, a su vez, el que mayores dificultades representa. El análisis comprende, de forma prevalente, algunas de las distorsiones más frecuentes, relacionadas con quienes mantienen la dualidad víctima-testigo, las declaraciones de personas menores de edad, así como dos medios probatorios, intrínsecamente ligados al testimonio, que se consideran, por diversas razones, especialmente febles y de escasa fiabilidad:

los reconocimientos oculares y los llamados peritajes de credibilidad. Se concluye con algunas sugerencias a fin de propiciar un análisis racional de tales medios de prueba, siempre en el marco del ordenamiento jurídico costarricense.

Palabras clave: Prueba testimonial, fiabilidad, intermediación, reconocimientos oculares, estándar de prueba.

Abstract: This text seeks to place the testimony under the spotlight, because this element of

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España; Máster en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona, España, y la Università degli Studi di Genova, Italia. Postgrado en Ética Pública, Transparencia y Anticorrupción por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina; Especialista en Derecho Penal por la Escuela Judicial de Costa Rica; 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; Miembro de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Asociación Pensamiento Penal de Argentina. Además, ha sido miembro de las comisiones de Derecho Penal, Abogados Recién Incorporados y Derecho a la Salud del Colegio de Abogados de Costa Rica. Conferencista internacional, profesor de los cursos de Derecho Penal Especial y Derecho Penal General en la Universidad Autónoma de Centro América, docente invitado por el Departamento del Interior de los Estados Unidos de América, la *American Bar Association* y ROAVIS, profesor de posgrado en la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, México, 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, revistas y obras colectivas en Latinoamérica y Europa. Actualmente ejerce como Juez Penal de la República de Costa Rica. Email: karman023@gmail.com

evidence is usually the most decisive in criminal proceedings and, in addition, the one that presents the greatest difficulties. The analysis includes, in a prevalent manner, some of the most frequent distortions related to those who maintain the victim-witness duality, the testimonies of minors, as well as two elements of proof, intrinsically linked to the testimony, which are considered, for diverse reasons, especially weak and of low

reliability: the eyewitness identifications and the so-called credibility assessments. It concludes with some suggestions in order to promote a rational analysis of such proof, always within the framework of the Costa Rican legal system.

Keywords: Testimony, reliability, immediacy, eyewitness identifications, standard of proof.

Sumario: 1. Introducción. 2. La prueba testimonial. a. El testimonio de menores de edad. b. La valoración de la declaración de la víctima-testigo. i. Valoraciones que incurren en la falacia *petitio principii*. ii. Definición pretoriana de un “estándar” probatorio diferenciado. iii. Relativización del principio de presunción de inocencia. iv. Utilización de proposiciones sociales. 3. Los reconocimientos oculares. a. Generalidades. b. Su práctica en Costa Rica. c. Problemas y causas. i. Regulación y práctica del procedimiento deficientes. ii. Cuestiones operativas que potencian defectos. iii. Control jurisdiccional insuficiente. d. Análisis de un caso: Reconocimiento ocular de Jorge Mateluna. 4. Los peritajes de credibilidad. 5. Conclusiones. a. En cuanto al testimonio. b. En cuanto a las diligencias de reconocimiento ocular. i. Reforma legal y establecimiento de protocolos de actuación. ii. Implementación de mecanismos tecnológicos. iii. Capacitación y proactividad de los órganos de control jurisdiccional. c. En cuanto a los peritajes de credibilidad. 6. Bibliografía consultada.

“La memoria es la base de la personalidad individual, así como la tradición lo es de la personalidad colectiva de un pueblo”

Miguel de Unamuno

“Hoy sé que todo nos mira, nada pasa inadvertido y hasta el papel de las paredes tiene mejor memoria que los hombres”

Günter Grass

“Somos nuestra memoria, somos ese quimérico museo de formas inconstantes, ese montón de espejos rotos”

Jorge Luis Borges

“La vida no es la que uno vivió, sino la que uno recuerda y cómo la recuerda para contarla”

Gabriel García Márquez

1. Introducción

El sistema democrático, en la mayoría de los países de occidente, atraviesa una aguda crisis de legitimidad. El aumento (real o fabricado desde la prensa ¹ y el poder político) de la criminalidad, motiva el reclamo de la ciudadanía por respuestas a corto plazo, las 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 y educación, 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 *sexis* en esta coyuntura), hasta el judicial, es decir, los jueces, que reflejan en sus resoluciones un progresivo relajamiento de los principios que instituyen el Estado de derecho, cediendo, poco a poco, a una visión que potencia la dimensión procesal de la víctima ², en mengua de los derechos que le asisten al

¹ Se vislumbra alguna “hipersensibilidad de los medios” frente a cierta tipología delictual, 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 si es imprescindible comprender el trascendental papel de la prensa en la mercantilización del producto-delincuencia, lo que 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).

² Sobre la distorsión del concepto de víctima y su tránsito

imputado. Se impone así, una noción casi obscena del garantismo penal ³.

Por otra parte, no parece existir duda en cuanto a la relevancia de la prueba testimonial en los procesos penales. En la mayoría de casos, el testigo, como órgano de prueba, brinda al juzgador la información preponderante para la reconstrucción del hecho que se acusa, a partir de la narración de lo que ha percibido sensorialmente (Mora Sánchez, 2016), con lo que cobra vigencia aquella conocida frase de William Brennan, juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde afirmaba que “no hay nada más convincente que un ser vivo que sube al estrado, señala al acusado con el dedo y dice ‘es él’” ⁴.

Ahora bien, si la prueba testimonial fuese un medio probatorio especialmente fiable, podríamos afirmar, sin reparo alguno, que es posible confiar en la administración de justicia, cuya operación se sostendría así sobre sólidas bases epistémicas. Sin embargo, los problemas surgen cuando se toma consciencia de que la exactitud del relato de las personas testigos, aún en condiciones óptimas en cuanto a la percepción del evento y el abordaje

a una noción abstracta, puede verse: Mora Sánchez, 2015, pp. 55–65.

³ El vocablo garantismo y su correspondiente adjetivación, en el seno de sociedades que han asumido la represión punitiva como *prima ratio* entre los instrumentos de control de la delincuencia, se ha degradado casi al orden de bafa. Claro está, tampoco se estima conveniente sacralizar todo aquello que se reputa garantista, mediante una especie de magia verbal. Con una orientación desmitificadora del garantismo, expuesta de forma inusual pero seria y fundamentada, puede verse: Aguilera, 2018. En sentido similar, Salas ha considerado que el concepto *garantismo* se utiliza como una fórmula vacía, con una finalidad prevalentemente persuasiva, estimando además que la doctrina de Ferrajoli sobre el particular ha contribuido a desviarse de cuestiones fundamentales, considerando al autor italiano, en tono satírico, como un “dreammaker del derecho penal” (2017, p. 278).

⁴ Citado por: Duce, 2017, p. 292.

judicial que se les realice, apenas alcanza el nivel de azar (50%) (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 79) ⁵.

Puede entonces adelantarse que, según lo señalado, la conjunción de un modelo punitivo tendiente a la hiperinflación y la desmedida confianza en prueba en esencia feble, como lo es la testimonial, constituyen la receta perfecta para un sistema de justicia penal potencialmente infractor de derechos fundamentales, como el de defensa, con una altísima probabilidad de incurrir en errores irreparables para las personas procesadas e incluso con posibles consecuencias perniciosas para las propias víctimas del delito, por ejemplo, al permitir, al unísono, la condena de una persona inocente y la impunidad del culpable.

Habida cuenta de la relevancia que presenta el tema en la actualidad, en las siguientes líneas se intentará trazar algunas advertencias en cuanto a medios probatorios particularmente *peligrosos*, si se emplea una valoración poco rigurosa e intuitiva, todos ellos ligados con el testimonio.

2. La prueba testimonial

La psicología del testimonio, que se ha definido como “una aplicación de los conocimientos, procedimientos y herramientas desarrolladas desde la psicología de la memoria a los casos en los que los testigos y víctimas son los que proporcionan las pruebas” (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 34), ha permitido comprender cuan febles son nuestros recuerdos, dado que, al ser la memoria de tipo reconstructivo, tanto en el proceso de codificación de la información, como en su almacenamiento y recuperación, se presenta un mecanismo que “se parece más a pintar que a

fotografiar” ⁶, produciéndose, desde los primeros momentos, una sensible pérdida y modificación de los datos percibidos.

Sin embargo, actualmente, en los procesos penales, los interrogatorios a las partes siguen, de forma casi exclusiva, la intuición o la tradición. La tendencia del conductismo (reacciones de los testigos a través del aprendizaje y la conducta) en los 70’s, motivó el auge del estudio de la memoria y las técnicas de interrogatorio que perviven hasta el día de hoy. Desde la psicología del testimonio se ha desmitificado la suficiencia de elementos conductuales externos para determinar la fiabilidad de un testimonio ⁷, sin embargo, la propensión 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 sentencias ⁸. Adicionalmente,

⁶ Sigman, Mariano. Citado por: Duce, 2017, p. 301.

⁷ Diges afirma, con respecto a quienes piensan que las intenciones 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).

⁸ 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

⁵ No se habla acá de testigos que mienten de forma consciente, sino de aquellos que, pensando que su relato es verídico, exponen hechos falaces. Es precisamente este aspecto el que presenta mayores retos para la administración de justicia.

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) ⁹.

Precisamente, quizá uno de los aspectos básicos que deben destacarse, como piedra angular, a la hora de evaluar la prueba testimonial, pese a estar sólidamente arraigada en nuestra cultura jurídica, es la intuición ¹⁰ y su necesaria exclusión. Asimismo, no es inusual emplear las llamadas “máximas de la experiencia” como sucedáneas de las pruebas o como elementos propicios para llenar lagunas. Esto puede resultar eficaz en la vida

realizar el interrogatorio de las partes pero no para el juez” (2015, p. 277; 2018).

⁹ De hecho, es frecuente que en nuestra vida cotidiana nos preciamos 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).

¹⁰ Nieva define la intuición como “la capacidad de lograr un conocimiento directo, una percepción inmediata sin la observación o la razón” (2010, p. 206).

cotidiana, pero debe desterrarse de la valoración de la prueba. Estas nociones suelen citarse de forma genérica, “como una especie de cláusula de estilo que obvia cualquier razonamiento (...) en ocasiones llenas de prejuicios y no atienden en absoluto al método científico” (Nieva Fenoll, 2010, p. 211). Si se utilizan, debe hacerse un esfuerzo por dar contenido a tales máximas.

No pocas veces los razonamientos meramente intuitivos son cubiertos “por un manto de presunciones mal construidas que intentan dar una apariencia de motivación a la resolución. Es algo parecido a lo que ocurre cuando motivando la parte más jurídica de la sentencia, citan y reproducen literal e inmotivadamente jurisprudencia, sentencia tras sentencia” (Nieva Fenoll, 2010, p. 208). Debe recordarse, siguiendo a Nieva, que “lo que no se puede motivar no existe”.

Es por ello por lo que, dada la complejidad que entraña la prueba testimonial y las dificultades correlativas a su valoración, resulta imprescindible que el derecho se abra al conocimiento científico, rescatando los insumos provenientes de otras áreas del pensamiento humano, con lo que se viabiliza dejar atrás viejas estructuras de *análisis* como las expuestas. Sobre la memoria, la ciencia aporta interesantes aspectos a tomar en cuenta, por ejemplo ¹¹:

- La capacidad para recordar estímulos auditivos es superior a la de los estímulos visuales.
- Se recuerda mejor los primeros y últimos datos de una lista.
- En cuanto a la memoria a largo plazo, se distinguen dos tipos: La episódica (autobiográfica) y la semántica (conocimientos para la interpretación del mundo, que permiten valorar los datos de la

¹¹ A continuación se sigue, en rasgos generales, los planeamientos de Nieva Fenoll, 2010, pp. 206–230 y Diges, 2016.

memoria episódica).

- Con respecto a la memoria episódica se distinguen 3 procesos: La *codificación* (toma información percibida, la selecciona, la interpreta –dotándola de significado- y la integra a estructuras preexistentes, formando la llamada “huella de la memoria”), *retención* (en esta fase las huellas de la memoria se deterioran con el paso del tiempo y la información se recodifica, se producen *falsos recuerdos* y *solapamientos*) y la *recuperación* (búsqueda en la memoria del recuerdo; este es el aspecto más interesante a efectos procesales).
- Las personas perciben con normalidad solamente lo que les interesa.
- La *confianza* que exprese un individuo en su memoria al declarar (sensación de saber) no tiene absolutamente nada que ver con la exactitud de sus recuerdos.
- El contexto en que se generó la huella de la memoria es importante para recordarla.
- El llamado “contexto cognitivo” puede resultar relevante (el testigo debe recordar detalles físicos del lugar, secuencia de hechos, sus propias reacciones, etc.).
- Los hechos desagradables se olvidan antes que los agradables, los relevantes y los que tienen implicaciones emocionales.
- La memoria no graba la realidad, sino que la interpreta y reconstruye.
- El estrés generado por la violencia (memorias traumáticas) perjudica la calidad del recuerdo.
- Para valorar la *credibilidad* de la declaración de una persona se han planteado métodos poco éticos y que además no funcionan (polígrafos, sueros de verdad, etc.), así como aspectos relacionados con las emociones del declarante que es mejor no tomar en cuenta, si se quiere un examen objetivo (se confunde la confianza o firmeza que expresa el declarante con la exactitud de su declaración); por ello, en muchos jueces,

tiene relevancia el llamado *heurístico de la representatividad*.

- Uno de los problemas más visibles, como ya se apuntó, en la valoración de la credibilidad, es que las personas sobrevaloran su propia capacidad de detectar las mentiras.

Desde la perspectiva asentada, las circunstancias que efectivamente pueden ser controlables por el juez, en la valoración de la prueba testimonial, de forma objetiva y sin someter a un examen a la persona declarante (heurístico de la representatividad), son las siguientes (Nieva Fenoll, 2010, pp. 222–230):

- **La coherencia de los relatos:** Estructura lógica (debe sospecharse de una declaración “demasiado perfecta”) y ausencia de contradicciones (tomando en cuenta que los *desacuerdos intrasujeto* no implican automáticamente una mentira). Este aspecto es insuficiente por sí mismo para afirmar la veracidad o no de un testimonio.
- **La contextualización del relato:** El declarante debe describir datos del ambiente vital, espacial o temporal en el que los hechos tuvieron lugar (qué hizo antes o después del hecho, temperatura o condiciones climáticas, qué escuchaba, etc.).
- **Las “corroboraciones periféricas”:** No tienen que venir siempre de personas, podría tratarse de hechos que ocurran al mismo tiempo que el hecho principal (debe valorarse con cautela, el hecho de que las declaraciones no coincidan no determina sin más la falsedad; tampoco que coincidan significa sin más la veracidad).
- **La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante:** Manifestaciones sobre el carácter o la intencionalidad de una de las partes, o justificaciones de las propias actuaciones o de quien se pretende beneficiar. Podría ser indicativo de falsedad

o, al menos, de pérdida de objetividad.

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 recuerdos ¹².

En España, por ejemplo, se han establecido jurisprudencialmente, como indicadores de valoración de prueba testimonial, la verosimilitud, la ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación. Sin embargo, estos lineamientos suelen asumirse “con cierto automatismo” ¹³, como si se tratase de un listado

¹² 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).

¹³ Por ejemplo, en la sentencia 417/2012, la Sala Penal

taxativo cuya verificación acarrea la veracidad del testimonio, es decir, equiparándolos a un estándar de prueba ¹⁴.

del Tribunal Supremo de España 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.

¹⁴ 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).

Otro de los problemas que atañen directamente a la valoración de la prueba testimonial es el de la llamada concepción “mística de la intermediación” (Ibáñez, 2015, pp. 272–277), privilegiando el contacto directo que en la producción de la prueba tiene el órgano decisor. En muchos delitos, especialmente aquellos de particular repercusión mediática, se pueden observar rasgos de la denominada *concepción persuasiva de la prueba*, especialmente la presencia de una noción intensa de la intermediación (Ferrer Beltrán, 2017, p. 3), que propicia se ponga el acento de la valoración en el comportamiento del testigo ¹⁵.

Efectuado un sintético repaso de algunas de las cuestiones frecuentemente discutidas con relación al testimonio, no siendo el objeto del presente trabajo profundizar en un área ya extensamente tratada por multiplicidad de autores ¹⁶ y obviando un tratamiento prolijo sobre la problemática general relativa a la prueba testimonial, en lo que sigue simplemente se hará referencia a dos clases de testimonio que presentan especiales complejidades y suscitan constantes discordancias en los procesos judiciales: el testimonio de personas menores de edad y la declaración de víctimas-testigos.

¹⁵ Para Ibáñez, esta forma de entender el principio de intermediación 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 intermediación, 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).

¹⁶ Sobre la prueba testimonial, desde la perspectiva de la psicología del testimonio, resultan de imprescindible consulta: Diges, 2016; Diges & Pérez-Mata, 2014; Manzanero & Muñoz, 2011; Mazzoni, 2010; Pérez-Mata & Diges, 2017.

a. El testimonio de menores de edad

Si el entorno judicial resulta hostil aún para personas adultas, incluso aquellas que, estando familiarizadas con la actividad tribunalicia, por azares del destino se ven inmersas en una causa judicial como parte directamente interesada y no a partir del rol que desempeñan profesionalmente, no es difícil pensar en lo inquietante que puede ser ese ambiente para una persona menor de edad.

Aunado a ello, si al estrés consustancial al proceso judicial se le suman las endémicas disfuncionalidades del sistema judicial costarricense, relacionadas con la excesiva duración de estos procesos, múltiples intervenciones sobre testigos y víctimas y escasa preparación de los funcionarios en el abordaje de esta y otra población vulnerable, resulta evidente que el derrotero que atraviesa un menor vinculado a una causa penal constituye una verdadera tortura.

Pero más allá de las repercusiones directas del proceso para las víctimas y testigos menores de edad y su potencial revictimización ¹⁷, la potencial sugestión que las personas que entrevistan a niñas o niños puedan transmitirles, podría resultar fatal para los fines de averiguación de la verdad de lo acontecido ¹⁸.

¹⁷ Estos efectos han sido expuestos por Diges y Pérez Mata, especialmente frente a delitos sexuales. Señalan las autoras que “mientras algunos abusos no producen ningún tipo de secuela, especialmente en los niños más pequeños, como por ejemplo los tocamientos, un abuso en el que la víctima no sufre ningún tipo de dolor físico y como además no tiene noción de ‘sexo’ no puede interpretar la acción del adulto como tal abuso, en cambio, lo que sí provoca un elevado nivel de estrés en el menor es vivir todo el proceso legal” (Pérez-Mata & Diges, 2017, p. 13).

¹⁸ Refieren Diges y Pérez Mata que la “sugestión contamina irremediabilmente la información que se obtiene del niño o niña entrevistada, al distorsionar sus recuerdos, convirtiéndola en inútil para la acreditación de los hechos ante su falta de validez epistemológica” (2017, p. 80).

Psicólogas del testimonio como Diges y Pérez Mata han sugerido algunos aspectos puntuales que permiten la obtención de relatos con mucha mayor fiabilidad y con menor afectación a las personas menores de edad, entre estos (2017, pp. 81–169):

- Realización de una única entrevista a la persona menor de edad, mediante la preconstitución de la prueba en fase de investigación. En el caso costarricense podría pensarse en una reforma legislativa que amplíe los supuestos para el anticipo jurisdiccional de prueba en este tipo de casos.
- La grabación de la diligencia en audio y video ya sea que se efectúe como un anticipo de prueba o no, a fin de que las partes y el tribunal posteriormente puedan evaluar la existencia de sesgos u otras circunstancias que pudieran afectar el relato de la persona menor de edad.
- La entrevista forense o de investigación debe efectuarse por personal experto, constantemente actualizado, de acuerdo con los insumos que brinda la psicología del testimonio ¹⁹.

En cualquier caso, para la valoración de la prueba testimonial de menores de edad, es preciso recordar que los niños y las niñas son mucho más sugestionables que las personas adultas, de forma tal que resultan “más propensos a recordar

¹⁹ En cuanto a las entrevistas que generalmente se efectúan, es necesario señalar que no basta con que sean practicadas por profesionales en psicología, como ocurre en el ámbito costarricense con frecuencia, sino que debe tratarse de expertos en psicología del testimonio infantil, constantemente capacitados. Además, es preciso excluir ciertos lugares comunes que no ofrecen, desde el punto de vista científico, ninguna garantía, como la llamada “hora de juego”, las entrevistas previas a la exploración principal, la creencia errónea en cierta *sintomatología* del abuso, la utilización de muñecos, entre otros. Para todo, puede verse: Pérez-Mata & Diges, 2017.

las informaciones falsas que se les han ido presentando, y más aún si quien les formula las preguntas está revestido para ellos de una cierta autoridad” (Mazzoni, 2010, p. 90).

b. La valoración de la declaración de la víctima-testigo ²⁰.

El testimonio de la víctima-testigo y su virtualidad como único soporte probatorio para una sentencia condenatoria es, sin duda, uno de los temas más polémicos en la actualidad. En cierta tipología delictual, especialmente aquella relacionada con criminalidad afincada en discriminación por género, probablemente impulsado por un multifactorial y avieso recrudecimiento del modelo punitivo Estatal, se vislumbra en la práctica tribunalicia una suerte de estándar probatorio diferenciado, 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 denuncia ²¹, hasta los cuestionables dictámenes periciales sobre la fiabilidad del

²⁰ Este acápite coincide, en rasgos generales, con lo expuesto en: Mora Sánchez, 2019.

²¹ 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 llamaríamos “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”.

testimonio ²² (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 intimidación de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de impunidad”* ²³. El razonamiento involucra una evidente falacia de petición de principio ²⁴, pues se parte de la premisa de que la denuncia de la persona 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 postulado ²⁵.

²² Este tema se abordará *infra*. Un análisis crítico sobre este tipo de pericias psicológicas de credibilidad, en el ámbito chileno, puede verse en Duce, 2013, pp. 48–51.

²³ 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.

²⁴ 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).

²⁵ Afirma Ibáñez que la expresión en cuestión (“nadie debe padecer...”) “equivale a: nadie que no sea el imputado,

ii. Definición pretoriana de un “estándar” probatorio diferenciado

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 implica ²⁶. 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, la inexistencia, al menos en el caso costarricense, de un estándar de prueba distinto para tipologías delictuales diversas, impide otorgar un tratamiento privilegiado a la víctima-testigo, independientemente del delito que se trate y las dificultades probatorias que entrañe ²⁷. En este punto, la necesidad de cumplir

en lo que constituye una clara recuperación del terrible in atrocissimis” (2015, p. 313).

²⁶ 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.

²⁷ 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

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.

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 delito²⁸ o los medios de prueba con que se cuente en un caso concreto, lo permeasen.

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.

²⁸ 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.

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 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 inocencia²⁹.

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.

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

²⁹ 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).

sido debatidas por las partes (2013, pp. 220–222). Por ejemplo, en materia de violencia de género, podría tratarse de la inserción de generalizaciones correspondientes con el uso normativo de los estereotipos de género ³⁰.

3. Los reconocimientos oculares

a. Generalidades

Existe consenso en cuanto a que los reconocimientos oculares que efectúan los testigos en los procesos judiciales son menos fiables de lo que intuitivamente se puede pensar, demostrándose que no existe una relación confianza-precisión y al constituir los errores en los reconocimientos oculares la primera causa de condena de inocentes, de acuerdo con los datos recabados por el *Innocence Project* (72% de los 325 casos exonerados a marzo de 2016), lo cual resulta compatible con los estudios realizados tanto en Estados Unidos de Norteamérica como en Inglaterra, que arrojan un 21% de falsos positivos, siendo la cifra negra presumiblemente mayor (Duce, 2017, 2018a, 2018b).

La doctrina especializada ha propuesto, a fin de evaluar la fiabilidad del recuerdo y su recuperación en las diligencias de reconocimiento ocular, una clasificación de los factores que pueden incidir en la memoria del testigo ³¹.

³⁰ Señala Schauer que “aun cuando un juez no cita revistas académicas no jurídicas o periódicos u otra cosa, está, aunque de manera menos evidente, apoyándose en fuentes de información que son fácticas 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”.

³¹ A continuación se sigue, de forma resumida, lo expuesto por Diges & Pérez-Mata, 2014; Duce, 2017; Pérez-Mata &

En primer lugar, las llamadas *variables a estimar*, incorporan aspectos relacionados con la forma en que se produjo la observación de la persona a identificar, en el transcurso del suceso. Estos datos empíricos son, en muchas ocasiones, contraintuitivos, y se dividen, a su vez, en *factores del suceso* y *factores del testigo-víctima*. En cuanto a los *factores del suceso*, los más relevantes son los siguientes:

- Duración del suceso y tiempo de exposición de la cara (los estudios no son concluyentes; la exposición larga puede aumentar la confianza sin que la exactitud mejore, pero puede concluirse que no es un factor perjudicial para la identificación, mientras que la exposición breve si lo es).
- Condiciones de iluminación.
- Número de agresores (entre más agresores, disminuye la exactitud).
- Etnia del autor frente a la del testigo (sesgo de identificación intra-etnia, que implica el llamado *efecto espejo*; por tal motivo, se recomienda que quienes elaboren la rueda pertenezcan a la misma etnia que el sospechoso).
- Disfraces (disminuye exactitud).

Por su parte, los *factores del testigo-víctima*, incluyen esencialmente los siguientes rubros:

- Aunque no se ha comprobado que la memoria funcione de forma diferente en los testigos con respecto a quienes, además, son víctimas del delito, algunos estudios refieren mayor exactitud en los testigos, pudiendo esto responder a las condiciones de estrés o el nivel de arousal que mantienen las víctimas.
- Violencia del suceso y estrés (a menor estrés mayor exactitud); existe una relación entre estrés y rendimiento cognitivo: luego

Diges, 2017.

del punto óptimo se da un descenso abrupto (quizá el mejor ejemplo es el conocido “bloqueo en un examen”).

- Nivel de recursos atencionales (¿Qué hacía el testigo al momento del suceso?).
- *Weapon effect*.
- Edad de los testigos y víctimas (niños, ancianos). La evidencia apunta a que los niños son más sugestionables y tienen peor memoria (pero hay consistencia de una identificación a otra, ese es precisamente el mayor riesgo en la valoración).
- Hombres y mujeres (se ha observado alguna divergencia pero los estudios no son concluyentes).
- Alcohol (efecto negativo en la codificación de la información).

En cuanto a las denominadas variables del sistema, estas condensan cuestiones relativas a la forma de realizar el procedimiento de reconocimiento como tal, por ejemplo:

- Muestra de fotografías previas: Provoca el efecto de compromiso.
- Composición de la rueda (similitud, número de personas; se recomienda que solo haya un sospechoso). Se diferencia entre tamaño nominal (número de sujetos) y tamaño funcional (componentes viables).
- Proceso de decisión en la identificación (posible sugestión por la estructura de la rueda o por el procedimiento como tal).
- Rueda como fenómeno cognitivo-social: Las creencias, valores y sentimientos tienen relevancia. Por ejemplo, la creencia de que la policía tiene pruebas contra una persona puede dar lugar a un proceso de juicio relativo, es decir, elegir al individuo que más se parece.
- Instrucciones no sesgadas (advertir que el sospechoso puede no estar en la rueda).
- Rueda secuencial (el testigo observa cada componente de forma aislada).

- Sistema de doble ciego.
- La seguridad en la identificación es irrelevante. Lo que sí ha mostrado importancia es la velocidad de respuesta (los testigos más exactos toman decisiones de forma automática y absoluta).
- Sobrevaloración (exponencial) de la identificación: La segunda identificación no es independiente de la primera, no es una prueba de memoria.

Finalmente, los *factores de retención* implican una conjunción entre los otros dos tipos de factores, siendo los más representativos:

- Intervalo de retención: La llamada *curva de olvido de Ebbinghaus*, plantea que la relación entre el paso del tiempo y el olvido no es lineal, sino logarítmica (pérdida es mayor al principio). Lo que en definitiva no tiene discusión es que la demora nunca tiene un efecto positivo, siendo que algunos estudios demuestran que después de 11 meses la identificación no supera el nivel de azar.
- Efecto de otras caras (familiaridad): La interferencia, hablar del suceso o del agresor, provoca cambios en la memoria de la cara.

b. Su práctica en Costa Rica

Los reconocimientos oculares no han sido un tópico frecuente en la doctrina costarricense³², lo que dificulta en buena medida un análisis profuso sobre su utilización. Ante tal escollo, para la elaboración de este acápite se utilizarán los datos recabados a partir de la realización de una entrevista semi-estructurada entre funcionarios de la administración de justicia³³, además de la

³² Solamente una obra aborda con solvencia el tema (Llobet Rodríguez, 2012, pp. 388–393), además de una tesis de grado con ya varios años (Quirós Pereira, 2007).

³³ La entrevista semi-estructurada la realicé personalmente

normativa vigente y la jurisprudencia más reciente sobre el tema ³⁴.

En cuanto a la *frecuencia* en la utilización de los reconocimientos oculares ³⁵, el 83% de los entrevistados señaló que es un medio poco utilizado, mientras que el 17% indicó que era frecuente o muy frecuente su uso, existiendo coincidencia en que son los delitos contra la propiedad los que más requieren esta diligencia ³⁶. No obstante, la percepción sobre la frecuencia de uso puede estar empañada por las características de la zona en que se recogió la muestra, dado que, al tratarse de una región rural, las condiciones socioculturales y económicas presentes pudieran tener un efecto reductor del uso de este medio de prueba ³⁷.

a 12 funcionarios de los Tribunales de Justicia del Segundo Circuito Judicial de la Zona Sur, en fecha 25 de octubre de 2018. La composición de la muestra fue la siguiente: 4 fiscales, 4 defensores públicos y 4 jueces de juicio. Evidentemente no se pretende derivar de la muestra información generalizable, sino simplemente ejemplificativa, a fin de hilvanar de mejor forma el estado de la situación en cuanto a la práctica de los reconocimientos oculares en el país.

³⁴ Como se verá, existe una cantidad significativa de jurisprudencia sobre diversos aspectos relacionados con la práctica de los reconocimientos judiciales, incluyendo algunos votos esperanzadores, pues recogen ciertas tesis que acá se defienden.

³⁵ Se habla acá de los reconocimientos regulados en el Código Procesal Penal (en adelante CPP), sea los reconocimientos en rueda de personas y fotográficos (artículos 228 y 230, respectivamente).

³⁶ El 100% de los entrevistados manifestó que la utilización del reconocimiento ocular se daba esencialmente en delitos contra la propiedad, principalmente robos simples y agravados, mientras que un 17% además indicó otra tipología delictual (delitos contra la vida, sexuales, sicariato, etc.).

³⁷ Por ejemplo, una de las personas que señaló que la diligencia es muy frecuente (*Defensora 1*) laboró anteriormente en la capital del país. De acuerdo con mi experiencia como Juez Penal en una zona rural durante siete años, los delitos contra la propiedad, con respecto a los cuales se ha afirmado que es más frecuente utilizar los reconocimientos oculares, tienen menor incidencia en estos lugares y cuando se dan suelen

Sin embargo, la práctica de exhibición de fotografías sin sospechoso ³⁸, efectuado por la policía judicial, los reconocimientos “espontáneos” y los reconocimientos en audiencias de juicio, también llamados *impropios* (Llobet Rodríguez, 2012, p. 392), se posicionan como mecanismos mucho más usuales, destacándose como métodos no regulados en el CPP generalmente empleados por el 67% de los entrevistados, en los dos primeros casos, y en cuanto al reconocimiento impropio, como muy frecuente por el 83% de los entrevistados. A pesar de ser prácticas no contempladas en el CPP, la jurisprudencia nacional ha sido en extremo permisiva y ha dado su aval prácticamente sin resistencia, aunque no apropiamente como reconocimientos oculares ³⁹. Sobre las prácticas en materia de admisibilidad, esencialmente en la etapa intermedia del proceso (audiencia preliminar), la mayoría de los entrevistados afirmaron que el control es inexistente (75%), se realiza poco (17%) y solamente una persona afirmó que sí se realiza un control adecuado (8%). Lo anterior se condice

ser cometidos por personas reincidentes, ya conocidas por sus víctimas, lo que torna innecesario el reconocimiento. Adicionalmente, en comunidades pequeñas, las personas suelen conocerse entre sí, lo que implica problemas para conseguir cebos adecuados, esto aunado a las limitaciones de índole económica, dado el costo y el tiempo necesarios para efectuar una diligencia de este tipo.

³⁸ Similar al *kardex* fotográfico descrito por Duce (2017, p. 297).

³⁹ La jurisprudencia sobre el tema es copiosa. En cuanto a los reconocimientos fotográficos sin sospechoso, se ha dicho que tienen validez únicamente como diligencia policial investigativa y no como prueba propiamente (entre muchos otros, los votos: Sala Tercera N° 25-1998 y N° 612-2015; Sala Constitucional N° 1644-1993 y N° 72-2001); sobre los reconocimientos espontáneos, se han avalado, siempre que la policía no induzca al testigo (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José N° 2016-0333) y sobre los reconocimientos impropios, también han sido admitidos sin problemas, reconociéndose como una actividad probatoria absolutamente lícita (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago N° 239-2017). La doctrina nacional ha cuestionado esta línea jurisprudencial, sobre el tema puede verse: Llobet Rodríguez, 2012, 2017.

con la percepción que en los últimos años se ha tenido de la etapa intermedia, como una fase intrascendente, pues no cumple el rol de filtro que debería ⁴⁰, a pesar de que la regulación procesal permitiría un control más riguroso de la prueba por parte del juez.

En cuanto al control de los reconocimientos oculares en fase de juicio, el 92% de las personas entrevistadas afirmó que los jueces les dan alta importancia, siendo que solamente una persona (8%) no respondió la pregunta. En este punto, resulta interesante que, de la revisión de la jurisprudencia nacional sobre el tema, durante los últimos 3 años ⁴¹, se denota un escaso control y cierta laxitud en el estándar utilizado para evaluar la fiabilidad del reconocimiento, por ejemplo, restándosele importancia a la velocidad de respuesta de la identificación ⁴², pese a ser un elemento identificado como relevante por la literatura especializada (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 73), avalando diligencias en donde se extravió el acta en donde se registró la diligencia ⁴³ o estimando irrelevante que al testigo se le mostrase a los sospechosos previo a la realización del reconocimiento ⁴⁴.

⁴⁰ La propia presidencia de la Corte Suprema de Justicia impulsó en su momento un proyecto de ley para, entre otras cosas, eliminar la etapa intermedia en el proceso penal costarricense. Sobre el tema puede verse: <https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/corte-alista-plan-para-ampliar-delitos-a-juzgar-en/7FDG6LMOBRF23FMNJ2L5A57JGY/story/> Visitado: 26 de octubre 2018.

⁴¹ Utilizando como criterio de búsqueda el restrictor “reconocimiento de personas en materia penal”, en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/ Búsqueda realizada en fecha 25 de octubre 2018.

⁴² Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto 01118-2017.

⁴³ Supliéndose ese elemento con la declaración del testigo y del oficial actuante. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Voto 00513-2017.

⁴⁴ Identificándose como un reconocimiento “espontáneo”.

Empero, algunas excepciones, en donde sí se ha realizado un análisis profuso, con utilización de literatura especializada y actual, por ejemplo, cuestionándose si el testigo “ha reconocido al imputado en la diligencia de reconocimiento físico y durante el debate porque fue la persona que lo asaltó, o porque está reconociendo a la persona que se le mostró en el reconocimiento fotográfico”⁴⁵, realmente generan alguna esperanza.

c. Problemas y causas

i. Regulación y práctica del procedimiento deficientes.

El CPP establece una regulación de los reconocimientos oculares, sean en rueda de personas ⁴⁶ o fotográficos ⁴⁷, que puede considerarse amplia. No obstante, la inexistencia de protocolos de actuación específicos, hacen que, en ciertos aspectos, el margen de arbitrariedad para las autoridades desemboque en prácticas cuestionables que, como se observó en el acápite anterior, se agravan ante el escaso control jurisdiccional que se realiza.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto 2016-0333.

⁴⁵ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Voto 00475-2017. También, con un extenso análisis, en sentido similar, puede verse: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto 00947-2016.

⁴⁶ Artículo 228. Dentro de los aspectos positivos destacan los siguientes: a. Prevé que se tome la descripción previa brindada por el sujeto que realiza el reconocimiento, debiendo indicar si conoce o ha visto al sospechoso con anterioridad o en forma posterior al hecho, sea personalmente o en imagen; b. El sospechoso puede elegir su colocación en la rueda; c. Establece que los cebos deben ser de “aspecto físico semejante” al sospechoso.

⁴⁷ Artículo 230. Se establece como un medio subsidiario, en caso de que el sospechoso no esté presente y no pueda ser habido, disponiéndose las mismas reglas establecidas para el reconocimiento en rueda de personas.

Por ejemplo, en las entrevistas realizadas se destaca que el 100% de los funcionarios manifestaron que no se aplica el sistema de doble ciego, recomendado por la literatura especializada (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 72; Duce, 2017, pp. 240–241), siendo la práctica usual que los funcionarios a cargo de la investigación instruyan la diligencia, lo cual puede generar sesgos.

También en cuanto a la conformación de las ruedas de reconocimiento existen problemas que han sido señalados por los entrevistados, manifestando que, en ocasiones, los cebos son funcionarios de la propia policía judicial, conocidos por las partes o que destacan por sus vestimentas⁴⁸, no se le da tiempo suficiente a la defensa para conseguir descartes adecuados y otras dificultades relacionadas con la selección de las personas que integren la rueda⁴⁹, entre otros aspectos, siendo que el 83% manifestó que se dan prácticas que estiman incorrectas en el procedimiento.

En el caso de los reconocimientos fotográficos (y más aún en la exhibición de fotografías sin sospechoso), la ausencia de una regulación en cuanto a la conformación de la muestra (álbum), hace que en algunos casos se construyan con sesgos evidentes o se entregue una cantidad excesiva de elementos, lo que podría ser perjudicial para la fiabilidad de la diligencia⁵⁰.

⁴⁸ La *Defensora 2* señaló que “los descartes siempre son oficiales de policía, en pueblos pequeños todos los conocen. También la ropa de los imputados representa un problema, se les quita la faja y los cordones de los zapatos por seguridad, y los demás de la rueda se encuentran bien vestidos”.

⁴⁹ *Defensora 3*, *Juez 2*. Afirmando la dificultad de obtener descartes semejantes: *Juez 1*, *Juez 4*, *Fiscal 2*, *Fiscal 3*. Mencionando otros problemas con la selección de descartes, *Defensora 4*.

⁵⁰ Esta situación se avala en la voto N° 612-2015 de la Sala Tercera, y se critica por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, voto 475-2017, siendo que, en este último caso, se mostraron 630 fotografías al testigo, identificando la número 626, cuestión que se analiza

Además de los vacíos señalados, la regulación legal tiene sensibles yerros. Por ejemplo, se permite la práctica de reconocimientos simultáneos (varios sospechosos en un mismo acto)⁵¹, práctica rechazada desde la psicología del testimonio (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 65); como sistema de registro de la diligencia se establece un acta, en lugar de la videograbación, que sería lo recomendado (Duce, 2017, pp. 362–366), lo que no impediría que se realice, pero en la práctica no se efectúa en ningún caso⁵². Asimismo, se permite el reconocimiento aún sin el consentimiento del imputado, lo que plantea fundados cuestionamientos⁵³.

ii. Cuestiones operativas que potencian defectos.

Uno de los aspectos reflejados en el diagnóstico fue la escasa utilización de los reconocimientos oculares (físicos o fotográficos) reculados en el CPP y la mayor presencia de reconocimientos “anómalos”, como la exhibición de fotografías sin sospechoso, en sede policial, los reconocimientos “espontáneos” y los reconocimientos en juicio. Esto puede deberse al costo que representan las diligencias reguladas legalmente, la dificultad de conseguir descartes adecuados, pero también, por la mayor facilidad que representan estas prácticas⁵⁴ y la mínima importancia que jurisprudencial y

profusamente por parte del tribunal.

⁵¹ Artículo 229 CPP.

⁵² El 100% de los entrevistados manifestó que nunca se videogrababa la diligencia, y solo dos funcionarios manifestaron que a veces ellos mismos toman fotos (*Defensa 2* y *Defensa 3*). En mi experiencia tampoco he visto o escuchado que se haga este tipo de registro en video.

⁵³ Artículo 228 *in fine*. La doctrina nacional ha sugerido que en estos casos sería preferible un reconocimiento fotográfico (Llobet Rodríguez, 2012, p. 391).

⁵⁴ Por ejemplo, uno de los entrevistados (*Fiscal 4*), señaló que las exhibiciones sin sospechoso se realizan, en muchas ocasiones, sin coordinación con el Ministerio Público.

doctrinariamente se le ha dado, lo que ha fungido como incentivo para la fijación de ese estado de cosas.

Unos de los aspectos más preocupantes, sin duda, es la posibilidad de que este tipo de diligencias “anómalas” realizadas en un contexto sugestivo (posibilidad que también advierte Duce, 2018, p. 19), signifiquen una estrategia sistemática para simplificar el proceso, a partir de un sesgo de confirmación de los investigadores. Asimismo, en el caso de los defensores, se observó cierta actitud derrotista, de forma que, al saber que sus alegatos probablemente no tendrán resonancia en sede jurisdiccional, prefieren no gastar tiempo y esfuerzo en vano ⁵⁵.

iii. Control jurisdiccional insuficiente.

El diagnóstico efectuado visibiliza dos situaciones que afectan enormemente el funcionamiento de los reconocimientos oculares. Por un lado, el control virtualmente nulo que se realiza en la etapa intermedia, lo que provoca que prácticamente todas las diligencias de este tipo arriben a juicio, bajo la mampara de que se trata de una cuestión de valoración y no de admisibilidad (sobre el tema puede verse: Alcaíno, 2014, pp. 599–600).

Esta práctica deriva en que prueba de muy baja calidad y confiabilidad ingrese al debate. Adicionalmente, en la etapa de juicio, aunado al ya señalado alto valor que se le da a los reconocimientos oculares y los reconocimientos “anómalos” o irregulares, se lía una valoración exigua, que prescinde de aspectos trascendentales, expuestos con amplitud desde otras áreas del conocimiento, como la psicología del testimonio, siendo excepcionales los casos en que se observa

⁵⁵ De hecho, en mi experiencia personal, es extraordinariamente inusual que la defensa objete el reconocimiento ocular practicado en sede de etapa intermedia.

un control riguroso que determine la exclusión de diligencias poco confiables o, al menos, mengue el valor probatorio que se le otorga. Parte del problema puede estar motivado en la ausencia de capacitación por parte de los actores del sistema, pues un 75% de los entrevistados manifestó no haber recibido ningún tipo de instrucción, por lo que sus decisiones son especialmente intuitivas.

d. Análisis de un caso: Reconocimiento ocular de Jorge Mateluna

Un caso paradigmático, en donde se ha discutido la corrección en la práctica del reconocimiento ocular, ha sido abordado por la administración de justicia de Chile, en el caso denominado como “Mateluna” ⁵⁶. En esta causa, se condenó al señor Jorge Mateluna a dieciséis años de cárcel, a pesar de existir, en apariencia, severas inconsistencias en la diligencia de reconocimiento en rueda de personas, en donde se identificó al encartado Mateluna como uno de los asaltantes de una entidad bancaria.

Por fortuna, la diligencia de reconocimiento de personas fue videograbada, lo que ha permitido su análisis y de donde derivan fundadas interrogantes que permiten ejemplificar varios de los puntos que se han tratado en los acápite precedentes. La primera de las interrogantes surge a partir de las instrucciones brindadas por el administrador del procedimiento, las cuales no parecen cumplir con las recomendaciones esenciales que la literatura especializada prescribe.

El carabinero *Juan Muñoz Gaete* (oficial a cargo de la práctica del reconocimiento ocular) señala lo siguiente: “*Para registro 17:15 horas se da inicio al reconocimiento del imputado en rueda de reconocimiento, cárcel de alta seguridad...*”

⁵⁶ La información del contexto del caso puede obtenerse en la página web: <https://www.matelunainocente.com/proceso-judicial.html>. Consultada: 26 de septiembre de 2018.

usted en frente suyo tiene a 6 personas necesito por favor que las observe detenidamente a cada una de ellas y en el caso de que logre reconocer a alguno me indica el número, de izquierda a su derecha, el número de la persona y me indica también las circunstancias en las cuales lo reconoce por favor". Precisamente, las llamadas *instrucciones no sesgadas* (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 71) implican que se advierta al testigo que el sospechoso podría no estar dentro del grupo de personas que se le muestra (Duce, 2017, p. 310), pues los estudios empíricos realizados demuestran que esa información no disminuye los aciertos pero sí los errores de identificación, con lo que se presenta una menor probabilidad de "falsos positivos".

Por ende, las instrucciones que ofrece el carabinero, además de sumarias y aceleradas, no solamente omiten la mención de la advertencia antedicha, recomendada desde la psicología del testimonio, sino que, al afirmar que la diligencia es para "el reconocimiento del imputado", claramente expresa que la persona sospechosa se encuentra allí, lo que evidentemente puede condicionar la memoria del testigo. Aunado a ello, me parece un factor que podría llevar a alguna confusión, la ausencia de numeración para cada persona (por ejemplo con un cartel), sustituida por la referencia a que el conteo se realiza de "izquierda a derecha", pues, pese a que después se pide que el sospechoso reconocido dé un paso al frente y que el testigo "ratifique" la identificación, pareciera que una confusión previa podría condicionar en alguna medida el reconocimiento.

Con relación a la composición de la rueda, existen varios aspectos cuestionables. El primer elemento que representa una debilidad es la existencia de más de un sospechoso en la rueda, dado que dos de los componentes lo eran, Alejandro Astorga (número 5) y Jorge Mateluna (número 4), lo que contraría las recomendaciones

generadas desde la psicología del testimonio (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 65), pues repercute en el tamaño nominal y funcional óptimo de la rueda. Si bien la literatura especializada no establece de forma rigurosa un tamaño nominal específico, resulta innegable que la probabilidad de una elección incorrecta por mero azar aumenta cuando la proporción de sospechosos y cebos (en este caso dos sospechosos y cuatro distractores) se acerque.

Ahora bien, en lo relativo al tamaño funcional, la incorrección resulta mucho más clara, no solamente porque los dos sospechosos presentan características físicas muy divergentes⁵⁷, lo que aconsejaba se realizasen ruedas de reconocimiento separadas, sino que todos los integrantes de la rueda poseen rasgos palmariamente disímiles, tanto físicos⁵⁸ como en cuanto a sus vestimentas⁵⁹. Incluso resulta curioso que el sospechoso Mateluna, pese a no ser identificado por el testigo, se ubicó en el justo centro del pasillo, lo que, aunado a la notoriedad de su cabello, que sobresale con respecto al de los demás, pudo significar un sesgo de importancia, dado que la conjunción de esos aspectos podría, a mi entender, atraer la atención de quien se dispone a efectuar el reconocimiento⁶⁰. De esta forma, en el caso *sub examine* nos encontramos una rueda de reconocimiento cuyo tamaño real (funcional) es inferior al nominal, aunado al sesgo de la rueda,

⁵⁷ Por ejemplo, se observa que Mateluna es más alto, con una complexión física más gruesa y con más cabello que Astorga, esto sin reparar en las evidentes discordancias de sus rostros.

