

LOS RECURSOS

Jorge Luis Arce Víquez
Juez del Tribunal de Casación Penal

SUMARIO:

Introducción. 1.- Las Normas Generales de los Recursos. *a.- Terminología. b.- Concepto. c.- Función. d.- Impugnabilidad objetiva y subjetiva. e.- Condiciones de interposición y saneamiento de defectos formales. f.- El Agravio o Interés para impugnar. g.- La Adhesión. h.- Instancia al Ministerio Público. i.- Recurso durante las audiencias. j.- El efecto extensivo. k.- El efecto suspensivo. l.- Desistimiento. ll.- Competencia. m.- Prohibición de la reforma en perjuicio. n.- Rectificación. ñ.- Queja por retardo de justicia. 2.- El Recurso de Revocatoria. *a.- Procedencia. b.- Trámite. c.- Efecto.* 3.- El Recurso de Apelación. *a.- Resoluciones apelables. b.- Interposición. c.- Emplazamiento y elevación. d.- Trámite. e.- Audiencia oral. f.- Celebración de la audiencia.* 4.- El Recurso de Casación. *a.- El objeto del recurso (en particular sobre el recurso del acusador). b.- Organos. c.- Motivos. d.- Resoluciones recurribles. e.- Interposición. f.- Audiencia. g.- Trámite. h.- Audiencia oral. i.- Prueba. j.- Resolución. k.- Prohibición de reforma en perjuicio. l.- Sobre la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley.* 5.- Consideraciones finales. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN.

Esta obra está destinada a aquellas personas interesadas por iniciar el estudio de los recursos en materia penal. Con este texto se pretende invitar al estudiante a conocer algunos detalles de uno de los temas esenciales del proceso penal y a desarrollar las herramientas básicas para que más adelante pueda profundizar en ellos. La importancia de estos temas no es simplemente técnica o jurídica, sino política, porque tienen que ver directamente con los límites jurídicos al ejercicio del poder del Estado frente al ciudadano. La lectura directa de las fuentes aquí citadas, la confrontación con otras obras sobre la materia, la discusión y crítica en grupo de la información aquí recopilada y comentada, servirá para delimitar y aclarar los variados problemas que anteceden y suceden a los recursos y valorar la incidencia que estos tienen en el ejercicio del poder penal en el Estado costarricense. No pretendo nada más.

Todo nuestro ordenamiento jurídico tiene por propósito la prevención y solución de ciertos conflictos sociales. "*Ocurriendo a las leyes* -dice el art. 41 de nuestra Constitución Política-, *todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*". En el proceso penal tal solución se va concretando en sucesivas resoluciones judiciales, principalmente en las sentencias, de modo que la garantía comentada -que se extiende concretamente tanto al imputado, como al ofendido o víctima¹, como al actor penal (Ministerio Público o Querellante) o civil (Actor Civil),

¹ El nuevo Código Procesal Penal, en su art. 70, tiene un concepto de víctima muy amplio, que comprende: a) Al directamente ofendido por el delito; b) Al cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte

que son los sujetos que de una u otra manera se ven involucrados en la controversia que debe solucionar el Juez- puede ser controlada por estos sujetos a través de ciertos mecanismos procesales entre los que se destacan los *recursos*, medios de impugnación a través de los cuales es posible examinar cómo los jueces administran la justicia en el caso concreto. La existencia de estos mecanismos no solo es importante para la seguridad jurídica de los sujetos procesales que tienen interés en controlar que la decisión judicial sea justa, sino que también son importantes porque al Estado, a la comunidad científica y a la sociedad en general le interesa verificar la racionalidad, uniformidad, y equidad con que los jueces aplican el Derecho, sobre todo el Penal, que -como instrumento de poder del Estado- afecta de manera esencial los derechos del individuo.

En el Libro Tercero de la Segunda Parte del nuevo Código Procesal Penal², bajo la denominación genérica de "Recursos", los artículos 422 a 451 se distribuyen entre cuatro Títulos que tratan de manera orgánica y sistematizada el tema de los recursos, partiendo de las "Normas Generales" aplicables para todos los casos, salvo modificaciones específicas, y siguiendo con la consideración de los tres medios de impugnación que se desarrollan, a saber, los recursos de revocatoria, apelación, y casación³.

Los recursos, como medios de impugnación, permiten corregir los errores que se dan en la práctica forense, al tiempo que contribuyen a lograr la recta aplicación del derecho y la justicia en el caso concreto. De esta manera, los recursos previstos en nuestra legislación se constituyen en reales y efectivos mecanismos de control que refuerzan las garantías procesales mínimas dispuestas por la Constitución Política y los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

La jurisprudencia de las Salas Constitucional y de Casación le han dado un perfil bastante particular a esta materia -principalmente al recurso de casación-, por lo que hemos considerado pertinente compendiar y hacer una breve relación de aquellos puntos que difícilmente podrían ser ubicados en los textos bibliográficos tradicionales, cuya consulta no queda dispensada por la información que aquí se suministra. También se han agregado algunas observaciones pertinentes de índole doctrinal, así como otras referencias de carácter legislativo. Todas estas consideraciones pueden contribuir a un mejor entendimiento del nuevo texto legal, del cual señalaremos los puntos de coincidencia con el Código de Procedimientos Penales de 1973, al tiempo que comentaremos las cuestiones novedosas que presenta.

del ofendido; c) A los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan; d) A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

² Es necesario aclarar que nos referimos en la exposición al **Código de Procedimientos Penales**, Ley N° 5377 de 19 de octubre de 1973, como el "código de 1973" y al nuevo **Código Procesal Penal**, Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996, como el "nuevo código" o "código de 1996".

³ El nuevo Código Procesal Penal no contempla el recurso de Queja (arts. 486 a 489 del Código de Procedimientos Penales de 1973), que procede cuando se ha denegado indebidamente un recurso que procede ante otro Tribunal, a fin de que éste último lo declare mal denegado. En cuanto a la Revisión (arts. 490 a 499 del Código de 1973), el nuevo Código lo excluye del Libro correspondiente a los "Recursos" para desarrollarlo como un *procedimiento especial* para la revisión de la sentencia (cfr. arts. 408 a 421 del nuevo Código Procesal Penal).

1.- LAS NORMAS GENERALES DE LOS RECURSOS.

Siguiendo en la medida de lo posible el desarrollo de esta cuestión en el nuevo Código Procesal Penal, vamos a referirnos a ciertas reglas que son comunes para todos los recursos.

a.- Terminología. "Medios de Impugnación", es uno de los apelativos con que en otros ordenamientos se alude a lo que el nuestro conoce como "Recursos". También se les ha conocido como "Remedios jurídicos o jurisdiccionales". Lo cierto es que en nuestra legislación prevalece la denominación de "recursos", cuya significación etimológica proviene del latín (*recursus*), dando a entender "la vuelta o retorno de una cosa al lugar de donde salió"⁴.

b.- Concepto. De manera general y preliminar, podemos decir que los recursos son medios por los cuales las partes pueden solicitar que el mismo tribunal que dictó un fallo, u otro de superior jerarquía, revise total o parcialmente dicha resolución, con el objeto de que la anule o modifique⁵.

c.- Función. Como se dijo antes, los recursos operan bajo una doble función, una de tipo utilitario o práctico, porque permiten corregir los errores que se dan en la práctica forense -que como toda actividad humana está siempre sujeta al error-, y otra de tipo político o institucional, porque los recursos contribuyen a lograr la recta aplicación del derecho y la justicia en el caso concreto⁶.

d.- Impugnabilidad objetiva y subjetiva. Nuestro legislador limitó los recursos a los establecidos en cada caso por el Código Procesal Penal, para los supuestos expresamente previstos y únicamente para ciertos sujetos procesales, cuando estos tienen interés en lo decidido en el acto a impugnar (principio de taxatividad).

El perfil taxativo de la *impugnabilidad objetiva* se deriva del reconocimiento expreso de que no todas las resoluciones son atacables en el proceso penal. Dice la primera parte del art. 422 que: "*Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos*".

Los "medios" a que alude esta norma son, como se dijo, los recursos de revocatoria, apelación y casación, mientras que los "casos" serían los distintos supuestos impugnables⁷.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, p. 1238.

⁵ Así, LLOBET, Javier: *Código de Procedimientos Penales Anotado*, San José, Litografía e Imprenta Lil, S.A., 1987, p. 521, y en *Proceso Penal Comentado*, San José, 1ª ed., 1998, pág. 819.

⁶ Así, CHIARA DIAZ, Carlos A.: *Recursos y Procedimientos de Ejecución*, en "Código Procesal Penal de la Nación", Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1991 p. 95 y VESCOVI, Enrique: *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, p. 25 a 26.

⁷ Existe un antecedente en que la Sala Constitucional dispuso que la Sala de Casación podía obviar el principio de impugnabilidad objetiva contenido en el art. 477 del código vigente. Cfr. Sala Constitucional, voto n° 1112-94 de las 9:12 hrs. del 25 de febrero de 1994. Este caso está comentado por GONZALEZ, Daniel y HOUED, Mario: *Algunas consideraciones sobre la evolución de la Casación Penal*, en "Ciencias Penales", Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 7, N° 10, setiembre de 1995, p. 73.

Por su parte, la *impugnabilidad subjetiva* alude a que el poder de recurrir se otorga exclusivamente a determinados sujetos procesales: "*El derecho a recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas*" (art. 422, pár. segundo).

El órgano judicial debe verificar estos aspectos objetivos y subjetivos al efectuar el juicio de admisibilidad del recurso, como veremos más adelante.

e.- Condiciones de interposición y saneamiento de defectos formales. Con relación a este tema dice el art. 423 que: "*Los recursos se interpondrán en las condiciones de tiempo y forma que se determinan en este Código, con indicación específica de los puntos impugnados de la resolución*"

Como se ve, los recursos deben ajustarse a varios requisitos condicionantes de tiempo, forma y lugar para evitar aquellos excesos que pudieran impedir la posibilidad de obtener una resolución dentro de un tiempo razonable, pues nuestra Constitución Política ordena que la justicia debe ser "*pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*" (art. 41) y las «Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal» prescribe que "*Todo proceso penal se desarrollará sin dilaciones indebidas. Los Estados deberán establecerse esta obligación en sus legislaciones*"

El *tiempo* es el lapso dentro de cual hay que presentar el recurso y varía según cada medio de impugnación. Así, el recurso de revocatoria -salvo en las audiencias orales- debe interponerse dentro del tercer día (art. 435); el de apelación -salvo disposición en contrario- dentro del plazo de tres días (art. 438); y el de casación dentro de los quince días (art. 445).

Es importante discernir en cada caso desde cuando corre el término, pues mientras este no fenezca el impugnante tendrá posibilidad de corregir las deficiencias formales que tenga su recurso. Vencido el plazo opera su caducidad⁸ y se pierde el derecho a recurrir. Como consecuencia de ello la resolución adquiere firmeza para esa parte.

La Sala de Casación ha interpretado que los términos para recurrir son comunes⁹ y que los días declarados total o parcialmente de asueto no deben computarse¹⁰.

La solicitud de adición o aclaración suspende (no interrumpe) el término para interponer los recursos que correspondan (art. 147 párrafo 2º)¹¹. Como el plazo es común corre desde la última notificación que se

⁸ El art. 423 sanciona con inadmisibilidad el recurso planteado fuera del tiempo oportuno, pero en realidad es un plazo de caducidad por vencimiento del término perentorio. Cfr. más adelante el acápite sobre "*Vicios in procedendo*" en 4.c.-, las notas sobre inadmisibilidad y caducidad.

⁹ Sala Tercera, V-565-A de las 9:05 hrs. del 3 de noviembre de 1989.

¹⁰ Véanse las resoluciones de la Sala Tercera V-204-A de las 15:55 horas del 30 de abril de 1992, V-65-A de las 15:10 horas del 29 de enero de 1992 y V-24-A de las 10:27 horas del 10 de enero de 1992.

¹¹ Lo que se pretende es que con la aclaración o adición, la resolución exprese adecuadamente lo que pretendió, dando la posibilidad de que el mismo tribunal que la adoptó la aclare para su mejor comprensión o para despejar dudas o una posible doble interpretación, con la finalidad de perfeccionar su verdadero sentido. Es una norma que tiende a la economía procesal, con la finalidad de evitar un recurso que puede obviarse mediante la corrección del defecto advertido oficiosamente o ante el

practique (art. 167) y la suspensión opera para todas las partes.

En cuanto a la *forma* de los recursos se tiene que, en principio, los recursos deben hacerse por escrito. Así lo exigen los arts. 435 para la revocatoria, el 438 para la apelación, y el 445 para la casación. La excepción a esta regla la constituye el recurso de revocatoria durante las audiencias orales (art. 435). Además, las normas citadas exigen que el recurso se fundamente, es decir, que explique de manera concreta, razonada y suficiente la crítica a los puntos de la resolución judicial que se cuestionen.

El tribunal que constate un defecto formal saneable en el recurso lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de cinco días. Si la corrección no se produce en el plazo conferido, resolverá lo que corresponda¹².

Cuando veamos cada uno de los recursos, nos referiremos a los requisitos particulares que les corresponden.

f.- El Agravio o Interés para impugnar. "Interés para impugnar es... aquella ventaja, jurídicamente reconocida, que se concreta en la eliminación de una resolución objetivamente perjudicial o en la sustitución de ésta por una resolución menos dañosa, según el sistema jurídico y no según la opinión subjetiva del impugnante"¹³.

Si bien el art. 447 del Código de 1973 no contemplaba expresamente el requisito del interés para impugnar, se decía jurisprudencial y doctrinalmente que «...tal exigencia subsiste tanto de una interpretación global del Código, como de la doctrina y la jurisprudencia. En el primer caso, cuando nuestra legislación procesal utiliza términos semejantes como "perjuicio", "gravamen irreparable" o "agravio". En cuanto a la doctrina, no sólo por lo ya indicado sino también porque "Es evidente que si no existe interés, tal cual lo aprecia la ley, la actividad impugnativa del sujeto carecería de un motivo que justifique una utilidad procesal y, como consecuencia, se entorpecería el normal desarrollo del proceso con una actividad inútil"... Amén de los casos específicos mencionados, nuestra jurisprudencia ha establecido que "las nulidades, incluso absolutas, no deben decretarse si no existe interés en reproducir el acto viciado" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 4-F de 9:45 horas del 8 de enero de 1988)»¹⁴.

El nuevo Código Procesal, tomando nota de la jurisprudencia, supera esta deficiencia, pues en su artículo 424 señala que: "*Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio,*

reclamo de alguna de las partes. La adición o aclaración debe hacerse mediante una resolución complementaria que, cualquiera que sea su forma, tendrá la misma jerarquía que aquella que aclara o adiciona (así DARRICHTON, Luis: *Cómo es el nuevo proceso penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, segunda edición, vol. 5, 1993, p. 73-74). La solicitud debe ser fundamentada porque necesariamente se deben explicar las razones que la justifiquen y que se refieran a alguna de las causales del art. 147 (así DARRICHTON, *Op. cit.*, p. 75) y produce, en principio, un efecto suspensivo para la interposición de los recursos que procedan contra el acto cuestionado.

¹² Cfr. art. 15 del Código Procesal Penal.

¹³ CHAVES RAMIREZ, Alfonso Eduardo: *Algunas notas sobre recursos*, en "Ensayos de Derecho Procesal Penal", San José, Escuela Judicial, 1990, p. 149.

¹⁴ CHAVES, *Op. cit.*, p. 153 a 154. En igual sentido LLOBET, *Op. cit.*, p. 540.

siempre que no hayan contribuido a provocarlo. El recurso deberá sustentarse en el reproche de los defectos que causan la afectación. El imputado podrá impugnar una decisión judicial aunque haya contribuido a provocar el vicio, en los casos en que se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación."

Por lo tanto, el derecho a recurrir se ve limitado por el agravio. Para la determinación de la existencia del agravio nuestros Tribunales no deben ser muy estrictos, porque deben interpretar restrictivamente las disposiciones legales que limitan el ejercicio del derecho conferido al sujeto para recurrir. Debemos tener presente que en esta materia se prohíben la interpretación extensiva y la analogía, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento, como lo es el poder recurrir las resoluciones judiciales¹⁵. Por ello coincidimos con Binder cuando señala que "la sola *posibilidad* de que ese agravio exista es suficiente para permitir que el sujeto potencialmente agraviado pueda plantear su recurso"¹⁶.

Lo dispuesto en el segundo párrafo de este artículo es obvio, pues las normas legales no pueden coartar aquellos principios procesales fundamentales que garantizan la Constitución Política y los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

g.- La Adhesión. Esta figura está prevista en el artículo 425 y permite "recurrir" a la parte que no impugnó oportunamente. El fundamento de este instituto radica en el principio de igualdad procesal¹⁷.

Se exigen cuatro requisitos: a) la parte que se adhiera deberá tener derecho a recurrir; b) la adhesión al recurso concedido únicamente es procedente dentro del término del emplazamiento; c) la parte que se adhiere deberá expresar los motivos o razones en que se funda la crítica, bajo sanción de inadmisibilidad; d) que la adhesión se produzca al recurso concedido a cualquiera de las otras partes.

La parte que recurrió originalmente puede desistir del recurso, pero ello no perjudicará la adhesión (art. 430, pár. segundo).

Resulta de interés citar algunos criterios de la Sala de Casación sobre este tema, que previsiblemente pudieran incidir en la interpretación de esta figura en el nuevo Código Procesal Penal de 1996. De la resolución V-514-A de las 14:35 hrs. del 30 de noviembre de 1990 podemos extraer los siguientes principios, que aunque se refieren al recurso de casación, con la adecuación del caso son de aplicación general a la materia: "...cuando el recurso de casación (principal) es rechazado ad portas, ya por no cumplir con los requisitos de tiempo, legitimidad y otros requisitos de interposición formal, a que se contraen el artículo 453, en relación con el 477, ambos del Código de Procedimientos Penales, la adhesión que se sume a tal recurso rechazado no puede subsistir"

Esto es así, dice la Sala, dada la naturaleza y la mecánica que informan el instituto de la adhesión, que no

¹⁵ Cfr. la regla de interpretación dispuesta en el art. 2 del nuevo Código Procesal Penal.

¹⁶ BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Argentina, Ad-Hoc S.R.L., 1993, p. 266.

¹⁷ Así AYAN, Manuel: *Recursos en Materia Penal*, Principios Generales, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1985, p. 153. Cfr. CHAVES, *Op. cit.*, p. 155-161 y CONEJO AGUILAR, Milena María: *Medios de impugnación y defensa penal*, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2002, pág. 38.

puede ser considerada como un recurso en sentido propio, puesto que carece de la autonomía que caracteriza a éste último. Se subraya el criterio cuando esta resolución asevera que si al momento de dictar sentencia se observan defectos de presentación formal en el recurso original, la Sala no podría revisar la adhesión por faltar el presupuesto de un recurso de casación principal.

"...si el rechazo del recurso de casación se debió a su manifiesta improcedencia... y no al incumplimiento de los requisitos de admisibilidad... el rechazo del recurso principal no afecta la adhesión" Esto es muy importante. Aquí se alude a la hipótesis prevista en el párrafo tercero del artículo 458 del Código de 1973 (que no se encuentra en el nuevo Código), que dice que el Tribunal de alzada: «También podrá rechazar el recurso que fuere manifiestamente improcedente», la cual se entiende como una improcedencia sustancial y no formal. De ahí que -dice la Sala-, son los requisitos de admisibilidad formal los que determinan la procedencia de la adhesión.

