



COMENTARIO

Los hechos en la casación penal

Jordi Ferrer Beltrán*

Universidad de Gerona

Doctrina práctica

SUMARIO

1. La excepcionalidad del recurso basada en la exclusión de los hechos.— 2. La crisis de la distinción hechos/derecho como limitación casacional.— 2.1. El abandono de la concepción persuasiva de la prueba.— 2.2. La porosidad de la distinción hechos/derecho.— 2.3. Los hechos y la infracción del derecho.— 3. El recurso de casación penal en el Perú.— 4. La infracción del derecho a partir de los hechos vista desde un ejemplo paradigmático.— 4.1. Los hechos probados.— 4.2. La infracción del derecho.— 5. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

En el presente artículo, el autor sostiene la importancia de la vinculación ineludible entre los hechos y el derecho en el desarrollo de un proceso penal, la cual se ve perjudicada debido al diseño institucional que impide o dificulta extraordinariamente la revisión, en sede de recursos, de la decisión sobre los hechos adoptada en la primera instancia, complicándose aún más en sede casatoria.

Palabras clave: Recurso de casación / Excepcionalidad / Hechos / Derecho / Razonamiento probatorio.

Recibido: 30-05-18

Aprobado: 04-06-18

Publicado en línea: 02-07-18

ABSTRACT

In this article, the author argues the importance of the inescapable link between the facts and the right in the development of a criminal process, which is impaired due to the institutional design that prevents or makes revision difficult, in the seat of resources, of the decision on the facts adopted in the first instance, complicating even more in casatoria headquarters.

Keywords: Appeal | Exceptionality | Facts | Law | Probative reasoning.

Title: *The facts in the criminal cassation*

* Profesor titular de Filosofía del Derecho. Director de la cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Gerona y del máster en Razonamiento Probatorio de esa misma universidad. Para la realización de este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación “Seguridad Jurídica y Razonamiento Judicial” (DER2017-82661-P) y del ministerio español de Economía y Competitividad.

1. La excepcionalidad del recurso basada en la exclusión de los hechos

Es conocido que el origen de la casación se encuentra en la voluntad de los ilustrados y revolucionarios franceses que pretendían proteger la ley frente a un Poder Judicial del que desconfiaban profundamente¹. Por ello, el *Tribunal de Cassation*, que en el modelo francés no era parte del Poder Judicial, tenía la función de vértice, desde el que se garantizaba la correcta aplicación de la ley, evitando desviaciones jurisprudenciales que históricamente habían otorgado un considerable poder político a los tribunales regionales franceses². No es hasta

los años 30 del siglo XIX, después de que el *Tribunal de Cassation* se convirtiera en *Cour de Cassation*, y con ello se integre en el propio Poder Judicial, que aparece jurisprudencialmente la restricción del recurso de casación a la *quaestio iuris*, como una estrategia para resolver un problema práctico: la posición de vértice de la Corte de Casación, de modo que todos los casos tiendan a llegar a ella, recurso tras recurso, desbordando su capacidad de resolverlos en tiempos razonables. Por ello, se hizo necesario enfatizar la excepcionalidad del recurso de casación, imponiendo restricciones al acceso al mismo, y es ahí donde encontramos por primera vez la ya clásica idea de que a la Corte de Casación le está vedado el conocimiento sobre los hechos del caso concreto, debiendo limitarse a controlar (y aún con restricciones) el apartamiento de la ley por parte de los tribunales inferiores³.

Este fundamento histórico, por otro lado, se vio más recientemente reforzado por una concepción de la prueba en clave persuasiva o psicologista, que vincula la libre apreciación de la prueba con la íntima convicción del juzgador de instancia y con la inmediación como ga-

ficado objetivo. Este significado hipnotizado es, al mismo tiempo, el criterio y el propósito de la interpretación, [y] se convierte en el necesario punto de referencia de la aplicación de la ley y constituye el alfa y el omega de la función de la Casación". Vid. TARUFFO, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, ob. cit., p. 104.

3 Vid. NIEVA FENOLL, *El hecho y el derecho en la casación penal*, ob. cit., pp. 36 y 37.

1 La bibliografía al respecto es abundante. Puede verse, CALAMANDREI, Piero, *Opere giuridiche: la cassazione civile*, vol. IV, Nápoles: Morano, 1976, p. 270 y ss.; MAZZARELLA, Francesco, "Passato e presente della cassazione", en AA. VV., *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, t. II, Milano: Giuffrè, 1971; y NIEVA FENOLL, Jordi, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona: Bosch, 2000, p. 24 y ss. Sobre la traslación histórica del modelo francés de casación en el momento de la unificación política italiana puede verse TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Lima: Palestra, 2006, p. 35 y ss.

2 Resulta evidente aquí que ello tenía su fundamento teórico en el cognoscitivism interpretativo propio del positivismo formalista del momento. No es ajeno a la revisión de esos postulados (también dentro del positivismo) el énfasis en la finalidad de la unificación jurisprudencial frente al original de la protección de la ley. Como afirma TARUFFO, "[e]xactitud, uniformidad, unidad, objetividad del derecho y de la interpretación son conceptos no equivalentes, porque cada uno tiene sus específicas implicancias, pero estrictamente ligadas entre sí: ellos pertenecen a la misma familia y encuentran una base común en la idea de que cada norma tienen un signi-

rantía de que ningún juez o tribunal que no haya estado presente en la práctica de las pruebas puede revisar la valoración de la prueba realizada por el juzgador de primera instancia.

Se impone así una concepción persuasiva de la prueba, especialmente, aunque de forma no exclusiva, frente a las pruebas personales⁴. Cuatro son las notas principales de esta concepción: a) la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; b) la defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación, de modo que reserve casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba; c) exigencias de motivación muy débiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos; y d) un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias. Resulta significativo que el acento en la convicción judicial, como criterio de decisión sobre la prueba, se acompañe de la defensa de una concepción muy fuerte del principio de inmediación. Esto tiene pleno sentido, dado que si lo que importa es producir la convicción judicial entonces el mejor método para conseguir esa convicción es la práctica de la prueba ante el juez, garantizando la presencia directa del juzgador, por ejemplo, ante la declaración testifical. Hasta aquí, parece una exigencia bastante razonable. Pero la otra cara de esta versión

fuerte del principio de inmediación es, sin embargo, excluyente: en su nombre se impide la posibilidad de revisión de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia, suponiendo que siempre y en cualquier caso aquel estará en mejor posición epistemológica que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la valoración de la prueba⁵.

Y ahora, ¿por qué es habitual la débil o nula exigencia de motivación respecto de la decisión sobre los hechos? Pues bien, esta resulta una consecuencia casi obligada si se vincula la prueba con la adquisición del estado mental de convicción o creencia por parte del juzgador. Como señala claramente DE LA OLIVA⁶, no “parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable”. Por ello, los autores que sostienen —como el propio DE LA OLIVA— esta concepción persuasiva de la prueba, reducen la motivación a la explicación de las causas que han llevado al juez a creer en la ocurrencia del hecho en cuestión. Pero expresar las causas de una creencia, en el caso de que pueda hacerse, es algo muy distinto de justificar una decisión. Finalmente,

4 Vid. NOBILI, Massimo, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 50 y ss.

5 Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los “hechos” en la sentencia penal*, México D.F.: Fontamara, 2005.