⁵⁸ El aspecto más notorio es la estatura, pero, en términos generales, las similitudes son prácticamente inexistentes.

⁵⁹ Se recomienda que las vestimentas de los componentes sean similares, para que el sospechoso no resulte distintivo (Diges & Pérez-Mata, 2014, pp. 68–69). En este caso dos sujetos visten camiseta, tres tienen chaqueta y uno camisa con manga larga, con variedad de colores y diseños, tanto en éstas como en los pantalones.

⁶⁰ Diges habla de la distintividad del acusado o sospechoso, como un sesgo de la rueda (2014, pp. 68–69).

dada la notoriedad de uno de los sospechosos.

Es destacable que la literatura especializada recomienda la denominada rueda secuencial, de forma que el testigo vea a cada sujeto de forma aislada, a fin de no favorecer juicios relativos (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 72), a diferencia de la forma tradicional en que se presentan todas las personas en conjunto, como ocurrió en el caso estudiado. Por otro lado, no se vislumbra algún aspecto que pudiera considerarse como una fortaleza en la composición de la rueda.

Con respecto a la forma en que se produce la identificación, también se presentan cuestiones interesantes. Posterior a la indicación de las instrucciones por parte del carabinero, se genera el siguiente diálogo: Testigo: *El quinto*. Oficial: *El número 5*. Testigo: *Así es*. Oficial: *Ya... y las circunstancias por favor en la que lo reconoce*. Testigo: *Ehhh*. Oficial: *O recuerda usted haberlo visto*. Testigo: *Haberlo visto ensangrentado en un paradero de buses*. Oficial: *El número 5, voy a solicitar que avance un poco más y lo vuelva a ver detenidamente y me lo ratifica por favor... ¿le parece?* Oficial: *¿Estaba hablando de él? ¿sí? ¿sí?* Testigo: *Si*. Oficial: *¿Y las circunstancias?* Testigo: *Ensangrentado, solamente ensangrentado, en un paradero de buses*. Oficial: *¿En que sector?* Testigo: *Pudahuel*. Oficial: *¿No hay más personas que usted pueda reconocer?* Testigo: *No*.

El tiempo que toma el testigo para identificar al sospechoso es muy corto, lo hace casi de inmediato, lo que resulta un aspecto positivo en cuanto a su fidelidad, pues se ha determinado que los testigos más exactos suelen tomar decisiones de forma automática y absoluta (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 73). No obstante, la justificación aportada, con relación a las circunstancias en que presuntamente el testigo observó al sospechoso, es muy deficitaria.

Así, el testigo refiere que observa al imputado

ensangrentado, pero no señala en que zona del cuerpo tenía sangre, tampoco aporta información relacionada con las condiciones de luminosidad, distancia, tiempo durante el cuál lo observó, sobre qué estaba haciendo en ese momento (para determinar el nivel de atención, estrés, etc.), entre otros datos que resultarían de gran relevancia y que son aspectos cuya consideración se recomienda, desde el punto de vista experto⁶¹. De esta forma, aunque la manera en que se produce la identificación parece ser compatible con los estándares de confiabilidad, especialmente en el rubro temporal de respuesta, la precariedad de los datos circunstanciales aportados podría afectar la exactitud y fiabilidad del reconocimiento.

Otros aspectos del reconocimiento analizado pueden tener implicaciones en la fiabilidad de este. Por ejemplo, el carabinero a cargo de la diligencia, Juan Muñoz Gaete, tenía conocimiento sobre la identidad de los sospechosos⁶², con lo que se incumple la recomendación que desde la psicología del testimonio se ha efectuado, con respecto al sistema de doble ciego (*double-blind*), a fin de prevenir que el funcionario que entre en contacto con el testigo pueda aportarle pistas para que identifique al sospechoso, aún de forma no intencional, con lo que se evita un sesgo de confirmación de la investigación (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 72; Duce, 2017, p. 311).

Este mismo problema podría presentarse, si conociese la identidad de los sospechosos, con otro oficial que se encuentra durante toda la diligencia detrás de los sujetos que componen la rueda, y que constantemente dirige su mirada hacia el frente, en dirección a donde estos se ubican, con lo que

⁶¹ Otras cuestiones de importancia no pueden determinarse a partir del visionado, como la descripción previa brindada por el testigo, si se dio un reconocimiento fotográfico con anterioridad, su edad y condiciones físicas, etc.

⁶² Información que también se ha obtenido de la página web <https://www.matelunainocente.com/proceso-judicial.html>. Consultada: 27 de septiembre de 2018.

su lenguaje gestual podría también provocar un sesgo en el testigo. Adicionalmente, el lugar en donde se realiza la diligencia y la ubicación de los componentes de la rueda sin duda no es la óptima, principalmente porque las personas están colocadas en el medio de un pasillo, sin espacio para que se ubiquen de forma lineal, de manera que la percepción de incomodidad, por la falta de espacio, también podría generar algún tipo de sesgo en el testigo.

Asimismo, el aspecto cognitivo-social, desarrollado por Diges (2014, pp. 70–71) tiene acá importancia, pues al realizarse el reconocimiento en una prisión de máxima seguridad, es muy probable que el testigo estime que existen muchísimos elementos de prueba contra la persona que se le pide identifique, con lo que podría caer en el llamado proceso de juicio relativo, señalando al sujeto que más se le parezca. Quizá este tipo de diligencias debiera realizarse en un reducto menos hostil que en medio de las celdas de una cárcel.

Por otra parte, la forma en que el carabinero a cargo de la diligencia interactúa con el testigo no es la mejor. El oficial Muñoz Gaete habla de forma apresurada y en varias ocasiones presiona al testigo para que brinde una respuesta rápida⁶³ o directamente utiliza lenguaje sugestivo⁶⁴. Este factor puede explicarse quizá en la llamada visión de túnel y el prejuicio de confirmación (Duce, 2013a, pp. 19–22).

Un aspecto positivo, el único, por cierto, relacionado con los llamados factores del sistema, es precisamente la existencia del registro en video del reconocimiento, también recomendado por la

⁶³ Lo que se refleja en este extracto del diálogo: Oficial: *¿Estaba hablando de él? ¿sí? ¿sí?* Testigo: *Si.*

⁶⁴ Por ejemplo: Oficial: *Ya... y las circunstancias por favor en la que lo reconoce.* Testigo: *Eehh.* Oficial: *O recuerda usted haberlo visto.* Testigo: *Haberlo visto ensangrentado en un paradero de buses.*

literatura especializada y fundamental para poder determinar el cumplimiento de un estándar de confiabilidad del procedimiento, sea para valorar la admisibilidad de este o propiamente para su valoración.

A partir de todo lo que se ha expuesto, se constatan, a mi criterio, las debilidades que este tipo de procedimientos presentan en Chile (Duce, 2013a, p. 34) y en la mayoría de los países latinoamericanos, incluyendo sin duda a Costa Rica. Como fortalezas en la diligencia de reconocimiento, solamente se ha podido observar el breve lapso en que el testigo efectúa el reconocimiento y el registro audiovisual de la diligencia, frente a los sensibles vicios en la práctica del procedimiento y en la composición de la rueda, los que, a mi juicio, tienen mucho más peso que los aspectos positivos y podrían afectar fatalmente la fiabilidad del procedimiento, ante la fragilidad de la memoria humana y su porosidad ante la información a la que es expuesta. Como ha señalado Scott Fraser, “el cerebro aborrece el vacío”, allí justamente se encuentra el problema (2018).

4. Los peritajes de credibilidad

En el ámbito costarricense, desde hace varios años, se ha planteado la necesidad de readecuar las evaluaciones psicológicas y psiquiátricas que se realizan a imputados y víctimas⁶⁵. Esto no solamente porque, en muchas ocasiones,

⁶⁵ Se ha dicho, por ejemplo, que “los psicólogos del Poder Judicial de Costa Rica utilizan con frecuencia pruebas psicológicas que no satisfacen los parámetros psicométricos que la ciencia psicológica ha establecido como prerequisites científicos para su adecuada utilización, a raíz de que la mayoría de los tests que se utilizan fueron desarrollados en otras comunidades culturales y lingüísticas y que en Costa Rica aún no se ha realizado la necesaria investigación de base para evaluar si, en la población costarricense, dichos tests se comportan psicométricamente de la misma manera como en las poblaciones en las cuales fueron originalmente desarrollados y validados” (Harbottle-Quirós, 2013, p. 100).

presentan una escasa rigurosidad metodológica, con elementales falencias de forma o al exponer criterios que trascienden el ámbito de la *expertise* del profesional que la elabora, sino también por una tendencia a utilizar tales peritajes o informes, por parte de los jueces, como una fórmula para establecer la credibilidad del testigo o la parte. Se trata, en la práctica, de los llamados peritajes de credibilidad, sobre los cuáles se han delineado varios aspectos que deben evaluarse para determinar si éstos deben de admitirse en un proceso penal.

El primero de estos es un elemental criterio de *necesidad*. Tal y como afirma Duce, el requisito de necesidad supone, en primer lugar, que el perito contribuya a que el tribunal resuelva algún aspecto que “está fuera del ámbito de su experiencia, sus conocimientos o su capacidad de comprensión” (2013b, p. 65), siendo imprescindible que se distinga la necesidad de la mera utilidad o conveniencia, a fin de evitar que se presente prueba superflua o redundante o que el perito usurpe la labor del órgano decisor y, en segundo término, que se evalúe si el peritaje es la vía adecuada para introducir información al juicio, por encima de otros medios de prueba (Duce, 2013b, p. 67), convirtiéndose, de alguna manera, en un medio de prueba subsidiario ⁶⁶.

En este punto, se coincide con Duce, en el sentido de que este tipo de pericias normalmente no son necesarias, dado que versan sobre una de las funciones esenciales del juez, precisamente la evaluación de la credibilidad de los testimonios, con lo que el perito sustituiría al órgano decisor en su quehacer (2013b, p. 71), tomando en consideración, además, que, muchos de los instrumentos que frecuentemente se utilizan, por ejemplo, el *Statement Validity Assessment* (en adelante SVA) replica, en líneas generales, la labor

⁶⁶ Lo expuesto corresponde con los dos niveles de análisis de admisibilidad relacionados con el criterio de necesidad, expuestos por Duce (2013b, pp. 65–75).

que efectúa el juez al valorar un testimonio (en el SVA se efectúa una entrevista semiestructurada, se aplica el *Criteria based content analysis* y una lista de chequeo de validez).

De tal manera, si se está frente a sujetos que no presentan algún déficit psicológico o psiquiátrico que pudiera requerir el conocimiento experto para dilucidar algún aspecto importante para la resolución del caso, de forma que el análisis sobre la credibilidad de su testimonio no excede las competencias y capacidades del órgano decisor, parece evidente que el peritaje no cumple con el requisito de necesidad ⁶⁷. Adicionalmente, específicamente en lo atinente al segundo nivel de análisis de admisibilidad relacionado con la necesidad planteado por Duce, otros medios de prueba podrían aportar la información que se imbuiría en la pericia (elementos objetivos de corroboración, otros testimonios, etc.).

En segundo lugar, se ubica el criterio de *idoneidad* del perito, el cual también suele presentar complicaciones en la práctica forense. En términos generales, este aspecto apunta a que quién se presenta como experto realmente lo sea (Duce, 2013b, p. 75), cuestión que, en áreas en donde se requiere un título habilitante, se cumpliría, en principio, con la acreditación de este requisito. No obstante, el inconmensurable avance en distintos ámbitos del conocimiento humano provoca que, en no pocas ocasiones, ya no baste con categorías generales y el grado de *expertise* dependa de una especialización en concretos focos de la actividad profesional.

⁶⁷ Es claro que, como bien refiere Duce, el estándar de necesidad es más riguroso que el de simple utilidad y conveniencia, dado que estos últimos bien podrían motivar a la admisión de este tipo de pericias, significando un descargo de las responsabilidades del juez, que, por demás, podría pasar por “útil” y “conveniente” para éste. No obstante, Duce sí matiza el concepto de conveniencia y observa alguna utilidad como cláusula en favor de la admisibilidad en casos poco claros (2013b, p. 67).

Entratándose de la psicología del testimonio, ya se ha enfatizado la necesidad de que los profesionales a cargo de este tipo de pericias no sean simplemente psicólogos, sino expertos en esa área específica, máxime cuando se ha demostrado que “los errores de discriminación de los procedimientos de análisis de credibilidad basados en el contenido de la declaración, además, podrían incrementarse en la medida en que los profesionales que los aplican no tengan la especialización necesaria” (Manzanero & Muñoz, 2011, p. 8). En términos sencillos, en lo relativo a estudios como el SVA, no basta con un mero psicólogo, sino que se requiere de un profesional experto en procesos perceptivos y de memoria (Manzanero & Muñoz, 2011, p. 9).

En muchos casos judiciales, se acredita únicamente el título de psicología y la experiencia en este *tipo* de pericias, de manera que, aunque podría objetarse la suficiencia del postgrado -por las horas invertidas o por la generalidad de la temática- y la experiencia profesional general y especial en el ámbito judicial, es necesario acreditar la experiencia concreta, es decir, qué tipo de pericias psicológicas realizó, por ejemplo, si fue a menores, en casos de abuso sexual, específicamente con el método SVA, etc., lo cierto es que, compartiendo el criterio expuesto por Duce, el “examen de idoneidad para efectos de admisibilidad es relativamente bajo o preliminar” (2013b, p. 77), por lo que los elementos requeridos constituyen el mínimo suficiente para avalar en esta fase el peritaje (siempre que se trate de un profesional en psicología habilitado, con estudios de especialización en psicología forense y alguna experiencia judicial), quedando para la etapa de juicio la ponderación sobre la credibilidad que pueda merecer el perito, a partir de la revisión más intensa de los aspectos señalados y su posible injerencia en el peritaje realizado.

Finalmente, el criterio de confiabilidad, se considera como “un estándar que permite hacer

un control de calidad de las evidencias que son utilizadas en el proceso judicial” (Alcaíno, 2014, p. 581) y comprende la determinación sobre la razonabilidad de la información vertida por el experto dentro de la comunidad científica a la que pertenece (Duce, 2013b, p. 79). Es en este rubro en donde el instrumento y la metodología utilizadas se tornan esenciales, pues, por ejemplo, con respecto a la utilización del método de SVA, se ha dicho que “no son lo suficientemente exactos como para ser admitidos como evidencia científica en casos criminales” (Manzanero & Muñoz, 2011, p. 9) ⁶⁸.

Desde esta perspectiva, con acierto ha señalado Duce que “este tipo de peritajes no solo debieran ser normalmente excluidos por falta de necesidad de conocimiento experto, sino además por falta de confiabilidad, basada en el hecho de que dentro de la comunidad científica respectiva (psicología y psiquiatría) no existe consenso acerca de la posibilidad de afirmar científicamente si alguien miente o dice la verdad en un caso concreto” (2013b, p. 85).

De esta forma, aunque el término “comunidad científica” sea vago y, en efecto, deba evitarse inferir que la aceptación de dicha comunidad con respecto a cierta teoría implica la verdad de la hipótesis o técnica aplicada” (Vázquez, 2015, pp. 121–124), parece adecuado sostener que, siendo el aspecto definitorio de la prueba pericial precisamente su carácter excepcional con respecto al conocimiento “común”, por decirlo de algún modo, deba superarse un umbral mínimo en torno a la técnica que se pretenda emplear para incursionar en las entrañas del aspecto que se

⁶⁸ Con relación a este tipo de falencias, ha señalado Duce que “los jueces no debieran tomar en consideración para resolver aquellos casos que ni siquiera en la disciplina a la que pertenece el experto se consideraría como un conocimiento asentado o incluso válido” (2013b, p. 81). Para un análisis sobre la noción de confiabilidad, desde sus vertientes cognitivas y motivacionales, puede verse Vázquez, 2015, pp. 232–247.

trate, siendo posible que se pondere la relación costo-beneficio de la admisión de prueba pericial feble en el proceso, sin que esto constituya, a mi criterio, necesariamente una condición del llamado paternalismo epistémico ⁶⁹.

Ahora bien, en la hipótesis de que se agregue una variable relacionada con la existencia de alguna anomalía psicológico-cognitiva, en definitiva, se daría un cambio en cuanto a lo dicho hasta acá, esencialmente en lo relacionado con la necesidad del peritaje. La determinación de una condición que de alguna manera implique la merma de la capacidad cognitiva de un sujeto, sin duda alguna es un área que, en principio, podría requerir el conocimiento experto ⁷⁰. No obstante, debe enfatizarse que, ante este supuesto, el peritaje sería necesario pero no particularmente sobre la credibilidad del testimonio de la persona deponente, sino sobre su condición y el grado de afectación que podría representar en su relato, para lo cuál podría emularse la experiencia

canadiense, en torno a la diferenciación entre prueba sobre credibilidad y prueba relevante para la credibilidad (Duce, 2013b, p. 74).

A partir de esta distinción, con la inclusión hipotética del dato indicado, la prueba pericial podría ser necesaria para (no sobre) la credibilidad de la persona testigo, debiendo advertirse al experto que no debe abordar aspectos propios de la credibilidad. A partir del razonamiento expuesto, evidentemente también se cumpliría con el estándar de confiabilidad, pues la aplicación del conocimiento experto se daría a partir de métodos más fiables y direccionados a la acreditación de otro rubro (la capacidad cognitiva de la persona y la implicación de esa condición en su memoria), frente a las debilidades que presentan métodos como el SVA.

Puede pensarse en la inclusión de una variable adicional, ya no relacionada con una condición psicológica específica, sino relativa, por ejemplo, a la edad de la persona evaluada. Bajo esta distinción, considero que no se presentaría ninguna rectificación con respecto a lo dicho sobre el cumplimiento de los criterios de admisibilidad en el caso base, de forma que el peritaje no cumpliría con los requerimientos de necesidad y confiabilidad, en la mayoría de los casos. A pesar de que la literatura especializada ha avalado, no sin precisar las advertencias sobre las limitaciones ingénitas de métodos como el SVA, la admisión de este tipo de pericias exclusivamente en casos de abuso sexual infantil (Manzanero & Muñoz, 2011, p. 10), y a pesar de que algún sector de la doctrina también lo ha aprobado en este tipo de casos (sobre el particular puede verse Duce, 2013, p. 74), me parece que esa flexibilización es producto de la manifiesta inviabilidad de abolir el uso de este tipo de peritajes en todos los asuntos, por lo que se ha intentado al menos disminuir su uso a aquellos que presenten mayores posibilidades de

⁶⁹ Sobre el paternalismo epistémico puede verse Vázquez, 2015, pp. 140–148. En cuanto a otros aspectos que deben tomarse en cuenta para potenciar los mecanismos de control de admisibilidad de prueba pericial, la Suprema Corte de Canadá, en el caso *White Burgess vs. Abbott and Haliburton*, destacó: “*the jurisprudence has clarified and tightened the threshold requirements for admissibility, added new requirements in order to assure reliability, particularly of novel scientific evidence, and emphasized the important role that judges should play as “gatekeepers” to screen out proposed evidence whose value does not justify the risk of confusion, time and expense that may result from its admission*”. Desde esta perspectiva, no se trata solamente de los riesgos que implica la admisión de prueba que puede ser sobre dimensionada por su sola “cientificidad”, por el llamado mito de la “infalibilidad de la prueba científica” (Vázquez, 2015, p. 142), sino que también pesan factores de carácter económico e incluso, en el caso concreto, relacionados con la revictimización de la persona evaluada, siendo preferible desechar medios de prueba cuyos riesgos sean mayores que sus potenciales beneficios.

⁷⁰ Señalan Manzanero y Muñoz que “la participación del psicólogo forense puede resultar de utilidad al juzgador para detectar alguna psicopatología que pueda afectar a la capacidad testifical del sujeto en cuestión” (2011, p. 9).

éxito ⁷¹.

Sin embargo, si se evalúa de forma rigurosa este tipo de pericias de credibilidad, sea en niños, adolescentes o adultos, la ausencia de necesidad, por tratarse, en cualquier caso, de la evaluación de un testimonio, competencia exclusiva del juez, y la falta de confiabilidad, dado que conlleva un método que, por ejemplo, no cumple con dos de los criterios Daubert: porcentaje de error superior al tolerable y no aceptación por la comunidad científica (Duce, 2013, pp. 85–86; Manzanero & Muñoz, 2011, p. 9; cfr. críticamente sobre los factores Daubert y los casos Joiner y Kumho: Vázquez, 2015, pp. 103–148), no presenta variación alguna.

A diferencia del primer supuesto hipotético, en el que existe una condición psicopatológica que pudiera ser aclarada por el experto, en este último caso la simple variación de la edad no afecta las consideraciones críticas efectuadas con respecto a la ausencia de necesidad y confiabilidad en los peritajes de credibilidad que, como se ha referido, salvo casos verdaderamente excepcionales, deberían ser inadmitidos como medios de pruebas.

5. Conclusiones

a. En cuanto al testimonio:

La valoración del testimonio en sede judicial debe replantearse, si se quiere mantener un ejercicio racional e intersubjetivamente controlable al enfrentarse a este tipo de prueba. Para ello, al menos se debe:

- i. Excluir la intuición de la valoración del testimonio.
- ii. Desatender la consolidada relevancia del conductismo, de forma que se evalúe el testimonio y no al testigo.
- iii. Desestimar la llamada “concepción mística” de la intermediación.
- iv. Aplicar el conocimiento derivado de la psicología del testimonio y otras áreas de estudio al análisis de la prueba testimonial.
- v. Afianzar una estructura de análisis que permita evaluar aquellas circunstancias del testimonio que sí pueden ser controladas por las partes y el órgano decisor, mismas que no serán taxativas, pero que pueden incluir aspectos tales como la coherencia del relato, su contextualización, la existencia de corroboraciones periféricas y la presencia de detalles oportunistas a favor del declarante o de un tercero.
- vi. Cuando se afronte la declaración de menores de edad, en la medida de lo posible, deberán realizarse la menor cantidad de intervenciones, siendo lo deseable que el abordaje se efectúe en una única entrevista, diligencia que tendrá que ser videograbada y practicada por expertos en el área de la psicología forense infantil.
- vii. En cuanto a la evaluación del testimonio de la víctima de un delito, principalmente cuando este sea el único medio probatorio existente, deben evitarse la tendencia a creer que se trata de una suerte de “testigo privilegiado”, lo que ha sido desmentido por la psicología del testimonio, así como el establecimiento casuístico de estándares probatorios diferenciados, valoraciones que incurren en la falacia de petición de principio, la relativización del principio de presunción de inocencia y la consecuente merma de los derechos y garantías que asisten al imputado, además de las llamadas preposiciones sociales.

⁷¹ Por ejemplo, Manzanero y Muñoz estiman que en los casos de “abuso sexual infantil esta técnica vería mermada aún más su validez en el caso de adolescentes, cuando el acto denunciado es de escasa complejidad y cuando el menor ha tenido experiencias sexuales previas” (2011, p. 10), de allí la limitación para que solamente sea aplicada la técnica a niños preescolares.

b. En cuanto a las diligencias de reconocimiento ocular:

A la hora de evaluar un reconocimiento ocular en sede judicial, es preciso tomar en consideración las *variables a estimar*, las *variables del sistema* y los *factores de retención*. En el ámbito costarricense, efectuado el diagnóstico y esbozados los principales problemas presentes, sugiero tres grandes áreas ⁷² en donde deberían enfilarse esfuerzos, si se quiere mejorar la práctica de este tipo de diligencias:

i. Reforma legal y establecimiento de protocolos de actuación

El marco legal en esta materia debe actualizarse, eliminando los aspectos identificados como yerros de la legislación (reconocimientos simultáneos, registro mediante acta, reconocimiento sin consentimiento del imputado), así como la inclusión de un estándar específico ⁷³ y las consecuencias de no alcanzarlo, sea la exclusión de la prueba, de forma total o con una admisión limitada (Wells, 2012), además de la eliminación de la subsidiariedad del reconocimiento fotográfico (existiendo acuerdo sobre la intrascendencia de una segunda identificación ⁷⁴), para pasar a un modelo en donde el instrumento principal sea el reconocimiento efectuado mediante la utilización de mecanismos tecnológicos ⁷⁵.

Adicionalmente, es preciso establecer protocolos de actuación para el Ministerio Público y la Policía Administrativa y Judicial, en donde

⁷² Como se verá, en rasgos generales se coincide con lo expuesto en Duce, 2017, pp. 360–372.

⁷³ Para lo cual resulta de interés la propuesta de Alcaíno, 2014.

⁷⁴ Diges refiere que “la segunda identificación no es independiente de la primera, y se aleja de constituir una verdadera prueba de la memoria” (Diges & Pérez-Mata, 2014, p. 75).

⁷⁵ Esto se ampliará en el siguiente apartado.

se disponga, con mayor detalle, aspectos como la utilización del doble ciego, la proscripción de cualquier tipo de sugestión por parte de los funcionarios actuantes (y las consecuencias de su incumplimiento), la integración de las ruedas de personas ⁷⁶ y de los álbumes fotográficos (al menos estableciendo condiciones límite inadecuadas), entre otros.

ii. Implementación de mecanismos tecnológicos

La primera propuesta, aunque pudiera parecer utópica en este momento, es que el mecanismo prevalente para el reconocimiento ocular sea mediante una plataforma electrónica, en formato de video o de fotografías. Lo anterior dado que, con las posibilidades tecnológicas actuales, se torna innecesario la intermediación entre el testigo y el sospechoso, pues los formatos de grabación digital presentan alta resolución -aspecto que motivó la disposición subsidiaria del reconocimiento fotográfico en Costa Rica ⁷⁷ pero que ya no tiene sentido-, permite un control previo (puede ser objeto de revisión antes de mostrárselo al testigo y realizar la diligencia como tal), disminuye los costos y dificultades detectadas en la localización de descartes (pues podría utilizarse un software biométrico para establecer criterios objetivos de semejanza, a partir de una base de información amplia) y disminuye las dificultades en caso de resistencia del imputado.

En segundo lugar, la diligencia de reconocimiento debe ser grabada en audio y video, siendo esta la única forma de verificar sesgos o fallos en los factores del sistema. Resulta descabellado que en pleno siglo XXI aún se utilicen actas para registrar actos definitivos e

⁷⁶ Incluso podría utilizarse el *line up* secuencial, que, se ha demostrado, reduce las falsas identificaciones (Diges & Pérez-Mata, 2014; Mazzoni, 2010).

⁷⁷ Sobre este punto: Llobet Rodríguez, 2012, p. 391.

irreproductibles (Llobet Rodríguez, 2012, p. 388) de tanta trascendencia como los reconocimientos oculares, con las limitaciones que este medio de registro posee.

iii. Capacitación y proactividad de los órganos de control jurisdiccional

Finalmente, la capacitación es esencial (un 75% de los entrevistados manifestó que no se capacita), siendo que esto, a su vez, potenciaría que todos los actores del sistema, principalmente los jueces, sean más proactivos y ejerzan las labores de control de este tipo de prueba de forma más sólida y eficiente.

c. En cuanto a los peritajes de credibilidad:

Pese a que no se utilice en el ordenamiento jurídico costarricense el término “peritaje de credibilidad”, salta a la vista que las evaluaciones psicológicas que en algunos casos se practican a víctimas-testigos, principalmente, son utilizadas por los jueces como un descargo de responsabilidad en cuanto a la determinación de la fiabilidad del relato. Es decir, en la práctica existe cierto relevo de funciones en cuanto a una labor que es, en esencia, estrictamente jurisdiccional.

Si a lo anterior se abona la utilización de metodologías desfasadas y la mediocridad de muchos de estos informes, se denota que esta práctica puede acarrear y encubrir, con facilidad, la arbitrariedad y ausencia de fundamentación intelectual en las resoluciones judiciales en sede penal.

En cualquier caso, debe tenerse claridad en cuanto a que este tipo de pericias, sea cual sea la denominación que se les otorgue, generalmente no cumplen con los requerimientos de necesidad, idoneidad y confiabilidad, por lo que se impone

su rechazo.

6. Bibliografía consultada

- Aguilera, E. (2018). El germen contraepistémico del garantismo penal extremo. In *Hechos y razonamiento probatorio* (pp. 85–104). Editorial CEJ.
- Alcaíno, E. (2014, December). La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados. *Política Criminal. Vol. 9, No 18*, 564–613.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- 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. (2013a). 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. (2013b). *La prueba pericial. Aspectos legales y estatégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Duce, M. (2017, July). Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Política Criminal. Vol. 12, No 23*, 291–379. Retrieved from http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A9.pdf
- Duce, M. (2018a). Prácticas probatorias y riesgo de condena de inocentes: una visión empírica. *Congreso Mundial de Razonamiento*

- Probatorio*, 1–42. Girona.
- Duce, M. (2018b, May). Condena de inocentes y litigación en juicio oral: Resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial. *Sistemas Judiciales*, (21), 16–29.
- 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>
- 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>
- Harbottle-Quirós, F. (2013). Psicología forense y responsabilidad penal en Costa Rica. *Revista Costarricense de Psicología*, 89–107.
- Ibáñez, P. A. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ibáñez, P. A. (2018). Garantismo y garantías procesales. *Máster En Razonamiento Probatorio*. Universitat de Girona.
- 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.
- Llobet Rodríguez, J. (2017). *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*. Editorial Jurídica Continental.
- Manzanero, A., & Muñoz, J. M. (2011). *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: reflexiones psico-legales*. (January 2015), 1–13. <https://doi.org/10.13140/2.1.3978.2729>
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria* (J. M. Revuelta, Trans.). Madrid: Editorial Trotta.
- Mora Sánchez, J. J. (2015). *Prisión preventiva y control de convencionalidad*. San José: Editorial Juritexto.
- Mora Sánchez, J. J. (2016, September 10). Las trampas de la memoria y la prueba testimonial. *La Nación*.
- Mora Sánchez, J. J. (2019, February). Estándares probatorios (¿diferenciados?) en delitos contra las mujeres. Apuntes sobre la construcción de un proceso penal con perspectiva de género. *Revista El Foro*, 49–75.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Pérez-Mata, N., & Diges, M. (2017). *La prueba testimonial*. Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell.
- Quirós Pereira, J. A. (2007). El reconocimiento de personas como medio de prueba en el proceso penal: Su regulación normativa en el Código Procesal Penal y crítica de la jurisprudencia de la Sala Tercera de Justicia. Universidad de Costa Rica.
- Salas, M. (2017). *Anti-dogmática. El derecho penal en el banquillo de los acusados*. Santiago: Olejnik.
- 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* (15a edición; D. Garzón, Trans.). Biblioteca Edaf.
- 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.

Wells, G. et. al. (2012). Why do motions to suppress suggestive eyewitness identifications fail? In B. Cutler (Ed.), *Conviction of the innocent*. Washington D.C.

Suprema Corte de Canadá, caso *White Burgess vs. Abbott and Haliburton*.

Fraser, Scott. *The problem with eyewitness testimony*. Retrieve from <https://youtu.be/buhMdC7MO0U>

Judicial de la Zona Sur, en fecha 25 de octubre de 2018. La composición de los entrevistados fue la siguiente: 4 fiscales, 4 defensores públicos y 4 jueces de juicio.

Sentencias citadas:

- N° 25-1998, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- N° 612-2015, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- N° 1644-1993, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- N° 72-2001, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- N° 2016-0333, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.
- N° 947-2016, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.
- N° 1118-2017, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.
- N° 239-201, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- N° 513-2017, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.
- N° 475-2017, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.

Entrevista semi-estructurada:

Realizada personalmente a 12 funcionarios de los Tribunales de Justicia del Segundo Circuito





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



INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA: EL RÉGIMEN DE ZONAS FRANCAS EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA Y EN COSTA RICA

*Karla BARAHONA MUÑOZ**

Resumen: La inversión extranjera directa y las Zonas Francas, a nivel mundial han probado ser uno de los medios de inversión más eficientes en los últimos años. Tanto China como Costa Rica han pasado por grandes cambios en estos temas. Por ello estas líneas tienen como objetivo plasmar los cambios que China y Costa Rica han sufrido al momento de ejecutar estas dos formas de inversión en los últimos años, a través de una comparación del Sistema Jurídico de la República Popular de China con el Sistema Jurídico costarricense.

Palabras claves: Inversión Extranjera, Comercio Internacional, Zonas Francas, Derecho Internacional, China.

Abstract: Foreign Direct Investment and Free Zones worldwide have demonstrated to be one of the most efficient means of investment in recent years. Both China and Costa Rica have gone through major changes on this issue, this paper aims to analyze the Free Trade Zone regime of both Costa Rica and The People's Republic of China. The

author of this article will review relevant information and current situation of both legal systems.

Keywords: Foreign Investment, Free Trade Zone, Foreign Trade, International Law, China

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué es una Zona Franca? III. Zonas Francas en Costa Rica y su desarrollo. a. Las Zonas Francas en Costa Rica. b. Marco jurídico de las Zonas Francas en Costa Rica. 1. Ley de Zonas Francas y su Reglamento. 2. Requisitos establecidos en la Ley N° 7210. 3. Obligaciones establecidas por la ley de Zonas Francas. 4. Actividades permitidas bajo este régimen. 5. Procedimiento de inclusión de la Zona Franca. IV. Las Zonas Francas en China. a. Las Zonas Francas en la República Popular China y plan piloto de la zona de libre comercio en Shanghái. b. ¿Cómo se constituye una empresa en una Zona Franca en China? c. Plan piloto de la zona de libre comercio en Shanghái. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Latina de Costa Rica. Candidata al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Jiaotong, Shanghai, China (上海交通大学); Máster en Derecho Internacional por la Universidad de Wuhan (武汉大学). Email: karlamaria20@gmail.com. Este artículo fue supervisado por el profesor Dr. Shen Wei, a quien se le agradece su constante apoyo y guía. Este artículo se completó el 14 de Julio del 2019.

I- INTRODUCCIÓN.

Actualmente, uno de los principales objetivos de la mayoría de los países del orbe es mejorar la situación económica de sus habitantes, para esto cada Gobierno requiere implementar medidas tendientes a impulsar la entrada de divisas a las arcas del Estado. En ese orden, para nadie es un secreto, que uno de los métodos implementados en pro de lo anterior, y que ha tenido gran éxito ha sido la creación de “Zonas Francas” las cuales constituyen espacios diseñados con una delimitación clara del territorio que gozan de beneficios de orden Tributario, ya sea la excepción en los pagos de derechos sobre importaciones y exoneraciones en los montos de algunos impuestos o, en última instancia, una regulación diferenciada en cuanto a materia Tributaria se refiere. Claramente este tipo de infraestructura de comercio propicia la eliminación o disminución de barreras de comercio y al mismo tiempo, como ya se dijo, otorga beneficios a las transnacionales, persiguiendo un fin común con los gobiernos, que es constituir alianzas que favorezcan el mejoramiento de la economía, promoviendo un mejor nivel empresarial y la transferencia de tecnologías de información incrementando la Inversión Extranjera Directa (IED).

Los beneficios obtenidos bajo este régimen son amplios, a modo de ejemplo, en Costa Rica, la Ley N° 7210 (Ley de Régimen de Zonas Francas) y su Reglamento otorga –por mencionar un ejemplo- exoneraciones en los impuestos de venta sobre las compras de bienes y servicios. Estas exenciones, así como otras que se mencionaran más adelante, han convertido a Costa Rica en un destino atractivo para el desarrollo de las inversiones internacionales. Gracias a estas iniciativas Costa Rica ha logrado reforzar sus lazos comerciales con diferentes países contribuyendo así a la promoción y creación de plazas laborales con personal altamente calificado, mejorando la calidad de vida de sus trabajadores.

Este ensayo prestará especial atención a las normas regulatorias en el caso de las zonas francas en Costa Rica y al caso particular de la República Popular China, para lo cual se presentará antecedentes históricos de las mismas, así como las reformas legales realizadas por ambos países recientemente.

II. ¿Qué es una Zona Franca?

Según diccionarios consultados para esta investigación, una Zona Franca se entiende que es aquel territorio o área específica destinada a la producción de bienes y servicios bajo un marco jurídico determinado, dicha legislación estará relacionada con el comercio exterior, tributos y actividad aduanera. Estas áreas pueden además destinarse a actividades relacionadas con la tecnología, salud, actividades industriales, portuarias, etc. Estos territorios a su vez tendrán un régimen tributario especial.

En otras palabras, una Zona Franca tiene como objetivo principal mejorar la presencia comercial a nivel mundial, minimizando las regulaciones y trámites burocráticos, a fin de atraer la inversión extranjera. Igualmente, con su implementación se crean políticas de ahorro en inversión mejorando así el perfil del país como un lugar seguro para invertir y desarrollar un negocio.

Simultáneamente, el país en el cuál entre en funcionamiento gozará beneficios tanto en los sectores sociales y económicos, puesto que al atraer inversión extranjera se impulsa la creación de fuentes de empleo, reduciendo los índices de desempleo y mejorando la calidad de vida de los ciudadanos, lo cual repercute automáticamente en la economía y en el desarrollo de infraestructura. Por lo general, las Zonas Francas están ocupadas por corporaciones multinacionales que buscan desarrollar proyectos de variada naturaleza, estas zonas también se pueden denominar de diferente forma, por ejemplo:

- ✱ Zona de Comercio Extranjera (*Foreign Trade Zone en inglés*): es el término utilizado en Estados Unidos de Norte América, por lo que será regulado por la Cámara de Zona de libre comercio, la Junta de Zonas Exteriores y por las regulaciones internas de los Estados Unidos.
- ✱ Zona de Libre Comercio: término utilizado en algunos países desarrollados, como los incluidos en la Unión Europea, América Latina, China, entre otros.

Cabe mencionar que, aunque su nombre sea distinto, su función y definición son en esencia las mismas, las diferencias podrían relacionarse con aquellas normas jurídicas y tratados comerciales de cada país.

Para el caso costarricense, bajo la ley del Régimen de Zonas Francas y su correspondiente Reglamento, se aceptarán dos tipos:

1. **Parques de Zona Franca:** empresas se localizan dentro del Parque⁷⁸.
1. **Empresas fuera de un Parque Industrial:** son empresas que se localizan fuera de la zona delimitada pero que disfrutan los mismos beneficios, estos beneficios solo podrán asignarse a estas empresas si se encuentran apegadas al Régimen y también tienen que obtener autorización estatal para actuar como tal.

Los beneficios para cualquiera de las dos serán los mismos y van desde excepciones tributarias, exenciones en los derechos de importación y reexportación. La lista incluye no solo aspectos tributarios, sino también aspectos de carácter administrativo, como la agilización en trámites de creación e inscripción de la empresa, capacitación de personal por parte de instituciones académicas

⁷⁸ Artículo 4 del Reglamento de Zonas Francas de Costa Rica.

como el INA, entre otros beneficios.

III. Zonas Francas en Costa Rica y su desarrollo.

Las Zonas Francas Ten Costa Rica son supervisadas por una entidad gubernamental llamada Promotora de Comercio Exterior (PROCOMER), que es una institución pública no gubernamental creada en 1996 por medio de la Ley N° 7638. Dentro de sus funciones están las de promover las exportaciones y brindar apoyo a las empresas costarricenses que inicien un proceso de internacionalización, así como de apoyar al Ministerio de Comercio Exterior para administrar los regímenes especiales de exportación –como es el caso de las Zonas Francas- así como de promover los intereses económicos de Costa Rica en el exterior.

Esta institución responde ante el Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, conocido como COMEX, que fue creado en 1986 mediante la Ley de Presupuesto Extraordinario N° 7040 y es en la Ley de Presupuesto N° 7055 del 11 de diciembre de ese mismo año que se establece COMEX como un ente regulador de sectores dedicados al comercio exterior, cooperación económica internacional e inversiones. Sin embargo, es hasta octubre de 1996 que se aprueba la Ley de Creación del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, ley que concreta y otorga las funciones que ejerce dicho ente hoy en día.

Las Zonas Francas han jugado un papel importante en el desarrollo y crecimiento económico de Costa Rica, especialmente en el área de exportaciones. Solamente durante el año 2018 las empresas bajo este régimen aportaron un 6% del producto interno bruto, se cuentan con más de 300 empresas registradas dentro del Régimen de Zonas Francas, donde más de la mitad de ellas se especializan en el área de Servicios. El Régimen

de Zonas Francas de Costa Rica propone que estas empresas se deben enfocar en una o más de las categorías previamente establecidas en la norma, a saber: gestión, procesamiento, manufactura, producción, reparación y mantenimiento de la propiedad, redistribución de bienes y prestación de servicios para exportación, entre otras.

a) Las Zonas Francas en Costa Rica.

Reguladas por la Ley de Zonas Francas N°. 7210 y sus reglamentos, se define como el conjunto de incentivos y beneficios otorgados por el país a las empresas que realizan nuevas inversiones y que a su vez cumplen con los requisitos y obligaciones establecidas por las leyes nacionales, reglamentos y convenios internacionales como los dispuestos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre otros.

La principal característica del régimen costarricense es que sus incentivos y beneficios no son permanentes, estos están regulados por plazos que están previamente establecidos por ley, con lo que se busca promover nuevas inversiones en lugar de proporcionar ventajas permanentes. Las empresas bajo este régimen se beneficiarán de la propuesta establecida por la ley N° 7210 en la que las operaciones de la empresa se realizarán a partir de parques industriales, que son áreas específicas que se crean estrictamente para la construcción y el desarrollo de este tipo de industrias y empresas.

b) Marco jurídico de las Zonas Francas en Costa Rica.

1. Ley de Zonas Francas y su Reglamento.

La Ley N° 7210, conocida como la Ley de Zonas Francas fue ratificada en 1990 y ha sido reformado en varias ocasiones, la última reforma se enfocó en modificar, entre otras cosas, los

criterios de elegibilidad de los beneficiarios del régimen para que estos sean coherentes con los compromisos de la OMC y fortalecer el vínculo entre la empresa de la Zona Franca y el sector productivo nacional. A su vez se pretende mantener el grado de competitividad tributaria y fomentar el establecimiento de Zonas Francas en lugares fuera de la Gran Área Metropolitana, fomentando así el desarrollo de áreas menos desarrolladas. Esta reforma se efectuó en el 2010 y modificó gran parte del contenido de la ley, por ejemplo, la reforma al artículo 1° que actualmente señala lo siguiente:

El Régimen de Zonas Francas es el conjunto de incentivos y beneficios que el Estado otorga a las empresas que realizan inversiones nuevas en el país, siempre y cuando cumplan los demás requisitos y obligaciones establecidos en esta ley y sus reglamentos. [...] El lugar donde se establezca un grupo de empresas beneficiadas con este régimen, se denomina “zona franca” y será un área delimitada, sin población no residente, autorizada por el Poder Ejecutivo para funcionar como tal.

Otra de las reformas importantes efectuadas a la Ley N°7210 se refiere a los incentivos otorgados a las empresas bajo el Régimen de Zona Francas, específicamente los artículos 20 y 21 de la ley N° 7210 establecen los incentivos fiscales, los cuales no son de carácter permanente, no están sujetos a negociación y son los siguientes:

- Exención de impuestos del 100% para los primeros 8 años de operación y 50% para los próximos cuatro años.
- 10% de crédito de impuesto sobre la renta (reversión de utilidades en activos fijos y costos incurridos en la formación de proveedores nacionales).
- Prórroga de hasta en un 10% de los impuestos sobre la renta. Para las empresas de servicios que exportan más del 50% de su

producción: 100% de exención de impuesto sobre la renta de las empresas durante 8 años, y 50% los próximos 4 años. Además, todas las empresas que operan bajo este régimen gozarán de una exención del 100% de los derechos de importación, remesas de impuestos de exportación y de impuestos especiales, entre otros, por un período de tiempo ilimitado ⁷⁹.

Además de los incentivos fiscales incluidos en esta ley, la empresa también cuenta con beneficios adicionales, como por ejemplo la posibilidad de solicitar que sea el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) quien imparta las capacitaciones a los trabajadores según el puesto en específico.

Es importante anotar que, si bien es cierto, los beneficios otorgados por este régimen son amplios, estos también dependerán de las relaciones comerciales entre las naciones, así como de las leyes y reglamentos existentes.

2. Requisitos establecidos en la Ley N° 7210.

Los requisitos variaran según sea la actividad de la compañía. Como requisitos principales se establece que la empresa deberá poseer una inversión inicial en activos fijos de al menos ciento cincuenta mil dólares (\$150.000.00) si la empresa se establece dentro de un parque industrial, y dos millones de dólares (\$2.000.000.00) si la empresa se construye fuera de un parque o zona comercial establecida.

La empresa también deberá informar el inicio de operaciones en un máximo de tres (3) años contados a partir de la publicación del acta de aprobación, deberá también establecer de manera clara cuáles serán las actividades que realizara

dentro del parque, y deberán presentar un estudio de impacto ambiental.

En el caso de las empresas administradoras, estas tendrán que proporcionar, entre otras cosas, una declaración jurada de la capacidad financiera, plan maestro, certificación de bienes y, si se da el caso de que la propiedad no es de la empresa, se deberá presentar una autorización del propietario registral.

3. Obligaciones establecidas por ley de Zonas Francas.

La lista completa de obligaciones que deben cumplir las empresas bajo este régimen se puede encontrar en el numeral 19 de la Ley N° 7210 de Zonas Francas, el cual se lee de la siguiente manera:

“Los beneficiarios del Régimen de Zona Franca tendrán las siguientes obligaciones:

a) Llevar y anotar, en libros y registros específicos autorizados por la Corporación (), las operaciones de la empresa, relativas a los bienes que gozan de exenciones de impuestos autorizados por el Ministerio de Hacienda, los cuales estarán sujetos a la inspección de la Corporación (*) y de las autoridades fiscales.*

b) Proporcionar, a las autoridades competentes, los informes que se les soliciten sobre el uso y destino de los artículos que importen al amparo de esta ley, así como permitirles las comprobaciones del caso, cuando las autoridades lo estimen conveniente.

c) Facilitar gratuitamente o prestar, al organismo oficial que lo solicite, muestras de artículos que producen para ser exhibidos en las exposiciones internacionales en que participe el país.

ch) Suscribir un Contrato de Operaciones con la Corporación ().*

d) Proporcionar los informes con respecto a los niveles de empleo, inversión, valor agregado nacional u otros que se indiquen en el Acuerdo

⁷⁹ Ley N° 7210.

Ejecutivo de otorgamiento del Régimen. El cumplimiento de esta obligación será requisito esencial para gozar de los incentivos contemplados en esta ley.

(Así reformado este inciso por el artículo 1º, inciso g), de la ley No.7830 de 22 de setiembre de 1998)

e) Utilizar las declaraciones aduaneras, los precintos y demás instrumentos exigidos, legal o reglamentariamente, para la documentación o el control de sus operaciones.

(Así adicionado este inciso por el artículo 2º, inciso b), de la ley No.7830 de 22 de setiembre de 1998. Se ordena además correr la numeración subsecuente de los incisos. El antiguo inciso e) es ahora el g)

f) Las empresas administradoras de parques, las empresas a las que se les otorgue el Régimen de Zonas Francas fuera del parque industrial y las plantas satélite, deberán establecer los controles necesarios en relación con el ingreso y la salida de mercancías, contrataciones y demás normas que establezcan las leyes y los reglamentos aplicables.