La improcedencia sustancial manifiesta a que alude el art. 458 del Código de 1973 se da cuando el recurso cumple con los requisitos formales de admisibilidad, pero en cuanto al fondo o sustancia del mismo es evidente, patente o indubitable que debe ser declarado sin lugar, de acuerdo a los propios precedentes. Según lo explica el Dr. Javier Llobet, con esta previsión se tratan de evitar las maniobras tendientes a dilatar el proceso y postergar la ejecución¹⁸. En forma similar, Chiara señala que la figura impide un innecesario desgaste de energía jurisdiccional merced a un preventivo y eficaz juicio de admisibilidad¹⁹.

También es importante advertir que para el Código de 1973 el rechazo del recurso por improcedencia sustancial manifiesta no puede hacerlo el tribunal *a quo*, sino sólo el *ad quem*.

"...el adherente sí puede invocar motivos diferentes a los otorgados por el recurrente principal... Sostenemos, en definitiva, que el adherente no se encuentra constreñido, necesariamente, a impugnar los mismos puntos de la resolución atacados por el recurrente, sino que puede introducir otras censuras que le convengan". Esto así, entre otras cosas, porque la Sala consideró que si los motivos del adherente debieran atenerse a los del impugnante, sobraría imponer la obligación de expresar los motivos en que se funda. Además indicó que el artículo 3 del Código de 1973 (que corresponde al art. 2 del nuevo Código) obliga a interpretar restrictivamente toda disposición legal que limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso.

"...por medio de la adhesión puede unirse al recurso **abierto por otro** para expresar sus agravios contra la resolución..., donde por "**otro**" no puede entenderse al propio defendido del incidentista, sino que sólo se refiere -según la opinión dominante- al recurso concedido a la **parte adversaria** o **contraparte** del sujeto adherente o, en un sentido más amplio, a la *co-parte*". Este último criterio fue enunciado en la resolución V-468-A de las 9:15 hrs. del 22 de octubre de 1993. Citando abundante doctrina, explica la Sala de Casación que esto es así porque la adhesión tiene por fundamento histórico el principio de igualdad procesal de oportunidades entre las partes: "por este medio se tiende a favorecer a quien no recurrió pudiendo hacerlo, permitiéndole que pueda impugnar la resolución fuera de término (pero dentro del término del emplazamiento) cuando así se lo aconsejan los motivos del recurso concedido a la parte contraria".

¹⁸ LLOBET, *Op. cit.*, p. 538.

¹⁹ CHIARA, *Op. cit.*, p. 110.

Esta tesis ha sido reiterada por las resoluciones V-211-A de las 10:00 hrs. del 21 de diciembre de 1994 y V-26-A de las 15:35 hrs. del 23 de abril de 1995. En la primera se rechazó la adhesión que formularon los imputados a los recursos que presentaron sus defensores, argumentando que el defensor se entiende doctrinalmente como uno de los sujetos en los cuales se articula la parte pasiva del proceso penal. En la segunda resolución citada, se rechazó la adhesión que formuló una imputada a los recursos de casación interpuestos por su defensora y por otra imputada. Lo interesante en este caso es que se enuncia una razón adicional para el rechazo, a saber, que el contenido de la adhesión era sustancial o literalmente idéntico al del recurso de la coimputada, de manera tal que lo que decía la adhesión sería necesariamente considerado por la Sala a la hora de resolver los recursos de casación interpuestos.

h.- Instancia al Ministerio Público. La disposición del art. 426 es novedosa. Se prevé en ella que tanto la víctima como cualquier damnificado, cuando no estén constituidos como parte, podrán presentar solicitud motivada al Ministerio Público "para que interponga los recursos que sean pertinentes". La pertinencia de los recursos se daría respecto a la acción que ejerce el Ministerio Público.

Cuando el Ministerio Público no presente la impugnación que se le instó a hacer, debe explicarle al solicitante, mediante un escrito debidamente motivado, las razones específicas de su proceder (cfr. art. 62, párrafo segundo).

Toda vez que el querellante en delitos de acción pública "podrá interponer los recursos que este Código autoriza al Ministerio Público" (art. 80, párrafo 2º), cabe cuestionarse si le resulta aplicable el art. 426. Parece que sí, aunque desde un punto de vista práctico no tendría mayor incidencia el hecho de que el querellante obviara la instancia que le propone otra víctima o damnificado sin dar explicación alguna.

i.- Recurso durante las audiencias. El artículo 427 del nuevo Código establece que el único recurso que procede durante las audiencias orales es el de revocatoria, cuya procedencia regula el artículo 434. Correspondería entonces formular oralmente este recurso contra las providencias y los autos que en esa etapa resuelven sin sustanciación un incidente o artículo del proceso, el cual será resuelto de inmediato, sin suspender el debate. Sin embargo, el Lic. Víctor Alfonso Dobles Ovares -comentando el art. 454 del Código de 1973- señala con acierto que debe darse audiencia a las partes antes de resolverlo²⁰. El párrafo segundo del art. 427 señala que la interposición del recurso implica la protesta para el saneamiento del vicio y esto debe relacionarse con el artículo 443 pár. 2º, relativo al recurso de casación. Comenta el Dr. Llobet que lo que se impugna es la sentencia definitiva en cuanto la decisión irrecurrible durante la etapa de juicio la pueda afectar de nulidad²¹.

j.- El efecto extensivo. Este se produce cuando, en los casos establecidos por la ley, un imputado resulta favorecido por el recurso interpuesto por otro coimputado, por el demandado civil, o por el Ministerio Público cuando recurre en favor de un imputado. Sobre el tema del llamado efecto extensivo o

²⁰ DOBLES OVARES, Víctor Alfonso: *Código de Procedimientos Penales Anotado, Concordado Actualizado con Jurisprudencia Constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1994, p. 415 y en igual sentido EDWARDS, Carlos Enrique: *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, segunda edición actualizada, 1994, p. 351 y NUÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Argentina, Editora Córdoba S.R.L., 2ª edición, 1986, p. 443.

²¹ LLOBET, *Op. cit.*, p. 532.

comunicante, el artículo 428 del nuevo Código de 1996 señala lo siguiente: "*Cuando existan coimputados el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. También favorecerá al imputado el recurso del demandado civil, en cuanto incida en la responsabilidad penal.*"

La doctrina advierte que el fundamento del efecto extensivo radica en la necesidad de evitar una incongruencia jurídica, que resultaría de considerar que un hecho no constituyó delito para el imputado recurrente, pero sí para quien no recurrió²². También se dice que esta norma está fundamentada en el principio de igualdad procesal, para que no existan frente a las mismas condiciones del proceso, situaciones diferentes para los interesados en comunidad²³. Se trata de una excepción imperativa al principio de personalidad de la impugnación que en sede penal se explica por la existencia de un interés público en la aplicación correcta de la ley y en la no contradictoriedad de las sentencias²⁴.

Conforme a la hipótesis prevista en el primer párrafo del artículo 428, en tal caso se beneficiarán todos los demás coimputados, siempre y cuando el recurso no se motive en una causa exclusivamente personal. "Motivos expresamente personales -dice el Dr. Lobet- son aquellos que no tienen relevancia con respecto a la situación de los otros imputados, ni procesal ni sustancialmente, de modo que de ser declarado con lugar el recurso con base en dichos motivos no se produciría una contradictoriedad en los fallos"²⁵. Por su parte, Ayán señala que se está en presencia de un motivo exclusivamente personal cuando el fundamento que se invoque agote su funcionalidad en la esfera de la posición procesal del impugnante, sin poder producir efectos, ni aun siquiera mediatos, en cuanto al coimputado no impugnante. En esos casos, dice el autor, no se contraría el fundamento de la comunicabilidad, porque no se corre el riesgo de sentencias contradictorias en razón de que la absolución del recurrente tendría un fundamento distinto al de la condena del que no impugnó. Finalmente, puede relacionarse esta disposición con el artículo 49 del Código Penal, relativo a la *comunicabilidad de las circunstancias*.

El efecto extensivo sólo se aplica para favorecer a los imputados y nunca para perjudicarlos, no sólo porque este artículo dice "favorecerá", sino también por aplicación del principio de no reforma en perjuicio (*non reformatio in peius*) consagrado en el artículo 432.²⁶

²² Cfr. EDWARDS, *Op. cit.*, p. 352.

²³ Cfr. DARRICHTON, *Op. cit.*, p. 84.

²⁴ Así, LLOBET, *Op. cit.*, p. 455; CHIARA, *Op. cit.*, p. 106 y AYAN, *Op. cit.*, p. 184.

²⁵ LLOBET, *Op. cit.*, p. 534.

²⁶ Ha dicho la Sala Constitucional que: "Como bien lo hacen notar los señores Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la interpretación que la recurrente da como fundamento a su recurso, contraviene lo dispuesto en los artículos 455 y 459 del Código de Procedimientos Penales, pues confiere al recurso un carácter extensivo que la ley no le acuerda, pues la interposición de un recurso de Casación, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 459, sólo otorga competencia a la Sala para conocer del proceso "en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios", siendo extensivos los efectos del pronunciamiento sólo cuando el recurso interpuesto por uno de los coprocesados favorezca a los demás y esa consecuencia no se fundamente en motivos exclusivamente personales (artículo 455 *ibídem*). Si el efecto extensivo sólo es posible para favorecer a co-imputados, mal podría aceptarse que en el caso ahora en examen pueda hacerse valer un efecto de esa índole para perjudicar la situación de personas que no fueron tomadas en consideración para plantear el recurso de casación", Sala Constitucional, N° 1619 de las 14:18 horas del 21 de agosto de 1991.

También hay que considerar incluida la posibilidad de aplicar el efecto extensivo cuando sea el Ministerio Público el que recurre a favor del imputado (art. 432).

Respecto al párrafo segundo del artículo 428, si bien es cierto que el tercero civilmente demandado recurre en beneficio de su propio interés, el efecto del recurso se proyecta al imputado, siempre que se alegue una cuestión que incida en la responsabilidad penal. A manera de ejemplo, podemos citar las hipótesis que enumera el párrafo tercero del art. 455 del Código de 1973, porque no resultan incompatibles con la nueva regulación legal, a saber: a) La inexistencia del hecho; b) Que la conducta desplegada existió pero no constituye delito; c) Que si bien el hecho pudo existir, el imputado no lo cometió; d) Que la acción penal se extinguió; e) Que la acción penal no se pudo iniciar; f) Que la acción penal no puede proseguir.

k.- El efecto suspensivo. Este tiene que ver con uno de los fundamentos principales que justifican la existencia de los recursos, porque hay una preocupación dirigida a evitar los daños irreparables de los errores judiciales, a cuya corrección se aspira por la Alzada a través de las impugnaciones permitidas. Dice el artículo 429 del nuevo Código de 1996 que: "*La resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición legal en contrario*".

Un recurso puede ser concedido con efecto suspensivo o no suspensivo; cuando el efecto es suspensivo, la resolución judicial no se ejecuta mientras se tramita el recurso; cuando se concede sin efecto suspensivo, la decisión judicial se ejecuta a pesar de la tramitación del recurso.

La regla del efecto suspensivo del recurso tiene por fundamento la circunstancia de que la resolución sujeta a impugnación no es inmutable y puede ser alterada en su mandato, así como la necesidad de evitar la irreparabilidad del perjuicio que, en casi todos los casos, habría de producir la no suspensión de sus efectos. Sin embargo, si se demora la ejecución de lo resuelto puede ser que en algunos casos se produzcan daños irreparables, por lo que el legislador hizo excepciones expresas a la regla²⁷.

Así, el artículo en comentario establece como regla general que los recursos se concederán con efecto suspensivo, salvo disposición en contrario. Por ejemplo, serán sin efecto suspensivo el recurso de apelación contra la resolución que decreta por primera vez la prisión preventiva o rechace una medida sustitutiva (art. 256 párrafo primero); la apelación contra las resoluciones que impongan cualquier otra medida cautelar o rechacen una medida sustitutiva (art. 256 párrafo segundo); en principio, la interposición de la revisión (art. 412). Otro ejemplo es el 454 párrafo final, en los incidentes de ejecución.

Con respecto a la sentencia absolutoria, el artículo 366, párrafo segundo, establece una excepción más a la regla del efecto suspensivo, al determinar su inmediata ejecutoriedad aunque sea recurrible: "La libertad del imputado se otorgará aún cuando la sentencia absolutoria no esté firme y se cumplirá directamente desde la sala de audiencias, para lo cual el tribunal girará orden escrita".

Cabe mencionar otras dos excepciones "eventuales" a la regla del efecto suspensivo, por cuanto la suspensión de lo resuelto en la decisión impugnada es facultativa para el Tribunal *ad quem*. La primera se refiere al proceso de revisión de la sentencia condenatoria firme y está dispuesta en el artículo 412 que

²⁷ Ver AYAN, *Op. cit.*, p. 179.

dice: "...en cualquier momento del trámite, el tribunal que conoce de la revisión podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad del sentenciado o sustituir la prisión por otra medida cautelar". La segunda excepción alude a la resolución de los incidentes provocados durante la ejecución penal de la sentencia. Al respecto, el art. 454, párrafo tercero, dispone que contra lo resuelto "procede recurso de apelación ante el tribunal de sentencia, cuya interposición no suspenderá la ejecución de la pena, a menos que así lo disponga este último tribunal".

I.- Desistimiento. La interposición y mantenimiento de los recursos en un acto disponible para las partes, incluso para el fiscal. Esto último a diferencia del Código Procesal de 1910, que lo obligaba a recurrir (apelar) toda sentencia en la que, a su juicio, no se hubiera apreciado correctamente el delito o no que no hubiera impuesto al culpable la pena determinada por la ley (art. 566 del Código de Procedimientos Penales de 1910).

"El desistimiento -dice Chiara- es la manifestación de voluntad efectuada con posterioridad a la presentación de un recurso y antes de que el mismo sea resuelto, por la cual se abandona total o parcialmente la pretensión impugnativa, brindándole firmeza a la resolución respecto de quien desiste y sin que ello pueda perjudicar a los demás recurrentes o adherentes²⁸. Sobre este particular, dispone el artículo 430 del nuevo Código que: *"El Ministerio Público podrá desistir de sus recursos, en dictamen fundado, aun si los hubiera interpuesto un representante de grado inferior. Las partes podrán desistir de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas. Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato expreso de su representado"*.

La norma autoriza a las partes a desistir del recurso interpuesto, por ellas o por sus defensores; dicho desistimiento consistirá en una manifestación expresa de la voluntad de no continuar el trámite impugnativo, lo cual no ha de perjudicar a las demás partes que hubiesen recurrido, ni a los adherentes (pero sí a los que podían gozar de su efecto extensivo si hubiera prosperado), y producirá como efecto el pago de las costas.

Para Ayán el desistimiento constituye una nueva manifestación de voluntad que enerva a una expresión de voluntad anterior. Dice que es una forma de expresar conformidad con la resolución recurrida y que constituye una manifestación del principio dispositivo que informa el sistema de recursos²⁹.

Cuando desiste el defensor, debe contar con un mandato expreso de su representado, es decir con su formal consentimiento, ya que el resultado del recurso podría ser de importancia para él. La voluntad del imputado prevalece sobre la de su defensor. En cierta oportunidad, ante la Sala de Casación se presentó un escrito del defensor mediante el cual desistía del recurso, pero sin adjuntar el mandato expreso de su representado. En esa ocasión la Sala le hizo una prevención para que subsanara el defecto y posteriormente el defensor presentó un escrito en que su patrocinado aceptaba el desistimiento.

Del mismo modo, el actor civil, el demandado civil y el querellante pueden desistir de los recursos interpuestos por sus mandatarios o representantes.

²⁸ CHIARA, *Op. cit.*, p. 108.

²⁹ Ver AYAN, *Op. cit.*, p. 159.

En cuanto al querellante en delitos de acción pública, dispone el art. 78 que él podrá desistir expresamente de su demanda en cualquier momento. Su desistimiento también puede ser tácito (art. 79).

Lo mismo cabe decir respecto al querellante por delito de acción privada (art. 383).

También el actor civil podrá desistir de su demanda en cualquier estado del procedimiento (art. 117).

Si quien desiste es el Ministerio Público debe hacerlo mediante dictamen fundado por ser el órgano que ejerce la acción penal, si no lo hiciera así su desistimiento debería ser considerado inadmisibles porque esos fundamentos constituyen una condición formal del acto³⁰. Lo único que se requiere es que explique los motivos del desistimiento, sin que los mismos puedan ser controlables³¹.

En cuanto a la posibilidad de que desista de los recursos interpuestos por sus representantes de grado inferior, ésta encuentra sólida justificación en la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, Nº 7442 del 25 de noviembre de 1994. Recordemos que el art. 448 admite que el Ministerio Público, siendo titular de la acción penal, puede recurrir incluso a favor del imputado, aun cuando sus dictámenes anteriores hayan sido acusatorios, porque en su actuación debe guiarse por el interés superior de contribuir a lograr justicia en la aplicación de la ley (art. 1º LOMP, Nº 7442). Como se dijo antes, el fiscal, si bien es parte en el proceso, debe actuar con objetividad cuando se percata de un error que pudiera provocar una injusticia.

La norma en comentario indica que el desistimiento puede obedecer a una decisión del superior jerárquico. Esto también tiene su razón en el llamado principio legal de *unidad* del Ministerio Público y debe relacionarse, principalmente, con el artículo 17 de la LOMP. Conforme al párrafo tercero del art. 18 LOMP, se estima que el fiscal de juicio o de tribunal es superior jerárquico del agente fiscal y el Fiscal General y el Fiscal General Adjunto de todos.

II.- Competencia. El Ministerio Público y las partes tienen derecho a conformarse con la totalidad o parte de lo dispuesto en una resolución, por aplicación del principio dispositivo³². Por lo tanto, pueden

³⁰ Así, NUÑEZ, *Op. cit.*, p. 447-448.

³¹ Así DARRICHTON, *Op. cit.*, p. 86.

³² "En materia de recursos, la autonomía de la voluntad de las partes cobra, según la opinión dominante, un rol preponderante, en contraste con el *principio de oficialidad* que impera en el procedimiento penal. Los recurrentes gozan de un poder que, en otros momentos del procedimiento, no es tolerado; son ellos quienes provocan la intervención del *ad quem*, el cual, de otro modo, tiene vedado el acceso al caso, y son ellos también quienes fijan los límites de su conocimiento. Las consecuencias son múltiples: posibilidad de atacar parcialmente la resolución, tolerando la parte no recurrida [...], la posibilidad de desistir del recurso interpuesto [...] y, como resulta obvio, la posibilidad de tolerar pacíficamente la resolución adversa, renunciando al derecho de recurrirla. Lo que se acaba de explicar, sin embargo, puede ser relativizado en ciertos casos; por ejemplo, y como ya se ha explicado, cuando, a pesar de la conformidad del imputado con la sentencia de condena, el ministerio público decide recurrir en su favor, o cuando lo hace con una motivación distinta a la que sustenta el recurso del imputado. Otro supuesto es el caso del *efecto extensivo* del recurso, cuando el imputado que decidió no recurrir la resolución resulta favorecido por el recurso interpuesto por un coimputado o por el demandado civil [...], beneficio que no es renunciable, se afirma, "en razón del fundamento de

impugnarla total o parcialmente. Sobre este tema señala el art. 431 que: "*El recurso atribuirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso, sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios.*"

Con esta disposición se delimita la competencia funcional del tribunal de alzada en la tramitación del recurso, de manera que el *ad quem* sólo conocerá en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los motivos del agravio. Para Edwards se plasma así el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum* (sólo hay devolución de lo que ha sido apelado)³³.

