

LA IRRACIONALIDAD EN EL DERECHO PROCESAL PENAL: SOBRE LA LIBRE CONVICCIÓN Y LA SANA CRÍTICA “RACIONAL”

Prof. Dr. Erick Gatgens Gómez¹

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

RESUMEN: El propósito de este artículo es generar una reflexión sobre la racionalidad o la irracionalidad de la libre valoración de la prueba en relación con la sana crítica racional. Surge así la interrogante de si a la hora de la valoración de las pruebas, el juez, de la mano de la sana crítica racional, ha logrado sustituir las creencias por el conocimiento. Se pretende contestar la pregunta planteada en el sentido de determinar si las creencias han sido sustituidas por el conocimiento objetivo, o si por el contrario, las creencias son la fuente primaria sobre la cual toma sus decisiones el juzgador al valorar la prueba.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal Penal, Sana crítica racional, libre convicción, valoración de la prueba.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to generate a reflection on the rationality or irrationality of free evaluation of evidence in relation to healthy rational criticism. So, the question of whether at the time of the assessment of the evidence, the judge, with the help of healthy rational criticism, has managed to replace belief with knowledge, arises. We seek to answer the question posed in the sense of determining whether beliefs have been replaced by objective knowledge, or

¹ Abogado litigante y profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

whether on the contrary, beliefs are the primary source on which the judge makes decisions when assessing the evidence.

KEYWORDS: Criminal Procedure Law, Healthy rational criticism, self-belief, evidence assessment.

Fecha de recepción: 8 de agosto de 2012.

Fecha de aprobación: 29 de agosto de 2012.

La reflexión sobre la racionalidad en el Derecho procesal penal, no es exclusiva de esta rama del derecho. Se trata de una preocupación o de un ideal común en todas las ramas del Derecho y, por qué no, en todas las áreas del quehacer humano. Sin embargo, en el Derecho procesal penal, dicha reflexión adquiere dimensiones distintas, por los bienes jurídicos y los valores que están en juego, en especial, la libertad del ser humano, que luego de la vida, es el valor de mayor jerarquía en el Ordenamiento Jurídico.

Una primera dificultad con la que nos enfrentamos al pretender llevar a cabo algunas consideraciones sobre la racionalidad o la irracionalidad en el Derecho procesal penal, radica en la definición – o más propiamente en la falta de definición – del concepto “racionalidad”. Este es un tema complejo, al cual muchas personas le han dedicado innumerable cantidad de horas. Tomando en consideración que el presente artículo no pretende, por sí mismo, generar una reflexión sobre dicho concepto, y por la limitada extensión que debe contener, nos conformaremos con señalar algunas ideas puntuales sobre el particular.

El término “racionalidad” es un concepto indeterminado y controvertido, su contenido incierto resulta muchas veces rellenado con prejuicios y en el ámbito del derecho con preconceptos extrajurídicos. Con el advenimiento de la Ilustración se pensó, que el conocimiento debía sustituir las creencias.² Aquí encontramos un primer punto de inflexión importante. Aplicado al Derecho procesal penal, debemos preguntarnos si el conocimiento, a saber, el conocimiento objetivo y científico, ha sido sustituido por las creencias. Y no es casualidad entonces, que hayamos escogido como objeto para valorar su “racionalidad” o su “irracionalidad”, la actividad humana denominada en el proceso penal como: “libre valoración de las pruebas” y sana crítica racional, como actividades que tienen lugar en el proceso penal. De este modo, resulta válido preguntarnos ¿será posible afirmar que en la valoración de las pruebas que lleva a cabo el juez, de la mano de la sana crítica “racional”, las creencias han sido sustituidas por el conocimiento? La respuesta a esta interesante pero compleja interrogante pretenderá generarse en las próximas líneas.

Nuestro legislador exige en el artículo 142 del Código Procesal Penal, que las resoluciones que se dicten en materia penal contengan una fundamentación y que la misma no existe cuando se han inobservado las reglas de la sana crítica, fórmula con la cual pretende decirse mucho pero que dice poco.³

En la Teoría del Derecho es posible encontrar el análisis del argumento de racionalidad en la fundamentación de las resoluciones judiciales. De ahí surgen varias interrogantes: ¿Que es razón?, ¿a cuáles argumentos se les puede atribuir

² Vid. Rütters, p. 259.

³ El Código Procesal Penal costarricense contiene asimismo en los artículos 184, 204 y 361, una referencia concreta a la “sana crítica”. Así, el artículo 184 señala que el tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Por su parte, el artículo 204, relativo al deber de testificar, señala la facultad del juez de valorar el testimonio de las personas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El artículo 361, contempla las normas para la deliberación y votación, estableciendo que el tribunal debe apreciar las pruebas producidas durante el juicio, de un modo integral y con estricta aplicación de las reglas de la sana crítica.

el adjetivo de ser razonables?, ¿según cuáles parámetros se puede determinar la racionalidad de los argumentos? De este modo, la razón es vista como un punto de referencia de una extensa relación valorativa.⁴ La razón se describe como la capacidad intelectual del ser humano de comprender su entorno, las cosas y los acontecimientos en sus correlaciones internas y externas.⁵

Desde Descartes y Kant, la filosofía moderna trata de obtener, a partir de esta razón, como capacidad crítica de conocimiento, una base segura del saber y del estado de dicho saber (“teoría del conocimiento”). En este proceso, la llamada **razón teórica** (“pura”) busca la unidad certera o segura del conocimiento, mientras que la llamada **razón práctica** busca las bases para un querer y actuar correctos. Las argumentaciones recurrentes basadas en la razón, es decir, el “derecho racional” se basan en la teoría de la razón práctica, la cual debe posibilitar la fundamentación científica de los mandamientos de la conducta, de las normas y de las reglas jurídicas. La razón práctica no ha logrado trascender, desde KANT, mucho más allá de la conocida regla de oro, es decir, la fórmula del imperativo kantiano.⁶

De lo expuesto hasta aquí, es posible estimar que el concepto de razón no es definido de una vez para siempre. Dicho concepto comprende más bien las reflexiones críticas a partir de una base del conocimiento presuntamente asegurado y de los fundamentos valorativos y de la visión de mundo previamente adoptado, constituye, por ende, una categoría “ideológica”.⁷

En las reflexiones que siguen, se pretende contestar la interrogante anteriormente formulada, en el sentido de determinar si las creencias han sido

⁴ Rùthers, p. 343.

⁵ Rùthers, p.p. 343-344.

⁶ Rùthers, p. 344.

⁷ Rùthers, p. 351.

sustituidas por el conocimiento objetivo, o si por el contrario, las creencias son la fuente primaria sobre la cual toma sus decisiones el juzgador al valorar la prueba.

Este es también el momento oportuno para señalar, que cuando en este artículo se hace referencia al conocimiento “objetivo”, nos basamos en lo expuesto por Popper, quien hace un empleo de los términos «objetivo» y «subjetivo» de un modo no muy distinto del kantiano. “Kant utiliza la palabra «objetivo» para indicar que el conocimiento científico ha de ser *justificable*, independientemente de los caprichos de nadie: una justificación es «objetiva» si en principio puede ser contrastada y comprendida por cualquier persona.”⁸ Para Popper entonces, la «objetividad» de los enunciados científicos descansa en el hecho de que pueden *contrastarse intersubjetivamente*. Por su parte, Kant aplica la palabra «subjetivo» a nuestros sentimientos de convicción (de mayor o menor grado). La objetividad de los enunciados se encuentra entonces en estrecha relación con la posibilidad de la recurrencia de ciertos acontecimientos de acuerdo con reglas o regularidades – y así sucede con los experimentos repetibles – pues nuestras observaciones pueden ser contrastadas en principio por cualquiera.⁹

Ahora bien, como en su momento lo indicamos, el propósito de este artículo es generar una reflexión sobre la racionalidad o la irracionalidad de la libre valoración de la prueba en relación con la sana crítica racional.

Una advertencia adicional se muestra necesaria. La libre valoración de la prueba y la sana crítica “racional” no son actividades exclusivas del Derecho procesal penal. En todos o sino por o menos en la mayoría de los procesos jurisdiccionales vigentes en el sistema del derecho continental europeo, también conocido como *civil law*, se hace uso de dicha facultad, de la mano de la sana crítica. Pese a ello, las reflexiones que de seguido se harán, versan

⁸ Popper, p. 54.

⁹ Popper, p.p. 54-55.

exclusivamente sobre el análisis crítico de dicha facultad en el ámbito del Derecho procesal penal, y, precisamente por lo que antes señalábamos respecto de los valores fundamentales que se encuentran en juego en esta área, las conclusiones a las que se arribe permitirán valorar la mayor o menor trascendencia que puede tener, tildar dicha facultad parcial o totalmente como una actividad “irracional”.

Iniciemos pues con el tema de la libre valoración de la prueba. ¿Cuál es la esencia de dicha facultad? Su esencia radica en la inexistencia de normas que limiten la apreciación que realice el juez del material probatorio recabado. En otras palabras, refiere la inexistencia de normas procesales que prohíban tomar en cuenta determinados medios de prueba o hechos probatorios, al momento de formarse el convencimiento judicial. Normalmente se contrapone la libre valoración de la prueba con otros dos modelos de valoración existentes históricamente, cómo lo son la íntima convicción y el modelo de prueba legal. Cada uno de esos modelos representa, por lo menos desde el plano teleológico, la finalidad que tuvo en mente el legislador en su momento, para adoptar uno u otro, es decir, el modelo de prueba legal fue producto de la desconfianza generada en la figura del juez, de modo tal que se pretendió limitar sus facultades de valoración al máximo, “obligándolo” a acudir a criterios legales de valoración; luego se encuentra en el otro extremo, el modelo de la íntima convicción, mediante el cual se depositó en las manos del juez, una confianza absoluta, permitiéndole obtener el convencimiento de la manera más libre posible; y por último, tenemos un modelo, que podríamos denominar intermedio; el de libre valoración de la prueba, que supone, como ya se dijo, la inexistencia de los límites impuestos por el modelo de prueba legal¹⁰ pero que a la vez rechaza una libertad tan amplia como la de la íntima convicción, “exigiéndole” al juez que “objective” la decisión subjetiva que

¹⁰ Vid. en ese sentido Schmitt, p. 188, quien señala que la libre valoración de la prueba significa que el Juez no se encuentra subordinado a reglas de prueba legal o a directrices, sino que debe juzgar los medios de prueba y su valor. No existe norma alguna que establezca bajo cuáles condiciones debe tener un hecho por probado o no probado. Esto surge, según su criterio, de la comprensión obtenida de la historia, de que el valor de un medio de prueba no permite determinarse previamente de manera abstracta.

tomó, acudiendo a las reglas de la sana crítica “racional” y plasmando su decisión en una resolución que debe ser fundamentada.¹¹

Un ejemplo clásico de aplicación de esta facultad denominada “libre valoración de la prueba”, lo encontramos en materia de delitos sexuales, donde claramente no se emplea el aforismo, vigente en el modelo de prueba legal, de “*testis unus testis nullus*”; es decir un solo testigo no es testigo, ya que el juez penal se encuentra posibilitado a condenar a una persona con la sola declaración de la víctima, ateniéndose única y exclusivamente a su credibilidad y en algunos casos a que dicha credibilidad se vea “ratificada” por otros medios de prueba, por ejemplo, dictámenes médico legales, dictámenes psiquiátricos o psicológico-forenses, etc.

