EL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA PENAL EN COSTA RICA

DANIEL GONZALEZ ALVAREZ
COMPILADOR

ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES COSTA RICA
COLEGIO DE ABOGADOS REPÚBLICA DE COSTA RICA
EJC Editorial Jurídica Continental

EL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA PENAL EN COSTA RICA

CORTE I.D.H.
0 8 JUN 2015
RECIBIDO

DANIEL GONZALEZ ALVAREZ
COMPILADOR

ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES COSTA RICA

EJC
Editorial Jurídica Continental

EL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA PENAL EN COSTA RICA

Al Dr. Luis Paulino Mora Mora
Líber Amicorum, socius et
Magister magistrorum
In Memoriam

ISSN 1409-0643

ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES
COSTA RICA

DIRECCION POSTAL

Colegio de Abogados Edificio Fundadores
San José , Costa Rica
Tel/Fax (506) 2283-5722
Correo electrónico: acpcr@ice.co.org
Página Web: www.cienciaspenales.org
www.facebook.com/asociacion.cienciaspenalescr

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Alvarez - Director
Javier LLobet Rodríguez
Alfredo Chirino Sánchez
Alexander Rodríguez Campos
Federico Campos Calderón

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Dr. Kai Ambos	Alemania
Dr. Wolfang Schöne	Alemania
Dr. Raúl Zaffaroni	Argentina
Dr. Alberto Binder	Argentina
Dr. Julio B.J. Maier	Argentina
Dr. Alejandro Colanzi Z.	Bolivia
Dra. Ada Pellegrini Grinover	Brasil
Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre	España
Dr. Antonio González Cuéllar	España
Dr. Vicente Gimeno Sendra	España
Dr. Juan Luis Gómez Colomer	España
Dra. Elena Larrauri Pijan	España
Dr. José María Asencio Mellado	España

JUNTA DIRECTIVA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES 2012-2013

Daniel González Alvarez, Presidente
Javier LLobet Rodriguez, Vicepresidente
Yamura Valenciano Jiménez, Secretaria
Ana Isabel Solís Zamora, Tesorera
Federico Campos Calderón, Vocal
Alfredo Chirino Sánchez, Fiscal

INDICE

1.- Presentación 9

2.- ¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales? 13
Julio B. J. Maier

3.- La reforma al régimen de impugnación de la sentencia penal en Costa Rica 27
José Manuel Arroyo Gutiérrez

4.- El recurso de casación tras el fallo "Herrera Ulloa" 45
Gabriel Pérez Barberá

5.- El tema del recurso contra la sentencia penal luego de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica 59
Jenny Quirós Camacho

6.- Implicaciones del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mauricio Herrera Ulloa Vs. Costa Rica 77
Jorge Luis Arce Víquez

7.- La actividad impugnativa del Ministerio Público en Costa Rica 83
José Alberto Rojas Chacón

8.- El Recurso de apelación de la sentencia penal 101
Yamura Valenciano Jiménez

9.- La reforma procesal para introducir el recurso de apelación en Costa Rica. Perspectivas y circunstancias de una propuesta fallida 123
Alfredo Chirino Sánchez

10.- Alcances de la novísima casación penal costarricense o, de cómo intentar, sin lograrlo, hacer dogmática procesal a partir de un golpe en la mesa 167
Rosaura Chinchilla Calderón

11.- Límites y posibilidades de la nueva casación penal para cumplir sus fines 207
Alexánder Rodríguez Campos

12.- La casación penal en Costa Rica: el derecho a recurrir y el regreso a sus orígenes..... 217
Omar Vargas Rojas

13.- El recurso contra la sentencia penal 235
Luis Paulino Mora Mora

14.- Impugnaciones y debido proceso 241
Walter Antillón Montealegre

15.- Apelación limitada vs. casación ampliada: ¿un falso dilema?..... 329
José Joaquín Ureña Salazar

16.- Los recursos en los sistemas orales mexicanos..... 343
Daniel González Alvarez

PRESENTACION

Con el patrocinio y la colaboración muy activa de la Corte Suprema de Justicia, el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, el Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y la Editorial Jurídica Continental, la Asociación de Ciencias Penales llevó a cabo el Congreso EL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA PENAL EN COSTA RICA durante los días 25, 26 y 27 de junio de 2012 en el Auditorio del Colegio de Abogados y en el Salón de Expresidentes de la Corte Suprema de Justicia, con la distinguida participación del Profesor Julio B.J. Maier, insigne maestro y expresidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y el Profesor Gabriel Pérez Barberá, también maestro y Juez de la Cámara de Acusación de Córdoba, Argentina, así como también con la intervención de distinguidos juristas costarricenses, Magistrados, Jueces, Fiscales, Defensores Públicos y Privados, Profesores Universitarios, abogados litigantes, desarrollándose una de las jornadas más exitosas por la calidad de las intervenciones, lo dinámico y crítico de las exposiciones y la nutrida respuesta del foro nacional, pues la asistencia superó totalmente las expectativas de la organización, al extremo de que los salones no alcanzaron para albergar la cantidad de abogados que participaron.

No era para menos, el tema y los conferencistas invitados a exponer justificaban una masiva respuesta nacional, pues las modificaciones introducidas al régimen del recurso contra la sentencia penal, con ocasión de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han provocado acalorada polémica en nuestro sistema de justicia penal, independientemente de la posición que asumamos sobre el curso que se le dio a la reforma.

Aprovechando el esfuerzo de quienes expusieron sus ideas en el Congreso hemos recopilado en este libro las ponencias de los distintos conferencistas, y hemos invitado a algunos otros juristas que han estudiado el tema, a que participen con nosotros en esta obra, con el fin de documentar las discusiones que se han realizado sobre la importante labor del control sobre las

decisiones jurisdiccionales en materia penal, en especial contra la decisión definitiva, dada su trascendencia en el tema de la defensa de los derechos fundamentales.

Publicamos en este libro en primer término las tres conferencias magistrales que se presentaron en el Congreso, comenzando con el tema ¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales? del Profesor Julio B.J. Maier; La reforma al régimen de impugnación de la sentencia penal en Costa Rica, del Magistrado y Profesor José Manuel Arroyo Gutiérrez; y El recurso de casación tras el fallo "Herrera Ulloa", del Juez y Profesor Cordobés Gabriel Pérez Barberá.

Las siguientes ponencias se publican siguiendo el orden en que fueron presentadas al Congreso, comenzando con " El tema del recurso contra la sentencia penal luego de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica " de la Jueza y Profesora Jenny Quirós Camacho; "Implicaciones del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mauricio Herrera Ulloa Vs. Costa Rica" del Juez de Apelación Jorge Luis Arce Víquez; "La actividad impugnativa del Ministerio Público en Costa Rica" del Fiscal del Ministerio Público José Alberto Rojas Chacón; "El Recurso de apelación de la sentencia penal" de la Defensora Pública Yamura Valenciano Jiménez; "La reforma procesal para introducir el recurso de apelación en Costa Rica. Perspectivas y circunstancias de una propuesta fallida" del entonces Juez de Apelación y Profesor Alfredo Chirino Sánchez; "Alcances de la novísima casación penal costarricense o, de cómo intentar, sin lograrlo, hacer dogmática procesal a partir de un golpe en la mesa" de la Jueza de Apelación Rosaura Chinchilla Calderón; "Límites y posibilidades de la nueva casación penal para cumplir sus fines" del abogado litigante y consultor internacional Alexánder Rodríguez Campos; "La casación penal en Costa Rica: el derecho a recurrir y el regreso a sus orígenes" del Juez de Apelación y Profesor Universitario Omar Vargas Rojas.

Ese grupo de trabajos es seguido por las palabras de clausura del evento que dirigió a los presentes el distinguido profesor y maestro, Presidente de la Corte Suprema de Justicia y socio fundador de la Asociación de Ciencias Penales, doctor Luis Paulino Mora Mora quien, como es de todos conocido, falleciera en fecha reciente, cuando esta obra estaba en prensa y a quien le

dedicamos su publicación como póstumo y humilde homenaje, no sin antes agregar las palabras que nos comunicó el Profesor Maier al enterarse de la triste noticia: "...siento que nos estamos quedando solos, que nuestra generación está desapareciendo de un mundo que ya no es nuestro. De frente a ello, la melancolía y la tristeza nos invade..."

Como lo hubiese deseado don Luis Paulino, debemos seguir adelante en la lucha por la consolidación de una administración de justicia democrática, transparente, protectora de derechos fundamentales, y una manera de demostrárselo lo constituye esta obra que le dedicamos y que contribuye a la discusión sobre los mecanismos viables para combatir la irregularidad procesal, para defenderse de la arbitrariedad allá donde ella logre encontrar algún espacio.

Finalizamos el libro agregando la colaboración del Profesor y Maestro Walter Antillón Montealegre "Impugnaciones y debido proceso", así como "Apelación limitada vs. casación ampliada: ¿un falso dilema?" del abogado litigante José Joaquín Ureña Salazar; y agregamos como punto de referencia de derecho comparado un estudio sobre "Los recursos en los sistemas orales mexicanos".

No puedo dejar de mencionar también que el Congreso sirvió de marco de referencia para rendir un justificado homenaje al maestro de maestros Julio B.J. Maier, un homenaje que el país le debía a quien con sus estudios y su ardua labor académica y práctica ha orientado los procesos de reforma de los sistemas penales latinoamericanos desde una perspectiva humanista, democrática, propia de un verdadero Estado de Derecho, defensor de los derechos humanos.

Daniel González Alvarez
Presidente
Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica
San José, abril 2013

¿HACIA UN NUEVO SISTEMA DE CONTROL DE LAS DECISIONES JUDICIALES?[1]

Julio B. J. Maier

1. Un poco de historia

Los recursos contra las decisiones judiciales que son estimadas injustas por la parte cuyo interés legítimo afectan no han sido, originariamente, al menos en materia penal, garantías de justicia procesal para las personas involucradas en un procedimiento judicial o, derechamente, para sus protagonistas, tal como hoy parecen ser presentados con alusión argumental —por cierto débil, casi irreflexiva y hasta, en ocasiones, hipócrita— a las convenciones internacionales sobre derechos humanos[2]. Por lo contrario,

1 Ya no estoy interesado en la reforma del sistema penal, aun cuando esté convencido de que el sistema penal merece una reforma profunda. Para que no se me interprete mal, diré que la razón de ser de mi desinterés fue reiteradamente expuesta por mí bajo varios títulos —último en castellano: *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, en el libro del mismo nombre, de AA.VV., publicado por Ad-Hoc en Buenos Aires, 2009 (última recomposición del texto: *Die Zukunft des Strafrechts*, en *Festschrift für Winfried Hassemer*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg [R.F.A.], 2010)—, y no se vincula a la falta de necesidad de una reforma, sino que, por lo contrario, tiene su raíz en el sentido probable que tendría una reforma en estos tiempos de hipervaloración de la pena y de la privación de libertad como "sanalotodo de cualquier enfermedad social" (*panpenalismo*). Malos tiempos para una reforma, como me lo expresara un jurista al que aprecio. Pero esta proposición de reforma de un capítulo importante del procedimiento penal, quizás el más importante por la existencia de reglas superiores que, a mi juicio, imponen esa reforma, merece un párrafo aparte, que, ¡ojalá!, dé comienzo a otros pensamientos más ilustrados y más detallados sobre el tema. Me sentiría halagado si así sucediera.Tal refoma debería completarse con la inteligencia que adjudico, en varios sentidos, a la norma básica que torna obligatoria la existencia de un recurso para el condenado contra la sentencia que lo condena, ante un tribunal superior.

2 V. CADH, 8, nº 2, *h*, y PIDCyP, 14, nº 5. Es inconveniente, confusa y en cierta manera hipócrita esta presentación, si luego se adopta el sistema bilateral de recursos, con la concesión de recursos al acusador,

el origen de los llamados «recursos» o medios de impugnación es consustancial a la Inquisición, al procedimiento inquisitivo, en el cual ellos representaban, antes que una garantía de seguridad individual, un mecanismo de control burocrático para el superior jerárquico, que previamente había *delegado* su poder de juzgar en funcionarios inferiores; esto constituye, precisamente, la característica fundamental de la lamada *justicia de gabinete* por su organización judicial vertical; los recursos suponían una *devolución* del poder recibido de manos de aquél que lo portaba en origen[3]. Tan es así que, en una inmensa mayoría de casos, la Inquisición toleró el reexamen *de oficio* obligatorio sobre la decisión del asunto —esto es, sin que alguna de las partes del procedimiento hubiera interpuesto recurso alguno—, una especie de recurso automático, que tuvo su auge en las colonias hispanoamericanas, cuyos conflictos principales siempre terminaban en los órganos supremos de la metrópoli (el Consejo Supremo de Indias, la Casa de Contratación de Castilla); en el Derecho hispanoamericano posterior a la conquista y colonización quedaron rastros indelebles de ese Derecho español: el así llamado mecanismo de *consulta* o *recurso de consulta*, esto es, la obligación de someter obligatoriamente el caso objeto de decisión, a pesar de la ausencia de recursos, a la decisión de un tribunal superior en rango, deber que pesaba sobre los tribunales inferiores cuando resolvían ciertos asuntos[4]. Por lo demás, en la teoría de los recursos quedó marcado idiomáticamente, de modo indeleble, el *efecto devolutivo* de la interposición de los recursos, no otra cosa que la transmisión del poder de juzgar al inferior jerárquico y la consecuente devolución del poder de

sobre todo a la fiscalía —que representa al Estado—, contra decisiones que no le convienen, pero que convienen al acusado: cf. esta forma de presentación y exposición en Schroeder, Friedrich-Christian, *Strafprozessrecht* (4ª edición), Ed. C.H. Beck, München (R.F.A.), 2007, § 31, ps. 197 y ss. Ciertamente, aquellas convenciones merecen otra interpretación: cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal* (*Dpp*), 2ª edición, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, § 6, H, 2, ps. 708 y siguientes.

3 Sobre todo ello, *idem*, t.I, § 6, 1, ps. 705 y siguientes.

4 *Ibidem*, p. 706. Ello impedía el comercio fluido, afectaba así a la libertad de comercio, por el enorme retraso burocrático de la resolución de los conflictos, en fin, uno de los motivos desencadenantes de nuestra Revolución de Mayo (1810), con fundamento jurídico en la *libertad de comercio*, y, seguramente, argumento real fundante de la independencia de los países hispanoamericanos.

decidir del inferior al superior en una organización vertical, esto es, una vez usado por delegación aquel poder de decisión. El oficio superior ejercía así el control sobre el ajuste de la labor cumplida por el inferior a las reglas sobre la base de las cuales se le había delegado el poder de juzgar[5].

El correlato de esta concepción que dio nacimiento a los recursos —antes inexistentes, pues en el derecho germano o común antiguo, reino de la composición, la justicia de vecindad era pública, ante la asamblea de la comunidad, según rasgo genérico predominante— se percibe, incluso hoy, en la organización judicial y en el procedimiento penal. Nuestro Derecho de la organización judicial y el Derecho europeo-continental todavía conservan, en más o en menos, la organización vertical de los tribunales de justicia, que recuerda, claramente, a la *jurisdicción delegada* de la Inquisición o a la *justice retenue* francesa, que consistía, precisamente, en afirmar que todo el poder de juzgar residía en el rey, quien lo delegaba en sus oficiales, pero lo conservaba en origen[6]. Por lo demás, el procedimiento judicial, consecuentemente, era registrado, documentado en actas, única manera de lograr que *a quo* y *ad quem* —me refiero al tribunal cuya decisión es recurrida y al tribunal que se expide sobre la decisión recurrida— decidieran en paridad de condiciones —*par conditio*—, esto es, sobre una misma base de conocimiento o fuente de información, pues, inversamente, cuando el proceso se desarrolla por audiencias, la base de conocimiento y fuente de información de cada tribunal son distintas, residen en su propia audiencia —en su propio procedimiento—, audiencias que nunca son idénticas la una y la otra[7].

De tal manera, ese sistema y esa concepción del procedimiento y de la organización judicial, aun con variadas modificaciones, llegaron hasta nuestros días, razón por la cual, al menos

5 Precisamente esta característica, traducida convenientemente como *efecto devolutivo* de los recursos, es una de las dos que le permite a Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado*, p. 443, distinguir a los recursos y separarlos de otras impugnaciones procesales. La otra: la suspensión del efecto de cancelación de la cosa juzgada. De la misma manera: Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, § 51, B, I, 1, p. 446.

6 De allí el *puvoir en casation*, origen del recurso del mismo nombre, y el poder de gracia, que ejercía el rey o su tribunal superior.