(Así adicionado este inciso por el artículo 2º, inciso b), de la ley No.7830 de 22 de setiembre de 1998. Se ordena además correr la numeración subsecuente de los incisos)

g) Cumplir con las demás obligaciones y condiciones que se les impongan a los beneficiarios, en el Acuerdo Ejecutivo de otorgamiento del Régimen de Zona Franca, los reglamentos a esta ley y los Contratos de Operación que firmen con la Corporación ().*

*(*NOTA: Estas facultades y deberes corresponden ahora a la Promotora de Comercio Exterior PROCOMER, según el artículo 13, inciso a), de la N° 7638 de 30 de octubre de 1996)*

(Así modificada la ubicación de este inciso por el artículo 2, inciso c), de la ley No.7830 de 22 de setiembre de 1998, el cual, al insertar dos nuevos incisos e) y f), ordena correr la numeración subsecuente)

h) Cuando se otorgue el régimen de zona franca

a una empresa bajo varias clasificaciones de las contempladas en el artículo 17 de esta Ley, la empresa deberá llevar cuentas separadas de cada actividad.

(Así adicionado por el artículo 2º, inciso e), de la Ley No.8794 del 12 de enero de 2010, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No 15 del 22 de enero de 2010)''⁸⁰

Conforme con este artículo las empresas deben cumplir una contabilidad muy metódica y formal; esto porque a estas empresas se les conceden privilegios especiales e incentivos, por lo que a cambio la ley requiere que la contabilidad se lleve a cabo bajo un sistema de registro estricto el cual la empresa deberá hacerse cargo de realizar. Estos informes variarán en función de la actividad de la empresa y de los bienes y servicios que se ofrezcan; otros informes que las empresas deben presentar están relacionados con el número de empleados, el cumplimiento de los niveles de inversión y el valor agregado. También debe presentar el contrato realizado con PROCOMER el cual refleja los compromisos asumidos por la sociedad y los diversos reglamentos establecidos para cada caso en particular por el acuerdo ejecutivo emitido por la entidad correspondiente.

4. Actividades permitidas bajo este régimen.

Una empresa en Zona Franca puede llevar a cabo todas las actividades normalmente permitidas en este régimen, de acuerdo con su sector de actividad específica y enumerada en el artículo 18 de la Ley N° 7210. A nivel general las empresas bajo este régimen podrán llevar a cabo actividades de manufactura, ensamblado, almacenamiento y/o manipulación de mercancías u otros efectos comerciales destinados a la exportación o reexportación, siempre y cuando no contravenga lo establecido en las leyes de la

⁸⁰ Ley N° 7210.

República, a excepción de lo estipulado en los artículos 22 y 24 de esta ley. En particular, con las empresas prestadoras de servicios, la Ley de Zonas Francas permite a dichas empresas “Prestar y contratar servicios (...) tales como: financiamiento, seguros, embarque, expedición, documentación, abastecimiento, arrendamiento de edificios, mantenimiento y cualesquiera otros que sean convenientes para el desarrollo de la Zona Franca o del régimen en general” (Artículo 18, inciso b)⁸¹

Las empresas que se dediquen a la prestación de servicios bancarios o financieros deberán registrarse por la normativa del Sistema Bancario Nacional y sus reglamentos, así como por cualquier otra norma aplicable.

Otras empresas como fabricantes, procesadores y productores pueden entrar, almacenar, exhibir, embalar, desembalar, fabricar, procesar, producir, ensamblar, refinar, destilar, purificar, combinar, transformar y manejar todo tipo de productos materiales, materiales de envasado, envases y otros productos negociables para exportación o reexportación, excepto aquellos cuya importación, comercialización o fabricación estén prohibidos por las leyes de la República, salvo lo dispuesto en los artículos 22 y 24 de la Ley de Zonas Francas.

Cabe mencionar que la empresa que se dedique al sector minero, comercialización y/o producción de armas, extracción o exploración de hidrocarburos, entre otras, no podrán ser constituidas dentro del régimen.

5. Procedimiento de inclusión de la Zona Franca.

El sistema costarricense permite al inversionista decidir si desea desarrollar la

empresa dentro o fuera de un Parque Industrial o de Zona Franca, sin embargo, lo más conveniente es desarrollar dicho proyecto dentro del parque. Para esto se han establecido una serie de pasos y requisitos regulados en el marco jurídico costarricense, como, por ejemplo: tanto empresas nacionales como extranjeras deben presentar permisos municipales y de los entes de salud pública y Ministerio de Trabajo para funcionar según lo establecido por los artículos 25, 26, 27 de la Ley N° 7210.

Además de los requisitos generales mencionados anteriormente, la compañía deberá cumplir con otros requerimientos enumerados en el Reglamento del Régimen de Zonas Francas⁸², la solicitud de inclusión al Régimen de Zonas Francas deberá incluir toda la información solicitada en el Artículo 10 del Reglamento a la Ley de Régimen de Zonas Francas, la cual, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley, deberá de ser debidamente autenticada por un Notario Público.

La solicitud deberá presentarse ante PROCOMER, ente que determinará si la solicitud cumple los requisitos de ley. En caso negativo, el interesado podrá enmendar su solicitud y el proceso de evaluación continuará según lo establecido⁸³. Una vez comprobada la solicitud, PROCOMER emitirá un dictamen a la Junta Directiva, y una vez recibido dicho documento la Junta Directiva deberá resolver la solicitud a más tardar durante la sesión ordinaria subsiguiente a su presentación o en sesión extraordinaria, la cual deberá ser aprobada por cuatro miembros de la Junta Directiva⁸⁴. En caso de que la solicitud sea rechazada el solicitante podrá interponer un Recurso de Reposición (Artículo 16 del Reglamento a la Ley de Zonas Francas.)

⁸¹ Ley N° 7210.

⁸² Publicado en el Alcance No. 35 al Diario Oficial La Gaceta No.181 del 19 de septiembre del 2008.

⁸³ Ley N° 7210, Artículo 25.

⁸⁴ Ley N° 7210, Artículo 26.

Este sistema se aplica para las empresas nacionales e internacionales, el gobierno costarricense al igual que otros gobiernos no hace ninguna distinción ya que están adheridos al Principio de trato justo y equitativo, establecido en Derecho Privado y en el Derecho Internacional y tutelado en gran cantidad de Tratados de Libre Comercio entre Costa Rica y otros países.

IV. Las Zonas Francas en China.

a) Las Zonas Francas en la República Popular China y plan piloto de la zona libre comercio en Shanghái.

Para el año 2016 ya son once las provincias chinas⁸⁵ que tienen aprobación para desarrollar Zonas Francas. Al mismo tiempo se dio autorización a Shanghái de que ampliara el área destinada para éstas. Sin embargo, actualmente existen alrededor de quince zonas de libre comercio en China, encontrándose la mayoría de ellas en las provincias costeras del territorio.

Aunque en la República Popular China no existe una norma jurídica específica que regula el tema de las Zonas Francas, si existen ciertas leyes y reglamentos dirigidos a tutelar asuntos concernientes al área de inversión extranjera y Zonas Francas, como, por ejemplo: la Ley de Inversión Extranjera Directa, así como una variedad de regulaciones y políticas de carácter administrativo como lo son las Medidas Administrativas Especiales para el acceso de Inversión Extranjera al Plan Piloto de Zonas de Libre Comercio conocida como “**Lista Negativa de Inversión Extranjera**”, que reúne los 18 sectores de inversión no permitidos dentro de las Zonas Francas y fue emitida en el 2015; Medidas para el **Registro de la Inversión Extranjera en**

Zonas Francas Piloto “*Measures for the Record-filing of Foreign Investment in Pilot Free Trade Zones*” conocida como “*Medidas de Registro de Archivos*” y las **Medidas para la Revisión de la Seguridad Nacional de la Inversión Extranjera** “*Measures for National Security Review of Foreign Investment*” conocida como “*Medidas de Seguridad Nacional*”, así como el **Plan Piloto de la Zona de Libre Comercio en Shanghái**, entre otras.

Por su parte, el sector de Inversión Extranjera Chino también cuenta con su propio grupo de normas que son emitidas por el Ministerio de Comercio. Antes del 2016 existió un grupo de normas que se enfocaban en regular el tema de Inversión Extranjera en China, estas leyes fueron redactadas a finales de 1970 y en la década de los 80's, son aplicadas por distintos entes gubernamentales, lo cual llegó a causar cierto conflicto por la falta de comunicación entre estas agencias, además de que contraviene ciertas normas como lo es la **Ley de Empresas**, emitida en 1993 y que, por su carácter de norma general, también aplica a las compañías de Inversión Extranjera.

Es por esto por lo que en el año 2015 el Ministerio de Comercio Chino decidió redactar un proyecto para la promulgación de una nueva Ley de Inversión Extranjera Directa. Esta ley fue propuesta en enero del 2015 y propone cambios como, por ejemplo, anular las tres leyes mencionadas anteriormente y que lo concerniente a temas de control interno de la empresa sea tutelado por la Ley de Empresas o la Ley de Sociedades, según sea el caso.

Otra de las reformas que propone este proyecto es el de otorgar a las nuevas inversiones internacionales el mismo trato que a las empresas nacionales, esto quiere decir que el inversionista extranjero no tendrá que obtener la aprobación previa por parte del Ministerio de Comercio

⁸⁵ Según el South China Morning Post estas provincias son: Chongqing, Zhejiang, Hubei, Henan, Sichuan, Shaanxi, Liaoning, Guangdong, Fujian, Tianjing y Shanghai.

Chino ya que puede solicitar la licencia ante la agencia de registro de la compañía, al igual que cualquier inversionista chino, esto en el caso de que el objeto de la industria este dentro de la “lista negativa”⁸⁶. Los cambios que esta nueva ley propone empezaron a regir en octubre del 2016.

Una de las iniciativas que se ha planteado recientemente y que ha resultado muy exitosa ha sido la creación del “*Plan Piloto de la Zona de Libre Comercio en Shanghái*”. Este proyecto surge ante la necesidad de crear un espacio experimental que tiene como objeto el poner en práctica reformas económicas y promover un mayor desarrollo comercial internacional. Esta iniciativa constituye la primera zona de libre comercio ubicada en China continental, actualmente es una de las más importantes del país y se espera que para el año 2020 llegue a competir con otras zonas similares a nivel mundial. A nivel del territorio chino este proyecto ya ha servido de base para la creación de otras Zonas Francas.

b) ¿Cómo se constituye una empresa en una Zona Franca en China?

Como primer paso los inversionistas que deseen establecer una compañía dentro de una Zona Franca deberán obtener una licencia comercial, para esto, se creó una plataforma de solicitud de ventanilla única que busca agilizar los procedimientos de aprobación, es decir, los solicitantes tienen la ventaja de que pueden obtener todos los documentos necesarios –como la licencia comercial- para el establecimiento de su empresa en un mismo lugar, ventaja que no

⁸⁶ Esta “Lista Negativa” ha sido inspirada por el “Plan Piloto de la Zona de Libre Comercio en Shanghái” la cual establece una lista taxativa de los sectores en los cuales el “principio de trato nacional” no aplica. Incluye un total de 18 sectores que van desde el área agrícola, minero, hasta manufactura y construcción. Las empresas que inviertan en los sectores no incluidos en esta lista tendrán que seguir requisitos más complejos.

tienen quienes decidan crear una empresa fuera de la Zona Franca, ya que ellos tienen que pasar por procesos más complejos⁸⁷.

Esto por lo general funciona de la misma forma para inversionistas nacionales y extranjeros, con la diferencia de que los inversionistas extranjeros deberán comprobar que su proyecto no está incluido en la “Lista Negativa” mencionada anteriormente. En caso de que el proyecto esté incluido en esta lista, el inversionista deberá entonces solicitar la aprobación correspondiente ante el Comité Administrativo de la Zona Franca de Shanghái.

Una vez obtenida la licencia comercial y obtenido los materiales solicitados, estos serán presentados ante la Autoridad de Industria y Comercio que se encuentra dentro de la Zona Franca y son ellos quien decidirán si se acepta la aplicación presentada o no.

Cabe mencionar que los documentos y materiales que se tienen que presentar van a depender del tipo de proyecto que se va a desarrollar ya que, por ejemplo, si es una empresa internacional que busca construir una institución médica en la Zona Franca de Shanghái, deberá cumplir con las siguientes condiciones: el capital de inversión no podrá ser menos de 20 millones de RMB y el periodo de operaciones en la Zona no será menor a 20 años, pudiendo este plazo ser renovado. Además, la institución médica deberá presentar un estudio de factibilidad del proyecto, identificar quienes son los inversionistas, así como sus representantes legales, entre otros documentos.

⁸⁷ <http://www.china-briefing.com/news/2014/03/12/establishing-a-company-in-the-shanghai-ftz.html> Sitio en idioma inglés.

c) Plan piloto de la zona de libre comercio en Shanghái.

Localizado en la ciudad de Shanghái, uno de los principales centros económicos y financieros de China continental, el “Plan Piloto” es parte de una estrategia nacional en la que se busca, entre otras cosas, impulsar la empresa privada y la reestructuración de la empresa pública.

Según el Ministerio de Comercio chino, este proyecto es de gran importancia para China, ya que busca implementar una estrategia de apertura al comercio internacional, así como impulsar la entrada de inversión extranjera directa. Este programa también busca crear un entorno regulador que esté en línea con las prácticas internacionales y así mejorar la posición económica de China a nivel mundial. Adicionalmente, se espera que esta zona pueda ofrecer un espacio a los inversionistas que se dediquen, tanto a negocios internacionales como nacionales, para que establezcan su negocio en una sola área⁸⁸.

Este proyecto inicia en el 2014 y consta de un área de aproximadamente 30 kilómetros cuadrados y está localizado cerca del puerto de la ciudad de Shanghái, que a su vez es uno de los puertos más importantes de China. Este plan piloto tiene como finalidad la creación de un centro estratégico donde compañías internacionales puedan obtener ventajas adicionales que no están disponibles en otras ciudades o países de Asia. Al igual que otras Zonas Francas, estas ventajas van desde excepciones tarifarias hasta agilización de trámites de inscripción de empresas.

Entre los objetivos generales enumerados en el “Plan Marco para la Zona de Libre Comercio de Shanghái” (*Framework Plan for the China*

Shanghai) Pilot Free Trade Zone)⁸⁹, se puede constatar que durante los primeros tres años de su implementación, el gobierno chino espera, entre otras cosas, acelerar la transformación funcional del gobierno, ampliar la apertura de los sectores de servicios y promover la reforma del sistema de la Inversión Extranjera, buscará también crear una guía que sirva de apoyo a las actividades de inversión e innovación con el fin de mejorar el entorno empresarial internacional con apego a las normas internacionales relevantes, entre otros.⁹⁰ En septiembre de 2013 el Consejo de Estado de China publicó una lista de 18 industrias de servicios que recibirán políticas más relajadas en la zona, entre las que se incluyen: servicios financieros, legales y médicos, telecomunicaciones de valor agregado, flete marítimo y gestión de buques internacionales, etc.

Un aspecto importante de este proyecto piloto es que se han simplificado los requisitos de elegibilidad para los inversionistas extranjeros, los límites de participación y las restricciones aplicables a la empresa. Otro punto de interés son los procesos de aprobación, ya que gracias a la aplicación del principio de “trato nacional”, en el que las empresas extranjeras y nacionales reciben el mismo trato, este proyecto logró disminuir el tiempo y la dificultad de los trámites administrativos y de inscripción.

Otra característica importante de este proyecto es la implementación de una “lista negativa”, la primera de su tipo en este país, con la pretensión de limitar y clarificar los tipos de Inversión Extranjera aceptados dentro de la zona de libre comercio, por lo que las empresas o proyectos de inversión que incluyan alguna de estas restricciones deberán pasar por un proceso exhaustivo de revisión y aprobación. Esta lista abarca un total de 18 sectores y son los siguientes:

⁸⁸ <http://shanghi-shanghai.blogspot.hk/p/zonas-francas.html>

⁸⁹ <http://www.shanghaifreetradezone.org/en/framework.htm> Sitio en idioma inglés.

⁹⁰ Idem.

agricultura, minería, manufactura, producción y suministro de energía, gas y agua, construcción, comercio mayorista y minorista, transporte, almacenamiento y servicios postales, transmisión de información, servicios de computación y software, finanzas, bienes raíces, *leasing* y servicios comerciales, investigación científica y servicios técnicos, conservación del agua, medio ambiente y administración de instalaciones públicas, educación, salud e industrias sociales, cultura, deportes y entretenimiento. Esta lista también se aplica a todas las Zonas de libre comercio ubicadas en el territorio chino.

V. Conclusión.

Como se mencionó anteriormente, la atracción de Inversión Extranjera Directa (IED) es una parte importante del éxito del proceso de internacionalización que la economía costarricense está experimentando actualmente. En los últimos 30 años el flujo de IED ha aumentado considerablemente y también han aumentado las exportaciones de bienes y servicios, ejemplo de esto es el cambio que se ha visto en el área de exportaciones de carácter agropecuario, ya que se ha experimentado un aumento en los países y en la cantidad de mercancías, exportándose así más de 4000 productos a más 130 países.

La IED busca eficiencia y aprovecha el acceso al mercado y es a través de esta transformación que Costa Rica se ha logrado posicionar como una plataforma exitosa para el acceso de las inversiones y, por su ubicación geográfica, el país se convierte en un punto de acceso estratégico con respecto al resto de América Latina.

No cabe duda de que las Zonas Francas tienen la capacidad de atraer una gran variedad de Inversión Extranjera Directa (IED), la cual, a su vez, tiene el poder de influir positivamente en la calidad de vida de un país; sin embargo, el efecto no es automático, para lograr la máxima

utilización de los beneficios que producen, se deben instaurar medidas dirigidas a asegurar que los ingresos generados por estas inversiones tengan una adecuada distribución a nivel país. Las Zonas Francas ofrecen beneficios sustanciales y es en base a estos beneficios que la empresa decidirá si invierte o no en un determinado país.

Como se ha visto en muchos casos, los beneficios ofrecidos por una Zona Franca permitirán maximizar los egresos e ingresos de la empresa inversionista, para que esto sea así y que los intereses tanto del sector inversionista como del Estado estén debidamente protegidos es que se deben crear políticas y leyes favorables para ambas partes. Es importante que estas políticas estén dirigidas a administrar el uso de los recursos existentes de manera sustancial y evitar caer en una competencia que otorgue más derechos que obligaciones para las empresas de inversión que resultan en el debilitamiento de la economía de un Estado.

En los casos analizados en este ensayo vemos como, en los últimos años, China ha demostrado ser un socio comercial muy importante en Asia y en el mundo, un país que debe tomarse en cuenta, ya que es una nación que por sus cambios constantes en sus políticas de inversión ha logrado posicionarse como uno de los mayores inversionistas compitiendo así con países que hasta hace poco eran considerados como potencias económicas, como lo son Estados Unidos y algunos países de Europa.

El constante desarrollo y apertura de Zonas Francas en el territorio chino demuestran que China se ha comprometido a crear políticas y leyes que son fáciles de cumplir, lo que a su vez mejora el ambiente comercial en general.

China espera dejar atrás la etapa de ser considerada como la fábrica más grande del mundo, actualmente está extendiendo su atención

a los sectores de producción y en los cuales participa como socio comercial y político, está exportando capital, construyendo y desarrollando proyectos en países con buenas oportunidades de expansión y desarrollo.

Por otro lado, en el caso de Costa Rica vemos como un país en vías de desarrollo puede comprender las necesidades de las empresas transnacionales y ha enfocado sus esfuerzos en implementar estrategias que benefician tanto al desarrollo nacional como al inversionista extranjero, otorgando, a su vez, un marco jurídico estable con instituciones comprometidas con la correcta aplicación y protección de estas estrategias, lo cual lo convierte en un país atractivo para los inversionistas.

La facilidad que tiene China de aislar un territorio de considerable área como lo es el Plan Piloto de Shanghái y poder “experimentar” en ella, es algo prácticamente inconcebible en otros sistemas jurídicos, primero por el espacio que se asignó a este proyecto y, segundo, por la inseguridad jurídica que este tipo de proyectos pueden ocasionar.

Sin embargo, uno de los principales retos que Costa Rica enfrenta, y que China ha logrado efectuar exitosamente, es el de mantener el capital que está actualmente dentro de las Zonas Francas y al mismo tiempo la atracción de nuevas inversiones.

VI. Bibliografía.

Normativa:

- Ley N° 7210, Ley de Zonas Francas.
- Ley para la Protección al Inversionista Minoritario N° 9392.
- Reglamento a la Ley de Zonas Francas.

Artículos y páginas web:

- «¿Qué ha pasado tras 10 años de relación entre Costa Rica y China? (What has happened in the last 10 years of Costa Rica-China relations?)». Revista Mercados & Tendencias, 2 de junio de 2017. <https://revistamyt.com/que-ha-pasado-tras-10-anos-de-relacion-entre-costa-rica-y-china/>.
- «Costa Rica - 9.4-Foreign Direct Investment and Foreign Portfolio Investment Statistics | Export.Gov», 6 de mayo de 2018. <https://www.export.gov/article?id=Costa-Rica-foreign-direct-investment-statistics>.
- «Costa Rica | READ Online». OECD iLibrary, 6 de mayo de 2018. https://read.oecd-ilibrary.org/development/perspectivas-economicas-de-america-latina-2016/costa-rica_9789264246348-14-es.
- «Costa Rica avanza en protección de inversionistas (Costa Rica improves its investors protection)». *GobiernoCR* (blog), 31 de octubre de 2017. <http://gobierno.cr/costa-rica-avanza-en-proteccion-de-inversionistas/>.
- «Costa Rica Has One of the Best Free Trade Zones in Latin America». *Costa Rica Star News* (blog), 12 de diciembre de 2017. <https://news.co.cr/costa-rica-one-best-free-trade-zones-latin-america/69065/>.
- «Costa Rica Introduces Modifications to the Free Trade Zone Regime Regulations», 11 de mayo de 2018. <http://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--costa-rica-introduces-modifications-to-the-free-trade-zone-regime-regulations>.
- «Disputa por la IED exige fortalecer la seguridad jurídica del país. (Dispute over FDI requires strengthening the country's legal security)». *El Financiero*, Grupo Nación, 13 de mayo de 2018. <https://www.elfinancierocr.com/opinion/disputa-por-la-ied-exige-fortalecer-la-seguridad-juridica-del-pais/IX->

5P2EUZWVHMHADZ6JBMDZBYU/story/.

- «El papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la Atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los Países en desarrollo. [The role of International Investment Agreements in attracting Foreign Direct Investment to developing countries.]». New York and Geneva.: United Nations, 2009.
- «Empleos formales crecieron seis veces más en Zonas Francas • Semanario Universidad». Semanario Universidad, 30 de enero de 2019. [https://semanariouniversidad.com/pais/empleos-formales-crecieron-seis-veces-mas-en-zonas-francas/.](https://semanariouniversidad.com/pais/empleos-formales-crecieron-seis-veces-mas-en-zonas-francas/)
- «Informe sobre las inversiones en el mundo. [Report on world Investment]». New York and Geneva.: United Nations, 2016.
- «La Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica, una visión siempre Optimista (The International Commercial Arbitration Law of Costa Rica, an always optimistic vision)», 12 de mayo de 2018. [http://legal.legis.com.co/.](http://legal.legis.com.co/)
- «OEC - Costa Rica (CRI) Exportaciones, Importaciones, y Socios comerciales. (OEC - Costa Rica (CRI) Exports, Imports, and Business Partners)», 6 de noviembre de 2017. [https://atlas.media.mit.edu/es/profile/country/cri/.](https://atlas.media.mit.edu/es/profile/country/cri/)
- «What Are China's Free Trade Zones and Recent Developments | MS Advisory | Supporting SMEs in China | Accounting, Tax & WFOE». MS Advisory | Supporting SMEs in China | Accounting, Tax & WFOE. Accedido 14 de julio de 2019. <https://www.msadvisory.com/single-post/2018/12/28/What-are-Chinas-Free-Trade-Zones-and-recent-developments>.
- Checkup, China. «China Free Trade Zones - Where Are They?» China Checkup. Accedido 14 de julio de 2019. <https://www.chinacheckup.com/blogs/articles/china-free-trade-zones>.
- Houde, M. and K. Yannaca-Small. «“Relationships between International Investment Agreements”». OECD Publishing, enero de 2014. <http://dx.doi.org/10.1787/171461325566>.
- <http://www.uned.ac.cr/ocex/images/stories/boletines/Comercio%20Exterior%20de%20CR%20por%20HRH.pdf>
- Nelson, Joana. «Conozca la historia de las zonas francas en Costa Rica y su impacto.», s. f. <https://www.inversioninmobiliariacr.com/es/mercado-inmobiliario/industrial/especial-industrial-2018/item/1471-conozca-la-historia-de-las-zonas-francas-en-costa-rica-y-su-impacto>.
- Salas, Lorena Labrador. «Determinantes y efectos de la inversión directa extranjera en China (The Causes and Effects of FDI in China)». *Economía industrial*, n.º 362 (2006): 79-92.
- Slatter, Matt. «China Free Trade Zones- Where are they?», s. f. <https://www.chinacheckup.com/blogs/articles/china-free-trade-zones>.
- Xiaolan Fu y Yuning Gao. (2007) “Estudio sobre las zonas francas industriales en China”. 2007. Recuperado de: <http://www.ilo.int/public/french/dialogue/download/epzchineespagnol.pdf>
- Yao, Lu. 12 de Marzo 2014, “Establishing a Company in the Shanghai FTZ” (“Estableciendo na compañía en la Zona de Libre Comercio de Shanghai”) Recuperado de: <http://www.china-briefing.com/news/2014/03/12/establishing-a-company-in-the-shanghai-ftz.html> Sitio en Inglés.
- Zhu, Ningzhu. (22 de Enero 2014) “China approves 12 more free trade zones”. Recuperado de: http://news.xinhuanet.com/english/china/2014-01/22/c_133066293.htm.



Otros documentos:

- Organización Mundial del Comercio. Junio 2016. “Examen de las Políticas Comerciales: China”.
- Plan Piloto para la Zona de Libre comercio del Shanghai. (Framework Plan for the China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone.) Recuperado de: <http://en.china-shftz.gov.cn/Government-affairs/Laws/General/212.shtml>
- USA, International Business Publications. *Costa Rica Taxation Laws and Regulations Handbook*. Int'l Business Publications, 2008.





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 Lunes:
de 2:00 p.m. a 5:00 p.m.
Viernes:
de 2:00 p.m. a 5:00 p.m.
y los **Sábados:**
de 8:00 a.m. a 11:00 a.m.

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**



LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA: SU ESTADO ACTUAL

*Fernando RAMÍREZ SERRANO**

Resumen: El presente trabajo tiene como finalidad presentar un estado de la cuestión sobre los principales cambios a nivel jurisprudencial que ha presentado el mecanismo de investigación excepcional denominado la intervención de las comunicaciones. La monografía realiza un repaso de los más elementales aspectos relacionados con la interceptación de las comunicaciones, iniciando con el derecho fundamental que se limita con dicho método de investigación, para posteriormente analizar los requisitos para la procedencia de la misma, y finalizar con un examen de la etapa de ejecución de esta medida y la labor del juez penal.

Palabras claves: Intervención telefónica, investigación, intimidad, prueba, juez penal.

Abstract: This article aims to present a state of the matter on the main changes at jurisprudential level presented by the mechanism of exceptional investigation called the intervention of com-

munications. The monograph analyzes the most elementary aspects related to the interception of communications, starting with the fundamental right that is limited by this method of investigation, to later analyze the requirements for the implementation of the telephonical intervention, and conclude with an examination of stage of execution and the roll of the judge.

Keywords: Intervention of communications, investigation, privacy, proof, judge.

Sumario: I. Introducción. II. Algunas consideraciones previas sobre el derecho fundamental a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. III. La intervención telefónica. IV. Procedimiento de la intervención telefónica. V. Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones. VI. Sobre las escuchas de las intervenciones telefónicas. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; Postgrado en Ciencias Forenses por la Universidad de La Plata Argentina; Especialización Juez 3 Penal de la Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes; Diplomado en Pluralismo Jurídico de la Escuela Judicial de Perú. Cursando la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Actualmente, se desempeña como Director del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones. Email: ferase@gmail.com

I. Introducción

En el Diario Oficial La Gaceta N° 171, un ocho de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, fue publicada la Ley N°7425 sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, en la cual el legislador estableció los lineamientos para la procedencia de esta forma de investigación y reguló la forma en que la misma se desarrollaría. Han transcurrido más de veinte años desde su promulgación y la actividad de investigación ahí plasmada ha estado a lo largo de este tiempo llena de controversias y lagunas.

La doctrina nacional que se ha abocado a estudiar las intervenciones telefónicas es sumamente escasa y son muchas las dudas que surgen en la práctica cuando se enfrenta como operador jurídico a una de ellas.

El crimen organizado y la tecnología avanzan de la mano y a pasos agigantados, y el Estado, lamentablemente, no responde adecuada y oportunamente a las necesidades que le demanda la globalización y la criminalidad.

Ante este panorama, y tomando en consideración que en estos últimos años se han desarrollado cambios sustanciales, a nivel legal y jurisprudencial, en cuanto a la procedencia de la interceptación de las comunicaciones, ello con la Ley Contra la Delincuencia Organizada, y la ejecución de las escuchas telefónicas, con la nueva posición jurisprudencial de la Sala Constitucional, es que se hace necesario sentar el estado actual que presenta esta diligencia de investigación denominada intervención telefónica.

II. Algunas consideraciones previas sobre el derecho fundamental a la intimidad y el secreto de las comunicaciones

La interceptación de las comunicaciones es uno de los métodos de investigación utilizado en nuestro país, considerado como el más invasivo, y utilizado de manera excepcional, pues limita uno de los derechos fundamentales que consagra la Constitución Política en el artículo 24, propiamente el secreto de las comunicaciones y la intimidad.

Sobre el derecho a la intimidad, la doctrina ha señalado que “(...) *en principio, y de forma general el derecho a la intimidad (privacy, riservatezza, vie privée, privatsphere) se asimila a la vida retirada o anónima, a la vida interior o espiritual de la persona. De forma más concreta, el derecho norteamericano la define como la potestad del titular de vivir solo y a no ser molestado, que permite al individuo decidir soberanamente sobre su independencia personal (...) La intimidad es, pues, la expresión de la libertad del individuo que proclamaba Locke y de su autonomía moral de acuerdo a unos principios racionales que invocaba Kant (...)*”⁹¹

Por su parte, la Sala Constitucional ha indicado lo siguiente en relación con el derecho fundamental a la intimidad:

“ (...) *El numeral 24 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la intimidad. Se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona*

⁹¹ Carrillo, Marc. (2003) *El derecho a no ser molestado “Información y vida privada”*. Navarra, España: Editorial Thomson Aranzadi. p 44.

*que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asiente a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser que lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados, esté en ese ámbito. De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad, que es un derecho esencial de todo individuo (...)*⁹²

En resumen, se puede decir que la intimidad se refiere a las condiciones más internas, más restringidas del ser humano. Es ese ámbito que definitivamente no es público y que por ende no debe ser transgredido o vulnerado. No obstante, como todo derecho fundamental, el mismo no se ejerce de manera absoluta, y en casos excepcionales, el Estado puede intervenir en su ejercicio.

III. La intervención telefónica

La interceptación de las comunicaciones como mecanismo de investigación de delitos, es concebida por la doctrina como “(...) aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad de un órgano jurisdiccional competente frente a un imputado (...)”⁹³

⁹² Sentencia número 1026-94 de las diez horas cincuenta y cuatro minutos del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

⁹³ López Fragoso Álvarez, Tomás Vicente. (1991) *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Madrid,

La intervención telefónica, encuentra su sustento normativo, en primera instancia en el artículo 24 de la Constitución Política, al señalar:

“Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial. La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la

España: Ed. Española, Editorial Colex Constitución y Leyes S.A. p.14 y ss.

Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión. No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.”⁹⁴

Asimismo, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como por ejemplo la Convención Americana de los Derechos Humanos en el artículo 11.2 se indica que: *“nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”⁹⁵*; por otro lado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su numeral 17 apunta: *“Nadie será objeto de injerencias arbitraria o ilegales en su vida privada. Su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques”⁹⁶*

En la legislación ordinaria, la intervención telefónica se encuentra regulada en la Ley N° 7425 sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, así como en la Ley N° 8754 contra la Delincuencia Organizada.

IV. Procedimiento de la intervención telefónica

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley sobre

⁹⁴ Artículo 24 Constitución Política

⁹⁵ Artículo 11.2 Convención Americana de Derechos Humanos

⁹⁶ Artículo 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, la interceptación de las telecomunicaciones como medida de investigación excepcional, procede *“cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos; homicidio calificado; genocidio, terrorismo y los delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, N° 8204, del 26 de diciembre del 2001.”⁹⁷*

Adicionalmente, el artículo 16 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, aumentó el abanico de delitos bajo los cuales se puede ordenar la intervención telefónica, señalando que esta procede también en la investigación de las acciones delictivas relacionadas con: *“a) Secuestro extorsivo o toma de rehenes. b) Corrupción agravada. c) Explotación sexual en todas sus manifestaciones. d) Fabricación o producción de pornografía. e) Corrupción en el ejercicio de la función pública. f) Enriquecimiento ilícito. g) Casos de cohecho. h) Delitos patrimoniales cometidos en forma masiva, ya sea sucesiva o coetáneamente. i) Sustracciones bancarias vía telemática. j) Tráfico ilícito de personas, trata de personas, tráfico de personas menores de edad y tráfico de personas menores de edad para adopción. k) Tráfico de personas para comercializar sus órganos, tráfico, introducción, exportación, comercialización o extracción ilícita de sangre, fluidos, glándulas, órganos o tejidos humanos o de sus componentes derivados. l) Homicidio calificado. m) Genocidio. n) Terrorismo o su financiamiento. ñ) Delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado. o) Legitimación*

⁹⁷ Artículo 9 Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

de capitales que sean originados en actividades relacionadas con el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de órganos, el tráfico de personas o la explotación sexual, o en cualquier otro delito grave. p) Delitos de carácter internacional. q) Todos los demás delitos considerados graves, según la legislación vigente.”⁹⁸

Debe entenderse que las listas de delitos señalada en los artículos antes citados son de carácter taxativo, razón por la cual cualquier investigación realizada a través de intervenciones telefónicas, sobre un hecho delictivo que no esté contemplado en dicha lista, es completamente ilegal.⁹⁹

Ahora bien, la Ley N° 7425 también establece taxatividad en cuanto a los sujetos procesales que pueden requerir de manera motivada la interceptación de las comunicaciones dentro de una investigación criminal, estableciéndose así en el artículo 10 de la citada norma que la misma recae en quien ejerza el cargo de Fiscal General¹⁰⁰, Director General del OIJ, la parte cuando se haya constituido y el personal jurisdiccional penal de

⁹⁸ Artículo 16 Ley contra la Delincuencia Organizada.

⁹⁹ No obstante, el artículo 16 de la Ley contra la Delincuencia Organizada en el inciso q) abre la posibilidad de que se puedan investigar delitos “graves” mediante intervenciones telefónicas. De acuerdo con el artículo 1 párrafo final de la misma Ley contra la Delincuencia Organizada, por delito grave debe entenderse “aquel que por su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más”.

¹⁰⁰ Actualmente la regla es que el Fiscal General de la República solicite la intervención telefónica. Muchas veces esta circunstancia genera que existan atrasos en cuanto al trámite de la solicitud, generando algún descontento en los oficiales de investigación quienes esperan que el trámite sea más expedito, pues estamos claros que el crimen organizado no está sometido a ningún tipo de burocracia. Ello por cuanto el Fiscal Auxiliar o Fiscal Adjunto que tienen a su cargo la dirección funcional, deben remitir la solicitud a la Fiscalía General, para que el grupo de apoyo de la Fiscalía General la revise, la corrija y la autorice, y posteriormente trasladársela al o la Fiscal General de la República para su respectiva firma.

oficio¹⁰¹.

La solicitud de intervención telefónica deberá plantearla alguno de los sujetos procesales supra citados, siendo el más común la representación Fiscal, ante el juzgado penal con competencia territorial para ello, esto de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 47 del Código Procesal Penal¹⁰², 20 del Código Penal¹⁰³,

¹⁰¹ La potestad para que el juez de oficio pueda ordenar la intervención telefónica, denota el resabio existente en la ley en relación con la antigua figura del Juez Instructor, quien dirigía la investigación en el Código de Procedimientos Penales. Hoy, con el Código Procesal Penal que nos rige, con un sistema marcadamente acusatorio, y con la figura de Juez de Garantías, es completamente incompatible que el Juez Penal pueda ordenar de oficio una intervención telefónica.

¹⁰² Artículo 47.- *Reglas de competencia. Para determinar la competencia territorial de los tribunales, se observarán las siguientes reglas: a) El tribunal tendrá competencia sobre los hechos punibles cometidos dentro de la circunscripción judicial donde ejerza sus funciones. Si existen varios jueces en una misma circunscripción, dividirán sus tareas de modo equitativo, conforme a la distribución establecida al efecto. En caso de duda, conocerá del procedimiento quien haya prevenido. Se considerará que ha prevenido quien haya dictado la primera providencia o resolución del procedimiento. b) Cuando el delito cometido en territorio extranjero haya producido sus efectos en la República, conocerán los tribunales de la circunscripción judicial de la capital, aunque el imputado haya sido aprehendido en cualquier otra circunscripción judicial del país. c) Cuando el hecho punible haya sido cometido en el límite de dos circunscripciones judiciales o en varias de ellas, será competente el tribunal que haya prevenido en el conocimiento de la causa. d) Cuando el lugar de comisión del hecho punible sea desconocido, será competente el tribunal de la circunscripción judicial donde resida el imputado. Si, posteriormente, se descubre el lugar de comisión del delito, continuará la causa el tribunal de este último lugar; salvo que con esto se produzca un retardo procesal innecesario o se perjudique la defensa. e) En los delitos cometidos a bordo de naves o aeronaves, cuando naveguen en aguas jurisdiccionales o el espacio aéreo nacional, será competente el juez del lugar donde arribe la nave o aeronave. Cuando la nave o aeronave no arribe al territorio nacional, conocerá del asunto un tribunal de la capital de la República.*

¹⁰³ Artículo 20.- *Lugar del hecho punible. El hecho se*

o bien ante el Juzgado Penal Especializado en Delincuencia Organizada, una vez que este entre en funcionamiento¹⁰⁴. No obstante, a pesar de que las reglas sobre la competencia territorial son claras al respecto, no ha dejado de ser un tema controversial. Lo anterior por cuanto se

considera cometido: a) En el lugar en que se desarrolló, en todo o en parte, la actividad delictuosa de autores o partícipes; y b) En el lugar en que se produjo o debió producirse el resultado. En los delitos omisivos, el hecho se considera realizado donde hubiere debido tener lugar la acción omitida.

¹⁰⁴ La Ley N° 9481 de Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica señala: “Artículo 11- Intervención de las Comunicaciones. El Ministerio Público podrá gestionar, por escrito, al momento de formular la solicitud para el Juzgado Penal Especializado en Delincuencia Organizada se arroge el conocimiento de los hechos, de acuerdo con lo establecido en la presente ley, la intervención o la escucha de las comunicaciones entre presente o por las vías epistolar, radial, telegráfica, telefónica, electrónica, satelital o por cualquier otro medio, según lo establecido en la Ley N° 7425, Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, de 9 de agosto de 1994 y en la Ley N° 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de junio de 2009, sin perjuicio, de las potestades que conserva el juez penal de la jurisdicción común, según lo estableció en la Ley N° 7425. El Juzgado Penal Especializado en Delincuencia Organizada podrá ordenar, en los casos sometidos a su conocimiento y por resolución fundada, la intervención de las comunicaciones en los delitos que así lo permitan, de conformidad con el ordenamiento jurídica y podrá delegar la ejecución de la medida ante el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones.” Adicionalmente, en el artículo 12 del mismo cuerpo normativo se indica lo siguiente: “Artículo 12- Intervención de las comunicaciones durante el proceso. Lo dispuesto en el artículo anterior no obsta para que el Ministerio Público y demás sujetos legitimados, de conformidad con la Ley N° 7425, Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, y la Ley N° 8754, Ley Contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009, puedan solicitar la intervención de las comunicaciones o la escucha de las comunicaciones entre presentes o por las vías epistolar, radial, telegráfica, telefónica, electrónica, satelital o por otro medio, en cualquier momento del proceso, una vez que el Juzgado Penal Especializado en Delincuencia Organizada se haya arrogado el conocimiento de los hechos.”

ha alegado en varias oportunidades por parte de quienes ejercen la Defensa Técnica de los imputados, a lo largo del tiempo de vigencia de la Ley N°7425, que en algunas ocasiones, existe alguna especie de “preferencia” por parte de los oficiales de investigación y del Ministerio Público para trabajar con algunos jueces o juezas, razón por la cual hacen todo lo posible para que el asunto sea conocido por determinado personal jurisdiccional, violentando esto, a todas luces, el principio de juez natural previsto en el artículo 35 de la Constitución Política y artículo 3 del Código Procesal Penal.

Sobre este punto se refirió el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (San Ramón), quien en su voto de mayoría, suscrito por los jueces David Fallas Redondo y Alberto Alpizar Chaves, considera que es violatorio al principio de juez natural y por consiguiente al debido proceso, cualquier acción por parte de la policía o del Ministerio Público, tendiente a que un juez específico y a su “conveniencia”¹⁰⁵, conozca de la intervención telefónica, al respecto señaló:

*“(…) Es necesario indicar que **la cuestión en esta causa no se reduce a una simple discusión sobre competencia territorial.** Aquí lo que se discute es el respeto a la **garantía del juez natural**, que es un problema mucho más amplio y profundo que el sitio donde cabe sospechar con fundamento se comete o ha cometido un delito. Cabe en este momento recordar que el conocimiento de una causa no se lo atribuye a sí mismo un órgano jurisdiccional (y -como se verá- mucho menos se lo puede atribuir la policía) por su propia voluntad,*

¹⁰⁵ “Conveniencia” entendida como la disposición que tiene determinado juzgador de resolver de manera expedita las solicitudes de intervención telefónica y sus respectivas prórrogas, así como la de realizar a cualquier hora del día e inclusive fines de semana las escuchas telefónicas.

sino que tiene reglas fijadas en la ley para poder intervenir en el asunto. En particular, debe observarse que el artículo 20 del Código Penal dispone con claridad dónde es que se considera cometido un hecho punible, estableciéndose que éste se da en el lugar en que se desarrolló en todo o en parte la actividad delictuosa de autores o partícipes, o bien, en el sitio donde se produjo o debió producirse el resultado (...) **Así, en este caso son dos los aspectos relevantes: primero, el de si puede la policía (cualquiera de los distintos cuerpos) escoger a su conveniencia (por la razón que sea) el órgano jurisdiccional ante el quiere plantear (sic) (a través del Ministerio Público, claro está) peticiones y, segundo, si basta un simple rumor que contrasta contra el resultado de otras diligencias investigativas, para tener por fundada una solicitud para intervenir comunicaciones (...)** En criterio de la mayoría de esta Cámara, aquí se procuró por la Policía de Control de Droga que la petición de las intervenciones fuera conocida por el Juzgado Penal de San Ramón, sin suficientes elementos de convicción que sustentaran razonablemente la posible comisión de un hecho delictivo en el territorio que compete conocer a ese órgano. En ese sentido, **se quebrantó el debido proceso**, tanto por la inobservancia del principio de juez natural (pues la autoridad policial buscó el Juzgado Penal de su agrado y no aquellos asentados en los sitios donde podría haber sospecha razonable de la posible comisión de algún delito por parte de “XXX”), como por disponerse una intervención telefónica sin la debida fundamentación. La competencia se delimita conforme a la ley y los sujetos procesales no tienen potestad alguna para escoger un órgano jurisdiccional a su conveniencia para que conozca de sus peticiones. Conviene resaltar que **el**

derecho al “juez regular” o “juez natural” es reconocido en la Constitución Política (artículo 35) y en virtud de ello se ha considerado integrante del “debido proceso”, indicándose: “Si, pues, la jurisdicción consiste, en general, en la potestad de administrar justicia, y la competencia en la distribución que hace la ley de las diferentes esferas de conocimiento de los tribunales con base en criterios de materia, gravedad o cuantía, territorio y grado, tanto la jurisdicción –en general o por materia- como la competencia son parte del debido proceso, pues garantizan que los conflictos sean resueltos por los tribunales regulares, en la forma dicha” (resolución número 1739-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). **De lo anterior se extrae la obligación, ineludible, de todo juzgador de verificar su competencia para conocer de un determinado asunto y de exponer motivadamente la conclusión a que arriba respecto a tal tema.** En tal sentido el parámetro para dilucidar lo anterior deriva de la ley procesal, concretamente el artículo 47 del Código Procesal Penal, sin que sea suficiente que uno de los intervinientes en el proceso le elija como competente para conocer el caso. Necesariamente el órgano jurisdiccional debe verificar si efectivamente el hecho punible, respecto del cual se le pide que intervenga, fue cometido dentro de la circunscripción que le fuera asignada (referido numeral 47), o bien si concurre alguna de las otras situaciones en las cuales la ley procesal le encomienda el conocimiento de tal hecho (...) Lo que sí se requiere es que exista algún dato objetivo o indicio respecto a la comisión de un hecho ilícito –de los contemplados en la ley– y de su lugar de comisión. Únicamente de la anterior manera se puede garantizar que los actos de investigación, en lo que interesa

la intervención telefónica, se dirijan a acreditar un delito concreto y no investigar delitos indeterminados e igualmente que sea el juez competente quien decida sobre la diligencia probatoria solicitada. Como se dijo líneas atrás, el derecho al “juez regular” forma parte del debido proceso y con el mismo se pretende garantizar a todo ciudadano la imparcialidad y objetividad del órgano jurisdiccional que conocerá de su causa. De tal manera, no será cualquier juez quien tome en sus manos el conocimiento de un determinado asunto, sino únicamente aquel que previamente ha sido designado para ello. Por ello, tratándose de hechos en los cuales la actividad a investigar se ha realizado en diversas jurisdicciones, debe el juzgador ponderar los datos que se le ofrecen y decidir si es el competente para la actuación que se le solicita (...). Solamente de ese modo se puede garantizar el derecho al “juez regular”, evitando cualquier posibilidad de elección arbitraria del órgano jurisdiccional (...) **En síntesis, para la mayoría de esta Cámara, por un lado, la policía y el Ministerio Público no pueden escoger a su conveniencia la autoridad jurisdiccional ante la cual desean plantear peticiones y, por otro lado, informaciones confidenciales que se ven desvirtuadas por datos objetivos no son más que un simple rumor, lo que no es suficiente para motivar órdenes de intervenciones telefónicas.** Esos dos vicios son los detectados por este Tribunal de Apelación de Sentencia y constituyen quebrantos del debido proceso. La observancia de éste y la tutela de la libertad individual son baluartes ineludibles del Estado de Derecho, máxime cuando éste se proclama como una República y como una Democracia, por lo que su salvaguarda es primordial para la judicatura (...)

(Subrayado es del original) ¹⁰⁶.