A pesar de este principio, el tribunal de alzada puede modificar o revocar la resolución aun a favor del imputado aunque el recurso sea del fiscal y en contra del imputado (*reformatio in melius*). Esto es así porque se parte de que el Ministerio Público tiene por función requerir la correcta aplicación de la ley (cfr. art. 2 LOMP), aunque hay que advertir que si el Ministerio Público recurrió en favor del imputado no se podría entonces revocar o modificar la resolución en perjuicio de éste³⁴. Como el querellante tiene las facultades impugnativas correspondientes al Ministerio Público (art. 80 párrafo segundo) y en la querrela respecto de los recursos se aplican las normas comunes (art. 387), lo dicho antes rige también en los recursos del querellante en perjuicio del querrelado³⁵.

Una excepción al principio dispositivo es cuando existe un defecto absoluto (art. 178), ya que este tipo debe ser declarado de oficio en cualquier estado y grado del proceso³⁶. La otra excepción ocurre cuando la acción penal se ha extinguido, puesto que debe ser dictado de oficio el sobreseimiento definitivo en cualquier estado del proceso.

m.- Prohibición de la reforma en perjuicio. El ejercicio del derecho a recurrir debe excluir la posibilidad de que el recurrente sufra, como consecuencia de dicho ejercicio, un perjuicio en su situación.

Según el art. 432, cuando la decisión judicial fuere recurrida solamente por el imputado o su defensor, en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius* (reforma en perjuicio), la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, por ejemplo, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados. También podría decirse respecto a la calificación del delito que su inmodificabilidad estaría comprendida siempre que a la nueva calificación le corresponda necesariamente una pena superior a la impuesta por el *a quo*³⁷, o prive al imputado de beneficios admitidos por la anterior calificación³⁸, como

orden público que lo preside", GUARIGLIA, Fabricio: *Régimen general de los recursos*, en MAIER, Julio (comp.): *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1999.

³³ EDWARDS, *Op. cit.*, p. 354.

³⁴ Cfr. LLOBET, *Op. cit.*, p. 540 y AYAN, *Op. cit.*, p. 168.

³⁵ Así NUÑEZ, *Op. cit.*, p. 452.

³⁶ "Sin embargo, el mismo CPP consagra una importante excepción a la regla [del principio dispositivo], al admitir la revisión de vicios de la resolución que no han sido objeto de agravio, si éstos encuadran dentro de alguna de las *nulidades absolutas* previstas en la ley, declarables de oficio en cualquier estado del proceso [...] Estas son aquellas nulidades de orden general [...] que impliquen violación a normas constitucionales", GUARIGLIA, Fabricio: *Régimen general de los recursos*, en MAIER, Julio (comp.): *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1999.

³⁷ En este caso el Tribunal de Casación puede corregir la calificación jurídica, pero dejando incólume

por ejemplo el Perdón judicial (art. 93 del Código Penal).

Como vimos en el acápite anterior (1.//.-), para el imputado sí es posible la *reformatio in melius*.

Finalmente, tratándose de casación (art. 451), la prohibición de reforma en perjuicio no deja de operar cuando se ha anulado la sentencia por el Tribunal de Casación, sino que funciona también en el juicio de reenvío, ya que éste es una consecuencia de la imposición del recurso en favor del imputado. De ahí que la sentencia que se dicte en reenvío no puede modificar en perjuicio del imputado la especie o cantidad de la pena, ni los beneficios acordados³⁹.

n.- Rectificación. El artículo 433 del nuevo Código establece que: "*Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia o resolución impugnadas, que no hayan influido en la parte resolutive, no la anularán; pero serán corregidos, así como los errores materiales en la designación o el cómputo de las penas.*"

Esta norma corresponde casi literalmente al art. 484 del Código de 1973 que se ubica, en este último texto, en el Capítulo II del Título IV correspondiente a Casación.

Los errores de derecho en la fundamentación no producirán nulidad, siempre y cuando no influyan en la parte resolutive de la sentencia, lo cual podemos corroborar con el método de supresión mental hipotética empleado por la jurisprudencia para evaluar la incidencia de los vicios de esta naturaleza, de manera tal que si se le suprime pero el sentido de la parte resolutive se mantiene incólume, la nulidad no debe declararse por falta de interés, es decir, porque no causó agravio alguno (cfr. art. 424). En estos casos la corrección tiene por objeto favorecer la correcta y uniforme interpretación del derecho, de manera tal que "los jueces inferiores obtengan útiles enseñanzas y el error no pase inobservado"⁴⁰.

Respecto de los errores puramente materiales en la designación o el cómputo de las penas, su corrección tampoco requiere la anulación de la resolución, cualquiera que sea la parte de la sentencia donde se encuentre el error. En este sentido ha señalado la Sala Constitucional que "Los simples errores materiales de la sentencia no violan las reglas del debido proceso"⁴¹.

ñ.- Queja por retardo de justicia. Conforme al art. 174 del nuevo Código Procesal Penal, si los jueces no cumplen con los plazos establecidos para realizar sus actuaciones y, en su caso, dictar resoluciones, el recurrente o interesado podrá urgir pronto despacho ante el funcionario omiso y si, dentro del término

la pena fijada por el *a quo*. No debe perderse de vista que, aunque el interés particular del recurrente es el que prevalece, uno de los fines políticos de la Casación es la unificación de la interpretación jurisprudencial, que asegura a los ciudadanos un tratamiento similar frente a la ley penal por parte de los jueces, favoreciendo así la vigencia del principio de igualdad ante la ley garantizado por el art. 33 de la Constitución Política. Cfr. RUA, Fernando de la: *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía-Editor, 1968, p. 40 y 94; BERTOLINO, Pedro: *Compendio de la Casación Penal Nacional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995, p. 5-6.

³⁸ Así NUÑEZ, *Op. cit.*, p. 453.

³⁹ Así LLOBET, *Op. cit.*, p. 542.

⁴⁰ RUA, *Op. cit.*, pág. 254.

⁴¹ Voto n° 4264-93 de las 15:42 hrs. del 31 de agosto de 1993. Cfr. RUA, *Op. cit.*, págs. 255 a 256.

de cinco días naturales no lo obtiene, podrá interponer queja por retardo de justicia ante el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia o la Inspección Judicial, según corresponda.

Los funcionarios judiciales podrán ser sancionados disciplinariamente con suspensión o despido, según la magnitud de la falta, cuando por causa atribuible a ellos se haya retardado la justicia.

2.- EL RECURSO DE REVOCATORIA.

El recurso de revocatoria (llamado reposición en otras legislaciones) consiste en que el juez o tribunal que dictó una resolución corrija, por contrario imperio, los agravios que pudo ocasionar a alguna de las partes. Su fundamento radica en el principio de economía procesal, ya que el mismo órgano judicial que dictó la resolución puede revocarla. En otros ordenamientos a este recurso se le denomina como "reposición".

En algunos casos constituye la única posibilidad de revisar aquellas resoluciones que no admiten otro tipo de reclamo, pero en otros es la forma más directa de darle solución a resoluciones que también pueden ser objeto del recurso de apelación. En estos casos el recurso de revocatoria puede ir acompañado del recurso de apelación en subsidio, si es que el primero no es acogido.

También se permite excepcionalmente que la revocatoria funcione oficiosamente como facultad del tribunal, cuando han desaparecido las condiciones que sustentaban ciertas decisiones de mérito transitorio⁴², como la revocatoria de la suspensión del procedimiento a prueba (art. 28); la revocatoria de la declaración de rebeldía cuando se ve justificada por un impedimento grave y legítimo (art. 90 párrafo final); la revocación de medidas cautelares (art. 319 párrafo final); la revocación de la autorización para la aplicación del procedimiento para asuntos de tramitación compleja (art. 377, párrafo segundo). En estos casos la revocatoria no está regida por plazos, sino por la existencia de condiciones de viabilidad⁴³, por ello no funciona realmente como "recurso" en estas hipótesis.

a.- Procedencia. Señala el art. 434 que: "*El recurso de revocatoria procederá solamente contra las providencias y los autos que resuelvan sin sustanciación un trámite del procedimiento, a fin de que el mismo tribunal que los dictó los revoque o modifique por contrario imperio*"

La revocatoria procede contra las resoluciones dictadas sin sustanciación, es decir que la parte que no hubiese tenido la oportunidad de ser escuchada antes del dictado de la resolución, podrá solicitar su corrección al mismo órgano jurisdiccional que la haya dispuesto.

b.- Trámite. Conforme al art. 435, el plazo de interposición es dentro de los tres días de notificada la resolución (salvo en las audiencias orales, cfr. art. 427). El recurso debe presentarse por escrito debidamente fundado -explicando las razones que según el interesado obligan a revocar la decisión adoptada-, ya que el juez o tribunal habrán de verificar la admisibilidad y fundamentación del recurso.

El tribunal resolverá el recurso mediante auto fundado, pero previamente correrá traslado a los

⁴² Coincide BERDICHEVSKY, Adrián: *Reposición y apelación*, en MAIER, Julio (comp.): *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1999.

⁴³ Así DARRICHTON, *Op. cit.*, p. 87-88.

interesados⁴⁴ por el plazo de tres días.

Si se interpusiera la revocatoria durante el juicio será resuelto de inmediato sin suspender el debate, pero después de dar audiencia a las partes (véase lo dicho supra 1.i.-).

c.- Efecto. Según el art. 436, la decisión que resuelva el recurso de revocatoria hará ejecutoria, salvo que se hubiese deducido subsidiariamente el recurso de apelación y que éste sea procedente; es decir que el tribunal podrá rechazar la revocatoria y conceder la apelación.

Si la revocatoria no ha sido planteada conjuntamente con la apelación en forma subsidiaria, la decisión que se adopte no es susceptible de otro remedio.

Aunque el artículo 436 no se refiere expresamente a ello, únicamente se concederá la revocatoria con efecto suspensivo, cuando la resolución que se impugna fuere apelable -y se apele- a ese efecto⁴⁵. Sobre el efecto suspensivo véase lo dicho supra 1.k.-

3.- EL RECURSO DE APELACION.

Consiste en que un tribunal jerárquicamente superior modifique o revoque la resolución de un juez inferior.

a.- Resoluciones apelables. Conforme al art. 437, además de lo dispuesto para el procedimiento contravencional⁴⁶ y la ejecución penal⁴⁷, el recurso de apelación procede contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que expresamente sean declaradas apelables, causen un gravamen irreparable, pongan fin a la acción o imposibiliten que esta continúe.

Son expresamente apelables las siguientes resoluciones:

- La de desestimación y el sobreseimiento definitivo, por parte de la víctima (art. 71 inc. c).
- La resolución que le impone una medida disciplinaria, por parte del sancionado (art. 129 párrafo final).

⁴⁴ Se produce la admisión formal, desde que el tribunal debe examinar el cumplimiento de las condiciones de tiempo y forma para la admisión del recurso. Esa admisión formal no tiene por qué ser expresa, produciéndose de hecho a dar audiencia a los interesados. La inadmisión sí debe ser expresa, mediante auto fundado que cierre la instancia explicando los motivos de la no aceptación de la revocatoria.

⁴⁵ "Si la resolución de que se trate era pasible del recurso de apelación con alcance suspensivo y éste fue interpuesto subsidiariamente, la decisión impugnada queda en suspenso hasta el final de la instancia revocatoria. Si no ha sido acompañada del recurso de apelación o si éste no tiene efecto suspensivo, la decisión originaria tiene plena vigencia, sometida a la condición resolutoria del resultado de la reposición", DARRICHTON, p. 91.

⁴⁶ Cfr. art. 407 del Código Procesal Penal.

⁴⁷ Cfr. art. 454 del Código Procesal Penal.

- La resolución que decreta por primera vez la prisión preventiva o rechace una medida sustitutiva, o las resoluciones que impongan cualquier otra medida sustitutiva (art. 256).
- La resolución que admite la desestimación, por parte de la víctima, el querellante, el actor civil y el Ministerio Público (art. 282, párrafo final).
- La resolución que declara el sobreseimiento definitivo, por parte del Ministerio Público, el querellante, el actor civil y la víctima (art. 315).
- La resolución que dispone que el asunto es de tramitación compleja, por el imputado (art. 377 párrafo tercero).
- La sentencia dictada en los juicios contravencionales, por el imputado y la víctima, ante el tribunal del procedimiento intermedio (art. 407)⁴⁸.
- Las resoluciones que deciden sobre los incidentes de ejecución de la pena (art. 454, párrafo final).

Otras resoluciones apelables son aquellas que causen un gravamen o perjuicio, pero en el entendido de que tal gravamen sea *irreparable*, esto es, que no pueda ser corregido en el transcurso del proceso ni en la sentencia definitiva.

El art. 437 señala que también son apelables las resoluciones que ponen fin a la acción. Aquí se entienden tanto la acción penal como la acción civil. Algunas resoluciones que ponen fin a la acción son, por ejemplo, el sobreseimiento definitivo (cfr. art. 313); la que aplica un criterio de oportunidad (con algunas excepciones, cfr. arts. 23 y 30 inc. d); la que declara la extinción de la acción penal por haberse cumplido el plazo de la suspensión del procedimiento a prueba (cfr. arts. 30 inc. f); el rechazo que, por falta de legitimación, hace el Ministerio Público de la querrela formulada en el procedimiento preparatorio (art. 77).

También son apelables las resoluciones que imposibiliten que la acción continúe como, por ejemplo, la resolución que suspende el procedimiento a prueba⁴⁹.

b.- Interposición. De acuerdo con el art. 438, el recurso de apelación se debe interponer por escrito debidamente fundado ante el mismo tribunal que dictó la resolución.

El término de interposición, salvo disposición en contrario, es de tres días.

Cuando el Tribunal de Alzada resida en lugar distinto, la parte deberá fijar nuevo lugar dentro del perímetro judicial para ser notificada, si es necesario.

⁴⁸ Esta posibilidad es un importante aporte del nuevo Código Procesal Penal, ya que el Código de 1973, en su art. 426, dispone que la sentencia dictada en esta clase de juicios no tendrá recurso alguno. En esta apelación pueden acusarse los mismos defectos de la sentencia que justifican la casación, según el art. 369 del nuevo Código Procesal Penal.

⁴⁹ Aunque esta suspensión no impide el ejercicio de la acción penal ante los tribunales respectivos, conforme al párrafo quinto del art. 25.

Cuando el recurrente intente prueba en segunda instancia, debe ofrecerla junto con el escrito de interposición, señalando concretamente el hecho que pretende acreditar con ella.

c.- Emplazamiento y elevación. "Presentado el recurso -dice el primer párrafo del art. 439-, el tribunal emplazará a las otras partes para en el plazo de tres días contesten el recurso y, en su caso, ofrezcan pruebas"

Doctrinalmente el emplazamiento se define como "un término que se acuerda a los recurrentes para que hagan conocer en forma definitiva su voluntad en el sentido de que mantienen el recurso y en consecuencia debe ser abierta la instancia correspondiente"⁵⁰. Esto así para que el impugnante, una vez analizada la conveniencia o no de proseguir con la apelación, en vista del breve plazo establecido para recurrir, manifieste su voluntad de continuar o no con el recurso⁵¹. Si conjugamos esta noción doctrinal con lo que resulta del nuevo Código Procesal Penal, tenemos que en nuestro ordenamiento -respecto al apelante- el término del emplazamiento sólo sirve para que el apelante desista expresamente de su recurso o para que se produzcan adhesiones. Sobre todo si se considera que el nuevo Código no contempla la figura de la "deserción" a que aludía el art. 468 del Código de 1973, la cual fue declarada inconstitucional⁵².

El art. 439 señala además que si se producen adhesiones durante el emplazamiento, se correrá traslado a las otras partes para que contesten la adhesión en el mismo plazo. Luego, sin más trámite e inmediatamente, el *a quo* remitirá las actuaciones al *ad quem* para que resuelva. Solamente se remitirá copia de las actuaciones pertinentes o se formará un legajo especial, para evitar así que se demore el trámite del procedimiento. Sin embargo, de manera excepcional, el Tribunal *ad quem* podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.

d.- Trámite. Dentro de los cinco días siguientes al recibido de las actuaciones, el tribunal *ad quem* debe decidir sobre la admisibilidad del recurso y la procedencia de la cuestión planteada; todo en una sola resolución (art. 440).

e.- Audiencia oral. Si al haberse interpuesto el recurso, al contestarlo o adherirse a él, la parte ofreció prueba que deba ser recibida en forma oral o considera necesario exponer, desarrollar o ampliar oralmente sus alegatos, se fijará una audiencia oral (llamada "vista" en la práctica forense) dentro de los quince días siguientes al recibo de las actuaciones. La audiencia oral puede ser solicitada en el escrito del recurso o dentro del término del emplazamiento.

Esta audiencia oral también puede ser fijada por el tribunal cuando la estime útil o necesaria para resolver el recurso.

En estos casos el tribunal deberá resolver inmediatamente después de realizada la audiencia oral (art. 441 párrafo primero).

⁵⁰ VAZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, citados por EDWARDS, *Op. cit.*, p. 357-358.

⁵¹ Así EDWARDS, *Op. cit.*, p. 358.

⁵² Cfr. Sala Constitucional, N° 52-91 de las 16:00 horas del 8 de enero de 1991. En materia de recursos, la deserción sería el desamparo o abandono que se hace de la apelación que se tenía interpuesta, al no comparecer durante el término del emplazamiento.

La parte que ha ofrecido esa prueba tiene el deber de hacerla concurrir a la audiencia oral. Para ello el Secretario del tribunal auxiliará al oferente expidiendo las citaciones u órdenes necesarias para que aquel las diligencie.

El tribunal deberá resolver únicamente con aquella prueba que se incorpore legítimamente y con los testigos que se hallen presentes.

f.- Celebración de la audiencia. El artículo 442 se refiere a la forma en que se lleva a cabo la audiencia oral o "vista".

Esta ha de celebrarse con los intervinientes que comparezcan y sus abogados podrán hacer uso de la palabra, sin que se admitan réplicas.

Se autoriza que quienes intervengan en la discusión puedan dejar breves notas escritas sobre su informe.

Obviamente el imputado tiene derecho a asistir a la audiencia, pero debe ser representado por su abogado defensor, sin perjuicio de que, en último término, se le conceda la palabra.

Durante la audiencia el tribunal puede interrogar a los recurrentes sobre las cuestiones planteadas en el recurso.

4.- EL RECURSO DE CASACION.

El recurso de casación puede ser definido como el medio de impugnación por el cual una parte solicita a un órgano superior la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia o resolución de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o solicitando la anulación de la resolución para una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio.

El artículo 35 de las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento Penal» dispone que "*Todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante un Tribunal superior*". El artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también contempla el "*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*", como también lo dispone el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al decir que: "*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*". Se advierte que estos artículos disponen claramente el *derecho al recurso*, no se refieren necesariamente a que deba existir una *doble instancia* en el sentido riguroso del término, como se dirá más adelante. Lamentablemente nuestra jurisprudencia no ha tenido el cuidado de diferenciar entre el derecho al recurso y la doble instancia, en vista de la pluralidad de acepciones que tiene la palabra instancia. La doble instancia, en sentido estricto, supone que el proceso se desenvuelve en etapas o grados que han sido ordenados conforme al principio de preclusión, una instancia sucede a otra, para que la decisión del caso sea sometida sucesivamente a jueces distintos y en iguales condiciones de intermediación, de modo que no es concebible una segunda instancia sin haberse agotado los trámites de

¡Error! Marcador no definido.

la primera⁵³. MONTERO AROCA ha precisado con rigurosidad la diferencia entre el derecho al recurso y la doble instancia, advirtiendo que no existe base alguna para pretender que lo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice es que sea necesario que el legislador regula una verdadera segunda instancia o segundo grado jurisdiccional en el proceso penal.⁵⁴

Al establecer el nuevo Código Procesal Penal de 1996 -como lo hizo el Código de 1973- el juicio de instancia única, tanto el *juicio de hecho* como el *juicio de derecho* son revisables por vía del recurso de casación, y este derecho al recurso ha sido diseñado en nuestro sistema para el uso de todas las partes, pues la igualdad de las partes es un principio consustancial a la naturaleza del proceso. En efecto, toda sentencia condenatoria (también la absolutoria) supone dos operaciones: la primera consiste en determinar lo que ha de tenerse por "hecho probado" (juicio de hecho); la segunda —luego de que se ha determinado el hecho—, consiste en la labor de subsunción de ese hecho en alguno o algunos preceptos legales (juicio de derecho). Ambas operaciones pueden ser rigurosamente controladas mediante el recurso de casación contra la sentencia penal, la primera al examinar la motivación de los hechos⁵⁵ y la segunda al examinar la motivación de la subsunción típica en la sentencia penal. Epistemológicamente la casación sí permite juzgar la corrección de razonamiento tanto en el juicio de hecho como en el juicio de derecho que efectuó el tribunal de mérito.