6 Vid. DE LA OLIVA, Antonio, “La sentencia”, en AA. VV., *Derecho procesal penal*, 5.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 514.

la concepción persuasiva se cierra con un diseño institucional que impide o dificulta extraordinariamente la revisión en sede de recursos de la decisión sobre los hechos adoptada en la primera instancia. Está claro que si se sostiene que la finalidad de la prueba en el proceso es producir la convicción judicial, una vez esta es alcanzada no queda mucho espacio para la revisión de la decisión. Un tribunal superior, limitado por el principio de inmediación y con la escasa motivación normalmente disponible, no tendría mucho más que decir, más allá de un inaceptable “mi convicción difiere de la del juez de instancia y yo mando más”⁷. Así, cercenándose la posibilidad de revisión de la decisión sobre los hechos en sede de apelación, a mayor razón resulta fuera de lugar su discusión en casación. En resumen, **la exclusión de los hechos en la revisión casacional encuentra un doble fundamento: histórico**, en la evolución institucional de la figura de la casación, y **teórico**, en una concepción irracionalista de la libre apreciación de la prueba vinculada a una concepción excluyente del principio de inmediación.

2. La crisis de la distinción hechos/derecho como limitación casacional

Puede decirse que en las últimas décadas la fundamentación de la excepcionalidad del recurso de casación en la exclusión de los hechos como mo-

7 Un análisis más detallado puede verse en FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 61 y ss.

tivos casacionales ha entrado en crisis, especialmente en la jurisdicción penal. En mi opinión, pueden identificarse tres fuentes principales de esa crisis: i) el progresivo abandono de la concepción persuasiva de la prueba, ii) la porosidad de la distinción hechos/derecho, y iii) la dificultad para establecer mecanismos profilácticos contra las violaciones del derecho para las que los hechos no deban tenerse en cuenta indirectamente.

2.1. El abandono de la concepción persuasiva de la prueba

Frente a la concepción persuasiva de la prueba, que resulta incompatible con un sistema jurídico garantista, en general, y con la interdicción de la arbitrariedad, en particular, se ha ido imponiendo progresivamente en estos últimos 20 años en los países de origen jurídico latino la denominada concepción racionalista de la prueba.

Ya en otros lugares he defendido la **vinculación entre la concepción racionalista de la prueba y la garantía del debido proceso**⁸, lo que torna imprescindible encontrar un modo de acomodar el alcance del principio de inmediación y la posibilidad de revisión de la decisión sobre los hechos en sede de recursos ante instancias superiores⁹.

8 Véase, por ejemplo, FERRER BELTRÁN, Jordi, *Motivación y valoración de la prueba*, Lima: Grijley, 2016, p. 49 y ss.

9 Puede verse un análisis detallado de las posibilidades de control en apelación en FERRER BELTRÁN, Jordi, “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: inmediación e inferencias probatorias”, en *Actualidad Penal*,

De modo general, puede decirse que la **inmediación** no es otra cosa que una **exigencia**, dirigida al juzgador de los hechos, **para que esté presente en la práctica de la prueba**¹⁰, constituyéndose así, por un lado, en un mecanismo de **reducción de errores** al eliminar intermediarios en la transmisión de la información que aportan las pruebas (especialmente las personales). Como muestra el juego infantil del teléfono descompuesto, cuanto mayor es el número de intermediarios en la transmisión de la información, mayor es el riesgo de error en la misma. Por ello, eliminar intermediarios es un buen mecanismo para aumentar la fiabilidad de la información que llega al destinatario final.

Por otro lado, pero no menos importante, la inmediación en la práctica de las pruebas es también una **oportunidad para el desarrollo integral del principio de contradicción** y para la participación del propio juzgador en el debate probatorio en contradicción¹¹. Esta es la faceta como mecanismo cognoscitivo

de la inmediación y permite centrar su importancia y alcance en la práctica de la prueba y no en su valoración.

IMPORTANTE

Resulta significativo que la convicción judicial, como criterio de decisión sobre la prueba, se acompañe de la defensa de una concepción muy fuerte del principio de inmediación. Esto tiene pleno sentido, dado que si lo que importa es producir la convicción judicial entonces el mejor método para conseguir esa convicción es la práctica de la prueba ante el juez, garantizando la presencia directa del juzgador. Hasta aquí, parece una exigencia bastante razonable. Pero la otra cara de esta versión fuerte del principio de inmediación es, sin embargo, excluyente, ya que en su nombre se impide la posibilidad de revisión de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia, suponiendo que siempre y en cualquier caso aquel estará en mejor posición epistemológica que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la valoración de la prueba.

En definitiva, **una adecuada concepción del razonamiento probatorio, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, exige limitar el alcance de la inmediación a la estricta participación en la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que se puedan extraer a partir de la información aportada en las pruebas**¹². Así,

n.º 34, Lima: abril del 2017. Un análisis muy serio y detallado de estas cuestiones, referenciado especialmente a la doctrina chilena, pero de alcance teórico general, puede encontrarse en ARAYA NOVOA, Marcela, *Recurso de nulidad penal y control racional de la prueba. De la epistemología a la praxis*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2017.

10 CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. 1, Buenos Aires: EJE, 1973, p. 330.

11 Sobre el papel del juez en la implementación del principio de contradicción, como herramienta cognoscitiva, véase, VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons, 2015.

12 Una propuesta en esta línea, en el ámbito

por dar un ejemplo banal pero habitual, depende estrictamente de la percepción determinar si un testigo se muestra manifiestamente nervioso, pero concluir de ello que el testigo no es fiable es el resultado de una inferencia probatoria a la que se incorpora la premisa de que el nerviosismo de un testigo es síntoma de su mendacidad. Esa inferencia no depende en absoluto de la percepción, sino de generalizaciones o máximas de experiencia que han sido estudiadas por la psicología del testimonio y demostradas absolutamente infundadas¹³. Por ello, en conclusión, no necesitamos haber estado presentes en la práctica de la prueba para mostrar la incorrección de una valoración testifical basada en una generalización falsa de ese tipo. El principio de inmediación resulta, pues, compatible con el control de las inferencias probatorias en instancias superiores¹⁴.

del control casacional, puede encontrarse en PÉREZ BARBERÁ, Gabriel y HERNÁN BOUVIER, "Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios", en *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires: 2004, B.