A pesar de lo expresado por el voto de mayoría del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal

¹⁰⁶ Sentencia N°162-2016 de las quince horas diez minutos del quince de febrero de dos mil dieciséis del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (San Ramón). En su voto salvado, el juez José Alberto Rojas Chacón señala lo siguiente: “(...) Este juzgador coincide con el voto de mayoría en cuanto a que, precisamente por involucrar la vulneración de derechos fundamentales, la intervención de las comunicaciones privadas debe ordenarse de forma excepcional, en los casos previstos de manera expresa en la legislación y en estricto apego a los requerimientos establecidos por la normativa especial, para que el juez penal pueda autorizarla y realizarla. También coincide el suscrito con el criterio de que no corresponde ni a la policía ni al Ministerio Público decidir la jurisdicción donde debe ordenarse una intervención telefónica, pues las competencias están determinadas por ley. En el punto en el cual discrepo con el voto de mayoría, es en cuanto a que el Juzgado Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela careciera de competencia, en el caso concreto, para autorizar la intervención de las citadas líneas telefónicas, por cuanto estima este juzgador que según el contenido de los informes de la Policía de Control de Drogas No. DI-244-12 y No. DI-260-12 (mismos sustentan la solicitud formulada por la Fiscalía General de la República), al comienzo de la presente investigación sí existía fundamento para sospechar que las actividades que se atribuían al sujeto identificado como “XXX”, vinculadas al tráfico internacional de drogas, también se estaban desarrollando entre las localidades de San Ramón y Palmares (...) En todo caso, aún si hipotéticamente aceptásemos que el Juez Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela carecía de competencia territorial para autorizar la intervención, pues ésta debía ser otorgada por el Juzgado Penal de Grecia o de las jurisdicciones de Puntarenas o Guanacaste, no debe perderse de vista que de acuerdo con lo previsto por el párrafo segundo del artículo 48 del Código Procesal Penal, la inobservancia de las reglas sobre competencia sólo producirá la ineficacia de los actos cumplidos después de que haya sido declarada la incompetencia, lo cual no ha ocurrido en la presente causa. Por todo lo expuesto, concluye el suscrito que el Juez Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela estaba legitimado para ordenar la intervención de los citados números telefónicos utilizados por “XXX”, como también que la resolución dictada por este último se encontraba debidamente fundada y ajustada a Derecho (...)”

de San Ramón, por recurso de Casación planteado por el representante del Ministerio Público, contra el fallo antes transcrito, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con redacción del Magistrado Carlos Chinchilla Sandí, resolvió que en dicho asunto no existió ninguna escogencia a dedo de la jueza, por parte de la policía y la Fiscalía, y por ende no existe ninguna violación al principio de juez natural ni al debido proceso, al respecto:

“(...) Para dilucidar correctamente los cuestionamientos sometidos a conocimiento de esta Sala, se impone definir si en este asunto, la resolución de un acto de investigación específico por parte del Juzgado Penal de San Ramón – a saber, la orden de intervención de los servicios telefónicos (...)– implica el quebranto del principio de Juez Natural. El asunto es trascendental, pues mientras el Ministerio Público plantea el tema como una discusión que debe decidirse a partir de las reglas de la competencia, previstas en los numerales 47 y 48 del Código Procesal Penal, el ad quem sostuvo que lo que se encuentra en discusión aquí, es el mencionado principio fundamental (...) Por un lado, es erróneo afirmar que la sospecha razonable de la comisión de un delito, dependa de su ubicación geográfica. Por otro, aunque el Tribunal anticipa la existencia de un vicio de motivación en la orden inicial de intervención de las comunicaciones, tal afirmación no encuentra desarrollo en el fallo de alzada. Sobre el primer aspecto cabe indicar que, o existen indicios sobre la participación de un sujeto en un delito, o no los hay. Pero no puede aseverarse que la prueba indiciaria es válida para una localidad, y no para otra. En realidad, del examen detallado de lo resuelto, se extrae que los esfuerzos de la mayoría del Tribunal de Apelación de Sentencia, se dirigen a

señalar que existió contubernio entre la Policía Judicial, el Ministerio Público y la Jueza Penal de San Ramón, para que el asunto fuera conocido en dicha localidad. (...) Sin embargo, es lo cierto que la Jueza Penal de San Ramón valoró distintos elementos indiciarios a efecto de establecer la procedencia de una orden de intervención telefónica (...) De manera tal que, a la luz de las circunstancias particulares sometidas a conocimiento de la juzgadora, y de los elementos objetivos que respaldaban lo indicado en los informes confidenciales, no es cierto que no existiese mérito para el dictado de la orden de intervención telefónica (...) El análisis conjunto de los indicios recién mencionados, los cuales valoró la Jueza Penal de San Ramón, pasa la prueba del requerimiento de probabilidad sobre la comisión de la actividad delictiva de tráfico ilegal de estupefacientes, que es lo requerido en el artículo 9 de la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones. No debe dejarse de lado que la actividad delictiva que se estaba investigando, suponía un alto grado de organización, e intervinientes en todo el país, existiendo indicios (informes confidenciales ciertamente, pero que no pueden valorarse en forma aislada), de que parte de la actividad se efectuaba también en San Ramón y Palmares (...) Lo que se exige en el voto de mayoría es que además de dicha ponderación, la Jueza de Garantías de San Ramón acredite (más allá de la mera posibilidad), que la mayor parte de la actividad delictiva se estaba efectuando en el territorio de su competencia, y no en otra localidad. Para los integrantes de esta Cámara, esta exigencia específica que realiza el ad quem, va más allá de las comprobaciones impuestas legalmente para la valoración de la procedencia de

la intervención de las comunicaciones. Resulta infundado y excesivo, sostener que al no haberse comprobado con suficiencia uno de los elementos que sirven de base a la solicitud de intervención telefónica (que se celebraban reuniones en San Ramón y había información que apuntaba a la existencia de un taller en esa localidad), ello era indicativo de un actuar anómalo por parte de la Juzgadora y la Policía, a fin de tramitar el requerimiento en dicho sitio y no en otras competencias territoriales(...) Así las cosas, el principal argumento para sustentar la tesis de que en este asunto la tramitación de un requerimiento de prueba en San Ramón, trasciende la aplicación de las reglas de la competencia territorial, para ubicarse como una transgresión al principio de Juez Natural, pierde sentido. No logra comprobarse que la resolución del Juzgado Penal de San Ramón sea infundada, o que no se ajuste a los parámetros de legalidad en cuanto a la pertinencia y proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental. Al señalar que el fallo es nulo, porque no existían indicios claros de que la actividad delictiva se estuviese desarrollando en Palmares o San Ramón, el ad quem incurre en errónea aplicación de la ley procesal (...) Lo que se cuestiona en el fallo recurrido, es si existían indicios de que la actividad ilícita se estaba llevando a cabo en San Ramón, o en otras localidades, pues de lo contrario, se presume una elección a dedo de la Juzgadora. En definitiva, una aseveración de tal trascendencia, como lo es que en este caso la policía mintió respecto a la existencia de información confidencial que ubicaba a San Ramón como el centro de operaciones de la organización criminal, se justifica en el hecho de que finalmente, no se pudo encontrar un taller o centro de reuniones en dicha localidad, y no existió prueba

suficiente para vincular como imputado a XXX. De manera que lo que terminó sin poder comprobarse, es la ubicación de un predio para alterar vehículos para el transporte de droga, en las localidades de Palmares o San Ramón, lo que resulta distinto a la inexistencia de indicios que permitiesen presumir de manera razonable, la realización de una actividad ilícita, concretamente, el trasiego de drogas. Por todo lo dicho, es posible excluir que el tema objeto de discusión en este asunto, trascienda al ámbito de la vulneración del principio de Juez Natural”¹⁰⁷.

No obstante el criterio plasmado por la Sala de Casación Penal, a pesar de que la criminalidad organizada trasciende ubicaciones geográficas, pues se desarrolla a lo largo y ancho del país, así como fuera de nuestras fronteras, y que un requisito indispensable para la procedencia de una intervención telefónica es la existencia de un indicio sobre la comisión de un ilícito penal, lo cierto del caso es que de ninguna manera se pueden obviar las reglas de la competencia que establece la legislación procesal penal, la cual debe ser analizada de manera inicial por parte del juzgador, pues en caso de carecer de competencia, deberá declararla de inmediato y remitirla al juzgado que considere competente territorialmente. Hacer caso omiso a dicha circunstancia, evidentemente violenta el principio de Juez Natural, y consecuentemente el debido proceso. Además de que pone en entredicho la actuación del personal jurisdiccional en materia penal y su función de ser contralor y garante de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, lo que a la postre podría generar la nulidad de la actuación realizada.

Así las cosas, recibida la solicitud de

¹⁰⁷ Sentencia N° 835-2016 de las nueve horas veintiuno minutos del doce de agosto de dos mil dieciséis, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

intervención telefónica por parte del Juez o Jueza Penal de la etapa preparatoria, y después de revisar si los hechos se desarrollan dentro de su ámbito de competencia, esta persona deberá revisar que se cumpla con los requisitos de la normativa que regula intervención de las telecomunicaciones, propiamente que se encuentre ante alguna de las figuras delictivas establecida en los artículos 9 de la Ley N°7425 y 16 de la Ley N°8754; la existencia de indicio de la comisión de un delito¹⁰⁸; y la proporcionalidad¹⁰⁹ de la medida, considerando los subprincipios que lo integran: proporcionalidad en sentido estricto, idoneidad y necesidad. En caso de acoger la solicitud de intervención telefónica, el dictado deberá mantenerse en secreto, conservándose todas las actuaciones generadas de dicha diligencia en un legajo aparte. Esto será así hasta que haya cesado la intervención y se hayan anexado los resultados

¹⁰⁸ El Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en la Sentencia N° 806-2016 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, ha señalado sobre el indicio de delito en la orden de intervención de las telecomunicaciones: “II. (...) *Es claro que, para fundamentar una orden de intervención telefónica no se requiere de la comprobación de un hecho delictivo y de sus partícipes, de lo contrario no tendría razón de ser tal menester, bastando con la sospecha fundada, sin que tampoco se trate de conjeturas fincadas en la intuición policial, sino de una sospecha razonable que encuentre asidero en datos externos suficientes de la realidad. En el caso, existía una base fáctica e investigativa razonable para justificar la intervención acordada y en ese sentido se prohija lo resuelto por el a quo, que efectúa una fundamentación amplia y minuciosa de las circunstancias que dieron sustento a la primer orden de intervención telefónica y a las siguientes (...)*”

¹⁰⁹ Aguado Correa, Teresa. (2013) *El principio constitucional de proporcionalidad*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. p 77. Comenta la autora que: “(...) *La importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito procesal penal se debe a la confrontación individuo-Estado que tiene lugar en el seno del proceso penal y la consiguiente lesión de derechos fundamentales (...)* Tales restricciones no se justifican si no es en orden a la consecución de los fines que persigue el ejercicio del “*ius puniendi*” del Estado (...)

obtenidos. Se le concederá audiencia a las partes del proceso, por el plazo de tres días, para que expongan lo que consideren pertinente¹¹⁰.

En cuanto al plazo durante el cual se puede ordenar la interceptación de las comunicaciones, el artículo 12 de la Ley N° 7425 indica que la misma “*se autorizará por un lapso máximo de tres meses*”, estableciendo que “*en casos de extrema gravedad o de difícil investigación*”, se podrá autorizar una prórroga por el mismo plazo, entendiéndose, tres meses. No obstante, la parte final del artículo en mención indica que “*excepcionalmente, se podrán ordenar, por igual plazo, hasta dos prórrogas como máximo*”. Ante este panorama, existen dos líneas de interpretación, la primera que señala que la intervención telefónica podrá ordenarse por tres meses, y prorrogarse en dos ocasiones más por plazos iguales, para un total de nueve meses. La segunda tesis, tomando en consideración lo señalado por el artículo 12 *in fine* de la Ley N° 7425, estima que la interceptación de las comunicaciones puede ordenarse por el plazo de tres meses, y su prórroga podrá ser por tres períodos adicionales de tres meses, para un total de un año. Así las cosas, tomando en cuenta los principios que informan nuestro sistema procesal penal, propiamente la interpretación restrictiva regulada en el artículo 2 del Código Procesal Penal, deberá interpretarse que el plazo máximo de la interceptación de las comunicaciones es de nueve meses (un período ordinario de tres meses, y dos prórrogas extraordinarias y excepcionales de tres meses cada una)¹¹¹.

¹¹⁰ Artículo 11 Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos e Intervención de las Comunicaciones.

¹¹¹ Chinchilla Calderón, Rosaura. (2006) *Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones (Anotada, concordada y con jurisprudencia)*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas. p 261. La autora en el comentario del artículo 12 de la Ley N°7425, se decanta por la interpretación restrictiva de dicha norma.

Por otro lado, la Ley contra la Delincuencia Organizada, propiamente en el artículo 15, impone que en los casos declarados como delincuencia organizada¹¹², la intervención telefónica podrá ejecutarse por un período de doce meses y podrá prorrogarse por un período igual, para un total de dos años.

V. Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones

Es importante acotar que la Ley N° 7425 sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones en su numeral 15¹¹³ señalaba que el Poder Judicial nombraría a personal técnico especializado para cumplir con las tareas relacionadas con la interceptación de las comunicaciones, lo que podría pensarse era lo que en la década de los noventa del siglo XX, representaba una especie de centro de intervenciones telefónicas, el mismo nunca entró en funcionamiento, siempre justificados por razones presupuestarias. Debido a ello, durante todo este tiempo, ha sido el personal

¹¹² Artículo 1 Ley contra la Delincuencia Organizada: “Entiéndese por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (...)”.

¹¹³ Artículo 15.- *Nombramiento y capacitación del personal a cargo de la intervención. El Poder Judicial, por medio de los órganos correspondientes, nombrará al personal técnico especializado para cumplir con las tareas que se ordenan en esta Ley. Este personal deberá ser de comprobada integridad y ser capacitado en sus labores específicas y en los derechos civiles, que puedan ser perturbados por la intervención.*

El nombramiento de ese personal deberá ser ratificado por la Corte Plena, la cual establecerá y desarrollará sus sistemas y formas de operación. La Corte Plena establecerá, asimismo, los mecanismos de supervisión interna y externa. La supervisión interna estará a cargo del Jefe del Ministerio Público y del Director del Organismo de Investigación Judicial; la externa será responsabilidad de una comisión especial, integrada por tres magistrados, nombrada por la Corte Plena.

jurisdiccional penal competente territorialmente, quien ha ejecutado directamente la escucha de la intervención de las comunicaciones, combinando esta labor con las múltiples funciones que tiene asignado el Juez o Jueza Penal.

Posteriormente, en el año 2009, cuando se promulga la Ley N° 8754 contra la Delincuencia Organizada, se establece en el artículo 14¹¹⁴ la creación del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC), quien “realizará la *intervención de las comunicaciones ordenadas por los jueces penales de todo el país*”, estableciéndose que laborará con el personal necesario para su funcionamiento las veinticuatro horas al día, los trescientos sesenta y cinco días del año.

Luego, el pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la sesión número 44-2012 del 17 de diciembre de 2012, artículo XXIII, aprobó el Reglamento de Actuaciones para el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones, el cual vino a definir la estructura y la forma en que debía operar el Centro de Intervenciones, así como su relación con los juzgados penales y demás partes procesales.

En cuanto a la relación con los juzgado penales del país, debe acotarse que la misma se desarrolla mediante la figura de la comisión, ya

¹¹⁴ Artículo 14.- *Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones. El Poder Judicial tendrá a su cargo el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC), con el personal necesario para operar veinticuatro horas al día, todos los días. Esta dependencia realizará la intervención de comunicaciones ordenadas por los jueces penales de todo el país, cuando para ello sea posible utilizar la tecnología de que se dispone.*

Cada año, quien ejerza la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, en sesión privada, informará a los ministros de la Presidencia, de Justicia, de Seguridad Pública y Gobernación, al Ministerio Público y al OIJ, acerca de la eficiencia, la eficacia y los resultados del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones, así como de las mejoras que deban hacerse para su actualización.

sea para ejecutar la escucha, la cual es realizada por los jueces contralores que integran el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones o bien sólo para proceder con la interceptación de los canales de comunicación y la remisión de los datos obtenidos a los jueces competentes, quienes se encargan directamente de realizar la escucha en sus respectivos Despachos. Recientemente, el Consejo Superior del Poder Judicial en la sesión número 69-2019, celebrada el seis de agosto de dos mil diecinueve, en el artículo LVII señaló la obligatoriedad del uso del formulario de “*Solicitud de Interceptación de las Comunicaciones hacia el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones*”, y que corresponde al mecanismo a través del cual se comisiona al Centro de Intervenciones para ejecutar alguna de las acciones antes expresadas. Esta circunstancia fue comunicada a todo el personal jurisdiccional penal del país, mediante la Circular N° 140-2019 de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia.

Un aspecto innovador que integra el Reglamento de Actuaciones del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones corresponde a la obligación que le es impuesta a quien ejerce el cargo de Director del Centro, en conservar por el plazo de diez años, el respaldo de todas las intervenciones telefónicas que se han desarrollado. Esto genera alguna tranquilidad en las partes procesales de que, ante cualquier eventualidad, la información generada por la interceptación de las comunicaciones se mantendrá almacenada de forma íntegra por el plazo señalado anteriormente.

Adicionalmente, dentro del Reglamento de Actuaciones, se incorpora la definición del “*personal de apoyo*”, a quienes les corresponderá “*transcribir comunicaciones y colaborar en las demás actividades que el juez director del Centro determine.*”¹¹⁵ Este aspecto, fue el que como

¹¹⁵ Reglamento de Actuaciones del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones, apartado de

se indicará más adelante, dio pie a la consulta de constitucionalidad que desarrollara en su momento el Director del Centro de Intervenciones, y que generó la resolución 12771-2016, la cual se analizará en el siguiente apartado.

No debe perderse de vista, que la entrada en escena del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones ha constituido un cambio de paradigma en la forma en que se ejecutan las intervenciones telefónicas. Lo anterior por cuanto viene a centralizarse la ejecución de este mecanismo de investigación en un solo lugar, con personal especializado, y dispuesto a suministrar la información generada por la interceptación de las comunicaciones en tiempo real, durante las veinticuatro horas todos los días. Además de que todo lo generado por la intervención telefónica es conservado por un plazo de diez años, contado a partir del momento en que finaliza la medida restrictiva del derecho a la intimidad.

VI. Sobre las escuchas de las intervenciones telefónicas

Tal y como lo asevera el Dr. Rafael Gullock Vargas, Costa Rica es el único país en el mundo en donde el juez debe realizar la escucha de la intervención telefónica de manera personal. En países como Colombia, Panamá, Alemania, Estados Unidos y España, la escucha la realizan directamente los oficiales de investigación¹¹⁶.

El fundamento de la indelegabilidad de la escucha telefónica se encuentra en el párrafo cuarto del artículo 24 de la Constitución Política y el párrafo segundo del artículo 10 de

definiciones, propiamente Personal de Apoyo.

¹¹⁶ Gullock Vargas, Rafael. (2008) *Las intervenciones telefónicas (Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Español, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*. Heredia, Costa Rica: Escuela Judicial. p. 49.

la Ley N°7425, así como en la interpretación jurisprudencial a nivel constitucional que se le ha dado a lo largo de los años.

De este modo en el Voto N°3195-1995 de las quince horas doce minutos del veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco, redactado por el Magistrado Luis Paulino Mora Mora, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia interpretó la frase del artículo 10 de la Ley N°7425 “(...) El Juez realizará personalmente la diligencia, salvo en casos de excepción en los cuales, según criterio podrá delegarla en miembros del Organismo de Investigación Judicial o del Ministerio Público (...)”, de la siguiente manera:

“Con ello se quiere que el juez que autoriza intervenir las comunicaciones mantenga un estricto control sobre todas las diligencias, sin abandonarlas al criterio y arbitrio de la autoridad policial, como ocurría bajo el amparo del antiguo numeral 221 del Código de Procedimientos Penales, declarado inconstitucional por esta Sala. Ni el artículo 9 ni el 10 que se cuestionan establecen una delegación de las facultades del juez, contraria a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución. Únicamente los Tribunales de Justicia pueden ordenar, en resolución fundada y en los casos expresamente previstos por ley, la intervención de cualquier tipo de comunicaciones privadas. Para admitir la injerencia de las autoridades en tales comunicaciones, debe existir un control constante y efectivo sobre la medida ordenada, control que debe ser ejercido, necesariamente, por la Autoridad judicial, de manera tal que queda garantizado su monopolio en lo que a la limitación de Derechos y libertades fundamentales se refiere. De hecho, el artículo 16 de la ley establece expresamente: “El Juez que

ordene la intervención será el responsable directo de todas las actuaciones realizadas en aplicación de las medidas, sin que pueda haber delegación alguna en este sentido. El personal técnico encargado de ejecutar la medida quedará subordinado a la autoridad judicial correspondiente, mientras dure su aplicación.” Tanto el Ministerio Público, como el Organismo de Investigación Judicial y las demás autoridades de policía fungen, en esta materia, como auxiliares de la autoridad judicial y actúan bajo su estricta supervisión. En otras palabras, el juez no delega, en virtud de lo establecido en los artículos 9 y 10 cuestionados, la atribución constitucional de intervenir las comunicaciones privadas, en los supuestos regulados por ley. Es el Juez quien ordena la medida y regula su ejecución. Esto no impide que pueda recurrir al Ministerio Público o a las autoridades de policía, a fin de que ellos ejecuten los actos materiales de intervención y registro de las comunicaciones. Desde la perspectiva constitucional, la autoridad jurisdiccional es la única autorizada para imponerse del contenido de las comunicaciones intervenidas y para discriminar, en primer término, cuál información puede ser puesta en conocimiento de las autoridades a efectos de la investigación y del posterior enjuiciamiento penal. La intervención lo es únicamente a favor de los jueces y nunca de los órganos policiales o de investigación, ni siquiera del Ministerio Público. Esto porque corresponde al juez garantizar el marco de confidencialidad con que el constituyente ha querido proteger las comunicaciones de las personas. El Juez será siempre uno -el natural- sólo sustituible en casos excepcionales de urgencia. El avance de la tecnología permite llevar a la práctica la solución, sin mayores problemas, pues existen medios de grabación que no permiten

imponerse del contenido de lo grabado, sin que lo autorice quien tiene la facultad de hacerlo. En consecuencia, si se interpreta que la “delegación” a que hacen referencia los artículos 9 y 10 cuestionados, se refiere a la ejecución material de la intervención y no a la responsabilidad sobre la misma, ni a la imposición del contenido de las comunicaciones, tales normas no resultan inconstitucionales. V.- (...) De lo dicho en el considerando anterior, resulta que la “delegabilidad” regulada en el artículo 10 de la Ley de intervenciones, no incluye la facultad de imponerse del contenido de la comunicación intervenida. Desde esta perspectiva, que el Ministerio Público actúe como auxiliar del juez en la ejecución de los actos materiales de intervención de las comunicaciones, no lo coloca en una situación de privilegio, contraria al principio de igualdad, con respecto a las demás partes que integren el proceso. Por el contrario, investigar los hechos a fin de individualizar a el o los presuntos implicados, es parte fundamental de sus atribuciones legales (...)

Lo expresado por la Sala en esta sentencia refiere a la delegación del juez únicamente de los actos materiales de ejecución de la intervención y no la responsabilidad sobre la escucha de las comunicaciones intervenidas.

Meses después, la Sala Constitucional varía su interpretación en cuanto a la forma en que se ejecuta la escucha por parte del Juez Penal, y en el Voto N° 4454-1995 de las once horas doce minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y cinco, manteniéndose como ponente el Magistrado Luis Paulino Mora Mora, indicó lo siguiente:

“En el evento en que sea necesario practicar las intervenciones y escuchas en forma ágil

e inmediata el contenido de las mismas, es dable que el juez lo haga excepcionalmente en presencia de los oficiales y del Ministerio Público, apercibidos debidamente del deber de guardar confidencialidad absoluta, según lo contemplado expresamente en los numerales 16, 22, 24 y 25 de la Ley de la materia, siendo en todo caso el juez el único legitimado para determinar en esta fase – y aún luego, una vez instaurado el proceso – cuáles resulta ser los aspectos relevantes del contenido de las conversaciones a los efectos de la investigación, así como cuáles datos resultan utilizable o no, investigables o no”.

Autorizándose, en esta última sentencia, que el juez pueda auxiliarse de policías o fiscales para realizar las escuchas, mismas que deben efectuarse hombro a hombro, toda vez que sobre el órgano jurisdiccional recae toda la responsabilidad de salvaguardar la información obtenida, ello a raíz de que se trata de una injerencia estatal delegada exclusivamente en el juez.

Sin embargo, veintiún años después y ante una consulta judicial facultativa que realizó el Director del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC), se generó un cambio en la interpretación jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, circunstancia que se evidenció en la resolución 2016-12771 de las nueve horas del siete de setiembre de dos mil dieciséis, redactada por el Magistrado Luis Fernando Salazar Alvarado, afirmando la Sala que:

“(...) Es claro que el contexto social y jurídico que existía en el momento que esta Sala interpretó, tanto el artículo 24, Constitucional, como el 10, de la Ley N° 7425, han variado sustancialmente. El crimen organizado en la sociedad de hoy, es, no solo cuantitativa sino cualitativamente,

diferente al que existía en 1995. Los avances tecnológicos, la aparición del sicariato, las condiciones de pobreza, entre otros factores, han favorecido la transformación del crimen organizado en nuestro país y lo ha llevado a condiciones de violencia que eran impensables en la década de los noventa del siglo pasado. Por otra parte, en el ámbito legislativo, operó una gran reforma procesal penal, en la cual se abandonó el sistema mixto, predominantemente inquisitivo, por uno acusatorio. La figura del juez, dentro del proceso, dio un giro de ciento ochenta grados, pues pasó de ser el instructor de la causa, a ser un juez de garantías. Ahora, la investigación está en manos del Ministerio Público, y la labor del juez es de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las partes, principalmente del imputado. Estas circunstancias, aunadas al hecho de que no solo es materialmente imposible para los jueces practicar directamente todas y cada una de las intervenciones que se acuerden en las diferentes causas penales, sino que, además, para entender a cabalidad las conversaciones cifradas de la delincuencia organizada se requiere de una serie de conocimientos que no son propios del juez penal, justifican replantearse la cuestión (...) En criterio de este Tribunal, los derechos tutelados en el artículo 24, de la Constitución Política, están debidamente resguardados siempre que sea un juez de la República quien, por resolución debidamente motivada, y bajo su control, supervisión y vigilancia, ordene la intervención de ciertas comunicaciones orales o escritas, con determinación del tiempo que debe durar esa intervención, de las personas intervenidas, de los canales de comunicación interceptados y, además, que sea él quien filtre la información que se va a incorporar al proceso, sin que

sea indispensable su presencia física en el propio acto de escucha, pudiéndolo delegar en funcionarios debidamente identificados y calificados para realizarlo. Se debe entender, entonces, que lo que es indelegable, en los términos de la parte final, del párrafo 4º, del citado artículo constitucional, es la responsabilidad del juez por la aplicación y control de la intervención, pero no la escucha de las comunicaciones intervenidas. Lo que no es constitucionalmente posible, es que la diligencia de intervención de comunicaciones no esté bajo el control, vigilancia y responsabilidad del juez competente, ni que no haya sido ordenada por resolución debidamente motivada. Pero tanto los actos materiales de ejecución de la intervención, como la escucha de la intervención propiamente dicha, pueden ser delegadas en personal distinto al juzgador, debidamente instruido al efecto, según lo disponen tanto la Ley N° 7425, como el Reglamento de Actuaciones para el Centro Judicial de Interceptación de Comunicaciones, aprobado por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia en la Sesión N° 44-12 de 17 de diciembre de 2012 (artículos XXIII y XXIV)(...) De una interpretación, no solo acorde con las nuevas exigencias de la realidad social y con la nueva concepción del juez en el proceso penal, sino también con el texto mismo del precepto constitucional contenido en el citado artículo 24, es dable afirmar que la responsabilidad, control y vigilancia del juez respecto de las intervenciones lo es sobre la orden, sobre el tiempo de la intervención, sobre el producto, la prueba o el contenido que genera esta intervención y que, posteriormente, se va a incorporar al proceso, lo que no implica la escucha directa por parte del juez de la intervención, la cual bien puede ser realizada por

funcionarios designados al efecto (...) Por otra parte, el hecho de que sea el juez quien directamente practique la escucha, no representa ninguna garantía adicional, ni su delegación en otro funcionario, siempre bajo el control y supervisión del juzgador, implica menoscabo o mayor limitación a derecho fundamental alguno, conforme lo dicho. La restricción al derecho fundamental a la intimidación proviene de la orden judicial de intervención de una comunicación oral, no de su práctica en cabeza del juez o de un funcionario debidamente encomendado por este. En tanto sea el juez el que esté a cargo de la diligencia y esta esté bajo su control, vigilancia, fiscalización y supervisión, no hay diferencia alguna, desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, en que sea el propio juez el que la practique personalmente o que la delegue en otro. Debe tenerse en cuenta que siempre será el juez el que controlará la escucha, vigilará la forma en que se lleva a cabo y se impondrá, finalmente, de su contenido. Además, decidirá qué partes de la escucha se filtrarán hacia el proceso (...)”¹¹⁷.

¹¹⁷ Existen los votos salvados de las Magistrados Castillo Víquez y Hernández Gutiérrez, quienes argumentan que vía jurisprudencial no se puede dar contenido a la interpretación de la indelegabilidad del acto de escucha de la intervención telefónica. Apuntando el primero de ellos que para ello debe realizarse una reforma al artículo 24 de la Constitución Política, y el segundo se decanta por una reforma a la Ley N° 7425. Señaló el Magistrado Castillo Víquez: “(...) No tengo la menor duda de que hay una imperiosa necesidad social de ajustar la Carta Fundamental a los tiempos actuales, ni tampoco tengo duda que, dada la situación que vive el país, sobrarán votos en la Asamblea Legislativa para realizar la reforma parcial a la Carta Fundamental en un tiempo breve –cuando hay consenso político en el Parlamento el tiempo para hacer una reforma constitucional puede ser de siete meses (se presenta en noviembre, se convoca a sesiones extraordinarias en diciembre, se aprueba en esas extraordinaria y se aprueba en segunda legislatura en mayo) (...) Se me contra-argumenta que la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e

Intervenciones de las Comunicaciones, Ley n.º 7425 del 1º de agosto de 1994, permite que funcionarios distintos del juez realicen la intervención. Este argumento es insostenible por múltiples razones. En primer lugar, si así fuese, que creo que no es, la norma legal, lógicamente, sería inconstitucional, por vulnerar el numeral 24 constitucional. En segundo término, lo que la ley dice es algo muy distinto, ya que establece QUE EL JUEZ REALIZARÁ PERSONALMENTE LA DILIGENCIA, SALVO CASO DE EXCEPCIÓN, es decir, cuando hay una justificación objetiva y razonable. A partir del dictado de esta sentencia, la EXCEPCIÓN SE CONVERTIRÁ EN LA REGLA, lo cual es muy grave: se vulneran los artículos 24 y 195 constitucionales y el numeral 10 de la Ley n.º 75... Por otra parte, el argumento de que el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley contempla la delegación en el personal auxiliar de la escucha, no tiene asidero jurídico ni lógico, se mire por donde se mire. La razón es sencilla y elemental, el personal técnico se refiere a eso: a los TÉCNICOS, A LOS EXPERTOS en telecomunicaciones e informática, pues de esa materia el Juez no sabe absolutamente nada. Así las cosas, el Juez debe de auxiliarse de técnicos para que ejecuten su resolución; no la escucha, tarea o función que él si puede realizar (...) A partir de ahora el texto constitucional no debe leerse de la siguiente manera: “SU APLICACIÓN Y CONTROL SERÁN RESPONSABILIDAD INDELEGABLE DE LA AUTORIDAD JUDICIAL”, sino de esta forma: “SU CONTROL SERÁN RESPONSABILIDAD INDELEGABLE DE LA AUTORIDAD JUDICIAL”, porque el énfasis del voto de mayoría, así como la nota que suscriben varios colegas, es que basta que el Juez tenga el control de la intervención, para que se respete el texto constitucional. Empero, olvidan que la norma constitucional también utiliza el verbo aplicar –aplicación-. Obviamente, esta aplicación no se refiere a realizar todas las acciones técnicas para realizar la intervención, ello corresponde al personal técnico, tal y como acertadamente lo determina la ley. Si no es así, entonces a qué acciones se refiere ese verbo. Revisando el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésima edición, encontramos distintas acepciones para el verbo aplicar. En su sexta acepción expresa: “Hablando de profesionales, ejercicios, etc. dedicar o destinar a ellos a una persona”, lo que significa, en buen castellano, destinar al Juez a que escuche, a que se imponga del contenido de la comunicación; y que esa función es indelegable. Volvamos a Cabanellas: “cuando la ley está concebida claramente hay que estar a su letra, y no desnaturalizarla, pretextando penetrar a su espíritu” (...) El resultado final de todo esto es que, en un solo día, a los habitantes de la República se les reduce sensiblemente el grado de protección de un derecho fundamental, sin que ese asunto haya tenido la más mínima publicidad y

discusión ante la opinión pública. En este contexto, el voto salvado del magistrado Hernández Gutiérrez, al igual que mi postura, aventaja en mucho la propuesta de la sentencia, toda vez que, en el caso del primero, se debe de presentar el respectivo proyecto de ley y, en mi caso, la respectiva reforma parcial a la Carta Fundamental, lo que de seguro, en uno y otro caso, permitía a la ciudadanía informarse y discutir el asunto ampliamente, máxime que se está reduciendo el grado de protección de un derecho fundamental. Como puede observarse, este agravio no es cosa pequeña en un Estado social y democrático de Derecho(...)" (subrayado y negrita es del original) Por su parte aduce el Magistrado Hernández Gutiérrez: "(...) Que el derecho fundamental a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones, está constitucionalmente garantizado. Sin embargo, la misma CP establece que por "Ley" y sólo por ella, aprobada por una mayoría calificada de los Diputados (as) que forman la Asamblea Legislativa, es posible establecer en qué casos, para qué fines y bajo qué condiciones, los Tribunales de Justicia, podrán invadir esos espacios vitales de las personas. El artículo 24, párrafo 3°, señala: "Igualmente, la ley determinará en cuáles casos los Tribunales de Justicia podrán ordenar que intervengan cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, [la ley] señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción." (El subrayado no está en el original). Emerge la Ley como garantía de los derechos constitucionalmente consagrados, que da lugar a lo que en el Derecho Administrativo y en la jurisprudencia de esta Sala se denomina "reserva de ley", configuradora de una de las clásicas limitaciones al ejercicio de la potestad reglamentaria, cuyo origen está en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículo 4 (...) Que la potestad de legislar se residencia exclusivamente en la Asamblea Legislativa, por delegación del soberano (artículo 105 CP). El Estado constitucional encomienda a esta la ordenación de aquellas materias que afectan a los derechos fundamentales, en especial, la libertad. En nuestro sistema jurídico, esta atribución de ejercicio de competencia, es irrenunciable, indelegable (artículo 9 CP), lo que excluye cualquier participación o deseo de colaboración de la Administración con reglamentos autónomos [de organización administrativa] o independientes [sin necesidad de ley previa habilitante] (artículo 19 de la Ley General de Administración Pública – LGAP). Dicho en otro giro: en el ámbito material reservado a la ley, no cabe constitucionalmente una remisión de la ley al reglamento, debiendo contener su propia regulación sustantiva (...) Que la ley, sólo por vía de excepción, permite

Sin embargo, el voto de mayoría transcrito anteriormente, ha generado una serie de interpretaciones dada la ambigüedad en su redacción y la forma en que incorpora la posibilidad de que personas distintas al juzgador en materia penal, realicen la labor de escucha. Existe una línea que estima que ante este panorama, y tomando en cuenta los artículos 13, 14 y 107 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, siendo este último el cual dispone que la opinión consultiva "*tendrá los mismos efectos y se publicará de igual manera que la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad*", y que, por consiguiente, tiene efectos *erga omnes*, se tiene que, con base en la nueva interpretación jurisprudencial de la Sala Constitucional, el Juez o Jueza Penal de la etapa preparatoria puede delegar en la policía o en el Fiscal a cargo de la investigación la escucha de la intervención telefónica.

La otra línea interpretativa de la resolución 12771-2019 de la Sala Constitucional, estima que la posibilidad de que otras personas realicen la escucha de las intervenciones telefónicas, siempre bajo la vigilancia, supervisión, fiscalización y dirección del personal jurisdiccional penal, corresponde única y exclusivamente al "*personal de apoyo*" que define el Reglamento de Actuaciones del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones. Pues es precisamente este cuerpo normativo cuya constitucionalidad fue consultada por parte del entonces Director del

que el Juez no realice personalmente la intervención de las comunicaciones orales o escritas, lo cual esta Sala, por sentencia # 3195 de 20 de junio de 1995 consideró que no es inconstitucional si se interpreta que el juez puede delegar únicamente la realización de los actos materiales de ejecución de la intervención, y no la responsabilidad sobre la misma ni la escucha de las comunicaciones no intervenidas y que es la única interpretación que no quebranta, a mi juicio y con reservas, lo dispuesto en el artículo 24 CP. Me atengo a ese precedente, sin ir tan lejos como el Magistrado Castillo en cuanto a su consideración absolutamente respetable de lo que es indelegable, en sí, en cuanto a la intervención (...)"

Centro. Estimo que, con base en la doctrina y los fines y alcances de la consulta judicial facultativa, esta es la interpretación respecto al voto que más se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁸.

Justificaciones de carácter populista, como el combate efectivo a la delincuencia organizada, no son suficientes para que, en un Estado social y democrático de Derecho como el que nos rige, se reduzca de manera significativa el nivel de protección de un derecho fundamental, como el que nos ocupa en este caso, a saber: la intimidad y el secreto de las comunicaciones, y se procure interpretar la resolución señalada de la Sala Constitucional, como una autorización expresa

¹¹⁸ Jinesta Lobo, Ernesto. (2014) *Derecho Procesal Constitucional*. San José, Costa Rica: Editorial Guayacán. p. 454. En relación con los fines y alcances de la consulta judicial facultativa, que en el caso que nos ocupa dio origen a la sentencia que autoriza la delegación de las escuchas telefónicas, el autor señala que “(...) *En tesis de principio, a través de la consulta judicial, que tiene un origen concreto -proceso jurisdiccional en donde debe aplicarse un acto o norma respecto del que se tienen dudas fundadas de constitucionalidad- obedece a intereses públicos y generales de carácter superior, denotando un fin objetivo de garantizar la supremacía constitucional, la regularidad jurídica, la jerarquía normativa, en especial, de la Constitución y, en general, la depuración constitucional del ordenamiento jurídico (defensa objetiva de la Constitución o de la “legalidad constitucional”), habida cuenta del sometimiento del juez ordinario a la Constitución (artículo 154 constitucional) y de su eficacia directa e inmediata. Esto hace que se pueda calificar, prima facie, como una cuestión eminentemente objetiva y abstracta, sin embargo, no debe perderse de perspectiva que, también, tendrá un fin subjetivo, por cuanto, repercute, necesariamente, en las situaciones jurídica sustanciales que aducen las partes del proceso jurisdiccional (...) La Sala Constitucional, de su parte, al evacuar estas consultas, realiza una función eminentemente consultiva, que, obviamente, tiene profundas y drásticas implicaciones al resolverse el caso concreto, dada la equiparación, en cuanto a la eficacia jurídica, (...), entre la opinión consultiva y una sentencia vertida en la acción de inconstitucionalidad, sin que se trata de una cuestión contenciosa. En conclusión, se trata de una función consultiva absolutamente vinculante, tanto para el órgano jurisdiccional que plantea la consulta como para el resto de los operadores jurídicos (...)*”

para que oficiales de investigación y miembros del órgano persecutor puedan ejecutar las escuchas telefónicas, sin que se pueda inferir de dicha resolución el mecanismo a través del cual el personal jurisdiccional penal pueda ejercer una efectiva supervisión y fiscalización de la intervención telefónica, para poder garantizar que los derechos fundamentales de las personas intervenidas, e inclusive de terceros, no se vean violentados. Por esta razón, comparto la posición del Magistrado Castillo Víquez en su voto salvado, en el sentido de que para ello lo que se requiere es una reforma parcial a la Carta Magna para que fuera posible la delegación de las escuchas telefónicas en la policía y la Fiscalía, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 195 de la Constitución Política¹¹⁹.

¹¹⁹ *Artículo 195.- La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones: 1) La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. (Así reformado por el inciso e) del artículo 1 de la ley N° 8281 de 28 de mayo del 2002) 2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión; 3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles. (Así reformado el inciso anterior por el artículo único de la ley N° 6053 de 15 de junio de 1977) 4) Presentado el dictamen se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea; 5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo; 6) El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo; 7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia. 8) De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las*

VII. Conclusiones

- La intervención telefónica es un acto de investigación tendiente a obtener prueba dentro de un proceso penal que vulnera el derecho fundamental a la intimidad.
- Sólo los delitos calificados por el legislador como de “extrema gravedad” son susceptibles de ser investigados a través de esta herramienta.
- Tanto la solicitud de intervención telefónica como la respectiva resolución deben basarse en indicios suficientes que permitan considerar la existencia de la comisión de un delito en grado de probabilidad.
- El Fiscal y el Juez, al considerar la intervención telefónica, deben analizar los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la medida instrumental que se está valorando.
- El plazo ordinario de una intervención telefónica es de tres meses, y se puede prorrogar de manera extraordinaria por seis meses más. Lo anterior, salvo que el proceso haya sido declarado como “criminalidad organizada” en donde el plazo ordinario es de un año, y su prórroga es de un año adicional.
- El Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones vino a generar un cambio en el paradigma de las intervenciones telefónicas, pues, con la entrada en vigencia de dicho órgano jurisdiccional, se concentró la ejecución de este mecanismo de investigación en un solo lugar, con personal

reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.”

especializado y dispuesto a suministrar la información generada por la interceptación de las comunicaciones en tiempo real, durante las veinticuatro horas todos los días. Además de que todo lo generado por la intervención telefónica es conservado por un plazo de diez años, contado a partir del momento en que finaliza la medida restrictiva del derecho a la intimidad.

- Con base en lo establecido en la Resolución 2016-12771 de las 09:00 del 07 de setiembre de 2016, el Juez o Jueza Penal tiene a su cargo la escucha efectiva de la intervención telefónica, y podrá auxiliarse del personal necesario para ello, siempre bajo su vigilancia, supervisión, dirección y fiscalización.
- Considerando que la Resolución 2016-12771 de las 09:00 del 07 de setiembre de 2016 responde a una consulta judicial facultativa efectuada por quien, para ese entonces, ejercía el cargo de Director del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones, la única interpretación que se le podría realizar a dicha resolución, a pesar de la no tan dichosa redacción que tiene el voto de mayoría, que da pie a las múltiples interpretaciones, es que la posibilidad de que otras personas realicen la escucha de las intervenciones telefónicas, siempre bajo la vigilancia, supervisión, fiscalización y dirección del personal jurisdiccional penal, corresponde única y exclusivamente al “*personal de apoyo*” que define el Reglamento de Actuaciones del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones, pues es precisamente este cuerpo normativo cuya constitucionalidad fue consultada.

VIII. Bibliografía

Libros:

Aguado Correa, Teresa. (2013) *El principio constitucional de proporcionalidad*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Carrillo, Marc. (2003) *El derecho a no ser molestado "Información y vida privada"*. Navarra, España: Editorial Thomson Aranzadi.

Chinchilla Calderón, Rosaura. (2006) *Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones (Anotada, concordada y con jurisprudencia)*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas

Gullock Vargas, Rafael. (2008) *Las intervenciones telefónicas (Con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Español, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*. Heredia, Costa Rica: Escuela Judicial

Jinesta Lobo, Ernesto. (2014) *Derecho Procesal Constitucional*. San José, Costa Rica: Editorial Guayacán.

Maeir, Julio B. J. (2011) *Derecho Procesal Penal. Parte General. Actos Procesales (Vol. III)*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Moreno Catena, Víctor. (2004) *Derecho Procesal Penal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Llobet Rodríguez, Javier. (2012) *Proceso Penal Comentado*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

López Fragoso Álvarez, Tomás Vicente. (1991) *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Madrid, España: Ed. Española, Editorial Colex Constitución y Leyes S.A.

Orozco Solano, Víctor. (2017) *Justicia Constitucional y Convencional*. San José, Costa Rica: Investigación Jurídicas S.A.

Villalpando, Waldo. (2014). *Crimen Organizado Transnacional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea SRL.

Leyes:

Constitución Política de Costa Rica.

Código Procesal Penal de Costa Rica.

Código Penal de Costa Rica

Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

Ley contra la Delincuencia Organizada

Ley de Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica

Convenios Internacionales:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Reglamentos:

Reglamento de Actuaciones para el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones.

Jurisprudencia:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

- Sentencia N° 1026-1994 de las diez horas

cincuenta y cuatro minutos del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

- Sentencia N° 3195-1995 de las quince horas doce minutos del veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco.
- Sentencia N° 4454-1995 de las once horas doce minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y cinco.
- Sentencia N° 12771-2016 de las nueve horas del siete de setiembre de dos mil dieciséis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

- Sentencia N° 835-2016 de las nueve horas veintiuno minutos del doce de agosto de dos mil dieciséis.

Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (San Ramón).

- Sentencia N°162-2016 de las quince horas diez minutos del quince de febrero de dos mil dieciséis.

Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.

- Sentencia N° 806-2016 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis

Resumen: El presente trabajo se centra en una de las discusiones actuales del sistema romano-germánico: el derecho de una persona acusada en





CIJUL EN LINEA .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

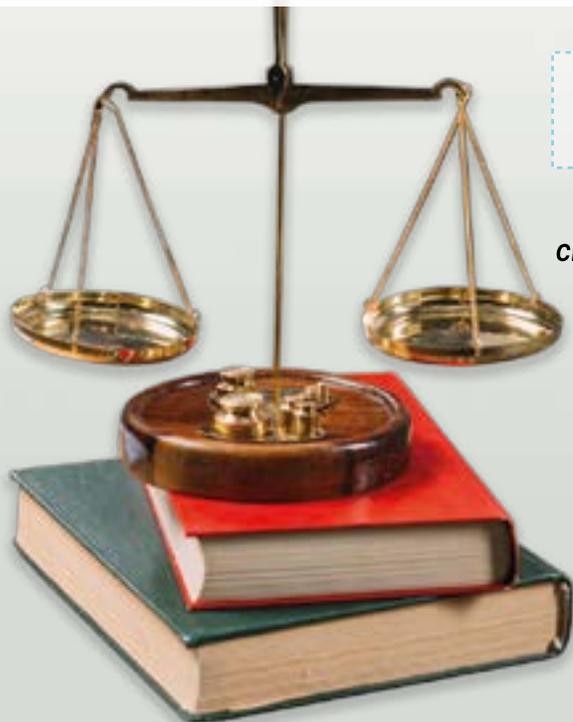
Utilizar el servicio personalizado al usuario que brinda el Centro para facilitar el acceso y uso de las herramientas con las que cuenta, superando la barrera tecnológica con un trato humano

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**



EL JURAMENTO Y SU VALOR EN EL PROCESO JUDICIAL

*Victoria HERNÁNDEZ LEHMANN**

un proceso penal a declarar y la posibilidad de que su declaración sea bajo juramento. Desde una perspectiva histórica que comparará los modelos de tradición jurídica anglosajona y continental-europea, se buscará determinar si aquella posición que lo considera una afectación de derechos fundamentales está debidamente justificada. Ese análisis conducirá, luego, a estudiar el valor epistémico del juramento como herramienta empleada con el fin de garantizar la verdad del relato de quien declara en el marco de un proceso judicial, lo que permitirá visibilizar el impacto que tiene sobre la declaración del acusado su prohibición.