7 Maier, Julio B. J., *idem*, p. 706.

en el Derecho continental, los recursos no implican, necesariamente, sobre todo en materia penal, el desarrollo de una garantía de seguridad individual. Es por ello, también, que a los ordenamientos jurídico-procesales y a los juristas de ese ámbito cultural les cueste adaptarse a instituciones como el derecho al recurso del condenado, prohijadas por convenciones de derechos humanos, convenciones establecidas, en primer lugar, para recordarnos las seguridades individuales de quienes son perseguidos penalmente; y, hasta en ciertas ocasiones, esas adaptaciones, necesarias en sí mismas, dan nacimiento a reformas y nuevas *reglamentaciones* algo ridículas, rayanas en la hipocresía[8]. Sobre el final intentaremos bosquejar una reforma tal de la organización judicial y del sistema de recursos, que permita concebir al recurso, al menos a aquel contra la sentencia, como una garantía judicial del justiciable. Lamentablemente, ése no es, al parecer, el camino elegido por el legislador penal, ni por los tribunales[9].

2. Nueva visión de los «recursos»

I. *La supresión del sistema de recursos.* El origen histórico de los recursos contra las decisiones judiciales, marcadamente

8 Cf. MAIER, Julio B. J., *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?*, en *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1999, ps. 941 y ss. Allí se consigna, en nota al pie final (p. 948), el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos y de su Protoocolo adicional n° 7, en vigor desde 1988, que ha reconocido los problemas del Derecho continental y ha pretendido superarlos mediante la afirmación —rayana en la hipocresía— de dos principios básicos, originariamente no contenidos en la Convención (*ne bis in idem* y recurso para el condenado), seguidos de excepciones a ellos que tocan, precisamente, los problemas neurálgicos, excepciones que, a nuestro juicio, sólo provocan la desactivación de las garantías previamente afirmadas.

9 Cf. las decisiones de la Corte Interamericana de derechos humanos en el fallo del "Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004, y el intento de seguirlo, por "obligación internacional", de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", causa N° 1681 C. (v. *El futuro de la casación penal*, en "Cuadernos de doctrina y jurisrudencia penal – Casación", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo 2008, nº 5, ps. 15 y ss., con los fallos y sus comentarios).

autoritario, por una parte, y las inconsecuencias y contradicciones de su sistema actual, pendiente, como lo hemos observado múltiplemente, de un delicado equilibrio entre ese autoritarismo y la comprensión del sistema conforme a la idea básica del Estado de Derecho en materia penal —equilibrar las armas y garantizar al imputado un trato justo—, por la otra, han logrado consagrar, al lado de las reglas básicas, excepciones abiertas a esas reglas que, a la par de convocar a una adaptación forzada a la idea política de mención, pueden dar pie a aplicaciones autoritarias no bien se exagere su uso y se las interprete extensivamente. Ese riesgo me ha conducido a estimar que resulta necesaria una transformación del sistema de control de las decisiones judiciales, para garantizarle al eventual afectado por ellas la menor posibilidad de error y adaptarlo mejor a la idea política del Estado democrático de Derecho, pues el sistema actual y algunas de sus normas ya pueden ser, en ocasiones, calificados de hipócritas y hasta de cínicos[10].

Cuando uno se pregunta ¿por qué recursos contra las decisiones judiciales?, responde, en primer lugar, con el temor al error del primer tribunal, provocado por el primer juicio. Pero, no bien uno advierta que es del todo posible —e, incluso, más probable, como decía Binding— la producción del yerro acerca del problema planteado para una decisión en la resolución del segundo tribunal, peor informado que el primero, producto del

10 Las reglas y los desarrollos jurisprudenciales a que ha dado lugar el *recurso del condenado* contra la sentencia condenatoria, incluidos allí las reglas del Protocolo n° 7 de la llamada Convención europea sobre derechos humanos (cf. mi tantas veces citado *Anfechtung der Verurteilung: Garantie des Angeklagten oder Entscheidungskontrolle*, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, V, p. 948), la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la de nuestra CSJN, de forzada adaptación (v. nota anterior), no sólo se desinteresan de las reglas básicas del proceso penal de un Estado de Derecho y de su realización práctica, sino que hacen honor a aquella respuesta de Sebastián SOLER a Alfredo ORGAZ en una de las polémicas honrosas de nuestra producción jurídica, a propósito de la repercusión civil de la sentencia de condena penal: "... sospecho que entonces el interesado clamaría que lo amáramos un poco menos" (cf. SOLER, Sebastián, *Algunas cuestiones civiles en el proyecto de Código penal*, en ORGAZ, Alfredo – SOLER, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, III, p. 44).

segundo juicio, más apartado temporalmente del suceso juzgado[11], seguramente caerá en cuenta de que, históricamente, el temor reside en una razón varias veces más práctica, al menos en nuestro sistema, pero, según creo, no sólo en él: básicamente, en el número de jueces que integra los respectivos tribunales, menor el de primera instancia que el de segunda instancia, tribunales estos últimos integrados con un número mayor de jueces[12]. Como parece natural, un número mayor de jueces —la integración de los tribunales superiores— requiere mayor deliberación entre ellos sobre la solución del caso y, precisamente por esa razón, existiría así un menor espacio para el error en este supuesto. Entre nosotros, el argumento es todavía más certero porque el temor se reduce a las sentencias del juez unipersonal, cuando opera como juez de mérito, juez que, por ello, no sigue procedimiento formal alguno de deliberación para la obtención de la sentencia, sino que —se puede decir con cierta licencia idiomática— delibera el caso consigo mismo, en el silencio de su despacho[13]. Si una mayor estructura de deliberación en la

11 No será la primera vez que ello suceda, ¿no es cierto?; multitud de anécdotas acuden a mi mente, como recuerda el texto de un tango famoso. Cf. MAIER, Julio B. J., *Dpp*, t. I, § 7, nota al pie 99, ps. 797 y s.: al decir de BINDING, prevalece el tribunal peor informado sobre el mejor informado, realidad que conduce a la idea de que los recursos aspiran a lograr otra finalidad: asegurar una organización judicial vertical, regida por el principio de la jerarquía.

12 No es casual que, en Alemania, contradictoriamente, sólo las sentencias por hechos punibles menos graves, por tanto, eventualmente, también penas leves, puedan ser impugnadas mediante un recurso amplio (cualquier agravio y fundamento de injusticia), la llamada *Berufung* (apelación), mientras que las sentencias por hechos punibles de mediana criminalidad y graves, amenazados con penas más severas, sólo son impugnables por casación (*Revision*), recurso limitado a la crítica sobre errores de procedimiento y relativos a la interpretación y aplicación de la ley penal material (infracción a la ley); cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht* (26ª edición), §§ 54 y 55, 413 y ss.; para la sorpresa que explica la nota, correspondida por todos los autores alemanes, pero no criticada por ellos, sino, antes bien, explicada políticamente y defendida con fuerza poco habitual, en especial § 54, B, ps. 414 y s.; también MAIER, Julio B. J., *La Ordenanza procesal penal alemana*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. II, Libro Tercero, Cap. 3, *Advertencias*, p. 272.

13 Éste es el caso del CPP CABA, 279, I, 281, I, y concordantes.

construcción de la sentencia, asegura mayor acierto o menor posibilidad de error es algo que puede discutirse, pero sí parece indudable que esa realidad, unida a otras que fundan argumentos coadyuvantes, garantiza mayor seriedad en la elaboración del fallo y en la realización correcta del procedimiento que marca la ley para arribar a él[14].

No obstante, la objeción histórica de un juez francés, enojado por este procedimiento de control[15], me parece atendible: si ese número mayor de jueces que colaboran en un tribunal, unido a su mayor sapiencia y seriedad para la función, junto a su mayor experiencia, según se predica de los tribunales superiores, garantiza una mejor sentencia, ¿por qué no prescindir del juez de primera instancia y acudir directamente al tribunal de segunda instancia?, al parecer mejor situado, conforme a aquella opinión, desde cualquier punto de vista; ¿para qué perder tiempo y algo más en sostener una organización judicial con dos instancias, si ya bastante demora asegura y cuesta el primer procedimiento penal en sí mismo?, tiempo y dinero que podría ser ahorrado de conocer en primera instancia el tribunal que satisface los deseos de justicia bien lograda, en la requerida segunda instancia. Más razón le asiste a esta tesis si pensamos en los principios que rigen el juicio penal, dificultados sobremanera en una segunda instancia, al punto de que ella constituye, llevada a cabo correctamente, esto es, con satisfacción de esos principios —al decir de alguien que sí demostró su saber[16]—, una segunda primera instancia y no tan sólo una segunda instancia.

Vuélvase sobre la solucion tradicional de la ley procesal penal alemana (v. nota anterior)

14 Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *ibidem*.

15 Cf. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *DPP*, t. I, 236, transcribe a MEYER, *Espris, origine, et progrès des institutions judiciaires*, V, p. 236: "si los jueces de grado valen más que los de primera instancia, que juzguen ellos directamente las causas, y no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y casi por vía de experimento, en poder de hombres ineptos".

16 BINDING, Karl, *Grundriß der deutschen Strafprozessrecht* (4ª edición, Berlin, 1900), citado y traducido por CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, en *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, en "Revista de ciencias Jurídicas", Colegio de Abogados, San José (Costa Rica), 1980, n° 41. V. este libro, t. I, § 6, 3, *a*, ps. 717 y ss., y § 7, D, ps. 793 y siguientes.

La imposibilidad de contestar este sencillo argumento da pie a la solución. No resulta importante la creación de varias instancias, pues de su crecimiento en número no depende la mejor administración de justicia, ni la evitación de errores; si la cuestión fuera así de sencilla, bastaría pensar en cuántas instancias necesitamos para una administración de justicia ideal y perfecta, y obrar normativamente en consecuencia, con la mayor aproximación posible a ese ideal. Sí es importante, en cambio, discutir cómo debemos integrar satisfactoriamente un tribunal para decidir un caso o un aspecto parcial de ese caso; más sencillamente expresado: ¿cuántos jueces y de qué clase son necesarios para resolver una determinada cuestión? Ésa es una pregunta política, en principio, a decidir quizás por aproximación a un ideal[17], que puede tener respuesta, como tantas otras, por juicios de oportunidad, dependientes del contexto real en el que se inscribe la pregunta y de sus posibilidades, pero también en atención a parámetros normativos y, además, quizás por una mezcla de ambos conceptos. Del mismo modo deberíamos preguntarnos por el modo de proceder de esos jueces para resolver las diferentes cuestiones, pregunta que, en relación a la sentencia, ya contestan con claridad y suficiencia nuestros códigos de procedimientos penales.

Preguntas como ¿cuántos jueces y de qué clase deben integrar el tribunal que decida una prisión preventiva?, resolución que hoy decide en mi país un juez unipersonal y es apelable ante un tribunal colegiado integrado por tres jueces, pueden tener respuestas únicas o respuestas variadas según la gravedad de la situación. Sería natural, por ejemplo, que la orden de detención la expida, de ordinario, un juez unipersonal e inaudita parte, por el peligro que sufriría su ejecución con la demora, pero también que ella fuera revisable, inmediatamente o a pedido de quien la sufre, en una audiencia, presidida por un tribunal colegiado, en la cual pueda ser tratada la cuestión ampliamente, incluso desde el punto de vista de su reemplazo por medidas de coerción de menor gravedad (hoy, en nuestro Derecho procesal penal, llamamos a esa posibilidad *excarcelación* o *eximición de prisión*). Sería también deseable que la prisión fuera examinable

17 Por ejemplo, *juicio por jurados* (CN, 24, 75, inc. 12, y 118), para qué casos y cuántos jurados.

en períodos de tiempo y de la misma manera, por un tribunal integrado como el anterior o, quizás, por más jueces, cuando la prisión preventiva alcance una duración mayor, determinada por la ley. Con ello no se está tan lejos de la actual apelación, pero el sistema parece más racional.

Si ello es correcto, ya podemos prescindir durante el procedimiento, al menos en gran medida, del sistema de recursos. Obsérvese que, durante el *juicio público*, ello ya ha sucedido en gran medida[18], por elementales razones de concentración, celeridad y coordinación. Por las mismas razones, que pueden ser descriptas como el máximo de celeridad con el menor esfuerzo posible —*economía procesal*, si se quiere—, es ahora recomendable pensar en el procedimiento hacia atrás y llevar a cabo una transformación posible, sobre todo en el procedimiento preliminar. Ciertamente los recursos, a pesar de cualquier decisión legal que pretenda y pregone lo contrario, son la causa más clara de prolongación temporal e interrupción del trámite de un procedimiento penal en curso. Estimo que existen innumerables ejemplos actuales del fenómeno, que ni siquiera necesito nombrar.

II. *El recurso del condenado como garantía judicial.* Dos son las razones básicas según las cuales no podemos proceder de esta manera con el recurso del condenado contra la sentencia de condena; la afirmación rige también, analógicamente, para el recurso de quien, a pesar de no ser condenado, soporta, según la sentencia penal, una medida de seguridad y corrección, sobre todo cuando esa medida representa la privación de su libertad. Sobre el particular ya hemos escrito suficiente[19], pero vale la pena repetir, sintéticamente, ciertos conceptos.

La primera razón es más que simple y trae a colación la justificación del Derecho positivo, de un Derecho positivo muy especial, porque se trata del Derecho internacional de los derechos humanos y, para el caso de mi país, de nuestra Constitución nacional. La *Convención americana sobre derechos humanos*, art. 8, n° 2, *h*, y el *Pacto Internacional sobre derechos*

18 CPP Nación, 440; CPP Pcia. de Buenos Aires, 429; CPP Córdoba, 451; CPP CABA, 273.

19 Cf. Maier, Julio B. J., *Dpp*, t. I, § 6, E, 4, ps. 632 y ss., y H, ps. 705 y ss., y § 7, D, ps. 793 y siguientes.

civiles y políticos, art. 14, n° 5, ambas no sólo ratificadas por nuestro país —con lo cual pasaron a formar parte, prácticamente, de su legislación interna—, sino, antes bien, con actual estatus constitucional (el llamado *bloque de constitucionalidad*), en virtud del texto vigente del art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional argentina, disponen que la persona juzgada en un procedimiento penal tiene, entre otros derechos, el de recurrir el fallo ante un tribunal superior —se supone, cuando ese fallo le es desfavorable: condena o reclusión como medida de seguridad y corrección— o, con un texto más claro, que quien es declarado culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le ha impuesto en él sean sometidos a un tribunal superior, según previsión legal. El Derecho positivo no deja dudas acerca del derecho de un imputado condenado y de alguien que, incluso, no fue condenado, pero sufre una disminución de derechos según la sentencia penal, salvo pequeños errores del texto fácilmente solucionables por analogía en favor de quien es portador de la garantía, interpretación antes aclarada en nuestro texto. La facultad debe ser reglamentada por la ley procesal penal —establecer un recurso idóneo como una facultad del portador de la garantía— y el relativo —pero sugestivo— desliz acerca de la existencia de un "tribunal superior" en la organización judicial puede ser fácilmente explicado como la necesidad de que ese «tribunal superior» tenga poder, emanado del recurso interpuesto, para revocar, modificar o trasformar la sentencia dictada por el primer tribunal que intervino y ya juzgó, decisión que, precisamente, es objeto del recurso.

La segunda razón resulta más compleja de explicar. El Estado de Derecho no se satisface, al parecer, con la existencia de un sólo juicio en contra del trasgresor, para fundar una condena y una pena (o una medida de seguridad y corrección grave), sino que, cuando el condenado o quien debe soportar la pena o la medida no aceptan la decisión estatal[20], precisa que, en principio, otro juicio, presidido por otros jueces, ratifique total o parcialmente la bondad de la decisión o, por lo contrario, si ése no es el caso, revoque o reforme la decisión. Desde otro punto

20 Obsérvese: éste es un uso legítimo de la llamada *verdad consensual* o del poder *dispositivo* en materia penal; el Estado satisface su concepto de justicia pública, en esta materia, con un único juicio, si el condenado no recurre la decisión y, por lo tanto, acepta la sentencia.

de vista relativo al perseguido penalmente: el Estado de Derecho, en su forma actual según la medida de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, reclama la concesión al condenado de una nueva chance, de una posibilidad renovada, si él lo desea, para demostrar su inocencia o la necesidad de una reacción menor del Estado respecto de su conducta antijurídica. Con ello podríamos sentenciar que la condena, o la aplicación de una pena o de una medida, si quien debe soportar la pena o la medida lo requiere, debe tener como fundamento dos condenas en dos juicios distintos. Allí aparece el *derecho al recurso* como la expresión de voluntad de aquel a quien se le ha impuesto una pena o una medida de seguridad, en el sentido de la realización de este nuevo juicio, del aprovechamiento de esta segunda chance, que el orden jurídico procesal penal le ofrece.