Para poder satisfacer a nuestra Constitución Política, la sentencia penal condenatoria debe ser un texto intelegible y convincente para todos respecto a la "necesaria demostración de culpabilidad" (tanto como la sentencia absolutoria) y ello supone necesariamente una previa y también necesaria demostración de los hechos a los que se refiere la culpabilidad de su autor.

Respecto al Código de 1973, la Sala Constitucional ha considerado que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso⁵⁶, principios cuya observancia definitivamente debe mantenerse para la interpretación y aplicación de la nueva regulación legal.

En relación al Código Procesal Penal vigente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 2 de julio de 2004 (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica), consideró que el estado costarricense debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el supracitado artículo 8.2.h CADH, en relación al artículo 2 de la misma. Al respecto es necesario hacer las siguientes observaciones. En el §162

⁵³ Véase COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, págs. 169 a 170; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Argentina, 1998, págs. 207 y 361.

⁵⁴ MONTERO AROCA, Juan: *Principios del Proceso Penal Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, págs. 184 a 185.

⁵⁵ En este sentido véase ANDRES IBAÑEZ, Perfecto: *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en A.A.V.V.: "La sentencia penal", Madrid, Imprimer Mateu Cromo S.A., 1992, págs. 117 a 159, e IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

⁵⁶ Cfr. Sala Constitucional, N° 719 de las 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990.

de la sentencia citada, dice la Corte que analiza el recurso de casación a que tuvo acceso el señor Herrera Ulloa, y en el §167 dice que "en este caso" el recurso no satisfizo los requisitos del artículo 8.2.h. CADH de ser un recurso "amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior", sino que fue un recurso limitado. No se entiende cómo de los defectos del caso concreto del Sr. Herrera Ulloa, se pasa a hacer la afirmación general sobre la inidoneidad del recurso de casación, aseveración cuyo único fundamento probatorio posible, cabe suponer, serían las pericias que menciona, cuyas afirmaciones en punto al recurso de casación son muy discutibles. Considero que en los términos en que se ha diseñado legalmente el recurso de casación, sí permite un control sobre el juicio de hecho por parte del tribunal superior (llámese Tribunal de Casación o Sala de Casación). La Casación costarricense, en general, sí puede ser un recurso ordinario y eficaz, accesible y amplio en el sentido de que permite al tribunal superior realizar un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal de juicio, tanto de hecho como de derecho, que sí garantiza un examen integral de la decisión recurrida, mediante el cual el tribunal superior puede procurar la corrección de aquellas decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho. Y lo más notable del caso es que esa amplitud de la casación costarricense ha venido orientándose a equilibrar el derecho de todas las partes del proceso (bilateralidad). Considero que ha sido un error de razonamiento tachar todo un sistema legal de recursos sólo porque en un caso concreto ha sido defectuosa su aplicación.

Es necesario subrayar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos no garantizan la posibilidad de dos enjuiciamientos sucesivos por dos órganos judiciales diferentes, de modo que el segundo prevalezca sobre el primero, sino que buscan garantizar el control o fiscalización de la condenatoria que fue resuelta en el juicio de única instancia, para que esté exenta de error que agrave al imputado (en caso de error el superior puede anular la sentencia y ordenar el reenvío a un nuevo juicio —cuando fuere necesario y posible—, o resolver directamente de acuerdo con la ley aplicable). Se cumple con nuestra Constitución Política y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos al establecer un recurso contra las sentencias condenatorias, sin que importe su denominación (apelación o casación), lo que interesa es que permita verificar: A) si para la determinación del hecho que el *a quo* estimó acreditado en su sentencia se observaron las formas procesales que han sido dispuestas en favor del imputado (por ejemplo, se desvirtúa la determinación del hecho si por medio del recurso se pone en evidencia que la prueba esencial no es legítima; o que la existencia del hecho no se deriva de la prueba; o que la prueba no fue valorada conforme a las reglas de la sana crítica; o que la sentencia no describe el contenido ni la valoración de la prueba; que la correcta valoración de la prueba no permite tener certeza acerca de la existencia del hecho o de la participación del acusado); B) la calificación jurídica del hecho acreditado. La repetición o ampliación del juicio en un segundo grado o instancia no es lo que realiza o satisface los instrumentos internacionales en comentario, sino que a lo sumo extendería innecesariamente el proceso, viniendo más bien a deteriorar la situación del acusado, al someterlo a un doble enjuiciamiento que puede dar lugar a un círculo vicioso, porque si la repetición (o segunda instancia) da lugar a una nueva condena, sería necesario —para ser consecuentes— repetir el proceso y hacer otra nueva repetición del juicio (tercera instancia) para poder cumplir los instrumentos en comentario. El número de juicios no garantiza nada porque nunca habrá dos juicios iguales, el segundo diferirá del primero por efecto del transcurso del tiempo, por la variación de las condiciones de su realización y la eventual "contaminación" del primer juicio en los testigos (salvo casos de, por así decirlo, inmutabilidad de la prueba, por ejemplo si toda la que es decisiva es de naturaleza documental); puede pensarse en testigos que mueren o que por otra razón no comparecen al nuevo

¡Error! Marcador no definido.

juicio, o que olvidan u omiten decir detalles relevantes; o que ahora sí se acogen a la facultad de abstenerse de declarar (cuando ello es posible), entre otras hipótesis.

α.- El objeto del recurso de casación (en particular sobre el recurso del acusador⁵⁷). Si Costa Rica es una República democrática, libre e independiente (art. 1 CN); si los convenios internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tienen desde su promulgación autoridad superior a las leyes (art. 7 CN); si el ejercicio de la defensa es condición necesaria para que a una persona se le pueda hacer sufrir pena por delito (art. 39 CN); si todo lo anterior es cierto, entonces es inconstitucional que el Poder Judicial dicte condenas penales inimpugnables, porque el solo hecho de ser dictadas por un órgano de mayor jerarquía (llámese sala o tribunal de casación) obviamente no es garantía de que esté exenta de errores que agraven al imputado. El criterio de autoridad⁵⁸ es inaceptable en una democracia para legitimar una decisión judicial, prácticamente sería retroceder al tiempo en que las "verdades judiciales" las establecían los dioses o los soberanos absolutos⁵⁹, y no está de más recordar que la propia Sala de Casación ha indicado que: «*Siendo los jueces profesionales, al decidir acerca de cada una de las cuestiones que han sido objeto de debate o discusión, deben exponer, de manera clara y precisa, los motivos de hecho y de derecho en que fundan su decisión, pues en ningún caso la fundamentación se puede reemplazar o satisfacer con la mera enunciación de afirmaciones dogmáticas o de autoridad, por más prestigiosas que sean (véanse los artículos 142, 363 y 369 del Código Procesal Penal)*»⁶⁰.

Si la Constitución Política exige una "necesaria demostración de culpabilidad" como requisito para imposición de una pena (art. 39 CN), ¿qué clase de "demostración" será aquella que no pueda ser objeto de refutación o verificación en sede judicial?

La "necesaria demostración de culpabilidad" sólo puede ser aquella que logra resistir un examen crítico, que puede ser debatida y sometida a un procedimiento intelectual tal que asegure la constatación del rigor racional de sus conclusiones, pues es la *razón* la que nos permite alcanzar algunas certezas que sirvan como criterio para fundar nuestros conocimientos ante nosotros mismos y ante los demás, lo cual explica claramente Savater: «...lo primero que la razón intenta armonizar es mi punto de vista meramente

⁵⁷ Véase ARCE VIQUEZ, Jorge Luis: *La persistencia de la Inquisición. ¿Cuál es el objeto de la casación penal?*, en A.A.V.V.: "Una oportunidad para reflexionar, XXV aniversario del Ministerio Público", San José, Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, 2000, págs. 213 a 241.

⁵⁸ «El *argumentum ad verecundiam* es la apelación a la autoridad, al sentimiento de respeto que siente la gente por las personas famosas, para ganar asentimiento a una conclusión. Este argumento no siempre es estrictamente falaz, pues la referencia a una reconocida autoridad en el campo especial de su competencia puede dar mayor peso a una opinión y constituir un factor de importancia. Si varios legos discuten acerca de algún problema de la ciencia física y uno de ellos apela al testimonio de Einstein sobre la cuestión, este testimonio es sumamente importante. Aunque no demuestra lo que se sostiene, tiende indudablemente a confirmarlo. Sin embargo, esto es muy relativo, pues si en vez de legos son expertos los que discuten acerca de un problema que está dentro del campo de su especialidad, sólo deben apelar a los hechos y a la razón, y toda apelación a la autoridad de otro experto carecería completamente de valor como prueba» (COPI, Irving: *Introducción a la Lógica*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 34ª edición, 1995, p. 91).

⁵⁹ Véase FOUCAULT, Michel: *La verdad y sus formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980.

⁶⁰ SALA TERCERA, N° 1214-99 de las 10:05 hrs. del 24 de setiembre de 1999.

personal o subjetivo con un punto de vista más objetivo o intersubjetivo, el punto de vista desde el que cualquier otro ser racional puede considerar la realidad. Si una creencia mía se apoya en argumentos racionales, no pueden ser racionales sólo para mí. Lo característico de la razón es que nunca es exclusivamente mi razón. De aquí proviene la esencial universalidad de la razón, en la que los grandes filósofos como Platón o Descartes siempre han insistido. Esa universalidad significa, primero, que la razón es universal en el sentido de que todos los hombres la poseen, incluso los que la usan peor [...], de modo que con atención y paciencia todos podríamos convenir en los mismos argumentos sobre algunas cuestiones; y segundo, que la fuerza de convicción de los razonamientos es comprensible para cualquiera, con tal que se decida a seguir el método racional, de modo que la razón puede servir de árbitro para zanjar muchas disputas entre los hombres. Esa facultad (¿ese conjunto de facultades?) llamado razón es precisamente lo que todos los humanos tenemos en común y en ello se funda nuestra humanidad compartida»⁶¹

La universalidad de la razón y la conciencia es, ciertamente, el factor común que todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos reconocen como atributo de los seres humanos⁶², y desde esta óptica «el objetivo del método racional es establecer la *verdad*, es decir, la mayor concordancia posible entre lo que creemos y lo que efectivamente se da en la realidad de la que formamos parte»⁶³.

En este sentido -dice Savater-, la razón no sólo es un instrumento para conocer sino que tiene relevantes consecuencias *políticas*⁶⁴, pues todo razonamiento es *social*, en tanto reproduce el procedimiento de preguntas y respuestas que seguimos para discutir con nuestros semejantes los temas que nos interesan, de manera que la "necesaria demostración de culpabilidad" no es otra cosa que un convencimiento de carácter social, que hacen posible la publicidad del debate y la motivación de las sentencias penales.

Mediante la razón es posible, desde el punto de vista teórico y práctico, alcanzar una "verdad judicial" que a pesar de ser relativa⁶⁵ (¿cuál verdad es absoluta?) es necesaria para producir decisiones justas y salvaguardar el garantismo. La legitimidad de las decisiones judiciales, en un Estado democrático, sólo puede ser de tipo racional.

Pero, además, la razón posibilita fiscalizar técnicamente el razonamiento justificatorio del tribunal de juicio, lo cual es jurídicamente necesario, para posibilitar el control democrático sobre la administración

⁶¹ SAVATER, Fernando: *Las preguntas de la vida*, Barcelona, Editorial Ariel, p. 52 a 53.

⁶² Véase el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el *Preámbulo* de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

⁶³ SAVATER, Fernando: *Op. cit.*, p. 53.

⁶⁴ "Conversar no es lo mismo que escuchar sermones o atender voces de mando. Sólo se conversa - sobre todo, sólo se discute- entre iguales. Por eso el hábito filosófico de razonar nace en Grecia junto con las instituciones políticas de la *democracia*", SAVATER, Fernando: *Op. cit.*, p. 65.

⁶⁵ Se trata de una verdad relativa en doble sentido, porque los instrumentos cognoscitivos destinados a la verificación de los asertos encuentran limitaciones (imputables a la capacidad humana o al límite temporal que no puede exceder la solución judicial, y porque toda verdad es relativa a su "contexto", el cual comprende no solo los medios cognoscitivos disponibles sino además una estructura de referencia, como lo indica IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994.

de justicia, pues «Si el pueblo es el titular de la soberanía el ejercicio del poder judicial (las sentencias) deben legitimarse mediante una justificación racional (motivación), susceptible de ser comprendida y valorada críticamente por la ciudadanía»⁶⁶. Como decía don Fernando Coto Albán: «las sentencias deben defenderse solas, hablar por si mismas, estar fundadas y ser claras, precisas y concretas»⁶⁷.

Una correcta solución para el "problemático" recurso del acusador requiere la precisión de algunas premisas epistemológicas y condiciones procesales.

Premisa epistemológica: un juicio sobre el juicio. Para resolver el problema planteado sobre cual ha de ser el objeto de la casación debe partirse de la distinción epistemológica según la cual se puede diferenciar una *decisión* de su *fundamento* (o justificación), por lo que también podemos, en sede judicial, distinguir en una sentencia entre su parte dispositiva ("Por tanto") de sus fundamentos ("Considerandos").

Como lo explica Igartúa, a partir de la distinción epistemológica entre el "contexto de descubrimiento" (o proceso decisorio) y el "contexto de justificación" (o proceso justificatorio) es posible configurar un control que recaer sobre la *motivación* o *fundamentación* de la sentencia, dejando aparte el acierto o desacierto de lo *decidido* (proceso decisorio) por el tribunal de mérito en el "Por tanto": «*Un tribunal de instancia [...] decide condenar o absolver a un inculpaado y argumenta por que lo hace. Son dos procesos intelectuales distintos: uno desemboca en la decisión condenatoria/absolutoria; el otro consiste en la justificación de lo que se ha decidido*»⁶⁸

El objeto del control no es el itinerario recorrido en la búsqueda de la solución, sino el fundamento de las razones que se aducen en favor de tal decisión: interesan solo las razones que la sustentan (no interesa - aunque suene fuerte- si la decisión adoptada es correcta⁶⁹). Parafraseando a Bunge, podemos decir que el conocimiento judicial intenta ser verdadero y lo es con frecuencia, pero la veracidad, que es un objetivo, no caracteriza el conocimiento judicial de manera tan inequívoca como el modo, medio o método garantista por el cual la investigación judicial plantea problemas y pone a prueba las soluciones propuestas⁷⁰. Por ejemplo: «*Una decisión puede ser acertada y su justificación, en cambio, alocada. Imaginemos, p. ej., que el juez de primera instancia haya absuelto a Ticio porque -según él- un hombre con mirada tan beatífica es imposible que haga nada malo; y que, por contra, el juez de apelación lo condene en base a que los individuos sin hijos son necesariamente egoístas y de ellos hay que esperar siempre lo peor. Alguno de los dos jueces ha acertado en su decisión (ya que Ticio o es inocente o es culpable), pero*

⁶⁶ IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Op. cit.*, p. 215.

⁶⁷ Citado por el Presidente de la República Miguel Angel Rodríguez Echeverría en su discurso: "El Juez independiente en un Estado Democrático, Legitimación de la Función Judicial en una Sociedad Democrática", publicado en La Gaceta N° 46 del 6 de marzo del 2000.

⁶⁸ IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Op. cit.*, p. 172.

⁶⁹ «*Un tribunal de casación no debe entrar a censurar la corrección de lo que ha decidido el tribunal de instancia porque, a diferencia de éste, no dispone de una información total y de primera mano (inmediatez) sobre el caso. Pero, sin embargo, nada le impide (como cuando leemos un ensayo de historia) examinar si el razonamiento probatorio es lógico y suficiente o, por el contrario, no lo es*», IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Op. cit.*, p. 172.

⁷⁰ Cfr. BUNGE, Mario: *¿Cuál es el método de la ciencia?*, en "La Ciencia, su Método y su Filosofía", Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1998, págs. 54 a 55

ambos han fracasado en su justificación. Por tanto rechazar una justificación por irracional no implica descalificar la decisión por incorrecta»⁷¹

Por eso la Casación no es un juicio sobre el hecho, sino que solamente es un «juicio sobre el juicio» - particularmente sobre la motivación, como lo sostiene Ferrajoli⁷²-, o «juzgar el juicio de hecho» al decir de Andrés⁷³, o un «metajuicio», como dice Igartúa, ya que la Sala de Casación "no se pronuncia sobre la hipotética inocencia/culpabilidad de Ticio sino sobre el juicio [...] acerca de la inocencia/culpabilidad de Ticio. Que no es lo mismo."⁷⁴

Sostiene Ferrajoli que: «la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas [...] Y son vicios lógicos, censurables también en casación, no sólo los que violan la lógica deductiva e la subsunción legal, sino asimismo los que contrastan con la lógica inductiva de la inducción probatoria: por ausencia de argumentos suficientes para confirmar por modus ponens las hipótesis acusatorias, o por la presencia de argumentos idóneos para invalidarlas por modus tollens o, finalmente, por no haber sido desvirtuadas por modus tollens las contrahipótesis defensivas»⁷⁵

Condiciones procesales. Pero también es necesario considerar y precisar algunos aspectos formales del contexto normativo que supone la impugnación del acusador.

⁷¹ El subrayado no es del original, IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Op. cit.*, p. 172.

⁷² Así FERRAJOLI, *Los valores...*, p.451, quien dice: «La verdad es que el juicio sobre el juicio (o sea sobre la motivación) es algo menos y a la vez algo más que el juicio sobre el hecho (o juicio de mérito) [...] es algo más, dado que el juicio se refiere directamente a la inconsistencia de la inducción probatoria que resulta de la carencia o incongruencia de la motivación y por ende de los criterios de la inducción, es decir, las condiciones epistemológicas en ausencia de las cuales un determinado conjunto de datos probatorios no puede ser considerado "prueba adecuada". Estos criterios [...] nos reconducen sumariamente a dos esquemas argumentativos: el del modus ponens, esto es, el de la necesidad de una pluralidad de confirmaciones de la hipótesis acusatoria, y el del modus tollens, es decir, el de la necesidad de intentar todas las contrapruebas posibles para identificar las contrahipótesis explicativas alternativas de la hipótesis acusatoria»

⁷³ ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto: *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en A.A.V.V.: "La Sentencia Penal", Madrid, 1992, pág. 155 a 159.