Palabras clave: juramento del acusado, proceso penal, sistemas anglosajón y romano-germánico, ritual, valor epistemológico.

Abstract: The present work focuses on one of the current discussions in the Roman-Germanic system: an accused person's right to make a statement and the possibility of that statement being under oath. From a historical perspective that will compare the Anglo-Saxon

and Continental-European legal tradition, it will sought to determine if the stand that considers it a violation of fundamental rights is duly justified. This analysis will lead, then, to study the oath's epistemic value as a tool used in order to guarantee the truth of statements, research that will show the impact that its prohibition has on the defendant's statement.

Keywords: oath of the accused, criminal proceedings, Anglo-Saxon and Roman-Germanic systems, ritual, epistemological value.

Sumario: 1. Presentación. 2. Análisis histórico del juramento. 2.1. Antecedentes: el juramento decisorio y las ordalías. 2.2. La inquisición: el acusado y su confesión. 2.3. El sistema anglosajón y los orígenes del privilegio contra la autoincriminación. 2.3.1. Estados Unidos: de la incompetencia a la declaración bajo juramento. 2.3.2. Ferguson v. Georgia: el derecho del acusado a declarar bajo juramento. 2.3.3. Rock v. Arkansas: reconocimiento de las bases constitucionales del derecho a declarar. 2.4. Sistemas romano-germánicos: el interrogatorio y la cancelación del

* La autora es abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Máster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona y Génova. Trabaja en la Defensoría General de la Nación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Email: vhernandezlehmann@gmail.com

derecho a guardar silencio. 2.4.1. El escenario en Argentina: una Constitución que mira a Estados Unidos y un procedimiento que prohíbe el juramento del acusado. 3. Análisis del valor epistémico del juramento. 3.1. Marco teórico. 3.2. El juramento como garantía del argumento. 3.3. El juramento como herramienta preventiva de la mentira: el castigo de los dioses. 3.4. El juramento como herramienta preventiva de la mentira: la amenaza penal. 3.5. El juramento y su valor asociado a su procedimiento: el contraexamen. 3.6. El juramento: su valor simbólico y su efecto en las declaraciones que lo excluyen. 4 Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Presentación

El juramento, definido por distintos autores como una suerte de residuo ordálico (NIEVA FENOLL, 2010; JACOB, 2014), es un rito que ha sido empleado en distintas culturas a lo largo de la historia¹²⁰. Puede encontrarse en numerosos espacios de interacción social donde coexistieron diversos tipos de juramento¹²¹, pero siempre bajo la idea de que este generaba una obligación de decir la verdad que no existía previo a su emisión (WHITE, 1903).

Tratándose de un rito presente en nuestras sociedades desde tiempos tan remotos puede que llame la atención su elección como tema

¹²⁰ Pese a no haberse logrado identificar sus orígenes de manera precisa, se lo ha localizado en piezas tan remotas como el Código de Hammurabi (NIEVA FENOLL, 2010) y el libro del Génesis (WHITE, 1903), donde pueden encontrarse pasajes en los que se lo menciona.

¹²¹ Si bien excede al objeto de este trabajo, corresponde hacer mención al hecho de que existieron distintos tipos de juramentos, entre los que se encuentran el decisorio, y el purgatorio. Para conocer los distintos usos que se le han dado al rito se pueden consultar White (1903) y Jacob (2014). Los autores explican que el juramento se brindaba o era requerido en transacciones ordinarias, cuando una persona deseaba una aseveración solemne por parte de otra. Se lo empleaba, por ejemplo, para confirmar un contrato, y como exigencia impuesta a quien fuese a ocupar un puesto de confianza (WHITE, 1903).

de estudio. Sin embargo, como se verá a continuación, es también una herramienta que ha generado debates en relación a su exigencia en el relato de la persona acusada, que al día de hoy continúan vigentes¹²².

Su empleo como garantía de verdad en los últimos doscientos años ha resultado en la formulación de dos modelos opuestos: mientras en la tradición anglosajona derivó en una interpretación que equipara al acusado a la condición de testigo, y le recibe juramento en caso de ejercer su derecho de declarar, en la continental europea se considera una violación de derechos fundamentales.

El trabajo será tratado desde dos planos, uno normativo y otro epistémico. Desde el primero se verá que su historia más reciente se encuentra indefectiblemente relacionada al derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito de declarar en su propia causa, como así también al reconocimiento del privilegio de no declarar contra uno mismo, presentes en ambas culturas jurídicas como respuesta a los abusos de poder. Así, en las siguientes páginas se estudiarán los motivos que llevaron al sistema anglosajón a implementar la toma de juramento previo a la declaración de la persona acusada, y al continental europeo a prohibirlo. Este enfoque permitirá demostrar que no se han detectado objeciones normativas que vedan su disposición como regla jurídica, tal como lo sugiere gran parte de la doctrina en sistemas continentales.

El segundo plano analizará la calidad epistémica reconocida al rito, extremo que se verá a la luz de decisiones que dejan entrever el mayor valor atribuido a las declaraciones tomadas bajo

¹²² Sin perjuicio de que en los últimos apartados del trabajo se hará mención a la posición que propone su implementación en el sistema romano-germánico, esta no es la posición dominante. Aun así corresponde mencionar que existen reclamos en esta dirección (CASTEX, 2018).

juramento, frente al menor valor otorgado a las que se reciben sin este. A partir de ello se buscará determinar que la idea del incremento de la fuerza probatoria del testimonio desde la previsión del rito, no encuentra en las sociedades actuales un respaldo justificado de manera racional.

2. Análisis histórico del juramento

Ignacio Tedesco (2015) inscribe la lógica del juramento en el surgimiento de la palabra en el plano del espacio público. Al vincularlo con la palabra judicial, lo relaciona también con la historia del proceso penal.

«[E]l juramento es un acto de la palabra, a la par que un acto de sacrificio eficaz. Prestar juramento es tomar un riesgo, uno se expone a una amenaza que supuestamente se realizará en caso de falso testimonio. El juramento se vincula a la idea de sanción, más allá de cuál puede ser su consecuencia jurídica. [...] Es una modalidad particular de aserción que garantiza y demuestra, mas no funda nada. El juramento no es más que un refuerzo solemne de las palabras vertidas que se constituye en un rito oral, cuya función no esta tanto en la afirmación de lo que se enuncia, sino en la relación que se instituye entre la palabra enunciada y el poder invocado, esto es, entre la persona que jura y la sacralidad que se presenta» (TEDESCO, 2015, pp.283-284).

Así, como fenómeno dinámico, la *palabra jurídica* es empleada con la intención de destacar la distancia entre el público y los actores judiciales a partir del empleo de un lenguaje caracterizado

por formas gramaticales complejas, muchas veces expresadas en latín y mediante fórmulas que tenían como fin fijarse en la memoria¹²³. Es en este escenario que la palabra judicial «con el objeto de reafirmarse en su expresión, a los fines de convertirse en la solemnidad propia de toda palabra jurídica, necesitó llevar adelante un proceso ritual: el juramento» (TEDESCO, 2015, p.286).

2.1. Antecedentes: el juramento decisorio y las ordalías

Previo a adentrarme en el juramento judicial tal como se lo conoce hoy en día se debe hacer mención a sus orígenes, puntualmente en lo que respecta al juramento decisorio. Este, al igual que su antecedente, la ordalía, consistía en un rito cuyo mecanismo era un intercambio verbal solemne, a partir del cual la palabra jurada debía ser aceptada por el demandante con el mismo fin con que se aceptaba la compensación económica, como un método de resolución de conflictos¹²⁴ (JACOB, 2014).

Ahora bien, entendidos como rito decisorio, ni el juramento ni las ordalías constituyeron un medio de prueba, pese a habérselos definido en

¹²³ Una de las fórmulas que se destacan es la del juramento: «Jura decir/toda la verdad/y nada más que la verdad», donde «[e]l ritmo se encuentra subrayado por la repetición de la palabra 'verdad', lo que permite que aumente la fuerza de su invocación» (TEDESCO, 2015).

¹²⁴ Esta puesta a prueba en términos de ritual, si bien operaba de manera subsidiaria, allí donde ninguna otra prueba permitía determinar los hechos objeto de litigio, constituyó junto con el arreglo sobre una compensación, el modo más común de resolver conflictos durante la alta Edad Media (JACOB, 2014). En este tipo de juramento se exigía a su vez otro tipo de juramento, expresado por personas que se presentaban en nombre de uno de los litigantes, a fin de reforzar el juramento inicial. Estas personas eran llamadas consacramentales o conjurantes, y el juramento que ellos realizaban no versaba sobre los hechos, sino que cumplía la función de otorgar credibilidad a la persona a la que asistían (TEDESCO, 2015).

esos términos como resultado de un acercamiento que ignoró los orígenes históricos de estos rituales y el significado de sus conceptos (NIEVA FENOLL, 2010; JACOB, 2014). Y es que lejos de pretender averiguar la verdad de los hechos entendida como correspondencia con la realidad, el juramento constituía la sentencia. Robert Jacob (2014) explica que la terminología propia de la Edad Media debería haber invitado a la reflexión: «*Ordal*’, ‘*iudicium Dei*’ remite al acto de zanjar, juzgar; no hace referencia a la idea de una administración de la prueba como etapa preparatoria a la sentencia (*judgement*), sino la sentencia misma» (p.50).

Desde este escenario, en el que se recurría al juramento para resolver conflictos sin que aportase nada respecto de los hechos, la verdad derivada de su decisión no podía ser otra que una verdad moral impuesta que se correspondiese con el orden divino (JACOB, 2014).

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, los juicios por juramento y ordalías fueron reemplazados, en primer lugar, por el derecho canónico, y luego, por sistemas legales que obedecían al surgimiento de Estados nacionales. Estos últimos pretendieron abandonar ciertas prácticas a partir de las que se buscaba extraer la confesión de la persona acusada, entendida ésta en tiempos de la Inquisición como el medio de prueba por excelencia para lograr la imposición de una pena.

En el siguiente apartado se analizará la evolución histórica del juramento en el marco del ritual judicial y la relación que guarda ese proceso con los derechos de las personas acusadas, lo que permitirá un primer acercamiento a las raíces que explican las diferentes posiciones adoptadas. Es que como se adelantó en un comienzo, al día de hoy coexisten en las culturas jurídicas dos reglas contrarias: mientras en la tradición anglosajona se exige al acusado que desee declarar que lo haga

bajo juramento, en la europeo continental esta práctica se encuentra expresamente prohibida. La vigencia de modelos opuestos encuentra su explicación en la historia de cada sistema, la cual derivó en una interpretación del rito que, según gran parte de la doctrina en los sistemas continentales, vulnera derechos fundamentales del acusado. A continuación se buscará reconstruir las razones normativas que permitieron estos escenarios, a fin de analizar la fuerza del argumento presente en nuestro sistema.

2.2. La Inquisición: el acusado y su confesión

El juramento como institución presente en las palabras emitidas por los actores del ritual judicial se relaciona, entonces, con la participación que históricamente le fue reconocida al acusado. Y es que la evolución del derecho del acusado a hablar o a callar en su propio proceso se vincula con la historia del juramento que pronunciara previo a su relato, y, necesariamente, a la libertad que tuviese éste en el ejercicio de su palabra, lo que requiere la convergencia de dos derechos, por un lado, a ser oído, y por otro, a guardar silencio, implícito en el derecho o privilegio contra la autoincriminación (TEDESCO, 2015).

Como se mencionó en el punto anterior, a partir del derecho canónico, la confesión de la persona acusada comenzó a representar el principal medio de prueba para arribar a la imposición de penas. Por ello, a partir del siglo XIII que se generaliza su uso, se generaliza también la aplicación de tormentos con el fin de obtener mediante estos la confesión. Estos métodos de tortura se observaban en los interrogatorios, oportunidad en la que, mediante la implementación de un tipo de juramento inquisitivo, el juramento *ex officio*, el juez sometía al acusado a una serie de preguntas destinadas a revelar la verdad de los hechos.

Frente a esta realidad de excesos que caracterizara los orígenes de la declaración del acusado, los sistemas de enjuiciamiento adoptaron distintas respuestas. Veamos.

2.3. El sistema anglosajón y los orígenes del privilegio contra la autoincriminación

La reacción del sistema de enjuiciamiento anglosajón frente a los métodos característicos de la inquisición se debió principalmente a la labor de dos cortes británicas que funcionaron durante los siglos XV y XVI, implementando al juramento inquisitivo con fines políticos: la *Star Chamber* y las *Courts of High Commission* (ROBERTS Y ZUCKERMAN, 2010). Estos tribunales tenían la potestad de investigar denuncias de traición y herejía, sometiendo a los acusados a responder las preguntas que les formularan bajo juramento. Estas prácticas implicaban en muchos casos la inflicción de tortura con el fin de obtener una confesión que luego constituiría las bases de su condena. Sin embargo, en muchas ocasiones este procedimiento se iniciaba, incluso, sin que existiesen cargos formulados en su contra, por lo que la confesión obtenida gracias al juramento *ex officio* resultaba la única prueba disponible¹²⁵.

Pese al intento de la Corona por generalizar estas prácticas, fueron los tribunales de derecho común quienes, en el contexto de la revolución

¹²⁵ Resulta interesante destacar que el juramento *ex officio* no se empleaba de forma exclusiva en las cortes antes señaladas, ya que en ciertos juicios criminales también se exigía al acusado que declare previo su formulación. No obstante ello, el motivo por el cual su práctica no estaba presente en todo juicio criminal no se debe a un intento por proteger al procesado, sino todo lo contrario: se temía que el juramento fuese ejercido por el acusado para negar la imputación en su contra, y de esta manera se influyera al jurado a partir de una negación de culpabilidad realizada bajo juramento. «[El acusado] no era colocado bajo juramento, porque permitirle tomar el juramento sería brindarle un medio muy fácil de evitar su responsabilidad» (TEDESCO, 2015, p.295).

puritana, se opusieron y lograron objetar el uso del juramento para la obtención de confesiones autoincriminantes a partir de la máxima *nemo tenetur seipsum prodere*: ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo. Así, fue gracias al aporte de actores que participaban de las cortes comunes que a partir del siglo XVI se comienzan a detectar decisiones que rechazan estas prácticas eclesiásticas¹²⁶, proceso que llevó a que en el año 1641 el Parlamento Inglés decidiera, por un lado, abolir tanto a las *Courts of High Commission* como a la *Star Chamber*, y por otro, prohibir al juramento *ex officio* en causas penales (TEDESCO, 2015).

Sin embargo, el reconocimiento de la máxima por parte del mundo anglosajón no se tradujo en su efectivo ejercicio, ya que ella coexistía con un procedimiento que le prohibía al acusado contar con un abogado defensor que lo asistiera, lo que lo conducía a la necesidad de ejercer él mismo su defensa (TEDESCO, 2015). Tedesco (2015), a partir de las investigaciones que presentara Langbein al respecto, explica que la prohibición¹²⁷ derivó en

¹²⁶ Los aportes fueron del juez Dyer, presidente de la *Court of Common Pleas*, quien en el año 1568 concedió un *habeas corpus* y liberó a un prisionero obligado a tomar juramento; y del Sir Edward Coke, *chief justice of the Common Pleas*, quien procuró limitar la jurisdicción de las cortes eclesiásticas. Sin embargo, la labor que se destaca es aquella que aportara el editor John Lilburn, quien fuera arrestado e interrogado por la *Star Chamber* entre los años 1637 y 1638, acusado de imprimir libros sediciosos en Holanda e importarlos a Inglaterra. Lilburn si bien negó los cargos se opuso luego a responder otras preguntas y se negó a prestar el juramento exigido. Por ello fue multado y torturado. Sin perjuicio de ello, el 4 de mayo de 1641, a partir de una petición formulada por Lilburn, el Parlamento resolvió que «la sentencia de la *Star Chamber* contra John Lilburn [era] ilegal, y contraria a la libertad de la persona; y también sangrienta, cruel, malvada, bárbara y tiránica» (TEDESCO, 2015, p.296). Luego, la Cámara de los Lores, en febrero de 1645, decidió que la sentencia contra Lilburn debía ser anulada, en tanto la consideraron «ilegal y muy injusta, contraria a la libertad de la persona, a la ley del país y a la Carta Magna» (TEDESCO, 2015, p.297).

¹²⁷ La prohibición se sustentaba en distintas razones. Por

un «modelo de enjuiciamiento criminal en el que [según el mismo Langbein], ‘el acusado debía hablar’»(p.303). Al referirse al juicio criminal de ese entonces distintos autores lo caracterizan como una larga discusión entre el representante de la Corona y el acusado, en el que se interrogaban mutuamente (POPPER, 1962).

No fue hasta la conquista del proceso penal por parte de los abogados, que el acusado vio como una verdadera posibilidad el ejercicio de su derecho a guardar silencio y de esta manera evitar su autoincriminación a través de su propia defensa (TEDESCO, 2015). El autor sostiene, incluso, que la captura del proceso por parte de los abogados que tuvo lugar a partir del año 1696 con la sanción del Treason Act, permitió no sólo la consagración del privilegio contra la autoincriminación, sino también que ello es lo que hoy permite comprender la relación entre el derecho a callar y el derecho a hablar (TEDESCO, 2015).

Como consecuencia de esta reforma se explica en parte el reconocimiento del acusado a ser testigo en su propia causa, lo que tuvo lugar recién en el año 1878 en Estados Unidos, y en 1898 en Inglaterra, en tanto permitió distinguir su declaración forzada, producto de la obligación que pesaba sobre aquel de tener que ejercer su propia defensa, de la prestada por propia iniciativa como expresión del derecho a declarar (TEDESCO, 2015).

2.3.1. Estados Unidos: de la incompetencia a la declaración bajo juramento

un lado, se consideraba que la corte era quien velaba por los intereses del acusado, lo que se restringía a una protección contra procedimientos ilegales y acusaciones falsas. Mientras que por otro lado se enaltecía la «calidad de testigo privilegiado» que detentaba el acusado; considerado el único y quien estaba en mejores condiciones, de hablar en su defensa (TEDESCO, 2015, p.305).

De la mano de la prohibición de contar con la asistencia técnica de un abogado, al acusado se le prohibió, también, la posibilidad de declarar en su propio juicio como testigo y de convocar testigos de descargo (POPPER, 1962).

Recién en el siglo XVII se sancionaron estatutos que permitieron convocar testigos que declararan bajo juramento a favor de la defensa. Sin embargo, hasta el siglo XIX las partes no fueron consideradas competentes para declarar en su propio juicio, antes bien se dictaron reglas descalificándolos con base en el supuesto interés que tenían en el resultado del proceso: el relato de sus testigos constituía evidencia, pero sus dichos no (POPPER, 1962). En ese entonces se creía que el temor del acusado a ser castigado, sin perjuicio de que fuese culpable o inocente, lo llevaría a cometer perjurio, y por ese motivo, para evitarlo, no se le permitía declarar (POPPER, 1962).

Otros argumentos que se oponían a la modificación de la regla de exclusión sostenían que, de permitirle ser testigo en su causa, el acusado se vería forzado a declarar a partir de las inferencias contrarias que podrían extraer los jurados en caso de no hacerlo. Por lo que, de ser culpable, se incriminaría o cometería perjurio. Por otro lado, desde esta perspectiva se creía que la propuesta violaba al privilegio contra la autoincriminación, pese a que en esta se estipulaba que, en caso de no declarar, no se podría crear ninguna presunción en contra del acusado (POPPER, 1962).

Fue en el siglo XIX, a partir de los aportes de distintos autores, entre ellos, Bentham, que se comenzaron a cuestionar las reglas de exclusión en función del interés de las partes. En 1827, a través de su obra, *Rationale of Judicial Evidence*, Bentham criticó la teoría de la incompetencia en tanto creía que el presunto interés de las partes en mentir debía ser ponderado al momento de

evaluar su credibilidad, pero no como argumento para no admitirlo al debate (O'NEILL, 1990).

En Estados Unidos, John Appleton, Juez de la Corte Suprema de Maine y discípulo de Bentham, fue el primero en promover las reformas en esta dirección con base en que el testimonio del acusado resultaba crucial a fin de alcanzar la verdad de los hechos, al ser quien se encontraba más familiarizado con estos. A ello agregaba que la postura que descalifica al acusado resultaba contraria a la presunción de inocencia, el negarle la posibilidad de declarar, implícitamente significaba que la ley lo consideraba culpable, y al acusador veraz (POPPER, 1962).

Dadas las influencias de Appleton, fue Maine en el año 1864 el primer Estado en implementar las reformas que le permitieron al acusado declarar en su propio proceso, el cual fue seguido, en un lapso de veinte años, por el resto de los Estados (POPPER, 1962), con la excepción de Georgia que recién lo implementó en el año 1973.

2.3.2. Ferguson v. Georgia: el derecho del acusado a declarar bajo juramento

Pese a haberle reconocido competencia para declarar, lo cierto es que no todos en Estados Unidos estaban convencidos de las propuestas de Appleton. Por lo tanto, ello llevó a que, si bien se reconociera la injusticia de la antigua regla de exclusión de su relato, se implementara una solución intermedia. Esta le permitía al acusado declarar frente al jurado, pero no bajo juramento, lo que le impedía prestar testimonio en los mismos términos que un testigo ya que no podía ser sometido a un interrogatorio por la contraparte. De esta manera, mediante el procedimiento implementado se evitaba el perjurio al tiempo que se permitía al jurado tener acceso a todos los medios de prueba disponibles.

El estatus de la declaración del acusado sin juramento y su consiguiente reconocimiento del derecho del acusado a declarar fue motivo de revisión por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos en el año 1961 en el caso *Ferguson v. Georgia*¹²⁸, en un contexto en el que la mayoría de los Estados ya le habían reconocido al acusado la posibilidad de declarar bajo juramento.

En el fallo, la Corte debió analizar el procedimiento previsto en el Estado de Georgia para la declaración de los acusados en causa criminal. Allí, si bien se reconocía su competencia para declarar, se limitaba a una declaración sin juramento que no podía someterse al contraexamen de la parte contraria, y que no podía obtenerse con la ayuda o guía de su abogado defensor.

Ferguson, condenado a pena de muerte por homicidio, presentó un recurso por considerar que, si bien se le había permitido realizar una declaración no juramentada durante el juicio, no se le había permitido ser interrogado por su abogado, lo que había vulnerado su derecho a un debido proceso. La Corte resolvió a su favor y declaró que el estatuto de Georgia que limitaba a la presentación del acusado en juicio a una declaración no juramentada, violaba la cláusula de debido proceso contenida en la Decimocuarta Enmienda. Ello, en la medida en que privaba al acusado del derecho a que su abogado lo interrogue a fin de producir su descargo.

Si bien la decisión no se refirió a la constitucionalidad de los estatutos que establecen una declaración del acusado sin juramento ni se expidió respecto a la existencia de un derecho constitucional a declarar, el voto liderante del Juez Brennan examinó los antecedentes históricos y consideró que el retardo en el reconocimiento de competencia al acusado en causa criminal

¹²⁸ *Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 570 (1961)

debía atribuirse a aquellos que consideraban que la declaración jurada resultaba una amenaza al privilegio contra la autoincriminación. Posición que se veía reforzada por el hecho de que sus impulsores, Bentham y Appleton, no estaban de acuerdo con este (*Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 579).

De esta manera, en su voto el Juez Brennan reconoció que el desarrollo de la práctica de declaraciones no juradas del acusado obedecía a un intento por mitigar los efectos de la postura que los consideraba incompetentes y excluía su testimonio del proceso. Sin embargo, también visibilizó que esta implementación era ampliamente entendida como una respuesta provisoria a la regla anterior, por lo que la reforma que había buscado abolir la regla de incompetencia había llevado, también, a que muchas jurisdicciones eliminaran la práctica de la declaración no juramentada. Desde esta óptica, destacó, con cita a otras decisiones, que:

«[la declaración no juramentada] se otorgó a los presos porque se les impedía declarar bajo juramento y solo por esa razón. Cuando se modificó la ley y se les concedió el derecho de contar su historia bajo juramento como cualquier otro testigo, se eliminó la razón que justificaba una declaración no jurada» (*Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 586 -traducción propia).

A ello le sumó el hecho de que las declaraciones prestadas sin juramento eran percibidas como manifestaciones de bajo valor probatorio en comparación con aquellas juramentadas, donde el procedimiento establece que el acusado puede ser sometido a contra-examen. Al respecto, Brennan sostuvo que «[l]a declaración sin juramento pocas veces resulta de mucho valor, ya que generalmente es incoherente y deja abiertas

muchas dudas que no pueden resolverse mediante un examen cruzado» (*Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 587-traducción propia).

De esta manera, la decisión de la Corte en *Ferguson* resultó relevante en tanto permitió que se comenzaran a delinear los alcances del derecho del acusado a declarar en su propia causa, lo que sería reconocido veinticinco años después en otro fallo de trascendencia, como un derecho contenido en la Constitución.

2.3.3. Rock v. Arkansas: reconocimiento de las bases constitucionales del derecho a declarar

Sin adentrarme en los hechos del caso, lo cierto es que la decisión de la Corte que data del año 1987 debe mencionarse en tanto es la primera oportunidad en la que se reconoce el carácter constitucional del derecho del acusado a declarar en su propia causa. Si bien en fallos anteriores¹²⁹ ya se había sugerido el carácter fundamental del derecho, fue en *Rock*¹³⁰ que los jueces indicaron que el derecho surge de un juego interpretativo entre la Quinta, Sexta y Decimocuarta Enmienda, donde se prevé el derecho del acusado a escoger entre guardar silencio o declarar, la cláusula que establece el debido proceso, y la que garantiza al acusado el derecho a ofrecer testigos (O'NEILL, 1990).

De esta manera, al establecer por primera vez el origen constitucional del derecho del acusado, la Corte lo hace a partir de un modelo de declaración juramentada, considerada por sus antecedentes como el máximo reconocimiento

¹²⁹ O'Neill (1990) menciona que entre las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos donde se hace mención al derecho del acusado se encuentran: *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 570 (1961).

¹³⁰ *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987).

posible al derecho del acusado a declarar. Así, al ser competente para declarar en su propia causa se lo equipara a la condición de testigo, por lo que su declaración, en caso de decidir prestarla, será bajo juramento, y sometida a interrogatorio por la contraparte. Esta propuesta es la que continúa vigente al día de hoy.

2.4. Sistemas romano-germánicos: el interrogatorio y la cancelación del derecho a guardar silencio

A diferencia de la realidad que experimentaron aquellos bajo el sistema anglosajón, en los romano-germánicos los excesos eclesiásticos se caracterizaron por una mayor presencia de tormentos. De allí que el Iluminismo haya procurado centrarse en estas prácticas infringidas a los acusados (TEDESCO, 2015). Así, si bien en el año 1788 en Francia se propuso la abolición del juramento¹³¹ y de la tortura, estas reformas mantuvieron al interrogatorio preliminar como uno de los primeros actos del procedimiento.

Por su parte, la Constitución de 1791 estableció un nuevo sistema de enjuiciamiento y restableció el carácter del acusado como sujeto dentro del procedimiento. Sin embargo, no hizo mención alguna al privilegio contra la autoincriminación y fue seguida de leyes que establecieron al interrogatorio tanto como medio de defensa, como medio de instrucción: el acusado podía ser interrogado previo a la lectura de la acusación que pesaba en su contra (TEDESCO, 2015).

En esta línea, Tedesco (2015) explica que, si bien se prohibió al juramento en toda declaración

¹³¹ Su eliminación finalmente sucede en el año 1789, como una de las primeras reformas al enjuiciamiento penal. Esta fecha resulta determinante en tanto «marca el punto en el cual, con el tiempo, se terminan distanciando un sistema del otro, en relación a la posibilidad de que el acusado preste juramento al momento de su declaración» (TEDESCO, 2015, p.301).

del acusado, el interrogatorio no fue eliminado como práctica, «[y], en tanto no se consagró efectivamente la participación del defensor en este, se mantuvo plenamente vigente un modelo de enjuiciamiento en que el acusado no encontraba otra alternativa más que la de hablar» (p.310).

Recién en el año 1897 con la sanción de la Ley Constans se reconoció el derecho del acusado a contar con un abogado desde el primer interrogatorio, oportunidad en la que también se estableció el derecho a abstenerse de declarar (TEDESCO, 2015). Sin embargo, el derecho a una asistencia técnica se limitaba a una presencia meramente formal de control de los actos de instrucción. Es que con su participación se pretendía garantizar la presunta libertad del acusado, quien debía hablar por su propia boca.

El autor citado advierte a partir de este punto la diferencia del derecho a contar con un abogado en ambos sistemas, y destaca que mientras en el anglosajón los abogados capturaron al proceso penal a fin de controlarlo, lo que le permitió finalmente al acusado consagrar su derecho a guardar silencio ya que otro podía ejercer por él su defensa, en el continental europeo se les permitió participar con la sola razón de legitimarlo (TEDESCO, 2015). En este nadie más podía responder por él la imputación formulada en el interrogatorio, acto al que, además, no podía oponerse. En ese sentido, sostiene que «en vez de avanzar hacia un verdadero sistema adversarial que hiciera posible la libertad en la declaración del acusado, se legitimó una estructura inquisitiva de la averiguación de la verdad». Y es que «[l]a cuestión no reside en reconocer al defensor, sino en que este pueda conquistar el verdadero papel que le corresponde en el proceso penal: ser una de sus partes» (TEDESCO, 2015, pp.310-312).

2.4.1. El escenario en Argentina: una Constitución que mira a Estados Unidos y un procedimiento que

prohíbe el juramento del acusado.

En el caso de Argentina el derecho contra la autoincriminación surge del artículo 18 de la Constitución Nacional, donde valiéndose de la Quinta Enmienda de la Carta Magna de los Estados Unidos, se establece que «[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo»¹³². Así, pese a haberse inspirado la Constitución Nacional en la Carta Magna del país del norte, el sistema de justicia argentino implementó un sistema procesal penal que refleja sus orígenes continentales, y por ese motivo, el juramento fue prohibido del acto de indagatoria impuesto al imputado¹³³.

El asunto fue tratado en numerosas oportunidades por la Corte Suprema del país, donde en distintos pronunciamientos¹³⁴ hizo referencia a la garantía contenida en el artículo 18 y su compatibilidad con el juramento del acusado. Los primeros fallos fueron «Mendoza» y «Diario El Atlántico», donde la Corte estableció que cualquier orden de recibir declaración bajo juramento a una persona acusada de la comisión de un delito resultaba «contrario al art. 18 de la CN que dice en una de sus cláusulas: nadie puede

¹³² La Quinta Enmienda de los Estados Unidos afirma en cuanto al privilegio contra la autoincriminación que, «[No person] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself» (Cornell Law School).

¹³³ Conf. artículos del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina: Art. 296, Libertad de declarar. «El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión»; y Art. 277, «Los que hubieren ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado», entre otros.

¹³⁴ Entre los primeros fallos de la Corte se encuentran: «Mendoza» (CSJN - Fallos, 1:350); «Diario El Atlántico» (CSJN - Fallos, 281: 177), «Rodríguez Pamiás» (CSJN - Fallos, 227:63); «Cincotta» (CSJN - Fallos, 255:18); «Bacque» (CSJN - Fallos, 249: 530); y «González Bonorino» (CSJN - Fallos, 300: 610).

ser obligado a declarar contra sí mismo, y que por consiguiente (la orden judicial) adolece de una nulidad absoluta» (Fallo Mendoza CSJN - Fallos, 1:350). A ello agregó que el instituto en cuestión

«entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra (...) la declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cuál sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad» (CARRIO, 2014, p.484).

Por otro lado, en decisiones más recientes¹³⁵ la Corte planteó explícitamente que exhortar al acusado a decir la verdad no resultaba violatorio de la garantía prevista en el artículo 18 de la Constitución, y desde ese criterio confirmó las condenas dictadas en el marco de procesos en los que los acusados habían sido incentivados a pronunciarse con la verdad (CARRIO, 2014). Para arribar a este criterio, Carrio (2014) explica que la Corte destacó que lo determinante había sido que a ambos acusados «se les había hecho conocer su derecho a negarse a declarar. De tal manera, razonó la Corte, quedó garantizado que las declaraciones prestadas fueran expresión de la libre voluntad del encausado» (p.491). Carrio (2014), en ese sentido, si bien no realiza objeciones al estándar que establece la Corte para evaluar la validez de las declaraciones con base en la voluntariedad con la que la presta la persona acusada, entiende

¹³⁵ Ver los fallos «Schoklender y Otro» (CSJN - Fallos, 311:345) y «Agüero Corvalán» (CSJN - Fallos, 312:2146).

que para ello se debería reconocer jerarquía constitucional al derecho del acusado a negarse a declarar, como así también a la obligación del juez de comunicarle ese derecho.

Ahora bien, a fin de dar respuesta al interrogante planteado en cuanto a la justificación de la exclusión del juramento del acusado en la tradición europea continental, se debe comenzar por recordar que el privilegio o derecho contra la autoincriminación surgió en la cultura anglosajona en el Siglo XVII¹³⁶ y que con él se pretendía eliminar todo procedimiento que de forma compulsiva determinara al acusado a responder preguntas o proveer información en el marco de un proceso. Por ese motivo, por un lado, se le prohibió a la acusación la posibilidad de convocarlo a declarar y, por otro, se le garantizó al acusado el derecho a negarse a hacerlo, es decir, su derecho al silencio (ROBERTS Y ZUCKERMAN, 2004).

Roberts y Zuckerman (2014) se encargan de señalarlo: el privilegio está dirigido a evitar que se lo someta de forma compulsiva a un interrogatorio. De modo que, una vez garantizado su derecho a guardar silencio y el de ser oído, el acusado que elija libremente declarar no podrá oponer el privilegio. Por lo tanto, se puede sostener que el juramento no sea en sí mismo una coacción que enfrente al acusado, ya que únicamente se enuncia ante la elección libre de prestar declaración.

Distinto es lo que sucede en un modelo como el europeo continental, donde, si bien el acusado puede negarse a declarar, el interrogatorio no es una opción. Se trata, como advierte Damaska al

estudiar la transformación obligada de las partes en medio de prueba, de una diferencia sustancial con el modelo anglosajón: «[a]l contrario de los acusados en los sistemas del common law, el acusado continental no puede elegir si someterse al interrogatorio o no; solo tiene derecho a negarse a responder en general o a una pregunta en particular» (DAMASKA, 2000, p.221). El autor sostiene, por otro lado, que un modelo de implementación de políticas¹³⁷ como lo son los procesos penales de origen continental donde los funcionarios someten a un interrogatorio a un acusado, «es en sí mismo suficiente para crear una atmósfera que impone presión para responder» (DAMASKA, 2000, p.287).

De allí se explica que la exclusión del juramento del acusado se justifique a fin de evitar que el acusado sienta una coacción moral a declarar, que lo obligue a manifestarse y de esa manera se vulnere el derecho contra la autoincriminación. Sin embargo, el fundamento que este sistema le atribuye a la exclusión del juramento parecería ignorar las reglas procesales que delinean su propio procedimiento: en este el acusado no puede decidir someterse o no al acto de la declaración indagatoria. En los sistemas romano-germánicos, a diferencia del anglosajón donde el privilegio rige hace más de cuatro

¹³⁶ En 1641 Carlos I lo reconoció por primera vez en el derecho inglés por un estatuto del año 1641 que prohibió el juramento *ex officio*. Luego Estados Unidos en el año 1791 lo incorporó a la V enmienda de la Constitución Federal, tras haberlo reconocido en la Declaración de derechos de Virginia en 1776 y en la Carta constitucional de todos los estados americanos (FERRAJOLI, 2011).

¹³⁷ Damaska (2000) en su obra propone distintas formas de organización estatal, que abarcan diferentes modelos de participación del Estado en la sociedad, lo que determina, a su vez, el tipo de administración de justicia que lo sigue. Así, el autor sostiene que «[c]uando el Estado es concebido como gestor, la administración de justicia parece estar dedicada al cumplimiento de los programas de Estado y a la implementación de sus políticas. En contraste, cuando el Estado se limita a mantener el equilibrio social, la administración de justicia tiende a asociarse con la resolución de conflictos» (Damaska, 2000, p.26). Ante esta idea, en el capítulo 5 de su obra, Damaska (2000) sugiere que gran parte de los procesos penales de Europa continental se organizan bajo un modelo de implementación de políticas, en los que su legislación impone a las personas acusadas de la comisión de delitos que se sometan a interrogatorios, y colaboren con el proceso.

siglos¹³⁸, el derecho a guardar silencio no se terminó de configurar, toda vez que el imputado se ve sometido a un interrogatorio compulsivo al comienzo del proceso mediante el cual se le pide que dé una explicación sobre la hipótesis formulada en su contra, donde, de ejercer su derecho a negarse a declarar, quedará plasmado en el acta que se labre a tal efecto. Bovino (1995), al respecto señala que «[l]a pregunta, previa a toda actividad probatoria, supone, de modo manifiesto, la responsabilidad del imputado» (pp.38-40).

Al no poder decidir si participar o no de este acto, y no poder responder por él su abogado por tratarse de un acto personal, el derecho contra la autoincriminación no encuentra garantizada de forma acabada su contraparte, el derecho a guardar silencio. Obligado a hablar¹³⁹, el sistema romano-germánico resolvió dispensarlo del juramento, por entender que era a través de éste que se vulneraba el privilegio, sin advertir que era el mismo procedimiento previsto mediante el interrogatorio el que ya establecía las bases de la afectación. Por lo tanto, de ello es dable sostener

¹³⁸ No solo resulta relevante la vigencia del privilegio en aquel sistema, sino que allí el acusado no es sometido a un interrogatorio a través de la declaración indagatoria como en el continental. En el sistema anglosajón, iniciada una causa penal, se convoca al acusado a fin de explicarle los hechos que motivan el proceso, y se le pregunta cómo se declara. Bovino (1995) señala que se trata de «una pregunta que no versa sobre el hecho y la responsabilidad, sino sobre la actitud del imputado en el procedimiento, tendiente a obtener la respuesta de si el imputado va a resistir la imputación del fiscal o no va a hacerlo» (p.38). A ello agrega que en ese sistema «nadie llama a declarar al imputado en ningún momento y el ejercicio de su derecho a no declarar no es manifestado expresamente frente al jurado y, por lo tanto, no se ve obligado a expresar que no declara en ejercicio de sus derechos constitucionales» (BOVINO, 1995, p.38).

¹³⁹ Corresponde aclarar que no se sostiene en el trabajo que el acusado en el sistema continental europeo no tiene reconocido el derecho a negarse a declarar. Antes bien, se busca marcar una distinción en la forma en la que se configura el derecho a guardar silencio en ambos sistemas y sus implicancias.

que no se advierten motivos constitucionales que justifiquen de manera racional la prohibición de la declaración bajo juramento del acusado, ya que lo que aparenta ser la fuente de la alegada coacción no es el rito, sino el procedimiento del interrogatorio compulsivo que caracteriza al sistema.

3. Análisis del valor epistémico del juramento

Tal como surge del análisis normativo de las posiciones que existen respecto a la declaración juramentada del acusado, no se han advertido razones constitucionales que justifiquen o impongan su prohibición, lo que permitiría su incorporación a la tradición jurídica europea continental¹⁴⁰.

Ahora bien, dejando de lado la discusión acerca de su compatibilidad con derechos fundamentales, resulta imposible negar que ambos sistemas se valen del juramento, implementándolo o excluyéndolo, en tanto asumen que se trata de una herramienta empleada con el fin de obtener la verdad de quien lo preste. En ese sentido, en el siguiente punto se buscará analizar si aquel fin que le es atribuido encuentra una explicación racional que lo corrobore. Ello, con la intención de determinar si su empleo en el marco del proceso deviene necesario con fines epistémicos.

3.1. Marco teórico

¹⁴⁰ No será tratado en este trabajo pero no debe dejar de advertirse que la incorporación del juramento del acusado al sistema romano-germánico requiere de determinadas reformas procesales que permitan su implementación de manera pacífica. Sin que se trate precisamente del trasplante de una institución jurídica de un sistema extranjero, ya que se trata de dos sistemas liberales donde el juramento está previsto para los testigos, lo cierto es que deberían tomarse las mismas precauciones que se imponen ante una introducción de derecho extranjero, a fin de lograr que sea compatible con el resto del ordenamiento jurídico (SONZINI ASTUDILLO, Urbano, 2017)

Previo a adentrarme en el siguiente análisis, corresponde adelantar que el marco teórico bajo el cual se analizará el valor epistémico del juramento como herramienta judicial presupone a la averiguación de la verdad como fin de la actividad probatoria, por lo tanto, su valor se verificará en función del aporte que realice con fines a su concreción. Esta propuesta a su vez parte de asumir una idea de verdad como correspondencia entre los enunciados fácticos y la realidad, que encuentra fundamento, tal como explica Accatino a partir de las propuestas de Taruffo y Ferrer, en «la comprensión de la función jurisdiccional distintiva del moderno Estado de Derecho y basada en el principio de legalidad (...), e incluso de la propia noción del derecho como orden normativo dirigido a la regulación de la conducta» (ACCATINO, s.f). De allí que, en tanto ambas explicaciones presuponen el acaecimiento del condicionante de las normas jurídicas a fin de que puedan aplicarse las consecuencias previstas en ellas, resulte evidente que lo esencial del proceso sea comprobar la verdad de los enunciados que las partes formulen respecto a los hechos objeto de conflicto.

Ferrer Beltrán (2007) en esa misma línea explica que,

«si una de las funciones principales del derecho es la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y sólo si, se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias» (p.30).

Por lo tanto, pensar en otro escenario en el que las consecuencias previstas en las normas se apliquen de forma aleatoria o bajo una lógica

distinta en la que no exista vínculo entre las conductas y la posibilidad de ser sancionado, conllevaría al fracaso de la función motivadora de conductas del derecho.

Resulta, así, importante destacar que lo que se podrá juzgar como verdadero o falso serán los enunciados expresados con fuerza asertiva, es decir, aquellos empleados a efectos de transmitir información acerca del mundo, para describir o informar. Así, en tanto los hechos en sí mismos no podrán ser probados ya que únicamente existen o *sucedan*, serán las proposiciones relativas a ellos, afirmando o negándolos, las que podrán juzgarse como verdaderas o falsas, en la medida en que se ajusten a la realidad a que refieren. Por lo tanto, cuando se afirma que un enunciado formulado por las partes durante el proceso es verdadero, es porque se entiende que aquel se corresponde y refleja la realidad, al menos entendida esta como reconstrucción que se acerca bastante a lo realmente ocurrido.

Sin perjuicio de ello, en tanto el término presenta distintas acepciones también se debe señalar que la propuesta de averiguación de la verdad como finalidad de la prueba se refiere a la actividad probatoria como institución jurídica, y no ya a la prueba entendida como resultado probatorio. Esta confusión presente en críticas elaboradas por algunos doctrinarios¹⁴¹ se debe a los distintos sentidos que existen del término, tal como nos explica Ferrer Beltrán (2005), quien aclara:

«[u]na cuestión es que la finalidad de la actividad probatoria en el proceso sea la averiguación de la verdad sobre las

¹⁴¹ Ferrer Beltrán (2005), al explicar la confusión se refiere a la crítica elaborada por Miranda Estrampes, quien cuestiona a quienes postulan a la verdad como la finalidad de la prueba procesal, y entienden a la prueba como la demostración o averiguación de la verdad de un hecho.

proposiciones fácticas relevantes para la aplicación del derecho, para lo que se aportan elementos de juicio (medios de prueba) que deberían permitir acercarse razonablemente a esa finalidad; y otra que, como resultado probatorio, no sea concebible la prueba de una proposición falsa» (pp.30-31).

Por su parte, González Lagier (2003) entiende que,

«[s]i consideráramos a la verdad como la finalidad de la prueba estaríamos admitiendo que la misma tiene un fin inalcanzable o irrealizable y, por tanto, como apunta Cabañas García, si el fin de la prueba es irrealizable, la misma carecería de sentido» (p.47).

De allí, entonces, que la averiguación de la verdad como finalidad de la actividad probatoria no signifique que el resultado exitoso de esa actividad consista en alcanzar la verdad. En efecto, un enunciado fáctico podría muy bien estar probado aun siendo falso, en tanto existan suficientes elementos de juicio a su favor. Esto último no necesariamente implica la correspondencia del enunciado con el mundo. Esto es lo que Ferrer Beltrán explica al referirse a la distinción entre ser verdadero y ser tenido por verdadero o ser aceptado como verdadero (FERRER BELTRAN, 2005).

3.2. El juramento como garantía del argumento

El empleo del juramento como presupuesto de toda declaración testimonial, pretende garantizar que lo que introduzca el testigo al debate se corresponda con la realidad, y así se logre un

aporte en miras de alcanzar el fin institucional de la prueba, la averiguación de la verdad¹⁴².

Ahora bien, según la teoría de la argumentación de Toulmin, a la que recurre González Lagier para trasladar al razonamiento judicial en materia de hechos, todo razonamiento está compuesto, necesariamente, por cuatro elementos: pretensión, razones, garantía y respaldo. La primera, la pretensión, es aquello que quiere fundamentarse, lo que se alega. Si se cuestiona, esta debe contar con razones que permitan sostenerla, o que demuestren su corrección. Sin embargo, tal como adelanta González Lagier al explicar la propuesta de Toulmin, en determinados casos se debe hacer explícito cómo es que las razones sostienen la pretensión, y «ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión» (GONZALEZ LAGIER, 2013, p.27).

Este elemento es el que Toulmin llama garantía, el cual es definido como la regla, o, enunciado hipotético de carácter general, que permite el paso del dato - o indicio- a la conclusión, y que éste, a su vez, sea legítimo (TOULMIN, 2007).

Bajo este esquema es dable observar que el rito del juramento ocupa el lugar que, en la

¹⁴² Si bien será mencionado más adelante se debe recordar que la psicología del testimonio ha enseñado que aun cuando un testigo crea estar siendo veraz en su relato de los hechos, igual su contenido puede no corresponderse con lo sucedido, en tanto puede actuar en función de falsos recuerdos formados en su memoria. Ello, dado el verdadero funcionamiento de la memoria, que pese a resultar contraintuitivo, no opera como una videogradora, ni es un fiel reflejo de lo que realmente ocurrió, sino una interpretación subjetiva que se va formando y continuamente adaptando en nuestras mentes a partir de cada reconstrucción que hacemos e interferencias externas (LOFTUS Y KETCHAM, 1991). Por lo tanto, aun cuando se considere que el juramento efectivamente opera como garantía de verdad del relato, eso no permite asumir de manera automática que el testimonio se corresponde con los hechos objeto de la controversia.

estructura de los argumentos presentada por el autor, le corresponde a la garantía. El juramento ha sido empleado desde sus orígenes como garantía de verdad del relato del testigo y de ello se ha inferido que al enunciarlo, previo a una declaración testimonial, el contenido de la declaración sería probablemente veraz: el testigo declaró bajo juramento, por lo tanto, su declaración es probable¹⁴³ que sea verdadera.