De esta forma, en un modelo de libre valoración de la prueba, no viene al caso, el número de testigos, por esa razón es muy frecuente leer en los distintos textos, la siguiente afirmación: “*los testigos no se cuentan sino que se pesan*”; también, por ejemplo, el testigo de oídas debe ser valorado, de un modo general como medio de prueba, hasta tanto el juez no tome los datos sobre la percepción de la persona oculata como inciertos, con la ayuda de los principios de la psicología del interrogatorio y de la psicología del testimonio.¹²

La libre convicción o libre valoración de las pruebas, que en este texto se entenderán como sinónimos, ha sido objeto del más variado y prolijo estudio en la doctrina del Derecho procesal penal así como en la filosofía del Derecho. Interesante resulta aquí destacar que la libre convicción es vista a veces como un

¹¹ Llobet, p. 544, señala que la doctrina latinoamericana habla de tres sistemas de valoración de la prueba: a) prueba tasada, b) íntima convicción y c) libre convicción o sana crítica. De la Rúa, p. 176, por su parte, menciona tres “sistemas legislativos” para la operación denominada “valoración de las pruebas”. Llama la atención que ambos autores identifiquen la libre convicción con la sana crítica, pues según nuestro criterio, se trata de dos aspectos diferenciables.

¹² Vid. Schmitt, p.p. 188-189.

sistema¹³, nosotros preferimos denominarla como un modelo de decisión, que atribuye al juzgador una facultad; asimismo, también se le encuentra catalogada como un **principio**.¹⁴

Indistintamente que se le vea como un principio, como un modelo o como un sistema, la libre convicción, se encuentra gravada con formas y con reglas, es decir, quien valora la prueba debe orientarse a reglas valorativas y a normas de orden¹⁵, una regla de orden importante sería el deber del juez de fundamentar su decisión. En segundo lugar, con la ilustración se abrió paso la aspiración por la verdad material y ello llevó a la adopción de este modelo.¹⁶ En tercer lugar, la libre convicción está limitada a la valoración de hechos.¹⁷ Cuarto, el “principio” no es un fin en sí mismo, sino un medio de ayuda para la realización del derecho material y de la necesaria determinación de la verdad.¹⁸ Esa facultad no debe ser ejercida de manera absolutamente libre y libre de controles, antojadiza o arbitraria. La apelación y la casación, como controles de corrección de la decisión, pueden y deben examinar, de la mano de los fundamentos de la decisión, si las comprobaciones fácticas y las valoraciones llevadas a cabo por el *a quo* son “defendibles” y comprensibles y si el juicio las “soporta”,¹⁹ nosotros agregaríamos, si son contrastables intersubjetivamente, utilizando los términos de Popper.

¹³ Vid. por ejemplo, Llobet, p. 544. No estimamos correcto conceptualizar la valoración de la prueba como un sistema, si bajo este concepto entendemos según el Diccionario, p. 1408, un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí, pues como se desprende de este artículo, las “reglas” relacionadas con la valoración de la prueba no se encuentran racionalmente enlazadas entre sí ni están estructuradas de manera ordenada.

¹⁴ Así, por ejemplo, entre muchos otros: Schneider, p. 5; Walter, p.p. 323-324; Gianniti, p. 97; Hagen, p. 88.

¹⁵ Cf. Schneider, p. 7. Taruffo, p. 185, estima que el juez no está de ningún modo eximido de la sujeción a las reglas de la racionalidad.

¹⁶ Así, Schneider, p. 5.

¹⁷ Así Walter, p.p. 323-324.

¹⁸ Así Walter, p.p. 324.

¹⁹ Cf. Walter, p.p. 326-327.

Denominar la libre convicción como un principio resulta problemático, pues nos lleva a la discusión tan intensa que se ha dado en la Teoría general del proceso, en el Método y en la Filosofía del Derecho, sobre la naturaleza y los alcances de los principios. Hagen, por ejemplo, al referirse a los principios, señala que un rasgo característico de los llamados “principios procesales” consiste en que con ellos se recurre a principios extraprocesales, en otras palabras, que ellos no son determinantes sino determinados. Así, por ejemplo, el principio de libre valoración de la prueba remite al proceso de decisión psicológico mediante la formación de la opinión y de la convicción.²⁰ Para él, los principios procesales lo que hacen es circunscribir o parafrasear, solo que en forma técnica procesal, los motivos político-jurídicos del legislador, en otras palabras, los principios procesales son los instrumentos con cuya ayuda, las decisiones básicas política-jurídicas son traducidas al ámbito procesal.²¹

Uno de los problemas fundamentales de los “principios” es su alto grado de indeterminación, la cual muchas veces le puede ser de gran utilidad al intérprete del derecho, por cuanto, muchas veces pueden ser rellenados casi que con cualquier contenido discrecional, con el fin de poder aplicarlos a la “resolución” del caso.

Crítico en relación con los principios procesales se muestra igualmente Rödiger, quien señala que si se les concibe a éstos como axiomas, serán ellos por sí mismos, en caso que del todo sean capaces de tener un contenido concreto, parcialmente desvirtuados o desmentidos. De no conceptualizárseles como “principios”, surgen entonces dos posibilidades. La primera. Los respectivos principios procesales coinciden en cuanto a su contenido con las normas de un área específica procesal del derecho positivo. Si esto es así, se pregunta este

²⁰ Vid. en ese sentido Schmitt, p. 221, quien opina que la valoración de las pruebas no es un procedimiento exclusivamente lógico, sino y en primera línea, uno psicológico.

²¹ Hagen, p. 88. Sobre una crítica acertada de los principios, vid: Salas, p. 264 y ss.

autor, qué sentido tiene no sólo hablar de estas normas, sino también de aquellos principios. De hecho, parece que los principios procesales – segunda posibilidad – se les ha atribuido un sentido más profundo. Se opina que los principios procesales son de utilidad en relación con la interpretación de la ordenanza procesal. Este pensamiento resulta erróneo, en su criterio. Aparecen los principios procesales como medios para la interpretación, de modo que ellos rigen premeditadamente de forma ilimitada. Si se quiere evitar que los principios procesales o se contradigan entre sí o que caigan en conflicto abierto con el derecho positivo, deben pues ser limitados.²²

Por último, pero no por ello menos importante, debe destacarse que algunos autores ven el libre convencimiento del juez como un **poder discrecional** en la valoración de las pruebas²³, posición que estimamos correcta, la cual, sin embargo, por razones de espacio, no podemos ahondar en este momento.

El tema de la libre valoración de la prueba va de la mano con una regla, vigente en muchos ordenamientos procesales penales, de la **libertad probatoria**.²⁴ Asimismo, principios como los de oralidad, intermediación y publicidad, constituyen un apoyo al modelo referido.²⁵

El modelo de la libre valoración de la prueba rige para todas las pruebas que deben ser valoradas por el juez en el proceso penal, por ejemplo, para las pruebas periciales. Se encuentra bajo la discrecionalidad del juez, si incorpora o no a un perito. Asimismo, el juez no se encuentra - en principio- obligado a la

²² Rödiger, p.p. 105-106.

²³ Schmitt, p. 412 y ss. Sobre el concepto de discrecionalidad vid. Gatgens, 2007, p.p. 390-393. Según señala Schmitt, p.p. 420-421, en la doctrina alemana, se rechaza en su mayoría, ver la libre valoración de la prueba en el proceso penal como el ejercicio de una discrecionalidad del juez penal. Cf. Taruffo, p. 185, para quien la discrecionalidad de la valoración que el juez está llamado a realizar, le impone aplicar las reglas de la razón para lograr una decisión intersubjetivamente válida y justificable.

²⁴ En Costa Rica, se regula dicha regla en el artículo 182 del Código Procesal Penal.

²⁵ Walter, p.p. 331, 351.

realización de peritajes, incluso cuando se trata de preguntas de técnica criminal o psiquiátrica.²⁶

Por último, debe recordarse que la convicción del juez puede incluso ser proporcionada únicamente por medio de indicios.

Ahora bien, la libre valoración de la prueba debe realizarse de acuerdo con las “**reglas de la sana crítica**”. Ante eso, debemos preguntarnos **¿Qué se entiende por reglas de la sana crítica?** Para tales efectos es posible acudir a uno de los clásicos en esta materia y que ha ejercido una gran influencia durante muchísimos años en la jurisprudencia de los Tribunales costarricenses así como en las aulas universitarias. Ese autor es *Fernando De La Rúa*, quien en su obra clásica “El Recurso de Casación”, nos define estas reglas de una forma tan sencilla – pero a la vez tan superficial – que resultan fácilmente aplicables, precisamente porque no dicen nada o casi nada.

De la Rúa, señala que el Tribunal debe fundamentar su sentencia de acuerdo con las reglas de la **sana crítica racional**, es decir, de la lógica, psicología y experiencia común.²⁷ En nuestro medio, lo afirmado por De la Rúa, se ha convertido en un dogma, prácticamente de seguimiento inexorable.²⁸

²⁶ Así: Schmitt, 1992, p. 189.