Claro es que tal facultad es susceptible de ser reglamentada por la ley, siempre y cuando tal reglamentación no la suprima o altere de tal manera que equivalga a suprimirla (Const.Nac.arg., 28). Por una parte, quien desee esta segunda chance deberá invocar primero, y luego verificar, que el error que supone en la primera sentencia, que le impone una pena o una medida, es plausible, esto es, racional, probable, caso en el cual dará pie a la apertura del nuevo juicio, que versará sobre su agravio y decidirá con el límite de la extensión de su agravio. Por lo demás, si el error supuesto no toca a las comprobaciones fácticas de la sentencia, que permanecen incólumes, el mismo tribunal que estudia su plausibilidad podrá ahorrar tiempo y procedimiento, y establecer el nuevo orden (condena más leve o absolución) al admitir el recurso, si no son necesarias verificaciones posteriores (por ejemplo, sobre la medición de la pena). Caso contrario, dispondrá la realización de un nuevo juicio para establecer los supuestos que es necesario conocer para decidir. Si el tribunal *ad quem* no admite el recurso, ello implica la confirmación de la sentencia de mérito. Con ello quiero explicar, también, que es posible dividir el examen entre un tribunal, quizás *superior* en una organización jerárquica —a la letra de las convenciones—, que juzgue sobre la probabilidad de la existencia del error que funda el recurso, y otro de mérito y reenvío que realice el nuevo juicio, si así es ordenado.

El nuevo juzgamiento, a pedido de quien es perseguido penalmente, perjudicado por la solución establecida en la prime-

ra sentencia de mérito, no puede culminar en una decisión que perjudique al recurrente aún más que la sentencia recurrida. La *prohibición de la reformatio in peius* adquiere así sentido material, y no tan sólo formal, como sucede cuando la máxima resulta dependiente de la expresión de voluntad de un acusador, de que él recurra o no recurra la sentencia. Por esta misma razón, pero más aún por la infracción contra el principio que prohíbe la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) —una segunda chance para el acusador de lograr la condena querida por él—, la facultad de recurrir la sentencia se le debe conceder sólo al condenado o a quien sufre la imposición de una pena o de una medida de seguridad y corrección; únicamente a él le incumbe este derecho y los acusadores deben ser privados de la facultad de recurrir la sentencia, cuando ella no satisface sus demandas (no condena o impone penas o medidas más leves que las requeridas). El texto mismo de las convenciones avala también esta solución, si ello fuera necesario para el intérprete.

En el texto que desarrollé para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no fue utilizado en la sanción de su código, no se procedió de manera ortodoxa, como en el texto académico; allí *sólo* se permitió el recurso de la fiscalía, y eventualmente, el del querellante, cuando la sentencia era el producto de un delito doloso perpetrado, en relación a ella, por un juez del tribunal (prevaricato, cohecho, exacciones ilegales o recepción de dádivas, por ejemplo) o por otro autor (amenazas o coacción a un juez, al testigo o al perito, con influencia en la sentencia, por ejemplo), únicos casos en los cuales el acusador podía recurrir la sentencia de mérito, si verificaba, previamente, para tornar admisible su recurso, el presupuesto que lo tornaba factible[21]. Con esto basta para expresar mi idea y no incurrir en errores de interpretación por desconocimiento de mis escritos previos al respecto[22].

21 Proyecto CPP modelo para la Nación (2005), art. 213, entregado al Secretario de política criminal del Ministerio de Justicia de la Nación y publicado como addenda al t. III de mi libro de *Derecho procesal penal*, 1ª edición, Ed. del Puerto, B uenos Aires, 2011.

22 Mayores precisiones en los parágrafos de mi libro que se ocupan de la cuestión: *Derecho procesal penal* (*Dpp*), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, § 6, E, 4, ps. 632 y ss., y H, ps. 705 y ss.; y § 7, D, ps. 793 y siguientes.

Quizás deba decirse aquí, también, que el sistema *bilateral* de recursos contra la sentencia —aquel que permite recurrir tanto al acusado como al acusador— resulta ya imposible desde un punto de vista lógico, porque conduce, en extremo, a un *regressus in infinitum*. En efecto, cuando la fiscalía o el acusador recurren en busca de una condena frente a la absolución que puso fin al primer juicio o en busca de una condena más grave que satisfaga sus demandas, y su recurso triunfa, allí comienza, nueva u originariamente, la facultad del condenado de interponer un recurso contra la eventual condena, y, con palabras más simples, todo comienza de nuevo, teóricamente sin solución de continuidad. Esta razón fue, claramente, la que motivó a la Convención europea de derechos humanos, en su Protocolo adicional n° 7, que estableció tanto el *derecho al recurso del condenado* como el *principio de la prohibición de la múltiple persecución penal* (*ne bis in idem*), principios desconocidos literalmente en el texto original de la convención y reconocidos posteriormente por el protocolo citado, a fijar múltiples excepciones a esas normas básicas del ordenamiento jurídico-penal, excepciones que conducen a la negación de los principios citados o a su alteración a tal punto, que resultan intolerables para ellos, porque, prácticamente, los eliminan en el sentido del art. 28 de la Constitución nacional argentina[23].

3. ¿Hacia una nueva organización judicial?

La organización judicial horizontal. Claro es que se puede conservar la organización judicial vertical, hasta ahora predominante, para receptar esta serie de sugerencias, y más claro aún es que, para cierto Derecho positivo, ella deberá soportar las reformas necesarias, pues ese tipo de organización viene, incluso en algunos casos, impuesto constitucionalmente[24]. Pero la im-

23 Cf. Maier, Julio B. J., *Anfechtung der Verurteilung: Garantie für den Angeklagten oder Entscheidungskontrolle?* cit., nota al pie n° 7, p. 948

24 Nuestra Constitución nacional, 108, conoce al menos un tribunal superior instituido por ella, la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y varias de las constituciones locales, provinciales, que organizan el poder del Estado —incluso el judicial— en el ámbito provincial, hablan no sólo de la Corte Suprema o Tribunal Superior provincial, sino, incluso, de otros tribunales de primera y segunda instancia, reglas constitucionales, por cierto, criticables.

plementación del recurso contra la condena de quien va a sufrirla sería bastante más sencilla con una organización judicial horizontal, en la cual los jueces, sin distinción —o con la única distinción de la competencia territorial del tribunal en el cual cumplen funciones, por razones de distancia espacial—, fueran todos jueces del Estado que los instituye y desarrollaran, en cada caso, la función que se les asigna, por algún método que proscribiera la arbitrariedad en la atribución singular del caso. Tampoco resulta necesaria la formación rígida de un tribunal, integrado siempre con el mismo número de jueces que son necesarios para cumplir la misión encomendada dentro de la administración de justicia, y con los mismos jueces, a variar sólo por integración ante el apartamiento de uno de los titulares (recusación o excusación), solución escasamente imaginativa, sino que es recomendable que todos los jueces que tienen una misma competencia territorial y material conformen un tribunal integrado con múltiples jueces como organización, tantos como sea necesario según la cantidad y clase de los asuntos a decidir y el número de jueces que tiene que decidirlos. De este modo, no es necesario concebir al tribunal revisor como un tribunal "superior", en sentido jerárquico, sino, antes bien, superior en sentido material para el caso, y, por lo contrario, sí es posible determinar que este tribunal revisor esté integrado por más jueces que aquel que dictó la sentencia de mérito, necesariamente, y además, integrado por otros jueces distintos a aquellos que intervinieron previamente. Ello no obstruye la posibilidad de crear tribunales con una competencia material de "menor cuantía", por ejemplo, dedicados al Derecho contravencional o de faltas, cuando se lo elabora como un sistema penal, y al Derecho penal relativo a los delitos menos graves, y otros de "mayor cuantía", dedicados a delitos relativos a la criminalidad media y de gravedad, ni tampoco impide crear distinto tipo de tribunales e integraciones (jueces profesionales, escabinado, jurados) para distintos tipos de delitos, incluso según su gravedad.

Déjenme decir, finalmente, que esta organización horizontal se corresponde mejor con un Estado democrático de Derecho, que la organización vertical a la que estamos acostumbrados.

Muchas gracias por su atención

LA REFORMA AL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL EN COSTA RICA[1]

M.Sc. José Manuel Arroyo Gutiérrez
Magistrado Presidente de la Sala Tercera – Corte Suprema de Justicia.
Catedrático de la Universidad de Costa Rica (UCR).

1. Preliminares.

Los regímenes procesales hacen parte de la cultura jurídico-política de una nación, incluso podría decirse, hace parte de la cultura política, en sentido estricto, de una nación. De manera particular, el sistema procesal penal en Costa Rica ha sido de los aspectos más dinámicos del ordenamiento jurídico, objeto de múltiples reformas totales y parciales en las últimas cuatro décadas . En ellos se refleja el grado de consolidación de las instituciones y el carácter más o menos democrático o autocrático que prevalece en determinadas coordenadas tempo-espaciales. De ahí la importancia de conocer no sólo su diseño normativo, sino también la efectividad y eficacia con que funcionan. En el caso particular del régimen procesal penal, este señalamiento resulta especialmente relevante dados los principios y valores involucrados en la persecución y juzgamiento de una persona, a saber, la libertad, la vida e integridad física, el derecho de defensa, la legalidad, la igualdad, entre otros.

La República de Costa Rica en América Central tiene cierta tradición y cierto reconocimiento internacional por ser una democracia consolidada, preocupada por la tutela de los derechos humanos. Si bien es cierto, como ocurre con casi todos los países del área latinoamericana, el balance en cuanto al efectivo respeto de esos derechos puede ofrecer aspectos mejor logrados que otros, puede decirse que históricamente, el pueblo costarricense ha procurado avanzar por la senda de un estado social de

1 Ponencia presentada ante el Seminario sobre el Derecho al Recurso organizado por la Asociación Costarricense de Ciencias Penales de Costa Rica; Colegio de Abogados, junio de 2012.

derecho que persigue justicia social, equidad, salud, trabajo, así como una -nada despreciable- seguridad jurídica e institucional.

Un ejemplo de estos esfuerzos históricos se ve reflejado en la evolución del régimen procesal penal. A partir de la década de los años setentas del siglo pasado, Costa Rica se pone a la vanguardia en la región con una reforma procesal penal, doctrinariamente ubicada dentro del llamado Sistema Procesal Mixto Moderno, que en nuestro caso fue una réplica del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Córdoba, Argentina, pero con significativas ventajas comparativas puesto que se tomó muy en serio la etapa del juicio oral y público, así como la creación de órganos auxiliares que significaron un avance indiscutible, con una policía técnica judicial (dotada de agentes profesionalmente capacitados y una red de laboratorios y centros científicos de producción de pruebas); un Ministerio Público adscrito al Poder Judicial (que ha garantizado una mayor distancia de los centros de poder de otros sectores como el Legislativo o el Ejecutivo); y una Defensa Pública también profesionalizada y suficiente para atender la mayoría de los casos generados por la clientela tradicional del derecho penal.

La tendencia así gestada, fue evolucionando con claridad hacia un régimen de corte predominantemente acusatorio, con una nueva reforma en 1996-98, que puso en manos del ente acusador la investigación del caso y dejó a la judicatura la decisión y control de legalidad del destino final de las causas.

El precio a pagar por este régimen procesal fue una clara colisión de sistemas procesales en razón del sincretismo de distintos esquemas: el originario y tradicional sistema inquisitivo (algunas de cuyas características sobrevivían, sin duda, en el Sistema Mixto Moderno), desarrollado sobre todo en el ámbito latino-continental-europeo; y por otra parte, el novedoso régimen acusatorio, de impronta o corte anglosajón.

Una de las expresiones más relevantes de esa colisión se dio en punto a la tutela del derecho al recurso (artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el marco de la Organización de Estados Americanos, y el 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas). En un sistema predominantemente acusatorio, la decisión emerge de un juicio oral, público, contradictorio y regido por el principio de inmediación probatoria. La cuestión controversial aquí es

cómo garantizar el re-examen integral del fallo, en sede de un superior que ya no tiene las características dichas, sino que a lo sumo puede ser un tribunal colegiado que, sin embargo, no resuelve bajo los principios de oralidad, publicidad, contradictorio o inmediación, sino bajo los presupuestos de un régimen más bien inquisitivo tradicional, como es la intervención de un superior que revisa los antecedentes escritos del proceso y resuelve procurando vigilar sobre todo la legalidad (formal) del fallo recurrido, sin tener tampoco acceso directo a la evaluación de las probanzas. Esto fue lo que ocurrió precisamente cuando se opta por un "recurso de casación", según se verá más adelante, como remedio a la fusión de sistemas procesales de diferente origen y naturaleza. Está claro que en un régimen procesal penal acusatorio "puro"[2], la instancia superior no es necesaria puesto que ha juzgado una representación del pueblo soberano en un jurado que decide en conciencia sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado. En una tradición inquisitorial, al contrario, la revisión en alzada (apelación clásica), se hace bajo ciertos supuestos, según dijimos, que nada tienen que ver con ese sistema acusatorio, puesto que se trata de un sistema que opta por la escritura, el semi-secretismo, la posibilidad de reformar incluso totalmente lo decidido por el inferior, etc. Conforme lo expuesto hasta aquí, al operarse la mixtificación entre una decisión emergida de presupuestos acusatorios con un control superior más bien inquisitorial, se inaugura el conflicto teórico-práctico de cómo armonizar dos tradiciones completamente diversas y hasta cotradictorias.

2. Alcances del artículo 8.2.h de la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica).

De conformidad con la normativa atinente y la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humano, los rasgos esenciales de este derecho al recurso son los siguientes:

a. Se trata del derecho a recurrir ante un tribunal o juez superior al que dictó la sentencia.

2 Se pone entre comillas la palabra "puro" porque en realidad ningún sistema procesal puede preciarse de responder estrictamente a ciertos principios rígidos. Más bien, lo que universalmente sucede, es la mezcla o mixtura de diversos modelos.

b. Esencialmente se define como el derecho al examen o re-examen integral del fallo.

c. La jurisprudencia de la Corte Interamericana lo concibe como un recurso informal, accesible, ordinario y eficaz, y no es relevante el ***nomen iuiris*** que tenga.

d. En consecuencia, no se corresponde o equivale este instituto jurídico al concepto clásico de ***doble instancia***, propio de los sistemas procesales escritos.

3. Breve reseña de la evolución del régimen de impugnación de la sentencia penal en el Proceso Penal costarricense.

El primer antecedente que conviene mencionar aquí está constituido por el período que va de 1973 a 1975. En este momento se promulga el Código de Procedimientos Penales, como quedó dicho, a imagen y semejanza del Código cordobés. En éste se regula un recurso de casación como control de legalidad, ampliado al tema de la falta de fundamentación por violación o quebranto a las reglas de la sana crítica.

Este diseño de impugnación padece de una seria limitación derivada de una admisibilidad con límites, según el monto de pena impuesta por el tribunal de juicio. Sólo cabía admitir el recurso de casación en asuntos conocidos en un tribunal unipersonal cuando la sanción superaba los seis meses de cárcel, o ante un tribunal colegiado, si esa sanción superaba los dos años de prisión.

Con certeza podemos decir que este tema constituye el punto de arranque del peregrinaje del estado costarricense por los pasillos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que relativamente temprano, hacia finales de la década de los años ochentas, tuvimos que hacer las primeras reformas que eliminaran estas limitaciones y pudiera darse paso al recurso de casación, independientemente del monto de pena impuesto.

Volviendo unos años atrás, para 1980 (mediante Ley No. 6434 de ***Reorganización de la Corte Suprema de Justicia***), se creó la Sala Tercera, con cinco magistrados, para que conociera de manera exclusiva los recursos de casación en materia penal, superándose así un esquema un tanto complejo que venía rigiendo anteriormente, donde dos distintas salas, de tres miembros cada una, conocían de los asuntos penales, siendo

necesario integrar a los seis magistrados con el Presidente de la Corte, cando había casos de jurisprudencia contradictoria. Tómese nota que desde entonces, la homologación de la jurisprudencia se planteaba como un problema importante, que se buscó resolver ampliando una sala y dándole en exclusiva la resolución de las casaciones penales. Para este tiempo, además de la uniformidad de la jurisprudencia, se amplió el recurso de casación al control de legalidad y de vicios de fundamentación y logicidad de las decisiones (sana crítica).

Para el período 1980-1990, Costa Rica tuvo que enfrentar múltiples quejas en su contra ante la Comisión Interamericana. Sobre todo porque no existía en el Código de 1975 un acceso igualitario al derecho de recurrir la sentencia, en razón de las limitaciones referidas al monto de pena impuesta. Todas esas quejas o peticiones no llegaron a constituir un caso ante la Corte, fueron archivadas en 1992, bajo promesa del Estado costarricense de hacer las reformas legales que posibilitaran la impugnación en todo tipo de asunto, y abriendo la posibilidad de una revisión extraordinaria, por violación genérica al debido proceso, para todos aquellos casos en que los interesados alegaran que, por existir un recurso de casación muy limitado, no habían tenido un acceso real a la justicia.