El puente que en el caso vincula al dato con la conclusión se encuentra en el hecho de que el juramento es utilizado como una herramienta que garantiza la verdad del enunciado¹⁴⁴: *la declaración juramentada probablemente sea verdadera en tanto el juramento hace que las personas generalmente declaren conforme sucedieron los hechos.*

Tal como se puede advertir desde la perspectiva histórica desarrollada en el punto anterior, principalmente en lo que respecta al proceso de reformas de Estados Unidos, el juramento exigido al acusado que decidiera declarar obedece a una lógica implícita que reconoce a la declaración prestada bajo juramento mayor valor por sobre aquella que se recibiese sin. Allí, tras reconocer al acusado competente para declarar, con el tiempo se abandonó el modelo que postulaba una declaración sin juramento, para finalmente equipararlos al resto de los testigos, exigiéndoles jurar o afirmar previo a brindar su relato sobre los hechos. Ello, por considerarla la propuesta que garantizaba de manera más acabada el derecho de las partes a declarar en juicio¹⁴⁵.

¹⁴³ Dado que se admite que aún bajo juramento puede mentirse, se debe insertar la palabra «probable» como modalizador, tal como lo propone Toulmin (2007).

¹⁴⁴ Una de las definiciones que se puede encontrar en la literatura jurídica argentina en esa línea enuncia que «[e]l juramento o la promesa de decir verdad es requisito destinado a dar garantía de veracidad a las manifestaciones de quien lo presta» (NAVARRO Y DARAY, 2006, p.507).

¹⁴⁵ Ferguson v. Georgia, 365 U.S. 570 (1961).

Más allá del caso de Estados Unidos, esta idea se puede encontrar también en otras piezas judiciales de distintos países y sistemas. A modo de ejemplo y a fin de permitirle al lector un acercamiento a este razonamiento se transcriben a continuación extractos de resoluciones judiciales y de doctrina que permiten identificar esta máxima implícita acerca de la declaración juramentada.

1«[La] [r]egla 84 bis (A) del Reglamento prevé que el acusado puede escoger hacer una declaración en el acto de apertura que puede no ser juramentada o sometida a contraexamen. Al declarar, ya sea bajo juramento o sin este, el acusado acepta que la Cámara de juicio ‘decida el valor probatorio del relato, si es que lo tiene’, bajo la regla 84 bis (B) del reglamento. La valoración de declaraciones no juramentadas bajo la Regla 84 bis es, por lo tanto, una función discrecional de la Cámara. A una declaración bajo dichas características, generalmente, se le asigna menor valor probatorio que a una declaración prestada bajo juramento, la cual se somete a contraexamen y a un interrogatorio desde el banco» (*Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, Caso ro. IT-03-66-A, Cámara de apelaciones, 27 de septiembre de 2007, p.30 -traducción propia).

2) «‘Si el acusado decide no requerir la

producción de prueba alguna, o, no presentar prueba el mismo, en muchas ocasiones realizara una declaración no juramentada. Ello es ampliamente reconocido entre los abogados como una declaración de poco valor probatorio en comparación con la declaración jurada en la que el acusado puede ser contraexaminado'. Rex v. Zware, [1946] (...) 'La declaración sin juramento pocas veces resulta de valor alguno, ya que generalmente es incoherente y deja muchos interrogantes que no pueden ser resueltos gracias al contraexamen' 69 L. Q. Rev. 22, 25» (Ferguson v. Georgia, 365 U.S. 587 -traducción propia).

3) «Frente a dichas afirmaciones y constancias se erige la versión exculpatória ensayada por V. V. al ser convocado a declarar en los términos del artículo 294 del C.P.P en la que negó haber participado en los sucesos mencionados, lo que frente a las declaraciones juramentadas de los damnificados resulta un intento de mejorar su comprometida situación procesal» (Procesamiento en causa número 28037/2018, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Nro. 38, Secretaria Nro. 132, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

4) «Para el segundo grupo de posibles careados, los testigos frente a los imputados (o acusados), los problemas son distintos, pero no menos graves. (...) [E]s que, en estos supuestos la diligencia de careo mezcla dos posiciones procesales incompatibles

entre sí. Pretender situar en el mismo plano de discusión a quien -por un lado- puede faltar a la verdad, frente a quien -por otro- se halla obligado a ser veraz, carece de toda entidad probatoria; dicho de una forma gráfica, se trata de dos personajes procesales que hablan distinto idioma, de tal modo que de una <conversación> entre ambos, ningún corolario seguro podrá ser extraído» (SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, 2012, pp.188-189).¹⁴⁶

Todas estos extractos, más allá de las observaciones que pueda hacerse a su comparación dado a que pertenecen a distintos tipos de procedimiento, dejan entrever un punto en común: que una declaración bajo juramento tendrá mayor valor que la que se reciba sin, en tanto la primera permitirá garantizar de manera más acabada su correspondencia con la realidad, y por lo tanto permitirá cumplir con el objeto de la actividad probatoria. El mayor valor alegado obedece a una lógica que presupone que el testimonio que se obtiene por parte de quien presta juramento brinda una mayor garantía de la verdad del relato.

¹⁴⁶ Si bien del texto extraído del libro no surge que se trate de una declaración tomada bajo juramento de manera explícita, lo cierto es que el autor al referirse a los testigos como aquellos sujetos que dentro del proceso se encuentran obligados a decir la verdad, lo hace en referencia al artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que exige la toma de juramento a los testigos. En oposición al caso del acusado a quien se encuentra prohibido recibirle juramento, y de ello, ciertos doctrinarios han derivado un supuesto derecho a mentir de su declaración (REVILLA GONZÁLEZ, 2000). Sin perjuicio de ello, más adelante se analizará con detalle la supuesta fuente de motivación que insta a declarar con la verdad. Esta, lejos de justificarse a partir del rito, tal como se verá, parece guardar más relación con la amenaza penal del delito de falso testimonio, y dependerá, en ese sentido, de la eficacia que tenga esta herramienta en su aplicación.

Esta atribución de valor se debe a la remisión a máximas de experiencia empleadas como garantía de las inferencias probatorias que derivan en un mayor valor atribuido a las declaraciones testimoniales recibidas bajo juramento. Al respecto, cabe señalar que el término fue empleado por Stein en el año 1893, quien presentó a las máximas de la experiencia como reglas generales o juicios hipotéticos

«de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se habían inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos» (ANDRÉS IBAÑEZ, 2005, p.78).

De La Oliva Santos, por otro lado, explica que se trata de *reglas generales de carácter empírico*

«[s]on reglas, en cuanto no están codificadas ni recogidas en texto legal alguno, y actúan como principios, máximas, o juicios hipotéticos. Son empíricas, en cuanto parten de la observancia de una regularidad de conductas. Y están frecuentemente contrastadas porque la validez y el correcto funcionamiento de la máxima de experiencia se basa en su soporte cognoscitivo y su fundamento en leyes científicas» (LLUCH, 2015, p.91).

Otro aspecto que debe destacarse es el tipo de conocimiento que puede extraerse de ellas, en tanto jurisprudencialmente se les ha dado tratamiento lógico de inferencia deductiva del que se ha pretendido atribuirles un grado de certeza distinto del que en verdad les corresponde. En

esta línea, Perfecto Andrés Ibáñez (2005) explica que «[l]a máxima de experiencia responde al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente conocimiento probable» (p.79). Sin embargo, resulta esencial su aporte, ya que continua y sostiene que ello «no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal reconsideración de su significación se inscribe con toda autenticidad en el paradigma de búsqueda de verdad de los hechos» (ANDRÉS IBAÑEZ, 2005, p.79). De esta forma, al serle exigible al juez una debida motivación del razonamiento empleado para decidir el caso, ello permitirá controlar la corrección de su argumentación, lo que incluirá un debido control de las máximas de experiencia empleadas a fin de determinar si están fundadas racionalmente y si cuentan con el grado de solidez necesario para ser empleadas como garantía de la inferencia probatoria en cuestión.

En esos términos, la máxima de experiencia detectada en relación al juramento exigido previo al testimonio puede enunciarse de la siguiente manera: *usualmente quien jura previo a prestar testimonio declara conforme a como sucedieron los hechos.*

Sin embargo, corresponde preguntarse qué es lo que explica que el juramento haga más probable que las personas declaren conforme sucedieron los hechos, si es que lo hace. A fin de dar respuesta a ese interrogante se debe retomar la propuesta de Toulmin, quien sugiere que las garantías deben contar, a su vez, con un respaldo, es decir, aquella información que la fundamenta y sin la cual la garantía carecería de autoridad.

Ahora bien, no toda garantía estará constituida por máximas de experiencia genuinas, en tanto que para ello se requiere contar con un respaldo que sea empírico, ya que de lo contrario no se

estará ante auténticas máximas de experiencia, sino antes bien ante meros enunciados sin validez universal.

A continuación se verá que el respaldo de la garantía sobre la que recae el mayor valor atribuido a las declaraciones juramentadas ha variado a lo largo de la historia en función de la sociedad que lo ha empleado, de castigos divinos a seculares. A partir de ello se analizará la solidez de las distintas explicaciones que se brindaron como respaldo, a fin de corroborar o descartar su autoridad como máxima de experiencia.

3.3. El juramento como herramienta preventiva de la mentira: el castigo de los dioses

Máxima de la experiencia: Usualmente quien jura previo a prestar declaración testimonial declarará conforme a cómo sucedieron los hechos en tanto no desea ser castigado por los Dioses.

La supuesta eficacia de este método se explica en sociedades caracterizadas por una «profunda unidad de sus creencias, sin la cual los mecanismos de la ordalía y del juramento no podrían funcionar» (JACOB, 2014, p.51).

Jacob (2014), en palabras de Henri Levy - Bruhl, explica que «un régimen tan imperfecto no podría mantenerse sino en una sociedad donde una fe ciega, unánimemente extendida, asegura el respeto de todas las decisiones supuestamente emanadas de las fuerzas sobrenaturales (...). Toda la institución del juramento reposa, pues, sobre un sistema de creencias universalmente extendido que no encuentra oposición». En esas sociedades, se piensa, cada uno cree firmemente en la capacidad de los dioses, de los espíritus o de los santos para hacer aparecer la verdad, por lo que la creencia unánime y unánimemente fuerte determina a cada uno a anticipar la manifestación

de una verdad que parece ineluctable» (p.51).

Para que tuviese eficacia disuasoria era necesario que concurrieran dos condiciones. Por un lado, que la deidad en la que se creía y se invocaba durante la ceremonia tuviese efectivamente el poder de detectar la mentira de su testimonio y, a su vez, que esta entidad se enfureciera a partir del falso juramento y lo castigase con los medios con los que contaba para ello. Así, siempre que la persona que prestara declaración creyera en este Dios, y fuera instada a decir la verdad, lo más probable es que fuese veraz en su relato (WHITE, 1903).

Sin embargo, de la mano del Iluminismo esta concepción teológica del mundo fue cuestionada, y con ella también la idea del castigo divino a quien rompiese el juramento y mintiese durante la ceremonia del juicio, cuya eficacia dependía, como ya se vio, exclusivamente de una aceptación generalizada de tales creencias.

El autor de *De los delitos y de las penas* ya en el año 1764 sostuvo que:

«[e]l juramento deviene poco a poco una simple formalidad, destruyéndose de esa manera la fuerza de los sentimientos de religión, única garantía de la honestidad de la mayor parte de los hombres. La experiencia ha permitido ver qué inútiles son los juramentos, porque cada juez puede dar testimonio de que ningún juramento le hizo decir la verdad nunca a reo alguno: lo permite ver la razón, que declara inútiles y en consecuencia perjudiciales todas las leyes que se oponen a los sentimientos naturales del hombre. Les sucede a ellas lo que a los diques opuestos directamente al curso de un río: son inmediatamente abatidos o un vórtice formado por ellos mismos los corroe y los mina insensiblemente» (BECCARIA, 1764, capítulo XVIII).

De esta manera, al convivir hoy en día en sociedades en las que no puede garantizarse la fe en la deidad por parte de quien debe testificar y quien debe escucharlo, no puede tampoco explicarse de manera suficiente una mayor atribución de verdad de las declaraciones juramentadas apoyada en un supuesto poder de disuasión que proviene de un castigo divino en el que no se cree. Jordi Nieva Fenoll (2010) en este sentido sostiene que «si se exige el juramento es porque, en el fondo, se sigue creyendo en una justicia divina, en un vano intento humano de entrometer forzosamente a la divinidad en los pequeños asuntos de los individuos» (p.45). A lo que agrega que «[s]i no se confía en el mismo, el juramento no es más que un residuo de las antiguas ordalías y, por consiguiente, no tiene ninguna razón de ser» (NIEVA FENOLL, 2010, pp.45-46).

3.4. El juramento como herramienta preventiva de la mentira: la amenaza penal

Máxima de la experiencia: Usualmente quien jura previo a prestar declaración testimonial declarará conforme a cómo sucedieron los hechos en tanto no desea ser condenado por el delito de falso testimonio o perjurio

Tras haber perdido fuerza explicativa la idea del juramento como garantía de verdad con fundamento en el comportamiento basado en las creencias religiosas de quien lo emitiese, el rito no dejó de ser empleado en los procesos judiciales, sino que recibió un fundamento de tinte secular, ya que si bien se mantuvo su exigencia previo a toda declaración testimonial, el castigo, en caso de comprobarse su falsedad, sería la aplicación de la consecuencia prevista en la ley formal, y no el de un Dios (HIBSCHMAN, 1933).

Esta relación de tipo normativa entre el juramento y la amenaza penal se da desde que

a toda declaración testimonial que se le exige el juramento, se le advierte, a su vez, de la posible aplicación de pena en caso de probarse el falso testimonio¹⁴⁷. Sin embargo, se trata de dos elementos independientes entre sí, dado que uno podría imponerse sin el otro. Por ello, si bien se analizará la tesis que la toma como respaldo de la máxima de experiencia en cuestión, no se debe perder de vista que la amenaza penal como herramienta para motivar conductas no trasladará su fuerza al juramento, por lo que la atribución de valor probatorio del rito con base en la observación de que quien declara lo hará conforme a la verdad a fin de evitar la pena, depende en realidad de una relación establecida en las normas que podría ser derogada.

A fin de evaluar la teoría que sostiene que la fortaleza del respaldo que en el caso recae en la eficiencia de una norma de tipo penal¹⁴⁸, resulta de utilidad el enfoque que plantean los conocimientos del análisis económico del derecho. Estos permiten la incorporación de estudios de índole positivo que «se interesan en medir el impacto que una determinada norma o cuerpo normativo tendrá sobre la eficiencia -en alguno de sus múltiples variantes» (PAPAYANNIS, 2009, p.30).

¹⁴⁷ Conf. artículo del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina, Artículo. 249: Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de las penas por falso testimonio y prestará juramento de decir verdad, con excepción de los menores inimputables y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

¹⁴⁸ En el sistema anglosajón el delito de perjurio previsto para los testigos no se introdujo hasta el Siglo XV con el Estatuto del Perjurio del año 1563, en tanto antes únicamente estaba previsto para los miembros del jurado (*Perjury: The Forgotten Offense*, 1974). Fue la *Star Chamber* la que en 1613 resolvió que el perjurio cometido por un testigo fuese punible en el common law, extendiéndose más allá de las Cortes Reales (*Perjury: The Forgotten Offense*, 1974). Mientras que en Estados Unidos se introdujo en el año 1790, pudiéndose encontrar la figura en distintos estatutos: el 18 U.S.C. § 1621, y el 1623 (UNDERWOOD, 1993).

En este caso, el objetivo socialmente deseable o el tipo de eficiencia del que se trata se relaciona con la calidad del testimonio que se incorpora como medio de prueba durante un proceso y el fin último de la prueba, la averiguación de la verdad en términos de correspondencia. Si lo que se pretende a partir del juramento es incorporar al proceso una herramienta que incentive a quienes deban brindar testimonio, a ser veraz en sus dichos, o los disuada de ser falsos, las medidas dirigidas en esta dirección, deberán procurar determinar su conducta. En el caso, la motivación que encuentran para no ser falsos en su declaración es en términos negativos a partir de la incorporación del delito de perjurio o de falso testimonio y su vinculación a las declaraciones bajo juramento, donde se prevé la aplicación de una pena de prisión para el caso de que se determine que el testigo hubiese «afirmado una falsedad, negado o callado la verdad» (D'ALESSIO Y DIVITO, 2004, p.895). Bajo este esquema se asume que quien declare en un debate, escogerá no ser falaz en su relato por temor a ser condenado.

Ahora bien, esta función disuasoria que se le atribuye al juramento con fines epistémicos, supuestamente respaldada por el delito de perjurio, parte de asumir la concurrencia de dos aspectos que resultan implícitos al razonamiento:

- 1) Que existe la motivación en la norma.
- 2) Que la conducta ilícita es perseguida y condenada penalmente.

Respecto al primer aspecto que hace a la motivación en la norma, este se corresponde con los postulados que explican la pena de acuerdo a una función de prevención general negativa. Esta teoría, desarrollada por Feuerbach quien la llamó teoría psicológica de la coacción, «busca provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos

por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una ‘coacción psíquica» (ROXIN, 1997, p.90). Así, a partir de ello «aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo» (ZAFFARONI, 2011, p.57).

Esta lectura de la realidad, que presupone que las personas decidirán evitar la sanción penal y por lo tanto serán veraces en sus dichos, se explica desde el modelo de sujetos racionales sostenido desde el enfoque más ortodoxo de la economía, el cual «asume que un individuo racional elige siempre aquella alternativa que maximiza su utilidad con independencia del contexto» (STORDEUR, 2011, p.25). Y a su vez, «que el actor siempre está finalmente intentando maximizar su utilidad o bienestar, es decir, obtener sus fines a menores costos posibles» (STORDEUR, 2011, p.25). Sin embargo, la economía de la conducta ha demostrado en las últimas décadas que el comportamiento humano en verdad presenta un escenario de toma de decisiones más complejo, partiendo de que «las personas tienen racionalidad limitada y forman su preferencia de modo contextual, razón por la cual el modo en el cual se presentan las alternativas tiene peso decisivo en la elección» (STORDEUR, 2011, p.52). Ello conduce a un escenario en que el acusado culpable, o incluso el testigo, bien podrán decidir, sin perjuicio de la posible sanción penal que les pueda corresponder, ser mendaz en sus dichos aún encontrándose bajo juramento o afirmación.

Estos hallazgos, tal como explica Stordeur (2011), resultan importantes «[s]i bajo determinadas condiciones las personas no se comportan conforme predice el modelo tradicional, algunas predicciones, explicaciones y recomendaciones de la economía ortodoxa podrían conducir a hipótesis y evaluaciones del sistema legal incorrectas» (p.54).

En esa línea, los conocimientos introducidos desde la economía conductual permitirán

cuestionar las predicciones que realiza la economía clásica. Por lo tanto, si el fundamento para reconocerle valor epistémico al juramento recae en la predicción de que el sujeto racional decidirá evitar una pena, ello, como se vio, no podrá ser tenido sin más como un argumento suficiente por cuanto se ha demostrado que la realidad no se condice necesariamente con aquella expectativa. De manera tal que la adjudicación de mayor valor a una declaración por el solo hecho de haber sido tomada bajo juramento, no estará debidamente justificada bajo esta explicación. Y en cualquier caso, no es el juramento el que está en juego bajo este argumento. Por el contrario, tal como se especificó en un comienzo, lo que tendría relevancia ‘epistémica’ es la amenaza de pena ante la mentira, sin importar que se haya mentido bajo juramento o no.

Por su parte, incluso dejando de lado este primer argumento, el segundo aspecto tampoco logra acreditarse, lo que descarta también el valor que se le atribuye a la amenaza de pena. Como se vio, uno de los motivos por los que la averiguación de la verdad constituye el fin institucional de la prueba es, necesariamente, la determinación de la conducta, para lo cual se requiere la imposición de la consecuencia jurídica prevista en la norma, una vez acreditado el acaecimiento del antecedente (FERRER BELTRÁN, 2007). Lo mismo explica Roxin (1997) respecto a la teoría Feuerbach: «al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza (...). [Para Feuerbach] ‘el fin de infligir’ la pena está en la ‘motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz)’» (p.90).

En el caso del perjurio, si bien ha sido incorporado como delito hace más de doscientos

años, muchos autores concuerdan en la dificultad que presenta su persecución penal, lo que resulta en su ineficacia como método disuasorio de la mentira para quienes prestan testimonio (HIBSCHMAN, 1933; DAMASKA, 2000). Ello resulta evidente de las cifras que presentan los organismos gubernamentales de Estados Unidos¹⁴⁹, donde es dable observar que entre los años 2008 y 2014 el número total de casos criminales por perjurio que iniciaron en las cortes de distrito de los Estados Unidos fue de 2007, lo que representó el 0.35% del total de casos iniciados en ese periodo de tiempo¹⁵⁰.

En relación al deber de verdad que pesa sobre los testigos en el sistema estadounidense, Damaska (2000) también advierte la dificultad que se presenta en la práctica, puntualmente en lo que hace a los sistemas de implementación de políticas. El autor entiende que aun ante medidas de sanción que en principio aparentan ser eficaces, en muchas ocasiones los participantes

¹⁴⁹ Se pueden consultar estadísticas publicadas por el *Bureau of Justice Statistics del U.S. Department of Justice*, accesibles en <https://www.bjs.gov>.

¹⁵⁰ La cifra se obtuvo a partir del análisis de las diferentes estadísticas que brinda la *Bureau of Justice Statistics del U.S. Department of Justice*. Allí, una de las estadísticas brindadas es la que refiere a los datos de la justicia federal, donde se toma como uno de los valores a analizar el número de defendidos en casos criminales que hubiesen comenzado, según el tipo de ofensa, por año, criterio que es medido entre los meses de octubre y septiembre del año siguiente. Un dato que corresponde señalar, en tanto resulta relevante para el trabajo, es que la información corresponde no solo a la figura de perjurio, sino que abarcan, también, al desacato (*contempt*) e intimidación (*intimidation*), lo que parecería reflejar que los casos de perjurio no representan una ofensa lo suficientemente relevante como para ser medida de forma autónoma. Para más información, se pueden consultar los datos relevados en:

<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs09st.pdf>;

<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs10st.pdf>;

<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs11st.pdf>;

<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs12st.pdf>;

<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs13st.pdf>;

<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs14st.pdf>.

escogen mentir, a lo que se suma que resulta difícil establecer con certeza la falsedad de los testimonios que se incorporan al proceso. De ello entiende que esos sistemas «deben ceder ante el hecho de que el deber de la parte de cooperar con las autoridades, a menudo carecerá de sanciones eficaces, transformando la amenaza en una espada sin filo» (DAMASKA, 2000, p.286).

Por lo demás, más allá de la dificultad que presenta este tipo de delito con base en sus exigencias normativas¹⁵¹, la falta de persecución se puede explicar a partir de otras respuestas que brindan los operadores del sistema estadounidense, quienes entienden que no hay necesidad de otro castigo por sobre la pena impuesta en la causa penal (DAMASKA, 2000). Damaska (2000), por su parte, considera que si bien en caso de declarar el acusado es tratado como un testigo ordinario, «[e]n la práctica [se advierte una] relajación de esta actitud rígida, con una mayor tolerancia para la mala información de la parte, [lo que] ocurre principalmente en casos penales» (p.225). En línea con lo antes analizado, el autor explica que mientras los tribunales angloamericanos condenan a acusados que declararon su inocencia, «muy rara vez los acusan de perjurio» (DAMASKA, 2000,

¹⁵¹ El estatuto que lo contiene y distintos fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos han determinado que el perjurio del estatuto 1621 exige que 1) El testimonio bajo juramento se preste ante tribunal competente; 2) Ante un caso en que la ley estadounidense autorice la administración del juramento; 3) Que el contenido del testimonio sea falso; 4) Que verse sobre un objeto materia del litigio; 5) Que quien declare falsamente tenga conocimiento de aquello y lo haga de manera intencional. Uno de los requisitos que más dificultades probatorias ha generado es aquel establecido por la Corte Suprema que exige que la falsedad de la declaración juramentada sea probada a partir del testimonio de dos testigos, o de uno pero seguido de circunstancias que lo corroboren (Fallo *Hammer v. United States*, 271 U.S. 620, 626, 1926). Otro es el requisito de la materialidad que exige que la declaración falsa verse sobre algún elemento sobre los que el juez deba decidir, o tener el potencial de influenciar el asunto sometido a decisión (Fallo *United States v. Burge*, 711 F.3d 803, 812 (7mo Circ. 2013) (DOYLE, 2018).

p.225). Así, sostiene que el castigo se encuentra en la condena más grave que recibe el acusado que ha faltado a la verdad (DAMASKA, 2000)¹⁵².

De lo expuesto se puede concluir que el perjurio como respaldo del juramento no garantiza sin más la verdad de la declaración, ni tampoco aumenta la probabilidad de que ella sea verdadera. Así, quien cree que no será condenado o piensa que evitará la condena, no se verá realmente motivado a ser veraz y podrá -aún bajo juramento- mentir en el marco de su declaración, lo que parecería traducirse en una falta de valor del juramento asociado a su capacidad disuasoria en términos normativos. O, en tanto se trata de herramientas distintas, de lo que podría considerarse un fracaso de la amenaza penal que ve frustrada su función preventiva de la mentira, en tanto no impide que ingrese al proceso.

3.5. El juramento y su valor asociado a su procedimiento: el contraexamen

Si el castigo sobre el cual se justificaba el valor del juramento no se aplica, corresponde preguntarse, entonces, cómo es que se sostiene hoy en día. En este escenario resulta interesante volver sobre los argumentos históricos que en el sistema anglosajón llevaron a un modelo de declaración del acusado equiparado al del testigo, ambos de manera juramentada. Allí, las reformas que implementaron este modelo explican que la diferencia entre una y otra declaración, se debe a la posibilidad de contra interrogar a la persona que declare: de colocar -en el caso de las declaraciones bajo juramento- al denunciante en el mismo estatus que al testigo, y someterlo a uno de los controles procedimentales por excelencia, el principio de contradicción entre las partes. El

¹⁵² A ello se agrega la interpretación que se ha hecho en distintos fallos donde se reconoció la posibilidad de agravar la pena en caso de demostrarse el falso testimonio del acusado. Ver fallo *United States v. Grayson*, 438 U.S. 41 (1978).

mayor valor, por lo tanto, no proviene del rito en sí mismo, sino del procedimiento que sigue a este, el cual, lejos de constituir un elemento sobre el cual se puede observar una motivación de la conducta de quien declara, constituye una herramienta de control de la información que ingresa al debate. El contraexamen aumentará las posibilidades de controlar la credibilidad del testigo, pero no aumentará las posibilidades de que su relato sea creíble.

El principio de contradicción, en este caso materializado en la posibilidad de contra interrogar al testigo o acusado que desee declarar, se trata de un control del procedimiento de carácter preventivo, ya que opera previo a la toma de decisión por parte del juez, y por lo tanto permite a las partes intervenir «en todo aquello que pueda influir sobre la decisión de la controversia» (TARUFFO, 2005, p.428). Taruffo (2005) sostiene, en este sentido, que la incidencia de las partes sobre la prueba que se incorpora al debate «está destinada a enriquecer el material probatorio sobre el que se basará la decisión y, por tanto, opera en la línea de incrementar la base cognoscitiva de la determinación del hecho» (pp.428-429).

La relevancia epistémica reconocida al contraexamen puede encontrarse también en el trabajo que Hock Lai Ho lleva a cabo al explicar el fundamento de la regla de exclusión de la declaración de testigos de oídas. En su tesis, Ho hace referencia al valor del contraexamen en relación a lo que él denomina una justificación externa e interna de la regla de exclusión (AMAYA, 2009). El autor expone en su trabajo que la exclusión del testimonio de oídas no se explica de forma suficiente a partir de la justificación externa, la cual sugiere que el no contar con la fuente de información para su contraexamen resulta en una inferencia de menor calidad. Existe, a su criterio, una dimensión interna de la regla, para lo que elabora dos argumentos, el testimonial y el de derrotabilidad (AMAYA, 2009).

El primero sugiere que, para poder inferir que lo que el testigo «S» dijo «p» resulta cierto, por el simple hecho de que lo dijera, se debe contar con información acerca de la credibilidad de «S» en relación a «p», lo que no es posible en el caso de los testimonios de oídas ya que «S» no está presente durante el juicio, lo que lleva a que el juez no pueda creer «p», de manera justificada. Por otro lado, el segundo argumento, el de la derrotabilidad, sostiene que aun en los casos en los que se cuente con dicha información acerca de la credibilidad de «S», el hecho de que no se pueda examinar a «S» durante el debate conduce a que la credibilidad que se le pueda reconocer a «p» en función de su relato sea factible de ser derrotada (AMAYA, 2009).

Así, sin perjuicio de que Ho explica esta postura desde una concepción moralista de la conducta del juez, lo cierto es que ello no resulta un impedimento para trasladar sus ideas al presente análisis. Y es que en el caso de las declaraciones tomadas sin juramento opera la misma lógica, estas no son sometidas a un contrainterrogatorio, por lo que, no solo la inferencia que afirme su credibilidad será débil, sino que resultará derrotable por otras explicaciones que no podrán ser descartadas, al menos no mediante el interrogatorio de la parte contraria. Por ese motivo, creer en el contenido de lo declarado en estas condiciones deviene en un argumento poco confiable en términos epistémicos, que, según Ho Hock, también será moralmente equivocado (AMAYA, 2009). De esta manera se advierte que lo determinante en la atribución de valor no proviene del juramento que ocupa en verdad un plano meramente secundario, sino de la calidad epistémica que se le reconoce al interrogatorio cruzado. Así, mientras se mantenga el contraexamen, bien podría eliminarse la formalidad del rito, en tanto su valor proviene de la conexión indirecta y artificiosa que le atribuyen con la herramienta de control.

En definitiva, el análisis de credibilidad de la prueba testimonial impone que se la someta a una valoración que debe ser llevada a cabo por las partes a través del interrogatorio y su contraexamen. Este intercambio, tras descartar los desafíos que presenta el medio de prueba en términos de errores de percepción e interpretación¹⁵³, permitirá al juzgador establecer el grado de corroboración que pueda extraerse para confirmar una determinada hipótesis. Ello conduce a que el relato de un testigo no pueda ser tenido sin más como creíble por haberlo hecho bajo juramento, ya que este, como herramienta dirigida a obtener un relato de las partes que se acerque a la verdad de los sucesos investigados, resulta ineficiente. El juramento en sí mismo, como se vio, no se ve dotado de fuerza alguna para alcanzar dicho propósito. En todo caso, es la amenaza penal ante la mentira -debidamente perseguida y castigada- la que sin necesidad de este podría tener una incidencia en la conducta de quienes declaren durante el proceso.

3.6. El juramento: su valor simbólico y su efecto en las declaraciones que lo excluyen

Tal como quedó demostrado, se puede afirmar que el juramento no tiene ningún valor epistémico intrínseco ya que el respaldo con el que cuenta la garantía que sugiere una mayor veracidad del relato juramentado no está justificado de manera racional.

¹⁵³ La psicología del testimonio ha enseñado que aun cuando un testigo crea estar siendo veraz en su relato de los hechos, igual su contenido puede no corresponderse con lo sucedido, en tanto puede actuar en función de falsos recuerdos formados en su memoria. Ello, dado el verdadero funcionamiento de la memoria, que pese a resultar contraintuitivo, no opera como una videograbadora, ni es un fiel reflejo de lo que realmente ocurrió, sino una interpretación subjetiva que se va formando y continuamente adaptando en nuestras mentes a partir de cada reconstrucción que hacemos e interferencias externas (LOFTUS Y KETCHAM, 1991).

Ello se puede concluir ya que no se ha advertido evidencia alguna que, sobre la base de una observación empírica, haga plausible a la máxima de experiencia según la cual usualmente quien jura previo a prestar declaración testimonial declarará conforme a cómo sucedieron los hechos. En primer lugar, dado que las sociedades actuales ya no están regidas por la religión, no es dable detectar una creencia en la amenaza de un castigo por parte de una entidad superior. Por lo tanto la garantía de la máxima de experiencia deviene irrelevante, carente de fuerza alguna. Por otro lado, si bien coloca al juramento en un segundo plano, lo cierto es que la amenaza penal asociada normativamente a este tampoco resulta, al menos en el contexto de la sociedad estadounidense, una herramienta que, dada la baja eficacia que presenta su persecución, permita impulsar a declarar la verdad. Mientras que, por último, se pudo reconocer que el valor que se le suele atribuir al juramento en realidad no proviene de una fuerza propia, sino ya del contraexamen, el cual no requiere -al igual que sucede con los delitos de perjurio y falso testimonio- de la toma del juramento para poder llevarse a cabo, y tampoco representa una herramienta sobre la cual se observe una motivación para declarar con la verdad o que aumente las posibilidades de esto.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse su valor simbólico como ritual asociado a un fin determinado. Esta asociación, pese a no encontrar un respaldo, convive en la conciencia colectiva¹⁵⁴ de modo que tiene su efecto en ella, toda vez que pese a lo aquí señalado, puede resultar contraintuitivo que el juramento sea simplemente un ritual, y en definitiva, un resabio de sociedades atravesadas por la religión.

¹⁵⁴ Como se vio de la definición del juramento de la nota al pie nro. 26, existe en uno de los manuales de Derecho Penal de amplia difusión en Argentina la idea del juramento como garantía de verdad.

Ahora, si bien la eficacia real del juramento puede vencerse a través del contraexamen, donde se aplicará el test de credibilidad a fin de determinar la verdad de los hechos, corresponde hacer hincapié en el efecto que la teoría intuitiva tiene en las declaraciones que se reciben sin la fórmula. Es que si se convive con la idea de que el juramento en realidad sirve a los fines para los que se emplea, entonces ¿cómo impacta en las declaraciones del acusado su ausencia?

Para responder aquel interrogante basta con volver sobre las resoluciones traídas a estudio en puntos anteriores: su ausencia impacta en las declaraciones que no lo contengan y hace que se las juzgue como si tuvieran un menor estatus epistémico¹⁵⁵. La interpretación del derecho contra la autoincriminación que realiza la Corte Suprema Argentina, conlleva a la prohibición del juramento en la declaración del acusado. Sin embargo, si el juramento es epistémicamente irrelevante, como aquí se propone, el hecho de que esté previsto para los testigos y prohibido para los imputados, tiene como consecuencia que, simbólicamente, se asuma que el primero tiene más valor que el segundo, lo que coloca -siempre de manera simbólica- a la versión de la persona acusada en un estatus de prueba de menor calidad.

En esta misma línea, Guillermo Orce argumenta que este modelo de declaración previsto para quien sea acusado en causa penal presupone su despersonalización por parte de las reglas del proceso que se sigue en su contra. En ese sentido sostiene que:

«la falta de una regla que imponga responsabilidad por la falsedad de sus dichos

¹⁵⁵ Para analizar con mayor profundidad este punto resultará necesario, en una segunda instancia del trabajo, realizar una investigación más detenida de jurisprudencia que de cuenta del menor valor reconocido a la declaración del acusado por el hecho de no prestarla bajo juramento. Sin perjuicio de ello, ya desde un plano normativo puede reconocerse el tratamiento diferencial que reciben ambas declaraciones, cuales conducen al estudio que lleva a cabo Orce (2012).

durante el proceso, le impide al imputado, vía despersonalización, convertirse en objeto de prueba a su favor. La idea de que el imputado no declare bajo juramento (incluso la prohibición de ello) y que por lo tanto, no esté sujeto a la amenaza penal por perjurio bien puede tener un origen bien intencionado, pero sus consecuencias actuales son intolerables para sus derechos de defensa en juicio» (ORCE, 2012, p.554).

El autor considera que si bien no puede cuestionarse su carácter como sujeto del proceso, se le debe garantizar la utilización de sí mismo como objeto para ofrecer prueba a su favor. De lo contrario, entiende que

«[s]e trata de una despersonalización intolerable: el imputado no puede hacer valer sus declaraciones como prueba que pese. Bien puede ser oído en el sentido de un sujeto (del proceso): puede indicar pruebas para que sean corroboradas, argumentar sobre ellas, etc.; pero no puede ser oído como objeto de prueba: sus dichos no valen como prueba de descargo, y ello simplemente porque quien no es suficientemente tenido en cuenta como para ser responsable por sus dichos, simplemente no puede ser tenido en cuenta en absoluto» (ORCE, 2012, p.555).

Orce (2012) considera que la legitimidad del resultado del proceso se alcanza con el derecho de la persona acusada a no declarar, pero que, «una vez elegida libremente la opción de declarar, la libertad de no decir la verdad solo opera como una libertad natural que despersonaliza al imputado y que solo le quita posibilidades de defensa» (p.556). Así, critica que «[l]a ampliación paternalista de la libertad hacia un modelo de permisión de la mentira tiene el efecto paradójico de que el imputado no pueda defenderse adecuadamente» ya que «quien pueda mentir no será tomado en

serio y ninguna regla puede romper esa dinámica lógica» (ORCE, 2012, pp.562-563). De ello concluye que la implementación del juramento es recomendable en tanto beneficiará al acusado inocente por otorgarle un «arma de defensa, su propio testimonio, con la que antes no contaba» (ORCE, 2012, pp.562-563). Mientras que el acusado culpable, si bien puede verse perjudicado, contará con el derecho a guardar silencio, sin que de este se puedan extraer inferencias.

En suma, el análisis de Orce presenta distintas interpretaciones posibles. Entre ellas, parecería que el autor le reconoce al juramento cierto valor asociado a la observación de que la sociedad declara conforme sucedieron los hechos con base en la creencia de que de lo contrario le aplicarán una sanción penal, sin detenerse a evaluar su real eficacia. Mientras que, por otro lado, su posición resulta compatible incluso con la idea que aunque el rito no tenga relevancia epistémica en sí mismo, el modo en que se encuentra legislado – obligatorio para los testigos, y prohibido para los acusados- opera como un bloqueo del compromiso de la verdad para el acusado, que la aserción de por sí tendría. De manera que el juramento sólo operaría como una explicitación del compromiso con la verdad por parte del testigo, al tiempo que la ausencia del juramento del acusado opera como una explicitación del descompromiso con la verdad de este, sugiriendo por ello que puede estar mintiendo.

Sin perjuicio de cual sea su postura, lo cierto es que su obra permite destacar los problemas que presenta la presencia del juramento en el procedimiento, y los efectos que trae a la declaración del acusado, que es justamente marcar una diferencia simbólica en el estatus epistémico de sus declaraciones frente a la de los testigos, con base en una herramienta atravesada por una creencia implícita que carece de una justificación racional válida.

4. Conclusión

Tal como se desprende del trabajo, la principal discusión en ambos sistemas de enjuiciamiento en relación a la exigencia del juramento del acusado gira en torno a su compatibilidad con las garantías fundamentales que lo protegen: si este afecta o no al privilegio de autoincriminación. Sin embargo, este obstáculo constitucional que surge de la interpretación del sistema romano-germánico, no se condice con los fundamentos históricos que dieron lugar al privilegio, el que-como explican Roberts y Zuckerman (2004)-supone la eliminación de los interrogatorios compulsivos, aspecto ignorado ya desde las bases procedimentales del sistema en cuestión al imponer un interrogatorio, donde, si bien el acusado puede guardar silencio, no puede evitarlo. De allí se llegó a concluir en el trabajo que la implementación del rito en la declaración de las personas acusadas sería viable en el sistema romano-germánico, ya que no se encontraron razones históricas de recibo ni incompatibilidades con las garantías constitucionales.

Ahora bien, pese a que la declaración juramentada del acusado no resulta censurable desde la crítica clásica, lo cierto es que ninguno de estos sistemas se ocupó, en sus diferentes posturas, del valor epistémico del rito, empleado de manera acrítica como garantía de verdad de las declaraciones. Así, mientras en el sistema anglosajón se exige respecto a las declaraciones de testigos y acusados, sin cuestionar su verdadero aporte, en la tradición europea-continental la información deficitaria ingresa en un doble sentido: se le reconoce mayor relevancia probatoria a la declaración del testigo por ser juramentada, y por otro, al no imponer un deber de verdad en la declaración del acusado, se le reconoce doctrinariamente un supuesto derecho a mentir.

El análisis llevado a cabo permitió demostrar que en verdad el juramento como herramienta no permite, por sí solo, obtener declaraciones de

mejor calidad, (i.e. que se correspondan en mayor medida a los eventos materia de investigación), ya que no se ha observado que en las sociedades actuales se le pueda imputar un efecto disuasorio destinado a motivar conductas. En ese sentido, la mayor relevancia epistémica que se le atribuye no se encuentra debidamente justificada, ya que esta le corresponde al procedimiento del conainterrogatorio que se asocia al rito, el cual permite a las partes controlar lo que luego será valorado por el juzgador, pero no incentivar a los testigos a que declaren con la verdad.

Este escenario conduce a elaborar diferentes propuestas; por un lado se podrán implementar medidas dirigidas a incentivar la persecución de la mentira a través del delito de falso testimonio o perjurio, para de esa manera devolver a la motivación normativa su poder disuasorio. En este supuesto, entonces, deberá exigirse su presencia también en la declaración del acusado a fin de evitar colocarlo, aunque sea simbólicamente, en desigualdad de condiciones por no contar con una de las garantías normativas para una mejor calidad de la información que introduce al relato. Por otro, o incluso de forma simultánea, se podrá también proponer la eliminación del juramento de toda declaración por carecer de valor epistémico alguno que justifique su exigencia en el proceso, lo que genera actualmente el ingreso de información que se asume relevante sin su debido control.

En conclusión, cualquiera sea el escenario, aun en caso de mantener su exigencia en el proceso, se debe partir de que el juramento no dotará de credibilidad al testigo, en tanto esta dependerá siempre de su grado de certeza. La declaración testimonial, con o sin juramento, deberá ser analizada y controlada por el juzgador que determinará el grado de corroboración que sea factible extraer para confirmar la hipótesis que pretenda sostener.

5. Bibliografía

ACCATINO, D., sin fecha: «Apuntes sobre prueba y verdad».

AMAYA, A., 2009: «The Ethics of Trial Deliberation: Moral Agency in Legal Fact-Finding», en *International Commentary on Evidence*; 7 (2): 1-47.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2005: *Los 'hechos' en la sentencia penal*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México: Distribuciones Fontamara.

BECCARIA, C., 1982: *De los delitos y de las penas*, Trad. de J.A. de las Casas), Madrid: Alianza Editorial.

BOVINO, A., 1995: «Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado», en *Ius et Veritas: Revista de la Asociación*, 11: 33-40.

CARRIÓ, A. D., 2014: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi.

CASTEX, F., 2018: «¿El imputado tiene derecho a mentir?». Recuperado de *Diario DPI Cuántico*: <http://dpicuantico.com/sitio/wpcontent/uploads/2018/04/Castex-PENAL-6.4.pdf>.

CORNELL LAW SCHOOL, (n.d.). *Legal Information Institute*. Recuperado de https://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment.

DAMASKA, M. R., 2000: *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, Trad. de Andrea Morales Vidal, Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

D'ALESSIO, A. J., y DIVITO, M. A., 2004: *Código Penal: Comentado y anotado, Parte especial*, (artículos 79-306), Buenos Aires: La Ley.

FERRAJOLI, L., 2011: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío

cantarero Bandrés, Madrid: Editorial Trotta.

FERRER BELTRÁN, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*, Filosofía y derecho, Madrid: Marcial Pons.

FERRER BELTRÁN, J., 2005: *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid: Marcial Pons.

FOUCAULT, M., 1978: *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Lynch, Barcelona: De Río de Janeiro, 1996.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2013: *Quaestio Facti: ensayos sobre prueba, casualidad y acción*, México D.F.: Distribuciones Fontamara.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2003: «Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal», en *Jueces para la democracia*, 47.

HIBSCHMAN, H., 1933-1934; «You do Solemnly Swear or that Perjury Problem», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 24 (5).

JACOB, R., 2014: *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

LOFTUS, E. Y KETCHAM, K., 1991: *Juicio a la memoria: testigos presenciales y falsos culpables*, Trad. de Concha Cardeñoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín, Barcelona: Alba oscura, 2010.

LLUCH, X. A., 2015: *Las reglas de la sana crítica*, Madrid: La Ley.

NAVARRO, G. R. Y DARAY, R. R., 2006: *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo I y II*, Buenos Aires: Hammurabi.

NIEVA FENOLL, J., 2010: *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

O'NEILL, T. P., 1990: «Vindicating the Defendant's

Constitutional Right to Testify at a Criminal Trial: The Need for an On-The-Record Waiver, 51 U. Pitt. L. Rev. 809», Recuperado de: <https://repository.jmls.edu/facpubs/260/>.

ORCE, G., 2012: «Despersonalización del imputado: la desconsideración de su defensa como consecuencia de su falta de responsabilidad al declarar», en *Cuestiones penales. Homenaje al Profesor Doctor Esteban J.A. Righi*, Buenos Aires, Ad Hoc: 549-64.

PAPAYANNIS, D.M., 2009: *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

POPPER, R., 1962: «History and Development of the Accused's Right to Testify», *Washington University Law Review*, 1962 (4): 454-55.

«Perjury: The Forgotten Offense. The Journal of Criminal Law and Criminology», 1973, *Northwestern University School of Law*, 65 (3): 361-372. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/1142605?mag=why-is-perjury-so-rarely-prosecuted>.

ROBERTS, P., Y ZUCKERMAN, A., 2004: *Criminal Evidence*, Second Edition, Nueva York: Oxford University Press.

ROXIN, C., 1997: *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del delito*, Trad. de la 2.a edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Civitas, S. A.

SÁNCHEZ - VERA GÓMEZ - TRELLES, J., 2012: *Variaciones sobre l presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons.

SONZINI ASTUDILLO, U., 2017: «Transplantes jurídicos: un debate enriquecedor», en *Cuadernos Universitarios*, Publicaciones Académicas, Universidad Católica de Salta, 10: 49-61.

STORDEUR, E., 2011: *Análisis económico del derecho. Una introducción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

TARUFFO, M., 2005: *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta.

TEDESCO, I. G., 2015: *El acusado en el ritual judicial*, Buenos Aires: Ediciones Didot.

TOULMIN, S., 2007: *Los usos de la argumentación*, Trad. de María Morras y Victoria Pineda, Barcelona: Ediciones Península.

UNDERWOOD, R. H., 1993: «False Witness: A Lawyer's History of the Law of Perjury», 10 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 215.

WHITE, T. R., 1903: «Oaths in Judicial Proceedings and Their Effect upon the Competency of Witnesses», The American Law Register, The University of Pennsylvania Law Review, 51 (7): 373-446.

ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. Y SLOKAR, A., 2000: *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar.