²⁷ De la Rúa, p.p. 175-176. También cf. *ibídem*, p. 180. Nieva Fenoll, p.p. 149, 151 y ss., se decanta por la unificación de la terminología; para él hablar de máximas de la experiencia es lo mismo que hablar de reglas de la lógica, de la sana crítica, de leyes del pensamiento, etc., pues se está describiendo el mismo fenómeno. Para este autor, todas ellas actúan de la misma forma en el proceso. Estimamos, sin embargo, que el hecho de que todas ellas actúen de la misma forma en el proceso, no permite concluir necesariamente que todas ellas tengan la misma “naturaleza”.

²⁸ Vid. Arroyo/Rodríguez, p. 87. Cómo los citados autores lo señalan, tal es la importancia que han adquirido tales reglas, que la Sala Constitucional ha insistido que su inobservancia implica una violación al debido proceso, por ejemplo en el Voto No. 8737-97 de las 18:33 horas del 23 de diciembre de 1997, se indica que al ser valoradas las pruebas conforme a las “reglas del correcto entendimiento humano” o sana crítica, se garantiza que el análisis probatorio será objetivo, verificable y controlable en caso de yerros, constituyéndose ello además, como garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales y como tal pieza fundamental del debido proceso. Llama la atención que se crea ingenuamente que la utilización de las reglas de la sana crítica, constituye un blindaje contra la arbitrariedad, que a la vez garantiza que el análisis probatorio sea objetivo.

Respecto de las **reglas de la lógica**, señala De la Rúa, lo siguiente:

“Las leyes del pensamiento son leyes a priori que, independientemente de la experiencia, se presentan a nuestro raciocinio como necesarias, evidentes e indiscutibles cuando analizamos nuestros propios pensamientos. Esas leyes están constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.”²⁹

De la Rúa desarrolla más adelante los referidos principios, en los siguientes términos:

“Se entiende por coherencia de los pensamientos la concordancia o conveniencia entre sus elementos, y por derivación el que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado. De la ley fundamental de coherencia se deducen los principios formales del pensamiento, a saber: a) de identidad; cuando en un juicio el concepto–sujeto es idéntico –total o parcialmente – al concepto–predicado; el juicio es necesariamente verdadero; b) de contradicción: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos; c) del tercero excluido: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, es decir, uno de ellos es verdadero y ninguno otro es posible. A su vez de la ley de derivación, se extrae el principio lógico de razón suficiente, por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad.”³⁰

Cómo se observará a lo largo de este artículo, más bien la utilización de dichas reglas puede contribuir a la arbitrariedad y al total subjetivismo por parte del juez. La misma Sala, en el voto 4423-97, de las 17:06 horas del 29 de julio de 1997, denomina dichas reglas como el “método” de la sana crítica racional, como forma de interpretación de la prueba, citando asimismo el voto 4700-93. En realidad, la sana crítica no constituye, en modo alguno, un método, si por éste entendemos, en su sentido más elemental, de acuerdo con el Diccionario, p. 1016, el procedimiento que se sigue para hallar la verdad y enseñarla, aquello que se hace siguiendo un orden. La sana crítica no tiene, en consecuencia, el más mínimo parecido con un método.

²⁹ De la Rúa, p. 181.

³⁰ De la Rúa, p. 181.

Por su parte, De la Rúa entiende por **leyes de la psicología**, lo siguiente:

*“En cuanto a las leyes de la psicología, considerada como ciencia empírica del pensamiento, el juez tiene el deber de aplicarlas en la valoración de las pruebas. **No es necesario que indique cuál sea el procedimiento psicológico que emplee; pero debe aplicar un procedimiento de ese tipo.** Si el juez afirmara, v.gr., que cree más a un testigo que a otro por ser aquél de cabello rubio y éste moreno, incurriría en una valoración arbitraria de la fuente de convencimiento, desconociendo la psicología. Pero será suficiente que el juez se apoye “en la mayor qapariencia de sinceridad” de un testigo con relación a otro, porque en este caso aquélla sí resulta aplicada.”³¹*

Por último, respecto de las **reglas o normas de la experiencia**, De la Rúa señala: *“... El concepto de máximas o normas de experiencia (Erfahrungssätze) fue elaborado por Stein quien las explica como definiciones o juicios hipotéticos, de contenido general, suministrados por la experiencia los cuales, aunque ajenos al caso concreto, son deducidos de la observación de otros casos...”*³²

Más adelante, concluye señalando sobre estas “normas”, lo siguiente:

*“En lo que hace a las llamadas normas de la experiencia, son aquellas nociones que corresponden al concepto de cultura común, **aprehensibles espontáneamente por el intelecto como verdades indiscutibles.** La sentencia que razona en contra de esas máximas, o que se funda en pretendidas máximas de experiencia inexistentes, contiene un vicio indudable en su motivación, que será controlable en casación. La motivación será falsa, cuando una de sus premisas esté constituida por un hecho no cierto, incompatible con la experiencia misma, como por ejemplo si se admite que se puede atravesar una pared de cemento con un cuchillo...”³³*

³¹ De la Rúa, p.p. 185-186. Nota: negrita suplida.

³² De la Rúa, p.p. 111-112.

³³ De la Rúa, p. 186. Nota: negrita suplida.

El daño que ha causado De la Rúa con las afirmaciones anteriores, en la conciencia jurídica y en la formación de los juristas, es de incalculables dimensiones, por las razones que más adelante veremos. De antemano, debemos señalar que resulta un lugar común encontrar sentencias de los Tribunales costarricenses, en las cuales se justifica la credibilidad de un testigo, sencillamente porque el mismo aparenta ser sincero, al estilo de lo afirmado por De la Rúa en las líneas anteriores. Esta forma de argumentar, resulta ser de gran utilidad – es decir, resulta funcional – pues con base en estas reglas, aplicadas “a la libre”, casi que cualquier afirmación se puede fundamentar en ellas, véase por ejemplo, el concepto de “normas de la experiencia” suministrado por este autor.

La jurisprudencia costarricense³⁴ y buena parte de la latinoamericana, se han alimentado y han reproducido esta visión del problema de la sana crítica y su control en casación.³⁵

Del concepto “sana crítica racional” llaman la atención los dos adjetivos utilizados: “sana” y “racional”³⁶, con los cuales, se pretende dotarle a la libre valoración de la prueba un carácter objetivo, “racional” y en consecuencia, este término tiene una eminente función legitimadora de dicha actividad humana.

La sana crítica está compuesta, en consecuencia, por los siguientes elementos: La lógica, la experiencia común; y la psicología. Analicemos cada uno de ellos por separado.

³⁴ La Sala Constitucional costarricense ha señalado reiteradamente que la violación a las reglas de la sana crítica significa un quebranto al debido proceso (Vid. por ejemplo: Votos 4700-93; 5582-94; 2147-95; 558-97). La Sala ha desarrollado lo que ha denominado el principio de valoración “razonable” de la prueba. Vid. Llobet, p. 543.

³⁵ Cf. Arroyo/Rodríguez, p. 90.

³⁶ Para Arroyo/Rodríguez, p. 90, dicha expresión tiene una indudable reminiscencia kantiana.

En cuanto a **la lógica o las reglas de la lógica (Denkgesetze** como se les llama en el idioma alemán).

Respecto de la lógica nos enfrentamos a un primer problema y es el de las distintas clasificaciones existentes. Es posible hablar de **lógica formal o lógica clásica** o aristotélica³⁷ y de **lógica moderna**. Asimismo, se encuentra la **lógica jurídica**, que es una lógica material, es decir, sus reglas principales se encuentran en la lógica formal, encaminadas a una ,disciplina como lo es en este caso al Derecho.

De lo anterior surge entonces una interrogante. Cuando De la Rúa, alude a la lógica como integrante de la sana crítica racional, ¿a cuál lógica se refiere? Dicho autor señala que se refiere a los principios a los cuales antes se hizo referencia, es decir, identidad, no contradicción, etc. Estaríamos entonces hablando de cuatro principios de la lógica formal – y de la filosofía -, que hacen referencia a proposiciones universales, necesarias, evidentes y verdaderas. Con dichas proposiciones, se pretende en la lógica alcanzar el orden en los pensamientos, es decir, un proceso intelectual dirigido a obtener razonamientos correctos o formalmente válidos. Visto abstractamente estos cuatro principios y tomando en cuenta cuál es su razón de ser, tenemos que de los tres elementos que señala De la Rúa, la lógica sería – en tesis de principio – la menos problemática, por lo menos desde el punto de vista teórico-abstracto, en cuanto a su utilización en la valoración de la prueba. Llama, sin embargo, la atención, que cuando se menciona la aplicación de la lógica en el juicio, únicamente se haga referencia a esos principios básicos de la lógica formal, cuando en realidad la lógica debería tener mayor cabida en el razonamiento jurídico que debe contener toda sentencia judicial, debiendo incluir, por ejemplo, las reglas básicas de

³⁷ La lógica formal establece reglas para la elaboración de conceptos, juicios y conclusiones, cuyo cumplimiento es necesario, cuando el proceso mental es irreprochable, es decir, consecuente y no está sometido a sentimientos o estados de ánimo. Schmitt, p. 217.

inferencia: el Modus ponens, el Modus tollens, la Doble negación, la Transitividad del condicional y la Transposición.³⁸

Resta aquí únicamente preguntarse si los principios lógicos aludidos, resultan aplicados por los jueces en los razonamientos de su sentencia, con claro conocimiento de su estructura y de manera rigurosa o si por el contrario, se hace uso de la lógica de manera aleatoria, laxa e intuitiva. En general, existe un amplio desconocimiento de muchos abogados así como de los estudiantes de derecho, respecto de los elementos y de los conceptos básicos de la lógica formal.

Es claro que el Juez debe estar sometido a las reglas de la lógica no solo en la valoración de la prueba, sino en general en la aplicación del derecho a lo largo de todo el proceso penal, ya que como se indicó, la lógica posibilita un desarrollo ordenado del pensamiento con el propósito de obtener resultados razonables y correctos.³⁹

En cuanto a las **“leyes” o máximas de la experiencia** (o Erfahrungssätze en el idioma alemán).

