
Juzgar en el Vacío. La Banalidad del Juicio Penal

Judgement in empty. The banality of the criminal trial

*Miguel Zamora-Acevedo**

Resumen

Esta Ponencia fue presentada en el Segundo Coloquio sobre teoría del Derecho, auspiciado por la Asociación costarricense de filosofía del Derecho y Filosofía Práctica y La Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 19 y 20 de febrero de 2020. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 20 de febrero de 2020.

* Licenciado en Derecho por la U.C.R, Máster en Sociología Jurídico-Penal, Universidad de Barcelona, Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Profesor universitario. San José, Costa Rica. Correo electrónico: jzamora@profuaca.ac.cr

Se analiza la forma en que se decide el proceso penal, evidenciando el poco rigor racional de sus decisiones. El objetivo es mostrar la indeterminación de los conceptos e institutos que se aplican. Para ello, se utilizan cinco nociones de abuso, las cuales tienen como resultado mostrar los obstáculos epistémicos del juicio penal.

Palabras claves:

PROCESO PENAL - JUICIO PENAL - DECISIÓN -
MOTIVACIÓN - RAZONAMIENTO JURÍDICO.

Abstract

This presentation was delivered at the Second Colloquium on Legal Theory, sponsored by the Costa Rican Association of Legal Philosophy and Practical Philosophy and the Faculty of Law at the University of Costa Rica, on February 19 and 20, 2020, at the Rodrigo Facio University Campus on February 20, 2020.

The way in which decisions are made in the criminal process is analyzed, evidencing the lack of rational rigor of their decisions. The aim is to show the indeterminacy of the concepts and institutes that are applied. To do this, five notions of abuse are used, which have the result of showing the epistemic obstacles of criminal trial.

Keywords:

CRIMINAL PROCESS - CRIMINAL TRIAL - DECISION -
MOTIVATION - LEGAL REASONING.

Recibido: 19 septiembre de 2023

Aceptado: 30 de octubre de 2023

“Los humanos estamos acostumbrados a aceptar con alegría y hasta con orgullo las imprecisiones de nuestro razonamiento, especialmente en ciencias humanas”

Ricardo Guibourg

Fallor ergo sum

Agustín de Hipona¹

Precisiones preliminares

Primeramente algunas premisas básicas.

Las decisiones judiciales buscan establecer la certidumbre respecto a los hechos sometidos a su consideración. Para lograr su cometido, los jueces dependen de la información de otros, pues no tienen la posibilidad de conocer por sí mismos cuáles son esos hechos.

En el ámbito jurídico, el juzgador no tiene –o no debería tener– creencia alguna acerca de los hechos que están siendo discutidos. En dado caso, si las tuviera, podría tener algún impedimento legal, como una causa de inhibitoria o recusación.

Lo anterior significa que, de manera general, el razonamiento sobre los hechos en el proceso penal está afectado por la información testimonial y documental, pues los jueces tienen poca ayuda a fuentes epistémicas básicas. Incluso, el mismo derecho le brinda reglas preestablecidas que sirven de guía a la hora de decidir, por ejemplo, las presunciones, ficciones jurídicas, jurisprudencia y principios generales.

Para cumplir con esta labor de esclarecimiento de los hechos, el juicio debe versar sobre la valoración de la prueba, cuya finalidad primordial es ser la base de la averiguación de la verdad real de los hechos, aunque limitada, a ciertas formas procesales que no tienen una finalidad epistémica como las ya mencionadas presunciones y razones institucionales.

1 Agustín de Hipona. De la Ciudad de Dios, libro XI, cap. XXVI.

Ahora bien, señaladas las precisiones, queda por indicar dos provocaciones de las presentes notas: la primera, mostrar que aunque la verdad no sea en sí misma una garantía para obtener justicia, sí constituye un requisito previo de aquella. Sumado a ello, la legitimidad pública de la administración de justicia demanda certezas en sus decisiones.

Lo segundo, evidenciar que, en el campo epistémico del fallo, sabemos mucho menos de lo que deberíamos saber, básicamente por la falta de interés en el ámbito jurídico de las investigaciones empíricas en la decisión judicial y ante la ausencia de autocríticas en las formas que se vienen aplicando desde vieja data, amparados en criterios anacrónicos.

Clarificaciones

Mientras los distintos saberes hoy tienden a distanciarse de pronunciamientos categóricos y terminantes (Esteve Pardo, 2009, pág. 23) o verdades, debido a la existencia en sus métodos de conocimiento que muestran lo falible de sus conclusiones, el derecho camina en sentido contrario: cada vez más demanda las certezas en sus decisiones.

Incluso, muchas veces, en su afán de avance, el derecho penal busca el auxilio de saberes científicos tendientes a reafirmar convicciones. Actualmente, es un lugar común, la tendencia hacia la constante búsqueda de las pruebas calificadas de científicas, hasta en aquellas áreas que la misma ciencia se considera incapacitada para resolver, por ejemplo, la psicología del testimonio (Eysenck, 2018, p. 381), todo ello amparado en el principio de libertad probatoria.

Al amparo de tales pruebas, se busca determinar la verdad de los acontecimientos en aquellos casos en los que la ciencia se abstendrá de pronunciarse: ¡el juez es perito de peritos! ¡reseña el axioma! Por ejemplo, la psicología diría que no tiene bases para establecer una posible emoción violenta, en cambio, el derecho penal sí, asumiendo un criterio “jurídico” (cfr. Sala Tercera voto número 432-06 de las 8:40 hrs. del 19 de mayo de 2006 y se reitera esta posición es el voto número 193-07 de las 16:00 hrs. del 8 de marzo de 2007).

El problema que obliga a tal proceder es muy sencillo, lo que se acostumbra a llamar “ciencia” no está obligada a decidir sobre los problemas objeto de su estudio. Por su parte, el derecho, en cambio, sí y más profundamente el derecho penal, inclusive en aquellos temas científicos, como en investigación médica, la aplicación tecnológica, genoma humano, etc. Así las cosas, en cuanto el progreso científico va aprehendiendo nuevos espacios bajo el dominio e intervención humana, sirven nuevas capacidades de decisión y sobre tales determinaciones viene la responsabilidad de la selección.

Esto, a su vez, conlleva que todo lo que se acuerde sobre nuevas regulaciones pueda tener también repercusiones penales, como por ejemplo, la tendencia a regular la aplicación de nuevas tecnologías e inteligencia artificial puede llevar a posibles consecuencias, como responsabilidades penales derivadas de la omisión indebida o la tesis del actuar por otro, entre otros aspectos.

En este sentido, muchos, entre ellos Ruse (2017, pág. 190 ss), siguen pensando que el objetivo de la ciencia es decir las cosas como son, lo cual, en el campo del razonamiento de la decisión judicial, indicaría que el proceso penal deba considerar, como uno de sus fines, como se indicó antes, la búsqueda de la verdad real de los hechos y, para ello, se sirve de la valoración probatoria, aplicando la sana crítica como regla interpretativa de la prueba en el juicio penal.

Empero, estas a su vez, se debaten entre la realización del “es” y del “deber ser”. Lo primero, en la práctica diaria, manifestado en la experiencia forense que se ve reflejada en la llamada jurisprudencia; mientras los segundos en la idealización señalada en las disposiciones normativas.

Esta dicotomía se patentiza en la crítica constante que sugiere que hoy, la era de las garantías judiciales, ha pasado a un segundo plano (discurso de los autoproclamados garantistas), dando paso a una tendencia eficientista, alarmista e incluso abusiva. Ahora es común evidenciar las acciones y diligencias investigativas, cuyo problema básico está en la tendencia de normalizar (Van Dick, 2016, pág. 26) abusos y violaciones de derechos fundamentales.

De lo anterior se deriva en que, ahora se utiliza el estribillo, ¿cuál es el agravio?, ante una clara violación normativa; por ejemplo, ante el irrespeto al plazo máximo legal de suspensión del debate (cfr. voto 1260-2016, Sala Tercera de la Corte Suprema).

En igual sentido, en las investigaciones penales, los medios de comunicación son de los primeros en llegar al lugar de los hechos del presunto evento delictivo, circunstancias que no debería suceder, por la privacidad de las actuaciones investigativas. Esto supone una práctica común: televisar los allanamientos y detenciones de los sospechosos, más que garantizar los derechos de los perjudicados.