Resumen: Las dificultades probatorias que presenta el lucro cesante en casos de lesiones impositivas y la muerte, bajo el régimen



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:

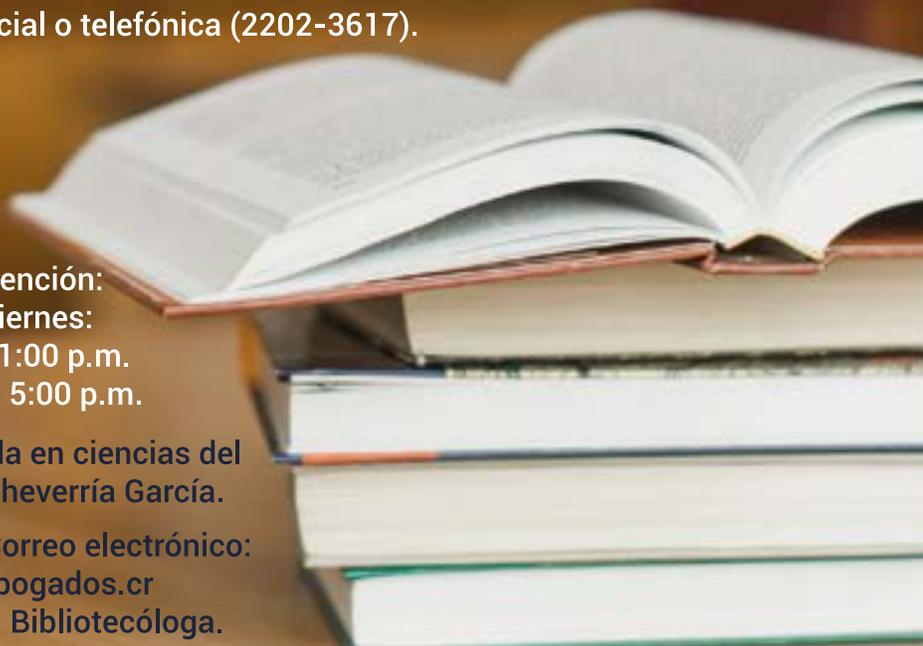
de 8:00 a.m. a 1:00 p.m.

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.





LA PRUEBA DEL LUCRO CESANTE FUTURO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

*Alejandro CLUNES MUÑOZ**

de responsabilidad extracontractual, están centradas -principalmente- en la extensión de la reparación. Esta dificultad se ve agravada por la falta de distinción adecuada entre existencia y cuantificación, lo que redundará en que esta categoría de daños quede sin indemnizar. Ello justifica el tratamiento diferenciado del lucro cesante en esta sede, pues en la responsabilidad contractual, el contrato puede otorgar vía interpretativa un límite temporal del lucro cesante indemnizable. En este trabajo propongo la implementación de una norma jurisprudencial de presunción, como estrategia de distribución del riesgo probatorio en favor de la víctima, que no altera inicialmente la carga de la prueba y resguarda adecuadamente el derecho a defensa del demandado.

Palabras claves: lucro cesante, presunciones, daños corporales, responsabilidad extracontractual, certeza.

Abstract: The evidentiary difficulties presented by loss of profit in cases of preventative injury and death under the tort liability regime focus

primarily on the repair extension. This difficulty is aggravated by the lack of an adequate distinction between existence and quantification, which results in this category of damages remaining without compensation. This justifies the differentiated treatment of loss of profit in this headquarters, since in contractual liability, the contract may grant an interpretative way a temporal limit of the loss of profit that can be compensated. In this paper, I propose the implementation of a jurisprudential presumption rule, as a strategy for distributing the evidentiary risk in favor of the victim, which does not initially alter the burden of proof and adequately protects the defendant's right to defense.

Keywords: lost profit, presumptions, personal injuries, tort liability, certainly.

Sumario: I. Introducción. II. Problemas probatorios del lucro cesante. a) Concepto. b) Daño emergente. c) Pérdida de la Chance. d) Daños presentes y futuros. III. La certeza del lucro

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile; Magister en Derecho Civil Patrimonial por la Universidad Diego Portales; Máster en Razonamiento Probatorio por las Universidades de Girona (España) y Génova (Italia). Relator Titular Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Chile. Email: alejandroclunes@gmail.com

cesante. IV. Las presunciones. a) Presunciones hominis y presunciones legales. b) Inferencias probatorias empíricas. c) Presunciones. d) Regulación legal de las presunciones judiciales en Chile. V. Pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia. a) La certeza del lucro cesante tanto en su existencia como extensión. b) La edad de jubilación no es suficiente. c) La expectativa de vida laboral de la víctima. VI. Norma jurisprudencial de presunción. a) Características. b) Criterios para su establecimiento. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción.

Las dificultades probatorias asociadas a la existencia y cuantificación del lucro cesante se encuentran estrechamente relacionadas con la futuridad de esta categoría de daños, ya que –las más de las veces– se produce y concreta en el futuro. Sin embargo, estas complejidades no son exclusivas del lucro cesante, sino compartidas de forma general cada vez que se pretende probar un hecho futuro. Empero, lo que justifica un tratamiento específico de este daño patrimonial es que en el proceso judicial debe sortear un problema adicional, esto es, que ha sido entendido por la jurisprudencia en oposición al daño emergente, lo que impacta directamente en las posibilidades de éxito de la víctima de obtener una reparación, porque se confunde la certeza con la cuantificación.

En efecto, tratándose de esta clase de daños, solo es dable exigir la probabilidad de su ocurrencia, una certidumbre relativa, es decir, que de acuerdo al curso normal de los acontecimientos y en las probabilidades objetivas de ingresos o ganancias futuras, el demandante habría obtenido de no intervenir el hecho del demandado. En este punto, juegan un rol preponderante las inferencias probatorias empíricas que realizan los jueces, pues lo que ha de entenderse por curso normal de acontecimientos no es otra cosa que la

aplicación de las máximas de la experiencia del resolutor, advirtiéndose disparidad de criterios ante situaciones fácticas análogas, dejando sin reparación un daño debidamente probado. Así, lo que para algunos reviste caracteres de generalización empírica (que la víctima hubiese trabajado remuneradamente hasta la edad de jubilación de no haber mediado el hecho dañoso) resulta inaplicable en un caso particular (porque lo normal es que la gente no trabaje toda su vida en el mismo lugar ni por la misma remuneración).

En lo que sigue intentaremos demostrar que la construcción de una norma jurisprudencial de presunción permitiría unificar criterios y contribuir a la seguridad jurídica, sin alterar la carga de la prueba, sino el tema de prueba, al tiempo que se otorga una facilidad probatoria a la víctima del daño respecto de un hecho difícil de probar.

II. Problemas probatorios del lucro cesante.

La distinción de los daños patrimoniales en daño emergente y lucro cesante –*damnum emergens* y *lucrum cessans*– viene del Digesto donde se entendía por daño “*lo que he perdido o dejado de lucrar*”.¹⁵⁶ Este concepto y la referencia separada a ambos tipos de daños han permanecido inalterables en el tiempo, con una recepción más o menos uniforme en diversos ordenamientos jurídicos.¹⁵⁷ Sin embargo, el lucro cesante ha recibido un escaso desarrollo debido a que parece gozar de injustificada fama de perjuicio completamente incierto, prácticamente imposible

¹⁵⁶ BARROS (2006), p. 257. En Chile el lucro cesante tiene su asiento normativo en materia contractual en el artículo 1556 del Código Civil, mientras que en sede extracontractual encuentra sustento en los artículos 2314 y 2329 que imponen el principio de reparación de todos los daños, sin distinguir acerca de su naturaleza o configuración.

¹⁵⁷ VICENTE (2014), pp. 8-11.

de probar, por lo mismo, especulativo.¹⁵⁸ Lo anterior se ve agravado porque existe un amplio consenso sobre su significado, de lo que se derivaría la falta de interés en profundizar su estudio.

Antes de abordar los problemas probatorios que suscita el lucro cesante, resulta útil contrastar su concepto con otras manifestaciones del daño, a efectos de fijar adecuadamente sus contornos.

a) Concepto: El lucro cesante puede conceptualizarse como la frustración o privación de la utilidad, ganancia, provecho o beneficio económico legítimo que, de no haber mediado el delito o cuasidelito civil, hubiese, ordinaria y razonablemente, incrementado el patrimonio de una persona.¹⁵⁹

b) Daño emergente: El lucro cesante supone la pérdida de un beneficio que se habría producido de no mediar el hecho ilícito, mientras que el daño emergente consiste en el daño directo e inmediato. Esta clara distinción conceptual puede suponer confusiones en las manifestaciones prácticas de ambos tipos de daños. Veamos algunos ejemplos: la desvalorización de un vehículo producto de

un accidente de tránsito o la depreciación de un inmueble derivado de defectos constructivos, corresponde a daño emergente, puesto que es un daño efectivo, real e independiente de la venta del bien afectado. Por su parte, la disminución de las ventas de una empresa por la difusión de noticia equivocada o errónea constituye lucro cesante, ya que se proyecta en el futuro la ganancia dejada de obtener.¹⁶⁰ En consecuencia, lo determinante es la disminución patrimonial efectiva (empobrecimiento) en contraposición al aumento patrimonial omitido (privación de una ganancia).¹⁶¹

Lo importante en este punto para trazar la distinción, es que el lucro cesante no repara una disminución del valor del patrimonio, sino un no incremento del mismo.

c) Pérdida de la chance: El lucro cesante está relacionado con aquello que efectivamente se dejó de ganar, lo que supone una certeza (razonable probabilidad) de obtener esa ganancia de no haber intervenido en el curso normal de los acontecimientos. En la pérdida de la chance, la oportunidad ya se tenía y lo que está en juego es lo que se habría obtenido de haberse verificado, es decir, lo que se indemniza no es lo que se dejó de ganar sino que la oportunidad de estar mejor.¹⁶² Así, la certeza es menor que en el lucro

¹⁵⁸ ELLORRIAGA (2002), p.54.

¹⁵⁹ En la doctrina Chilena, DIEZ sostiene que “se encontrará acreditada la existencia del lucro cesante cuando aparezca establecido en la causa que el delito o cuasidelito civil originó al ofendido la pérdida de una ganancia que, salvo hipótesis excepcionales, era razonable esperar que hubiese ingresado a su patrimonio”. DIEZ (1998), p. 135; Para RODRÍGUEZ “el lucro cesante corresponde a la utilidad, provecho o beneficio económico que ordinaria y razonablemente una persona deja de obtener como consecuencia de un hecho ilícito”. RODRÍGUEZ (1999), p.265; CORRAL apunta que “El lucro cesante es la “frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso”. CORRAL (2013), p. 143; BARROS estima que habrá lucro cesante “si una persona deja de percibir ingresos o por el hecho de estar inmovilizada a consecuencia de un accidente, o si el hecho culpable ha impedido que la víctima se libere de una obligación”. BARROS (2006), ob.cit. (nº1), p.257.

¹⁶⁰ VICENTE (2014), Ob. Cit. (nº2), pp. 23-32.

¹⁶¹ BARROS (2006), Ob. Cit. (nº1), p. 258.

¹⁶² Si bien la aplicación de la distinción entre daño futuro reparable y daño eventual no reparable plantea un problema frente a la situación intermedia que constituye la pérdida de una oportunidad, que *a priori* tendría un carácter eventual, lo cierto es que los tribunales admitieron que la pérdida de una oportunidad real y sería constituía un perjuicio cierto, requiriendo reparación. CAPITANT, TERRÉ y LEQUETTE (2005), p.205. Los autores agregan que “el criterio al que la jurisprudencia parece más fácilmente referirse es de orden temporal, así para la pérdida de la oportunidad para aprobar un examen, es necesario que la ventaja proyectada haya sido en un corto plazo”. DIEZ-PICAZO y GULLÓN citando el problema de los daños eventuales en relación con la pérdida de una chance sostienen que la jurisprudencia

cesante, pues influye el factor aleas que impide prever el resultado. Y de ello se deriva que solo se repare en proporción a la probabilidad y no el beneficio esperado,¹⁶³ es decir, no se indemniza la probabilidad misma, sino que la mayor o menor proporción a ella.¹⁶⁴

d) Daño presente y daño futuro: la clasificación entre daños presentes y futuros atiende al momento en que se producen los daños en relación con la presentación de la demanda o la dictación de la sentencia.¹⁶⁵ Luego, tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser presentes o futuros, debiendo considerarse -en lo que aquí interesa- si el acontecimiento que ha impedido el incremento patrimonial se ha realizado en el intervalo que existe entre el hecho dañoso y el juicio (presente) o si durante la secuela del juicio la situación perjudicial no ha devenido en apreciable, es decir, que todavía no ha sucedido pero su causa generadora ya existe (futuro).¹⁶⁶

tiende en la actualidad a conceder indemnización según el grado de probabilidad que la chance posea, en DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2012), p.322. CORRAL, sostiene que en el caso de la pérdida de una chance, el daño resarcible no puede ser identificado con el valor total de la pérdida del beneficio que se podría haber logrado de haberse aprovechado la oportunidad, pues este es un daño hipotético, aunque la probabilidad de obtenerlo pueda calificarse de muy alta, lo que se indemniza es la frustración de postular a la obtención del beneficio, pues este es el daño cierto, en CORRAL (2013), pp. 136-143.

¹⁶³ RÍOS y SILVA (2017), pp. 250-254.

¹⁶⁴ Así se ha dicho que no se trata de resarcir la “seria probabilidad” de pérdida efectiva de ganancias materiales (certeza relativa), sino de la “oportunidad” de obtener esos beneficios. MOISSET DE ESPANÉS, Luis; TINTI, Guillermo y CALDERÓN, Maximiliano, *Daño emergente y lucro cesante*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹⁶⁵ Dependiendo de la tesis que se siga sobre el particular. Cfr. DIEZ (1997), p. 65; VICENTE (2014), Ob. Cit. (n°2), pp. 84-84; ELLORRIAGA, Ob.Cit. (n°3), pp. 58-59; RODRÍGUEZ (1999), p.264.

¹⁶⁶ DE CUPIS (1975), p. 320. Para el autor una lesión corporal genera un lucro cesante presente si corresponde a las ganancias que la víctima habría conseguido en el periodo

Por consiguiente, la línea que nos permite trazar la distinción entre lucro cesante presente y futuro es la proyección futura del daño, por un plazo determinado o no, después de la dictación de la sentencia. Un ejemplo puede servir para clarificar la distinción: el costo de un tratamiento médico futuro constituye daño emergente futuro, mientras que la pérdida del beneficio dejado de obtener a consecuencia del daño corresponde a lucro cesante futuro.

Ciertamente la contrastación conceptual esbozada presenta dificultades en la práctica, especialmente en aquellos casos en que las diferencias entre las distintas manifestaciones del daño no son tan nítidas. Sin embargo, la somera delimitación de la definición que se ha efectuado, resultará útil para abordar los problemas probatorios que presenta el lucro cesante en relación a su existencia y cuantificación.

Asentado lo anterior, no cabe duda que el lucro cesante, como todo daño, debe ser cierto, real, no hipotético o eventual,¹⁶⁷ sin embargo, no es en la lógica de la certidumbre que radica el problema, sino en la adopción de criterios que permitan determinar la certeza del daño y distinguirlos adecuadamente de aquellos que cabe aplicar para definir su magnitud. Esta dificultad se acentúa tratándose de perjuicios que, de algún modo, están afectos a cierta probabilidad o eventualidad,¹⁶⁸ lo que normalmente sucede si el daño es futuro. En este punto conviene dejar asentado que las dificultades probatorias que supone la futuridad son igualmente aplicables al lucro cesante y al daño emergente, cuando

intermedio entre el hecho dañoso y el juicio. Y daño futuro, si con posterioridad al juicio la víctima no podrá disfrutar de aquellas ganancias que habría obtenido de no mediar la lesión.

¹⁶⁷ El daño eventual es aquel cuya realización no es cierta y, por ende, no puede dar lugar a reparación sino hasta que la eventualidad se transforme en certeza.

¹⁶⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1990), pp.148-149.

presentan esta característica (daños futuros), haciendo más compleja la distinción práctica entre ambas categorías de daños.

Ahora bien, en las controversias jurídico probatorias (y en general cuando se trata de conocimiento empírico) no es posible expresar conclusiones con absoluta seguridad¹⁶⁹ y lo que cabe es formular racionalmente juicios de probabilidad, por lo que en el presente caso es mejor tomar como parámetro el grado de certeza que se exige al daño emergente y establecer que en el caso del lucro cesante esta certeza es menor. En consecuencia, no existe problema con que el daño sea futuro, pues lo importante es que haya certeza probatoria (aunque atenuada) de que llegará a existir en un tiempo próximo.¹⁷⁰

En lo que sigue centraremos el análisis únicamente en el lucro cesante futuro, dado que los problemas probatorios se presentan de forma más nítida y las confusiones entre certeza y magnitud del daño son más patentes.

III. La certeza del lucro cesante.

Los hechos son eventos o acciones del mundo real y aquello que es objeto de prueba no son los hechos, sino que los enunciados acerca de determinados hechos.¹⁷¹ Luego, cuando hablamos de certeza del lucro cesante estamos

haciendo referencia a la comprobación de una determinada aserción sobre los hechos de la causa, que constituye el resultado de la valoración por el juez de los medios de prueba aportados al proceso. Dado que los enunciados declarativos de los hechos son enunciados relacionales a un determinado conjunto de elementos de juicio admitidos y practicados en el proceso judicial,¹⁷² cuando se afirma que está probada la certeza del lucro cesante significa que el conjunto de elementos de juicio aporta apoyo suficiente a dicho aserto.¹⁷³

Cuestión distinta es si existe una correspondencia entre los hechos -que como dijimos tienen una existencia independiente- y los enunciados con que pretendemos describirlos. En este punto las dificultades del lucro cesante radican en que se trata de enunciados referidos a hechos que no son directamente perceptibles o accesibles a la experiencia sensorial (hechos futuros), por lo que nos situamos en el terreno de la probabilidad, en que se pueden justificar racionalmente nuestras conclusiones sobre el conocimiento de los hechos, pero no demostrar la verdad de la proposición, es decir, podemos evaluar racionalmente el grado de probabilidad que la conclusión tiene de ser verdadera, más no podemos afirmar que dichas razones sean concluyentes.¹⁷⁴ Si tuviéramos que trazar una diferencia simple (y quizás reductiva) entre ambos aspectos anotados, diríamos que lo primero corresponde a “estar probado” y lo segundo a “ser verdadero”. En lo que sigue, centraremos nuestra atención únicamente en la forma en que cabe afirmar que la certeza del lucro

¹⁶⁹ Las conclusiones basadas en pruebas son necesariamente de naturaleza probabilística porque nuestra prueba está siempre incompleta; es comúnmente no concluyente; es a menudo ambigua: los conjuntos de pruebas son comúnmente discrepantes; y las fuentes tienen diversos grados de credibilidad imperfectos. ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015), pp. 303-304.

¹⁷⁰ CORRAL agrega que bajo estas condiciones se admite la responsabilidad sobre un daño contingente, que aún no ha ocurrido pero que puede producirse de no adoptarse medidas preventivas. En tal caso, la certidumbre deberá recaer sobre la inminencia o amenaza de producirse el daño, en CORRAL (2013), p. 136.

¹⁷¹ NÚÑEZ (2018), p. 62.

¹⁷² FERRER (2002), pp. 35-38.

¹⁷³ Ese enunciado será verdadero cuando exista correspondencia entre lo que éste afirma y aquello a lo que se refiere (verdad como correspondencia), pues la alegación de un hecho, desde el punto de vista epistémico, consiste en la afirmación de un enunciado hipotético que puede ser, en sí mismo, verdadero o falso, pero en el momento de ser expresado y mientras no se formule la decisión final, no es ni verdadero ni falso. TARUFFO (2010), pp. 144-145.

¹⁷⁴ ACCATINO (2018), pp. 1-14

cesante “está probado”.

El resarcimiento del lucro cesante como partida indemnizatoria está supeditado a que revista las características de un daño cierto. Sin embargo, esta certeza no debe ser la misma que se exige del daño emergente actual o presente,¹⁷⁵ ya que tal predicamento se aleja del principio de reparación integral del daño, dejándose de indemnizar un daño cierto y determinable objetivamente por dudas acerca de su monto. Luego, se trata de una certidumbre relativa, fundada siempre en el curso normal de los acontecimientos y en las probabilidades objetivas de ingresos o ganancias futuras.¹⁷⁶ Así, que el perjuicio sea cierto, importa que el juez tenga la certeza probatoria de que el demandante habría obtenido un beneficio económico si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha, sin importar que el perjuicio del que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en el futuro.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Los daños futuros presentan dificultades derivadas de la necesidad de efectuar conjeturas acerca de su existencia y cuantificación. DIEZ (1997), p. 65., lo que resulta aplicable tanto al lucro cesante futuro como al daño emergente futuro.

¹⁷⁶ ELLORRIAGA, Ob. Cit. (nº3), pp.53-54.

¹⁷⁷ MAZEAUD, y TUNC (1963), p.301. Este criterio se encuentra asentado jurisprudencialmente desde 1932 cuando la Corte de Casación Francesa sostuvo que “*si no es posible conceder daños y perjuicios en reparación de un perjuicio puramente eventual, es distinto cuando el perjuicio aunque futuro aparece a los jueces del hecho como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual y como susceptible de una estimación inmediata*”. (Crim. 1º de junio de 1932, DP 1932. 1. 102, inf. Pilon, S. 1933. 1. 49, nota H Mazeaud). Un perjuicio futuro puede, también, considerarse como cierto, sobre todo si su evaluación judicial es factible, así por ejemplo, un perjuicio destinado a prolongarse en el tiempo que da lugar a la condena del responsable para el pago de una renta vitalicia, es evidente que con ello se busca asegurar la reparación de un perjuicio cierto, pero futuro. CAPITANT, TERRÉ y LEQUETTE, Ob.Cit. (nº7) p.204. Una lesión corporal en que se diagnostica que en un tiempo por venir nacerán secuelas que exigirá de la víctima un desembolso constante para su tratamiento médico, constituye un daño futuro cierto, pues

El problema es que tradicionalmente se asocia al lucro cesante con un perjuicio eventual, hipotético y por lo tanto carente de reparación, lo que deriva del carácter –por regla general– futuro del daño cuya reparación se reclama. Y ello es particularmente relevante tratándose del daño corporal,¹⁷⁸ que es la categoría de perjuicios que genera los casos más importantes de la responsabilidad civil, tanto por la relevancia del bien jurídico involucrado como por el aumento de las fuentes de riesgo en la sociedad contemporánea.¹⁷⁹ Aun cuando del daño corporal se siguen consecuencias patrimoniales y no patrimoniales,¹⁸⁰ para efectos del análisis únicamente nos centraremos en las primeras, específicamente, en el lucro cesante futuro asociado a las lesiones corporales con secuelas permanentes y la muerte.

se sabe que son gastos que, con seguridad, deberá acometer en el futuro. Cfr. YZQUIERDO (2001), p.148; DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2012), p.323.

¹⁷⁸ Es el que afecta la integridad física del ser humano. El carácter futuro del lucro cesante se manifiesta con fuerza en los casos en que el daño sufrido por la víctima como resultado de un accidente corporal lleva consigo una disminución de su capacidad de trabajo, pues todo el tiempo que viva lesionado sufrirá las consecuencias de ese accidente. Luego, lo que interesa es que el tribunal pueda ordenar, en un solo acto, la reparación no solo del perjuicio sufrido al día de la sentencia, sino el que se producirá en el futuro. Así, la acción de responsabilidad no se origina sino en el momento en que se sufre el daño o en el momento en que se ha convertido en cierto el perjuicio futuro, surgiendo desde entonces el derecho a reparación en la persona de la víctima, es decir, a partir del instante en que el daño, aun sin ser actual, sea, sin embargo, cierto, en MAZEAUD, y TUNC, Ob.Cit. (nº16) pp.205-303.

¹⁷⁹ ORMAZABAL habla de la “sociedad del riesgo” para referirse al aumento del riesgo a ciertos bienes –vida y salud– provocado por el propio hombre y no por fuerzas o elementos naturales que escapan a su control. ORMAZABAL (2004), p. 10.

¹⁸⁰ Los gastos necesarios para el tratamiento y cuidado de la víctima, que típicamente constituyen daño emergente, y las sumas que la víctima deja de ganar por la supresión o la disminución de su capacidad para generar ingresos, que constituye lucro cesante. BARROS, Ob.Cit.(nº1), pp. 234-235.

En cuanto a los criterios para determinar la certeza de un daño, la doctrina y la práctica jurisprudencial tienden a tratar al lucro cesante bajo la siguiente fórmula alternativa: si hay una certeza equiparable a la que se exige al daño emergente, es reparable por completo; si no la hay, el daño se tiene por eventual y no da lugar a reparación.¹⁸¹ Lo anterior, constituye un error ya que no cabe exigir la misma certeza que se predica al daño emergente presente para la reparación del lucro cesante, pues esta partida indemnizatoria está afecta a cierta probabilidad o eventualidad¹⁸²

¹⁸¹ BARROS, Ob.Cit. (n°1) p.264.

¹⁸² En este sentido ABELIUK sostiene que *“el lucro cesante resulta difícil de probar, porque no olvidemos que el daño debe ser cierto, y en el lucro cesante siempre se alega un hecho que pudo haber pasado o no, una hipótesis de ganancia, queda entregado enteramente al criterio del juez apreciarlo considerando siempre lo que normalmente habría ocurrido”*. ABELIUK (1993), p.733; A su turno BARROS apunta que *“el lucro cesante tiene siempre un elemento contingente, porque se basa en la hipótesis, indemostrable por definición de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado”*. BARROS, Ob.Cit. (n°1), p. 263; CORRAL sostiene que *“el lucro cesante es un daño que presenta dificultades de precisión, aun cuando se trata de perjuicios patrimoniales, ya que se trata de daños derivados de una previsión hipotética”*. CORRAL, Ob. Cit. (n° 14), p.143; Por su parte DOMÍNGUEZ ÁGUILA sostiene que *“la diferencia entre un perjuicio futuro cierto y la mera pérdida de una chance no es una cuestión nítida y la mayor parte de las veces es más una cuestión de grado que de naturaleza, pues todo lo futuro tiene una dosis de incertidumbre, luego, en los daños futuros existe una verdadera escala entre lo actual, lo virtual y lo eventual desde que entre lo probable y lo hipotético hay grados de certeza”*, DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011), p. 645. MORALES MORENO afirma –aunque referido a responsabilidad contractual- que la complejidad probatoria del lucro cesante proviene de que este tipo de daños es, a menudo, un daño que se produce y concreta en el futuro, por lo que siempre tiene ciertas dosis de incertidumbre o aleatoriedad. MORALES MORENO (2010), p. 25.

La dificultad de evaluación del lucro cesante es obvia, como siempre que se desea acometer la recomposición de un futuro, y que no es otra cosa que averiguar cuál habría sido el aumento patrimonial que habría tenido lugar si no se hubiese producido el hecho dañoso. En este punto YZQUIERDO

y, por ende, solo es dable exigir una certidumbre relativa, su posible ocurrencia. Así, el lucro cesante consiste en los objetivos ingresos o ganancias futuras que, de acuerdo al curso normal de los acontecimientos, el demandante habría obtenido de no intervenir el hecho del demandado.¹⁸³

Establecido que no resulta adecuado exigir al lucro cesante la certeza que se predica del daño emergente actual, es conveniente reemplazarla por lo que se ha denominado “juicio de probabilidad”, que consiste en considerar las consecuencias del hecho dañoso según el curso normal de los acontecimientos, que permite proyectar la situación presente a sus razonables consecuencias.¹⁸⁴ Si bien la denominación “juicio de probabilidad” se utiliza para dar cuenta del juicio probabilístico propio de las inferencias, lo cierto es que conduce a equívocos dada la multiplicidad de conceptos de probabilidad en la metodología de la valoración

señala que *“Al Tribunal Supremo la idea de lucro cesante parece sonarle casi siempre a conjetura, duda, contingencia y eventualidad.”* YZQUIERDO (2001), p.150; Por su parte, DIEZ-PICAZO y GULLÓN sostienen que en la jurisprudencia constante no basta con alegar la realización de un acto u omisión culpable, sino que se exige la prueba cumplida de la realidad del perjuicio a cargo del perjudicado, así como la extensión y alcance de daño, pero en materia de daños causados por la muerte de una persona, la jurisprudencia muestra gran laxitud en su apreciación, pues no exige la prueba cumplida de los perjuicios materiales ocasionados a los más próximos parientes. DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2012), p.325. Esta conclusión debe matizarse tratándose de daños causados a las personas en accidentes de circulación, pues la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, contiene un sistema de valoración de los mismos basado en baremos o tablas indemnizatorias.

¹⁸³ DOMÍNGUEZ, Ob. Cit. (n° 12), p.149. En el mismo sentido: ELLORRIAGA, Ob.Cit. (n°3), p.62; BARROS, Ob.Cit. (n°1), p.264.

¹⁸⁴ PIZARRO y DE LA MAZA (2012), p.114; En el mismo sentido, SANTOS (2015), p.17; VICENTE propone como enfoque y punto de partida el análisis del hecho inicial y de la verosimilitud del mismo. VICENTE (2014), Ob. Cit. (n°2), p. 16; DIEZ-PICAZO habla de *“juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo un curso normal de las cosas”*. DIEZ-PICAZO (2011), p. 345.

de la prueba.¹⁸⁵ Así las cosas, cabría entender que el “juicio de probabilidad” aludido está referido a que las pruebas adquiridas en el proceso proporcionan razones suficientes para considerar confirmada la hipótesis de que ese enunciado es verdadero¹⁸⁶ y no a los cálculos de probabilidad aplicados al razonamiento probatorio, es decir, alude al ámbito del razonamiento probabilístico en que toda hipótesis sobre los hechos tiene un cierto grado de corroboración, mayor o menor.¹⁸⁷

Con todo, estimamos que resulta más adecuado hablar de certeza relativa, pues lo que se quiere significar es que tratándose del lucro cesante no puede exigirse el mismo estándar de prueba que respecto del daño emergente presente (o actual). En efecto, cuando se sostiene que “hay elementos de juicio suficientes a favor de *p*” corresponde al juez determinar que hay elementos suficientes para aceptar *p* como verdadera.¹⁸⁸ Ahora bien, para determinar cuándo o bajo qué condiciones (elementos de juicio disponibles) son suficientes para que resulte racional aceptar una proposición como verdadera en el razonamiento decisorio, es objeto de una teoría sobre el particular: estándar de prueba.¹⁸⁹ Luego, la función de señalar a partir de qué umbral podemos considerar que el grado de credibilidad de una hipótesis es suficiente como para basar en ella la decisión, constituye

una cuestión de estándar,¹⁹⁰ que por razones de representación democrática y política institucional debe fijar el legislador y no la jurisprudencia.¹⁹¹

Asentado lo anterior, estamos en condiciones de afirmar que la certeza relativa, basada en el curso normal de los acontecimientos, permite excluir los meros sueños de ganancia, las utilidades posibles pero no probables o las ganancias que impliquen sucesos extraordinarios,¹⁹² ya sea por vía de considerar una relación de causalidad entre el hecho y la razonable ocurrencia de sus consecuencias¹⁹³ o exigiendo la previsibilidad del daño para afirmar la causalidad.¹⁹⁴ Así, la certeza relativa importa una ponderación de aquello que se encuentra dentro del curso normal de las cosas, es decir, hace referencia a lo que de manera general es lo más probable y, por ende, racional.

No obstante lo expuesto, en la jurisprudencia se mantiene arraigada la idea de que el lucro cesante es difícil de establecer por su carácter esencialmente eventual o hipotético, exigiendo

¹⁸⁵ FERRER (2007), pp. 93-96; TARUFFO (2002), pp. 167-240; TARUFFO (2010), pp. 106-108; ANDERSON, SCHUM y TWINING, Ob. Cit. (n° 13), pp. 303-320.

¹⁸⁶ A su vez, es necesario distinguir la probabilidad, que aporta informaciones sobre la verdad o falsedad de un enunciado, de la verosimilitud, que se refiere solo a la eventual normalidad de lo que el enunciado describe. Así, un enunciado que parece *prima facie* verosímil puede ser en realidad improbable, porque no ha sido confirmado por las pruebas. TARUFFO (2010), pp. 107.

¹⁸⁷ FERRER (2016), pp. 65-91.

¹⁸⁸ Recordemos que la verdad del enunciado probatorio no depende de lo que resuelva el juez, sino de su correspondencia con la realidad (el mundo).

¹⁸⁹ *Idem*, pp. 77-78.

¹⁹⁰ En este punto cabe tener presente que pueden existir estándares de prueba diferenciados basados, por ejemplo, en las dificultades probatorias. FERRER (2018), p. 31. En el mismo sentido: FERRER, Ob. Cit. (n° 32), pp. 79-88.

¹⁹¹ El nivel de exigencia del estándar de prueba no está implícito en la naturaleza del concepto, sino que refleja una decisión colectiva por parte de la sociedad para ubicar el umbral referido en un punto y no en otro. LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 105.

¹⁹² ELLORRIAGA (2005), p.236. El juicio de probabilidad resulta útil para determinar el valor de la reparación, pues no se trata de conceder a la víctima la ventaja de que el acaecimiento del accidente irremediamente lo privó de la posibilidad de anhelar, pues ello si es eventual. Por su parte SANTOS afirma que permite, por un lado, desechar casos hipotéticos que afirmen ganancias basadas en posibilidades y, por otro, evitar privar de una ganancia legítima a la víctima mediante la incorporación de impedimentos irreales, de procedencia excepcional o limitadas al ámbito hipotético. SANTOS (2015), pp. 17-18.

¹⁹³ RODRÍGUEZ (1999), pp. 291-293.

¹⁹⁴ CORRAL, Ob. Cit. (n° 14), p.137.

un estándar de prueba bastante drástico en cuanto a su existencia y monto,¹⁹⁵ que redundaría en que un perjuicio cierto y cuantificable de acuerdo a bases objetivas quede sin ser indemnizado, y en el mejor de los casos sea suplido con un incremento del monto de la partida indemnizatoria por daño moral, con las agravantes de incertidumbre que ello conlleva.¹⁹⁶ Esta forma alternativa de plantear la cuestión también genera incertidumbre, pues el juez no debe establecer partidas indemnizatorias carentes de fundamento, sino solo reparar el daño efectivamente causado dejando a la víctima en la misma posición que se encontraría si el hecho dañoso no hubiese ocurrido.¹⁹⁷ Luego, la cuantía de los daños no debe ser superior ni inferior al

¹⁹⁵ DIEZ sostiene que la jurisprudencia actúa con especial celo tratándose del lucro cesante, citando como ejemplo una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en que no obstante haberse probado que el occiso desempeñaba una actividad y sus emolumentos, se rechazó la indemnización de lucro cesante por estimarse que ello no basta para acreditarlo, en DIEZ (1998), p.135; ELLORRIAGA señala que no obstante la inclinación jurisprudencial a rechazar el capítulo indemnizatorio por lucro cesante existe un nutrido número de sentencias que adoptan un criterio más flexible a la hora de conceder y ponderar esta partida indemnizatoria. ELLORRIAGA, Ob.Cit. (n°29), pp.244-246.

¹⁹⁶ ELLORRIAGA, Ob.Cit. (n°3), p. 62. Referido a otra sede pero no por ello menos atinente, véase sobre cómo se utiliza el daño moral para complementar el lucro cesante, BARRIENTOS (2007), *Negación de Daños Morales a una Persona Jurídica en Materia Contractual*, pp. 135-138; CORRAL afirma que "... pareciera que los tribunales cuando estiman que un daño por ser futuro y eventual no debe ser indemnizado, lo rechazan por la vía de considerarlo no probado. Por el contrario, cuando se piensa que el daño debe ser indemnizado, las normas probatorias se interpretan flexiblemente. CORRAL, Ob.Cit. (n°14) p.142.

¹⁹⁷ En este sentido la Corte de Casación Francesa afirma que "El autor de un delito o cuasidelito está en la obligación de reparar en su totalidad el daño causado por su culpa. Por lo tanto, la indemnización necesaria para compensar el perjuicio debe calcularse sobre el valor del daño en el día de la sentencia o del fallo que consagra el crédito indemnizatorio de la víctima". Civ. 15 de julio de 1943, (DA 1943. 81, JCP 1943. II. 2500, 1° esp., nota Hubrecht) Viuda Busquet C. Consortes Rozierès, en CAPITANT, TERRÉ y LEQUETTE, Ob. Cit. (n°7), p.214.

perjuicio que sufra la víctima y del que responda el autor del hecho dañoso.¹⁹⁸

Finalmente cabe dejar asentado dos cuestiones en las que no ahondaremos por exceder el objetivo de este trabajo, pero que resultan útiles para el análisis que se desarrollará. Primero, que aún en ausencia de prueba respecto al quantum, el juez sigue obligado a determinar la cantidad de daño resarcible, pues acreditada la existencia del daño corresponde a los jueces el establecimiento de su monto, haya o no prueba al respecto.¹⁹⁹ Y segundo, que lo indemnizable es el lucro frustrado en cuanto renta líquida o ganancias netas, pues si no se descuenten los gastos necesarios para producir las ganancias o si se considerasen los ingresos brutos, operaría a favor de la víctima un enriquecimiento sin causa.²⁰⁰

A continuación, abordaremos los razonamientos probatorios de los órganos jurisdiccionales cuando utilizan el criterio de normalidad como enlace para inferir el lucro cesante. En términos simples el criterio de

¹⁹⁸ La evaluación de la ganancia frustrada y la pérdida sufrida no está exenta de dificultades pues los jueces por pretexto de evaluar un perjuicio tienen la tendencia de inflarlo o restringirlo según la gravedad de la culpa. Sin embargo, la sentencia civil tiene por objeto reparar y no imponer una pena. Ciertamente, el juez no debe tomar en consideración la fortuna ni la precariedad de la víctima, pero sí debe considerar la situación familiar de la misma desde el instante que influya en la importancia del daño, lo que sucede necesariamente en el caso de atentado contra una persona, pues en el terreno material corresponde a una ganancia perdida, la que para ser apreciada en su magnitud, habrá de considerarse la situación pecuniaria de la víctima en el momento del accidente, averiguar los recursos que obtenía con su trabajo, determinar las personas que se aprovechaban de él. Tratándose de incapacidad parcial para el trabajo, el juez debe establecer la correlación necesaria entre la disminución de las facultades de trabajo y la reducción normal del salario. MAZEAUD, y TUNC, Ob.Cit. (n°16), pp.549-592.

¹⁹⁹ PIZARRO y DE LA MAZA, Ob.Cit. (n°23), p.121; En el mismo sentido DIEZ (1998), pp.135-137.

²⁰⁰ ELLORRIAGA, Ob.Cit. (n°29) p.236.

normalidad puede expresarse de la siguiente forma: quien afirma un hecho que es contrario o simplemente distinto al estado normal de las cosas debe probarlo.²⁰¹

IV. Las presunciones.

En la acreditación del lucro cesante futuro juegan un rol preponderante las inferencias probatorias, en las que a partir de un hecho base se infiere un hecho desconocido o controvertido, existiendo una conexión que vincula el hecho base con el acaecimiento que se intenta conocer. En este punto, resulta particularmente interesante la utilización como enlace de lo que podríamos denominar “principio de normalidad” o “criterio de normalidad”, pues lo que ha de entenderse por curso normal de acontecimientos no es otra cosa que la aplicación de las máximas de la experiencia del juez, con la disparidad de soluciones que ello supone. Así, la prueba del lucro cesante se resuelve mediante la inferencia probatoria empírica que realiza el juez (inducción ampliativa) caso a caso.

En lo que sigue abordaremos la distinción entre inferencias probatorias y presunciones, para luego postular que la creación de una norma

²⁰¹ PEÑAILILLO (1989), pp. 51-64. En opinión de la Excm. Corte Suprema el criterio de normalidad consiste en que “... el peso de la prueba se distribuye conforme a la normalidad o anormalidad de la situación de que se trate. Es decir, debe probar quien alega la concurrencia de un escenario que escapa al estándar corriente de ocurrencia de los hechos, por consiguiente, corresponde determinar... al litigante que argumenta la circunstancia excepcional.” (Rol N° 3554-2012, de 4 de enero de 2013). Expuesto así, el criterio de normalidad no es otra cosa que la distribución de la carga de la prueba, que en Chile tiene asiento normativo en el artículo 1698 del Código Civil. En el lucro cesante por daños corporales DIEZ sostiene que “...si la víctima de un hecho ilícito doloso o culposo acredita que percibía ingresos y que, salvo excepcionales circunstancias, era racional que los siguiera percibiendo, la existencia del lucro cesante se encontrará probada y los jueces deberán regular su monto, desde que no puede exigirse a su respecto una prueba de certeza absoluta”. DIEZ (1998), p.182.

jurisprudencial en esta materia podría contribuir a la seguridad jurídica a través de la unificación de criterios.

a) Presunciones *hominis* y presunciones legales: Clásicamente se postula la distinción entre presunciones *hominis* y presunciones legales, estas últimas a su vez se clasifican en presunciones *iuris tantum* y presunciones *iuris et de iure*. Las presunciones *hominis* son un conjunto de razonamientos o argumentaciones mediante las cuales, a partir de hechos conocidos, se concluye afirmando otros desconocidos.²⁰² Así, el fundamento de la conclusión presumida es la existencia de máximas de la experiencia que permiten conectar el hecho conocido con el hecho desconocido,²⁰³ mientras que en las presunciones legales es una norma jurídica la que cumple dicho rol.

Como las presunciones *hominis* hacen referencia a los razonamientos probatorios en que se infiere a partir de un hecho probado (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido,²⁰⁴ parece más correcto hablar de inferencias probatorias empíricas.²⁰⁵ A su turno, como en las presunciones legales la norma que obliga a dar por aceptado un hecho puede referirse a cualquier fuente del derecho, entonces es mejor identificarlas como inferencias

²⁰² GASCÓN (2010), p. 136.

²⁰³ Máximas de la experiencia que reflejan regularidades empíricamente observadas. *Ídem*, p. 137. Las máximas de la experiencia se han entendido como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. PALOMO citando a STEIN. Cfr. BORDALI, CORTEZ y PALOMO (2013), p.336.

²⁰⁴ GASCÓN (2010), Ob.Cit. (n° 39), p. 136.

²⁰⁵ Seguimos en este punto a GONZÁLEZ LAGIER (2013), pp.26-56.

probatorias normativas.²⁰⁶ Sin embargo, para efectos de claridad en el análisis reservaremos la noción de “presunción” para hacer referencias a las presunciones legales y la denominación “inferencia” para todos los razonamientos que proporcionan elementos de prueba y producen consecuencias en el plano de la determinación de los hechos, es decir, inferencias probatorias.

En efecto, las presunciones legales (con independencia de si la norma de presunción es de fuente legal o jurisprudencial) no constituyen una inferencia que va de un hecho conocido a un hecho desconocido, sino una regla jurídica que dispensa de la necesidad de acreditar un hecho y que traslada al oponente la carga de la prueba de lo contrario. Expuesto así, las presunciones legales no son un instrumento cognoscitivo para la determinación de los hechos, precisamente, por su carácter de normas jurídicas que obligan a reconocer como existente un hecho o un estado de cosas cuando se acredita previamente otro hecho o estado de cosas, o bien simplemente en ausencia de prueba en contrario.²⁰⁷

b) Inferencias probatorias empíricas: Tal como sostiene GONZÁLEZ LAGIER el razonamiento judicial en materia de hechos parte de una pretensión o hipótesis, aquello que se quiere fundamentar (los hechos a probar). Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión (hechos probatorios). Cuando se debe explicitar por qué las razones apoyan la pretensión, debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una

²⁰⁶ AGUILÓ prefiere hablar de “normas de presunción” ya que la expresión “presunciones legales” es equívoca pues confunde la norma cuyo contenido es una presunción con la fuente u origen de esa misma norma, cuando es perfectamente posible que las normas de presunción no tengan su origen en la ley. Así la norma de presunción puede ser creada por la jurisprudencia. AGUILÓ (2017), pp. 100-101.

²⁰⁷ GAMA (2013), p. 75.

regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión, esto es, la garantía, que estaría constituida por las máximas de experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales.²⁰⁸ A su vez, la garantía puede ser apoyada con un respaldo, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad, es decir, la información necesaria para fundamentar la garantía.²⁰⁹

Así, una inferencia probatoria empírica es aquella en que la garantía (enlace) está constituido por las máximas de la experiencia²¹⁰ (“Si X, entonces probable Y”), mientras que en la inferencia probatoria normativa el enlace consiste en una presunción, establecida legal o jurisprudencialmente (“Si X, entonces probado Y”). Tal como puede apreciarse la diferencia entre presunciones y máximas de experiencia es que las presunciones son enunciados revestidos de autoridad.²¹¹

El problema que presenta la inferencia probatoria empírica es que las máximas de la experiencia son incontrolables²¹² y por eso

²⁰⁸ La garantía de un argumento consiste en una regla (en el sentido de enunciado que expresa una regularidad) que correlaciona las razones (los hechos probatorios) con la pretensión (la hipótesis). GONZÁLEZ LAGIER, Ob.Cit. (n° 43), p. 43.

²⁰⁹ *Ídem*, p. 27.

²¹⁰ Las máximas de la experiencia pueden ser de carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos; de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; o de carácter privado (experiencias corrientes), esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión. *Ídem*, pp. 30-31.

²¹¹ La presunción es una máxima de la experiencia institucionalizada y autoritativa. *Ídem*, p. 31-44. También debe considerarse que las presunciones pueden ser contraepistémicas.

²¹² TARUFFO afirma que “...en realidad, nadie sabe la experiencia de quién, por cuánto tiempo, de qué, de cuántos casos, recogida por quién, según qué parámetro es necesaria para poder afirmar que ha surgido una máxima. De hecho muchas máximas no están basadas en experiencias reales

deben estar bien fundamentadas en un juicio de regularidad, normalidad o alta verdad.²¹³ Ello supone que el juez explicita el respaldo dando cuenta, por ejemplo, de los casos que ha conocido sobre el mismo tema y cuál ha sido su resultado, para poder extraer la regla que correlaciona unos con otros.²¹⁴ Y ello no puede ser de otra forma, pues el enlace entre el hecho conocido (o indicio) y el hecho desconocido no puede realizarse a través de máximas de la experiencia arbitrarias, que carezcan de fundamento empírico, o erróneas al atribuir a los hechos un valor indiciario que no les corresponde.²¹⁵ Dado que las máximas de experiencia son a su vez la conclusión de una inducción ampliativa, son probables en sentido inferencial, por lo que su grado de credibilidad racional dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas esté bien hecha, es decir, cuando sea sólida.²¹⁶ Finalmente, debe considerarse que cuanto menor sea el grado de probabilidad causal expresado por la máxima de experiencia, menor será la probabilidad inferencial con la que se sigue la hipótesis final.²¹⁷

sino en prejuicios, libretos y estereotipos...". TARUFFO (2007), p.258.

²¹³ AGUILÓ, Ob. Cit. (n°44), p. 103.

²¹⁴ En los argumentos inductivos extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas. GONZÁLEZ LAGIER, Ob.Cit. (n° 43), p. 33.

²¹⁵ GASCÓN, Ob. Cit. (n°40), p. 137. AGUILÓ sostiene que afirmar que un hecho “es presumible” (presunciones hominis) está reservado para los casos en que se considera que los indicios son suficientes para estimar un hecho probado, mientras que afirmar “es probable” (inferencias probatorias) solo es una razón para creer en la ocurrencia de otros hechos. AGUILÓ, Ob. Cit. (n°44), p. 106.

²¹⁶ El examen del fundamento cognoscitivo de estas máximas y regularidades, debe permitir excluir las generalizaciones apresuradas y los prejuicios. Luego, si la regla se ha construido para explicar el caso concreto sobre el cual debe decidir el juez, es claro que no se basa en una inducción ampliativa bien fundada. GONZÁLEZ LAGIER, Ob.Cit. (n° 43), pp. 43-44.