En efecto, el año 1998 vio nacer una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia encargada en exclusiva de las acciones de inconstitucionalidad, los hábeas corpus y los recursos de amparo. El archivo de las demandas contra Costa Rica por parte de la Comisión, se dio en razón de la apreciación positiva que tuvo la CIDH de los primeros fallos vinculantes de la Sala Constitucional que apuntaban a asegurar el derecho al recurso para todos y a corregir –mediante la citada revisión extraordinaria por debido proceso- los yerros que pudieron haberse perpetrado en el pasado.[3] No obstante, esta última apertura mediante una ampliación al procedimiento de revisión a cualquier violación al debido proceso y derecho de defensa, terminó siendo un remedio, en nuestro criterio, peor que la enfermedad, puesto que generó que prácticamente en el ordenamiento nacional cos-

3 En las resoluciones 282-90 y 719-90 de la Sala Constitucional se eliminan las restricciones al acceso igualitario al derecho de recurrir en materia penal y se da cabida al recurso de casación por cualquier monto de pena impuesto.

tarricense pudiera discutirse un número indeterminado de veces la legalidad del fallo dictado, desapareciendo, en la práctica la cosa juzgada material.

La Sala Constitucional, en su jurisprudencia, también determinó que la casación debía ser amplia, accesible y sin formalismos, para cumplir con la satisfacción del derecho al recurso, lo que constituyó otro factor importante de presión sobre el único tribunal que entonces conocía de la casación (la Sala Tercera), aspecto que vino a incidir, en el futuro inmediato en las sucesivas reformas experimentadas por el régimen de impugnación penal en nuestro país.

Dado que la presión sobre la Sala Tercera en cuanto a casos a atender se comenzó a volver inmanejable, tanto por la concentración del recurso de casación en su sede como por las aperturas que se fueron dando, obligó a que para 1993 fueran creados los Tribunales de Casación Penal (Ley No. 7333 de 5 de mayo de 1993). Se estableció así una división en la competencia para los recursos de casación penal por razones operativas: los tribunales de casación conocerían a partir de ese momento de las sentencias que imponían prisión de hasta cinco años, y cualquier otra sanción penal no privativa de libertad. Por su parte, la Sala Tercera de la Corte Suprema, mantuvo el control de la casación penal respecto de las sentencias mayores a cinco años de prisión. Asimismo, se establecieron idénticos parámetros objetivos para conocer de los procedimientos de revisión de sentencia en cada sede.

Para 1996 se promulga un nuevo Código Procesal Penal (con vigencia a partir de enero de 1998). Inspirado en el Código Procesal Tipo para América Latina (1988) se caracteriza, entre otros rasgos, por una ampliación de las posibilidades de que otros sujetos procesales no tradicionales, participen en el proceso, sobre todo la víctima constituida o no en querellante, iniciándose desde entonces una clara tendencia hacia la bilateralidad en el proceso penal costarricense. Asimismo, se mantuvo que a través de un recurso de casación, podía ser combatida la sentencia, y no por medio de un recurso de apelación, esencialmente, debido a los problemas que presenta éste último, como instituto clásico inquisitivo, para un sistema de juicio oral y público de instancia única. Por supuesto que se pretendía que esta casación no tuviera las características tradicionales de la casación en la gran mayoría de los países de América Latina, por definición, un mecanismo extraordinario, formalista y de mero control de legalidad.

Entre los nuevos rasgos que se le quieren dar a la casación, está la ***posibilidad de recibir prueba*** en esa instancia, sea para la demostración de un alegato de forma (como examinar registros del debate), sea la manera en que se llevó a cabo una actuación. De igual manera se mantuvo la causal de revisión extraordinaria por violación al debido proceso o derecho de defensa (artículo 408, inciso g) del Código Procesal Penal).

4. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica.*

El 2 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Huma nos condenó al Estado costarricense en el caso Herrera Ulloa contra Costa Rica. Este fallo tiene una especial relevancia dado que, como dijimos en las primeras líneas de este trabajo Costa Rica se caracteriza y se reconoce en el concierto internacional de naciones, como una de las democracias más antiguas y consolidada de América Latina y como un país respetuoso de los derechos humanos. Tales particularidades fueron reconocidas por el sistema interamericano de justicia al firmarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos en nuestro país, razón por la que se le conoce a este importante tratado como ***Pacto de San José***, así como al otorgársele la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tales distinciones y honores trae, sin embargo, un mayor grado de compromiso y obligaciones con ese sistema interamericano, que no son sólo morales sino también jurídicas.

En ese contexto, la sentencia Herrera Ulloa tiene, en primer lugar, una importancia histórico-jurídica que podríamos resumir en los siguientes puntos:

a) Constituye una decisión fundamental del régimen de impugnación de la sentencia penal.

b) Define las características esenciales del derecho al recurso contemplado en el artículo 8.2.h de la CADH.

c) Es el primer y más importantes precedente en cuanto al tema del derecho al recurso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Al lado de esta relevancia jurídica en sentido estricto, debemos rescatar los principales señalamientos de la Corte Interamericana en el fallo *Herrera Ulloa*, así:

a) ***En el caso examinado,***[4] según señala la Corte, no se garantizó el derecho de recurrir la condenatoria penal (artículo 8.2.h del Pacto de San José), aún y cuando se reconoce que cada Estado tiene un margen de apreciación en la regulación del derecho al recurso;

b) Este mecanismo procesal consiste en un derecho a recurrir la sentencia penal ante Juez distinto y de superior grado ***durante el proceso***;

c) Es decir, el recurso debe ser ***ordinario,*** antes de que la sentencia adquiera firmeza. Este punto tuvo relevancia en toda la discusión, porque siempre se cuestionó la revisión extraordinaria por violación al debido proceso, según numeral 408 inciso g) del Código Procesal, como mecanismo adecuado para asegurar el derecho al recurso.

d) No es suficiente la existencia formal del recurso ante el superior. El recurso además de ordinario, debe ser eficaz, accesible y desformalizado.

e) No interesa cómo se denomine el recurso, lo importante es garantizar el examen integral del fallo penal.

f) Debe garantizarse el *"ne bis in ídem"* (una misma integración de jueces no puede intervenir dos veces en el mismo asunto al conocerse el recurso.

g) Se obliga y se otorga a Costa Rica un ***plazo razonable***, para adecuar su legislación nacional al artículo 8, inc. 2.h con informes periódicos ante la Corte.

Examinado el proceso hasta aquí, podemos ensayar una reflexión preliminar que tiene que ver con el hecho de que un caso de ***derecho a la información,*** calificado así por la Comisión

4 Destacamos lo de ***en el caso examinado*** ya que el alto Tribunal internacional se cuidó mucho de no hacer un cuestionamiento generalizado del régimen de impugnación costarricense ni de indicar expresamente cómo debían corregirse las falencias que dectectó.

Interamericana, terminó siendo un cuestionamiento a aspectos puntuales, pero relevantes del régimen de impugnación procesal penal. Esta realidad debe llevarnos a admitir que la sentencia Herrera Ulloa lleva razón en cuanto a señalar el error cometido por la Sala Tercera de la Corte Suprema costarricense al conocer, en dos distintos momentos, un mismo tema. No obstante, consideramos que este fallo no lleva razón en el cuestionamiento generalizado que terminó haciendo del derecho al recurso. Es una opinión muy personal, además, la de que Costa Rica no contó con la debida defensa en momentos clave del procedimiento seguido en su contra, complicándose una etapa de todo este debate que dibuja todo un laberinto del que tenemos casi cuatro décadas de intentar salir.

5. Efectos del fallo *Herrera Ulloa* en Costa Rica.

Entre los meses de julio y agosto de 2004, inmediatamente después de serle notificada la sentencia, el Estado costarricense y particularmente el Poder Judicial, empezó a tomar una serie de medidas administrativas y a pronunciar otros tantos criterios jurisprudenciales de la Sala Tercera y los Tribunales de Casación Penal, orientados a lograr:

a) Una mayor flexibilización y ampliación de la admisibilidad en casación.

b) La admisión de prueba relativa a los hechos en casación.

c) La formulación de excusas para los jueces que conocen de un asunto para asegurar el principio de imparcialidad y objetividad.

Este movimiento hacia el cambio, culminó con la promulgación de la Ley No. 8503 denominada Ley de Apertura de la Casación Penal, del 6 de junio del 2006. Con esta transformación normativa, se quiso superar las objeciones hechas en la sentencia *Herrera Ulloa*, sin embargo, según nuestra opinión, el intento terminó siendo un remedio táctico más y trajo otra serie de problemas nuevos que se sumaron a las deficiencias históricamente arrastradas.

6. Disfunciones surgidas con la Ley de Apertura de la Casación Penal.

A los problemas de vieja data, como la apertura del procedimiento de revisión de la sentencia, que generó en la práctica la inexistencia de la cosa juzgada material en materia penal, por la posibilidad de cuestionar un número indefinido de veces la sentencia supuestamente firme; o bien la fundación de los Tribunales de Casación Penal, que si bien en su momento resolvió la garantía del derecho al recurso para delitos de menor penalidad, terminó agravando el problema de la jurisprudencia contradictoria entre Sala Tercera y Tribunales de Casación y aún peor, entre distintas secciones de éste último.

Si bien entonces con esta ***Ley de Apertura de la Casación Penal***, se garantizó de mejor manera el derecho al recurso, y se materializó en mayor medida el principio de justicia pronta y cumplida, se rompió el esquema de distribución de la competencia basado en un criterio técnico según las penas fueran de de hasta cinco años (Tribunales de Casación) frente a penas superiores a ese monto (Sala Tercera de la Corte), ya que esta nueva normativa, en nuestro criterio atendiendo a un problema operativo o económico (distribución de recursos), dio a esos tribunales nuevas competencias, esta vez sobre delitos sexuales y tráfico de sustancias prohibidas que contemplaban penalidades superiores a los cinco años.

Por otra parte, el cumplimiento de las disposiciones de la sentencia Herrera Ulloa mediante la Ley No. 8503, requirió la intervención de hasta diez magistrados y magistradas suplentes de la Sala Tercera, para conocer casaciones re-entradas y procedimientos de revisión, con la consecuencia del surgimiento de más jurisprudencia contradictoria a lo interno de la Sala.

De igual manera, la saturación de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el conocimiento de recursos de casación y procedimientos de revisión era, para el año 2007 del todo insostenible.

Aquí se impone una reflexión preliminar más, puesto que la Sala Tercera, de cara a la apertura que se venía gestando de años atrás y la concentración que recaía en ella de gran cantidad de asuntos (a pesar de los cambios introducidos por la Ley de Apertura), se vio en la obligación, bien de seguir por

la ruta escogida, haciendo traslados parciales de competencias -como se vio, ya sin siquiera algún criterio técnico, así como aumentando su personal de apoyo y profesional, creando más plazas de letrados y letradas, con lo cual se diluía el control de los magistrados titulares sobre lo que se resolvía-; o bien, dar el salto hacia una reforma a fondo, que garantizara el derecho al recurso conforme el Pacto de San José, mediante la creación de la apelación de sentencia penal como recurso ordinario y una casación de nuevo de naturaleza formal y extraordinaria. De paso, se superaría todo el desencuentro habido a propósito de planteamientos innovadores como ***casación abierta***, ***revisión extraordinaria***, ***Sala y tribunales de casación***, que no sin cierta razón fueron incomprendidos y cuestionados en el ámbito de los organismos jurídicos internacionales.

7. La culminación de una reforma.

Ante la falta de solución definitiva del caso *Herrera Ulloa,* y a pesar de la promulgación de la ***Ley de Apertura de la Casación Penal***, hacia el año 2007 se hizo necesario un nuevo esfuerzo, y nace una propuesta legal para cumplir con lo dispuesto por la Corte Interamericana. Las resoluciones de seguimiento en el expediente *Herrera Ulloa* "celebraban" y "apreciaban positivamente" los avances hechos por Costa Rica, pero no calificaban ni descalificaban las reformas, dejando el asunto en un limbo cuyo peor efecto era mantener abierto el citado caso penal.

Fue así como el 9 de junio de 2010, se promulga la Ley No. 8837, ***Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia y otros,*** después de haberse emitido en total cinco resoluciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos en la supervisión del cumplimiento de su sentencia dictada en el caso *Herrera Ulloa.* Esta etapa duró casi siete años, y no puede dejar de mencionarse aquí que para un Estado con la buena reputación de Costa Rica, que ha dado el nombre más conocido a la Convención Americana (Pacto de San José), y que en su territorio tiene sede la Corte Interamericana, tal situación resultaba absolutamente insostenible. El Estado costarricense no podía seguirse dando el lujo de estar en el banquillo de los acusados como violador de derechos humanos fundamentales.

En gran parte del proceso de supervisión, Costa Rica defendió ante la Corte los alcances de la Ley No. 8503 (***Ley de***

Apertura de 2006), así como ante la Comisión Interamericana –marzo 2009-, alegando que la citada Ley de Apertura era la reforma requerida y suficiente para la tutela del artículo 8.2.h. de la Convención, pero todavía en resolución de julio de 2009 la Corte seguía hablando de incumplimiento. Las víctimas constituidas en el proceso y la Comisión misma no reconocieron nunca, expresamente dicha legislación como una normativa suficiente para tutelar el 8.2h de la CADH.

Llegado este momento hay que hacer una breve referencia a la realidad histórica de la ***Ley de Apertura de la Casación Penal***, sobre todo porque en el ámbito jurídico nacional un amplio sector del foro penal estimó que la Ley No. 8503 era suficiente para cumplir con los mandatos de la sentencia del caso *Herrera Ulloa,* pero lo cierto era que, reiteramos una vez más, a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y específicamente en el procedimiento de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso *Herrera Ulloa*, la ***Ley de Apertura*** no alcanzó su cometido y propósito esencial, es decir, ser reconocida como el instrumento que garantizaba el pleno acatamiento y observancia de las disposiciones de la sentencia en el caso *Herrera Ulloa.*

Fueron estas las circunstancias que obligaron a dar respuesta a la necesidad histórica de precisar y perfeccionar la ley aperturista del 2006 puesto que el "plazo razonable" del que hablaba este fallo para hacer las reformas legales necesarias, a pesar de su promulgación, no parecieron satisfacer a la Corte Interamericana, que mantuvo abierto el proceso por el tiempo que quedó dicho páginas atrás.

Esa respuesta tomó forma con nuevas las nuevas normativas concebidas para cumplir con el derecho al recurso en materia penal, lo que se procuró con la tramitación del Proyecto de Ley No. 17.143 que dio origen a la ***Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia*** (No. 8837 de junio de 2010).

Finalmente la Corte Interamericana ***apreció la normativa*** de la ***Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia Penal*** como adecuada al numeral 8.2.h de la Convención, lo que históricamente demuestra la necesidad y efectividad que tuvo la promulgación de dicha legislación.

8. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica.*

El 22 de noviembre del 2010 la Corte emite la resolución que cierra más de una década de debate y espera. Con ella, se archiva el caso *Herrera Ulloa* después de casi siete años del dictado de la sentencia el 2 de julio del 2004. Se declara el "status de cumplimiento" del Estado de Costa Rica al verificar la Corte el efectivo acatamiento de todas las disposiciones dictadas en el fallo del caso. Asimismo, Se establece, de manera clara, que el Recurso de Apelación de Sentencia permite el cumplimiento del artículo 8.2.h. del Pacto de San José.

Las razones por las cuales la Corte Interamericana categorizó el Recurso de Apelación de Sentencia Penal como adecuado al artículo 8.2.h, pueden resumirse en los puntos siguientes:

a) Permite que la sentencia pueda ser revisada por un tribunal superior.

b) Consiste en un recurso simple, sin mayores formalidades, que evita requisitos o restricciones que infrinjan la esencia del derecho a recurrir.

c) Posibilita el examen integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal de juicio.

d) Posibilita un amplio control de la sentencia y el juicio con base en el que la misma se dictó.

Por nuestra parte y en consonancia con los puntos especificados por la Corte, diríamos entonces que el nuevo recurso de apelación:

a) Permite el examen integral de la sentencia a partir de las inconformidades planteadas en contra de cualquiera de los elementos que integran la sentencia.

b) Requiere mínimas formalidades, y en el caso que el recurso sea ininteligible debe apercibirse y dar oportunidad a la parte impugnante que corrija los errores, con lo cual se garantiza la accesibilidad ante el superior.

c) Se pueden controlar aspectos de inferencia lógica y de inmediación a partir de la video-grabación del juicio, lo

que permite un amplio control de la sentencia por el superior.

d) No se trata de la reproducción plena de toda la prueba en fase de alzada, lo que implicaría en realidad el dictado de una nueva sentencia de primera instancia ante el órgano de alzada.

e) Excepcionalmente se reproducirá alguna prueba cuando los registros no sean suficientes para resolver la apelación.

f) Cabe la posibilidad de ofrecer prueba sobre hechos nuevos siempre que sea necesaria para garantizar el examen integral del fallo.

g) La normativa que regula la apelación señala que el Tribunal de alzada puede incluso declarar de oficio violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, lo brinda instrumentos jurídicos suficientes para garantizar el examen integral de la sentencia.

h) Se tutela el principio de imparcialidad puesto que se garantiza que los juzgadores que han emitido criterio en fases tempranas o previas no pueden volver a emitirlo posteriormente en una misma causa.