- 13 Sobre los tópicos infundados en el uso y valoración de pruebas testificales puede verse, por todos, DIGES, Margarita, *Testigos sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Madrid: Trotta, 2016. En el mismo sentido, TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002, p. 454, y ANDRÉS IBÁÑEZ, *Los "hechos" en la sentencia penal*, ob. cit., p. 207 y ss.
- 14 Sobre las inferencias probatorias, véase, TOULMIN, Stephen, *The uses of argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaes-*

No es este, sin embargo, el único espacio posible de control probatorio en sede de recursos y siquiera el más importante. En efecto, la toma de decisiones sobre los hechos probados exige otros pasos inferenciales más complejos. Así, para determinar que la hipótesis de la culpabilidad ha sido probada necesitamos recorrer el camino de su progresiva corroboración: la hipótesis de que el disparo que mató a Juan se produjo en el contexto de un forcejeo con Pedro nos permite inferir que el orificio de entrada de la bala en el cuerpo de Juan será delantero o lateral, pero no estará situado en la espalda. También nos permite inferir que se tratará del orificio característico de los disparos a muy poca distancia. No depende de intermediación alguna controlar si esas inferencias posibles fueron o no objeto de contrastación y cuál fue su resultado. Si el orificio de entrada se corresponde en su ubicación y características con lo previsible a partir de la hipótesis del forcejeo, esa contrastación le aportará corroboración, y la pondrá en cuestión en caso contrario¹⁵. Constatar si esas inferencias han sido

tio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, Lima-Bogotá: Palestra, 2005, p. 53 y ss.; y TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 237 y ss. HERNÁNDEZ MARÍN, por su parte, ha insistido muy convincentemente en la reconstrucción del razonamiento probatorio como cadena inferencial; véase, al respecto, HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 59 y ss., 124 y ss., 246 y ss., 272 y ss.

- 15 Vid. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 126 y ss.

objeto de contrastación y su resultado aportado como prueba en el juicio es muy importante para controlar la corrección del razonamiento probatorio, porque nos permite identificar lagunas probatorias cuyo impacto en el razonamiento puede llevar a la total falta de fundamentación de sus conclusiones.

IMPORTANTE

La exclusión de los hechos en la revisión casacional encuentra un doble fundamento: *histórico*, en la evolución institucional de la figura de la casación, y *teórico*, en una concepción irracionalista de la libre apreciación de la prueba vinculada a una concepción excluyente del principio de inmediación.

Y aún nos queda un paso más, que en nada depende de la inmediación: tomar una decisión sobre los hechos probados de un caso depende de la aplicación del estándar de prueba previsto para el proceso en cuestión. En otros términos, necesitamos determinar si el grado de corroboración de la hipótesis fáctica de la que se plantea su prueba alcanza o no el umbral de suficiencia probatoria previsto. Y para ello resulta fundamental determinar si están disponibles otras hipótesis capaces de explicar o dar cuenta de los mismos datos fácticos conocidos y si esas hipótesis fueron refutadas en el proceso mediante pruebas suficientes o no. Que Pedro tuviera restos de pólvora en sus manos, por ejemplo, no permite concluir que él disparara a Juan, ya que

esto se pudo deber a que Pedro es cazador y la misma mañana de los hechos estuvo cazando conejos. Deberá buscarse un elemento confirmador de la hipótesis de que Pedro es el homicida que resulte incompatible con la hipótesis de su inocencia. En otras palabras, corroborar la hipótesis de la culpabilidad exige refutar las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia¹⁶. Si se han tomado o no en consideración esas hipótesis y si, en su caso, han sido refutadas puede y debe ser objeto de control en sede de recursos sobre el razonamiento probatorio del juez de primera instancia. No hacerlo supone dejar en total desprotección el derecho a la presunción de inocencia¹⁷.

En definitiva, como ha podido comprobarse, una concepción racional de la prueba exige que la práctica de la prueba se realice con adecuado cumplimiento del principio de inmediación, pero ello en nada cercena las posibilidades de revisión del razonamiento probatorio del juzgador, realizado a partir de las pruebas practicadas y de lo percibido a partir de ellas. Preguntas como las siguientes deben ser siempre planteadas por el órgano revisor si se impugna la valoración de la prueba realizada por un órgano inferior y en nada requieren o afectan a la inmediación: ¿las conclusiones extraídas sobre la fiabilidad de las pruebas se basan en generalizaciones bien soportadas por información empírica contrastada? ¿se

16 *Ibid.*, p. 144 y ss.

17 Una mayor argumentación al respecto puede encontrarse en FERRER BELTRÁN, *Motivación y valoración de la prueba*, ob. cit., p. 263 y ss.

han contrastado las previsiones o inferencias que la hipótesis que se considera probada permite realizar o hay lagunas probatorias al respecto? ¿hay otras hipótesis, compatibles con la inocencia del acusado, que puedan explicar los hechos conocidos?, si las hay, ¿se han refutado sobre la base de pruebas incorporadas debidamente al proceso? La primera de las preguntas hace referencia a la valoración individual de las pruebas; las demás, a la valoración en conjunto y son directamente dependientes del estándar de prueba que resulte aplicable al caso.

Una vez se concluye que se puede y se debe llevar a cabo un control sobre la valoración de la prueba en sede de recursos, queda claro que ello debe ser objeto de la apelación. Esto no supone necesariamente, aún, que deba constituir un posible motivo casacional, pero implica que la concepción de la prueba, en general, y de la inmediación, en particular, no son un impedimento para ello. Habrá que atender, pues, a las otras dos fuentes de la crisis de la distinción hechos/derecho como criterio delimitador de los motivos casacionales.

2.2. La porosidad de la distinción hechos/derecho

En un sentido muy básico, es claro que los hechos existen en el mundo con independencia del derecho. Solo desde posiciones radicalmente escépticas, difícilmente sostenibles, se puede negar tal afirmación. Sin embargo, este no es el problema que aquí debemos enfrentar: las dificultades aparecen,

más bien, en el momento en que los hechos son vistos a través del derecho, puesto que se puede plantear entonces si esos hechos siguen teniendo autonomía y en qué medida, o si son ya en todo sentido jurídicos¹⁸. El derecho, al modo de rey Midas, convertiría en jurídico todo lo que toca.

Admitida la existencia de hechos en el mundo con independencia del derecho, es evidente que este opera como unas gafas a través de las que hacemos una selección de los hechos del mundo, lo que sucede al menos en tres sentidos. En primer lugar, no todos los hechos son relevantes jurídicamente. En segundo lugar, el derecho considera relevantes solo algunas de las infinitas propiedades de los hechos jurídicamente relevantes. Así, por ejemplo, un accidente de tráfico es jurídicamente relevante y de él pueden derivarse distintas consecuencias jurídicas. Pero la marca de los coches implicados o si los conductores eran hombres o mujeres o la ropa que llevaban puesta, siendo también circunstancias

18 Esta es la posición, por ejemplo, de VARGA, C., "The fact and its approach in philosophy and in law", en KEVELSON, R. (ed.), *Law and semiotics*, vol. III, New York: Springer U.S., 1989 y MAZZARESE, Tecla, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino: Giappichelli, 1996, p. 84 y ss. Más moderadamente, sostienen la distinción, advirtiendo de sus problemas, UBERTIS, Giulio, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 222 y ss.; TWINING, William, *Facts in the law*, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1983, p. 85 y ss.; y ALLEN, R. y M. PARDO, "The myth of the fact-law distinction", en *Northwestern University Law Review*, n.º 97, vol. 4, Chicago: 2003, p. 1769 y ss.

del hecho, no tienen ninguna relevancia jurídica (i.e., no son condición de la aplicación de consecuencia jurídica alguna). En tercer lugar, el derecho califica los hechos naturales del mundo, creando categorías institucionales como robo, hurto, violación o testamento.