²¹⁷ *Ídem*, p. 44.

c) Presunciones: las presunciones buscan reducir la discrecionalidad del juez a la hora de valorar la prueba, esto es, si se establece cierto hecho base entonces surge la obligación de tener por probado otro hecho. En otras palabras, constituyen puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio.²¹⁸ Luego, el fundamento de las presunciones derrotables (o *iuris tantum*) es facilitar la prueba imponiendo normativamente (por el legislador o la jurisprudencia) considerar una situación como verdadera, salvo que se demuestre lo contrario.²¹⁹

A través de esta técnica se busca –en lo que aquí nos interesa– facilitar al juez la tarea de juzgar cuando el hecho resulta difícil de probar, ya que otorga una indicación concreta sobre el contenido de su sentencia ante circunstancias específicas.²²⁰ En efecto, las presunciones cumplen un papel instrumental en el Derecho, pues su función básica es posibilitar la superación de situaciones de *impasse* del proceso decisorio en aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias.²²¹

d) Regulación legal de las presunciones judiciales en Chile:²²² los artículos 426 del Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código Civil

²¹⁸ AGUILÓ (2006), p. 19.

²¹⁹ GASCÓN, Ob. Cit. (40), p. 125.

²²⁰ También protegen valores ideológicos distintos a la búsqueda de solución al caso concreto, al tiempo que se desconectan de la búsqueda de la verdad. *Ídem*, p. 126-127.

²²¹ MENDONCA citando a ULLMAN-MARGALIT refiere que las presunciones presentan un rasgo de parcialidad al dar preferencia anticipada a cierta solución, frente a otras opuestas, lo que se justifica en consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Q que NO-Q, en caso de P); evaluativas (las consecuencias de presumir Q, en caso de P, serían más/menos graves que las consecuencias de presumir NO-Q, en caso de P); y procesales (es más/menos fácil producir prueba en favor de Q que de NO-Q, en caso de P). MENDONCA (1999), pp. 94-95.

²²² El legislador Chileno distingue entre presunciones judiciales y legales.

regulan las presunciones judiciales, en términos que para este último las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes. De este último requisito se infiere, además, que deben ser varias, mientras que para el Código de Procedimiento Civil una sola presunción es bastante, siempre que tenga gravedad y precisión suficientes a fin de formar convencimiento en el juez.²²³

Sobre el particular se ha entendido que las presunciones son graves cuando los hechos que se deducen son convincentes y concluyentes; son precisas cuando todas ellas se encaminan a la conclusión que se trata de probar y no adolecen de ambigüedad o vaguedad; son concordantes cuando guardan relación y conexión entre sí, sin que se adviertan contradicciones que pudieran destruirlas. Asimismo, en materia civil la multiplicidad de presunciones no es un requisito vital, bastando que tenga caracteres de gravedad y precisión suficiente para lograr la convicción del tribunal.²²⁴

²²³ El artículo 1712 del Código Civil dispone: “Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 47. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes.” El artículo 426 Código de Procedimiento Civil indica: “las presunciones como medios probatorios se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil. Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.”

²²⁴ PALOMO sostiene que la actividad presuncional es una labor enteramente personal y subjetiva del juez en el sentido de que la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones es apreciada soberanamente por los jueces del fondo y no es revisable en casación. Luego, si de las probanzas producidas no es posible para el juez deducir presunciones que le permitan llegar al convencimiento de la existencia de otro hecho no hay infracción a las normas reguladoras de la prueba. PALOMO, Ob. Cit. (n°41), pp.334-338. Para CARNELUTTI “...que las presunciones hayan de ser graves y precisas significa, precisamente, que debe ser seria y precisa la experiencia a base de la cual se deduce de la presunción el hecho a probar; que además, deban ser concordantes significa que en el concurso de las pruebas críticas el juez ha de estar atento a discernir

Como la norma de presunción jurisprudencial requiere de una cierta interpretación sostenida por los tribunales, la interrogante a resolver es si el criterio de normalidad puede considerarse un indicio tipo o máxima de la experiencia bien asentada.²²⁵ Si la respuesta es positiva, entonces se puede estimar que tiene un carácter normativo. En caso contrario solo podemos hablar de criterios jurisprudenciales orientadores de la labor del juez.

Ahora bien, la utilización del criterio de normalidad como enlace para considerar una situación con caracteres de generalización,²²⁶ puede conducir a injustos en un caso particular, pues lo que aparece como normal en la mayoría de los casos, puede no serlo en la controversia sometida

las presunciones que se suman de las que se eliminan”. CARNELUTTI (1944), p. 538.

²²⁵ AGUILÓ, Ob. Cit. (n°44), p. 103.

²²⁶ TARUFFO sostiene que a menudo en el contexto judicial, jueces, abogados y partes usan como garantías para las inferencias probatorias enunciados que se han derivado del conocimiento previo que representan el sentido común que se comparte en un sociedad, las que con frecuencia se expresan bajo la forma de generalizaciones sin que cuenten con fundamento cognitivo ni se basen en estudio controlado, y por ello espurias, pues la inferencia probatoria es ficticia ya que la pretendida garantía no tiene fundamento cognitivo, siendo la consecuencia que la prueba no confirma la hipótesis en grado alguno. Si bien las generalizaciones de sentido común son necesarias en cada etapa del razonamiento sobre la prueba y los hechos, ya que en la mayoría de los casos son las premisas para las inferencias que conectan la información y los hechos, lo cierto es que el estatus epistémico de estas generalizaciones es usualmente vago e indeterminado, no tiene fundamentos estadísticos confiables y están fundadas solamente en el sentido común, por lo que su generalidad es dudosa y pueden ser contradichas por otras generalizaciones de sentido común o por una serie de circunstancias específicas, máxime si se considera que el concepto de máximas de la experiencia es más engañoso que útil pues transmite la impresión de que una inferencia basada en una máxima es deductivamente válida porque es derivada de una premisa general, aunque en verdad la mayor parte de las máximas no son generales. Esta impresión se basa en la confusión entre generalidad y generalización en un contexto en que las generalizaciones son usualmente infundadas. TARUFFO (2009), p. 487.

a decisión jurisdiccional. A continuación pretendemos poner de manifiesto ambos tópicos mediante el análisis de los criterios empleados por los Tribunales Superiores de Justicia de Chile.

V. Pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia.²²⁷

a) Es necesario acreditar la certeza del lucro cesante tanto en su existencia como extensión.

En un reciente fallo la Excma. Corte Suprema ha sostenido que no basta la prueba del hecho generador del lucro cesante “...ya que el resultado pernicioso –exigible, indudablemente-necesita de certidumbre tanto en su existencia como en su extensión, por lo que no es dable pretender que quede entregado a un juicio de probabilidades. De ahí que para acceder a una petición de tal naturaleza no basta que se demuestre el fallecimiento del padre y cónyuge de las recurrentes a consecuencia del obrar de las demandadas que ha sido calificado de negligente o culposo y que tal situación ha provocado aflicción y pesar a los actores, porque la certeza -en lo que a lucro cesante concierne- exige que no solo se establezca su condición de trabajador remunerado –única evidencia que podría emanar del contrato de trabajo que se alega preterido- y la edad que presentaba a su fallecimiento – antecedente que sí quedó reconocido en el fallo-, sino que también y a lo menos, la demostración de que la relación laboral podría haberse mantenido

²²⁷ Se trata de sentencias dictadas entre los años 2009 y 2019 disponibles en el portal institucional del Poder Judicial de Chile, en que se utilizaron como criterios de búsqueda “responsabilidad extracontractual”, “muerte”, “lesiones”, “lucro cesante”. Las sentencias citadas obedecen a una selección instrumental para dar cuenta de los problemas probatorios del lucro cesante y, por ende, no pretende erigirse como un análisis exhaustivo de toda la jurisprudencia dictada en los últimos diez años, pues ello excede el objetivo de este trabajo.

en el tiempo, más allá de su cese natural en razón de las características de la función que desempeñaba, así como las condiciones que pudo ofrecer el mercado para su contratación por terceros en razón del grado de calificación del occiso, todos hechos que no están establecidos en la sentencia...”²²⁸

Como puede observarse, pese a encontrarse acreditado los requisitos de procedencia de la responsabilidad extracontractual (muerte del trabajador atribuible a la culpa de los demandados), y haberse rendido prueba sobre la actividad remunerada de la víctima, el máximo tribunal exige a los actores que desplieguen actividad probatoria adicional para acceder a la reparación. Así, se deja sin reparar un daño cierto, por las dudas relacionadas con la extensión de la indemnización, no obstante, existir prueba sobre los ingresos de la víctima.²²⁹ Una cuestión distinta es que los actores no hubiesen desplegado actividad probatoria alguna sobre el particular, como por ejemplo, cuando se acompaña – únicamente- la sentencia dictada en sede penal como fundamento de la indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual,²³⁰ en que ciertamente puede reprocharse orfandad probatoria.

b) La edad de jubilación no es suficiente como parámetro para determinar la extensión de la reparación.

La Corte de Apelaciones de Santiago, a propósito de la muerte del padre de los actores con ocasión de una explosión, sostuvo que “... en lo que respecta al daño por lucro cesante que

²²⁸ Excma. Corte Suprema, Rol N° 43.229-2017, de 26 de diciembre de 2018.

²²⁹ En el mismo sentido véase Excma. Corte Suprema, Rol N° 11458-2013, de 14 de octubre de 2014.

²³⁰ Excma. Corte Suprema, Rol N° 7.085-2017, de 21 de febrero de 2018.

habrían debido soportar los actores, en concepto de esta Corte no se encuentra acreditado. En efecto, se ha fundamentado la pretensión en la certeza que el padre alcanzaría los 75 años de edad y que hasta esa época mantendría el nivel de ingresos observado antes de su muerte. Tal afirmación no puede ser sostenida porque no es convincente, toda vez que la vida laboral está sujeta a múltiples contingencias que impiden asegurar que la familia habría percibido los ingresos reclamados, criterio que deriva de la frecuente ocurrencia muertes imprevistas, como la que ha provocado esta acción. Además es sabido que las capacidades profesionales y por ende los ingresos disminuyen notablemente con el transcurso del tiempo.”²³¹

En otro pronunciamiento, cuyo sustrato fáctico acreditado es el fallecimiento del trabajador en una faena rutinaria y que la víctima había celebrado un contrato de trabajo a plazo fijo con la demandada, la Excma. Corte Suprema sostuvo que “...la sentencia de grado determinó que la parte demandante no acreditó la concurrencia del lucro cesante ni su necesaria certidumbre y, por el contrario estableció que existían importantes periodos de tiempo en que el difunto no registraba cotizaciones previsionales, lo que revelaba que hubo en el lapso noviembre de 1999 a septiembre de 2004, espacios de tiempo en los cuales no trabajó; también determinó que el contrato de trabajo que la demandada celebró con [la víctima] el 13 de marzo de 2004 era un contrato de trabajo a plazo fijo que sólo duraría un mes; que nada podía garantizar que vencido este contrato, el citado tripulante de inmediato sería contratado por la misma u otra empresa pesquera, que estaría permanentemente contratado obteniendo similares remuneraciones mensuales; y además, que nadie podía garantizar ni asegurar que ... [la víctima], de no haber encontrado la muerte en el naufragio, hubiera

²³¹ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4085-2001, de 11 de agosto de 2006.

vivido 28 años más”.²³²

Ambas sentencias consideran que no es posible inferir que un trabajador laboralmente activo hubiese generado ingresos hasta la edad de jubilación. Este criterio no es uniforme como veremos a continuación, ni a nuestro parecer correcto, ya que se aleja de las circunstancias que se pueden esperar conforme al curso normal de las cosas (criterio de normalidad). Además, el segundo fallo pone de manifiesto, nuevamente, que las dudas están relacionadas con la extensión de la reparación (por la existencia de un contrato de trabajo a plazo fijo) y no con la certeza del lucro cesante.

c) La expectativa de vida laboral de la víctima constituye un parámetro razonable para fijar la reparación del lucro cesante.

La víctima a la época del accidente que le causó la muerte se desempeñaba como profesional en un organismo público, tenía 50 años y se acompañó prueba documental que daba cuenta de sus ingresos mensuales. Con este sustrato fáctico la Excma. Corte Suprema accedió a la reparación del lucro cesante sosteniendo que “... resulta evidente que, siempre la determinación de este rubro, al vincularse con un hecho futuro, genera incerteza, sin embargo, aquello no puede ser un obstáculo insalvable, pues su aceptación se vincula con la existencia de probanzas que conduzcan a concluir que es razonable aceptar que el hecho futuro habría tenido lugar. Así, en el caso concreto [es razonable] estimar que el actor habría continuado percibiendo tales ingresos de no mediar el accidente que genera la responsabilidad del demandado...”²³³

²³² Excma. Corte Suprema Rol N° 7830-2009, de 7 de marzo de 2012.

²³³ Excma. Corte Suprema, Rol N° 6317-2018, de 31 de enero de 2019.

Esta sentencia distingue adecuadamente la certeza del lucro cesante de las dudas asociadas a la extensión de la reparación, que en el presente caso se limitó a 10 años y al 50% de los ingresos que percibía la víctima. Así las cosas, encontrándose acreditado el lucro cesante no puede dejarse sin reparación por la dificultad que suponga la determinación exacta del quantum reparatorio.

Este criterio aparece refrendado en un pronunciamiento anterior de la Excm. Corte Suprema en que, no obstante haberse acompañado el contrato de trabajo indefinido y las liquidaciones de remuneraciones del trabajador fallecido, los jueces del grado rechazaron el lucro cesante. Sobre el particular la Corte estimó que “...*el lucro cesante es la ganancia frustrada que no se logra por causa del hecho fuente de responsabilidad, en circunstancias que era dable esperar conforme al curso normal de las cosas*”. Luego, “*por ser la utilidad futura el hecho fundante de la indemnización, las dificultades de la prueba son mayores y obligan a entender ésta cuestión de manera diferente a la acostumbrada*”. En la sentencia de remplazo se regula la indemnización “...*a partir de los ingresos y capacidades laborales probadas que permiten establecer la ganancia probable que constituye el lucro cesante*...”.²³⁴

En esta misma línea, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la reparación del lucro

²³⁴ La Excm. Corte Suprema agrega que “...*a estos efectos, en primer lugar, no es posible dejar de considerar que sólo parte de lo percibido por el trabajador fallecido beneficiaría a los actores de autos, porque es obvio que todo trabajador satisface, también, sus propias necesidades. Además, no es posible concluir con completa certeza que se dispondrá durante toda la vida de un trabajo de las mismas características. De allí que sólo se considerará un pago que a estos efectos pueda ser tenido como razonable*”. Esto reafirma nuestro punto sobre la importancia de distinguir las dificultades de la reparación con la certeza. Rol N° 6680-2008, de 28 de enero de 2011.

cesante teniendo en consideración el contrato de trabajo de la víctima, su edad y relación de parentesco con los actores,²³⁵ mientras que en otra oportunidad estimó que encontrándose acreditado que el hijo fallecido de los demandantes era el principal sostenedor del hogar común, su muerte significaba una pérdida de ingresos para los actores constitutiva de lucro cesante y ordenó su reparación, pese a las dudas sobre el quantum.²³⁶

Ahora bien, tratándose de lesiones la Excm. Corte Suprema ha reiterado que el lucro cesante es la ganancia frustrada que era dable esperar conforme al curso normal de las cosas y que no se logra por causa del hecho fuente de responsabilidad, distinguiendo adecuadamente la prueba de la certeza de las dificultades para el establecimiento del *quantum* reparatorio.²³⁷ En el

²³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 6522-2012, de 28 de enero de 2014.

²³⁶ “*No obstante, no puede determinarse si dicho aporte pudo haberse prolongado durante toda la vida laboral del señor(...) y por los restantes años de vida de sus padres, a lo cual debe agregarse que su remuneración mensual no era la única fuente de ingresos del grupo familiar. Por el contrario, los antecedentes del proceso permiten concluir, por vía de presunción grave y precisa, que el trabajador aportaba a sus padres recursos equivalentes al 80% de su sueldo, que ascendía a \$180.000 mensuales, y que, con certeza, pudo haber mantenido este aporte por cinco años. En consecuencia, estimándose procedente la indemnización de este daño patrimonial, se determinará su monto en base a estos parámetros*”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2073-2009, de 18 de diciembre de 2009.

²³⁷ “...*es claro que no se puede exigir prueba del modo que se hace para establecer un hecho que antecede al proceso, porque el que funda la pretensión no ha tenido lugar. Tal dificultad no puede ser un obstáculo insalvable para las pretensiones de esta clase, las que habrán de ser resueltas teniendo en cuenta que se trata de hechos futuros y, por lo mismo, inciertos, de manera que la aceptación de una hipótesis fáctica consistente en lo que habría debido ocurrir depende sólo del mérito de las probanzas que conduzcan a concluir que es razonable aceptar que el hecho futuro habría tenido lugar de no mediar el evento dañoso*”. Agrega que “...*para evaluar el lucro cesante sólo se exige que se proporcionen antecedentes suficientes que permitan determinar una ganancia probable que deja de percibirse,*

fallo se acreditó que los actores percibían un sueldo promedio mensual que después del accidente que les causó lesiones fue reemplazado por una pensión de invalidez, de monto menor. Ello fue considerado un antecedente apto para concluir la procedencia del lucro cesante pues *“ha de tenerse como cierto que es normal que personas de la edad de ambos demandantes hubieran mantenido sus condiciones de trabajo durante el resto de vida laboral que les quedaba hasta alcanzar la edad legal para jubilar”* en tanto *“nada conduce a una conclusión contraria, es razonable estimar que dichos demandantes habrían continuado percibiendo ingresos de no mediar el accidente de responsabilidad de la parte demandada.”*²³⁸

Anteriormente el máximo tribunal había sostenido que existe certeza y determinación suficiente cuando se encuentra acreditado el porcentaje de merma de la capacidad de trabajo de la víctima (que conforma el perjuicio propiamente tal), su especialidad dentro del oficio que desempeñaba y el monto de los honorarios que percibía, sosteniendo que el hecho de tratarse *“...de un varón, activo, padre de familia y con*

pues de otro modo, estas acciones siempre tendrían que ser rechazadas, dejándose de aplicar la norma que dispone que todo daño debe ser indemnizado.” Rol N° 3852-2013, de 12 de septiembre de 2013.

²³⁸ La Corte acoge la indemnización por lucro cesante en un monto equivalente a la diferencia existente entre la pensión de invalidez que actualmente percibían los actores y la remuneración mensual que percibían con anterioridad al hecho generador del daño y hasta cumplir cada uno de ellos la edad legal para jubilar, sosteniendo que para *“... haber desechado acción indemnizatoria (por lucro cesante) debía acreditarse el hecho contrario, esto es, convencer de que los trabajadores carecían de aquella capacidad de trabajo que ha sido invocada para justificar el lucro cesante, en términos tales que no sea posible afirmar dicho supuesto. Este deber de prueba claramente corresponde a quien introduce dicha excepción que pugna con los hechos que deben tenerse por “corrientes” o “normales” y, por consiguiente, se trata de un aporte fáctico que debe ser asumido por quien lo hace, según lo previene el artículo 1698 del Código Civil.”* Excm. Corte Suprema, Rol N° 3852-2013, de 12 de septiembre de 2013.

*una especialidad dentro de su oficio, constituyen datos suficientes para afirmar que estaba trabajando y que seguiría haciéndolo. Si bien esto último involucra una presunción, es aquélla una bien fundamentada y que responde a lo que es natural y propio en la vida de un ser humano y no aquello que es contrario y que, en ningún caso podría ser presumido.”*²³⁹

En el mismo orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Santiago considerando que se encontraban probadas la lesiones de carácter irreversible del actor, con un menoscabo global cuantificado mayor a un 80%, y que antes de accidente trabajaba habitualmente como obrero agrícola por un sueldo mínimo mensual, estimó acreditado el lucro cesante y fijó su reparación estimando que *“de no mediar el acto ilícito, habría podido razonablemente continuar percibiendo dichas entradas, a lo menos, durante los veinte años siguientes a la fecha del incidente vehicular; esto es, antes de cumplir los sesenta y cinco años...”*²⁴⁰

Los fallos analizados demuestran que la jurisprudencia utiliza el curso normal de los acontecimientos como una generalización basada en la experiencia que es ampliamente compartida, por lo que puede considerarse un indicio tipo. Las discrepancias se observaban en la forma de utilizar y comprender este criterio, lo que trasunta

²³⁹ *“...en lo que concierne al monto de los honorarios que sirvieron de base para el cálculo, es efectivo que pudo existir una variación en ellos, pero al alza y no -como pretende el recurrente- a la baja, puesto que el maestro estucador pudo ganar experiencia con el transcurso del tiempo, sin perjuicio de los naturales reajustes que experimentan los emolumentos con el devenir de los años; y, en todo caso, tratándose de la ganancia probable, lo que se tuvo por establecido fue el promedio mínimo que pudo el actor percibir con su habitual esfuerzo, hasta la fecha en que habría obtenido su jubilación”.* Excm. Corte Suprema, Rol N° 7130-2008, de 14 de septiembre de 2009.

²⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3509-2013, de 16 de abril de 2014.

en soluciones disímiles. Sin embargo, ello no es óbice para estimar que es posible establecer una norma de presunción jurisprudencial basado en el criterio de normalidad.

Una segunda cuestión que surge de las sentencias citadas, es que ante situaciones fácticas similares se resuelve de diversa forma, porque se aplica el criterio de normalidad o curso normal de los acontecimientos confundiendo el ámbito de la existencia del lucro cesante con el ámbito de su magnitud.²⁴¹ Así, este criterio opera en una doble faz, primero, para acreditar la existencia del lucro cesante en que probados los hechos de los que se pueda desprender la ganancia esperada, ha de asumirse que persistirán en el tiempo las características de la persona y el entorno anterior a la comisión del hecho dañino.²⁴² En segundo lugar, el curso normal de los acontecimientos debe considerarse para establecer la magnitud del beneficio que la víctima ha dejado de percibir a través de una razonable proyección futura de las circunstancias debidamente establecidas.²⁴³

En efecto, en los pronunciamientos jurisprudenciales se observa que estando acreditado el daño, la relación de causalidad y la acción u omisión del demandado, así como los ingresos y actividad remunerada de la víctima, el lucro cesante es rechazado bajo la estimación que no es razonable proyectar dichas ganancias, específicamente, por dudas sobre su extensión. Este es el genuino problema que se pretende dilucidar con la propuesta de una norma jurisprudencial de presunción -tal como veremos a continuación- ya que un daño cierto y objetivo queda sin indemnizar por las dificultades para establecer el *quantum*.

²⁴¹ VICENTE, Ob. Cit. (nº2), pp.41-45.

²⁴² PEÑAILLO (2018), pp.13-14.

²⁴³ En opinión de PEÑAILLO es en la deducción y en la cuantía donde ha de estar atenuado el habitual rigor probatorio. *Ídem*, p.14.

VI. Norma jurisprudencial de presunción.

La creación de una norma de presunción jurisprudencial en este punto, radica en que las decisiones de los Tribunales Supremos de cada país repercuten en el ejercicio de la labor jurisdiccional, en la medida que estas son seguidas por los tribunales inferiores. En este punto DAMAŠKA advierte que aunque formalmente los tribunales continentales son libres de hacer caso omiso de las decisiones de sus superiores, en realidad recurren a ellas para orientarse: sus opiniones son seguidas como una cuestión de práctica institucional normal.²⁴⁴

1.- Características

a) Presunción jurisprudencial: se trata de una norma de presunción en que el juez no formula una inferencia entre hechos, ni extrae consecuencias cognoscitivas respecto de su existencia,²⁴⁵ sino que aplica una regla que ordena tener por probado un hecho (presumido) a partir de la prueba de otro hecho (base).

Ahora bien, si se asume que la averiguación de la verdad es un objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial,²⁴⁶ pues para que el proceso conduzca a decisiones jurídicas y racionalmente correctas, debe estar orientado a establecer la verdad de los hechos de la causa, lo que es coherente con la cláusula constitucional del

²⁴⁴ El autor agrega que "...las desviaciones de esas opiniones conllevan una sanción, esto es, la revocación en la apelación". DAMAŠKA (2015), pp. 26-27. Sobre el precedente en el *civil law* véase: TARUFFO (2016), "Precedente y jurisprudencia"; "Dimensiones del precedente judicial", en *Reflexiones sobre derecho procesal*, MERIÑO y NAVARRO (Coord.), Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 23-64; Sobre el precedente en materia de hechos, Cfr. NÚÑEZ, Ob. Cit. (nº16).

²⁴⁵ GAMA (2013), p 81.

²⁴⁶ FERRER (2007), p. 19.

debido proceso,²⁴⁷ entonces desde el punto de vista epistemológico deben admitirse todas las pruebas que aporten información relevante,²⁴⁸ en apoyo o en contra, de una hipótesis fáctica afirmada en el proceso (principio general de inclusión).²⁴⁹

Luego, la cuestión que se plantea desde la perspectiva del fin del proceso civil, es en qué medida debe el fin de averiguación de la verdad ceder frente a otros fines legítimos en el diseño de las normas probatorias. En otras palabras, dado que las presunciones pueden resultar contraepistémicas,²⁵⁰ dificultando o limitando las posibilidades de éxito en la averiguación de la verdad, la interrogante a resolver es qué justifica la propuesta de una norma jurisprudencial en esta materia. En nuestra opinión, la respuesta pasa por entender que el fin que persigue la facilitación probatoria no se encuentra por completo desvinculado de la averiguación de la verdad, pues busca concretar el principio de reparación integral del daño a través del acceso a la tutela judicial efectiva, fines que por lo demás el proceso civil también tutela.²⁵¹ Por lo demás, no puede perderse de vista que tras el principio de reparación integral del daño está el respeto y protección de la dignidad humana.

Establecido lo anterior, es dable afirmar que la presunción jurisprudencial que se propone puede ser aceptada como una norma válida, porque expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de correspondencia con la

realidad, en términos que es seguro atenerse a ella. Lo anterior no significa que siempre y en cada caso sea más probable la verdad del resultado que arroja, sino que de manera general esta regla es más segura.²⁵² Es decir, a partir de los pronunciamientos sostenidos en el tiempo por los Tribunales Superiores en que se utilizaron como enlace o garantía máximas de la experiencia²⁵³ que se han reiterado en el tiempo, es posible crear una norma jurisprudencial que exprese cierta regularidad y, por ende, resulte más fiable.

Esta norma está basada en una generalización²⁵⁴ que supone la selección y supresión de propiedades y, por ende, habrá casos en que la generalización falle.²⁵⁵ Según los ejes de clasificación propuestos por ANDERSON, SCHUM y TWINING para el contexto de los argumentos sobre cuestiones de hechos, *mutatis mutandis*, esta generalización puede categorizarse con relación a su fuente y fiabilidad. Respecto a la confiabilidad, estamos en presencia de una generalización basada en conocimiento general que es aceptada en el momento y lugar

²⁵² Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado cierto hecho bajo ciertas circunstancias. AGUILÓ, Ob. Cit. (n°55), pp. 13-16.

²⁵³ Existen enunciados generales que no son el producto de ningún razonamiento probatorio y ello no quiere decir que sean enunciados falsos. Así, es posible distinguir los enunciados generales que dan cuenta de hechos, acciones o estados de cosas que, aunque no han sido objeto de prueba, gozan de un importante margen de aceptación (las así llamadas “máximas de la experiencia”), de aquellos enunciados que no son ni producto de ninguna prueba ni tampoco de conocimientos generalmente aceptados, sino que más bien constituyen prejuicios. NÚÑEZ, Ob. Cit. (n° 16), p. 70.

²⁵⁴ Las generalizaciones representan el pegamento que mantiene unidos nuestros argumentos, en términos que cada inferencia depende de una generalización. ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015), p. 139. En palabras de SCHAUER “generalizar” es la elección de transitar de lo particular a lo general y “generalización” es el producto de ese proceso. SCHAUER (2004), p. 77.

²⁵⁵ Debido a que las generalizaciones son sub y sobreincluyentes. SCHAUER (2004), pp. 76-96.

²⁴⁷ TARUFFO (2010), p. 266.

²⁴⁸ Un elemento de juicio es relevante para la decisión sobre la prueba de un enunciado fáctico si, y sólo si, permite fundar en él una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar. *Ídem*, p. 71.

²⁴⁹ FERRER (2007), pp. 40-45.

²⁵⁰ Una presunción *iuris et de iure* en el que se demuestra como verdadero el antecedente de la presunción, pero se sabe que el consecuente es, para el caso individual, falso. NÚÑEZ, Ob. Cit. (n° 16), p. 63.

²⁵¹ ACCATINO (2018), p. 13.

del juicio y que, puede demostrarse su falsedad en el caso concreto. Con relación a la fuente, se trata de una generalización de creencias, es decir, que se sintetiza o intuye a partir de un acervo de creencias y conocimientos.²⁵⁶

Con esta clasificación queremos demostrar que el criterio de normalidad puede resultar falible en un caso concreto (porque las generalizaciones no pueden ser verificadas), pero ello se supera dando la opción a la contraparte de atacar la presunción. Así, se otorga al demandante una facilitación probatoria ante un hecho de difícil prueba, resguardando adecuadamente el derecho a defensa del demandado.

b) Condicional: el juez debe dar por probado el hecho presunto si se prueba el hecho base. En caso contrario, no existe la obligación de asumir la ocurrencia del hecho presunto²⁵⁷ (“Si probado P obligatorio dar por probado Q a menos que se prueba no Q”).

c) Derrotable: se puede modificar (rechazar) la conclusión si se proporciona nueva información. Así, la contraparte puede atacar i) impugnado la presunción, es decir, negando los fundamentos empíricos del enunciado de presunción; ii)

²⁵⁶ Según los cuatro ejes de clasificación propuestos por ANDERSON, SCHUM y TWINING tendría las siguientes características: i) generalidad (nivel de abstracción): es una generalización de forma abstracta, porque no ha sido hecha para el caso específico en que es aplicada; ii) confiabilidad (o grado de certeza): conclusión ampliamente compartida basada en experiencia común pero no probada: las personas laboralmente activas trabajan hasta la edad de jubilación; iii) la fuente (o base): conocimiento adquirido de generalizaciones “sintético/intuitivas” cuya fuente no puede identificar a la persona que las formula; iv) grado de coincidencia: generalización ampliamente compartida dentro de una comunidad relevante. ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015), pp. 321-333.

²⁵⁷ AGUILÓ denomina a estas “presunciones reglas” en oposición a las “presunciones principios” en que la obligación no depende de la prueba de ningún hecho base. AGUILÓ, Ob. Cit. (nº55), p. 23.

bloqueando la presunción, negando la ocurrencia del hecho base; iii) derrotando la presunción, exceptuando el enunciado mostrando que la conclusión es falsa o debilitando la conclusión porque hay indicios para creer que el caso es una excepción a la regularidad que fundamenta la presunción.²⁵⁸

d) Tiene un carácter instrumental y su justificación es otorgar una facilitación probatoria: La justificación de la norma jurisprudencial propuesta radica en establecer un equilibrio probatorio entre las partes en conflicto, atendida la dificultad de prueba que supone el lucro cesante futuro. Este mecanismo procesal busca complementar el derecho sustantivo, en la medida que posibilita el éxito de las pretensiones resarcitorias que prevé la responsabilidad civil, a través de la facilitación o mitigación de las dificultades probatorias del actor.²⁵⁹ Así, no se altera la carga de la prueba, sino que se modifica el *thema probandi*, es decir, no afecta quién tiene que probar, pero sí los hechos que tiene que probar (qué debe probar). En efecto, la parte favorecida con la presunción debe acreditar el hecho base y, en ese evento, la parte contraria deberá adoptar alguna de las estrategias de defensas ya

²⁵⁸ AGUILÓ (1999), p. 652; (2006), p. 13; (2017), p. 103; MENDONCA (1999), pp. 97-98. Una cuarta vía sería impugnar el fundamento externo de la norma (derrotabilidad externa). Cfr. CHIASSONI (2012), *La derrotabilidad en el Derecho*, en *Desencantos para abogados realistas*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012, 448 pp.

²⁵⁹ Aunque referido a las presunciones legales, ORMAZABAL estima que estas constituyen una facilitación probatoria que dota de efectividad al derecho de daños, ya que consigue equilibrar en mayor medida las posiciones de las partes ofreciendo al que la precisa una prudente facilitación probatoria y al gravado por la presunción mayores posibilidades de éxito que si se estableciera una inversión de la carga de la prueba. ORMAZABAL, Ob. Cit. (nº18), p. 12. Por otra parte, debe considerarse que para superar las dificultades probatorias del lucro cesante algunos ordenamientos cuentan con reglas especiales que utilizan criterios abstractos de determinación del lucro cesante, que facilitan la prueba del mismo. MORALES MORENO, p. 25.

reseñadas.²⁶⁰

Así las cosas, esta presunción busca reducir el riesgo probatorio del actor, sin alterar inicialmente la carga de la prueba, pues esta última responde la pregunta -en clave de todo o nada- ¿quién pierde si no hay prueba suficiente?²⁶¹ Pero una vez que se ha probado el hecho base, se traslada al oponente la carga de la prueba de lo contrario, esto es, del hecho presumido.²⁶² En otras palabras, esta es una estrategia de distribución de riesgo probatorio que deja a la víctima en la posición de probar un hecho más fácil (hecho base), que se basa en la dificultad probatoria que supone la prueba del lucro cesante futuro.²⁶³

2.- Criterios para su establecimiento

Antes de describir los criterios para la aplicación (creación) de una norma jurisprudencial en esta materia, resulta útil efectuar dos precisiones. En primer lugar, la presunción no pretende relevar al actor de la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual, sino que superar un problema de aplicación práctica del criterio de normalidad. Ello supone que esta norma de presunción solo se aplica si se ha probado la muerte o las lesiones, causalidad y acción u omisión del demandado. En segundo término, consideramos que tratándose de personas laboralmente activas la edad legal de jubilación constituye un parámetro objetivo para establecer la extensión de la reparación, teniendo en consideración que, de acuerdo a

la información oficial disponible en Chile, la esperanza de vida al nacer para las mujeres es de 82,85 años y para los hombre de 77,22 (con una tasa de mortalidad de 6,0 por 1000), mientras que el 68,5% de la población se encuentra en el rango etario de 15 a 64 años, registrándose un proceso de envejecimiento de la población expresado en un aumento sostenido del porcentaje de personas de 65 años o más (4,8% en 25 años).²⁶⁴ Asimismo, consta que el 58% de la población declara trabajar y que la edad promedio del trabajador es de 41,8 años. Por su parte, la proporción de defunciones de personas de 60 años y más sobre el total de defunciones del país es de un 78,6%.²⁶⁵ Lo que muestran los datos, de forma general, es que la edad de jubilación puede constituir un parámetro útil para fijar un límite a la reparación ²⁶⁶.

En lo que sigue, distinguiremos el tipo de daño corporal (lesiones con secuelas permanentes o muerte) efectuando algunos matices en cada caso.

i) Muerte: es necesario acreditar como hecho base:

a) Que la víctima del daño desarrollaba una actividad lucrativa y el monto de los ingresos líquidos o al menos parámetros para establecer su liquidez: hacemos referencia, esencialmente, a prueba documental tratándose de trabajadores dependientes (comprobante de remuneraciones; boletas de honorarios, etc.). En caso de trabajadores independientes, la prueba documental puede complementarse con una pericia contable que dé cuenta de los ingresos líquidos y la posibilidad de dividirlos según el periodo de tiempo en que se percibían (días, semanas, meses o años). En el caso de los trabajadores informales, cuya precariedad

²⁶⁰ AGUILÓ, Ob. Cit. (n°55), p. 21.

²⁶¹ La función de la carga de la prueba es la distribución del riesgo del error entre las partes. FERRER, Ob. Cit. (n° 28), p. 6. En otras palabras, es la distribución del riesgo de la incerteza. ORMAZABAL, Ob. Cit. (n°18), p. 15.

²⁶² GAMA (2013), p. 80.

²⁶³ Y en este caso sería la aplicación subjuntiva de una regla y no razonamiento probatorio. La presunción es un mecanismo deductivo, de fijación de los hechos diferente de la prueba. ORMAZABAL, Ob. Cit. (n°18), p. 110.

²⁶⁴ Instituto Nacional de Estadísticas, información disponible en www.censo2017.cl

²⁶⁵ Información disponible en <http://www.deis.cl/estadisticas-mortalidad/>

²⁶⁶ Sin perjuicio que pudiesen considerarse otros elementos, como por ejemplo, el plazo máximo de prescripción.

en el empleo supone ausencia de registros de seguridad social y, las más de las veces, carencia de movimientos o registros bancarios, una buena forma de acreditar ingresos consiste en un informe pericial social, en que consten los gastos del grupo familiar y las ganancias para soportarlos.

Finalmente, es importante dejar asentado que el hecho que estos ingresos fuesen alternados, por un periodo fijo de tiempo, por temporadas o fluctuantes, ciertamente impacta en la extensión de la reparación, pero de ello no se sigue que deba rechazarse la indemnización solicitada.

b) Estado de salud de la víctima antes del daño: resulta necesario para dar sustento a una reparación por la vida laboral activa. Por el contrario, si sufría –llevando el argumento al extremo– una enfermedad terminal entonces constituye un enriquecimiento injusto.

Hecho presumido: acreditado que la víctima desarrollaba una actividad lucrativa y su monto líquido, así como su estado de salud, resulta razonable conceder la reparación del lucro cesante por el tiempo que media entre hecho causante del daño y la época en que hubiese cumplido la edad de jubilación y por el monto líquido (diario, semanal, mensual o anual) que percibía, salvo prueba en contrario que altere este criterio de normalidad.

ii) Lesiones: es necesario acreditar como hecho base:

a) Que la víctima del daño desarrollaba una actividad lucrativa y el monto de los ingresos líquidos o, al menos, parámetros para establecer su liquidez.

b) La acreditación de la cualificación profesional o experiencia laboral: resulta relevante dicha prueba en esta hipótesis, pues ello permite distinguir las posibilidades reales de

reinsertarse laboralmente (dependiendo del grado de incapacidad que haya generado la lesión).

Hecho presumido: acreditado que la víctima desarrollaba una actividad lucrativa y sus ingresos líquidos, así como las secuelas en su estado de salud, resulta razonable conceder la reparación del lucro cesante por el monto líquido que dejó de percibir (total o parcialmente) por el tiempo que media entre el hecho causante del daño y la época en que hubiese cumplido la edad de jubilación, salvo prueba en contrario que altere este criterio de normalidad.²⁶⁷

VII. Conclusiones.

a) En las inferencias probatorias empíricas que realizan los jueces, se observa una utilización disímil del criterio de normalidad como enlace, lo que explica la disparidad de pronunciamientos ante situaciones análogas. Ello obedece, en gran medida, a una falta de distinción adecuada entre la existencia y cuantificación del daño.²⁶⁸ Ciertamente, la dificultad que supone traducir el daño a una suma dineraria exacta no puede constituir un obstáculo para reparar un daño cierto.

b) Lo anterior se ve agravado si se pone el foco en la víctima del daño, ya que la prueba del lucro cesante futuro en la responsabilidad extracontractual supone una dificultad probatoria que obstaculiza, en mayor o menor medida, el acceso a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral del daño.

c) La implementación de una norma jurisprudencial de presunción permite superar ambas dificultades, al unificar criterios y

²⁶⁷ En ambos casos el demandado puede defenderse a través de las estrategias señaladas anteriormente.

²⁶⁸ Contribuye también la pasividad probatoria de los litigantes, la deficiente formulación de peticiones concretas y la aportación de prueba insuficiente o inidónea.

otorgar una facilitación probatoria a la víctima, resguardando adecuadamente los derechos del demandado, quien mantiene a salvo sus posibilidades de defensa.

d) La norma jurisprudencial de presunción que se propone busca dar solución a las dificultades probatorias del lucro cesante en ordenamientos jurídicos que no cuentan con un baremo legislativo. Para ello, hemos utilizado una hipótesis simple de reparación (como propuesta inicial al debate) sobre la cual pueden construirse otras más complejas, a través de la incorporación de diversas variables, como por ejemplo: víctimas laboralmente inactivas, menores de edad, posibilidad de revisión posterior en caso de reducción o incremento de la evaluación del daño, proporción de los ingresos del fallecido que corresponde a las víctimas por rebote, entre otras.

VIII. Bibliografía.

- ABELIUK, Rene (1993), *Las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1035 pp.
- ACCATINO, Daniela (2018), *Apuntes sobre prueba y verdad*, inédito, pp. 1-14.
- AGUILÓ, Josep:
- (2017), *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*, en *Derecho PUCP*, N° 79, 2017, pp. 99-110.
 - (2006), *Presunciones, verdad y normas procesales*, en *ISEGORÍA*, N° 35, julio-diciembre, 2006, pp.9-31.
 - (1999), *Notas sobre "presunciones" de Daniela Mendonca*, en *Doxa*, N° 22, 1999, pp.649-660.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William (2015), *Análisis de la prueba*, (Madrid, Marcial Pons), 463 pp.
- BARROS, Enrique (2013), *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1229 pp.
- BORDALI, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego (2013), *Proceso Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Legal Publishing Chile) 361 pp.
- CAPITANT, Henri, TERRÉ, Francois y LEQUETTE, Yves (2005), *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa* (Traducc. DE LIZCANO, Jeanne, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda.) 1390 pp.
- CARNELUTTI, Francisco (1944), *Sistema de derecho procesal civil, Tomo II, Composición del proceso* (Buenos Aires, Uteha Argentina) 733 pp.
- CORRAL, Hernán (2013), *Lecciones de responsabilidad extracontractual* (Santiago LegalPublishing Chile) 474 pp.
- DAMAŠKA, Mirjan (2015), *El derecho probatorio a la deriva*, (Madrid, Marcial Pons) 158 pp.
- DE CUPIS, Adriano (1975), *El daño. Teoría de la responsabilidad civil*, (Barcelona, Bosch) 854 pp.
- DIAZ, José (1998), *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 291 pp.
- DIEZ-PICAZO, Luis (2011), *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo V, La responsabilidad civil extracontractual*, (Pamplona, Thomson Reuters) 514 pp.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2012), *Sistema de derecho civil* (Madrid, Editorial Tecnos) 363 pp.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón:
- (2011), *Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro*, en CORRAL, Hernán (Coord.), *Estudios de derecho civil, Tomo II* (Santiago, LegalPublishing) 643-658 pp.

- (1990), *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad. Una visión comparatista*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 188, año LVIII, Julio-Diciembre 1990, pp.125-168.
- ELLORIAGA, Fabián:
 - (2002), *Daño físico y lucro cesante*, en COURT, Eduardo (coord.), *Derecho de daños* (Santiago, Lexis Nexis ConoSur) pp.53-65.
 - (2005), *El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas*, en *Anales UC*, 2005, pp. 231 -256.
- FERRER, Jordi:
 - (2007), *La valoración racional de la prueba*, (Madrid, Marcial Pons) 176 pp.
 - (2016), *La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil*, en MERIÑO, Marcelo y NAVARRO, Roberto (Coords.), *Reflexiones sobre derecho procesal*, (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), pp. 65-91.
 - (2018), *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*, ponencia presentada en el Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, Girona, 6 al 8 de junio de 2018, inédita, 35 pp.
- GAMA, Raymundo (2013), *Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 19, año 2013, pp. 65-89.
- GASCÓN, Marina (2010), *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, (Madrid, Marcial Pons) 220 pp.
- GONZÁLEZ, Daniel (2013), *Quaestio facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción), (México D.F., Editorial Fontamara) 176 pp.
- MENDONCA, Daniel, *Presunciones*, en *Doxa*, N° 21, 1998, pp. 89-98.
- MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André (1963), *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) 636 pp.
- MORALES MORENO, Antonio (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* (Navarra, Thomson Reuters) 192 pp.
- NÚÑEZ, Álvaro (2018), *Precedente en materia de hechos*, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXXI, N° 1, junio 2018, pp. 51-78.
- ORMAZABAL, Guillermo (2004), *Carga de la prueba y sociedad del riesgo*, (Madrid, Marcial Pons) 191 pp.
- PEÑAILILLO, Daniel:
 - (2018), *Sobre el lucro cesante*, en *Revista de Derecho*, N° 243, (enero – junio) 2018, pp. 7-35
 - (1989), *La prueba en materia sustantiva civil*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 119 pp.
- PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Iñigo (2012), *Responsabilidad Civil. Casos Prácticos* (Santiago, LegalPublishing) 279 pp.
- RÍOS, Ignacio y SILVA, Rodrigo (2017), *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 304 pp.
- RODRÍGUEZ, Pablo (1999), *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 338 pp.
- SCHAUER, Frederick (2004), *Las reglas en juego*.

Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana, (Madrid, Marcial Pons) 311 pp.

-SANTOS, Ana (2015), *El juicio de probabilidad en la valoración del lucro cesante por daño físico*, en *Ars Boni Et Aequi*, Universidad Bernardo O'Higgins, año 11, N° 1, pp.11-30.

-TARUFFO, Michele:

- (2010), *Simplemente la verdad*, (Madrid, Marcial Pons), 299 pp.
- (2009), *Páginas sobre justicia civil* (Madrid, Marcial Pons) 599 pp.
- (2007), *Narrativas judiciales*, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N° 1, Julio 2007, pp.231-270.
- (2002), *La prueba de los hechos*, (Madrid, Editorial Trotta) 542 pp.

-VICENTE, Elena (2015), *El lucro cesante*, (Madrid, Editorial Reus) 155 pp.

-YZQUIERDO, Mariano (2001), *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* (Madrid, Editorial Dykinson) 548 pp.

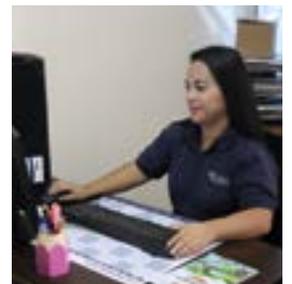


Consulte en la Oficina de Seguridad Social y Aseguramiento del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica sobre:

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/Servicios/Régimen de Seguridad Social](http://www.abogados.or.cr/Servicios/Régimen%20de%20Seguridad%20Social)



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



LINEAMIENTOS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS REVISTA EL FORO

Los interesados deberán remitir su texto, en formato *Word*, al correo electrónico revistaelforo@abogados.or.cr y deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Los artículos deberán ser originales e inéditos. No obstante, excepcionalmente se publicarán trabajos previamente publicados, siempre que el autor posea los derechos para hacerlo e indique la información completa en cuanto a esa publicación previa.
- Bajo el título del artículo deberá indicarse el nombre completo del autor, señalando al pie de página (con el símbolo *) una breve reseña sobre sus calidades académicas y laborales, así como un correo electrónico de contacto.
- Se acompañará el artículo de un resumen de un máximo de 10 líneas, en español y en otro idioma, así como de 3 a 5 palabras claves, en español y en otro idioma.
- Debe incluirse un sumario o índice.
- La extensión del artículo será de un mínimo de 15 y un máximo de 30 páginas.
- El formato de los artículos será el siguiente: Letra tipo *Times New Roman*, tamaño 12, con interlineado sencillo; tamaño de la página tipo carta; las citas bibliográficas podrán ser en formato APA o Chicago; las citas bibliográficas a pie de página utilizarán letra tipo *Times New Roman*, tamaño 10; la letra cursiva se utilizará exclusivamente para palabras en otro idioma, mientras que la negrita solo se utilizará en los títulos o subtítulos (los cuales no se dispondrán con mayúsculas completas) y se prescindirá del subrayado. Si se divide el texto en secciones, estas se dispondrán de la siguiente manera: número arábigo, letra minúscula y número romano pequeño (ej. 1. a. i.).



**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](https://www.youtube.com/colegiodeabogadoscr)**