Ahora bien, esto implica la idea de que hay que aspirar, no a establecer situaciones deseables, sino a impedir situaciones condenables (Shklar, 2018, p. 12).

Si bien las reglas del juego permanecen (me refiero a las disposiciones procesales penales), se han desconectado en la práctica, hasta un punto que parece no tienen retorno. Por el contrario, cada día se empeñan en una clase de competición y carencia de significados que no soportan un mínimo análisis de racionalidad; interesa la cantidad de resoluciones, más que la calidad de las decisiones judiciales. El eslogan pronto será: entre más rápido, mejor y más justo.

Esto se traduce en la aplicación de la célebre frase de Lord Kelvin, que dice que lo que no se mide, no se puede mejorar... idea subyacente en las prácticas de control de actividades de los diversos entes de la colectividad judicial. Lo cual se convierte, en determinadas evaluaciones del puesto que tiene como consecuencia, en medir la cantidad investigaciones con un imputado individualizado, número de casos con acusaciones, etc.

Se traslada esa tendencia al tema en cuestión, el afán en abordar el problema del juicio –como decisión- tiene su origen en una predilección más amplia que en las simples prácticas discursivas legitimantes del propio sistema democrático costarricense. Se encuentran en un deseo de examinar el carácter cambiante de sus decisiones y las consecuencias que recaen sobre las personas. Por ende, es uno contra el examen de su práctica. Especialmente se centra en el juicio penal, aunque las implicaciones argumentativas

podrían tener un espectro más amplio, basado en la tendencia de asimilar los mismos principios del juicio y mismas reglas de apreciación a otros procesos, por ejemplo, la sana crítica.

En este caso, existe muchísima doctrina sobre el proceso penal, donde pareciera que la crítica a la forma de juzgar ha quedado atrás. De modo que la relevancia y pertinencia del reexamen del tema exige una crítica más fuerte y menos vacilante, pues se está en una construcción doctrinaria nacional más normativista e idólatra del estado de las cosas, quizás por amoldamiento de ideas, aspiraciones personales dentro del sistema o por simples actos de fe.

Por tanto, se trata de mostrar las deficiencias a la hora de juzgar, en donde muchas de tales carencias son producto del propio sistema jurídico (formación académica, ideólogos doctrinarios, capacitación institucional, conocimiento empírico, etcétera), sobre lo cual no se considera un fracaso total, sino en llamar la atención, primordialmente sobre ciertas fórmulas verbales con halo de convicción y garantías.

En este punto, me centraré en el proceso de apreciación judicial, sea de las pruebas y los hechos en general, de los institutos aplicados a la etapa de debate pura y simple.

Así, cobra preponderancia examinar las reglas de la sana crítica, la utilización del agravio y las visiones desformalizantes de los institutos procesales, especialmente aquellos directamente relacionados con los principios del juicio.

Entonces, se finaliza con unas líneas temáticas centradas en el análisis del abuso práctico de tales consideraciones a la hora de decidir sobre un punto. En este caso, se utilizará el término “abuso” para designar una, dos o más de las siguientes características:

1. Abuso en la referencia de la “llamada jurisprudencia”, en detrimento del deber de explicitar las razones propias del órgano decisor.
2. Abuso en la apariencia de la intelectualidad jurídica. Acá interesa resaltar la utilización de datos, ideas, citas y, en general, información ajena a Costa Rica. Lo que se podría llamar el derecho comparado.

3. Abuso en la manipulación verbal (Sokal & Bricmont, 2008, p. 23). Especialmente en la retórica principalista y de conceptos jurídicos indeterminados.
4. Abuso en la pseudo racionalidad en la utilización de la sana crítica. Para ello, se utilizará el trilema de Münchhausen.

Examen de Algunas Reglas del Juego (Deber Ser de la Existencia del Juicio Penal)

Bajo estas líneas generales, surge como quiromántico Buenaventura de Sousa Santos, para quien la humanidad, ante preguntas fuertes, brinda respuestas débiles. En resumen, dentro de las preguntas que califica el autor de fuertes, corresponde analizar, a efectos de las presentes notas, la tercera, la cual indica:

¿Si la legitimación del poder político se asienta en el consenso de los ciudadanos, ¿cómo garantizar este último cuando se agravan las desigualdades sociales y se tornan más visibles las discriminaciones sexuales, étnico-raciales y culturales?" (2009, p. 14.)

La respuesta inmediata a ello, refiere el autor, es la democracia y el derecho, siendo estas respuestas evidentemente débiles. Aplicadas al campo penal, se agrega insuficientes, puesto que no resuelve los conflictos sometidos a su consideración, sino solo una versión de la historia, la parte de los hechos que se institucionalizan.

La temática penal surge una vez que los hechos han ocurrido. Reconstruir el hecho bruto (o que realmente ocurrió) es una tarea difícil. Al sistema de justicia, se accede por la versiones que perciben las partes afectadas, con todas sus subjetividades y sesgos, propias de las falencias humanas.

Para evidenciar lo anterior, basta con examinar los principios básicos del proceso, donde media la indeterminación y vaguedad de los institutos que se aplican.

En este orden de ideas, doctrinalmente se sigue que, la función del Derecho Procesal Penal (en adelante DPP) puede ser vista en un sentido político o material como el fin social que cumple

dentro del orden jurídico de un Estado; o ser visto en un sentido formal, como la estructura formal y conceptual de las reglas, es decir, cómo ellas cumplen la función material que se les adjudica.

Ernst Beling, citado por Maier, define la necesidad de la existencia del DPP al afirmar que “*El Derecho penal no le toca al delincuente ni un solo pelo*” (Maier, 1999, p. 84); el Derecho penal solo define el injusto penal, amenaza con la imposición de una pena, pero no provee a su propia realización.

El DPP es el que, ante la existencia en el mundo real de un injusto, indica el camino (serie de actos) necesarios para averiguar el contenido de verdad de esa afirmación y así disponer la reacción concreta correspondiente (pena o medida de seguridad). De allí que, afirma este autor, el DPP es el que se enfrenta con las personas de carne y hueso, el que está más cerca del drama humano real (ibidem).

Se puede deducir que, su función es la de regular el procedimiento mediante el cual se verifica, determina y realiza la pretensión penal estatal definida por el Derecho Penal. Se dice así que el Derecho Procesal Penal es auxiliar del Derecho Penal, sin cuya existencia es imposible pensar en el Derecho Procesal Penal, pues este es la realización del Derecho Penal (Maier, 1999, p. 85).

Por la función material o derecho sustantivo, sirve para prevalecer por sobre la venganza privada en manos del ofendido o sus parientes y para la recomposición de la paz y seguridad jurídica.

Por la función formal, las normas del DPP son normas potestativas, disciplinan los actos que integran necesaria o eventualmente un procedimiento, disponiendo sobre el modo, tiempo y forma en los cuales deben ser llevados a cabo para obtener ciertas consecuencias jurídicas, sobre la competencia de los órganos públicos que ejercen la función penal del Estado.

El carácter instrumental está dirigido a que no puede imponerse una pena sin que se haya realizado previamente un proceso (Llobet Rodríguez, 2005, p. 18). Si bien no puede haber

pena sin proceso, puede haber proceso sin delito, puesto que la realización de un proceso penal no implica que se haya cometido un delito y que el responsable sea el imputado.

Precisamente, el proceso se da para averiguar si se llevó a cabo un delito y determinar en caso afirmativo el presunto responsable de este. Por esto es por lo que la afirmación de que el fin del proceso penal sea la determinación y realización del poder punitivo estatal, no está falta de problemas, ya que podría creerse que el sobreseimiento o absolutoria de un imputado al que no se le comprueba la culpabilidad, no es un fin del proceso penal. El proceso penal tiene por fin también evitar que sea condenado un inocente.

Aunque el propósito del proceso penal es la garantía de un proceso conforme a los lineamientos de un Estado de derecho, no significa que el DPP no tenga sus propios fines. El Derecho Procesal Penal es un derecho constitucional aplicado, ya que no se puede, por ejemplo, buscar la verdad material a cualquier precio, sino que debe realizarse dentro de formas que garanticen los derechos de los participantes en el proceso.

Cuando se afirma que el proceso penal persigue la búsqueda de la verdad material, puede plantear el problema de caer en graves excesos en la investigación. Por lo tanto, Winfried Hassemer sostiene que en el proceso penal se busca en definitiva la verdad formalizada. Lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, "*la verdad forense*" (Llobet Rodríguez, 2005, p. 25).