IMPORTANTE

En las últimas décadas la fundamentación de la excepcionalidad del recurso de casación en la exclusión de los hechos como motivos casacionales ha entrado en crisis, especialmente en la jurisdicción penal. En mi opinión, pueden identificarse tres fuentes principales de esa crisis: i) el progresivo abandono de la concepción persuasiva de la prueba, ii) la porosidad de la distinción hechos/derecho, y iii) la dificultad para establecer mecanismos profilácticos contra las violaciones del derecho para las que los hechos no deban tenerse en cuenta indirectamente.

Hay, finalmente, otra relación ineludible entre los hechos y el derecho. Si bien es verdad, como acabo de mencionar, que el derecho nos permite discriminar entre los hechos jurídicamente relevantes y los que no, son estos, a su vez, los que hacen posible determinar el derecho aplicable (que depende, obviamente del caso). De este modo, se produce una relación de ida y vuelta entre los hechos y el derecho que tiene consecuencias importantes, como se verá en el epígrafe siguiente, para la clásica pretensión de excluir los hechos de los motivos casacionales.

2.3. Los hechos y la infracción del derecho

Con independencia de las relaciones señaladas, en el punto anterior, es imprescindible destacar también el modo en que los errores en la determinación de los hechos ocurridos, en el marco de un proceso judicial, impactan sobre la corrección en la aplicación del derecho.

Tener en cuenta esos efectos, de los que destacaré cuatro, es crucial para comprender cuán difícil es, si no imposible, mantener la distinción hecho-derecho como criterio de discriminación entre los errores en la aplicación del derecho que dan acceso al recurso de casación y los que no.

i. *Determinación de los hechos probados y estándares de prueba.* Dado que el razonamiento probatorio es siempre probabilístico, la conclusión de la valoración de la prueba no puede ser más que la atribución a las distintas hipótesis en conflicto en el proceso judicial de un cierto grado de corroboración, que habrá que determinar si es o no suficiente para considerar probadas las hipótesis. Ello depende de lo que establezcan las reglas jurídicas que denominamos estándares de prueba¹⁹. Pues bien, si en el proceso

19 Sobre la necesidad y la forma de fijar los estándares de prueba puede verse FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 139 y ss.; y, FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en PAPAYANNIS, D. y E. PEREIRA FREDES (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

se declaran probados hechos para los que, teniendo en cuenta las pruebas disponibles, no se alcanza el estándar de prueba aplicable (y viceversa), el error resultante aun siendo en materia de hechos implicará la violación del derecho, en particular, de la regla que establezca el estándar de prueba aplicable.

- ii. *Determinación de los hechos probados, cargas sobre la prueba y presunciones.* Las reglas que establecen cargas de la prueba y las presunciones (especialmente, en el proceso penal, la presunción de inocencia) establecen quién debe perder el procedimiento si no se alcanza el grado de corroboración probatoria exigido por los estándares de prueba aplicables. Por ello, al igual que en el caso anterior, si se declara probada una hipótesis para la que no hay prueba suficiente o se declara no probada una hipótesis que sí contaba con prueba suficiente, se estarían violando también las reglas jurídicas sobre la carga de la prueba y, en el primer caso, en el proceso penal, muy especialmente el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

- iii. *Declaración de hechos probados y deber de motivación.* Tanto a nivel interno como internacional es común encontrar disposiciones jurídicas, a menudo constitucionales, que establecen el deber de motivación de las resoluciones judiciales (que, visto desde la cara opuesta, es el derecho de los ciudadanos a obtener una reso-

lución judicial motivada). Pues bien, si como creo que debe entenderse, asumimos que la motivación no es un mero ejercicio retórico, sino que consiste en la justificación explícita de las decisiones adoptadas sobre la base de las pruebas presentadas al proceso y las reglas jurídicas aplicables, resultando que en el caso en que la decisión no esté justificada se violará también ese deber de motivación. Eso sucederá en todos los casos mencionados en “i” y “ii”.

IMPORTANTE

En definitiva, una adecuada concepción del razonamiento probatorio, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, exige limitar el alcance de la inmediación a la estricta participación en la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que se puedan extraer a partir de la información aportada en las pruebas.

- iv. *Declaración de hechos probados y aplicación de normas sustantivas.* CARACCIOLO²⁰ ha puesto de manifiesto que la expresión “decisión judicial” es ambigua. En un primer sentido, hace referencia al *acto de emisión* de una resolución judicial, en particular, de una norma indivi-

20 Vid. CARACCIOLO, Ricardo, “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”, en *Análisis Filosófico*, vol. VIII, n.º 1, 1988, p. 41.

dual. En un segundo sentido, hace referencia al *resultado de ese acto*, es decir, a la *norma individual emitida* (en palabras menos precisas, si se quiere, al *contenido* de la decisión). Así, cuando nos preguntemos acerca de la justificación de una decisión judicial habrá que observar en cuál de los sentidos señalados se usa la expresión.

Por otra parte, según CARACCILO la noción de justificación es relacional. Un acto o una norma están justificados con relación a un conjunto de razones. Cabe preguntarse, entonces, por las condiciones necesarias y suficientes para que la decisión judicial como norma esté justificada. Pues bien, parece claro que la norma individual que es el contenido de la conclusión del razonamiento judicial estará justificada si, y solo si, se deriva de las premisas, fácticas y normativas, adoptadas en el razonamiento. Pero, además, parece también exigible que el razonamiento sea sólido, esto es, que las premisas utilizadas sean verdaderas²¹. En otras palabras, justificar una norma individual consiste en mostrar que esta es el resultado de la aplicación de una norma general a un hecho (que puede ser subsumido en el supuesto de hecho de esa norma general). Y solo es posible aplicar una norma general a un hecho si este ha ocurrido realmente y, por tanto,

si la premisa fáctica que lo describe es verdadera. En conclusión, una norma sustantiva, como la que castiga el delito de colusión no estará bien aplicada si se utiliza para condenar a quien no ha cometido el delito en cuestión²². En este sentido, pues, de nuevo el error en los hechos impacta sobre la justificación jurídica y conlleva una infracción del derecho.

3. El recurso de casación penal en el Perú

El nuevo CPP, en su art. 427, regula la procedencia del recurso de casación en los siguientes términos:

1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

En su numeral 2, por otra parte, se limita el acceso a la casación frente a sentencias definitivas a los casos en que “el delito más grave a que se refiere la

21 En este sentido, véase, BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid: Alianza, 1998, p. 35 y ss.; y FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, 5.ª ed., Roma: Laterza, 1998, p. 43.

22 Cabe entender que la norma sustantiva no impone a los jueces el deber de sancionar a quien ha cometido el delito de colusión, sino a quien está probado que lo ha cometido. Si se interpretan así las normas penales sustantivas, resultará que la exigencia para la premisa menor será que sea verdadero que está probado que el acusado cometió colusión. Y, en ese caso, la norma sustantiva no estaría bien aplicada si se utiliza para sancionar a alguien contra quien no había prueba suficiente de su culpabilidad.

acusación escrita del fiscal tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años”. Así, tenemos aquí, tal como ha destacado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema, un primer reflejo de la excepcionalidad propia del recurso de casación: este procede solo frente a resoluciones judiciales muy específicas, quedando muchas de ellas fuera del alcance del recurso. Sin embargo, el numeral 4 del mismo artículo atribuye a la Corte una capacidad discrecional de admitir recursos de casación en supuestos distintos a los previstos, “cuando lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”.