⁷⁴ IGARTUA SALAVERRIA, *Op. cit.*, págs. 172 a 173. La motivación es algo de más que el proceso decisorio, porque puede utilizar argumentos no empleados para decidir; o algo de menos porque a lo mejor no contiene todos los factores que han influido en la decisión. la motivación no "refleja" o "representa" el iter decisorio, sino que es algo distinto, ya que su función fundamental es la justificativa y no la heurística. vale subrayar que "...la arbitrariedad consiste en adoptar decisiones (da igual su color: condena absolucón) sin justificación adecuada. Y esto no tiene nada de estridente. Cuando una sentencia absolutoria viene chapuceramente motivada debe ser casada, no porque el TS presume que el procesado es realmente culpable (a lo mejor piensa justamente lo contrario), sino porque la decisión (quizás justa en sí misma) no viene sustentada con suficientes razones. Vuelvo a la carga por enésima vez. El TS no es quien para juzgar si mengaño es culpable o zutano inocente; pero sí, en cambio, para examinar como se razona la culpabilidad de uno y la inocencia del otro", *Op. cit.*, p. 170.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón...*, pág. 623.

Recordemos que una vez cerrado el debate, el tribunal de juicio debe pasar de inmediato a deliberar y votar respecto de las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, lo que comprende, entre otras: la existencia del hecho, su calificación legal, la culpabilidad e individualización de la pena aplicable (cfr. art. 361 CPP), pues ellas han sido expresadas durante el proceso por el actor penal como contenidos concretos de su acción (cfr. arts. 303 y 305 CPP), especialmente en el debate (cfr. arts. 341 y 347 CPP), en la discusión final, cuando el fiscal expresa sus alegatos finales (art. 356 CPP).

La sentencia debe contener, entre otros requisitos, el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan (cfr. arts. 142 y 363 CPP).

De no satisfacerse estos requisitos, si falta, es insuficiente o es contradictoria la fundamentación sobre cómo se decidieron esas cuestiones planteadas ante el tribunal, la sentencia deviene ineficaz (cfr. art. 142 CPP) y constituye uno de los defectos de procedimiento que justifican la casación (cfr. art. 369 CPP), motivada en la inobservancia de los últimos preceptos legales que he citado, es decir, 361, 142 y 363 del CPP (cfr. 443 CPP).

Pero también debe recordarse que el Ministerio Público sólo podrá impugnar las decisiones judiciales que le causen agravio, siempre que no haya contribuido a provocarlo (cfr. art. 424 CPP) o a convalidarlo (cfr. art. 177 CPP). Quiere decir, por ejemplo, que si el tribunal de juicio califica el hecho tal como lo propuso el acusador en el debate, este no podrá reclamar en casación, por un repentino cambio de criterio, una diversa calificación jurídica que resulte más gravosa para el imputado; o pedir -bajo una misma calificación- la imposición de una pena superior a la que solicitó en el debate (cfr. art. 357 CPP), pues en estos casos, de haber error, el acusador contribuyó a provocarlo.

De esta manera, por ejemplo, si el Fiscal ha acusado una Tentativa de violación agravada y ha solicitado la imposición de la pena mínima (12 años de prisión, arts. 24 y 158 CP), pero el tribunal ha condenado por Abusos sexuales e impuesto la pena mínima (3 años de prisión, art. 161 CP), sin justificar adecuadamente en sentencia por qué se descarta la calificación y pena pretendida por el acusador, estamos en presencia de un vicio de naturaleza formal (*in procedendo*), porque el juzgador ha omitido expresar en la sentencia su voto fundado sobre dos de las cuestiones fundamentales sobre las que tenía que deliberar y decidir. Si la decisión impugnada -vamos a suponer- reposa en la duda de que la intención del imputado fuera la de acceder carnalmente a la víctima (ya que fue sorprendido y detenido antes de que tal cosa pudiera suceder), esta duda del tribunal, sobre el contenido concreto del dolo en el autor, debería haber sido suficientemente razonada o justificada por el *a quo*, a tal punto que su motivación pudiera transmitir y producir la misma duda en cualquier lector imparcial del fallo. De no ser así, de no descartarse racionalmente la posibilidad de adquirir certeza a partir de los elementos de prueba sometidos a su consideración (o de no justificar la "inevitabilidad" de la duda), estaríamos frente a un defecto esencial de la fundamentación, ya que el tribunal de mérito no cumplió con su deber de llegar a una conclusión luego de descartar racionalmente otras posibles conclusiones o explicaciones sobre el hecho.

Este defecto, que causa agravio al actor penal, se corrige mediante un juicio de reenvío, pues objetivamente la necesidad de su enmienda solo es posible de esta manera, si se quiere "preservar el

¡Error! Marcador no definido.

principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten", como prescribe el art. 6 del CPP, lo cual además resulta congruente con el contenido que estoy proponiendo para el objeto de la casación en Costa Rica.

Nótese que si el Ministerio Público refuta como vicio *in procedendo* la consistencia de la motivación de la sentencia en punto a la calificación jurídica del hecho, limita la competencia de la Sala de Casación, pues esta deberá abstenerse de enmendar directamente el vicio (como si fuera *in iudicando*), porque la ley dispone que «*El recurso atribuirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso, sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios*» (art. 431 CPP). Conforme al sistema que propongo, el recurso del Ministerio Público, al delimitar la competencia de la Sala, estaría determinándola a adoptar una solución objetiva y técnica, no solo respetuosa de la igualdad entre las partes, sino también fiel a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuya observancia debe fiscalizar objetivamente el Ministerio Público, pues la ley dispone que: «*En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo, deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aun en favor del imputado*»⁷⁶

La Sala de Casación debe anular -total o parcialmente- la sentencia impugnada y ordenar la remisión del proceso al competente, para la nueva sustanciación del juicio oral y público, sin que el tribunal de reenvío tenga razón alguna por que sentirse comprometido por el criterio de la Sala, sino que debe resolver el caso como corresponda, con absoluta independencia de criterio.

En contra de esta tesis podría alegarse que, al actuar de esta manera, la Sala de Casación le está diciendo al tribunal de reenvío cómo debe resolver el asunto, lo cual no es cierto, en tanto que la Sala tenga el cuidado de atenerse al objeto aquí propuesto y justifique el reenvío en que la motivación jurídica de la sentencia impugnada es deficiente porque deja abiertas otras *posibilidades* que el juez de mérito no consideró en los fundamentos de su sentencia o no lo indujeron a demostrar y explicar con más exactitud sus constataciones y conclusiones respecto a la calificación jurídica del hecho (para excluir esas otras "posibilidades"), de modo que el reenvío se justificaría no por haber sido incorrecta la calificación jurídica del hecho (vicio *in iudicando*), sino porque es reprochable la motivación con relación al resultado obtenido, esto es, porque la fundamentación de la sentencia impugnada no suministra un apoyo sólido a las conclusiones sobre la calificación jurídica del hecho, lo cual no tiene, en realidad, nada de extraordinario⁷⁷, pues se trata de una situación análoga a la anulación y reenvío que se ordenan cuando se constata una violación a las reglas de la sana crítica, que es uno de los vicios *in procedendo* más

⁷⁶ Artículo 63 del CPP.

⁷⁷ En efecto, *mutatis mutandis* esto es lo que sucede muchas veces al declarar la nulidad de una sentencia por vicios *in procedendo*, como lo ilustra claramente la sentencia de la Sala Tercera V-481-F de las 11:00 hrs. del 16 de octubre de 1992, en la cual se adoptan los criterios aquí expresados para anular, e incluso se llega a advertir; «*...a los señores Jueces Superiores que concurran al juicio de reenvío, se les recuerda que, al haberse acogido el presente reclamo por inobservancia de formas prescritas bajo pena de nulidad, la Sala NO está prejuzgando sobre el fondo del asunto, ni lo resuelto por ella en forma alguna debe influir sobre su ánimo, el cual debe recibir en forma libre, original y primigenia la impresión conviccional de las pruebas y el vigor de las razones de las partes*».

frecuentes.

Es importante tener presente que si la Sala de Casación ordena la renovación o rectificación de un acto nulo, es porque ello es necesario y posible⁷⁸, lo cual depende, entre otras cosas -y en términos generales- de la naturaleza del defecto, la incidencia del agravio causado y del interés particular de quien recurre⁷⁹. La *necesidad* y *posibilidad* deben concurrir, por ejemplo, para declarar la anulación total parcial de una sentencia y ordenar la reposición del juicio o de la resolución. Esta es la solución de principio adoptada por el art. 450 CPP. "En los demás casos" -propone la ley como solución residual- la Sala enmienda directamente el vicio o error judicial, resolviendo directamente el asunto de acuerdo con la ley aplicable, porque es innecesario o inútil, imposible o estéril, reponer el juicio o la resolución.

La tesis que aquí sostengo, curiosamente, incluso podría sostenerse a partir de un precedente jurisprudencial de la Sala de Casación, donde se estableció -siguiendo a Walter⁸⁰- que si bien el sistema de *libre convicción* o *sana crítica racional* establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, lo cierto es que supone o exige que las conclusiones a que se llega sean el fruto racional de las pruebas en que se las apoye, y que el control de las reglas de la sana crítica racional en Casación en realidad no afecta o limita el principio de la libre apreciación de la prueba, sino que es inherente a éste y no tiene otro propósito que el convencimiento de la verdad: «"La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado (Juez) logre sus conclusiones sobre los hechos de causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común"... No sobra decir que la adopción de este sistema implica, por lo tanto, la necesidad de *motivar* o *fundamentar* las resoluciones... consistente en extender las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que se llega y los elementos de prueba utilizados, lo cual requiere la concurrencia de dos operaciones, a saber: la *descripción* (reproducción o precisión) del contenido del elemento probatorio y su *valoración crítica* (mérito o consideración razonada), con miras a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya (de no ser así, no sería posible verificar si la conclusión a que se llega deriva racionalmente de esas probanzas, invocadas en su sustento). "Una sentencia tiene fundamento... si la libre convicción de la mayoría sobre cada una de las cuestiones planteadas para resolver respecto de la acusación penal o de la demanda civil, está explicada en forma completa mediante elementos probatorios de valor decisivo, que no sean contradictorios entre sí, ni son ilegales, ni contrarios a las reglas de la sana crítica racional"... Así, cuando en casación se acusa la "violación o inobservancia de las reglas de la sana crítica racional", en realidad se está diciendo que las constataciones efectuadas o las conclusiones deducidas por el juez de mérito (o juez de los hechos) dejan abiertas aún *otras posibilidades*, que el juez no consideró en los fundamentos de su sentencia o no lo indujeron a demostrar y a fundamentar con más exactitud sus constataciones y conclusiones (para excluir esas otras posibilidades), por lo tanto, una sentencia no se anula por haber sido incorrecta la apreciación, sino que se anula por no ser *irreprochable* la **exposición** con relación al resultado obtenido... Por eso cuando la

⁷⁸ Este principio se colige de la relación de los artículos 175 a 179, 424, 433 y 450 del Código Procesal Penal.

⁷⁹ Esto da lugar a una constelación de posibilidades respecto a los casos y efectos de la sentencia de casación, que supone necesariamente la consideración de otros principios y factores además de los que se han expuesto en esta breve exposición, cuya explicación excede los límites de este ensayo.

⁸⁰ Cfr. WALTER, Gerhard: *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, Editorial Temis, 1985, págs. 349 y ss.

Sala revisa la sentencia del *a quo* no hace constataciones de hecho propias -releccionando o revalorando la prueba-, sino que solamente anula las constataciones efectuadas por el juez de los hechos en cuanto sus razonamientos no suministren sostén a la conclusión, pues la Sala extrae sus propios elementos de juicio únicamente de la sentencia y de su fundamentación (pues ella solo dispone de "actuaciones inertes" y no de la inmediatez del debate oral con todos los medios de prueba). Eso explica que una decisión propia sobre el fondo del asunto tomada por la Sala de Casación es admisible únicamente cuando (dicho *grosso modo*) ya no se necesitan más discusiones ni constataciones de hechos (esto explica también el denominado *límite de intangibilidad de los hechos*), pues de lo contrario la causa tendría que anularse y reenviarse para la nueva sustanciación...»⁸¹

Conforme a esta sentencia, la observancia de las reglas de la sana crítica racional es inherente al principio de libre apreciación de la prueba (no observándose dichas reglas, se habría salido el *a quo* de la libre apreciación de la prueba y sería, por tanto, anulable su sentencia en casación); explica el por qué de la obligación de fundamentar las sentencias; y opera únicamente allí donde algo puede ser de un modo o de otro, es decir, cuando existe una **alternativa razonable**⁸², pues la posibilidad de elección es necesaria para la apreciación⁸³.

⁸¹ SALA TERCERA, V-481-F de las 11:00 hrs. del 16 de octubre de 1992.

⁸² «Por ejemplo, "si las leyes de la herencia biológica nos dicen que es imposible que la persona de la que se afirma que es el padre de la criatura sea el procreador de esta, no existe la alternativa de que sea el padre y, por tanto, no cabe la apreciación de la prueba" (WALTER, Gerhard: *Op. cit.*, Bogotá, Editorial Temis, 1985, pág. 355.

⁸³ Lo que nos ejemplifica la sentencia en comentario: «En el presente caso se nota que la mayoría del Tribunal se planteó una "alternativa" entre el dicho de [M.Q.], por una parte, y la sostenida por la ofendida y sus padres -que a la vez se ve respaldada por el dictamen médico indicado-, por otra. ¿Es válido -cuando menos convincente- dicho planteamiento "alternativo"?. Estima esta Sala que no lo es, y no por la diferencia *cuantitativa* entre ambas "alternativas" (sin que por ello sea necesariamente despreciable), sino por la evidente desigualdad *cualitativa* que a primera vista se constata entre ellas, la cual no fue salvada o revisada, ni mereció ninguna atención dentro de la fundamentación rendida por la mayoría del Tribunal. Las reglas de la experiencia nos indican que la testigo [M.Q.] no solo podía tener interés en este asunto por la circunstancia de ser esposa y dependiente económica del encartado, sino también -y acaso principalmente- por el hecho de que en el Requerimiento fiscal se acusó su presencia en el lugar de los hechos. Es cierto que contra ella no se ha seguido causa penal alguna -ni los suscritos Magistrados suponen que ella tuviera alguna forma de participación-, pero es razonable pensar que su dicho bien podía incriminarla en los hechos acusados, aspecto del que tampoco se percató la mayoría del Tribunal. Estos son aspectos que nos informan las reglas de la experiencia común, cuyo examen no registra el voto mayoritario, que ciertamente no descalifican *per se* el testimonio de [M.Q.], pero que necesariamente debieron merecer un *análisis expreso* por parte de la mayoría para poder colocar dicho testimonio en un plano de alternatividad (o incluso de superioridad) respecto a los demás elementos de prueba citados, conforme a un sano ejercicio de la libre apreciación de la prueba. De haberse hecho así, la validez lógica del razonamiento expresado en la fundamentación del voto de mayoría sería irrefutable, pero ante los defectos apuntados en la exposición se constata esa otra "posibilidad" no considerada ni excluida por la mayoría que implica que las conclusiones de aquella no son necesariamente verdaderas, ni siquiera razonables, pues el deficiente análisis que se expone no excluye que el testimonio de [M.Q.] sea racionalmente inadmisibles como fuente de convicción frente a los otros elementos de prueba de valor decisivo citados. Dicho en otras palabras, la

Si al tribunal debe llegar a una conclusión luego de descartar racionalmente otras posibles conclusiones o explicaciones sobre el hecho, ¿cómo ha de elegir esa alternativa o posibilidad? «Elegimos la teoría -dice Popper- que se mantiene mejor en la competición con las demás teorías, la que por selección natural muestra ser más apta para sobrevivir; y ésta será la que no solamente haya resistido las contrastaciones más exigentes, sino que sea, asimismo, contrastable del modo más riguroso»⁸⁴, lo cual cabe examinar en casación, conforme a los principios rectores del ordenamiento jurídico y mediante el método de inclusión o supresión hipotética.

b.- Organos. La Sala Tercera Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce de los recursos de casación que no sean de competencia del Tribunal Superior de Casación (art. 56 inc. 1º LOPJ), siendo que este último conoce de los recursos de casación interpuestos en los asuntos de juez penal (art. 93 inc. 1º LOPJ). La Corte Plena conoce del recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala Penal en el juzgamiento de miembros de los Supremos Poderes (art. 399).

c.- Motivos. "Los motivos -dice Núñez- son las causales (agravios) o vicios que pueden invocar los titulares del derecho a recurrir una resolución por la vía de casación"⁸⁵, y están contemplados en el artículo 443 del Código Procesal Penal de 1996. En la doctrina y práctica forense se habla de los reclamos por errores *in iudicando* o *in procedendo* respectivamente, teniendo estos dos tipos de reproche -en principio- consecuencias o efectos diferentes, como se verá más adelante, al comentar el art. 450.

El nuevo texto legal enuncia los motivos de casación de un modo diferente al de 1973⁸⁶. Según el art. 443 del nuevo Código Procesal Penal, denominado "Motivos": "*El recurso de casación procederá cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de defectos absolutos y los producidos después de clausurado el debate*"

La nueva formulación de los "motivos" (que siguen siendo una pluralidad) no desconoce que el "precepto legal" inobservado o erróneamente aplicado puede ser de naturaleza *sustantiva* o *adjetiva*, lo cual viene a subrayar el párrafo segundo del art. 443. Con este nuevo planteamiento se pretende atenuar el rigor técnico de la normativa de 1973, dando mayor margen al Tribunal de Casación para resolver el caso de la manera más adecuada a los fines de la Justicia.

Sin embargo, esto no debe entenderse en el sentido de que la distinción entre vicios *in iudicando* y errores *in procedendo* ha perdido toda significación o importancia, pues lo cierto es que el párrafo segundo del art. 445 sigue exigiendo que en el escrito de interposición del recurso se indique "...por

valoración o consideración razonada expresada por la mayoría del Tribunal respecto al testimonio de [M.Q.] no evidencia su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya. Por las razones expuestas procede declarar con lugar este motivo del recurso, declarando la nulidad de la sentencia impugnada y del debate que la precedió y remitiendo el proceso al competente para la nueva sustanciación que determina la ley....»

⁸⁴ POPPER, Karl: *Op. cit.*, p. 103.

⁸⁵ NUÑEZ, *Op. cit.*, p. 463.

⁸⁶ Cfr. art. 471 del Código de Procedimientos Penales vigente.

separado cada motivo con sus fundamentos". De ahí que estimemos conveniente analizar cada uno de estos motivos, según su perfil tradicional.

- **Vicios in iudicando.** Aquí "precepto legal" se refiere a la ley que es aplicada por Juez *a quo* para resolver el caso o cuestión llevada a su conocimiento y consiste en la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (vicio de juicio o error *in iudicando*), o lo que es lo mismo, en la violación o defectuosa aplicación de la ley de fondo, tanto penal como civil⁸⁷ en sentido lato si viniese al caso.

El art. 369 inc. i) del Código de 1996 señala que uno de los defectos de la sentencia que justifican la casación será "La inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva".

Este defecto se produce si se aplica una norma que no corresponde al cuadro fáctico acreditado en el juicio y valorado por el *a quo*, o cuando, no obstante aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele (errónea aplicación o interpretación); o cuando deje de aplicarse la norma (falta de aplicación).

La evaluación o calificación legal del denominado "hecho probado", es decir, el examen de su relación lógica con la ley penal con miras a la verificación de si tal situación fáctica admitida reúne los elementos constitutivos de una figura penal como conducta típica, antijurídica y culpable, es una facultad que el Tribunal ejerce cuando declara la ley sustantiva aplicable para resolver el fondo del caso o cuestión llevada a su conocimiento (no la ley de naturaleza formal que regula el procedimiento para llegar a esa resolución).