Por su parte, el Recurso de Casación, emerge como un mecanismo de impugnación extraordinario que no constituye una tercera instancia. La naturaleza extraordinaria de este recurso deriva de los presupuestos taxativos y los requisitos formales que deben cumplirse para tener acceso a él.

Esos presupuestos o motivos taxativamente establecidos son:

a) La existencia de precedentes contradictorios entre los Tribunales de Apelación de Sentencia, o entre éstos y la jurisprudencia de la Sala Tercera de Casación.

b) La violación o quebranto de la ley penal procesal o sustantiva, siempre que el alegato no procure una revaloración de la prueba o la modificación de los hechos probados de la sentencia. Se trata de controlar, esencialmente, graves violaciones al debido proceso en sede de alzada.

9. Disposiciones Transitorias.

Las disposiciones transitorias de la Ley No. 8837 tienen la delicada misión de tender un puente entre el régimen de impugnación que se abandona y el nuevo que se propone regir. Estas normas también fueron concebidas para tutelar, de manera efectiva el derecho establecido en el artículo 8.2.h, independientemente del momento en que se dio el fallo condenatorio.

Esta materia se ha venido regulando desde la promulgación de la ***Ley de Apertura de la Casación Penal*** (junio 2006), en cuyo Transitorio I se reconoció la posibilidad de presentar procedimientos de revisión cuando la casación hubiese sido cerrada y formalista. Se requiere, como mínimo, en el contexto de la nueva legislación, que se especifique el agravio sufrido y que se haya alegado en su momento y con anterioridad, la violación al artículo 8.2.h, es decir, que el derecho al recurso haya sido un tema en la solución del caso, ya que la misma Corte ha establecido que dicho derecho humano no constituye un asunto de regulación formal, sino de la posibilidad de que el recurso permita un examen integral de la sentencia ante el superior. No tiene sentido que sólo ante la reforma que crea el recurso de apelación, un interesado alegue que debe tener derecho a un nuevo recurso o a un nuevo juicio, si no demuestra que con los mecanismos que tuvo a su alcance (antiguo recurso de casación) no se le permitió alegar algún punto o se le dejó sin resolver algún otro, de tal importancia, que se le causó determinado agravio que debe mostrar.

Se propone un procedimiento de revisión extraordinario de la sentencia amplio y flexible, y no reúne las características que clásicamente ha tenido. En los casos con sentencia en firme, la demanda de revisión deberá presentarse dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la ley que rige desde el 9 de diciembre de 2011. En los casos pendientes de resolución al entrar en vigencia la Ley No. 8837, quien haya alegado la violación del numeral 8.2.h en las condiciones antes señaladas, podrá readecuar su casación a un recurso de apelación, en un lapso de dos meses a partir de su entrada en vigor.

Conclusión.

A seis meses de entrada en vigor la nueva legislación es importante referir algunas tendencias y problemas de actualidad, sabiendo que aún el tiempo para análisis y balances definitivos no ha transcurrido y que será necesario en el futuro volver sobre los efectos y consecuencias de la reforma echada a andar.

Es importante reconocer, en primer lugar, que el cambio legislativo ha representado un importante impacto en los nuevos tribunales de apelación. Se ha experimentado un significativo aumento cuantitativo, aunque se mantienen tiempos de resolución razonables, incluso menores a los que históricamente se habían registrado en los antiguos tribunales de casación. Por supuesto que hay que mantener, en consecuencia, vigilancia sobre requerimientos de personal y equipos en estas sedes.

Tal y como era de suponerse, hay una sensible disminución de asuntos ingresados a la Sala Tercera. Este puede ser un fenómeno transitorio, en la medida en que los criterios de admisibilidad se vayan consolidando y las representaciones de la defensa y del Ministerio Público, vayan afinando y perfeccionando los recursos que interpongan.

Por lo demás, se ha demostrado un expedito procedimiento de admisibilidad en la Sala Tercera. Se ha buscado hasta ahora recrear una cultura de casación como mecanismo extraordinaria y no como tercera instancia, donde se reiteran los argumentos levantados en la apelación o bien se acusan falencias que no son del fallo del tribunal de apelación sino del de sentencia. Se demuestra así que era falaz la crítica de que el nuevo ordenamiento haría de la casación una tercera instancia que iba a tener como efecto inmediato el alargamiento de los proceso.

También hay que señalar que se está perfilando un fortalecimiento sustancial de la jurisprudencia de los tribunales de apelación de sentencia, con una evidente democratización y no concentración de poder en la Sala. Este tema, que también fue objeto de crítica en su momento, resulta relevante puesto que aún y cuando la Sala corrija u homologue jurisprudencia en un tema, esto lo hará para el caso concreto y el margen de criterio y pensamiento jurídico de todos los jueces de sentencia o apelación permanece incólume.

En todo caso, quienes hemos defendido esta reforma, hemos querido dar una respuesta al problema histórico planteado,

que no conoció nunca una propuesta alterna con las consecuencias graves que ya resultaban insostenibles.

Tampoco se ha demostrado que la reforma constituye un simple cambio de etiquetas. Por vez primera se obliga expresamente en la ley el re-examen integral y no se deja la cuestión al mero arbitrio de jueces o a interpretaciones casuísticas.

De igual manera, se consolida un recurso ordinario, no sólo porque se trata de un mecanismo de impugnación ejercido antes de que el asunto adquiera status de cosa juzgada, sino también porque garantiza una amplia exposición de motivos y argumentos en contra del fallo.

No podemos dejar de mencionar que el proceso ante la Comisión Interamericana sigue abierto, por asuntos de vieja fecha y por otros más recientes. Según las políticas de admisibilidad en aquella instancia, para todo tipo de asuntos, cerca de un diez por ciento máximo son material que podrían constituir casos ante la Corte. Independientemente de cuál vaya a ser el criterio de esa Comisión, ya han sido trasladados al Estado costarricense para que se pronuncie preliminarmente, cerca de veinte asuntos. Se trata de quejas planteadas desde hace mucho tiempo, algunos hace ocho o diez años. Tampoco el traslado es el mejor de los esperados. Simplemente la Comisión remite todos los escritos presentados y, sin ninguna filtración previa, pide que el Estado se pronuncie sobre la documentación adjunta. En las respuestas oficiales –que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha pedido apoyo a la Sala Tercera- se hace ver el despropósito de pedir pronunciamiento sobre las quejas en general, sin especificar cuáles son los hechos constitutivos de eventuales infracciones, lo cual crea indefensión al Estado requerido. En fin, creemos que la posición de Costa Rica frente a los reclamos por el derecho al recurso en materia penal y a propósito de la última ley (No. 8837 y sus transitorios) debe ser que la cuestión sólo puede admitirse para su consideración si ha sido oportunamente alegada, con la debida indicación del supuesto agravio, puesto que la sola reforma no es indicio de que toda persona sentenciada ha de tener derecho a un nuevo juicio.

Referencias bibliográficas legales.

Asamblea Legislativa de Costa Rica; Código de Procedimientos Penales; San José, 1973.

Asamblea Legislativa de Costa Rica; Código Procesal Penal; San José, 1996.

Asamblea Legislativa de Costa Rica; Ley de Apertura de la Casación Penal; No. 8503; San José, junio de 2006.

Asamblea Legislativa de Costa Rica; Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia y otros; No. 8837; San José, junio de 2012.

Organización de Estados Americanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Organización de Naciones Unidas; Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

EL RECURSO DE CASACIÓN TRAS EL FALLO "HERRERA ULLOA"[1]

Gabriel Pérez Barberá
Profesor de derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba; profesor de derecho procesal penal en el área de posgrado de la Universidad Torcuato Di Tella; Juez de la Cámara de Acusación de Córdoba, Argentina

La sentencia de la CIDH "Herrera Ulloa" c/ Costa Rica, en parte inspiradora de este congreso, generó un tembladeral no sólo en Costa Rica. Por ejemplo en mi país, Argentina, derivó en una sentencia de la CSJ (el conocido caso "Casal") mediante el cual se cambió el significado y el alcance del recurso de casación tradicional. Si quisiera sintetizarse al máximo la pretensión de esa sentencia de la CIDH en torno al denominado derecho al recurso en materia penal, podría decirse que él consistió en asegurar al condenado una *revisión integral* de esa sentencia. El problema es que por "revisión integral" puede entenderse muchas cosas, y de hecho, si tomamos en cuenta los contextos jurídicos de Costa Rica y Argentina, puede decirse que esta expresión ha sido resignificada ya, doctrinaria, jurisprudencial e incluso legislativamente, básicamente en dos sentidos diferentes:

- o bien como un mandato a los jueces de que comprendan de una manera distinta a la tradicional al recurso de casación (cuando él es el que está dispuesto por ley contra la sentencia definitiva), pues se considera que no es necesario modificar las leyes procesales vigentes para lograr el propósito de revisión integral,
- o bien como mandato al legislador de que modifique la ley procesal, instituyendo un sistema recursivo diferente, porque se considera que el sistema vigente no es apto para el logro del propósito de revisión integral.

En Argentina se asumió que lo que cabía inferir del fallo "Herrera Ulloa" era un mandato para los jueces, y, en Costa Rica,

1 Reproducción de la Conferencia impartida por el Profesor Pérez Barberá, conforme se expuso en el Congreso.

que ese mandato estaba destinado al legislador. En ese estadio nos encuentra este congreso: Argentina ha modificado jurisprudencialmente a la casación en 2005, con el mencionado fallo "Casal" de la CSJ, y Costa Rica ha modificado su legislación, proponiendo un recurso amplio contra la sentencia definitiva, asimilado aquí a la tradicional apelación, que supere las restricciones que caracterizan a la casación clásica.

Estas son ya realidades sobre las que poco se puede hacer, pero de todas formas vale la pena preguntarse: ¿cuál de los dos caminos es preferible? ¿Está mejor encausada Argentina, con su posición a favor de un cambio en la jurisprudencia, o Costa Rica, con su posición a favor de un cambio en la ley? Por supuesto que Costa Rica... no podría aquí permitirme decir otra cosa J Ya fuera de toda broma, pienso sinceramente que la solución del cambio legislativo es *conveniente*, pero para el logro de una finalidad que –a mi juicio lamentablemente- no es la que ha guiado al legislador de Costa Rica, por las razones que enseguida brindaré.

Adelantaré ya mismo los puntos de llegada de esta conferencia, para que se sepa desde ahora a qué me refiero cuando digo que es preferible un cambio legislativo. Algo es "preferible" en la medida que, como medio, satisfaga mejor un determinado fin. Conviene, entonces, explicitar cuáles son los fines posibles en este contexto, para que se comprenda desde ya qué quiero decir cuando digo que es conveniente cambiar la ley:

- Si todo lo que se quiere lograr es una ampliación de lo que debe ser objeto de control a través de un recurso contra una sentencia definitiva, entonces no es necesaria una modificación de la ley: basta con una comprensión diferente a la tradicional del recurso contra la sentencia definitiva, independientemente de cómo se lo quiera llamar (casación, apelación o de otra manera).

En cambio,

- si lo que se quiere lograr es no sólo una ampliación de lo que se debe controlar mediante casación, sino también una restricción de qué clase de sentencia definitiva se puede controlar y de quién puede ejercer ese control, entonces no es que sea necesario, pero sí resulta *conveniente* modificar la ley.

La determinación de la finalidad que se persiga es relevante porque, como ha puesto de manifiesto la exposición de Julio Maier, la discusión acerca de una reforma de la casación, antes y después de "Herrera Ulloa", no se ha presentado sólo en torno a si debe *controlarse más* (por ejemplo: no sólo las llamadas cuestiones de derecho sino también las llamadas cuestiones de hecho, y con amplitud), sino, también, en torno a si, al menos por regla, sólo una clase de sentencia definitiva es la que puede ser objeto de impugnación (a saber: la sentencia condenatoria) y a si sólo uno debe ser el sujeto procesal facultado para impugnar esa sentencia: el imputado; o si, por el contrario, también puede estar autorizado para ello el acusador.

En Argentina, salvo la solitaria voz de Julio Maier y de algunos pocos que lo hemos seguido en esto, sólo se ha valorado la cuestión del cuánto (más) se debe controlar mediante el recurso contra la sentencia penal definitiva. Pero yo creo que tan importante como eso es lo referido a qué clase de sentencia definitiva es la que se puede recurrir y a quién está habilitado para hacerlo.

En lo que se refiere al primer aspecto, he dicho ya que, para modificar lo relativo a cuánto se debe revisar de una sentencia definitiva en materia penal, no es necesario modificar ninguna ley, al menos no en sistemas jurídicos como los de Costa Rica y Argentina. De hecho, puedo decir, en base a una investigación no sólo teórica sino también empírica y bastante extensa sobre este tema que llevé a cabo en Alemania en 2006, que muchos tribunales casatorios, como el de España, el de Alemania y también el de la provincia de Córdoba en Argentina, por vía de la casación tradicional controlaban mucho más en materia de cuestiones de hecho que lo que *prima facie* podía apreciarse, y por lo que he podido apreciar en estas jornadas, lo mismo puede decirse de los tribunales de casación de Costa Rica incluso antes de "Herrera Ulloa". De allí que, a mi juicio, en *un sentido* (ya veremos enseguida que en otro sentido *no*) han sido injustas las condenas a España y a Costa Rica por parte de organismos internacionales por no contar supuestamente con un recurso suficientemente amplio contra la sentencia definitiva en materia penal. Por lo menos la condena a España tuvo por "causa" principal una muy mala defensa del propio Estado español frente al Comité de DDHH de Naciones Unidas. Dicha defensa estuvo

basada en el mero texto legal y en las fórmulas denegatorias de la admisibilidad del recurso del propio Tribunal Supremo, pero no indagó en qué es lo que concretamente hacía el TS cada vez que decidía admitir sustancialmente la casación. Si lo hubiera hecho, se hubiera dado con la sorpresa de que, en esas sentencias, en materia de hecho y prueba el TS controlaba todo aquello que se podía controlar, que de ninguna manera era menos que aquello que podría controlar un tribunal de apelaciones.

Algo similar pasaba con la casación cordobesa anterior al fallo "Casal" de nuestra CSJ: si uno investigaba esa jurisprudencia superficialmente (leyendo por ejemplo sólo las síntesis publicadas de los fallos), se llevaba la impresión de que se estaba frente a un recurso muy restrictivo. Pero si uno la investigaba más a fondo y se tomaba el trabajo de leer completos aquellos fallos en los que el tribunal admitía sustancialmente una casación, lo que encontraba era que, en materia de hecho y prueba, se controlaba no sólo muchísimo, sino, antes bien, *todo lo que era posible controlar*. Una sentencia de la Sala Penal del TSJ de Córdoba que ingresaba al fondo de la cuestión en un caso de agravio procesal y anulaba una sentencia, realmente se metía con los hechos y con la prueba hasta la médula, por decirlo de un modo algo... carnívoro J Pero claro, al mismo tiempo dictaba múltiples fallos en los que repetía su formulita de que "el recurso debía ser declarado formalmente inadmisible porque pretende nada más que una revaloración de la prueba merituada soberanamente por el tribunal de juicio", etc. Y repito: por lo que gracias a ustedes he aprendido, parece que algo muy similar habría ocurrido en Costa Rica antes de "Herrera Ulloa".

En Argentina, entonces, lo que sucedió después de "Casal" no fue que los jueces de casación, en cuestiones de hecho y prueba, empezaron a controlar más, sino que empezaron a controlar *en más casos* lo mismo que antes sólo controlaban en unos pocos casos. Con otras palabras: "Casal" significó nada más –y ciertamente nada menos- que una suerte de "empujón" para que los tribunales casatorios flexibilizaran no las posibilidades de control sobre cuestiones de hecho y prueba, sino, antes bien, esa serie de razones ocultas a partir de las cuales un tribunal de alzada decide si se interesa en un caso, y por lo tanto si ingresa a él para revisarlo. Y digo "nada menos" porque, en verdad, "Casal" ayudó a que aquellos jueces de casación que

antes cerraban el recurso porque honestamente creían que lo que se les pedía que revisaran era incontrolable, se dieran cuenta de que, en realidad, eso sí era controlable. Lo que la Corte Suprema básicamente les dijo fue: maximicen el esfuerzo revisor, para lo cual deberán minimizar el peso del "argumento de la inmediación", esto es, del argumento conforme al cual la valoración de la prueba no se puede revisar en casación porque depende directamente de lo que los jueces percibieron en el juicio oral. Y, como veremos enseguida, hay un núcleo correcto en esta advertencia de la Corte argentina, independientemente de que su fundamentación no haya sido del todo feliz. Porque es cierto que los tribunales de casación, antes de "Casal", antes de "Herrera Ulloa", desarrollaron una pereza proverbial para admitir la posibilidad de controlar un caso, pero cuando se espabilaban, controlaban, y controlaban todo lo posible. En este sentido, "Casal" y "Herrera Ulloa" sirvieron, no porque demostraran que era posible controlar más en términos epistémicos, sino porque demostraron que esa pereza jurisdiccional no estaba arraigada en una suerte de "naturaleza de la cosa", sino en una cultura reactiva al control en sí, y sobre todo si éste era solicitado por la defensa, tal como lo puso de manifiesto la excelente exposición de Yamura Valenciano en el día de ayer.