El segundo reflejo de la excepcionalidad del recurso de casación lo encontramos en la regulación de las causales previstas para su procedencia. Así, el art. 429 del mismo cuerpo legal establece lo siguiente:

Son causales para interponer recurso de casación:

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Es interesante observar que, siguiendo la doctrina clásica de la excepcionalidad del recurso de casación, no hay entre las causales ninguna que apele a errores sobre los hechos en la sentencia respecto de la que se pretende la casación. Se puede decir, pues, que el legislador peruano ha recepcionado claramente la idea de que es la violación del derecho (y no en todos los casos) la que da acceso al recurso de casación. Sin embargo, como hemos visto en el epígrafe “2.3.”, en mi opinión los errores sobre los hechos probados pueden dar lugar a cualquiera de las 5 causales e incluso, según los casos, a todas ellas. Es claro entonces, una vez más, que la distinción hecho/derecho como criterio de acceso al recurso de casación resulta totalmente superado y, de usarse, supondría dejar desprotegidos importantes derechos procesales y sustantivos; por ello, debe pensarse en otra forma de fundar la excepcionalidad del recurso.

De hecho, legislador procesal peruano y la práctica jurisprudencial de la Corte parecen apuntar ya en otra línea, la del *certiorari*. Así lo apunta la discrecionalidad otorgada por el art. 427.4 del CPP, ya mencionado, y también el art. 428.2 del mismo cuerpo legal, que prevé

que la Corte podrá inadmitir el recurso cuando a pesar de cumplirse alguna de las causales que hacen procedente el recurso y también los requisitos formales del mismo, la Corte estime que este “carezca manifiestamente de fundamento” o “se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida”. En definitiva, el art. 427 del CPP establece en qué casos procederá el recurso, pero da discrecionalidad a la Corte para admitirla, aunque no se cumplan los requerimientos para su procedencia. Y el art. 428 regula la inadmisión del recurso, pero también deja abierta la posibilidad para la Corte de inadmitir recursos en casos no previstos. Estamos, pues, ante dos cláusulas abiertas que otorgan finalmente a la Sala Penal de la Corte Suprema la capacidad de usar el mecanismo del *certiorari* para seleccionar los recursos que estime oportuno admitir. Solo resta recordar de que, en el uso de ese mecanismo, no es jurídica y teóricamente oportuno que la Corte retome subrepticamente la división hecho/derecho.

4. La infracción del derecho a partir de los hechos vista desde un ejemplo paradigmático

4.1. Los hechos probados

En mi artículo “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias

probatorias”²³ tuve la oportunidad de analizar el razonamiento probatorio contenido en la sentencia del 10 de noviembre del 2016 (Exp. N.º 89-2014), del 1.º Juzgado Penal Unipersonal Nacional. En esa ocasión, mi objetivo fue mostrar, a partir del análisis de la sentencia, cómo podría hacerse una adecuada revisión del razonamiento probatorio del juez de primera instancia en sede de apelación sin por ello infringir en absoluto el principio de inmediación. En el caso, diversos funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes (Perú) y dos personas vinculadas a una empresa constructora (una de ellas, Javier R.V.) fueron juzgados bajo la acusación de los siguientes delitos: asociación ilícita para delinquir, colusión agravada, cohecho pasivo propio, cohecho activo impropio, falsedad ideológica y peculado doloso por apropiación. En mi artículo, por razones de simplicidad, me centré en el razonamiento probatorio que llevó a la titular del juzgado a condenar a Javier R.V., accionista mayoritario de la empresa constructora, como cómplice en un delito de colusión agravada (art. 384 CP). Argumenté entonces que la sentencia tenía graves falencias en el razonamiento que supuestamente daba sustento a la condena, encontrándose la conclusión completamente injustificada²⁴. Sin embargo, la sentencia fue, para

23 Disponible en la revista *Actualidad Penal*, n.º 34, de abril del 2017.

24 *Vid.* FERRER BELTRÁN, “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias”, art. cit., p. 191 y ss.

mi sorpresa, confirmada en apelación en los aspectos analizados en mi trabajo. Ello me da ahora la oportunidad de analizar la sentencia de apelación y las razones por las que sus deficiencias en materia de hechos conllevan infracciones jurídicas que ameritan su análisis y anulación en casación.

De forma extraordinariamente sucinta, los hechos del caso eran los siguientes: la empresa A&J Inversiones (en adelante: A&J, de la que Javier R.V. es accionista mayoritario) resultó adjudicataria en 2009 de la obra de mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable de diversos distritos, por decisión del gobierno regional de Tumbes (en adelante, GRT). Durante la ejecución de la obra surgieron desavenencias entre A&J y el GRT, cuyo detalle no es relevante aquí, pero que en resumen tienen que ver con el avance insuficiente de la obra, lo que mostraría falta de interés de la contratista y de capacidad para ejecutarla, según diversos órganos del GRT. Por su parte, A&J manifestó su voluntad de resolver el contrato mediante carta notarial, alegando problemas y defectos en el expediente técnico que, al no solucionarse, impedirían el adecuado avance de la obra. A pesar de varios intentos de conciliación entre las partes, la controversia acaba dirimiéndose en un arbitraje, siguiendo las reglas del propio contrato. Las posiciones de las partes en ese procedimiento fueron las siguientes: el GRT reclamó la devolución de siete millones y medio de soles en concepto de liquidación de los

adelantos realizados y no ejecutados en la obra. A&J reclamó al GRT algo más de cuatro millones de soles en concepto de liquidación por la parte de la obra ejecutada. Finalmente, el laudo arbitral, fruto de la conciliación entre las partes, dio por resuelto el contrato entre A&J y el GRT para la ejecución de la obra, ordenando la devolución de las cartas fianzas emitidas en su momento por A&J a esta, y el pago de 3 300 000 soles por parte del GRT a A&J por todo concepto, que debía ser realizado en el término de 20 días contados a partir de la notificación del laudo.

A partir de aquí, el Ministerio Público argumenta, y la sentencia asume, que el procedimiento arbitral fue una tapadera para la colusión entre el GRT y A&J, dando apariencia de legalidad a una decisión en perjuicio del erario público, por lo que formula acusación contra diversos funcionarios del GRT, empezando por su presidente, y contra el gerente de A&J, Jorge V.A. (que representó a la empresa en el procedimiento de arbitraje) y Javier R.V. (accionista mayoritario de la empresa, con poderes para ejercer de forma conjunta o indistinta las mismas facultades que se atribuyen al gerente de la sociedad).