Es muy importante subrayar que el reclamo por vicios *in iudicando* debe formularse a partir del supuesto de hecho establecido en la sentencia, a efecto de examinar si el caso se resolvió de acuerdo a la ley sustantiva aplicable, no para revisar la solución del problema probatorio que antecedió la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado, lo cual es objeto del reclamo por vicios *in procedendo*, pues esta cuestión atañe, por ejemplo, a lo que es la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica racional⁸⁸ y a la fundamentación⁸⁹ de la sentencia, que son algunas de las formas procesales a las que debe ajustarse el juzgador. Recalamos esto por ser precisamente uno de los defectos de interposición más frecuentes en la práctica.

- **Vicios in procedendo.** Así se alude a la infracción de preceptos legales de carácter o naturaleza procesal, es decir, a la ley que regula el procedimiento necesario para llegar a la resolución final (vicio de actividad o error *in procedendo*). Se trata de una violación o inobservancia de la ley que contempla las normas procesales que establecen las formas que deben observarse en el cumplimiento de los actos procesales.

⁸⁷ "La ley civil de fondo puede ser también materia de casación cuando se la aplica erróneamente o cuando no se observa, ya sea en lo que respecta a la acción civil resarcitoria que se hace valer en el proceso, ya en cuanto la ley civil debe ser interpretada y aplicada para la exacta tipificación de una figura delictiva (al dar contenido a los elementos normativos jurídicos del tipo) o para resolver sobre cuestiones previas o prejudiciales" ARCE VIQUEZ, Jorge Luis: *Los Organos de la Casación Penal frente a la Apertura del Recurso de Casación*, San José, Separata de la Revista Ciencias Penales N° 9, Año 6, 1994, p. 23.

⁸⁸ Cfr. arts. 142 párrafo 4°, 184, 204, 361, 369 inciso d) del Código Procesal Penal.

⁸⁹ Cfr. arts. 142 y 369 inc. d) del Código Procesal Penal.

Con la nueva formulación legal es mucho más amplio el conjunto de defectos susceptibles de ser acusados en casación, pues el Código de 1973, en su art. 471 inc. 2), lo limita en principio a la inobservancia de las normas establecidas bajo pena de inadmisibilidad⁹⁰, caducidad⁹¹ o nulidad⁹².

Así, bajo la expresión "defecto del procedimiento" se deben comprender: a) la omisión de un requisito exigido por la ley; b) la omisión de un acto o serie de actos que la ley exige; c) el cumplimiento de un acto de manera distinta a lo que la ley establece; d) el cumplimiento inoportuno de un acto, ya sea antes o después del momento procesal señalado por la ley⁹³.

Debe destacarse -como una importante novedad del nuevo Código Procesal Penal- que el examen de los vicios *in procedendo* admite actividad probatoria útil, que puede ofrecer el recurrente u ordenar de oficio el Tribunal de Casación, para acreditar estos defectos en el trámite cumplido (cfr. art. 449 y el comentario que se hace de él más adelante).

El art. 369, en sus primeros ocho incisos, señala defectos de la sentencia que justifican la casación.

- **Prelación.** Puede suceder que en un recurso se denuncien tanto vicios de juicio como de actividad. En este caso el Tribunal de Casación entra a conocer en primer término las alegaciones de forma toda vez que si uno de los errores procesales acusados afecta la validez formal de la causa, el pronunciamiento

⁹⁰ "...la inadmisibilidad es la imposibilidad jurídica de que un acto ingrese al proceso debido a su irregularidad formal, por inobservancia de una expresa disposición legal", AYAN, *Op. cit.*, p. 72. Las sanciones de inadmisibilidad no están reguladas de manera sistemática en el Código de Procedimientos Penales vigente, previéndose algunos casos en forma específica, como ocurre con los requisitos relativos a la instancia de constitución del actor civil (art. 57), al ofrecimiento de testigos nuevos durante el término de citación a juicio (art. 351, párrafo cuarto), el acto de interposición de los recursos (art. 452), etc. El nuevo Código Procesal Penal alude expresamente a la sanción de inadmisibilidad en sus arts. 58, 74, 304 y 410. Otras normas que se refieren a la admisibilidad en el nuevo textos son los arts. 88, 107, 108, 115, 121, 183, 293, 319, 320, 373, 411, 427, 440, 443 y 447.

⁹¹ "...la caducidad es la pérdida del poder jurídico para cumplir un acto procesal, por haber transcurrido el término perentorio dentro del cual dicho poder debió ser ejercido", AYAN, *Op. cit.*, p. 72. Las sanciones de caducidad tampoco están reguladas de manera sistemática en el Código de Procedimientos Penales vigente, previéndose algunos casos en forma específica, por ejemplo para el planteamiento de cuestiones preliminares durante el debate (art. 371), la oposición de los demandados a la constitución en actor civil, tanto durante la instrucción (art. 61) como en el trámite de la información sumaria previa a la citación directa (art. 63), etc. pero existen otros casos en que la ley vigente acepta implícitamente esta sanción, como ocurre con los plazos perentorios cuyo vencimiento produce caducidad de la facultad o del poder no ejercido como, por ejemplo, los términos previstos para la interposición de los recursos.

⁹² "...la nulidad es la sanción procesal que determina la falta de eficacia legal de un acto jurídico, porque él se ha cumplido sin observar las formas prescriptas -de manera genérica o específica- por la ley", AYAN, *Op. cit.*, p. 72. El nuevo Código Procesal Penal alude a la nulidad en sus arts. 416, 433, 450 y 451.

⁹³ Por el contrario, no habrá inobservancia de las formas procesales cuando en la resolución del *a quo* se aplique erróneamente una norma procesal que no determine formalidad ni contradiga la ley de fondo. Esta situación no podrá motivar la casación, puesto que tampoco se incurre en vicio *in iudicando*.

sobre los motivos de fondo resultaría -en principio⁹⁴- innecesario, dada la naturaleza del efecto propio del recurso intentado por esta vía⁹⁵ (el Tribunal anula la resolución impugnada, el debate en que ella se hubiese basado o los actos cumplidos de modo irregular, y remite el proceso al competente para la nueva sustanciación que determine)⁹⁶. Sin embargo, en algunas oportunidades la Sala de Casación ha analizado en sentencia primero el reclamo por vicios *in iudicando*, amparándose a "evidentes" razones de economía procesal⁹⁷; también tenemos conocimiento de una sentencia que resolvió primero el recurso por vicios *in iudicando*, indicándose en ella que los reclamos por vicios *in procedendo* fueron interpuestos en "subsidio" y que, de todas maneras, en ese caso faltaba interés procesal para decretar la nulidad que se solicitaba en aquel⁹⁸. El orden en que se resuelven los reclamos también puede ser determinado por el interés, expreso o patente, justificado de la parte para que los reclamos se examinen siguiendo una secuencia determinada⁹⁹, por ejemplo: «*El Fiscal Auxiliar Adjunto de Narcotráfico ha planteado recurso de casación, el cual motiva tanto por vicios in procedendo como por errores in iudicando, pero advirtiendo expresamente la solicitud de que la Sala se pronuncie en primer término sobre el motivo de fondo y subsidiariamente sobre los motivos de forma, solicitud atendible, dado que si el recurso atribuye a esta Sala el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios, para determinar el orden en que estos se han de resolver debe estarse no solo a la naturaleza del motivo de impugnación sino también al interés fundado de quien lo acusa y de sus pretensiones*»¹⁰⁰.

⁹⁴ Se exceptúan algunas hipótesis de **nulidad parcial** de la sentencia (véase el párrafo 2° del art. 483 CPP de 1973). Por ejemplo si se declara con lugar el recurso intentado por el imputado y se anula la sentencia sólo en cuanto a lo resuelto sobre la acción civil, no procede el reenvío, sino enviar a las partes a la vía civil, debido a que la acción civil subsiste mientras esté pendiente la penal.

⁹⁵ "Tanto el recurso de forma como el de fondo... deben formalizarse en un mismo escrito, pero separadamente uno de otro... La separación de los dos recursos, dándole prioridad al de forma, como regla de obligatoria observación, obedece a que el estudio de la Corte ha de concretarse en primer término a las violaciones de reglas procedimentales, pues de ser éstas procedentes, su consecuencia es la nulidad total del fallo recurrido, y consiguientemente, es innecesario entrar en el estudio y resolución de las violaciones de fondo que se hubiesen denunciado" CHIOSSONE, Tulio: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967, pág. 314.

⁹⁶ Así, SALA TERCERA, N° 200 F de 15:00 hrs. del 8 de octubre de 1985. En igual sentido SALA TERCERA, N° 217 F de 10:15 hrs. del 18 de setiembre de 1986.

⁹⁷ Por ejemplo SALA TERCERA, V-229 F de 9:50 hrs. del 24 de mayo de 1991. De esta misma Sala véanse las resoluciones N° 94-F de las 14:40 horas del 11 de junio de 1985; N°255 de 16:25 hrs. del 17 de diciembre de 1985; y V-349 F de 9:35 hrs. del 18 de diciembre de 1987.

⁹⁸ SALA TERCERA, N° 87 F de las 15:10 hrs. del 28 de mayo de 1985.

⁹⁹ Por ejemplo se ha dicho: "La Licda..., en su condición de representante del Ministerio Público, ha interpuesto recurso de casación, acusando tanto vicios *in procedendo* como errores *in iudicando*, pero advirtiendo, al definir las pretensiones de su impugnación, que su interés es que primero sea resuelto el recurso por el fondo y que, en caso de que éste no prospere, sea declarado con lugar el recurso por la forma. Considerando que, en términos generales, la principal disconformidad de esa representación gira en torno a la calificación jurídica del hecho y que su recurso por la forma presumiblemente tiene por objetivo lograr la calificación jurídica que ella ahora intenta obtener con su recurso, considera esta Sala que la secuencia sugerida por la impugnante es atendible, razón por la cual entra a conocer en primer término el recurso por vicios *in iudicando*" (Sala Tercera, V-120-F de las 10:00 horas del 29 de marzo de 1996).

¹⁰⁰ SALA TERCERA, N° 2001-00036 de las 10:00 hrs. Del 12 de enero del 2001.

Por similares razones se acostumbra entrar a resolver de una vez aquellos motivos que son de recibo, entre varios otros de la misma índole (forma o fondo), defectuosos, inatendibles o reiterativos en cuanto a su argumentación, cuando el acogimiento de aquellos excluye jurídicamente la necesidad de pronunciarse sobre el fondo de los otros, lo cual se explica en cada resolución¹⁰¹. También debe respetarse el orden de las cuestiones cuya decisión excluya la consideración de otra u otras. Por ejemplo, en los reclamos por vicios *in iudicando* la decisión sobre la tipicidad penal del hecho debe ser anterior a la decisión sobre su antijuridicidad, la decisión sobre ésta debe preceder a la referida a la culpabilidad del autor o a la concurrencia de una excusa absolutoria o de una causa de extinción de la pretensión penal¹⁰².

d.- Resoluciones recurribles. El art. 444 dispone que, además de los casos especialmente previstos¹⁰³, solo se podrá interponer el recurso de casación contra la sentencia y el sobreseimiento dictados por el tribunal de juicio¹⁰⁴.

Los defectos de la sentencia que justifican la casación están enumerados en el art. 369, y son los siguientes:

- a) Que el imputado no esté suficientemente individualizado¹⁰⁵.
- b) Que falte la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado¹⁰⁶.
- c) Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por lectura con violación de las normas establecidas en este Código.¹⁰⁷

¹⁰¹ Por ejemplo SALA TERCERA, V-183-F de 10:15 hrs. del 3 de mayo de 1991.

¹⁰² Cfr. CHIRINO SANCHEZ, Alfredo e ISSA EL KHOURY JACOB, Henry: Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal, San José, Ilanud, 1991 y BACIGALUPO, Enrique: La Técnica de Resolución de Casos Penales, Madrid, Editorial Colex, 1988.

¹⁰³ Cfr., por ej., los arts. 39 a 42 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales, N° 5711 del 27 de junio de 1975.

¹⁰⁴ Cfr. art. 340, párrafo segundo, del Código Procesal Penal.

¹⁰⁵ Sobre la identificación del imputado cfr. arts. 83, 94 y 363 inc. a), y sobre su individualización cfr. 67, 98, 113, 115 párrafo 2º, 185 párrafo 2º, 237 inc. b), 287, 298 y 381, todos del Código Procesal Penal.

¹⁰⁶ Cfr. art. 363 inciso c) del Código Procesal Penal.

¹⁰⁷ El Ministerio Público y los Tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos (art. 180). Sobre la legalidad de la prueba véase el art. 181; sobre libertad probatoria, admisibilidad de la prueba y su valoración véanse los arts. 182 a 184. En el art. 334 se señalan los casos en que se puede incorporar al juicio prueba mediante su lectura. El Tribunal de Casación debe apreciar la incidencia de esa prueba (que ilegalmente se incorporó o dejó de incorporar al debate) en las conclusiones del *a quo*, para lo cual debe también considerar la valoración que se hizo de aquella que sí fue legalmente incorporada y analizada, para determinar si las conclusiones se mantienen o no, mediante el método de inclusión o supresión hipotética de la prueba, según sea el caso. Sobre este método de análisis véase RUA, *Op. cit.*, págs. 173-175.

d) Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación¹⁰⁸ de la mayoría del tribunal o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica¹⁰⁹, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo. Es importante señalar que en el artículo 34 de las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal» se ordena que "La sentencia penal deberá ser motivada, con indicación expresa de las pruebas que la fundamentan y de las normas jurídicas aplicadas. Asimismo, la sentencia será redactada de manera comprensible para los que intervinieren en el proceso."

e) Que falte en sus elementos esenciales la parte dispositiva¹¹⁰.

f) Que falte la fecha del acto¹¹¹ y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces¹¹² y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos legalmente¹¹³.

g) La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación¹¹⁴ y redacción¹¹⁵ de la sentencia.

h) La inobservancia de las reglas relativas a la correlación entre la sentencia y la acusación¹¹⁶.

i) La inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva¹¹⁷.

e.- Interposición. Conforme al art. 445 del nuevo Código Procesal Penal de 1996, el recurso de casación debe interponerse ante el Tribunal que dictó la resolución, dentro del plazo común de quince días hábiles a partir del día siguiente a la notificación¹¹⁸.

El recurso de casación debe hacerse mediante un escrito fundado en el que deben citarse con claridad las disposiciones legales que se consideran inobservadas o erróneamente aplicadas, así como debe señalarse la concreta afectación, perjuicio o agravio que se deriva de tales defectos¹¹⁹.

En este escrito deben indicarse por separado cada motivo con sus fundamentos, es decir, cada uno de los vicios *in procedendo* o cada uno de los errores *in iudicando* deben ser acusados de manera

¹⁰⁸ Cfr. art. 142 del Código Procesal Penal.

¹⁰⁹ Cfr. arts. 142 párrafo 4º, 184, 204 y 361 del Código Procesal Penal.

¹¹⁰ Cfr. art. 363 inc. d. del Código Procesal Penal.

¹¹¹ Las resoluciones judiciales deberán señalar el lugar y la fecha en que se dictaron (cfr. art. 141 párrafo tercero), requisito especialmente previsto para la sentencia en el art. 363 inc. a) del Código Procesal Penal..

¹¹² Cfr. art. 363 inc. e) del Código Procesal Penal.

¹¹³ Cfr. art. 144 del Código Procesal Penal.

¹¹⁴ Cfr. art. 360 del Código Procesal Penal.

¹¹⁵ Cfr. art. 364 del Código Procesal Penal.

¹¹⁶ Cfr. art. 365 del Código Procesal Penal.

¹¹⁷ Véase lo dicho sobre vicios *in iudicando*.

¹¹⁸ Cfr. art. 167 del Código Procesal Penal.

¹¹⁹ Cfr. art. 424 del Código Procesal Penal.

independiente, explicando en qué consistió el vicio y la incidencia que este tuvo para lo resuelto. Aquí es precisamente donde el impugnante debe demostrar con su argumentación el agravio o perjuicio que le causa la resolución, y formular sus pretensiones de acuerdo a la naturaleza del defecto acusado. Si, por ejemplo, fueran varios vicios *in procedendo*, estos deben reclamarse por separado, sin perjuicio de que el recurrente señale como la relación de estos le causa un agravio.

Para la formulación del recurso es muy importante la claridad de la exposición y el orden lógico que esta debe seguir en la enunciación de los reproches. Por ejemplo -como se dijo antes-, en el recurso por vicios *in iudicando* la decisión sobre la tipicidad penal del hecho debe ser anterior a la decisión sobre su antijuridicidad, la decisión sobre ésta debe preceder a la referida a la culpabilidad del autor o a la concurrencia de una excusa absolutoria o de una causa de extinción de la pretensión penal.

Fuera de esta oportunidad -dice el párrafo tercero del art. 445- no podrá aducirse otro motivo, es decir otro vicio *in procedendo* o *in iudicando*. Lo que sí se puede hacer es ampliar los fundamentos o argumentos de los vicios denunciados en el recurso, ya sea por escrito durante el emplazamiento (art. 446) o de viva voz durante la audiencia oral o "vista" (art. 448).

f.- Emplazamiento. Una vez que ha sido interpuesto el recurso ante el Tribunal que dictó la resolución, este dará audiencia a los interesados por el término de cinco días, conforme al art. 446.

Dentro de este plazo, si fuere necesario, los intervinientes deben fijar un nuevo lugar¹²⁰ o forma¹²¹ para recibir notificaciones en alzada, y también podrán formular adhesiones. Si se produce alguna adhesión, el tribunal de instancia conferirá nueva audiencia a las partes sobre este extremo, por el término de cinco días.

Vencido estos plazos se remitirán las diligencias al Tribunal de Casación competente.

g.- Trámite. Si el Tribunal de Casación considera que el recurso o la adhesión no son admisibles, así lo declarará mediante auto fundado y devolverá las actuaciones al Tribunal de origen, según lo estipula el párrafo primero del art. 447. Contra esta decisión cabe recurso de revocatoria (art. 434).

Es importante reiterar que, conforme al art. 15, si el Tribunal de Casación constata un defecto formal de interposición saneable en el recurso debe comunicarlo al interesado y otorgarle un plazo no mayor de cinco días para que lo corrija. Si la corrección no se produce en el plazo conferido, resolverá lo que corresponda.

Si se declara admisible el recurso y no debe convocarse a una audiencia oral o "vista"¹²², ni debe

¹²⁰ Cfr. art. 157 del Código Procesal Penal.

¹²¹ Cuando el interesado lo acepte expresamente -según el art. 160-, se le podrá notificar por medio de carta certificada, facsímil o cualquier otro medio electrónico; en este caso el plazo correrá a partir del envío de la comunicación, según lo acredite el Correo o la oficina de transmisión. También se podrá notificar mediante otros sistemas autorizados por la Corte Suprema de Justicia, siempre que no causen indefensión.

¹²² Cfr. art. 448 del Código Procesal Penal.

ordenarse la recepción de pruebas¹²³, se dictará sentencia en la misma resolución. En caso contrario, la sentencia se dictará después de la audiencia y de recibida la prueba (art. 447, párrafo segundo).

h.- Audiencia oral. Según el art. 448, si al interponer el recurso de casación, al contestarlo o al adherirse a él, alguno de los interesados ha ofrecido prueba que deba ser recibida en forma oral o considera necesario exponer o ampliar oralmente sus alegaciones, el Tribunal de Casación fijará una audiencia oral o "vista" dentro de los quince días de recibidas las actuaciones. También podrá fijarla oficiosamente cuando la estime útil o pertinente.

La celebración de la audiencia y la recepción de la prueba se rigen por las reglas dispuestas en el recurso de apelación¹²⁴.

i.- Prueba. El artículo 449 del Código Procesal Penal es toda una novedad respecto al texto legal de 1973, en tanto admite la posibilidad de ofrecer prueba para acreditar un reclamo por vicios *in procedendo* formulado en el recurso. Señala esta norma que:

"La prueba podrá ofrecerse cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado en las actuaciones, en el acta o registros del debate, o en la sentencia. Si el tribunal lo estima necesario podrá ordenarla de oficio".