Me parece que muchos de los que estamos aquí podríamos coincidir en que este diagnóstico puede ser correcto. Pero llegados a este punto resulta urgente demostrar por qué sucedía (y sucede) esto de que, en cuestiones de hechos y de prueba (que como ha dicho aquí Carlos Tiffer el día lunes es lo que en verdad interesa en materia impugnativa), todo lo que se controlaba antes, cuando se controlaba, era en verdad *todo lo que se podía controlar*, teniéndose en cuenta que se trataba de sentencias que surgían de un debate oral. Y por qué, por lo tanto, resultaría plausible pronosticar que los actuales jueces de apelación de Costa Rica, cuando quieran controlar con rigor cuestiones de hecho y prueba, no podrán controlar más que lo que controlaban, incluso antes de "Herrera Ulloa", los jueces de la Sala III, *cuando querían controlar*, por supuesto). Ello es así porque, detrás de esto, lo que hay son razones epistémicas, que por lo tanto no dependen en absoluto de lo que diga un juez o un legislador, sino de aquello que, en virtud de los conocimientos ontológicos y nomológicos disponibles, resulta posible conocer en un

contexto dado. Fundamentar lo que acabo de señalar, empero, requiere ingresar a cierto detalle técnico, que es lo que haré a continuación, y me disculpo por lo tanto desde ya ante ustedes por el sopor que, con toda seguridad, les produciré a partir de este momento. J

Ya en 2003 mi colega Hernán Bouvier y yo, en un artículo que publicamos juntos a comienzos de 2004 (es decir: antes de "Herrera Ulloa", en Costa Rica, y antes de "Casal", en Argentina) sostuvimos que era perfectamente posible, sin necesidad de ningún cambio legislativo, que los jueces de casación, en cuestiones de hecho y prueba, controlaran en todos los fallos lo que sólo controlaban en algunos pocos; y que incluso en esos pocos fallos en los que se atrevían con los hechos y la prueba se podían atrever aún más; y que si no se atrevían aún más era porque estaban algo cohibidos por el peso de sus formulillas de rechazo, en las que aparentemente creían de verdad, aunque muchas veces las dejaran de lado; y que, en definitiva, si ese mayor control que de facto era posible lo ejercían consecuentemente en más casos, quedaría satisfecho de modo más que suficiente el estándar de la Convención americana y del Pacto Internacional, por la sencilla razón de que más que eso no sería posible controlar si de lo que se trata es del control de una sentencia fundada en un previo debate oral. En este punto hay que recordar que ni los pactos ni "Herrera Ulloa" exigen una "segunda instancia", ni un segundo juicio, sino una posibilidad de revisión integral de la sentencia.

Para demostrar todas estas afirmaciones, Bouvier y yo introdujimos en la discusión científica sobre casación la siguiente distinción (que hoy es de hecho utilizada muy asiduamente por una de las salas de la CNCP en Argentina): en el plano de los enunciados de una sentencia debe diferenciarse entre "enunciados inferenciales" y "enunciados de inmediación". Y advertimos, a su vez, que debe tenerse siempre presente que en toda sentencia no solamente hay conclusiones fácticas que se fundan en premisas explícitas, sino también conclusiones fácticas que se fundan en premisas implícitas. Estas últimas reciben el nombre de "entimemas" en epistemología, y su noción es sumamente importante para lo que sigue.

Por necesarias razones de economía argumental, todas las sentencias están plagadas de entimemas: los jueces no podemos explicitar todas las premisas en las que se basan las múltiples conclusiones fácticas a las que arribamos en nuestras sentencias, pues ello las tornaría no sólo interminables, sino incluso menos claras. Así, por ejemplo, lo usual es que se diga "el testigo A es creíble porque no es pariente de B", sin que se explicite, a su vez, la regla de experiencia que dice que ello es así porque, por lo general, quien no tiene un vínculo familiar con otro no quiere favorecerlo ni perjudicarlo, y que a su vez ello es así porque, en ese caso en concreto, no se verifica una excepción a esa regla, etc.

Pero volvamos ahora a nuestra distinción central entre enunciados inferenciales y enunciados de inmediación. Enunciados inferenciales son aquellos que derivan de otros enunciados y, por tanto, conforman argumentos o razonamientos. Como tales, pueden ser revisados por un tribunal que no esté en igualdad de condiciones epistémicas con el que los emitió, pues la tarea de revisión, en estos casos, se limita a un control de inferencias, que en tanto tal puede ser llevado a cabo por cualquiera. Los enunciados inferenciales, por lo tanto, pueden ser controlados por un tribunal que no haya presenciado el juicio oral.

Los enunciados de inmediación, por su parte, son los que derivan de una relación sujeto-mundo. Un enunciado de inmediación no se apoya en otros enunciados, sino en percepciones sensoriales respecto del entorno empírico. Por eso decimos que los enunciados de inmediación son auténticos enunciados 'últimos', pues 'antes' de ellos no hay otros enunciados, sino directamente una percepción sensorial. Controlar la corrección de los enunciados de inmediación no importa analizar la validez de un argumento, la viabilidad de una inferencia, etc., sino determinar si el hablante percibió bien el entorno circundante. Y para ello sí resulta necesario encontrarse en *par conditio* epistémica con aquel. De allí que los enunciados de inmediación no pueden ser controlados por un tribunal diferente al que presenció el juicio.

Teniéndose esto en claro, es factible afirmar que, cuando antes de "Herrera Ulloa" y de "Casal" los tribunales de casación controlaban menos de lo que se les pedía en materia de hecho y prueba, porque honestamente creían que ese control no era posible, reaccionaban así porque no advertían que estaban confundiendo enunciados inferenciales entimemáticos (o con premisas implícitas) con enunciados de inmediación. Esta

confusión es comprensible, porque un enunciado inferencial entimemático (esto es, la conclusión de un razonamiento que no explicita sus premisas) puede aparecer, si no se lo analiza con cuidado, como un enunciado último, o sea, como un enunciado de inmediación, porque, externamente, un enunciado inferencial que no explicita las premisas en las que se basa es igual a un enunciado de inmediación, que como dije *no tiene premisas*. La diferencia, repito, es que en este último caso esas premisas realmente no existen, mientras que en los anteriores sí existen, pero son implícitas.

Veámoslo con un simple ejemplo. Tomemos el siguiente enunciado:

'La declaración de X favorece al imputado Y'.

Esta es una típica conclusión sin premisas explícitas que importa una toma de posición del tribunal respecto de lo aportado por un medio de prueba en función de lo percibido en la audiencia de debate, y que sería considerada por la jurisprudencia casatoria tradicional como irrevisable en esa sede, por constituir una "mera valoración de la prueba", para la cual "es soberano el tribunal de juicio", etc. O con nuestras palabras: porque se lo considera un enunciado de inmediación. Pero, en verdad, no se trata de un enunciado de inmediación, porque él no deriva directamente de lo percibido sensorialmente por el tribunal en el juicio oral, sino de otros enunciados que, en ese contexto, simplemente están implícitos, como por ejemplo: 'esta declaración coincide con la de A'; 'la declaración de A le aporta una coartada a Y', etc. Se trata, en fin, de un entimema, y por lo tanto de un enunciado inferencial. Puede, por lo tanto, ser controlado por un tribunal diferente al que percibió el juicio, pues lo único que se requiere para dicho control es la revisión de la corrección de aquellas inferencias, para lo cual deberá, simplemente, detectarse las premisas implícitas de la conclusión y reconstruirse de esa forma el argumento empleado por el tribunal *a-quo*.

Es claro, pues, que muchos enunciados sobre hechos que tradicionalmente los tribunales de casación, invocando el argumento de la inmediación, no permitían que sean atacados en su sede, eran en verdad enunciados inferenciales, y no enunciados de inmediación. Es decir, eran conclusiones basadas en premisas, y por lo tanto nada impedía que sean susceptibles de control en la instancia casatoria. De hecho, cuando estos tribunales

querían controlar, lo que hacían era advertir, "repentinamente", el carácter inferencial de los enunciados controlados, y de esa forma disfrazaban un genuino ingreso a cuestiones de hecho creyéndose y haciendo creer a muchos que en esos casos no revisaban los hechos, sino la "logicidad" de la fundamentación del tribunal de juicio. Y esto último, claro está, es cierto. Lo que no se advertía es que ingresar al control de las denominadas cuestiones de hecho y prueba importaba, *siempre*, un control de logicidad, de un tipo de lógica determinado, ciertamente, que no es otro que el de la lógica inductiva.

Dicho control, hoy como ayer, no puede consistir nunca en otra cosa que no sea determinar si la conclusión inferencial en cuestión tiene *suficiente apoyo* en premisas, sean éstas explícitas o implícitas. Se tratará, por lo tanto, de una aplicación arquetípica del estándar de lógica inductiva denominado "razón suficiente", aceptado desde hace décadas como uno de los principios que integran la denominada "sana crítica", tanto en Argentina como en Costa Rica, entre otros muchos países. Por eso digo que, para ampliar las posibilidades de control de los enunciados fácticos de una sentencia, no es necesario modificar la ley procesal, sino, simplemente, tomar conciencia de qué es lo que se hace cuando se examinan, en sede casatoria, tales enunciados fácticos. Esto mismo, aunque con una fundamentación diferente, es lo que en esencia ha sostenido la CSJ en Argentina en el fallo "Casal", en el cual expresamente se dice, en el voto de la mayoría, que no es necesario modificar la ley para que los tribunales de casación argentinos adecuen su tarea a lo que exige la Corte Interamericana.

Lo útil, a mi juicio, de la explicación que aquí ofrezco de qué es aquello que se hace cuando se controla una sentencia, es que deja en claro que el espacio para lo no controlable es mínimo, casi diría insignificante. Porque en una sentencia penal, aunque surja de un debate oral, la cantidad de auténticos enunciados de inmediación es, precisamente, mínima, insignificante. ¿Cuál sería un auténtico enunciado de inmediación? Alguno similar a los que mostró Javier Llobet en la mesa redonda del lunes, como por ejemplo: "no es creíble el testigo A porque, cuando declaró en el debate, le temblaba la voz". Casi no hay enunciados así en una sentencia. Pero lo importante es remarcar que, aun cuando los hubiera y fueran muchos, una sentencia fundada únicamen-

te en auténticos enunciados de inmediación sería nula, precisamente por falta de fundamentación. Pues, como dice Ferrajoli siguiendo en este punto a Popper, una sentencia, para ser válida, debe ser refutable, esto es, controlable. Y por lo tanto no puede ser válida una sentencia fundada únicamente en enunciados incontrolables, como lo son los auténticos enunciados de inmediación. Para que la sentencia sea válida debe ingresar forzosamente al mundo inferencial, al mundo de la argumentación, como destacaba con razón ayer Alfredo Chrino. En ese sentido, hago mía la muy pertinente observación de Javier Llobet, en el sentido de que esta discusión interpela también al juez de juicio, no sólo al de casación: el juez de juicio debe saber que tiene determinados deberes al momento de fundamentar una sentencia si quiere que esa fundamentación sea válida.

En definitiva: para controlar más cuestiones de hecho que las usuales, conforme a la cultura restrictiva circundante, no hace falta modificar ninguna ley, sino agudizar la destreza para detectar entimemas. Y nada puede hacer un legislador respecto a eso. Si algo se puede conocer o no, no puede determinarlo una norma jurídica, sino, por así decirlo, una norma del mundo fáctico, y por eso es que, en este terreno, lo que decide la cuestión es una razón epistémica, no jurídica. No es un legislador jurídico, sino el mundo, lo que determina qué se puede y qué no se puede conocer por parte de un determinado sujeto en un determinado contexto.

Ahora bien, para lo que sí resulta conveniente modificar la ley es para impedir que también el acusador pueda recurrir la sentencia absolutoria. Porque así como ninguna norma jurídica puede hacer nada en contra de una determinada posibilidad fáctica de conocimiento, tampoco ninguna norma epistémica puede decir nada respecto al derecho que tenga o no un determinado sujeto a solicitar que se revise una sentencia que lo perjudica. Que un fiscal "pueda", o no, recurrir la sentencia absolutoria no depende de razones fácticas, sino de razones jurídicas. De allí que ese "pueda" signifique, en rigor, "tenga derecho a". Es, pues, el legislador el que debe decidir acerca de ese derecho. Y el legislador internacional ya ha decidido: tanto en el Pacto Internacional como en la Convención Americana se ha dejado en claro que el único que tiene un "derecho" a recurrir en este contexto es el condenado. Hay argumentos consecuencialistas (regreso

ad infinitum) y argumentos deontológicos (*ne bis in idem*) que fundamentan esa toma de posición, todos ellos brillantemente abordados y expuestos por Julio Maier en su conferencia aquí ante ustedes y en sus textos ya publicados, por lo que no tiene sentido que yo los repita.

Sólo quisiera agregar que, en verdad, una reforma legislativa no resulta necesaria para el logro de esta finalidad, sino, solamente y como ya dije, *conveniente*. Porque, atento la operatividad de las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno de los Estados signatarios, bastaría con aplicar directamente las pertinentes normas internacionales, declarándose al mismo tiempo inconstitucionales las normas del derecho interno que se opongan a lo establecido en aquellas, en la medida en que ello fuese necesario. Eso hizo la CSJ argentina, de hecho, en relación con la cuestión de cuánto se debe controlar en virtud de esas normas internacionales. Pero no lo hizo respecto a esta segunda cuestión, relacionada con las facultades del acusador. Debió hacerlo, pero no lo hizo. Tampoco lo hizo la CIDH. Y yo creo que no lo hicieron porque, precisamente, quieren que esto sea llevado a cabo por el legislador. Y a mi juicio, repito, es conveniente la intervención del legislador en este tema. Porque se trata de una cuestión sumamente delicada, en la que incluso puede ser plausible alguna excepción a la prohibición, al acusador, de recurrir la sentencia absolutoria (como el propio Julio Maier lo ha admitido), y es mejor que ello sea establecido claramente en una ley con validez general (al menos en Argentina, hasta los fallos de la CSJ tienen validez sólo para el caso concreto).

Para finalizar, sólo una reflexión más: el argumento de la menor carga de trabajo para los jueces de casación que supuestamente importaría la prohibición al acusador de recurrir la sentencia absolutoria no debería ser utilizado en primera línea. Porque es, en verdad, un argumento débil. A las interesantes estadísticas aquí exhibidas les falta un dato importante: la cantidad de sentencias absolutorias y condenatorias. En mi investigación empírica del año 2006 pude constatar que, tanto en Alemania como en mi país, el número de sentencias absolutorias es muy inferior al de las condenatorias, por lo que, aunque sea cierto que los recursos de la acusación son mucho más admitidos que los de la defensa (dato este que también mi investigación cons-

tató), no menos cierto es que ello resulta cuantitativamente poco relevante, porque los recursos de la acusación son muy pocos en comparación con los de la defensa: son pocas las absoluciones y éstas no siempre son recurridas. Lo realmente dramático que revela el dato de cuánta predisposición hay en los tribunales de casación para hacer lugar a recursos de la acusación, y cuán poca para aceptar los de la defensa, es hasta qué punto, en la praxis, el recurso contra la sentencia definitiva en materia penal está ideológicamente orientado no como garantía para el condenado, que es lo que establecen los pactos internacionales, sino, todavía como en el siglo XIX, como una suerte de devolución al príncipe para que éste, en casos que perciba como "excesos de benignidad" por parte de los jueces, haga resurgir el "debido rigor". La única manera de terminar con esto es prohibiendo en forma terminante al acusador la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria, salvo casos muy excepcionales, por su extrema gravedad, que deberían catalogarse en forma taxativa por ley.