Sin embargo, resulta muy llamativo observar la ausencia prácticamente total del nombre de Javier R.V. y la inexistencia de prueba incriminatoria en las diversas actuaciones y pruebas aportadas por la acusación y practicadas en el juicio oral y que se recogen en la sentencia condenatoria. En concreto, su nombre solo

aparece en cuatro ocasiones en las más de 100 páginas dedicadas en la sentencia a recopilar las pruebas aportadas: i) cuando se considera probado que es accionista mayoritario y apoderado especial de A&J, ii) cuando se acredita que viajó a Lima procedente de Piura el 11 de julio del 2011 y de vuelta el 14 del mismo mes (sin ninguna mención al objeto del viaje y las actividades que desarrolló durante el viaje), iii) cuando la propietaria de una agencia de viajes declara genéricamente conocerlo, y iv) cuando se considera acreditado que se conocían desde hace unos años con Manuela V.R. (gerente técnico de A&J, quien también participó en la audiencia arbitral y no fue acusada en el procedimiento) y que fue Javier R.V. quien le ofreció el trabajo. Es claro que, incluso si se admitiera que estaba acreditada la colusión agravada entre funcionarios del GRT y la empresa A&J, cosa de por sí muy discutible, esos cuatro vínculos probatorios de Javier R.V. con los hechos resultaban total y manifiestamente insuficientes para acreditar su participación en este o en cualquier otro delito. Pero, pese a ello, la jueza del caso fundamentó la condena de Javier R.V. en una inferencia clave:

[E]l acusado Javier R.V., es el propietario de la empresa A&J Inversiones SAC. En la época de su declaración en sede fiscal, era dueño del 95 % de las acciones y presidente del directorio. Ello lo convierte en una persona que tenía interés en que la entidad le pague la suma de 3 300 000 nuevos soles que se acordó en la conciliación²⁵.

25 Véase, la p. 132 de la mencionada sentencia.

¿SABÍA USTED QUE?

Siguiendo la doctrina clásica de la excepcionalidad del recurso de casación, no hay entre las causales ninguna que apele a errores sobre los hechos en la sentencia respecto de la que se pretende la casación. Se puede decir, pues, que el legislador peruano ha recepcionado claramente la idea de que es la violación del derecho (y no en todos los casos) lo que da acceso al recurso de casación.

Estamos, pues, ante una inferencia probatoria que, si fuera admisible, convertiría en culpable de la comisión de un delito a toda persona que pudiera tener interés en los resultados del mismo. Evidentemente, en mi opinión, esta puede ser una buena razón para investigar a la persona en cuestión, pero si la investigación no es capaz de vincular a esa persona con la conducta típica, con indicación de modo, tiempo y lugar, el potencial interés no es prueba en sí mismo de nada. Y el problema es que, como he dicho, el acervo probatorio del caso no vincula en absoluto a Javier R.V. con acto colusorio alguno.

Ante esta situación, la sentencia de apelación²⁶ no corrige, sino confirma la indebida inferencia probatoria transcrita de la sentencia de primera instancia. Por cuanto pueda parecer sorprendente, la única motivación probatoria de la

26 Resolución sin número emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, el 21 de agosto del 2017.

condena de Javier R.V. contenida en la sentencia de apelación es la siguiente:

Sobre Javier R.V., los principales argumentos para inculparlo fueron que la empresa de la cual era dueño se vio favorecida con el laudo y que del número [de teléfono xxx] hubo comunicaciones con los funcionarios del gobierno regional y los árbitros, lo que acredita la concertación. Al respecto, cabe señalar que:

a) Es cierto que la empresa de la que él era accionista mayoritario (95 % de las acciones) resultó favorecida con la devolución de las cartas fianzas y el pago de la liquidación.

Como señala la defensa, todo empresario tiene su negocio con el fin que le genere ganancias, y no podríamos sustentar una acusación por colusión agravada solo sobre esta base.

Sin embargo, en este caso, la condición de accionista mayoritario de Javier R.V. le permite tener virtualmente las mismas atribuciones que la que corresponde a la junta general de accionistas, en función del porcentaje de sus acciones, tales como: designar a los órganos de gobierno de la sociedad anónima, decidir sobre el incremento y disminución del patrimonio social, entre otros.

Las máximas de la experiencia en materia societaria nos informan que todo propietario está pendiente del incremento o disminución del capital de la empresa, ello nos lleva a inferir que Javier R.V. estaba pendiente de la controversia respecto de la obra de Corrales y debía tener conocimiento de los acuerdos previos en donde se discutían una posible afectación patrimonial a la empresa, máxime si era el accionista mayoritario.

Además, pese al cambio de gerentes en enero del 2011 —donde asume Jorge V. A.—, Javier R.V. permaneció como titular de la mayoría de las acciones de la empresa, lo

que además de su representatividad, verifica que tenía poderes generales iguales a los que corresponden al gerente general.

b) Es cierto que el número [de teléfono XXX] tuvo comunicación con otros números de teléfono pertenecientes a [diversos funcionarios del GRT y miembros del tribunal arbitral]. Se ha podido comprobar que este número es uno de los que tiene por titular a Manuela V.R. [gerente técnico de A&J], pero que, a diferencia del número [de teléfono YYY], no ha sido acreditado su pago por parte de la Contratista A&J, como reconoció la misma sentencia recurrida.

Es cierto que no se puede saber quién realizó las llamadas, ni su contenido, pero sí queda acreditada la comunicación fluida entre este número y los funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes, comunicaciones que probablemente se refirieron a las obras ejecutadas por la empresa en la región. Sin embargo, no puede justificarse la razón de las comunicaciones sostenidas especialmente con Gerardo V.D. [presidente del GRT] y Daniel C. S. [procurador general del GRT].

Por estas razones, encontramos acreditadas indiciariamente el conocimiento que el acusado Javier R.V. tenía sobre el desarrollo de las controversias con el gobierno regional y la existencia de un acuerdo colusorio²⁷.

En definitiva, una condena (rebajada de 10 a 6 años por la sentencia de apelación) que no se funda literalmente en *ningún* elemento de prueba, sino en una mera sospecha genérica basada en el estatus de accionista mayoritario del

27 Páginas 96 y 97 de la sentencia de apelación mencionada. Entre corchetes figuran partes modificadas del texto, para mejor comprensión o para proteger la intimidad de las partes.

Sr. Javier R.V. Veamos los argumentos y los problemas de la sentencia con más detalle.

- i. *Desde el número [de teléfono xxx] se mantuvieron comunicaciones con los funcionarios del gobierno regional y los árbitros, lo que acreditaría la concertación.* Dado que, como reconoce la propia sentencia, se desconoce el contenido de las comunicaciones mantenidas desde ese número de teléfono, difícilmente el hecho mismo de las comunicaciones permite acreditar concertación ilegal alguna. De hecho, no acredita más que la existencia de las propias comunicaciones. Resulta razonable sostener que si se desconoce el contenido de las conversaciones (tanto por el hecho de que no fueron grabadas, no fueron interceptadas y por qué no se preguntó en el juicio oral a los involucrados en los diálogos sobre su contenido) no es posible inferir concertación alguna y menos la comisión de algún delito.
- ii. *Se ha podido comprobar que este número es uno de los que tiene por titular a Manuela V.R. [gerente técnico de A&J], pero, a diferencia del número [de teléfono yyy], no ha sido acreditado su pago por parte de la Contratista A&J.* Así, pues, el número de teléfono desde el que se acreditan las comunicaciones con funcionarios del GRT y los árbitros tiene como titular a Manuela V.R. (que no es acusada en el procedimiento), sin que se haya establecido vínculo directo de ese nú-

mero con la empresa A&J, sin que se conozca si tiene algún usuario distinto de la titular y, especialmente, sin que se disponga de elemento alguno que vincule ese teléfono con el Sr. Javier R.V. La sentencia identifica al titular del número de teléfono celular, pero no precisa ni da por probado que haya un usuario (permanente o esporádico), distinto al titular de dicho teléfono. Por ello, mal puede inferirse algo a partir de la existencia de comunicaciones entre ese teléfono y cualesquiera otras personas. En definitiva, en el relato justificativo de la sentencia de apelación ese teléfono y sus comunicaciones resulta totalmente irrelevante a los efectos de la conclusión condenatoria sobre Javier R.V.