En primer término se muestra necesario definir que debe entenderse por máximas de la experiencia, para luego determinar cuál es el valor que éstas deben tener en el proceso penal. La primera interrogante que debe hacerse es si “máxima de la experiencia” es sinónimo de “hecho notorio”. Esto nos remite de inmediato a Stein, quien en su obra clásica *“El conocimiento privado del Juez”* define las máximas de la experiencia, distinguiéndolas de los hechos notorios.

Stein señala que las máximas de la experiencia, en cuanto máximas generales, cabe reducirlas a dos formas fundamentales:

³⁸ Vid. González, p. 49 y ss.

³⁹ Así Schmitt, p. 217.

“...o son definiciones, juicios aclaratorios que descomponen una palabra o un concepto en sus notas constitutivas, o son tesis hipotéticas que expresan las consecuencias que cabe esperar a partir de determinados presupuestos...A la segunda categoría pertenece toda la restante masa de máximas de la experiencia. A todas éstas es común la idea de que, bajo determinadas condiciones, se repiten como consecuencia los mismos fenómenos. Es una previsión (Erwartung) a la que podemos llegar simplemente por el camino de la inducción, esto es, en la medida en que partimos de la experiencia de que, en una serie de casos, condición y consecuencia, sujeto y predicado del juicio lógico se encuentran ligados de una manera determinada. Hay que partir, pues, de lo que sucede en la mayoría de los hechos concretos, de los “casos comprobados.”⁴⁰

De este modo, Stein llega a definir tales máximas, de la siguiente forma:

“Son definiciones 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 han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.”⁴¹

Para Stein los hechos notorios son aquellos conocidos por todos, bien por percepción o por comunicación, es decir, son conocidos por un número indeterminados de personas, por el público, cualquiera que sea la forma de delimitarlo numéricamente. En este sentido, para Stein no hay absolutamente ninguna máxima de la experiencia que no sea notoria.⁴²

⁴⁰ Stein, p.p. 26-27.

⁴¹ Stein, p. 30.

⁴² Stein, p.p. 36-37. El Código procesal penal costarricense, prevé en el artículo 183 *in fine*, la figura del hecho notorio.

De las definiciones anteriores dadas por Stein, es posible concluir que, para este autor, máximas de la experiencia y hechos notorios son dos categorías conceptuales distintas. Para Stein, sin embargo, toda máxima de la experiencia goza del adjetivo de la notoriedad⁴³, pero no todo hecho notorio constituye a la vez una máxima de la experiencia, por cuanto a la máxima de la experiencia se le llega por medio de la inducción, y tiene una estructura en la que condición y consecuencia se encuentran vinculadas de una manera determinada, que permite formular un juicio hipotético de contenido general.

Pese a la distinción que llevó a cabo Stein de ambos conceptos, en la literatura es un lugar común, encontrar la afirmación de que la diferencia teórica entre ambos conceptos, no tiene ninguna importancia por carecer de consecuencias prácticas, ya que tanto una como la otra no requieren prueba⁴⁴, aspecto cuestionable en relación con las máximas de la experiencia, sobre el cual volveremos luego.

Ambas nociones, es decir, máximas de la experiencia y hechos notorios, se conceptualizaron igualmente como excepciones a la prohibición del uso del conocimiento privado, ya que ambas se nutren de un conocimiento extra proceso adquirido por el juez.⁴⁵

El tema se relaciona con lo que en doctrina se denomina: “**El conocimiento privado del juez**”. Sobre esta temática, Stein señaló que la **distinción entre el conocimiento oficial y el privado del juez**, tiene importancia

⁴³ Cf. Stein, p. 189, para quien la notoriedad es una peculiaridad de un hecho. La notoriedad es pues un adjetivo de un hecho; al decir de Stein, notorio quiere decir lo públicamente conocido.

⁴⁴ Vid. Walter, p. 269, con referencias bibliográficas adicionales. Nieva Fenoll, p.p. 153-154, estima que los hechos notorios no son más que máximas de la experiencia estáticas y que la única diferencia entre ambas, es la mayor verosimilitud que encierra el hecho notorio, y el carácter estático del acontecimiento que describe el hecho notorio.

⁴⁵ Walter, p. 269. Para Walter, ibídem, p.p. 269-270, Calamandrei y Stein hablaron de que los hechos notorios pertenecían al conocimiento privado del juez.

a la hora de establecer el modo en que el juez ha adquirido su saber, esto es, que la máxima de la experiencia le haya sido comunicada, ya elaborada, por peritos u otras personas, o que la haya formado él mismo por su propia experiencia. Desde este punto de vista, sólo es saber oficial, aquel adquirido en el ejercicio de su actividad oficial, es decir, el obtenido por las pruebas efectuadas en el proceso que se sigue.⁴⁶

Claramente con esto nos introducimos en una temática más amplia, sobre la cual no es posible ahondar en este momento, sin embargo, se hacen necesarias un par de reflexiones adicionales.

Para algunos autores, como Schneider, el juez debe tomar en cuenta únicamente lo que tenga lugar en el contexto del juicio oral y público. Su conocimiento privado es inutilizable. El juez que quiera utilizar su conocimiento privado, debe permitir ser interrogado como testigo. Para este autor, dentro de ese inutilizable conocimiento privado no cuenta, sin embargo, el conocimiento profesional sobre algunas preguntas generales de la técnica, de la ciencia o de la experiencia de vida. Todo eso no es un conocimiento de testigo único, individual sino un conocimiento que cualquiera puede adquirir. Cuando el juez no lo posee aun, puede obtenerlo de cualquier forma fuera del debate. El puede también servirse de un perito, pero no debe, cuando él tenga suficiente conocimiento profesional o no tenga reparos en adquirirlo. Los recursos de los cuales él se sirve, no requieren ser mostrados en el debate, no requieren siquiera su mención.⁴⁷

Stein señaló sobre el particular que uno de los problemas más debatidos en el Derecho procesal es si el juez puede o no utilizar el conocimiento de máximas de la experiencia, que ha adquirido en cuanto persona privada.⁴⁸

⁴⁶ Stein, p. 99.

⁴⁷ Schneider, p.p. 8-9.

⁴⁸ Stein, p. 100.

*“...Nuestra legislación concede al juez la facultad de hacer valer su conocimiento sin preguntar por el origen de éste y, por ello, ...la fuente de su saber es irrelevante, y ... en consecuencia, es indiferente si el juez había usado como tal juez anteriormente la máxima de la experiencia o si la conoció como particular o si la construyó en el momento mediante el recuerdo o la consideración de casos vividos o conocidos anteriormente....**en lo concerniente a la necesidad de la prueba lo decisivo es si el juez conoce la máxima o no, siendo irrelevante el modo por el que llegó a su conocimiento.**”⁴⁹*

Aquí, sin embargo, empezamos a observar uno de los problemas más importantes de las máximas de la experiencia, a saber, el aspecto epistemológico, al cual nos dedicaremos más adelante. Al respecto Stein, señaló en su momento:

“...el tribunal puede indagar por sí mismo las máximas de la experiencia que le son desconocidas....El tribunal puede recurrir a peritos cuantas veces necesite de ellos. Pero no está limitado a esa posibilidad. Si, por ejemplo, consigue la información necesaria mediante libros, puede servirse de ella, ya que procesalmente es indiferente cuándo y cómo ha adquirido el juez sus conocimientos.”⁵⁰

Habiendo descrito lo que entiende Stein por “máximas de la experiencia”, corresponde ahora llevar a cabo un análisis crítico de las mismas.

Respecto de su naturaleza jurídica, debemos señalar que dichas “máximas” no forman parte de los “hechos” de la sentencia, ni de los presupuestos jurídicos de la misma. El conocimiento del hecho a esclarecer mediante un medio de prueba, se verifica primero mediante el uso de máximas de experiencia – aplicables a la determinada situación dada por el medio de prueba –.⁵¹ Para

⁴⁹ Stein, p.p. 114-115. Nota: negrita suplida.

⁵⁰ Stein, p. 128.

⁵¹ Rödíg, p. 281. Vid. asimismo Schneider, p. 89, para quien el juez debe tomar en cuenta las máximas de la experiencia porque ellas sirven a la valoración de lo fáctico (valoración probatoria).

Schneider, las máximas de la experiencia son indispensables, por antonomasia, para cada valoración probatoria. Sin embargo, su valor probatorio es de diferente magnitud.⁵²

De este modo, los hechos conocidos, para adquirir significado, deben ser interpretados, y, para ser interpretados, necesitan criterios: las máximas de la experiencia y las leyes científicas son, precisamente los criterios de evaluación de los hechos.⁵³

Se trata, en esencia, de juicios hipotéticos de contenido general o de generalizaciones de sentido común. “Las generalizaciones son necesarias en cada paso del razonamiento sobre las pruebas y sobre los hechos, pues constituyen, en muchos casos, la premisa de las inferencias que conectan los datos probatorios con los hechos. Como dice David Schum, son el «pegamento» que liga el razonamiento probatorio.”⁵⁴

De la definición de máximas de la experiencia dada por Stein, se desprende también un aspecto importante que tiene que ver con su naturaleza jurídica, y es que **las mismas describen relaciones de causalidad**. En ese sentido, las máximas de la experiencia, en sentido propio, son reglas abstractas, que pueden ser descompuestas en condición y consecuencia y se refieren a cursos típicos de eventos.⁵⁵

La estructura de las máximas corresponde siempre a la relación “Cuando – (así, de esta manera) entonces”. El “cuando” introduce la condición, el “así” la consecuencia. Se trata por consiguiente de *juicios hipotéticos*, que tienen una

⁵² Schneider, p. 86.

⁵³ Gianniti, p. 231.

⁵⁴ Taruffo, p. 74.

⁵⁵ Schneider, p. 88.

estructura similar a la de las normas jurídicas, que también se dividen en tipo y consecuencia jurídica. Inclusive son estas máximas de la experiencia descompuestas en Condición y Consecuencia reversibles. Es decir, por ejemplo, que se pueda derivar de una consecuencia que tuvo lugar un determinado evento.⁵⁶

Para Schneider⁵⁷ al ser las máximas de la experiencia juicios hipotéticos, rige la regla del *modus ponens*, es decir, de la afirmación de una condición se puede concluir una consecuencia, pero esto sólo es así cuando la condición no es discutible o, en otras palabras, está demostrada de manera certera.