Sobre la relación entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal, Carrara ha indicado que, el derecho penal sustantivo contempla los principios generales sobre los delitos y las penas, de modo que parte del supuesto de tener ante sí a un culpable, o sea, al autor de un hecho delictivo. En contraposición, el derecho procesal penal parte de un presupuesto contrario, esto es, presupone la inocencia de un ciudadano contra el cual la justicia dirige sus sospechas y armas (Carrara, citado por: Llobet Rodríguez, 2005, p. 30-31).

Ahora bien, de seguido, se presentan algunos puntos que se consideran controversiales y que, a su vez, constituyen obstáculos epistémicos del conocimiento de los hechos en la decisión judicial.

Abuso en la Referencia de la “Llamada Jurisprudencia”, en Detrimento del Deber de Explicitar las Razones Propias de un Órgano Decisor

Una de las herramientas más utilizadas en la toma de decisiones en el juicio es emplear criterios de terceros, especialmente si ostentan una posición de superioridad jerárquica, como ocurre con los criterios de otros tribunales. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico costarricense, no existe la jurisprudencia vinculante en materia penal.

La propia Constitución Política señala que:

El Poder Judicial (**refiriéndose a los jueces**) sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos. (art. 154, resaltado no es del original).

Por ende, las decisiones de los demás tribunales son meros criterios de referencia, no constituyen, *per se*, precedentes judiciales.

En este caso, se entiende, por precedente, las decisiones jurisdiccionales que son emitidas por algún órgano jurisdiccional, creado por ley, para emitir normas que se consideran relevantes para la decisión de otros casos, cuya finalidad está en la búsqueda de la concentración del poder mediante su determinación y aplicación de este, y no tanto en la idea de creación del derecho.

Por ejemplo, la idea de la unificación de la jurisprudencia, mediante el recurso de casación penal, en su motivo por precedentes contradictorios, los cuales, muy a pesar de los deseos de los altos jueces, no tienen la fuerza normativa de ser obligatorios.

A pesar de lo anterior, señala la Sala Tercera que:

Se ha dicho que esta causal responde al interés del legislador de garantizar, de manera efectiva, los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley,

a través de los cuales los ciudadanos pueden anticipar las consecuencias de sus actos, y exigir que la ley se aplique de la misma manera a todas las personas que se encuentran en igualdad de condiciones. Además, ha destacado la importancia de que para su correcta invocación, resulta necesario acreditar la semejanza o similitud en los aspectos esenciales de los supuestos fácticos abordados en cada caso, y una vez determinados los aspectos comunes relevantes, pasar a señalar la oposición entre los distintos fallos. (Voto N° 2019-00526, de las 11 horas, 35 minutos, del 30 de abril de 2019).

Como se observa, existe una intención de uniformizar los criterios sobre puntos específicos que puedan presentarse a futuro. En aspectos fácticos no habría mucho problema por la diversidad de eventos que se pueden presentar, sin embargo, en el tema de la calificación jurídica de algunos institutos, este criterio resulta fundamental, pues incide en forma directa en cómo se podría aplicar, y atenta contra la independencia judicial, al marcar el camino que debería seguir.

Un claro supuesto de ello se tiene en el tema de la reforma al artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales, para la cual, la Sala Tercera emite un criterio unificador, señalando que:

Esta Sala de Casación Penal ha seguido la misma postura con respecto a la irretroactividad de la ley de naturaleza procesal, referenciándose en lo conducente: "... Tal y como lo ha entendido esta Sala, la ley procesal adjetiva, por su propia naturaleza, no es susceptible de ser aplicada de forma retroactiva..." (Resolución N.º 001200, de las 09:05 horas, del 29 de octubre de 2010). En vista de las razones esbozadas, tiene por establecida esta Cámara, que la reforma introducida por el legislador, referente a la modificación del artículo 11 de la Ley de Registro y Archivo Judicial, es de naturaleza procesal o instrumental, por consiguiente sus efectos aplicativos dentro de todo el ordenamiento jurídico rigen a partir de su vigencia. [...] En consecuencia, se unifican los criterios expuestos por el mismo Tribunal de Apelaciones de Sentencia Penal del

Segundo Circuito Judicial de San José, y se decreta la no aplicación retroactiva de las normas de naturaleza procesal o instrumental, específicamente, en lo que atañe a la reforma del artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales. En vistas de las razones expuestas, se mantiene incólume la resolución N° 2016-1371 de las 14:40 horas, del 27 de setiembre de 2016, dictaminada por el Tribunal de Apelación del II Circuito Judicial de San José.

En razón de lo anterior, diversos tribunales siguen dichos criterios, sin cuestionarse la procedencia o aplicación de tales consideraciones en los casos sometidos a escrutinio como, por ejemplo, en el voto 51-2019 del Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, mediante el cual los jueces Alfredo Araya Vega y Roy Badilla Rojas razonan que es la línea de “*pensamiento, acordada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante el voto unificador jurisprudencial número 50-2017*” (resaltado es del original).

Empero, en dicho voto, el juez Mario Porras Villalta decide separarse de los antecedentes unificadores, y brinda una justificación propia del tema por discutir, afirmando que:

Si bien lo respeto, no comparto el criterio jurisprudencial de la Sala Tercera que se invoca en el voto de mayoría, en cuanto afirma que la reforma introducida al artículo 11 de la Ley del Registro Judicial consiste en una norma procesal. En realidad se trata de una disposición de carácter sustantivo, y de ahí que conforme al artículo 12 del Código Penal deba aplicarse retroactivamente, al resultarle más favorable al encartado. Es claro que la ley procesal o adjetiva es de tipo instrumental, y su naturaleza jurídica consiste en regular los actos o ritos, mediante una secuencia debidamente ordenada y progresiva, de cara a la aplicación de la ley de fondo o sustantiva. Por su parte, esta más bien atiende a regular la situación jurídica en sí, definiendo las reglas o consecuencias que se derivarán de la misma. Esta es una premisa básica y elemental que se desprende de la teoría general del proceso. Solo a modo de ejemplo, se tienen las siguientes definiciones doctrinales: “[...]

Ley [...] ADJETIVA. La que regula la aplicación de otra, llamada substantiva, limitada por lo común a exponer el precepto [...] PENAL. La que define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o las medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponde [...] PROCESAL. La que rige la tramitación contenciosa o voluntaria de causas o negocios ante jueces o tribunales [...] SUBSTANTIVA. La que concede un derecho o impone una obligación; la que permite o prohíbe ciertos actos; la reguladora de las instituciones jurídicas. Se contraponen a la ley adjetiva (v.), que establece los medios para efectividad y garantía de las relaciones y normas de fondo [...]” [Cabanellas de Torres (Guillermo), “DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL”, Editorial Heliasta, Argentina; 1ª edición, 1998. Páginas 233 a 235]. También se ha indicado que “[...] La definición usual del proceso penal se contenta con calificarlo de ‘procedimiento que tiene por objeto la declaración del delito y la imposición de una pena [...]’. Una definición que se refiere especialmente al derecho positivo español ha de añadir como objetos del proceso penal la adopción de las pertinentes medidas de seguridad y el conocimiento de la acción civil proveniente del delito [...]” [Goldschmidt (James), “PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO”. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. Tomo II, páginas 15 y 15]. Es claro que el numeral 11 de la Ley del Registro Judicial no regula ningún procedimiento tendiente a la aplicación de una norma de fondo, sino que -en sí mismo- establece las reglas sustantivas que determinan en qué casos, dependiendo del monto y tipo de sanción, se tendrá por cancelado el registro de un antecedente.

Como se observa, la postura del juez Porras Villalta, venida a menos en la praxis judicial costarricense, es la que debería imperar. Resolver conforme a los criterios del juez que decide y no simplemente basarse en las ordenanzas de la inexistente jurisprudencia vinculante. El camino sencillo es la repetición; la vía difícil, emitir consideraciones basadas en el análisis, la confrontación de ideas, etc.

El hecho de pensar y tomarse el tiempo para emitir opiniones divergentes en la resolución de los casos es *rara avis* en la jurisprudencia. La casi inexistencia de los votos salvados en la mayoría de las decisiones de los tribunales superiores representa serias señales de advertencia sobre el estado actual de la justificación racional de sus fallos.