- iii. *Las máximas de la experiencia en materia societaria nos informan que todo propietario está pendiente del incremento o disminución del capital de la empresa, ello nos lleva a inferir que Javier R.V. estaba pendiente de la controversia respecto de la obra de Corrales y debía tener conocimiento de los acuerdos previos en donde se discutían una posible afectación patrimonial a la empresa, máxime si era el accionista mayoritario.* Del hecho que alguien tenga interés en la marcha económica de la empresa de la que es accionista mayoritario no se infiere que conozca (ni que le permitan conocer) todos los detalles de las operaciones con impacto económico. No es posible afirmar racionalmente que la sola

condición de accionista o propietario da lugar, siempre y en todos los casos, a conocer todos los movimientos económicos de la empresa, sobre todo, como en este caso hay órganos especializados y competentes que funcionalmente se encargan de dichos actos, v. gr. gerente general, gerencia comercial, tesorería, etc. Incluso, el hecho de que se conozcan determinados actos dentro de la empresa no convierte a quien los conoce en interviniente automático en un hecho criminal, ya sea como autor o partícipe. Pese a que es cierto que el Sr. Javier R.V. tenía poderes para actuar en nombre de la empresa, también lo es que no era el único que podía hacerlo, que los poderes eran iguales e indistintos con los del gerente de la empresa y que fue este último quien representó a la empresa en el procedimiento arbitral. Es más, resulta un hecho absolutamente probado que quien intervino y manejó de manera directa el laudo arbitral y el pedido de conciliación ante el tribunal arbitral fue el gerente de la empresa Javier R.V. La sentencia de segunda instancia no describe un hecho o una prueba (documental, testimonial) que ampare la afirmación que el accionista mayoritario realmente conocía el supuesto acto de colusión que se venía llevando a cabo. Una máxima de la experiencia genérica (“el accionista conoce todos los actos económicos de la empresa”) no puede sustituir a una prueba

actuada en juicio con todas las garantías. Una afirmación genérica, una inferencia discutible no puede ir en contra del sentido de la prueba actuada en juicio, tal como ocurre cuando se deja de lado el testimonio del gerente general que señala que nunca informó al señor Javier R.V. ni antes ni después de la audiencia de conciliación de los alcances del laudo arbitral. La sentencia de segunda instancia no precisa ni siquiera de manera remota alguna prueba, o algún contexto fáctico plausible, que permite sostener que Javier R.V. conocía los actos que los órganos técnicos de la empresa (gerencia general) estaban ejecutando, v. gr. intervenir en la audiencia de conciliación arbitral. De la lectura, tanto de la sentencia de primera como de segunda instancia, fluye que no está probado que el gerente u otra persona haya informado puntualmente de sus tratativas colusorias al accionista mayoritario. En efecto, ¿qué persona informó de ello a Javier R.V.? ¿En qué momento? ¿Con qué finalidad? Nada de esto ha sido mínimamente acreditado ni es objeto del razonamiento de la sentencia.

En segundo lugar, la sentencia que se analiza no considera máximas de experiencia alternativas, que pudieran resultar favorables al condenado. Así, parece asumible la máxima de que quien delinque suele procurar (en protección de su impunidad) que el menor número posible de personas

conozcan del delito y de sus circunstancias. Entonces, no habiendo participado el Sr. Javier R.V. en ninguna tratativa colusoria con el GRT y/o con los árbitros, ¿qué razón tendría quien lo hubiera hecho para mantener puntualmente informado de su actuar delictivo al Sr. Javier R.V.? ¿Podría, quien hubiera participado en las supuestas tratativas colusorias por parte de la empresa, tener un interés personal en ello, por ejemplo, por una participación en beneficios? La cuestión no es si podemos hallar alguna explicación plausible a favor del conocimiento de la colusión por parte del acusado de complicidad, Javier R.V., sino si han sido refutadas las hipótesis alternativas plausibles a favor de su desconocimiento, lo que en este caso desde luego no ha ocurrido.

En tercer lugar, incluso si Javier R.V. hubiera tenido conocimiento de las tratativas colusorias cometidas por otro, ello no sería suficiente para probar su complicidad en el delito. En efecto, el art. 25 del CP claramente exige que el sujeto preste auxilio o asistencia para la comisión del delito a través de un aporte objetivo y de relevancia penal. Y siendo así, ¿cuál sería el auxilio o asistencia prestada por el Sr. Javier R.V.? Nada se dice en la sentencia de primera instancia sobre ello y nada se encuentra en la de apelación. En cambio, la condena por complicidad requiere que se acredite la realización de una conducta

precisa, indicando tiempo, modo y lugar, mediante la que se haya facilitado la comisión del delito.

4.2. La infracción del derecho

Es el momento de ver, sobre la base del ejemplo real presentado, de qué modo las infracciones en el razonamiento probatorio de la sentencia tienen como consecuencia la infracción del derecho, protegible mediante casación en atención a la garantía del *ius constitutionis*. Sin pretensión de exhaustividad, entiendo que en el caso analizado se producen al menos las siguientes violaciones de derecho:

- i. *La violación de la presunción de inocencia*. Según tiene establecido en múltiples sentencias la Sala Penal de la Corte Suprema, “[u]no de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente”²⁸. En Perú, como en muchos países de nuestro entorno, se entiende por tal la prue-

28 Véase, entre otras muchas, las siguientes sentencias: SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 40-2011*, Lima: 20 de marzo del 2012; SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 96-2010*, Lima: 3 de mayo del 2011; SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 148-2010*, Lima: 3 de julio del 2012; SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 161-2010*, Lima: 16 de agosto del 2011; SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 14-2009*, Lima: 5 de febrero del 2010; SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 10-2007*, Lima: 29 de enero del 2008; y, SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 03-2007*, Lima: 7 de noviembre del 2007.

ba de la acusación cuando permita acreditar la hipótesis acusatoria más allá de toda duda razonable.

No es claro, sin embargo, cuáles sean las exigencias precisas que impone el estándar de prueba del más allá de toda duda razonable, de modo que la zona de vaguedad del estándar y la indeterminación respecto de si se alcanza o no su cumplimiento pone en duda incluso que merezca el nombre de estándar de prueba²⁹. No es esta en todo caso la situación que enfrentamos en la sentencia aquí analizada; en mi opinión, respecto del delito de colusión agravada por el que se condena al acusado don Javier R.V., nos encontramos ante una clarísima y manifiesta ausencia de prueba, dada la completa inexistencia de prueba de cargo que le vincule directamente con el delito por el que es condenado.