Las reglas de la experiencia son por ello, en sus varias formas de manifestación, una ayuda importante frente a la recolección y valoración de las pruebas.⁵⁸

Aquí, sin embargo, es necesario hacer una distinción importante. Existen reglas de la experiencia que se derivan de los conocimientos científicos, que podríamos llamar – en principio - irrefutables, las cuales constituye una ayuda importante para la labor judicial, y tienen una validez general. Por otro lado, existen máximas de la experiencia que carecen de validez general, que al ser utilizadas por el juez, ponen en duda el resultado obtenido, se trata, al decir de Taruffo, de **generalizaciones espurias!**⁵⁹

En ese sentido, debe criticarse a Stein cuando señala que “...no hay ninguna diferencia jurídicamente concebible y utilizable, según la mayor o menor

⁵⁶ Schneider, p. 89.

⁵⁷ Schneider, p. 90.

⁵⁸ Cf. Schmitt, p. 229. Gianniti, p.p. 267-268, señala que valorar una prueba significa aplicar a una información probatoria un criterio de inferencia (dato de una máxima de la experiencia o de un criterio científico) para arribar a una ulterior información probatoria.

⁵⁹ Taruffo, p. 75. Sobre la posibilidad de constatar las máximas de la experiencia con base en la experiencia general de vida o con base en la investigación científica, cf. Schneider, p.p. 87-88.

seguridad de las máximas de la experiencia, ya que no poseemos ninguna tarifa legal del valor probatorio....Sólo en la apreciación se impone su distinto valor que, por consiguiente, es puramente fáctico.”⁶⁰, pues sí es posible observar, en principio, máximas de la experiencia reconocidas por un lado y por otro, aquellas que no han sido demostradas, y que son el resultado de una mera especulación o intuición subjetiva del juez, que carecen de un fundamento objetivo, que no son verificables empíricamente, y que, por lo tanto, no deberían ser utilizadas por el juez en su labor de valoración probatoria.

En otro orden de ideas, como antes se indicó, Stein sostenía la tesis de que las máximas de la experiencia, como juicios hipotéticos, se obtienen por inducción de los casos que se observan, con el fin de aplicarlos para ese proceso así como a otros nuevos.

En efecto, por inducción se entiende el extraer a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, el principio general que en ellas está implícito.⁶¹

Ahora bien, de esa definición se deriva que al Juez le corresponde determinar, a partir de ciertas observaciones o experiencias particulares, cuál es el principio que con carácter general está ahí implícito.

Observamos entonces que un aspecto crítico de las “máximas de la experiencia” se refiere a que se parte del presupuesto de que es posible extraer reglas o principios de aplicación general a partir de experiencias prácticas cotidianas. Siempre debe existir un *referente empírico*, que de apoyo a ciertas

⁶⁰ Stein, p.p. 38-39.

⁶¹ Diccionario, p. 860.

máximas que pueden aplicarse independientemente del caso particular que se tenga entre manos.⁶²

De lo hasta aquí expuesto, podríamos realizar las siguientes reflexiones sobre los principales problemas que presentan las máximas de la experiencia.

Un **primer problema** está referido a la clase de conocimiento que pueden suministrar las normas de la experiencia, es decir, su “**valor cognoscitivo**”.

Muchas veces puede tratarse simplemente de un conocimiento probable, lo cual nos lleva a afirmar, que las máximas de la experiencia tienen diferente fuerza de convicción, desde las “débiles” hasta las regulares, que incluso señalan “la dirección a seguir”. Las reglas de prueba legales, que hubo en su momento, provienen de esta fuente. El legislador vio ciertas máximas de la experiencia más como reglas, y con el fin de obtener seguridad jurídica, simplemente prohibió todas las excepciones a las mismas.⁶³

En virtud de ello, autores como Schmitt han pretendido realizar una clasificación abstracta de las máximas de la experiencia, dividiéndolas en relativas y absolutas, sencillas y vinculantes, donde cada una remite a su distinta fuerza probatoria.⁶⁴ Lo anterior pone en evidencia un aspecto. Respecto de las máximas de la experiencia, es posible hacer una distinción, dependiendo de la fuerza probatoria que tenga cada una. El problema es que muchas veces, en la praxis judicial, no se lleva a cabo dicha distinción, y se asumen las máximas de la experiencia como “verdades” absolutas, sin pasarlas por un tamiz epistemológico

⁶² Vid. Schneider, p.p. 87-88, sobre la observación de secuencias típicas de eventos, de las cuales se extraen las máximas de la experiencia.

⁶³ Schneider, p. 43.

⁶⁴ Schmitt, 1992, p. 230. Vid. asimismo Schneider, p. 86, quien estima que la fuerza probatoria de la máxima puede ser tan fuerte, que la misma, por sí sola, sea capaz de fundar una presunción fáctica para un determinado evento. Aquellas máximas de la experiencia a las cuales no se les puede atribuir un valor probatorio tan fuerte, deben ser tomadas en cuenta únicamente junto a otros argumentos en la valoración probatoria.

que permita determinar si las mismas poseen, en efecto, validez general o universal o se trata de meros enunciados sin ningún respaldo empírico.

En el ámbito de esas máximas de la experiencia que Schmitt llama absolutas o vinculantes, es posible señalar que la moderna criminalística ha resaltado una importante cantidad de máximas de experiencia en las distintas áreas.⁶⁵

De este modo, muchas máximas de la experiencia resultan juicios problemáticos, por cuanto únicamente proporcionan con **probabilidad** consecuencias acertadas. Por el contrario, las máximas de la experiencia que recogen leyes de la física o de la naturaleza, rigen – en general – sin excepciones.⁶⁶

Existen así reglas de experiencia que no poseen validez universal o general, por cuanto solo describen procesos y relaciones regulares.⁶⁷

Solo en pocas decisiones puede el juez recurrir a máximas de la experiencia seguras (en el sentido de probabilidades objetivas, estadísticas), así, por ejemplo, en la determinación de la concentración de la sangre.⁶⁸ Sin embargo, aun en tales máximas de la experiencia aseguradas estadísticamente, debe el juez llegar al convencimiento de que, por ejemplo, el chófer concreto, en la situación concreta, no era capaz de manejar.⁶⁹

⁶⁵ Vid. Schmitt, p. 230. Andrés Ibañez, p. 27, prefiere hablar de la diferente eficacia explicativa de las máximas de la experiencia, pues mientras algunas, como las que rigen la pericia dactiloscópica, gozan de un alto grado de reconocimiento, otras son el fruto de un reducido número de datos empíricos.

⁶⁶ Así Schneider, p. 89.

⁶⁷ Herdegen, p. 105.

⁶⁸ Bender, p. 204.

⁶⁹ Bender, p. 204.

Es decir, las máximas de la experiencia son una herramienta a utilizar en la valoración de la prueba, pero no permiten *per se* arribar a la convicción de culpabilidad o de inocencia del imputado.

La mayoría de las máximas de la experiencia que aplica el juez no se encuentran estadísticamente documentadas, es decir, son solo probabilísticas y, por lo tanto, no son vinculantes ni concluyentes.⁷⁰

A esto hay que agregarle un problema adicional respecto de estas reglas, y es que no se trata de un conjunto claro, ordenado ni coherente de conocimiento.⁷¹

Un **segundo aspecto** problemático de las máximas de la experiencia, está relacionado con su **respaldo empírico**. Muchas máximas de la experiencia se distinguen de las leyes de la naturaleza, por el distintivo de que no poseen el grado requerido (especialmente estadístico) de probabilidad para la aceptación de una ley natural.⁷²

Tal y como válidamente señala Taruffo, recurrir, para la construcción de narraciones, a cualquier elemento tomado del sentido común puede ser útil para construir una ficción plausible, pero no es un método fiable para construir narraciones procesales. La credibilidad de estas narraciones depende de su apoyo en conocimientos válidos.⁷³

⁷⁰ Bender, p. 205. Bender señala, ibídem, que aun con esa calidad de máximas de la experiencia el Juez debe decidir, pues debe tomar una decisión *práctica* y no puede esperar hasta que las máximas de la experiencia se encuentren documentadas científicamente.

⁷¹ Cf. en otro contexto Taruffo, p. 77.

⁷² Cf. Rödíg, p. 245.

⁷³ Taruffo, p. 77.

Esas nociones de la experiencia común que utiliza el juez pueden provenir de distintas fuentes. Puede ser, en primer lugar, que correspondan a leyes científicas de carácter universal, que se presenten vulgarizadas, por ejemplo, la Ley de Newton. Esta inferencia puede atribuir certeza deductiva a su conclusión. En otras ocasiones, las nociones de la experiencia común corresponden a generalizaciones no universales, pero caracterizadas por un alto grado de probabilidad, confirmado por una elevada frecuencia estadística, por ejemplo, cuando se ha demostrado que X produce Y en el 98 por 100 de los casos, la conclusión que deriva de ella es altamente fiable, y puede considerarse dotada de certeza práctica.⁷⁴

“A menudo las nociones de sentido común se fundan en meras generalizaciones que expresan el id quod plerumque accidit, es decir, lo que aparece como la «normalidad» de determinados acontecimientos o conductas, pero no tienen carácter universal ni cuasi-universal. En estos casos, la inferencia que se puede extraer con respecto a un caso particular no tiene carácter deductivo (ni tampoco cuasi-deductivo), y produce conclusiones que pueden tener un grado variable – pero no particularmente elevado – de fiabilidad. Las nociones relativas a la «normalidad» de algo tienen amplios márgenes de incertidumbre, pueden estar influidas por juicios de valor, son fácilmente falsificables por una multiplicidad de ejemplos contrarios, y pueden no corresponder en absoluto a los acontecimientos o a las conductas específicas que el juez debe determinar. A lo sumo ellas confieren un modesto grado de confirmación a las conclusiones que se derivan... Por último, aunque no se trata ciertamente de casos excepcionales, las nociones de la experiencia común pueden corresponder a generalizaciones espurias, es decir, a pseudoreglas que carecen de fundamento en la realidad empírica. Se trata de las numerosas situaciones en que estas nociones no expresan sino prejuicios de la naturaleza más diversa: de género, de raza, de

⁷⁴ Taruffo, p. 238.

*religión y de cualquier otro carácter, que están difundidos en un cierto ambiente social, en un determinado momento histórico.*⁷⁵

Un tercer punto que se vincula con el anterior, es el problema epistemológico de las máximas de la experiencia. Es decir, ¿cómo determinar lo que rige como una máxima de la experiencia?