Con lo anterior, se muestran claros ejemplos del abuso en la utilidad de la jurisprudencia, aunque no tenga la cualidad de “vinculante”; en la práctica, algunos jueces superiores prefieren plegarse al criterio de otros que decidir conforme al conocimiento y pruebas del caso.

Con ello, no se pretende que se obvие la decisión de los demás órganos de decisión, simplemente trata de mostrar la sobreutilización e infravaloración de la *ratio decidendi*. Los precedentes son, simplemente eso, antecedentes que muestran el razonamiento de otros, en el caso en concreto que bien podría o no aplicarse al propio supuesto sujeto a resolución.

La anterior posición de aceptación *per se* de los criterios de otros órganos se evidencia en el tema del delito de violación. Así, por ejemplo, en el voto 710-2023 del 02 de junio del 2023, el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, estableció que:

Esta cámara conoce el criterio que han sostenido diversos jueces de apelación en el sentido que, para la configuración del delito de violación, se hace necesario que haya existido penetración en el área vaginal y no solamente en la vulvar; **no obstante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia unificó los distintos criterios jurisprudenciales existentes** y estableció que la penetración vestibular sí configura el delito de violación, indicándose en el voto 1121-2017, de las 11:09 horas del 22 de diciembre del 2017 (posición que ha sido reiterada en numerosos pronunciamientos posteriores), lo que sigue: “En el presente asunto se cuestiona la existencia de precedentes contradictorios, con relación a la tesis aplicada por el Tribunal de Apelación de sentencia, según la cual, basta el acceso vestibular, sin que se requiera la lesión y penetración de la

membrana himeneal de la ofendida, versus la corriente sostenida por otros tribunales de apelación, cuyas integraciones han estimado que es necesaria la lesión y penetración de la membrana himeneal de la víctima, a efectos de tipificar la conducta del sujeto activo, como constitutiva del tipo penal de violación. Esta Cámara, mediante resolución 2015-1531, de las nueve horas y cuarenta minutos, del 27 de noviembre del 2015, unificó precedentes en cuanto al tema que expone el recurrente, indicando que se determina la existencia de una violación al principio de libertad sexual, contenido en el artículo 156 del Código Penal, con respecto a la existencia del ilícito cuando se constate el acceso o penetración vestibular, sin que sea necesario la ocurrencia de una lesión. Al respecto conviene citar la resolución antes enunciada: “La tesis que defiende la ausencia de lesión y penetración himeneal, como una razón para no configurar el tipo penal de violación, considera que el ilícito se debe aplicar bajo la literalidad restrictiva, en donde desde un análisis físico-anatómico, el inicio de la cavidad vaginal se encuentra restringido por el traspaso de la membrana himeneal en la mujer (posición de la resolución impugnada). Al respecto ya esta Sala se ha pronunciado, definiendo el punto en cuestión, al considerar que una penetración vestibular o vulvar, viene a afectar la intimidad de la mujer e infringe el tipo penal de violación, indicando en lo que respecta que: «...si bien la pericia clínica determina que la menor mantenía íntegro su repliegue membranoso (himen,) ubicado en el orificio externo de la vagina y no era éste dilatado, ello no excluye de forma necesaria, concluyente e indubitable la existencia de un acceso carnal, aunque sea parcial y sin ruptura del himen, pues la introducción puede acontecer entre los labios vaginales (repliegues cutáneos de la vulva) hasta el himen, sin afectación de éste último. Ciertamente, el desgarramiento del himen, en algunos supuestos de castidad sexual genital, constituye un signo anatómico demostrativo de la efectiva penetración en la cavidad vaginal, máxime cuando el artículo 156 del Código Penal prevé como conducta

típica el “acceso carnal”. Sin embargo, la introducción incompleta de algún objeto en la zona vaginal, sin afectación del himen, no impide calificarla como violación.» (Resolución N.º 321-2007, de las 11:18 horas del 28 de marzo de 2007). De ahí que no es necesaria para su consumación una penetración íntegra. Se trata, por el contrario, del momento en el que ya se ha agredido de una manera decisiva el ámbito de intimidad de la víctima, representado por las cavidades anatómicas internas propias del cuerpo, estableciéndose que la existencia de un “acceso carnal” a la cavidad vestibular de una mujer constituye claramente una infracción al tipo penal de violación. Aunado a lo anterior, en el mismo voto reseñado, esta Sala procedió a indicar razones adicionales para considerar infringido el tipo penal cuando se constate un acceso carnal de tipo vestibular indicando: «[...] Por ello, las razones histórico culturales basadas en una específica moral sexual asentada en la tutela de la ‘virginidad’ que singularizaron la tipificación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en ningún caso pueden convertir al himen en el límite físico que permitiría distinguir entre la violación y un abuso sexual, en los supuestos en que la víctima sea una mujer que no había mantenido relaciones sexuales genitales con ruptura de himen previas a la agresión. Lo contrario supondría imponer un criterio discriminatorio basado en patrones socioculturales, con una gran carga de prejuicios, sobre la vieja idea de la “virginidad sexual” como objeto de tutela penal, de manera que se establecerían tratos diferenciados e injustos, en los niveles de protección y sanción estatal entre mujeres con o sin desgarrar del himen, según sus experiencias sexuales previas, en detrimento de su libertad de determinación en la esfera erótica. Por consiguiente, la subsunción del ataque en el delito de violación o de abuso sexual no puede, necesariamente, venir determinada por las experiencias sexuales previas de la mujer...» (Resolución N.º 321-2007, de las 11:18 horas del 28 de marzo de 2007). De igual forma se tiene que tomar en consideración que los bienes jurídicos que

se protegen en este tipo de delitos de índole sexual son la libertad y la indemnidad sexual. La primera, entendida como el derecho de toda persona de ejercer la actividad sexual en libertad, mientras que la segunda, refiere el derecho de todo ser humano a no ser inquietado, a estar exentos de daño en materia sexual. En ese sentido, cuando un individuo tiene acceso carnal a otro, a través de cualquiera de sus formas y en contra de su voluntad, irrumpe en uno de los ámbitos más privados, más reservados o más particulares de la vida de la víctima, en su intimidad, en definitiva. Con base en ello, el Estado está obligado a tutelar esos derechos a fin de preservar a las personas agraviadas de intromisiones intolerables en su intimidad y que no tienen por qué soportar. El delito sexual para la víctima es una experiencia negativa e inesperada, que repercute grandemente en su integridad física y emocional, por lo que siempre implica un alto nivel de vulnerabilidad. Precisamente, en esa condición se deben calificar a las mujeres agraviadas por conductas ilícitas de índole sexual, según lo establecen las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, en el artículo 11, el cual apunta de manera literal: «Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.». Del mismo modo, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, más conocida como “Convención de Belém do Pará”, contempla en su numeral 4, en lo de interés: «Toda mujer tiene derecho al reconocimiento,

goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...». Así también, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, siendo consecuente con éste último instrumento y en la misma línea de la jurisprudencia internacional, ha ofrecido una interpretación adecuada acerca del concepto de la violencia sexual, cuyo extracto prescribe: «...es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”; situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas...». Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el documento número 63 de fecha 9 de diciembre de 2011, titulado como: “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica”, ha manifestado su preocupación acerca de los obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de delitos sexuales para obtener un acceso a la justicia, adecuado y efectivo, tales como la prevalencia de patrones culturales discriminatorios en las actuaciones de los operadores de justicia, así como la falta de aplicación y desconocimiento de la normativa nacional e internacional que protege los derechos de las mujeres, entre otras. En ese sentido, estos desafíos impiden el ejercicio pleno y la garantía de los derechos humanos de las mujeres víctimas, contemplados en instrumentos internacionales de derechos humanos, y vulnera el deber integral de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar los actos de violencia contra las mujeres. Inclusive, no podemos dejar de lado la no discriminación y la garantía de la igualdad, como aspectos fundamentales del derecho de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia. Sobre el particular,

la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, conocida como “CEDAW”, reviste especial importancia al ser diseñada con el objeto de promover la igualdad, entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. El Comité CEDAW también, ha establecido que la discriminación comprende la violencia contra las mujeres en todas sus formas, por ello promueve el respeto, la protección, y el cumplimiento. Como corolario, se debe señalar que el ataque sexual se configura con acciones de esa misma naturaleza, que se cometen contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo humano, además, pueden incluir actos que no necesariamente involucran la penetración total de sus genitales. No obstante, también se vulnera la indemnidad y la libertad sexual de la persona ofendida, cuyos derechos deben protegerse y preservarse en todo ser humano, más aún cuando la víctima es menor de edad, debido a su desarrollo y formación físico-emocional, como en el caso bajo estudio.” No encuentra esta Sala, razón alguna para variar la postura anteriormente expuesta, máxime que existe un claro deber del Estado, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las obligaciones contraídas por nuestro país, en materia de derechos humanos, de brindar una protección especial a las personas menores de edad mujeres, por su condición de doble vulnerabilidad. Al respecto, dicho tribunal internacional, en el caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, sentencia de 19 de mayo de 2014 indicó: “134. [...] conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, “particularmente vulnerables a la violencia”. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal

de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia" (Voto No. 1121-2017, de las 11:09 horas del 22 de diciembre del 2017), **posición que ha sido reiterada en el voto 350-2021, de las 10:30 horas del 16 de abril del 2021 y en varios pronunciamientos más de la Sala de Casación Penal que tiene la función nomofiláctica como mecanismo de unificación normativa en el sistema penal costarricense...**" (lo resaltado no es del original).