La desazón que esto puede producir, en un primer momento, al ministerio público y a las víctimas, podría neutralizarse con la siguiente ventaja que esa prohibición de recurrir traería aparejada para ellos, y para el sistema en general: eliminada la posibilidad de recurrir una absolución, todas las energías de acción y de capacitación en el ministerio público se volcarían en preparar buenas investigaciones preliminares y buenos juicios; es decir, el ministerio público podría concentrar todas sus fuerzas para intentar una condena en la única chance procesal que tendrá para ello: la del juicio oral. Y ello, a su vez, sería útil para evitar que un derecho bilateral a recurrir la sentencia definitiva termine conspirando a favor de que el juicio oral deje de ser el momento descollante del proceso, como de hecho ya está ocurriendo: entre el juicio abreviado y la posibilidad de que tanto el perseguido como el perseguidor recurran la sentencia definitiva, el juicio se va diluyendo cada vez más en una suerte de etapa de importancia secundaria: no me importa tanto lo que ocurra en el juicio si, de todas formas, puedo luego recurrir la sentencia.

En fin: prohibir al acusador el recurso contra la sentencia absolutoria no les ahorraría, a los jueces de casación, demasiado trabajo, ni a los Estados demasiado dinero. Pero esa prohibición es constitucionalmente (y moralmente) urgente: que en un solo caso se produzca ese regreso al infinito que planteaba

Julio Maier es una tragedia para un Estado de derecho, que de ninguna manera se debería permitir. Además, y como ya dije, la prohibición al ministerio público a recurrir la sentencia absolutoria sí puede contribuir para la resurrección del juicio como momento central del procedimiento, que es lo que exige, al menos en mi país, la Constitución nacional. Y les puede dar la satisfacción a los Estados que así lo decidan de saber que, por fin, han comprendido adecuadamente qué significa que el recurso sea una garantía. Y finalmente: lo que la prohibición, al acusador, de recurrir sí puede ahorrarle a los Estados signatarios de la Convención americana es el dolor de cabeza que les produciría el ser condenados por un tribunal internacional que, alguna vez, se tome en serio la letra de la Convención de derechos humanos que tiene el deber de aplicar, algo que, por lo demás, podría ocurrir en cualquier momento, con el mismo "efecto sorpresa" que tuvo "Herrera Ulloa". Muchísimas gracias por la atención que me han dispensado.

EL TEMA DEL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA PENAL LUEGO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO DE MAURICIO HERRERA CONTRA COSTA RICA

Dra. Jenny Quirós Camacho
Coordinadora del Programa de Oralidad del Poder Judicial
Juez de Apelación del Tribunal del II Circuito Judicial de San José

Muy buenas tardes. Agradezco a la Asociación de Ciencias Penales y especialmente al Dr. Daniel González la invitación que recibí para participar en esta actividad de análisis jurídico. Mis compañeros de mesa me han solicitado que exponga de primera, por lo que tendré la responsabilidad de explicar a los presentes cuál era el contexto que se vivió dentro del Poder Judicial al decidir sobre la forma en que se resolvería el tema del recurso contra la sentencia penal, luego de emitida la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Quisiera iniciar diciendo que, en términos generales, Costa Rica se ha caracterizado históricamente por respetar los estándares de derechos humanos. Así es reconocido nuestro país en la región.

Uno de los derechos humanos fundamentales es el derecho del imputado a recurrir su sentencia condenatoria ante un tribunal re examinador. Este derecho se encuentra contenido en normas internacionales vigentes en Costa Rica, que todos conocemos.

Como es sabido, meses atrás fue desarrollada una discusión- de carácter más mediático- en torno al proyecto de ley que buscaba implementar el recurso de Apelación en nuestro país. En la disputa, se reprocharon unos a otros el desempeño laboral de distintas oficinas judiciales; se resaltaron contradicciones de la propuesta y se hicieron críticas. Sin embargo, no se mostra-

ron en la prensa aportes de soluciones alternativas a la que fue presentada ante la corriente legislativa.

Recuerdo que hice el esfuerzo de llevar a cabo un estudio con el humilde propósito de fomentar una discusión de carácter ***jurídico*** y proponer otras soluciones viables. En él expuse los criterios que desde mi punto de vista deben servir de parámetros para dar solución al problema de proteger el derecho al recurso de todas las personas condenadas penalmente, sin incurrir en duplicación de funciones ni en entrabamientos indeseables en el servicio de justicia. No obstante haber presentado dicho trabajo a la Sala Tercera, promovente del proyecto de ley, no tuve eco, aunque luego vi que algunas de las cosas del proyecto original si fueron mejoradas en la normativa final.

En vista de la oportunidad que el jurista Daniel González nos brinda hoy, renuevo mis votos por una verdadera discusión jurídico procesal del tema, y en esa convicción compartiré con ustedes esta tarde, siempre en la conciencia de que lo hecho hasta hoy respecto del recurso de la sentencia penal es- como toda obra humana- discutible, mejorable y perfectible, y el tiempo sabrá decir que el intercambio de conocimientos procesales, el contenido de los derechos humanos, la experiencia comparada y los aspectos de moderna gestión judicial –si tenemos la oportunidad- son mejores consejeros que la retroalimentación endógena, o que el enfrentamiento mediático o de lógica gremial.

Por las razones que fueron expresadas a lo largo del estudio que realicé y que trataré de resumir, de todas las propuestas posibles, quizá la que se escogió por parte del legislador al establecer dos recursos en lugar de uno, es la menos recomendable. Si bien la apelación vigente hoy es un recurso amplio, según el cual los tribunales del recurso podrán re examinar todo aquello alegado por las partes, cumpliendo así las exigencias de la jurisprudencia derivada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene varios inconvenientes, según veremos.

A. ¿Qué ordenó la CIDH a Costa Rica?

En lo que hoy nos interesa, la Corte consideró que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada en las siguientes condiciones: (Ver Párrafos 158 a 175 y 198 de la Sentencia)

- ✓ Por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.
- ✓ Antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada.
- ✓ Por un tribunal superior que reúna las características jurisdiccionales que lo legitimen para conocer el caso concreto.
- ✓ Mediante recursos que deben ser eficaces. (No basta con la existencia formal de los recursos)
- ✓ Que garantice un examen integral de la decisión recurrida. Un análisis o examen comprensivo e integral de **todas** las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.
- ✓ Independientemente de la denominación que se le de al recurso.

Con base en esos parámetros, la Corte dijo que los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio, pues *"no permitieron un examen integral sino limitado."* Y *"Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado* (Párrafo 168)

Pero en realidad la sentencia no desagrega los puntos específicos que constituirían esa revisión integral. Solo el voto razonado del Juez García Ramírez si expresa:

"Se trata... no solo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior, --que sería superior en grado dentro del orden competencial de los tribunales-- debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la situación pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho el bien jurídico afectado, la culpabilidad de agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial)."

Incluso llega a decir este juez:

"Para la plena satisfacción de estos requerimientos... sería pertinente acoger y extender el sistema de suplencia de los agravios a cargo del tribunal de alzada. Los errores y las deficiencias de una defensa incompetente serian sorteados por el tribunal, en bien de la justicia."

Algunas de las cosas dichas por la corte, francamente me parecieron discutibles y podríamos abordarlas en el periodo de preguntas[1]. Sin embargo, con razón o no, lo cierto es que las exigencias del fallo de la Corte Interamericana son un dato de la realidad. Haciendo una analogía con temas de salud y médicos, diríamos que un diagnóstico fue dado por la Corte Interamericana y no teníamos posibilidad de recurrir a una segunda opinión. (¿paradójico?) Esa es la naturaleza de tales pronunciamientos y entonces lo que correspondía, una vez emitida la sentencia, era enfocar todas las fuerzas en la tarea de crear un sistema recursivo como he dicho en otras ocasiones *"lo más bueno posible para todos"*.

Sobre eso volveremos.

B. Contexto fáctico:

Veamos ahora el Contexto fáctico (no jurídico) en el que se desarrolló el problema:

Luego de la puesta en vigencia de la Ley de Apertura de Casación Penal, habían ocurrido varias cosas que se describen de seguido sin orden alguno de importancia ni prelación:

I. En opinión de algunos abogados litigantes, profesores universitarios, e integrantes de la Sala Tercera de la Corte, nuestro país no había cumplido a cabalidad con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera contra Costa Rica y por ello apoyaron una reforma legal. Otros abogados litigantes, profesores universitarios y jueces integrantes de un tribunal de casación, estimaron que ya se había cumplido con las exigencias de la Corte Interamericana y no estuvieron de acuerdo con la propuesta de reforma legal.

II. Había hasta el mes de diciembre de 2012 en el país cuatro tribunales de Casación, ubicados en San José, Cartago, San Ramón y Santa Cruz de Guanacaste, para un total de veintiún jueces.[2]

III. La cantidad de tribunales y jueces de casación generó en algunos temas de importancia la producción de criterios jurídicos contradictorios. Un ejemplo de ello es el tema de la prescripción, suscitado según lo veo, a raíz de que la norma del Código Procesal Penal no era lo suficientemente clara y dio espacio a interpretaciones diversas.

IV. Un problema que no es exactamente parte del tema de la casación pero que está relacionado con él, es el de la gran cantidad de sentencias que se encontraban cues-

1

1) El que el recurso de casación fuera un recurso formal y no permitiera un examen integral. La ley no lo decía así expresamente, entonces supondremos que se referían a que la practica sí.
2) Que decidieran que la casación no permitía un examen integral sin examinar el caso específico. Es decir sólo con base en pensamiento abstracto. Nunca se refirieron específicamente a lo que ocurrió en la casación de la condenatoria de Mauricio Herrera ni cómo en esa misma sentencia condenatoria, una apelación u otro recurso habría generado otro resultado. En realidad el análisis que se hizo fue bastante general.
3) El hecho de que la prueba a este respecto haya sido meramente pericial y no se escucharan otras fuentes de prueba (jueces, un estudio aleatorio de casos, etc)
4) El hecho de que no se ve en la sentencia un análisis sobre la prueba pericial de la forma que estamos obligados los jueces a analizar la credibilidad de los peritos, si tenían algún vinculo o interés particular con los interesados. (A algunos peritos no los conozco, pero independientemente de que todos ellos sean profesionales de intachable honorabilidad, eso no exime el deber de analizar su credibilidad.
5) La forma como se defendió Costa Rica. Su estrategia de litigación en este caso.
Sólo por citar algunos ejemplos de cosas sobre las que se podría conversar. Sin embargo, me parece que hoy por hoy, lo importante es seguir adelante con la producción jurídica que mejor convenga a los ciudadanos como titulares de derechos fundamentales y al país como parte del Sistema Interamericano.

2 Así consultado ante la Oficina de Carrera Judicial, antes Unidad Interdisciplinaria del Poder Judicial.

tionadas en revisión ante la Sala Tercera de la Corte por la causal de la violación al debido proceso, lo cual trajo como consecuencia que en Costa Rica prácticamente no existía la cosa juzgada material en lo penal. Ello porque un mismo imputado podía intentar todas las revisiones que deseara mientras aludiera a uno de los distintos aspectos del debido proceso no cuestionado con anterioridad.

V. Como la Sala Tercera conocía de revisiones y de casaciones,[3] lo cierto es que la gran cantidad de revisiones impactaban el tiempo en el que eran resueltas las casaciones. Es decir, la existencia de los procedimientos de revisión en alguna medida impedía que las casaciones fueran resueltas en un tiempo razonable, siendo el tiempo promedio de resolución de 14 meses 2 semanas para los recursos de casación y 23 meses 3 semanas para los procedimientos de revisión.[4] Como puede observarse, catorce meses para resolver un recurso que debería determinar que la sentencia queda firme, es mucho tiempo.

VI. A esa carga de trabajo de la Sala Tercera, debe sumarse las responsabilidades políticas de los magistrados en la elaboración de las grandes decisiones del Gobierno del Poder Judicial, que se materializan en el trabajo de las

3 Los casos entrados en la Sala Tercera durante el 2008 fueron 1457; a los tribunales de casación 2276 de los cuales 1099 ingresaron al tribunal del II circuito, 493 al del III Circuito de Alajuela, 414 a Cartago y 270 en Guanacaste. (Informe estadístico 2008, Sección de Estadística del Poder Judicial y entrevista con el MSc. Franklin González, jefe de la Sección de Estadística del Poder Judicial)

4 Tomado de Informe Estadístico de la Sección de Estadística del Poder Judicial, año 2008. Por el contrario, el promedio de duración general en los cuatro tribunales de casación es de 2 meses y 2 semanas; la duración en el tribunal de casación del II Circuito de San José es igual al promedio de todos, sea 2 meses, 2 semanas. La duración del tribunal de casación de Cartago es de 2 meses, 1 semana. La duración del tribunal de casación de Guanacaste es 1 mes, 2 semanas. (Informe citado y entrevista con el MSc. Franklin González, Jefes de la Sección de Estadística del Poder Judicial)

Comisiones y en las decisiones que se toman en el seno de la Corte Plena.

VII. En concordancia con lo establecido por la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que un juez no puede intervenir en diversas etapas del proceso, la gran cantidad de revisiones generó que los cinco magistrados titulares de la Sala Tercera debieran inhibirse cuando ya habían intervenido en casación. Esto produjo que una cantidad enorme de asuntos fueran resueltos por magistrados suplentes,[5] que éramos diez y que para tal efecto debíamos integrar la Sala de cinco. Ello generó entonces la producción de criterios jurídicos diversos según fueran las integraciones, puesto que en realidad lo que ocurría era que cada asunto podía ser resuelto por una Sala de cinco miembros de la totalidad de los quince magistrados, entre titulares y suplentes, lo que implicaba potencialmente una altísima variabilidad de criterios.

VIII. La incorporación más o menos ordinaria de los magistrados suplentes a la Sala Tercera generó una distorsión en el esquema organizativo de trabajo que tenia esta Sala con sólo los titulares, porque era distinto trabajar en grandes sesiones de quince miembros y no de cinco.

IX. Desde el punto de vista psicológico-social, sería interesante plantearse el impacto que produjo internamente a los cinco magistrados titulares la afectación de su rol social, puesto que tradicionalmente ellos trabajan pensando que ostentaban una posición de jefatura o jerarquía en razón de su cargo con exclusión de cualquier otra persona en la materia penal. Contrario a ello, tuvieron que estimar como pares a aquellos diez magistrados que no siendo titulares, eran tan jueces naturales como ellos en los procesos sometidos a su conocimiento, a pesar de que afuera de la Sala eran jueces de menor rango, litigantes o incluso sus proyectistas o *letrados*.

5 No se tiene un registro exacto sobre el número de asuntos en los que intervienen los magistrados suplentes, pero se estima que sobrepasan el cincuenta por ciento del total de casos.

Ciertamente, siempre había habido suplentes, pero ahora, estos *jueces* suplentes llegaron entonces con un buen grado de permanencia a la Sala, en ocasiones remozando los criterios tradicionales de ésta y discrepando de ciertos aspectos jurídicos que estimaban superados o mejorables. En este punto hay que recordar que frente al caso concreto cada juez debe ser absolutamente independiente porque es un principio universal el derecho de todo imputado a un juez independiente e imparcial (Art. 8.1 CADH) por lo que los magistrados suplentes no se someten –o no deberían someterse- a los criterios de los titulares si no los comparten.

X. La participación de los magistrados suplentes en la Sala Tercera generó la necesidad de destinar recursos económicos extraordinarios por parte del Poder Judicial, pues la diferencia salarial entre un juez titular de la Sala y otro juez que no es de la Sala es sumamente alta[6].

XI. La estructura física de la Sala Tercera no estaba diseñada para suplir diez puestos de trabajo más. Ello implicó que los magistrados suplentes tuvieren que estar hacinados en recintos improvisados, en ocasiones de escasos metros cuadrados, oscuros, sin ventilación ni luz natural, zonas de tránsito o de circulación de expedientes y de personal de apoyo, todo lo cual podía afectar la calidad de la justicia porque el magistrado suplente se enfrentaba a una gran dificultad para concentrarse en el estudio de los casos y producción de resoluciones.

XII. Por su parte, algunos jueces de tribunales de casación a quienes entrevisté, estimaron que tenían muchos asuntos que resolver; que los asuntos ante un tribunal de casación son más complicados que los que se tramitaban en la Sala Tercera, porque con la Ley de Apertura de la Casación a ellos correspondía conocer de las casaciones y revisiones en los asuntos de drogas y en los asuntos sexuales, en cuyas sentencias se debe hacer un especial esfuerzo por derivar justificadamente las conclusiones de la prueba. Indicaron además que su rutina de trabajo se interrumpía constantemente con solicitudes de prórroga al plazo de prisiones preventivas, apelaciones en extradiciones y asuntos de la materia penal juvenil que debían resolverse casi de inmediato, aspectos todos estos que no tenía bajo su conocimiento la Sala Tercera.[7]

Como vemos, dudas sobre el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana, diversidad de criterios, exceso de trabajo, retraso, inversión de recursos extraordinarios, problemas organizativos y hasta incomodidades subjetivas y objetivas en el ambiente laboral, son algunos de los aspectos que se habían generado y que no habían sido resueltos.