Queda por determinar si la violación del derecho a la presunción de inocencia da acceso a la casación y en qué circunstancias. Pues bien, es claro, según ha establecido la propia Corte Suprema, que “la tutela del derecho a la presunción de inocencia

está dentro del ámbito casacional, a efecto de establecer si ha existido una actividad probatoria de cargo, practicada con las debidas garantías, suficientes para desvirtuar tal presunción”³⁰. Pero atendiendo a la excepcionalidad del recurso, si bien “[e]n buena cuenta, es posible una revisión de la actividad probatoria en sede casacional, pues una valoración de la prueba manifiestamente errada podría afectar el derecho fundamental a la presunción de inocencia [también es cierto que] dicha revisión es sumamente excepcional y se encuentra sujeta a un límite claro: la existencia de una valoración probatoria que sea manifiestamente errónea”³¹. Creo haber mostrado en lo que precede que la sentencia analizada ofrece un ejemplo paradigmático de ello.

ii. *La violación del deber de motivación de las resoluciones judiciales.* Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación del caso analizado ofrecen una motivación abundante si por ella entendemos el mero ejercicio retórico de relatar el razonamiento que ha conducido al juzgador al fallo. Sin embargo, si en un sentido más acorde con los deberes judiciales entendemos la motivación como la explicitación del razonamiento

29 Y tampoco que no caiga en un modelo subjetivista, persuasivo, sobre la prueba. Puede verse, por todos, al respecto el análisis que realiza LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, n.º 28, Alicante: 2005; y, LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 59 y ss. También FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 144 y ss.

30 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 724-2014*, Lima: 12 de agosto del 2015.

31 Véase, el auto de calificación de la *Casación N.º 382-2013* del 14 de marzo del 2014.

que justifica las conclusiones³², en este caso probatorias, hay que decir que ninguna de las dos sentencias está motivada en lo que respecta a la condena del Sr. Javier R.V. Es en este sentido que puede afirmarse que, en el ámbito penal, el cumplimiento del deber de motivar se conecta íntimamente con la garantía de la presunción de inocencia³³, situación que no ha ocurrido en este caso.

iii. *La violación del principio de legalidad y la indebida aplicación de los arts. 384 y 25 del CP.* Como señalé en las páginas que preceden, los problemas probatorios pueden dar lugar también a una indebida aplicación de las normas penales sustantivas y, consecuentemente, a la violación del principio de legalidad penal. Este es claramente el caso de la sentencia que nos ocupa, puesto que se condena al Sr. Javier R.V. por su supuesta complicidad en la colusión, i.e., en una concertación ilegítima. Pues bien, en primer lugar, no se identifica cuáles serían las precisas conductas colusorias, ni quién y cuándo las habría realizado. Y, en segundo lugar, no se identifica tampoco cuál sería la conducta facilitadora realizada por Javier R.V. que permitiría atribuirle la participación en grado de compli-

cidad. La sentencia fundamenta la condena de Javier R.V., como hemos visto, en un supuesto conocimiento de las tratativas colusorias, pero este es solo un elemento subjetivo del tipo, al que solo tiene sentido acudir una vez acreditada la ocurrencia de los elementos objetivos, i.e., de las conductas típicas. Y es en este punto crucial donde tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación yerran totalmente, al ignorar la necesidad de acreditar la comisión de las conductas típicas, por parte de quién y en qué modo, momento y lugar. Como ha señalado una vez más la propia Corte, incluso si estuviera acreditado, que no lo está, que el acusado conoció unas no determinadas conductas colusorias, el mero conocimiento de la actividad delictiva de un coimputado no convierte al acusado en coautor o cómplice del delito de que se trate³⁴.


Siendo así, se produce aquí, de forma derivada de las graves fallas probatorias de la sentencia, una violación de normas penales sustantivas que cae claramente bajo la protección de la causal 3 de acceso al recurso de casación, prevista en el art. 429 del CPP.

En conclusión, son tantas y tan graves las fallas del razonamiento probatorio que ha conducido a la condena del Sr. Javier R.V., que resulta en mi

32 Vid. FERRER BELTRÁN, Jordi, "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales", en *Isonomía*, n.º 34, México D.F.: 2011.

33 SALA PENAL TRANSITORIA, *Casación N.º 131-2016*, Lima: 21 de marzo del 2017.

34 SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N.º 824-2016*, Lima: 17 de octubre del 2016 y en el *Recurso de Nulidad N.º 261-2015*, Lima: 7 de abril del 2017.

opinión del todo oportuno el uso del instrumento casacional para reparar el daño producido y los derechos fundamentales y normas sustantivas violados. Afortunadamente, no es común encontrar sentencias tan manifiestamente erradas desde el punto de vista probatorio, pero ello es precisamente lo que habilita a utilizar el excepcional recurso de casación para proteger al ordenamiento de sus consecuencias. 

5. Referencias bibliográficas

- ALLEN, R. y M. PARDO, "The myth of the fact-law distinction", en *Northwestern University Law Review*, n.º 97, vol. 4, Chicago: 2003.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los "hechos" en la sentencia penal*, México D.F.: Fontamara, 2005.
- ARAYA NOVOA, Marcela, *Recurso de nulidad penal y control racional de la prueba. De la epistemología a la praxis*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2017.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid: Alianza, 1998.
- CALAMANDREI, Piero, *Opere giuridiche: la cassazione civile*, vol. IV, Nápoles: Morano, 1976.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, Buenos Aires: EJEA, 1973.
- CARACCILO, Ricardo, "Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial", en *Análisis Filosófico*, vol. VIII, n.º 1, 1988.
- DE LA OLIVA, Antonio, "La sentencia", en AA. VV., *Derecho procesal penal*, 5.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.
- DIGES, Margarita, *Testigos sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Madrid: Trotta, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal*, 5.ª ed., Roma: Laterza, 1998.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Motivación y valoración de la prueba*, Lima: Grijley, 2016.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales", en *Isonomía*, n.º 34, México D.F.: 2011.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, "El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias", en *Actualidad Penal*, n.º 34, Lima: abril del 2017.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea", en PAPAYANNIS, D. y E. PEREIRA FREDES (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá: Palestra, 2005.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en *Doxa*, n.º 28, Alicante: 2005.
- LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MAZZARELLA, Francesco, "Passato e presente della cassazione", en AA. VV., *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, t. II, Milano: Giuffrè, 1971.
- MAZZARESE, Tecla, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino: Giappichelli, 1996.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona: Bosch, 2000.
- NOBILI, Massimo, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Giuffrè, 1974.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel y Hernán BOUVIER, "Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios", en *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires: 2004, B.
- TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Lima: Palestra, 2006.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002.

- TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TOULMIN, Stephen, *The uses of argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- TWINING, Willian, *Facts in the law*, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1983.
- UBERTIS, Giulio, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 1992.
- VARGA, C., "The fact and its approach in philosophy and in law", en KEVELSON, R. (ed.), *Law and semiotics*, vol. III, New York: Springer U.S., 1989.
- VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, "Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales", en *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n.º 11, México D.F.: enero-diciembre 2017.
- VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons, 2015.