Como se puede observar, la fundamentación proporcionada por el *ad quem* es absolutamente inapropiada, ya que no presenta ninguna opinión original. Después de señalar el tema, simplemente indica que la Sala Tercera ha emitido un criterio unificador. A continuación, cita extensamente las razones de la Sala sobre el asunto y termina subrayando que estos argumentos se han repetido en varios votos (que menciona), pero sin explicar por qué aplicarían a la cuestión en consideración o justificar por qué estos razonamientos son aplicables al caso específico.

Como se deduce, resolver de esta forma es evadir la responsabilidad que impone la Constitución Política y, *contra legem*, le imponen al recurrente una visión vinculante de la jurisprudencia que no existe.

Abuso en la Apariencia de la Intelectualidad Jurídica. En este Punto, Interesa Resaltar la Utilización de Datos, Ideas, Citas y, en General, Información Ajena a Costa Rica. Lo que se Podría Llamar el Derecho Comparado

Es evidente que existe una creciente importancia en la utilización del derecho comparado. Sin embargo, para su aplicación se deben de presentar ciertas condiciones mínimas.

Para ello, siguiendo a Carnelutti (2003), se deben utilizar cinco etapas a saber:

3.2.1. Etapa del *tertium comparationis*. Esta etapa se refiere a un período previo a la fase jurídica. En este período, se examinan los puntos de partida comunes, que pueden ser un problema, una necesidad social, real, de carácter económico o político, compartidos por dos o más países o sociedades, a los cuales se puede aplicar el análisis comparativo.

En el caso de la materia penal, se refiere a los hechos que podrían constituir un delito en investigación, una forma de llevar a cabo la prueba, o el proceso de investigación en sí.

3.2.2. Etapa de las soluciones jurídicas del problema. Posteriormente, lo que interesa es, en un sentido estricto, identificar las normas, instituciones o procesos jurídicos que los países que desean aplicar el derecho comparado han utilizado para abordar el problema o la necesidad que comparten. Por ejemplo, en casos relacionados con el tráfico internacional de drogas, se busca encontrar las normas comunes que regulan la entrega vigilada.

3.2.3 Etapa donde se muestren las razones que puedan explicar las analogías y diferencias. Es decir, se exponen las soluciones adoptadas en respuesta a un mismo problema previamente identificado (el *tertium comparationis*), ya sea por motivos históricos, sociológicos o éticos.

En esta etapa, el jurista que busca aplicar el derecho comparado debe alejarse del ámbito legal, ya que el objetivo es presentar argumentos que demuestren la utilidad y coherencia de las soluciones adoptadas en otros países, con el fin de incorporarlas en el propio ordenamiento jurídico.

Por lo general, la interpretación analógica de los aspectos fácticos guía la decisión.

3.2.4. Etapa de investigación de las grandes tendencias evolutivas, que puedan ser convergentes o divergentes. En este punto, un caso paradigmático en la práctica penal costarricense ejemplifica esta situación, particularmente en lo que respecta a las memorias implantadas y diversas formas probatorias, como los dictámenes de grafoscopia y registros dentales, entre otros. Estos temas están en desuso a nivel internacional debido a la falta de

fundamentos científicos para respaldar su validez, como se indica en el informe ‘Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods’ presentado al presidente en 2016.”

3.2.5. Etapa de la Valoración. En esta fase, se deben justipreciar las soluciones acogidas o los tipos de solución en cuanto a su eficacia o ineficacia en la resolución del problema o necesidad.

Este proceso valorativo no es absoluto, sino relativo, en cuanto al tópic social o necesidad. Lo que impone la demostración de la conexión con el punto de partida propio y concreto, que se admite como *tertium comparationis*. Para ello, se deben combinar los aspectos jurídicos con lo prejurídico, así como su relación con las soluciones normativas dadas con el punto de partida que ha dado el motivo de análisis.

Por lo tanto, como se observa en el breve resumen anterior, para utilizar el derecho comparado, es esencial proporcionar una explicación y guía que respalde las razones de su necesidad y pertinencia. No se trata simplemente de señalar y comparar las soluciones legales de otros países, sino de justificar su aplicación a través de una serie de pasos que permitan deducir su utilidad

La simple referencia a otros ordenamientos jurídicos o criterios jurisprudenciales no son razones válidas, ni permiten sustraerse de la obligatoriedad de motivar la decisión.

Abuso en la Pseudo Racionalidad en la Utilización de la Sana Crítica. Para Ello, se Aplicará el Trilema de Münchhausen

La utilización de este concepto puede resumirse en la obligación de los jueces de valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 180 CPP). A criterio personal, esto deviene en un abuso, en lo que se denomina como una pseudo racionalidad, la cual se manifiesta en la utilización de la llamada sana crítica.

En este caso, se entiende por pseudo racionalidad a la subordinación de las fundamentaciones establecidas en los procesos penales, basadas en el imaginario colectivo, pero encubiertas por la aparente objetividad y racionalidad.

Su uso a menudo se busca para conferir una apariencia de racionalidad, a pesar de que su contenido suele ser vago e impreciso, incluyendo conceptos como el entendimiento humano y la experiencia, entre otros. Como resultado, el mero empleo de dichos términos a menudo se interpreta como una afirmación de la calidad de la decisión y su cercanía a los ideales de justicia, lo que puede llevar a la percepción de que la resolución está debidamente fundamentada.

En este sentido, es un mandato para fundamentar las decisiones sobre todos los puntos sometidos a consideración que se incluyan los hechos y la prueba. Es, a su vez, una variante del principio de libre convicción; sin embargo, la indeterminación del concepto es tal que hace imposible establecer su objeto.

En términos generales, se puede afirmar que la sana crítica se basa en las reglas del correcto entendimiento humano. Por lo tanto, se asumen como elementos de la sana crítica tanto las reglas de la lógica como las reglas de la experiencia. Ambas juegan un papel igualmente importante para permitir al juzgador analizar la prueba, cualquiera que sea, y formar un juicio de convicción

Se exige, por tanto, que se diga en la sentencia la relación entre los hechos discutidos y el medio de prueba que fundamenta la persuasión, con el objetivo de demostrar la razonabilidad de la decisión en la valoración de la prueba. Es decir, conocer cuáles fueron los imperativos del razonamiento lógico, de la motivación.

Sin embargo, resulta evidente que en la utilización de la sana crítica surgen costos (Bayón, 2008, pág. 21) A pesar de la idea de minimizar los riesgos de arbitrariedad en la toma de decisiones, se generan otros aspectos negativos. Esto incluye la posible dilación en la emisión de la resolución y los costes procedimentales. Además, existe el desafío de lograr uniformidad en las conductas humanas, en este caso, de los jueces, al aplicar las disposiciones normativas sobre el uso de la sana crítica (*ratio decidendi*).

En consecuencia, el propósito de la sana crítica es evitar la arbitrariedad y prevenir razonamientos en su forma más pura, ya sea en el contexto de la libre convicción, como ocurre con los

jurados, o en decisiones simplemente arbitrarias. Sin embargo, se reconoce que es perfectamente posible que, a pesar de un razonamiento lógico correcto, se pueda emitir una sentencia errónea e injusta, y viceversa.

Empero, el problema de este uso de la sana crítica es que constituye una pseudo racionalidad, la cual se evidencia aplicando el trilema de Münchhausen.