*“El problema es que el estatus epistémico de estas generalizaciones es usualmente vago e indeterminado: en realidad, pueden ser racionales o irracionales, buenas o malas, según si poseen o no un fundamento cognoscitivo sólido. Hay algunos – pocos – casos en los que se trata de vulgarizaciones de leyes científicas o de generalizaciones válidas que provienen de la ciencia: en esos casos – suponiendo que la traducción de la ciencia al sentido común no alterara o distorsionara el conocimiento científico original – las generalizaciones son efectivamente generales y pueden resultar altamente fiables. El caso típico, sin embargo, es el de las generalizaciones que no tienen en realidad carácter general. Estas generalizaciones pueden tener una base estadística válida y resultar en buena medida fiables. En la mayor parte de los casos, sin embargo, las generalizaciones carecen de fundamentos estadísticos confiables y se basan únicamente en el sentido común. En otras palabras, se trata de generalizaciones espurias, en tanto se fundan, como se ha dicho eficazmente, en «fireside inductions», esto es, en inducciones carentes de fundamento empírico, que se formulan en tertulias junto a la chimenea. Son, por tanto, generalizaciones que no están justificadas, cuyo significado es vago, cuyo alcance general es dudoso y que pueden ser contradichas por otras generalizaciones de sentido común o por una serie de casos particulares.”*⁷⁶

⁷⁵ Taruffo, p.238.

⁷⁶ Taruffo, p.p. 74-75.

De este modo, operar con máximas que se fundamentan en la “experiencia” personal, constituye un quehacer riesgoso⁷⁷, especialmente cuando se aceptan como “máximas” un gran número de circunstancias que se basan en una “experiencia” altamente insuficiente, si se mide en términos de las ciencias naturales.⁷⁸ Lo anterior resulta especialmente peligroso cuando en la literatura se encuentran afirmaciones como que “Cualquier juez puede de su propio conocimiento profesional decidir sobre la existencia de máximas de la experiencia” y que se trata de reglas generales conocidas, que sólo deben ser reconocidas.⁷⁹

Siguiendo con el tema epistemológico de las “máximas de la experiencia”, debemos apuntar que un gran número de máximas de la experiencia, no las reconoce el hombre de ningún modo con base exclusivamente en su propia experiencia. Más bien, el ser humano se aprovecha de la experiencia de otras personas, y especialmente de aquellas personas, en las cuales uno confía – de nuevo con base en la buena experiencia hecha -.⁸⁰

Como antes vimos, constituye un lugar común en la literatura, encontrar la siguiente afirmación: la máxima de la experiencia se infiere inductivamente de la experiencia particular, que en cuanto recurrente y constante, autoriza asumirla como general, excluyendo que se trate de una mera conjetura.⁸¹

⁷⁷ Cf. Rödíg, p. 245.

⁷⁸ Rödíg, p. 261.

⁷⁹ Así Schneider, p. 89.

⁸⁰ Rödíg, p. 244. Este mismo autor opina, ibídem, p. 245, que la problemática de la obtención de máximas de la experiencia suficientemente confiables debería, en lo que toca a la importancia del asunto, constituir el área central de la teoría procesal de la prueba relacionada con las declaraciones de los hechos. La manera y modo en que esta problemática es tratada de facto, está fuera de proporción respecto de su importancia.

⁸¹ Gianniti, p. 230. La Suprema Corte italiana ha precisado (Cass. Sez. I, 15.1.1991, n. 329, Grilli) que en el tema de la valoración de la prueba, la diferencia entre máxima de experiencia y mera conjetura reside en el hecho que en el primer caso los datos ya estaban o son de cualquier manera sometidos a la verificación empírica y a continuación la máxima puede ser formulada sobre la base del “id quod plerumque accidit (eso que generalmente sucede); mientras en el segundo caso esa verificación no es ni puede ser posible, por ejemplo, se asigna un resto del dato a un nuevo cálculo

Sin embargo, "...la pertenencia de una cierta noción, regla o máxima, al ámbito del sentido común, no ofrece por sí misma ninguna garantía de fiabilidad, con independencia del número y de la calidad de las personas que le den crédito, y del tiempo por el que se haya mantenido la creencia respectiva. Los prejuicios más difundidos, más tradicionales y más enraizados no dejan de ser, pro esta sola razón, prejuicios, cuyo efecto es manipular y esconder la realidad, y no ciertamente favorecer su conocimiento. El juez debe estar especialmente consciente de todo esto y de los riesgos de error que implica el uso incauto del sentido común y la experiencia: el valor de verdad de los juicios que el juez formula depende directamente del fundamento racional y cognoscitivo de las inferencias de las que esos juicios se derivan. Cuando más profundo sea el análisis crítico de las nociones que el juez utiliza, tanto más fiable serán las inferencias probatorias que llevan a confirmar las hipótesis sobre los hechos."⁸²

Lo anterior significa que las máximas de la experiencia puede deducirlas el juez de manera individual-subjetiva, o acudiendo a terceras personas para que le suministren ese conocimiento. Esas terceras personas, en el **caso del proceso penal, serían comúnmente los peritos**. Esto nos lleva a una interesante pero compleja problemática, relacionada con la introducción de máximas de la experiencia al proceso penal mediante la prueba pericial y a la vez, el tema se vincula, como lo hemos venido señalando, con la diferente fuerza de convicción que gozan las distintas máximas de la experiencia.

Las máximas de la experiencia pueden ser incorporadas al proceso penal, mediante un peritaje que ordene el juez o que le soliciten las partes. De lo contrario, habría que estimar la posibilidad del juez autodidacta que estudia y coteja dichas máximas de la experiencia en la literatura existente, so pena, de no tener acceso a la literatura más actualizada o de mayor peso, en el ámbito

de posibilidad, y así la máxima no permanece susceptible de verificación empírica y entonces de demostración. Vid. Gianniti, *ibídem*.

⁸² Taruffo, p. 240.

científico respectivo. Sin embargo, existen riesgos serios e importantes de que las máximas de la experiencia se obtengan en el proceso penal mediante el descubrimiento autónomo y subjetivo del juez, tal y como sucede en la praxis con frecuencia.

La Criminalística ha venido a contribuir en gran medida con la investigación de los acontecimientos delictivos, al proveer las herramientas, los medios y el procedimiento para el esclarecimiento de comportamientos criminales. Resulta válido incluso afirmar que sin la moderna criminalística, no sería posible llevar a cabo muchas veces una investigación penal objetiva y libre de reproches. Sin embargo, sus resultados – sin hacer referencia aquí a algunas excepciones puntuales, como la prueba de ADN – no deben ser tomados de buena fe o de forma acrítica, de forma tal que se sobrevaloren las posibilidades de la probanza.⁸³ Los diferentes métodos poseen una confiabilidad muy distinta, requieren, por lo tanto, una valoración diferenciada, que se refiere sobre todo a la fuerza probatoria del procedimiento criminalístico utilizado.⁸⁴

Los bruscos avances intelectuales en el área de las ciencias y la técnica, posibilitan una prueba exacta ahí donde el Juez antes estaba sujeto únicamente a su “convencimiento” entendido subjetivamente. En consecuencia, la valoración probatoria ha obtenido un fundamento objetivo seguro.⁸⁵

De esto surge una interrogante interesante y es la siguiente: ¿se podrán asimilar o comparar las máximas de la experiencia criminalísticas a las reglas de prueba legales, existentes otrora?

⁸³ Schmitt, p. 230. Este autor señala también, ibídem, p. 538, como supuestos donde se dispone de conocimientos científicos, que en los respectivos círculos competentes se aceptan como correctos y confiables, los siguientes: la dactiloscopia, la serología y los métodos de investigación químico-físicos. Para Rödíg, p. 245, de ciertas disciplinas, como la criminalística, se permite desprender una cantidad de máximas de la experiencia, por lo menos hasta cierto punto, “confiables”, en el sentido que no requieren cada vez la invocación a dudosos criterios como el de la – sin duda loable “sabiduría” o simplemente “la experiencia” del juez que decide.

⁸⁴ Schmitt, p.p. 231, 538.

⁸⁵ Schmitt, p. 459.

Para Schmitt⁸⁶, es posible comparar el modo de acción de estas máximas de la experiencia criminalísticas con las reglas legales del siglo pasado. Ellas representan, por lo tanto, un límite suficientemente determinado de la libre valoración probatoria judicial. Aquí se observa un aspecto paradójico. La ley le permite – aunque muchas veces le impone – al juez, ante la ausencia de la propia pericia o conocimiento técnico, la posibilidad de recurrir a una prueba pericial, y al mismo tiempo espera que el juez, que no posee ningún conocimiento técnico en esa materia, pueda juzgar el peritaje, incluso de mejor forma que el perito. El Juez ante la ausencia de conocimiento técnico no se encuentra, en la mayoría de los casos, en condiciones de llevar a cabo una valoración crítica del peritaje. Por esa razón no le queda a él muchas veces otra alternativa más que adherirse al peritaje.⁸⁷

Entre más pequeña sea la fuerza de convicción de una máxima de la experiencia, así más individual será la valoración probatoria del juez. Por el contrario, si la fuerza de convicción de la máxima de la experiencia aumenta, disminuye – o debería disminuir - entonces la posibilidad de valoración probatoria alternativa por parte del juez. Eso, como antes se dijo, puede traer incluso consigo la exclusión práctica de la libertad de apreciación del juez, por ejemplo, en

⁸⁶ Schmitt, p.p. 538, 539.