Esta disposición vino a positivizar un valioso criterio jurisprudencial desarrollado por la Sala Tercera de Casación, mediante su resolución V-35-F de las 11:15 horas del 17 de enero de 1995. Esta sentencia fue redactada por el Magistrado Alfonso Chaves Ramírez y sus consideraciones explican muy bien el propósito y alcances de esta posibilidad: «Lo anterior obliga a la Sala a examinar si, por el incumplimiento mencionado, debe anularse la sentencia, conociendo del recurso por la forma o si la Sala puede ordenar prueba, cuando conozca de un recurso casación para, luego de evacuada esta, entrar a resolver el o los reclamos formulados. Al respecto, si bien el Código Procesal Penal no tiene ninguna disposición sobre este punto, la doctrina más reconocida sí admite la recepción de pruebas en Casación. Así, se ha dicho que: "Se advierte que no se prevé oportunidad alguna para el ofrecimiento de prueba. Ello es una consecuencia evidente de la naturaleza de los motivos que pueden ser invocados: solamente de derecho. Los hechos de la causa no pueden ser revisados por el tribunal de casación o de inconstitucionalidad. **Sin embargo, pueden darse dos situaciones, en las cuales se hace necesario diligenciar algunas medidas probatorias como paso previo a la discusión final de la vista, a saber: Cuando el recurso se motive en un vicio in procedendo (casación) que exija analizar hechos del proceso (no de la causa) cuya existencia o inexistencia no surja en forma evidente de los elementos acumulados en el expediente. Específicamente se tratará de demostrar casos de omisión o de falsedad en el trámite procesal, oportunamente invocados para motivar el recurso"** (la negrilla es suplida, Clariá Olmedo, Jorge A.: Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, 1967, página 198). "Desde este punto de vista el Tribunal de casación cumple un verdadero examen fáctico, en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en esto como juez del hecho para comprobar la materialidad de las

¹²³ Cfr. art. 449 del Código Procesal Penal.

¹²⁴ Cfr. arts. 441 y 442 del Código Procesal Penal.

circunstancias relativas a los actos del procedimiento. Los actos del proceso constituyen aquí para la Corte el *thema decidendum*, respecto del cual tiene que comprobar si es verdad (*quaestio facti*) que no se ha realizado, o que no se ha realizado en las formas debidas, la actividad procesal; y hasta puede, excediendo la simple comprobación de las constancias de la causa, producir una investigación para indagar el efectivo cumplimiento de las formas, cuando la demostración de los motivos alegados dependa de un procedimiento probatorio. **Aunque la recepción de pruebas no está prevista expresamente en el juicio de casación, negar su posibilidad implicaría la arbitraria exclusión de motivos fundados en infracciones reales que por la falsedad u omisión no consten en el proceso. Esto es consecuencia de la regla por la que cualquier Tribunal tiene facultad de resolver todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las prejudiciales.** Pero esa prueba no procede cuando se quiera demostrar que la prueba del debate fue diversa a la fijada por la sentencia, o que ésta ha omitido alguna" (DE LA RUA, Fernando: El Recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino, Víctor P. de Zavalía, Editor, 1968, páginas 126 y 127).»

De lo expuesto resulta claro que la prueba ofrecida debe referirse exclusivamente al cumplimiento defectuoso u omisión de los actos del proceso y no al hecho histórico que es objeto del proceso. Por ello la prueba no puede ser ofrecida para acreditar un vicio *in iudicando*.

¡.- Resolución. Señala el art. 450 del nuevo Código Procesal Penal que: "*Si el tribunal de casación estima procedente el recurso, anulará, total o parcialmente, la resolución impugnada y ordenará la reposición del juicio o de la resolución. En los demás casos enmendará el vicio y resolverá el asunto de acuerdo con la ley aplicable. Si por efecto de la resolución del recurso deba cesar la prisión del imputado, el tribunal de casación ordenará directamente la libertad.*"

Sobre esta norma podemos decir que, como regla general -que admite sus excepciones-, la naturaleza sustantiva o adjetiva del precepto legal inobservado o erróneamente aplicado determina el efecto jurídico que habrá de declarar el Tribunal de Casación en su sentencia.

Así, la anulación total o parcial es, en principio, el efecto jurídico propio del reclamo por vicios *in procedendo*, porque la inobservancia de formas procesales debe ser corregida, cuando es posible, mediante la renovación o rectificación de los actos anulados. Pero cuando -excepcionalmente- resulta inútil o imposible ordenar la reposición del juicio, es posible resolver el caso de acuerdo con la ley sustantiva en vez de ordenar el juicio de reenvío¹²⁵, para lo cual se pueden suprimir hipotéticamente los resultados ilegítimos de la actividad procesal defectuosa. Esta solución se ajusta a lo dispuesto por el párrafo primero del art. 179, cuando señala que "Los defectos deberán ser saneados, *siempre que sea posible*, renovando el acto, rectificando su error o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado" (la cursiva no es del original): a *contrario sensu*, cuando no es posible la renovación o rectificación, el Tribunal de Casación debe resolver el caso de acuerdo con la ley sustantiva. Recordemos que el Tribunal de Casación, como cualquier tribunal común, tiene el deber de resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho (cfr. art. 7).

Cuando se declara la nulidad parcial de la resolución, el Tribunal de Casación debe establecer qué parte de ella queda firme por no depender ni estar esencialmente conexas con la parte anulada.

¹²⁵ Véanse por ejemplo las resoluciones de la Sala de Casación V-411-F de las 9:50 horas del 14 de julio y V-491-F de las 9:55 horas del 25 de agosto, ambas de 1995.

La "enmienda" de vicios alude a la posibilidad de corregir aquellos defectos para los cuales procesalmente resulta innecesario ordenar al inferior que efectúe la renovación del acto o que cumpla el acto omitido, conforme a criterios de economía procesal. La enmienda también puede referirse a la corrección de los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada o a los errores materiales¹²⁶ en la designación o el cómputo de las penas¹²⁷.

Resolver el caso de acuerdo con la ley sustantiva es -en principio- el efecto propio del reclamo por vicios *in iudicando*. Pero como este tipo de reclamos debe formularse y resolverse a partir del supuesto de hecho establecido en la sentencia, a efecto de examinar si el caso se resolvió de acuerdo a la ley sustantiva aplicable, resulta evidente que el Tribunal de Casación necesita que la sentencia contenga una determinación clara, precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal *a quo* estimó acreditado¹²⁸. Si esta condición no se satisface, resulta imposible verificar la observancia o correcta aplicación de los preceptos legales sustantivos, razón por la cual oficiosamente deberá anularse la sentencia para que en juicio de reenvío se corrija el defecto.

El párrafo final del art. 450 dispone que si por efecto de la resolución del recurso deba cesar la prisión del imputado, el tribunal de casación ordenará directamente la libertad. Se trata de una excepción al principio de que la sentencia debe ser ejecutada por aquel que la dictó en primera o en única instancia (cfr. art. 453 párrafo primero)¹²⁹, que se justifica tanto por los principios de economía y celeridad procesal, como por la naturaleza de la garantía individual o bien jurídico que está en juego (libertad personal). Esta ejecución parcial se reduce a la sola emisión de la orden de libertad del imputado, en todo lo demás la ejecución compete al Tribunal de juicio.

k.- Prohibición de reforma en perjuicio. De conformidad con el art. 451, cuando el recurso de casación ha sido interpuesto sólo por el imputado, o en su favor, en el juicio de reenvío no se podrá imponer una sanción más grave que la impuesta en la sentencia anulada, ni desconocer las beneficios que en esta se hayan acordado (*non reformatio in peius*).

Esta norma guarda estrecha relación con el art. 432, siendo importante que para el imputado sí es posible la *reformatio in melius*. Al respecto véase lo dicho antes en los acápite 1.//. y 1.m. de esta exposición.

El artículo 36 de las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal» señala que: "El ejercicio del derecho a recurrir ante un Tribunal superior debe excluir la posibilidad de que el recurrente sufra como consecuencia de dicho ejercicio, un perjuicio en su situación".

l.- Sobre la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley. Don Walter ANTILLÓN, hace unos quince años, destacó el hecho de que el Código de Procedimientos Penales de 1973, entonces vigente, era objeto de una peculiar "lectura inquisitorial" y de una práctica judicial contraria a la lógica interna del código, que llevaba subrepticamente a soluciones reñidas con los principios en los cuales aquel se sustentaba, y señalaba también que como el proceso es parte de la realidad social, entonces

¹²⁶ Cfr. art. 146 del Código Procesal Penal.

¹²⁷ Cfr. art. 433 del Código Procesal Penal.

¹²⁸ Cfr. arts. 363 inc. c) y 369 inc. b) del Código Procesal Penal.

¹²⁹ Así LLOBET, *Op. cit.*, pág. 597.

una nueva codificación debe "promulgarse" no solo en el parlamento sino también en el seno de los tribunales, en las facultades y en la comunidad, batallando contra el conservatismo, los hábitos burocráticos y los prejuicios, para poner así contenidos democráticos y humanistas allí donde han venido colocándose contenidos autoritarios. La siguiente cita ilustra la aguda crítica que hace don Walter a esa faceta o doblez de nuestra cultura:

«A pesar de la tradición democrática de Costa Rica, que afortunadamente en los últimos tiempos se ha visto reforzada en muchos aspectos, creo que en el campo penal la clase jurídica (y me atrevería a decir: la opinión pública en general) se ha formado en una tradición con ciertos rasgos inquisitoriales, que estaban presentes en el Código General de 1841 y que persistieron en el Código de Procedimientos Penales de 1910. Esta tradición forma parte de una cultura clasista y maniquea, que tiene una fuerte presencia en la pequeña burguesía nacional e incluso en sectores de las clases más modestas; es la cultura que hace exclamar a un honrado comerciante, incapaz, aparentemente, de matar una cucaracha, que para resolver el problema de la deuda pública habría que empezar a matar a todos los reclusos del sistema penitenciario: un pequeño Hitler con delantal, que luego almuerza cristianamente en el seno de su familia»¹³⁰

Motivado en estas ideas de don Walter, en un ensayo anterior sugerí la tesis de que la persistencia de la cultura inquisitiva se ha manifestado evidentemente en la interpretación y aplicación de nuestro recurso de casación penal, en la jurisprudencia de las Salas Penal y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia¹³¹, hipótesis que derivé en aquella oportuna cita de B. PASTORE, según la cual *«El modo en que se configura y se ejerce el control de las decisiones en Casación, más que de las formulaciones normativas, depende de modelos conceptuales y culturales asumidos como punto de referencia»¹³²*, y creo haberlo evidenciado con la descripción del desarrollo histórico jurisprudencial de una casación limitada para el imputado frente a una casación privilegiada para el acusador, desequilibrio que no ha tenido asidero alguno en la normativa legal y que bien podría corregirse, dando lugar a un verdadero sistema bilateral de recursos, a través de la correcta identificación del objeto de control en casación, que no es el itinerario recorrido en la búsqueda de la solución, sino el control sobre el fundamento de las razones que se aducen en favor de tal decisión, de modo que interesan sólo las razones que la sustentan (pues no interesa —aunque suene fuerte— si la decisión

¹³⁰ ANTILLÓN, Walter: *«Del proceso y la cultura»*, ponencia presentada al congreso sobre el nuevo código argentino de procedimiento penal, celebrado en Buenos Aires el 2.6.1988, relativo a la experiencia costarricense con el Código de Procedimientos Penales, Ley N° 5377 de 19 de octubre de 1973. Puede consultarse en la revista de Ciencias Jurídicas N° 63, mayo-agosto, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados, 1989, págs. 11 a 20. Este texto de don Walter es citado por Luigi FERRAJOLI para afirmar que en Italia la pervivencia en la cultura de los jueces y de los intervinientes en el juicio de las viejas actitudes inquisitivas, hace bastante improbable la efectiva transformación del proceso penal en un sistema acusatorio, véase *«Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal»*, Valladolid, Editorial Trotta, 1995, págs. 743 y 761, nota 29.

¹³¹ ARCE VÍQUEZ, Jorge Luis: *«La persistencia de la Inquisición (¿Cuál es el Objeto de la Casación Penal?)»*, en el libro de A.A.V.V.: *«Una oportunidad para reflexionar. XXV Aniversario del Ministerio Público»*, págs. 213 a 241.

¹³² PASTORE, B.: *«Controllo in Cassazione e giustificazione della sentenza giudiziaria»*, Ragio Practica, 1993, n° 1, p. 217, citado por IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: *«Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal»*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994, p. 171.

adoptada es correcta). La Casación no es un juicio sobre el hecho, sino que solamente es un "juicio sobre el juicio" —particularmente sobre la motivación, como lo sostiene FERRAJOLI¹³³—, o "juzgar el juicio de hecho" al decir de ANDRÉS¹³⁴, o un "metajuicio", como dice IGARTÚA SALAVERRÍA, ya que la Sala de Casación "no se pronuncia sobre la hipotética inocencia/culpabilidad de Ticio sino sobre el juicio [...] acerca de la inocencia /culpabilidad de Ticio. Que no es lo mismo". Decíamos en aquella oportunidad, parafraseando a BUNGE, que el conocimiento judicial intenta ser verdadero y lo es con frecuencia, pero que la veracidad, que es un objetivo, no caracteriza el conocimiento judicial de manera tan inequívoca como el modo, medio o método garantista por el cual la investigación judicial plantea problemas y pone a prueba las soluciones propuestas¹³⁵.

Ahora quisiera retomar esas ideas, pero para señalar que la tendencia de las sucesivas reformas legales a nuestro procedimiento penal, así como las relativas a las leyes orgánicas del Poder Judicial, exigen una revisión del paradigma de fines o funciones que tradicionalmente se le han venido atribuyendo a la casación penal, a saber: A) una función de control de legalidad: al acordar a las partes, para asegurar la justicia del caso concreto, un medio para que puedan impugnar la sentencia que le cause un agravio concreto motivado en un error judicial en la aplicación o interpretación de la ley procesal o sustantiva (finalidad procesal); y B) una función "nomofiláctica"¹³⁶: asegurar la

¹³³ Así FERRAJOLI, Luigi: «Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia», en la Revista Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Buenos Aires, Editores del Puerto, S.R.L., p. 451, quien dice: «La verdad es que el juicio sobre el juicio (o sea sobre la motivación) es algo menos y a la vez algo más que el juicio sobre el hecho (o juicio de mérito) [...] es algo más, dado que el juicio se refiere directamente a la inconsistencia de la inducción probatoria que resulta de la carencia o incongruencia de la motivación y por ende de los criterios de la inducción, es decir, las condiciones epistemológicas en ausencia de las cuales un determinado conjunto de datos probatorios no puede ser considerado 'prueba adecuada'. Estos criterios [...] nos reconducen sumariamente a dos esquemas argumentativos: el de modus ponens, esto es, el de la necesidad de una pluralidad de confirmaciones de la hipótesis acusatoria, y el de modus tollens, es decir, el de la necesidad de intentar todas las contrapruebas posibles para identificar las contrahipótesis explicativas alternativas de la hipótesis acusatoria»

¹³⁴ ANDRÉS IBAÑES, Perfecto: «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en A.A.V.V.: «La Sentencia Penal», Madrid, Mateu Cromo S.A., 1992, págs. 155 a 159.

¹³⁵ Cfr. BUNGE, Mario: «¿Cuál es el método de la ciencia?», en el libro «La ciencia, su método y su filosofía», Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1998, págs. 54 a 55. Por ejemplo, explica IGARTÚA SALAVERRÍA, «Una decisión puede ser acertada y su justificación, en cambio, alocada. Imaginemos, p. ej., que el juez de primera instancia haya absuelto a Ticio porque —según él— un hombre con mirada tan beatífica es imposible que haga nada malo; y que, por contra, el juez de apelación lo condene en base a que los individuos sin hijos son necesariamente egoístas y de ellos hay que esperar siempre lo peor. Alguno de los dos jueces ha acertado en su decisión (ya que Ticio o es inocente o es culpable), pero ambos han fracasado en su justificación. Por tanto rechazar una justificación por irracional no implica descalificar la decisión por incorrecta» (el subrayado no es del original, IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: *Op. cit.*, pág. 172).

¹³⁶ En Italia la función de nomofilaquia adjudicada al juicio de casación es un valor dispuesto por una ley ordinaria, no por una norma de rango constitucional, como la que dispone el valor de la defensa de la legalidad. Para FERRAJOLI el control de legalidad que la Constitución identifica como función específica de la casación prevalece sobre la nomofilaquia. Cfr. FERRAJOLI, Luigi: «Los valores...».

interpretación uniforme de las normas jurídicas y proporcionar así un mínimo de certeza en el derecho (finalidad política o extraprocesal).

Resulta evidente que de estas dos finalidades, sólo la primera —control de legalidad— tiene fundamento expreso en la Constitución Política, puesto que su artículo 41 dispone que "*Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*". En cambio, el texto constitucional no tiene una sola norma que tan siquiera sugiera que la uniformidad en la interpretación de la ley —nomofilaquia— tenga algo que ver con la justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes, para el caso concreto. La Constitución Política no le atribuye a la jurisprudencia de casación carácter vinculante, ni le atribuye a los tribunales de casación el cometido de uniformar la jurisprudencia (tampoco la ley le asigna esas atribuciones), más bien señala nuestra Carta Magna que el Poder Judicial (la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que establezca la ley) es independiente y que sólo está sometido a la Constitución y a las leyes (cfr. artículos 9, 152, 154 de la Constitución Política). La función de control de la legalidad, el juicio sobre la estricta conformidad con las leyes de la sentencia, se identifica necesariamente con el control sobre la congruencia de la motivación del fallo judicial: «*Esta claro que el juicio sobre la motivación es una unidad con el principio de legalidad; y que el control sobre la consistencia del razonamiento probatorio es una unidad con la garantía de legalidad expresada por las tres clásicas brocadas nulla poena sine crimini, nullum crimen sine lege y nulla poena et nullum crimen sine iudicio*»¹³⁷

IGARTÚA SALAVERRÍA ha demostrado con claridad que si el pueblo es el titular de la soberanía, el ejercicio del poder judicial (las sentencias) debe legitimarse mediante una justificación racional (motivación), susceptible de ser comprendida y valorada críticamente por la ciudadanía, de modo que el control democrático sobre la administración de justicia no versa sobre el acierto o el error de la decisión, sino sobre las razones que la justifican, de lo que se sigue que ningún juez puede pensar por cabeza ajena cuando debe interpretar y aplicar las leyes, sino que debe exponer las propias razones que sustentan su decisión y reducir las citas de la jurisprudencia de casación a un ocasional complemento ilustrativo de su argumentación, lo que subraya el Código Procesal Penal al señalar expresamente que la fundamentación de la sentencia será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, o frases rutinarias (cfr. artículo 142 del CPP), dentro de lo cual debe incluirse la mera remisión a los criterios interpretativos de los Tribunales de Casación, cuya cita —reitero— no dispensa al juez de dar las propias razones suficientes para motivar su decisión.