Este trilema, conforme lo postula Hans Albert, plantea que, en todo intento de satisfacer la exigencia de fundamentación última, de acuerdo con el principio de la razón suficiente, se crea “una situación con tres alternativas, todas las cuales resultan inaceptables” (Albert, 1973, p. 23).

Las alternativas son:

- a. Un retroceso infinito de justificantes.
- b. El corte arbitrario en el razonamiento.
- c. Una justificación circular.

Este principio se aplica independientemente de la forma en que se justifique una decisión basada en la prueba en virtud de la sana crítica. Siempre será necesario razonar sobre los medios de justificación, es decir, la prueba en cuestión, y luego los medios de esa nueva justificación. Esto puede basarse en criterios de autoridad, con el juez teniendo la última palabra, incluso en áreas desconocidas, o puede dar lugar, como es más común, a justificaciones circulares. En cualquiera de los casos, se cae inevitablemente en alguna de las alternativas del trilema.

Algunos ejemplos pueden evidenciar lo antes expuesto.

- a. Los principios de la lógica (¿cuál lógica?) supeditan al juez a una determinada forma de pensar. Por ejemplo, en la prueba indiciaria, cuando involucra una operación mental que busca alcanzar nuevos conocimientos a partir de los ya recibidos.
- b. Por su parte, se evidencia mejor la manipulación en el uso de ciertas definiciones como las llamadas máximas de experiencia. La doctrina sostiene que son las:

Definiciones o juicios hipotéticos de cualquier contenido, independientes del caso específico a decidir en el proceso y de sus hechos concretos, obtenidos por la experiencia, que se desligan de los casos singulares de cuya observación se inducen, adquiriendo validez para otros nuevos casos" (Stein, El conocimiento privado del juez).

De los ejemplos anteriores, se puede derivar que el engaño puede verse de dos formas:

1. Está en hacer creer que la experiencia del juez es la experiencia común, como si fuera una experiencia objetiva.
2. Puede verse como la experiencia, un objeto aprehensible por quien le corresponde decidir. Por ejemplo, el lenguaje cifrado de las escuchas telefónicas.
- c. Por último, la justificación de la decisión en forma circular se presenta cuando se resuelve citando criterios emitidos previamente en otro caso, sin valorar la procedencia en el caso presente, por lo que, la decisión se muestra como justificada, pero amparada en premisas ajenas a los hechos que requieren justificación propia. Es decir, se utiliza la conclusión a la que se requiere llegar, como una de las premisas del razonamiento para establecerla.

La pseudo racionalidad se muestra en la apariencia de razones que se pretenden establecer, solo por el hecho de resolver conforme a la teoría de la llamada "sana crítica", siendo que la simple circunstancia de su uso no torna en racional la decisión, pues su elemento son criterios muy indeterminados que nunca se precisan cuando se utilizan. Se acude a ellos como una razón final. Se obvia que estos criterios, a su vez, deben también acreditarse y justipreciar su aplicación.

Abuso en la Manipulación Verbal (Sokal & Bricmont, 2008, p. 23). Especialmente en la Retórica Principalista y los Reconocimientos Espontáneos en Debate.

Conforme al Código Procesal Penal, las partes solo pueden impugnar las resoluciones judiciales que les produzcan agravio y

siempre que no hubieren contribuido o provocado el defecto, por eso también se le conoce como el interés de impugnar.

Según la doctrina, este interés viene dado por “...aquella ventaja, jurídicamente reconocida, que se concreta en la eliminación de una resolución objetivamente perjudicial o en la sustitución de esta por una resolución menos dañosa, según el sistema jurídico y no según la opinión subjetiva del impugnante” (Chaves Ramírez, 1990, p. 149).

Empero, el agravio ahora se utiliza como justificación de cualquier decisión, trasladando al interesado el peso de la demostración del mencionado agravio. En caso de que no se tenga, simplemente se rechaza, como, por ejemplo, en la retórica del uso de los llamados principios.

Así, es común recurrir a los principios de la prueba, para rechazar gestiones sobre irregularidades de la prueba, como por ejemplo ante rompimiento de la cadena de custodia de la prueba, en donde se exige que se demuestre la existencia de un agravio completo, con lo cual, se busca que el afectado demuestre un hecho negativo.

La noción de principio ahora se utiliza como criterio de admisión de pruebas, tanto así, que para la Sala Constitucional:

El principio de amplitud de la prueba ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala como parte del debido proceso penal: “[...]el juez no puede denegar prueba que sea vital para la averiguación de la verdad real, sobre todo si es decisiva en punto a la culpabilidad o inocencia del imputado; pero, además, significa que cualquier denegatoria de prueba que haga el juez, debe estar debidamente fundamentada, no puede ser arbitraria. De acuerdo al derecho del imputado a la amplitud probatoria cuya denegación arbitraria conllevaría violación al debido proceso, siempre que la misma sea ofrecida dentro de los parámetros legalmente establecidos para tal fin y para la averiguación de la verdad real de los hechos, es indispensable para ello contar con la prueba suficiente

y necesaria para llegar a tal descubrimiento. A la luz de tal perspectiva lo anterior implica para el acusado, su derecho a la amplitud probatoria sea su posibilidad de aportar al proceso toda la prueba que considere oportuna para el ejercicio de su derecho de defensa, siempre y cuando la misma sea ofrecida dentro de los parámetros legalmente establecidos para tal fin". (Sentencia 3914-97).

En cuanto a los principios, el enfoque se centra en la tríada principal, que incluye los principios de inmediación, concentración y continuidad del debate.

La idea detrás de estos preceptos es que la prueba se realice en presencia continua de los jueces responsables del enjuiciamiento y las partes involucradas. Esto implica que el tribunal debe formar su convicción sobre los hechos en cuestión mediante la recepción directa de la prueba, es decir, a través de la inmediación. A partir de esto, y como condición necesaria, se emitirá un fallo, que puede ser condenatorio o absolutorio. Por lo tanto, existe una estrecha relación con la oralidad, ya que la valoración de las pruebas presentadas en su presencia se basa en lo que se puede observar y escuchar durante la audiencia.

Con esta receta jurídica, sumado el ingrediente de la sana crítica, es que se busca una justicia más celerante y facilita la toma de decisión más acertada posible.

En sentido contrario, esta inmediación impediría que el convencimiento judicial pueda adquirirse sencillamente de la lectura documental, sea la propia prueba tangible o de las actas sobre las pruebas evacuadas. Esto porque de la simple lectura del resumen escrito no podría asumir una completa, detallada y clara información de lo sucedido en la evacuación de la prueba en juicio.

De la mano con el principio de inmediación, la concentración y continuidad exige que la audiencia del juicio se lleve a cabo sin interrupción, con esto está proclamando dos de los principios a que han de ajustar la celebración del juicio. Se trata de la concentración y continuidad.

En su forma básica, significa que todas las partes y el tribunal deben estar presentes y juntos a la hora de evacuarse la prueba. Por ende, cualquier limitación a este principio en el juicio oral afecta al imputado, de manera que a pesar de que por jurisprudencia ha establecido que el imputado puede ser ausentado de la sala de juicios, cuando se va a recibir un testimonio víctima o de testigos que manifiesten temor, miedo, revictimización o cualquier otro motivo, para lo cual, si el Tribunal ordena su ausencia de la sala, debe prever una manera de que el imputado escuche su declaración y dar luego tiempo al defensor para que hable con el imputado para los efectos de preguntas y no violentar así el derecho de defensa y a la concentración.

A pesar de lo anterior, en lo atinente a la inmediatez y demás principios, se discute sobre el tema de los reconocimientos en juicio y las formas que en la práctica se han venido realizando.

Y, en lo que interesa, en la etapa de juicio, le concierne al Tribunal de Juicio permitirlo o no, pues es usual que los “señalamientos en sala” sean de forma espontánea o mediante interrogatorio de alguna de las partes, especialmente del ente fiscal o incluso de algunos jueces.

Este “señalamiento en sala” no es técnicamente lo mismo que un reconocimiento judicial, pero tiene los mismos efectos y así lo valoran los jueces según las reglas de sana crítica, trasladando la responsabilidad de acreditar el hecho negativo al acusado. Al mencionar que se valora de acuerdo a la sana crítica, se abre la puerta para eludir las reglas de admisión de pruebas y la separación de etapas del proceso. En la actualidad, quienes toman decisiones también admiten la prueba (que finalmente resulta persuasiva, ya que nada es más convincente que la afirmación y el testimonio de la víctima señalando a la persona en la sala como la responsable).