⁸⁷ Marburger, p. 12. Según este autor, p. 13, esta circunstancia de la dependencia fáctica del juez respecto de los conocimientos científico-técnicos lleva parcialmente al resultado de que con miras a la valoración de los peritajes, no se pueda casi seguir hablando de la libre convicción judicial. Vid. asimismo, Schmitt, p.p. 460, 465, para quien, en estos supuestos, parece dudoso hablar de una valoración o apreciación autónoma del *tema probandum* por parte del juez. Taruffo, p.p. 244-245, por su parte, señala que lo expuesto, revela un aspecto paradójico si se considera que el juez debe recurrir, para valorar la opinión del experto, precisamente a los conocimientos científicos de los que carece. Pero la paradoja, según su criterio, sólo es aparente, pues no se pretende que el juez repita lo que ya hizo el perito (experimentos, investigaciones, cálculos) ni tampoco que compruebe el contenido de las evaluaciones que éste haya formulado, pues la labor del juez consiste en controlar la validez científica y la corrección del método que el perito ha aplicado, esto es, en verificar el fundamento racional y epistémico de lo que el perito ha hecho. Sin embargo, debemos refutar a Taruffo en este punto, pues para controlar la validez científica y la corrección del método utilizado por el perito, se requieren necesariamente conocimientos especializados.

pruebas llevadas a cabo científicamente.⁸⁸ Sin embargo, los criterios para determinar la distinta fuerza de convicción de una máxima de la experiencia, resultan a veces sumamente difíciles de trazar.

Con la sofisticación de la criminalidad, el juez debe cada vez más decidir en áreas del conocimiento, en las cuales su conocimiento está limitado. No debe pasar por alto máximas de la experiencia aseguradas científicamente; así con frecuencia solo será un perito el que le pueda suministrar el conocimiento necesario. El mismo juez es quien debe decidir - en principio - si su experticia es suficiente, él debe demostrar en la fundamentación de la sentencia – por ejemplo, cuando las circunstancias comprobadas determinen lo opuesto – su propia experticia. Las exigencias deberían ser aquí especialmente elevadas, cuando el conocimiento propio que él utiliza, puede ser obtenido únicamente mediante una formación especial.⁸⁹

Sin embargo, como se ha dejado entrever, el recurso a la ciencia en el proceso no sólo no es suficiente por sí solo para resolver todos los problemas, sino que suscita otros nuevos, de no fácil solución.⁹⁰

En este sentido, muchas veces resultan contradictorias las exigencias de la jurisprudencia costarricense para la fundamentación de la sentencia, ante la existencia de un dictamen pericial, pues se estima que el juez debe y puede, según el principio de libre valoración de la prueba, revisar y examinar el dictamen de forma ilimitada. Aquí aplica el famoso aforismo de que el Juez es *perito*

⁸⁸ Schneider, p. 43. A criterio de Taruffo, p.p. 240-241, la Ciencia ha alcanzado niveles de altísima sofisticación y esta evolución implica una reducción del recurso a las nociones proporcionadas por la experiencia y por el sentido común, que es proporcional a la ampliación del uso de metodologías científicas: si el fin es el de determinar la verdad de la manera más racional posible y con las mejores garantías de fiabilidad, parece claro que cuando se dispone de nociones o de métodos convalidados por la ciencia, el sentido común debe hacerse a un lado.

⁸⁹ Schmitt, p. 383.

⁹⁰ Taruffo, p. 241.

peritorum. Sin embargo, al haber alcanzado las distintas ramas de la ciencia un alto grado de especialización, a un lego le resulta apenas posible, comprender el dictamen redactado en un lenguaje técnico complicado. Además, las falencias graves de la formación de los juristas, repercuten negativamente en el área de la ciencia, ya que al juez penal muchas veces le faltan fundados conocimientos criminalísticos, que le puedan suministrar la comprensión elemental para los respectivos problemas técnicos.⁹¹

Aquí parecemos estar frente a una clara paradoja. La legislación prevé la posibilidad y la jurisprudencia costarricense al unísono sostiene que el juez es soberano en la valoración de la prueba, en consecuencia, le resulta válido apartarse de las pericias rendidas durante el proceso, sin embargo, se le coloca en una encrucijada, por cuanto cuál será el legado de conocimientos al que podrá echar mano para criticar el dictamen e inclinarse por una posición alternativa; por otro lado, si se estableciera la vinculatoriedad de los dictámenes, se le restaría autonomía a la labor de convencimiento judicial y terminarían siendo los peritos – como lamentablemente no en pocos casos sucede – los que resolverían el caso.

Desde el punto de vista teórico por lo menos, no debe olvidarse que para el juez no deben ser vinculantes ni total ni parcialmente las conclusiones del perito. Si entra en desacuerdo con la posición del perito, debe permitir que eso se reconozca en los fundamentos de la sentencia, al haber recibido un mejor conocimiento especializado para el área del conocimiento ajeno a él. Para eso debe reproducir el razonamiento del perito en detalle así como fundamentar su punto de vista contrario.⁹²

Por otro lado, no debe perderse de vista que con los peritos imparciales, es decir, los “oficiales”, la calidad científica de los conocimientos adquiridos por el

⁹¹ Cf. Schmitt, p.p. 383-384.

⁹² Schmitt, p. 384.

juez no queda siempre asegurada de manera automática, pues puede ocurrir que el perito nombrado por el juez no sea efectivamente imparcial, o bien que carezca de una preparación técnico-científica suficiente para dar adecuada respuesta a las preguntas que se le formulen.⁹³

Es lícito, en efecto, dudar de que las hipótesis de abstención y recusación del perito, que son las mismas previstas para la abstención y recusación del juez, sean suficientes para asegurar en todo caso que el perito designado de oficio sea efectivamente independiente e imparcial. Hay otros factores que, de hecho, pueden afectar el juicio del experto, induciéndolo a favorecer a una parte en perjuicio de la otra.⁹⁴ Lo anterior resulta aplicable en Costa Rica, respecto de muchos órganos que forman parte del Organismo de Investigación Judicial, que fungen como peritos oficiales en el proceso penal y que brindan una labor de apoyo en la investigación de los hechos delictivos por parte del Ministerio Público; observándose, a veces, una particular proclividad del perito oficial por sostener “a toda costa” la hipótesis inculpativa de la fiscalía.

Otro tema a considerar sobre las máximas de la experiencia concierne a su **utilidad**, es decir, ¿para qué son usadas en el proceso penal? Las máximas de la experiencia son utilizadas muchas veces como “excusa” o más bien, como argumento de racionalidad de la sentencia, es decir, se busca legitimar la fundamentación de la sentencia, al hacer mención en la misma, por ejemplo, que de “...acuerdo con las máximas de la experiencia, tal argumento carece de valor o de sentido, por cuanto, por todos es conocido que...”⁹⁵, y con ello lograr la

⁹³ Taruffo, p. 244.

⁹⁴ Taruffo, p. 244, cita 126.

⁹⁵ Cf. Walter, p.p. 327-328, quien señala que las máximas de la experiencia son usadas como “perchas” para fundamentar una violación a la ley y con ello su revisibilidad. Para este autor, en lugar de admitir abiertamente, que se quiere anular la sentencia que se examina, porque el resultado no aparece como comprensible e incorrecto, con base en las determinaciones hechas, arremeten contra la violación de máximas de la experiencia como límites de la valoración probatoria. Para Rödiger, p. 243, lo único que legitima la utilización de las reglas de la experiencia, es el hecho de que el juez se encuentra obligado a decidir sobre la existencia o inexistencia de un

“apariencia” de que la sentencia es “objetiva” y es “racional”. Esta función procesal de la utilización de las normas de la experiencia se puede dar tanto en los tribunales de sentencia como también en los que revisan la sentencia de primera instancia.

En palabras de Taruffo, el concepto de «máximas de la experiencia», transmite la impresión de que expresan generalizaciones universales, y que, por consiguiente, podrían fundar inferencias capaces de producir conclusiones deductivamente ciertas o al menos cercanas a la certeza. Sin embargo, esa impresión es falaz, pues en muchos casos las máximas de la experiencia no expresan una generalización que posea alguna base cognoscitiva, sino que representan más bien lugares comunes, prejuicios y estereotipos consolidados en alguna medida en el sentido común, pero ajenos a cualquier conocimiento efectivo. La noción de máxima de la experiencia deriva entonces en una confusión entre generalidad y generalización, y tiende a atribuir un carácter general –y algunas veces universal – a meras generalizaciones que en la mayor parte de los casos carecen de fundamento.⁹⁶ Así, en ese mar de generalizaciones, uno puede encontrar todo lo que quiera y que resulte útil para “fundamentar” una sentencia, se puede extraer distinta información, útil para construir historias diferentes e incluso contradictorias sobre los mismos hechos.⁹⁷

La invocación a una máxima de la experiencia debería en todo caso hacerlo a uno reflexionar respecto de lo que se pretende con su uso. Para Walter, cuando un juez que conoce de una impugnación, invoca una regla tal, o se reclama con evento del pasado. La posibilidad de la insuficiencia de las fuentes de conocimiento disponibles para el juez, solo se puede explicar bajo el punto de vista de la sujeción de la verdad procesal a su función. Precisamente este punto de vista, es el único que para él legitima la utilización típica de las reglas de experiencia para la investigación judicial de los hechos, criterio este que no se contradice con la posición aquí sostenida, que señala que las máximas de la experiencia cumplen – en parte - una función de legitimación de la sentencia judicial y, en general, de la administración de justicia penal.

⁹⁶ Taruffo, p. 75.

⁹⁷ Taruffo, p. 77.

ello una medida de prueba muy alta o que la decisión – del *a quo* - no es comprensible. El deseo que en ambos casos se esconde, es siempre la corrección de una decisión que se estimó incorrecta. El ataque o la embestida contra esa decisión con ayuda de una “máxima de la experiencia” llega, sin embargo, al fin pretendido: o es la medida de prueba fijada muy alta o la decisión no es comprensible. Ello no tiene su causa, según Walter, en que las “máximas de la experiencia” constituyan un límite al principio de libre valoración probatoria sino que aquí rigen dos límites distintos: la obligación de renunciar por completo a la exigencia de verdad en determinados casos y la revisibilidad fundamental de las determinaciones judiciales mediante los medios de impugnación.⁹⁸

Por último, en relación con las **Reglas de la Psicología**.