Se sabe que el afán por uniformar la jurisprudencia se origina históricamente en una manifiesta desconfianza hacia los jueces, que surge dentro del sistema inquisitivo como un mecanismo de control sobre la actuación de los funcionarios a los que el monarca delegaba el poder de juzgar (que se complementaba con la figura de la consulta). Pero en un sistema acusatorio moderno —como el que pretendemos haber adoptado— no puede seguirse concibiendo la casación como la prerrogativa de una autoridad superior centralizada, sino que debe asignársele el carácter de garantía para las partes del proceso, específicamente orientada a los fines del artículo 41 de la Constitución Política, porque en nuestra democracia no hay razones para alentar una desconfianza en nuestros jueces de

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi: «*Los valores...*», pág. 455.

juicio, ni para suponer que una descentralización de la casación en diferentes tribunales desmejore el control sobre régimen de garantías constitucionales y legales, porque aquí no se trata de que unos jueces sean "mejores" o "más" que otros, sino que simplemente los jueces asumen roles diferentes en orden a realizar el artículo 41 de la Constitución Política¹³⁸, por cuanto la única garantía de efectividad para todas las normas jurídicas es la censura (autocontrol) judicial de su violación a través de los recursos y es precisamente esa tutela de los derechos fundamentales lo que legitima a la casación penal.

Téngase presente, en todo caso, que en nuestro ordenamiento jurídico actual es formal y materialmente imposible producir como resultado la pretendida uniformidad de la jurisprudencia, por varios factores, a saber: A) Porque no todas las sentencias son recurridas y porque no existe la consulta; B) Porque no existe un sólo Tribunal de Casación para toda la República, sino que dicha función recae en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y en el Tribunal de Casación Penal, conforme a una distribución de asuntos tal que no ha excluido la posibilidad de que ambos despachos se pronuncien sobre los mismos temas de fondo y forma, dando lugar algunas veces a jurisprudencia contradictoria, sin que exista norma jurídica que pudiera hacer que el criterio de uno pueda prevalecer sobre el del otro¹³⁹; C) Porque, adicionalmente, el Tribunal de Casación Penal está conformado por ocho jueces, pero los asuntos se resuelven entre tres de ellos, conforme a una distribución que da lugar a 56 integraciones diferentes¹⁴⁰, de lo que se sigue, por ejemplo, que si sólo uno de ellos tiene una posición disidente y salva su voto en algún tema específico, él será minoría en las 21 integraciones en que participa¹⁴¹. En cambio, si son dos los jueces que comparten un criterio disidente, serán sin embargo la mayoría en las seis integraciones en que ellos dos coinciden, aunque su tesis será minoritaria frente a las otras 50 integraciones posibles¹⁴² del Tribunal de Casación.

¹³⁸ Sobre esto también me remito a don Walter ANTILLÓN, quien ha señalado que "*...en el Estado moderno la consulta ya no se justifica, puesto que los jueces no ejercen un poder delegado, sino un poder propio, conferido generalmente por las constituciones políticas [...] los sistemas judiciales modernos se basan en la igualdad jurídica de todos los jueces, que solo se distinguen por la diversidad de las funciones que a cada uno competen, de acuerdo con la ley; de manera que no existe razón para que un juez revise los actos de otro juez, salvo cuando las partes ejerciten los recursos que la ley les otorga*" («Teoría del proceso jurisdiccional», San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, págs. 350 a 351).

¹³⁹ La Corte Plena resolvió por unanimidad que no hay relación de subordinación procesal entre el Tribunal de Casación Penal y la Sala Tercera, en relación a un conflicto de competencia planteado por el Tribunal de Casación Penal contra la Sala Tercera (Sesión N° 29-03 de 4 de agosto de 2003. Artículo V).

¹⁴⁰ Identificando a cada juez por un número, las siguientes son las 56 formas posibles de combinar su integración en grupos de tres: 123-124-125-126-127-128-134-135-136-137-138-145-146-147-148-156-157-158-167-168-178-234-235-236-237-238-245-246-247-248-256-257-258-267-268-278-345-346-347-348-356-357-358-367-368-378-456-457-458-467-468-478-567-568-578-678.

¹⁴¹ Por ejemplo, si fuera el juez 1, en los siguientes casos: : 123-124-125-126-127-128-134-135-136-137-138-145-146-147-148-156-157-158-167-168-178.

¹⁴² Por ejemplo, si fueran los jueces 2 y 8, ellos serían mayoría en las siguientes integraciones: 128-238-248-258-268-278, y cada uno de ellos sería minoría en las otras 50 integraciones.

Este es un tema que preocupa seriamente a algunas personas¹⁴³, que creen que la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley es un valor fundamental para la seguridad jurídica, pero considero que este último es un valor abstracto y que, llegado el caso, el derecho fundamental de una persona concreta que ocurre a las leyes no puede supeditarse o subordinarse a los fines de una abstracción jurídica, porque la propia Constitución Política dice que a toda persona debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes (no en estricta conformidad con la jurisprudencia de casación), y que los jueces sólo está sometidos a la Constitución y a la ley (no a la jurisprudencia de casación).

A los tribunales de la casación penal —repito— no les compete el enjuiciamiento de fondo, sino solo el control de las garantías procesales y materiales, en el entendido de que, por aplicación del principio dispositivo, el recurso de casación les atribuye el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios (cfr. artículo 431 CPP), y sus criterios jurisprudenciales sólo son vinculantes para el caso concreto que resuelven, a lo sumo servirán para orientar a los tribunales de juicio.

Me parece que esta situación tan poco propicia para la nomofilaquia, no es en realidad tan alarmante como la pintan. Tampoco parece que hubiera sido un efecto buscado a drede por el legislador, pero considero que, aunque sea producto de la casualidad legislativa, a la larga es una situación que redundará en beneficio de la jurisprudencia costarricense, para una mejor justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes. Dice FERRAJOLI que no debemos temer tanto las divergencias interpretativas: "*En cierta medida, ellas no son factibles de eliminación. Es nuestra tarea señalar todos los instrumentos para reducirlas a su mínima expresión, pero no, repito, hasta el punto de sacrificar otros valores y garantías más importantes*"¹⁴⁴. La deliberación de los jueces, el enfrentamiento de diferentes tesis en el seno del Tribunal de Casación, o entre este y la Sala de Casación, en fin, el debate entre jueces libres e independientes, que sólo están sometidos a la Constitución y a las leyes, con el tiempo debe conducir necesariamente a una depuración cada vez mayor en la aplicación e interpretación jurisprudencial de la ley, basada en la razón y no en la mera autoridad de los jueces, y tal es a mi criterio la solución que mejor se aviene a la democracia, tener un sistema por el que nuevas ideas puedan desarrollarse, intentarse, descartarse, y formar nuevas ideas; un sistema de ensayo y error, porque la apertura de las posibilidades es una oportunidad y reconocer la ignorancia, dejar lugar a la duda y a la discusión es esencial para avanzar en lo desconocido, como lo dijo FEYNMAN¹⁴⁵, al advertir que si eliminamos toda discusión y toda crítica, condenamos al hombre a las cadenas de la autoridad, confinándolo a los límites de nuestra imaginación actual, y negamos a los jueces la oportunidad de contribuir a la construcción y desarrollo de un Estado de Derecho mas justo para las personas, a ser factor de conservación y de cambio social, conforme al ideario de nuestra Constitución Política.

Otra vez me remito a don Walter ANTILLÓN —quien ha explicado claramente que el postulado de la

¹⁴³ Como por ejemplo a Francisco DALL'ANESE RUIZ, quien califica el tema de difícil y urgente (en «Unificación de Jurisprudencia», http://nacion.com/ln_ee/2003/septiembre/22/opinion6.html).

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi: «Los valores...», pág. 455.

¹⁴⁵ Cfr. FEYNMAN, Richard: «El valor de la ciencia», en el libro «El Placer de descubrir», Barcelona, Editorial Crítica, 1999, págs. 151 a 121.

uniformidad de la jurisprudencia es un objetivo *imposible*¹⁴⁶ e *indeseable*¹⁴⁷—, para finalizar con esta acertada reflexión suya: "El proceso no queda hecho, de una buena vez cuando terminamos de elaborar el proyecto del Código, ni cuando este proyecto se convierte en ley de la República. Al proceso hay que hacerlo cada día en las salas de los tribunales, sí, pero también en cierto modo se puede decir que al proceso hay que hacerlo igualmente en las aulas universitarias, en las escuelas y en las fábricas, en el seno de las familias: el proceso es historia y cultura; una obra humana que refleja la cultura política, el grado de civilidad y de humanismo de la sociedad; que refleja también el balance de las fuerzas que pugnan en esa sociedad [...] El proceso, como la democracia misma, debe ser conquistado cada día"¹⁴⁸. Yo respeto profundamente la independencia constitucional de nuestros jueces, confío en su capacidad para autocontrolarse por la vía de los recursos y en su madurez para deliberar objetivamente acerca de cuáles son las razones que mejor pueden justificar sus decisiones, función que en una democracia no debe ser prerrogativa de un sólo tribunal de casación sino que debe involucrar a todos los jueces de la República, porque la razón es universal y no patrimonio de unos cuantos elegidos, porque —repito— aquí no se trata de que unos jueces sean "mejores" o "más" que otros, sino que simplemente entre ellos asumen roles diferentes en orden a realizar el artículo 41 de la Constitución Política, porque a fin de cuentas el debido proceso lo hacemos entre todos y a todos nos pertenece. Desconfío en cambio de la pretendida uniformidad, que no tiene asidero constitucional ni legal para imponerse como criterio de interpretación entre los jueces de la

¹⁴⁶ "Veámoslo: a) Pretender imponer desde un tribunal jerárquicamente superior, a cargo de los tribunales jerárquicamente inferiores, ciertas pautas, criterios o razones que garantizaran 'la recta aplicación de la ley', no es más que una arbitrariedad que se oculta en la ideología jacobina de la ley: porque está claro hoy día que en el campo jurídico nadie puede erigirse como dueño de la verdad; y las cortes de casación han dado cumplida muestra de ello cada vez que han cambiado de criterio acerca de una determinada interpretación [...] Detrás de esa pretensión está la meta-idea de que hay una única solución jurídicamente correcta, válida en sí misma, y que preexiste al fallo del tribunal, de modo que éste debe limitarse a descubrir esa solución, y declararla en dicho fallo. Pero se trata de un resabio de la ideología del Derecho Natural, y de los planteamientos metafísicos en que éste se funda: la sentencia de casación, como cualquier otra sentencia, es el producto de la cultura, los prejuicios, los valores, las fobias, las convicciones y los hallazgos de los jueces que concurrieron a formarla; y no tiene sentido postular la preexistencia de una 'solución justa' para el caso. En relación con la interpretación legal, a mi me parece que, simplemente, el juez que conoce la causa en segundo grado (llámese de casación, de revisión, etc.) debería esforzarse en encontrar, a través de los medios que brinda el proceso, la interpretación más razonable posible de los textos a aplicar, y la solución más equitativa al caso, sin la pretensión de descubrir el único sentido posible de la ley, la verdad histórica absoluta, etc." ANTILLON, Walter: *Una reflexión histórica sobre la casación*, en "Ensayos de Derecho Procesal", T. II, San José Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2004, pág. 270 a 271.

¹⁴⁷ "Y lo mismo ocurre con el otro objetivo de la casación: la uniformidad de la jurisprudencia. Porque está claro que se trata de un objetivo que consagra el funesto 'argumento de autoridad', plaga del pensamiento jurídico, y viola de manera flagrante la independencia del juez; la cual, además de ser un derecho fundamental de la persona que cubre la titularidad del órgano judicial, es, ante todo y sobre todo, un derecho fundamental de los usuarios de la justicia. No hay alternativa: o tenemos jueces independientes o tenemos jurisprudencia vinculante" ANTILLON, Walter: *Una reflexión histórica sobre la casación*, en "Ensayos de Derecho Procesal", T. II, San José Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2004, pág. 271.

¹⁴⁸ ANTILLÓN, Walter: «Del proceso...», págs. 16 y 20.

República. En la controversia, disensión u oposición fundada de ideas radica el progreso de la jurisprudencia costarricense.

5.- CONSIDERACIONES FINALES.

A lo largo de esta exposición hemos visto como funcionan particularmente cada uno de los recursos previstos en el nuevo Código de Procesal Penal, a la luz de las normas generales sobre la materia, la jurisprudencia y la doctrina que se ha desarrollado sobre el tema.

Para finalizar solo cabe subrayar que, conforme a los Principios y Garantías Procesales expresamente establecidas por esta nueva legislación, en materia de recursos deben respetarse, por lo menos, las siguientes pautas:

a) **Regla de interpretación.** Los jueces deberán interpretar restrictivamente las disposiciones legales que limiten el ejercicio del derecho a recurrir. En esta materia se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de la facultad de recurrir conferida a quienes intervienen en el procedimiento¹⁴⁹.

b) **Justicia Pronta.** El recurrente tiene derecho a una decisión judicial en un plazo razonable: la Justicia debe ser pronta, así lo indica nuestra Constitución Política¹⁵⁰. En las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal» se ordena que "Todo proceso penal se desarrollará sin dilaciones indebidas. Los Estados deberán establecerse esta obligación en sus legislaciones.

c) **Independencia.** Para resolver un recurso, los Jueces son independientes y solo están sometidos a la Constitución Política, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley¹⁵¹. Es derecho humano ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial¹⁵²

d) **Objetividad.** Los Jueces deben resolver con objetividad los recursos sometidos a su conocimiento, deben consignar en sus resoluciones y valorar en sus decisiones tanto las circunstancias perjudiciales para el impugnante como las que le son favorables, preservando el principio de igualdad procesal y allanando los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten¹⁵³.

e) **Solución del conflicto.** Para la solución de los recursos, los Jueces deben actuar de conformidad con los principios contenidos en las leyes, procurando contribuir a restaurar la armonía social entre sus

¹⁴⁹ Cfr. arts. 2 del Código Procesal Penal y 1 del Código Penal.

¹⁵⁰ Cfr. arts. 41 de la Constitución Política, 4 del Código Procesal Penal y 14.3.c. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley N° 4229 del 11 de diciembre de 1968).

¹⁵¹ Cfr. arts. 154 de la Constitución Política, 5 del Código Procesal Penal y 4 de las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal»

¹⁵² Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 26 párrafo segundo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 14.i del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁵³ Cfr. art. 6 del Código Procesal Penal.

protagonistas¹⁵⁴.

f) **Estado de inocencia.** El imputado debe ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado. Este principio es de vital importancia en el recurso de casación¹⁵⁵.

g) **Inviolabilidad de la defensa.** En materia de recursos es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento¹⁵⁶.

h) **Saneamiento de defectos formales.** El Juez que constate un defecto formal en cualquier recurso debe comunicarlo al interesado, otorgándole un plazo para corregirlo¹⁵⁷.

Solo respetando estos principios básicos, los recursos serán un medio idóneo para asegurar el cumplimiento de la Justicia en cada caso concreto, en estricta conformidad con las leyes.

BIBLIOGRAFIA

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto: *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en A.A.V.V.: "La sentencia penal", Madrid, Imprimer Mateu Cromo S.A., 1992, págs. 117 a 159.

ANTILLON, Walter: *Ensayos de Derecho Procesal*, T. II, San José Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2004.

ANTILLON, Walter: *Teoría del proceso jurisdiccional*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001.

ARCE VIQUEZ, Jorge Luis: *Sobre los fines de la casación penal. De la nomofilaquia al progreso de la razón judicial en la democracia*, en A.A.V.V.: "Democracia, justicia y dignidad. Homenaje a Walter Antillón", San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

ARCE VIQUEZ, Jorge Luis: *La persistencia de la Inquisición. ¿Cuál es el objeto de la casación penal?*, en A.A.V.V.: "Una oportunidad para reflexionar, XXV aniversario del Ministerio Público", San José, Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, 2000, págs. 213 a 241.

¹⁵⁴ Cfr. art. 7 del Código Procesal Penal.

¹⁵⁵ Cfr. arts. 39 de la Constitución Política; 9 del Código Procesal Penal; 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 32 de las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal». Sobre la amplitud del control del *in dubio pro reo* en Casación véase la resolución de la Sala Tercera V-158-F de las 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.

¹⁵⁶ Cfr. art. 12 del Código Procesal Penal. Sobre derechos del imputado y derechos de la defensa los artículos 7 a 15 de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal».

¹⁵⁷ Cfr. art. 15 del Código Procesal Penal y el acápite 1.e.- de este trabajo.

ARCE VIQUEZ, Jorge Luis: *Aspectos básicos sobre el recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal*, en A.A.V.V.: "El Recurso de Casación en Costa Rica", San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Taller de Publicaciones de la U.C.R., 2001, págs. 1 a 43.

ARCE VIQUEZ, Jorge Luis: *Los Organos de la Casación Penal frente a la apertura del Recurso de Casación*, San José, Separata de la Revista de Ciencias Penales Nº 9, Año 6, 1994.

ARCE VIQUEZ, Jorge Luis y CHAVES RAMIREZ, Alfonso: *Los medios de impugnación en el Código de Procedimientos Penales* (Material de apoyo de los cursos de preparación para los exámenes de ingreso a la carrera judicial), San José, Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, 1995.

AYAN, Manuel: *Recursos en Materia Penal*, Principios Generales, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1985.

BACIGALUPO, Enrique: *La Técnica de Resolución de Casos Penales*, Madrid, Editorial Colex, 1988.

BACIGALUPO, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Argentina, Editorial Ad-Hoc S.R.L., 1994.

BERTOLINO, Pedro: *Compendio de la Casación Penal Nacional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995.

BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Argentina, Ad-Hoc S.R.L., 1993

CHAVES RAMIREZ, Alfonso Eduardo: *Algunas notas sobre recursos*, en "Ensayos de Derecho Procesal Penal", San José, Escuela Judicial, 1990.

CHIARA DIAZ, Carlos A.: *Recursos y Procedimientos de Ejecución*, en "Código Procesal Penal de la Nación", Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1991.

CHIOSSONE, Tulio: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967.

CHIRINO SANCHEZ, Alfredo e ISSA EL KHOURY JACOB, Henry: *Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal*, San José, Ilanud, 1991.

CONEJO AGUILAR, Milena María: *Medios de impugnación y defensa penal*, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2002.

CRUZ CASTRO, Fernando, SOJO PICADO, Guillermo y CUBILLO MIRANDA, Juan Carlos: *El recurso de casación en materia penal*, San José, Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público. 1999.

DALL'ANESE RUIZ, Francisco: *Temas de Casación Penal*, San José, Editec Editores S.A., 1991.

DARRICHTON, Luis: *Cómo es el Nuevo Proceso Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, segunda edición,

¡Error! Marcador no definido.

vol. 5, 1993.

DOBLES OVARES, Víctor Alfonso: *Código de Procedimientos Penales anotado, concordado, actualizado con jurisprudencia constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1994.

EDWARDS, Carlos Enrique: *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, segunda edición actualizada, 1994.

FERRAJOLI, Luigi: Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia, en la revista "NDP" (Nueva Doctrina Penal), Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1996/B, págs. 445 a 455.

GONZALEZ, Daniel y HOUED, Mario: *Algunas consideraciones sobre la evolución de la Casación Penal*, en "Ciencias Penales", Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 7, Nº 10, setiembre de 1995

HOUED VEGA, Mario Alberto: *Nuevas orientaciones de la casación penal*, en A.A.V.V.: "Democracia, justicia y dignidad. Homenaje a Walter Antillón", San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

LLOBET, Javier: *Proceso Penal Comentado*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1ª ed., 1998.

LLOBET, Javier: *Código de Procedimientos Penales Anotado*, San José, Litografía e Imprenta Lil, S.A., 1987.

MAIER, Julio (comp.): *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1999.

MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997.

NUÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Argentina, Editora Córdoba S.R.L., 2ª edición, 1986.

RUA, Fernando de la: *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía - Editor, 1968.

RUA, Fernando de la: *La Casación Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994.

VESCOVI, Enrique: *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.

WALTER, Gerhard: *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, Editorial Temis, 1985.