Así, es común que los jueces permitan este tipo de “constatación en la sala”, haciendo ver a la defensa que tal acto se valora conforme a la sana crítica y, a su vez, obligando al perjudicado a acreditar el agravio.

Esta práctica obvia que el reconocimiento de personas es un medio probatorio para individualizar a una persona o, como mínimo, establecer que quien la refiere, la ha observado o la conoce. Esto es considerado un acto definitivo e irreproducible (Llobet Rodríguez, 2017, pág. 377) y está previsto como una de las excepciones a la oralidad. Por lo tanto, puede incorporarse al debate mediante su lectura (art. 334. B).

En este tipo de medio probatorio, el imputado es objeto de prueba, lo que implica actos que requieren de su colaboración pasiva, y puede ser empleado tanto en la etapa preparatoria como en el juicio oral. Sin embargo, cuando su función se distorsiona y el imputado se convierte en sujeto de prueba, lo que implica una participación activa, surge la aplicación del derecho de abstención. Por ejemplo, cuando se pide realizar movimientos, gestos, o mostrar partes no visibles del cuerpo. Estos constituyen participación activa ante lo cual no está obligado a realizarlo. Es decir, el imputado no puede ser compelido a producir prueba en su contra.

La Sala Constitucional ha validado la tesis del objeto de prueba:

...pues se considera que el derecho de no inculparse no se extiende a esos límites, y se trata, además, (...) de pruebas no lesivas de la dignidad o salud del examinado. Este tipo de pruebas, no son fines en sí mismas, y están sujetas al principio de contradicción ante la autoridad competente, de tal forma que es ante esta que, con asistencia letrada, se establece el contradictorio con ejercicio pleno del derecho de defensa y sus derivados. (Sala Constitucional, voto 6966-00, de las 14:48 horas del 9 de agosto de 2000).

Respecto a cómo debe valorarse ese señalamiento en sala, la jurisprudencia indica que es una prueba más que debe valorarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica (cfr. voto 662-00 de la Sala Tercera), con lo cual evade la discusión sobre la procedencia de hacerlo y quién debe ordenar su admisión. La libertad probatoria no es libertinaje probatorio; como cualquier principio, queda supeditado a su aplicación mediante reglas.

A pesar de los anteriores criterios jurisprudenciales, los propios principios del juicio, especialmente la inmediación, contradicen las prácticas de señalamientos espontáneos.

En este caso, dicha práctica entra en claro conflicto con el principio de inmediación y derecho de defensa de la parte acusada, al provocar su inasistencia por temor a que se le inculpe por los señalamientos espontáneos. Además, impide un verdadero control y contradicción de tales manifestaciones. Incluso, técnicamente no es prueba judicializada, pues nace y se hace en pleno debate, sin posibilidad alguna de ejercer adecuadamente la defensa (contradecir o de ofrecer prueba de descargo sobre ese elemento).

La norma que regula la inmediación también permite a la parte inculpada la posibilidad de alejarse de la audiencia con el permiso del tribunal y, de seguido, en una redacción confusa, indica la misma norma que *“solo en caso de que la acusación sea ampliada, quien presida la audiencia, lo hará comparecer...”*

En este caso, debe entenderse que el imputado tiene actos procesales en los cuales necesariamente debe estar y en otros casos no, ello conforme a lo indicado en la normativa procesal penal (art. 328 CPP). Así, debe estar presente desde el comienzo de la audiencia de juicio o apertura a debate (art. 341 CPP); desde la apertura hasta que se realiza la etapa de la identificación y de declaración. Es decir, desde que se inicia el debate se lee la acusación, querrela y acción civil, si las hay, hasta el momento en que termina su declaración.

Después de esto, de acuerdo con lo establecido en la norma de inmediación, si el imputado opta por no permanecer en la sala, será trasladado y custodiado en una sala cercana, y el defensor asumirá su representación. Sin embargo, esta disposición se aplica principalmente a los acusados detenidos, ya sea como medida cautelar o en cumplimiento de una pena, ya que aquellos inculcados en libertad tienen la posibilidad de retirarse de la sala por sus propios medios.

Si la presencia del acusado resulta necesaria para llevar a cabo alguna prueba o para cualquier otro acto o incidencia

que requiera su asistencia, se le convocará para que se una al procedimiento. Además, la norma hace mención de la posibilidad de realizar un reconocimiento (según el artículo 328, párrafo 3 del Código de Procedimiento Penal), aunque esta disposición debe interpretarse de manera restrictiva. En otras palabras, se refiere al reconocimiento realizado exclusivamente en la sala de audiencia y no incluye reconocimientos espontáneos del acusado.

La obligatoriedad de la presencia en las etapas previamente mencionadas tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de la exigencia de informar y presentar el contenido de la acusación. Esto es fundamental para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa, ya que se habilita la posible declaración de los hechos acusados que constituyen la base del juicio. Además, es importante destacar que la norma relacionada con la ampliación requiere que el acusado esté presente con el propósito de ser notificado y no meramente para ordenar su comparecencia.

Se entiende que la presencia obligada de quien fue autorizado a no permanecer en la sala de juicio no se reduce a la simple admisión de la información sobre la ampliación de la acusación, sino que también se le debe permitir declarar o no sobre los nuevos hechos; es decir, ejercer el derecho de defensa en forma efectiva.

Ahora bien, del mencionado artículo 328 CPP que establece el principio de inmediación, se deduce que el imputado no solo por su voluntad puede alejarse de la sala, sino que también en casos contra su voluntad, lo cual debe ser ordenado por el tribunal. Estos serían los casos en los que el tribunal podría ordenar la retirada del acusado de la sala debido a un comportamiento inadecuado (según lo establecido en los artículos 328 y 335 del Código de Procedimiento Penal), o para permitir la declaración de coimputados (según el artículo 344 del CPP) y la recepción de testimonios especiales (según el artículo 212 del CPP).

En el primer supuesto, operan los casos de expulsión por alteración o mal comportamiento. En tal caso, aplicando las potestades disciplinarias y de dirección del presidente, este podría ordenar la expulsión de la sala de audiencia del denunciado, si altera su buen desarrollo. En realidad, lo que cabría es ser vigilado

en un lugar inmediato, pero, en la práctica, los jueces ordenan llevarlo a celdas. Ahora bien, si los actos constituyen delitos, procede la remisión a la fiscalía, esto si es delito de acción pública. También podría suceder ante la actitud que obstaculice el normal desarrollo del juicio.

El segundo supuesto se encuentra en la norma del guarismo 344 CPP que establece que: *“Si los imputados son varios, quien preside podrá alejar de la sala de audiencia a quienes no declaren en ese momento...”*. Esta norma tiene como objetivo evitar que la declaración de un coimputado influya en la posible declaración de otros. O bien, tratando de establecer algunas contradicciones en sus relatos al poder realizarlos en forma separada. Después que ha pasado a declaración y se traen a los demás coimputados, se les debe informar sobre la declaración.

Finalmente, en el caso de testimonios especiales, que se refieren a declaraciones de personas menores de edad, víctimas de abuso sexual, trata de personas o violencia intrafamiliar, la normativa permite que estas declaraciones se reciban en privado. Se toman las medidas necesarias para reducir los procedimientos y se pueden utilizar cámaras especiales para evitar que el menor tenga contacto con las partes. Además, se puede permitir la presencia de familiares o peritos especializados para garantizar las condiciones apropiadas en las que se debe recoger la declaración.

En resumen, los reconocimientos espontáneos irrespetan los principios del juicio oral y público, especialmente la inmediación. Sin embargo, los tribunales utilizan los “principios” como una justificación de tales prácticas ilegales.

Así, la costumbre de la praxis judicial costarricense es la de utilizar la retórica de la libertad probatoria para permitir prácticas probatorias no realizadas u ofrecidas en las etapas correspondientes, como la individualización del sospechoso, mediante reconocimientos físicos en rueda de personas.

En este punto, se utilizan los principios como reglas de admisión y valoración de la prueba, lo que se agrava cuando son argumentados por los mismos jueces que toman decisiones.