Un primer problema respecto de las reglas de la psicología o de la “experiencia psicológica” y de la declaración del testimonio, radica en que sólo pueden ser verificadas empíricamente de manera limitada y por lo tanto son difícilmente vinculantes.⁹⁹

Un segundo aspecto sobre el cual vale la pena aquí reflexionar es el relativo al carácter científico de estos conocimientos psicológicos. Por un lado, debe distinguirse entre la «buena ciencia» y la «mala ciencia» o pseudociencia «o junk science», es decir, entre métodos y conocimientos dotados de efectiva validez científica y pretendidos métodos o conocimientos que se presentan como dotados

⁹⁸ Walter, p.p. 328-329. El tema de la necesaria renuncia a la exigencia de verdad en determinados casos, también es analizada por Rödíg. Para este autor, p. 245, las máximas de la experiencia constituyen un mal “necesario” en vista de la funcionalidad de la verdad procesal. Para Bender, p.p. 203-204, se trata de un dilema, del cual se deriva en suma la necesidad de practicar justicia, que obliga al juez a fingir que eso que es verdadero o concluyente para un gran número pensado de casos comparables, también resulta aplicable para el caso específico concreto. Al juez no le queda otro camino que recurrir a máximas de la experiencia más o menos seguras. Para Andrés Ibañez, p. 26, la máxima de la experiencia tiene una clara dimensión ideológica: atribuir al conocimiento judicial del dato empírico una calidad de certeza (deductiva) que no tiene en absoluto.

⁹⁹ Schmitt, p. 540.

de dignidad científica, pero que no han sido validados científicamente, cada vez se plantea con mayor frecuencia el problema de saber cuáles son científicamente fiables y cuáles no.¹⁰⁰

En el caso de la psicología estamos en el ámbito de las ciencias sociales o humanas, o *soft*, como la sociología, la economía, la historia y la antropología.¹⁰¹

“Estos sectores de la investigación y del conocimiento pueden sin duda caber en un concepto amplio de «ciencia», en la medida que persiguen la verdad, aunque sirviéndose de metodologías diferentes de las que utilizan las ciencias naturales. De esta forma el concepto de prueba científica se extiende hasta comprender, por ejemplo, pericias psicológicas y varias otras técnicas de análisis y de valoración. Esto implica, sin embargo, dificultades considerables en relación con la valoración de la fiabilidad científica de estas «formas de conocimiento», pues es evidente que no les resultan aplicables los mismos criterios de control empírico, de cálculo y de verificación cuantitativa que son comunes en las ciencias naturales. La circunstancia de que en algunas de las ciencias humanas citadas se utilicen métodos matemáticos muy sofisticados, o se hagan análisis cuantitativos, no implica que estas ciencias se vuelvan similares o iguales a la física o la genética... cuando se utilizan en el proceso pruebas científicas que pertenecen al área de las ciencias humanas, se requieren criterios adecuados para valorar la fiabilidad de los conocimientos que el juez debiera utilizar para determinar la verdad de los hechos.”¹⁰²

En consecuencia, resulta fundamental, por ejemplo, llevar a cabo un análisis sumamente crítico de las pericias psicológicas que se vierten en el proceso penal, por lo que debe analizarse detalladamente el método utilizado en la

¹⁰⁰ Taruffo, p. 241.

¹⁰¹ Taruffo, p. 242.

¹⁰² Taruffo, p. 242.

pericia y desarrollar criterios para valorar la fiabilidad de los resultados alcanzados en la misma.

En la práctica judicial costarricense, sin embargo, lo común es no encontrar sentencias que utilicen conceptos provenientes de la psicología, por ejemplo, sobre psicología del testimonio; por otra parte, de encontrarse la utilización de tales conocimientos, ello no se hace comúnmente de manera rigurosa. No se puede negar que la psicología del testimonio ha tenido un gran desarrollo, de modo que se han realizado una serie de estudios, generalmente no considerados por la Jurisprudencia costarricense.¹⁰³

No es posible olvidar la influencia negativa que han tenido en este ámbito las palabras de De la Rúa anteriormente citadas, cuando en la jurisprudencia costarricense se observa y se le da gran importancia para justificar la credibilidad de un testigo a la seguridad que refleja, a la expresión de emociones en su testimonio, por ejemplo el llanto, o bien al lenguaje gestual.¹⁰⁴

Asimismo, y pese a que la psicología del testimonio y del interrogatorio han tenido grandes avances, no son ellas suficientemente observadas ni en la formación de los abogados ni en la práctica forense comparada.¹⁰⁵

A MODO DE CONCLUSIÓN

Una primera reflexión que surge de las líneas anteriores es cómo debería en el futuro definirse y reconducirse el contenido y los límites de la valoración

¹⁰³ Vid. Llobet, p. 546.

¹⁰⁴ Cf. Llobet, p. 546

¹⁰⁵ Schmitt, p. 435. Cf. asimismo Rödíg, p. 245, quien apunta la necesidad de determinar el contenido de la formación jurista menos de la idea del derecho como aun más de la singularidad así como de la distinta frecuencia y dificultad de las tareas que se esperan de un futuro juez, resultando imprescindible, por ejemplo, el estudio de la psicología del testimonio.

probatoria, a una base dogmática sólida y que a la vez contenga un fundamento epistemológico utilizable para la práctica judicial.

De lo aquí analizado, es claro que se echan de menos o faltan criterios exactos, según los cuales el juez pueda guiarse en su valoración probatoria. Esto es en alto grado perjudicial para la seguridad jurídica en ésta área del Derecho.

La pregunta que surge es cómo debe estructurarse un modelo de valoración probatoria que sea razonablemente objetivo, pero que a la vez le permita al juez apreciar las individualidades de cada caso mediante su valoración subjetiva. Al decir razonablemente objetivo, estamos haciendo referencia a lograr que dicho modelo sea más exacto, mayormente verificable intersubjetivamente y que contenga un claro fundamento empírico. Se estaría pensando así en un modelo que exija del juez una certeza subjetiva y una probabilidad o verosimilitud objetiva, en otras palabras, que la base o el fundamento de la certeza subjetiva sea la verosimilitud objetiva. Al decir de Schmitt¹⁰⁶ la certeza personal es una condición necesaria, sin embargo, insuficiente para el convencimiento judicial.

Esa objetividad de la que se hacía mención en el párrafo anterior, significa que su fundamento debe encontrarse en la validez universal de los conocimientos y las reglas. Estos conocimientos y reglas, tal y como aquí lo hemos visto, surgen de la lógica, de los **conocimientos criminalísticos** (ciencias de la naturaleza, técnica, psicología) y de otras consideraciones científicas. El peso de las circunstancias así descubiertas puede ser vinculante, apremiante o preventivo. Vinculante significa que no existe ninguna excepción respecto de su aceptación (procedimiento de huellas digitales, determinación sanguínea). Apremiante significa que a pesar de que las excepciones son posibles, la prueba lleva en una

¹⁰⁶ Schmitt, p. 407.

determinada dirección. Preventivo significa que la situación probatoria determinada, exige especial cuidado¹⁰⁷

Sin embargo, la probabilidad o verosimilitud objetiva no es capaz, por sí misma, desde un punto de vista pragmático, de limitar la valoración probatoria. Los intentos de racionalizar demasiado el procedimiento de la valoración probatoria, por medio de modelos teóricos de probabilidad, de forma que el convencimiento del juez se decida exclusivamente o por lo menos ampliamente por criterios objetivos y el resultado permita, por lo tanto, calcularse hasta cierto punto, están destinados al fracaso.¹⁰⁸

No debemos tampoco perder de vista una limitación importante y es que el procedimiento judicial es, en consideración a numerosos puntos de vista, solo en una extensión limitada, capaz de ser regulado jurídicamente.¹⁰⁹ Con esto, se quiere decir, que aun y cuando se creen innumerables normas para regular el modelo de valoración probatoria que se desee, existen aspectos de ese proceso que no podrán ser normados por cuanto van a depender de numerosos factores extrajurídicos que no va a ser posible predeterminarlos mediante una regla jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

-AAVV, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Colombia, Vigésima Segunda Edición, 2001 (citado en el texto como Diccionario).

¹⁰⁷ Peters, p. 644.

¹⁰⁸ Schmitt, p. 408.

¹⁰⁹ Rödíg, p. 2.

-Andrés Ibañez Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. II Parte, en: Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales, No. 11, Julio, San José, Costa Rica, 1996, p.p. 20-34.

-Arroyo Gutiérrez José Manuel / Rodríguez Campos Alexander. Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal, 2da. Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2002.

-Bender Rolf / Nack Armin. Tatsachenfeststellung vor Gericht. Band I. Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, 2da. Edición, Editorial C.H. Beck'sche, Múnich, 1995.

-De La Rúa Fernando. El Recurso de casación. En el Derecho Positivo Argentino, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1968.

-Gatgens Gómez Erick. La determinación de la pena y su control en casación, en: Justicia penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González, (Javier Llobet: coordinador), Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007, p.p. 389-407.

-Gianniti Pasquale. La valutazione della prova penale, Editorial Utet giuridica, Torino, 2005.

-González Solano Gustavo. Lógica jurídica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, 2003.

-Hagen Johann Josef. Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie, Editorial Rombach, Friburgo, 1972.

-Herdegen, Gerhard. Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, straprozessuale Revision. Abhandlungen und Vorträge, 1a. Edición, Editorial Nomos, Baden-Baden, 1995.

-Llobet Rodríguez Javier. Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado), 4ta. Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2009.

-Marburger Peter. Wissenschaftlich-technischer Sachverstand und richterliche Entscheidung im Zivilprozeß, Heidelberg, 1986.

-Nieva Fenoll Jorge. El hecho y el derecho en el casación penal, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000.

-Peters Karl. Strafprozeß. Ein Lehrbuch. 4ta. Edición, Editorial C.F. Müller, Heidelberg, 1985.

-Popper Karl. La lógica de la investigación científica, Segunda Edición, Editorial Tecnos, España, 2011.

-Rödig Jürgen, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses, Editorial Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 1973.

-Rüthers Bernd. Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, Editorial C.H. Beck'sche, München, 1999.

-Salas Minor. Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens, Editorial C.H. Beck, München, 2005.

-Schmitt Bertram, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß. Eine Studie zu Wesen und Funktion des strafprozessualen Grundsatzes der „freiem Beweiswürdigung“ sowie zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Revision in Strafsachen; zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kriminalistik und staatlicher Strafrechtspflege, Editorial Max Schmidt-Römhild, Lübeck (Lubeca), 1992.

-Schneider Egon, Beweis und Beweiswürdigung. Unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses, 5ta. Edición, Editorial Franz Vahlen, Múnich, 1994.

-Stein Friedrich. El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos, Traducción de Andrés de la Oliva Santos, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1973.

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

-Walter Gerhard. Freie Beweiswürdigung. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, Editorial J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1979.