Conclusiones

Se considera lo siguiente:

1. Respecto a la sana crítica. Estos términos son más que simples conceptos jurídicos vagos; en realidad, son definiciones persuasivas y manipulables que alteran la relación entre el lenguaje y la realidad. En lugar de buscar una correspondencia entre las palabras y el mundo, se invierte la relación, de manera que las palabras moldean la percepción de la realidad.

Se pretende hacer ver que es la forma más objetiva posible de llevar a la verdad de los hechos. Su justificación es claramente un mal argumento, pues confirma por oposición a otras formas. Ejemplo de esas otras maneras sería la prueba tasada, la íntima convicción, pero, en la práctica, la sana crítica hace exactamente lo mismo.

Es siempre convicción del sujeto, con todas sus precomprensiones. Cuando dice que aplicó las reglas de la lógica y de experiencia, se refiere a su lógica y a su experiencia, no a una realidad objetiva apprehendida por el auditorio.

2. Cuando se parte que, mediante los principios del juicio, la prueba proporciona la base exhaustiva para deducir la responsabilidad del imputado, se cae en un error conceptual muy grave; inferir que el juzgador tiene un vasto acervo de conocimientos e inteligencia para usarlos apropiadamente. Por ello, hay que recordar que *“no vemos las cosas como son, las vemos como somos”* (Anais Nin, citada por: Seth, 2023, p. 207).

A partir de lo anterior, se destaca que las pruebas son, en sentido literal, incomprensibles sin la aplicación de las reglas del lenguaje y la lógica. Sin embargo, generalmente se acepta que el juez de los hechos puede procesar la información, deliberar sobre ella y llegar a una conclusión razonada. Un ejemplo evidente de esta forma de manipulación se encuentra en la justificación de los principios.

3. El problema de las asimetrías. Aquellos que defienden la uniformidad en la jurisprudencia asumen que la forma en que

algunos resuelven o abordan los casos es la misma que seguirán otros. Sin embargo, lo que uno puede considerar como un trabajo intelectual honesto, para otro podría ser percibido como una abstracción. Esto se puede ilustrar mediante una analogía con el matrimonio, donde existe la creencia de que uno contribuye más que el otro en la relación, ya sea en términos de esfuerzo, amor, u otros aspectos similares.

4. Lo sincrónico y diacrónico del juicio.

Es sincrónico todo lo que se refiere al aspecto estático de nuestra conciencia, y diacrónico todo lo que se relaciona con las evoluciones. Ambos criterios se aplican al juicio penal. Es sincrónico en la metodología de la decisión, pero diacrónico en la parte fáctica y, aunque parezca evidente esta caracterización, se siguen utilizando las mismas formas lógicas y razonables de decisión, aunque los hechos sean diversos y de épocas distantes.

5. Lo indeterminado como algo determinado. Al hacer uso de ciertas palabras y frases, se pretende hacer ver que todos entienden lo mismo. Así, sana crítica, principios del derecho, entre otros, son utilizados como premisas de la argumentación, sin su debida acreditación, definición y pertinencia de uso.

En resumen, se debería como mínimo sostener que:

Una condena puede justificarse si y solo si:

1. La hipótesis de la culpabilidad puede explicar la mayor parte de los hechos más importantes del caso.
2. La hipótesis de la inocencia no puede dar cuenta de ninguna prueba importante que sea inexplicable por la hipótesis de la culpabilidad.

Es decir, se debería abandonar la utopía de la búsqueda de verdad.

Por último, se realizan algunas comparaciones entre la ciencia y el derecho, lo que proporciona razones por las cuales, según las normativas actuales, es imposible alcanzar una verdad plausible.

1. En la ciencia, los experimentos pueden llevarse a cabo una y otra vez. Y alguna que otra vez se ajustan, a fin de descubrir una posible explicación.

Por su parte, en el derecho penal ocurre lo contrario. La norma general es contar con datos primarios que suelen ser inconsistentes y ambiguos, lo que dificulta enormemente su reproducción, ya que se basan en la información proporcionada por las partes interesadas, como víctimas, testigos, sospechosos, etc. Esta información está sujeta a todas las preconcepciones que puedan existir.

2. La ciencia se centra en aquello que puede ser explorado con las técnicas que se tienen o pueden tenerse. En cambio, el derecho no puede seleccionar sus problemas.

3. La ciencia puede posponer decisiones, hasta tanto no tenga resultados. El Derecho no puede posponer; debe decidir (la rapidez en la decisión se ve como un signo de justicia, de trabajo bien hecho, es la eficiencia del sistema).

Finalmente, una última aclaración

¿Por qué vacío y por qué banal?

Vacío se le dice a lo que no tiene contenido (Cfr. Sokal & Bricmont, 2008, p. 69). Haciendo una comparativa, se considera que las reglas del juicio y las prácticas sobre esas reglas son vacías en el razonamiento. Por el contrario, están arraigadas en el subjetivismo y en prácticas del saber ordinario.

Es banal en el sentido de ser algo cotidiano o poco trascendental. También aplica el criterio de oposición a lo que tiene profundidad. Es decir, a lo que exige un cierto esfuerzo mental para comprender su significado o para interpretarlo.

De la misma manera, se puede indicar que, en muchas ocasiones, este adjetivo viene a significar que se trata de un ser

humano que no tiene ideas profundas, que no le da valor a los sentimientos, que prefiere siempre las cosas superfluas, que se deja llevar solo por la apariencia de las cosas y nada más.

Finalmente, el concepto de la ‘banalidad del mal’ fue desarrollado por la filósofa Hannah Arendt (2003) tras el juicio llevado a cabo en Israel contra el jerarca nazi Adolf Eichmann. Según Arendt, Eichmann fue una persona que no analizó si sus acciones eran “malas” o “buenas” y tampoco le importaron las consecuencias de sus actos. Simplemente se limitó a cumplir eficientemente las órdenes de sus superiores, con el objetivo de avanzar en su carrera profesional.

Según la filósofa, la “banalidad del mal” puede manifestarse cuando un individuo se limita a cumplir su rol en un sistema sin reflexionar sobre las consecuencias de sus acciones. Sin embargo, cualquier semejanza con la forma en que se resuelve el proceso penal en la Costa Rica actual es pura coincidencia.

Referencias

- Albert, H. (1973). *Tratado de la razón crítica*. (R. Gutiérrez Girardot, Trad.) Sur Ediciones.
- Andreski, S. (1972). *Las ciencias sociales como formas de brujería*. Taurus.
- Arendt, H. (2003) *Eichmann en Jerusalén*. Lumen.
- Bayón, J. C. (2008). *Epistemología, moral y prueba de los hechos*. En R. C. Guastini, *Analisi e Diritto*. Marcial Pons.
- Beccaria, C. (1988). *De los delitos y de las penas*. (J. A. De las Casas, Trad.) Alianza.
- Capelletti, M. (1993). *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. (H. Fix Hierro, Trad.) Porrúa.
- Carnelutti, F. (2003). *Metodología del Derecho*. Valleta Editores.
- Chaves, A. (1990). *Algunas notas sobre los recursos*. En E. Judicial, *Ensayos de derecho procesal penal*. Editorial de la Escuela Judicial.
- Esteve, J. (2009). *El desconcierto de Leviatán*. Marcial Pons.
- Eysenck, M. (2018). *Testimonio de testigos*. En A. Baddeley, M. Eysenck, & M. Anderson, *Memoria* (G. Togato, Trad.). Alianza.
- Llobet, J. (2017). *Proceso Penal Comentado* (6 ed.). Editorial Jurídica Continental.
- Marat, J. P. (2000). *Plan de Legislación Criminal*. Hammurabi.
- Executive Office of the President President's Council of Advisors on Science and Technology. (2016) *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods*.

- Ruse, M. (2017). *Why really Good Science Doesn't Have all the answers*. En M. Boudry, & M. Pigliucci, *Science unlimited?* The University of Chicago Press.
- Seth, A. (2023) *La creación del yo. Una nueva ciencia de la conciencia*. (A. Santos, trad.) Editorial Sexto Piso.
- Shklar, J. (2018). *El liberalismo del miedo*. (A. Ciria, Trad.) Barcelona: Herder.
- Sokal, A., & Bricmont, J. (2008). *Imposturas Intelectuales*. (J. C. Guix Vilaplana, Trad.) Paidós.
- Van Dick, J. (2016). *La cultura de la conectividad*. (H. Salas, Trad.) Siglo Veintiuno Editores.