No obstante, de los doce aspectos indicados, no escuché que ninguno se citara en la prensa como motivos para impulsar un cambio legislativo. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia presentó ante la Asamblea Legislativa un proyecto de ley para la creación de un recurso de apelación, transformando los tribunales de casación en tribunales de apelación de la sentencia. El argumento que se manejó en la prensa fue que aún el país no había cumplido con lo ordenado por la Corte Interamericana. En algunos documentos también se deja ver una cierta preocupación por el tema de la nomofilaquia o la necesidad de existencia de uniformidad en la jurisprudencia y existe un documento del Estado de la Nación donde sí se hace referencia a la gran cantidad de trabajo.En fin, como sabemos, la propuesta de la Sala Penal fue acogida y entró a regir el 9 de diciembre de 2012.

6 Cuando se presenta una inhibitoria, se generan dos posibilidades: a) si el suplente es externo, se paga por el sistema de Dietas. Para eso existe una fórmula. b) Si el suplente es interno, se paga por un "sobresueldo". Por ello se contemplan dos líneas presupuestarias, Por ejemplo, existe un monto incluido para el 2009 el cual no necesariamente se gaste, sino que es una proyección. Las proyecciones deben pasar el filtro del ministerio de hacienda, y pueden sufrir recortes. Para 2009 la suma por Recargo de funciones está calculada en 22243750 colones y por dietas 12720833 colones. (Así, presupuesto 2009 que se tuvo a la vista y entrevista con el Lic. Juan Carlos Sebiani, Oficina de Control Interno del Poder Judicial.)

7 Entrevista a jueces que solicitaron anonimato.

C. Mi análisis sobre el asunto:

1. Como puede observarse de una lectura cuidadosa de la sentencia del caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica, la convención no indica cuál tipo de recurso ha de aplicarse. Tampoco lo hace la Sentencia de la Corte.
2. El problema histórico procesal que enfrentamos es que los recursos tradicionales que existen contra las decisiones de los jueces, no fueron pensados en su origen para sistemas horizontales de justicia que pudiéramos identificar con sistemas democráticos. La apelación tradicional como recurso procesal no es acorde con un sistema acusatorio. Este sólo puede dar al traste con la inmediación del juicio y con la fase de debate misma, porque en la apelación tradicional el juez tiene amplios poderes que hacen que sea la apelación—en verdad- la fase más importante de todo el proceso. Es decir, la fase de juicio pierde la importancia que tiene en los sistemas verdaderamente acusatorios, y pasa a convertirse en una suerte de ensayo de lo que ocurriría en el segundo y verdadero juicio contra el imputado.
3. La casación tradicional, napoleónica, no permite un re examen integral de la sentencia condenatoria –sobre todo por el principio de intangibilidad de los hechos y la imposibilidad de revalorar prueba directamente.
4. No obstante, la casación tradicional ha evolucionado para convertirse en un recurso más abierto. Desde mi punto de vista, la debilidad que tenía el Estado costarricense en el conflicto en sede Interamericana, era que en todo caso, en la literalidad de la ley no constaba la apertura de la casación, lo cual abría al lector la posibilidad de que pudiera existir disparidad de criterios o mejor dicho, la posibilidad de distintos niveles de apertura del recurso según fuera el criterio de los distintos tribunales de casación, puesto que la ley podía ser objeto de diferentesinterpretaciones.
5. Entonces, había que decirlo con todas sus letras: estamos en un momento histórico procesal de crisis en el tema de los recursos en la materia penal, porque los

institutos tradicionales no resuelven el problema, por ser de alcance limitado a los efectos de todo lo que queremos lograr: un proceso democrático, humanista, y por ello acusatorio oral, que permita un re examen integral del fallo para resolver la posibilidad del equivocación judicial, lo cual también es muy humano. Lo que sí debemos defender hoy –en pleno siglo XXI- es la convicción de que las razones jerárquicas o de control que históricamente justificaron el nacimiento de los recursos, no son válidas en una concepción democrática del poder. El re examen de un fallo condenatorio tiene sentido en un sistema democrático sólo en la medida en que el ser humano que juzga –como persona de carne y hueso- podría equivocarse, por lo que siempre es sano que exista una posibilidad de re valorar el caso. Es decir, la equivocación judicial es algo tan humano y tan factible en la justicia como en cualquier otra actividad humana, y cuando está de por medio el derecho humano a la libertad personal, debe existir la posibilidad amplia de rectificar.

6. Tengamos conciencia de la siguiente afirmación: La producción de institutos jurídico procesales novedosos no es aun tan prolija como sí lo es la conciencia humanista y democrática, Es decir, se ha avanzado –al menos teóricamente- en la concepción paritaria del proceso judicial, pero no se ha producido aún un consenso de los teóricos procesalistas respecto al recurso más adecuado. Esa podría ser una hipótesis que explique por qué Costa Rica escogió un recurso de apelación, adaptándose a la nomenclatura tradicional.
7. Ahora bien, podríamos pensar: Si los institutos tradicionales no resuelven las aspiraciones democráticas de un país que quiere mejorar el servicio de la justicia que le brinda a los ciudadanos, ¿por qué no dejar de aferrarnos a las nomenclaturas tradicionales?
8. Los institutos jurídicos son herramientas. No son camisas de fuerza. Mientrasel norte sea la humanización de la justicia y no el apego a teorías, modelos, nomenclaturas y pseudociencias, toda la creación humana con-

sensuada en el ámbito procesal penal será respetable si responde al contenido de los derechos humanos.

9. Desde mi perspectiva, y así lo hice saber, la actitud seria y desapegada de viejos esquemas debe ser: *Definamos con solvencia intelectual y con libertad de pensamiento qué es lo que pueden y deben hacer los jueces y las partes en el re examen de la sentencia condenatoria, a la luz del derecho humano al recurso, consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos.*

10. A pesar de todas nuestras reflexiones, Costa Rica optó por implementar un recurso de apelación, aunque claro está, no se trata de una apelación tradicional ni de una casación tradicional.

    Sólo para ilustrarles el motivo del repudio que me provoca el que se hubiese establecido una apelación, les propongo hagamos juntos un ejercicio contextualizado de lenguaje:

    Sabemos que el sistema inquisitivo responde a la idea de jerarquización y centralización de poder que es propia del modelo político **monárquico**.[8]Y es precisamente en este tipo de procesos jerarquizados, en los que "El recurso paradigmático...es el de apelación. "[9]

    ¿Con qué es compatible la expresión lingüística *recurso de apelación:* Con el lenguaje de Tribunal del Pueblo, Horizontalidad, Justicia Servicio o con el lenguaje del Corte Real; Jerarquía; Justicia Poder?

    Pensemos más: ¿Es compatible la expresión *recurso de apelación* con la organización jerárquica de nuestro Poder Judicial?

    Entonces surge otra hipótesis ¿No será que –más que un apego a simples nomenclaturas teóricas clásicas- el nuevo sistema recursivo costarricense es un reflejo de nuestro Poder Judicial todavía napoleónico en su organización y con cultura vertical?

11. El tema no es de simple nomenclatura. Porque nótese que aunque la apelación que se implementó es distinta de la tradicional, forma parte de un sistema recursivo jerárquico que pone a la Sala Tercera a decir *la última palabra*, no ya a un escaño de la frase de juicio sino a dos. Es decir, lo novedoso de la reforma es que, contrario a lo que pretendió la resolución de la CIDH, impone dos recursos en lugar de uno, siendo el segundo –sea la casación- ahora sí, un recurso cerrado, que nada tiene que ver con lo ordenado por la CIDH y que perfectamente se pudo evitar.

12. En esta discusión –que está muy lejos de terminar- los vértices sobre cuál recurso implementar, deberían ser: El derecho humano al recurso en el marco de los DDHH, el proceso acusatorio oral, y la justicia pronta que genere seguridad jurídica.

13. Por eso, desde mi punto de vista, la sentencia de la CIDH debió ser leída como una gran oportunidad para modernizar el sistema recursivo, lograr disminución y nunca aumento de tiempo procesales.

14. También era la oportunidad de que CR hiciera un aporte significativo al conocimiento jurídico. Inicié diciendo que Costa Rica es reconocida a nivel regional porque históricamente ha sido respetuosa de los Derechos Humanos. Tenemos la altura moral para innovar sin que sobre nosotros caiga sospecha. Me parece que siguiendo la analogía médica, tuvimos la oportunidad de terminar nuestro mal con cirugía láser, y preferimos mitigar el padecimiento con homeopatía tradicional. Sólo el tiempo sabrá aquilatar si la decisión fue la mejor y por ahora sólo tenemos algunos indicadores de los que podremos hablar en el periodo de preguntas, si así lo desean.

8 Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editores del Puerto S:R:L, Segunda edición, Buenos Aires, 2002, pp706 y 707 y Binder, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad- hoc, segunda edición, Buenos Aires, 1999, p.290.

9 Duce, Mauricio y otro, Proceso Penal, Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007, pág. 504

D. Propuestas Concretas.

Me inspiraron las palabras de Alberto Bovino cuando escribió: *las recientes interrelaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional abren una serie de dudas e interrogantes que, en nuestra opinión, aún no estamos seguros de cómo se habrán de contestar.Ello no significa que debamos bajar los brazos sino que, por el contrario, exigir cada día con más energía el efectivo respeto del derecho internacional de los derechos humanos*[10].

Bajo esa perspectiva, el trabajo que realicé contiene varias propuestas, en punto a la admisibilidad de las pruebas y a los poderes del juez. Me referiré por motivos de tiempo sólo al tema del tipo de recurso y el tribunal que debería conocerlo.

Este es a la vez un tema procesal y un tema de gestión, por tratarse de distribución de cargas de trabajo. Desde luego que se encuentra a la base el aspecto de la competencia que es un tema procesal. Pero debemos estar claros en cuanto a que en Costa Rica existe un problema de cargas de trabajo inmanejables y lentitud en la justicia. El problema es que las cargas de trabajo excesivas inciden de manera lamentable en el derecho humano a una justicia real, porque ante el exceso de casos, las resoluciones que se producen son de menor calidad. Además, las cargas de trabajo excesivas inciden en los tiempos de respuesta Un sistema procesal con el mejor cuerpo normativo del mundo, que tenga un sistema recursivo retardatorio y de la mala calidad es un sistema que da al traste con todo lo logrado en las fases procesales precedentes; incide negativamente en el principio de cosa juzgada; provoca inseguridad jurídica; genera violencia privada y con ello deslegitimación de los órganos judiciales y por ello afecta la institucionalidad del país. Por eso el tema de las cargas de trabajo hay que tomárselo muy en serio.

Hace un rato decía que la forma en que resolvamos el tema de fondo que nos ocupa,así como la reasignación de cargas de trabajo, deben ser *lo mejor para todos.* Me refiero a que el cambio debe ser para bien de los siguientes elementos:

10 Bovino, Alberto, Justicia Penal, Reforma y Derechos Humanos, en Humanismo y Derecho Penal, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007, pág. 417.

a) Del imputado y de las víctimas, quienes deben lograr una justicia pronta y de calidad, así como un sistema de recursos expedito y confiable.

b) De la sociedad y la institucionalidad del país, porque el sistema judicial debe caminar con eficiencia sin cuellos de botella y sin mora, para auto conservarse como legitimo ante los ojos de la comunidad y evitar la producción de venganza privada.

c) De los jueces involucrados, quienes por salud ocupacional deben contar con cargas equitativas y realizables de trabajo, sin importar el rango que ostenten.

Por último, el disenso es malo en una democracia sólo en la medida en que genere injusticias e incertidumbre. Por ello, la unificación de jurisprudencia debe ser importante no como ejercicio de autoridad sino como medio para dar seguridad jurídica pero en grandes temas generales, y no en detalles de casos concretos que son propios de ser definidos en el debate.

Tomando en cuenta todo lo anterior, propuse la siguiente reforma,

ARTÍCULO 458, - Motivos. *El recurso para el re examen de la sentencia procederá:*

a) Cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal de fondo o de procedimiento.

b) Cuando el tribunal de sentencia se hubiere apartado arbitrariamente de la prueba.

En todos los casos, al revisar el asunto, el tribunal del recurso hará un examen integral de la decisión recurrida y un análisis comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior, que hubieren sido cuestionadas.

ARTÍCULO 459. – Tribunal competente. *Conocerá el Tribunal delRe Examen de Sentencia de los recursos motivados en las causales a) y b) del artículo 458.*

Conocerá la Sala Tercera sólo cuando el recurso se fundamente en el inciso a) del numeral 458 y existan sobre el tema distintas interpretaciones emanadas de los distintos Tribunales del Re Examen o de la Sala Penal.

En este último caso, el recurrente deberá acreditar la existencia de esos diversos fallos para que el recurso sea admisible ante la Sala.

En caso de que el recurrente no demuestre la existencia de fallos contradictorios, la Sala le prevendrá hacerlo dentro de un plazo de cinco días. De no hacerlo, se declarará la incompetencia y se enviará el asunto al Tribunal de Re Examen de Sentencia.

Si se formulara un recurso invocando múltiples causales, correspondiéndole al menos una de ellas a la Sala Tercera, ésta conocerá de todo el recurso.

Veamos: ¿Qué se lograría con la propuesta? Como puede observarse, la propuesta tiene varias ventajas: respeta el derecho del imputado al recurso, al tiempo que implica un solo recurso en lugar de dos; elimina toda posibilidad a una casación formalista o cerrada, y permite el servicio de justicia en un tiempo razonable, le deja a la Sala Penal aquellos casos que tienen importancia para definir líneas jurisprudenciales contradictorias, no re victimiza, no hace más costoso para el Estado y para las partes el proceso penal, se aleja de nomenclaturas inconvenientes al llamar simplemente al órgano jurisdiccional *Tribunal de Re Examen de Sentencia*, entre otras ventajas:

Termino diciendo que si ponemos un poquito de cuidado, vemos que estamos viviendo en un contexto de muchas paradojas:

-La primera: La sentencia de la CIDH es sobre la posibilidad de revisar lo resuelto por un tribunal en un proceso, pero nosotros no podemos obtener una revisión de lo resuelto por la Corte, aunque sabemos que mucho se quedó por fuera. (Bueno, claro está que así es el sistema internacional y que nuestro país soberanamente lo adoptó).

-La segunda paradoja: Esa misma La Sentencia de la CIDH nos llama la atención sobre la importancia de la libertad de expresión en un sistema democrático participativo, y algunos consideramos que no tuvimos oportunidad de participación suficiente para resolver este tema con la solución que se propuso a la Asamblea.

-La tercera paradoja: hablamos mucho de democracia y horizontalidad, pero establecimos un sistema recursivo jerárquico y vertical a pesar de que había otras posibilidades.

Por lo menos las dos últimas paradojas me han hecho meditar ¿no será que somos muy particulares los costarricenses? ¿Es decir, que tal vez no vivimos la vida democrática tanto como creemos? Porque si fuera así, valdría la pena alertarse y seguir trabajando hacia adelante, hacia mayores conquistas democráticas.

Como dijo el Juez García Ramírez en su voto razonado en Sentencia de la CIDH caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica:

"La deliberación sobre las interrogantes que aquí se llevan no siempre desemboca en conclusiones unánimemente aceptadas. Hay en este campo deliberaciones inconclusas y soluciones ***pendientes.*** *"*

Claro que todo lo que he dicho, ha sido con la plena conciencia de que probablemente es más fácil hablar desde la libertad que brinda el no tener autoría ni cargo político en este tema. La verdad, esa es la libertad con la que me gusta hablar, y con la misma libertad de pensamiento informé por escrito mi disenso en el momento en el que el proyecto de la ley vigente comenzó a circular. Creo de manera muy honesta que esta discusión vale la pena hoy igual que en aquel momento, porque a futuro hay mucho por mejorar y debemos hacerlo con ilusión, porque mejorar la Justicia, siempre vale la pena.

Y como diría la misma sentencia estudiada:

...Que el silencio no sustituya el debate.

Muchas gracias.

IMPLICACIONES DEL FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO MAURICIO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA.[1]

Lic. Jorge Luis Arce Víquez
Juez del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de San José

Cabe preguntarse si las últimas reformas introducidas por las leyes N° 8837[2] y N° 9021[3] al Proceso Penal de adultos y juvenil, ambas impulsadas por los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, han contribuido a fortalecer, simplificar y facilitar el ejercicio del derecho al recurso contra la sentencia penal y el auto-control judicial sobre la misma o si, por el contrario, al retrotraer la casación a un modelo pretendidamente «extraordinario, formal y cerrado»[4], acaso se está en pre-

1 Preámbulo a la primera mesa redonda.

2 Ley N° 8837 de 3 de mayo de 2010, «*Creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal*», vigente dieciocho después de su publicación en el Alcance N° 10-A a La Gaceta N° 111 del miércoles 9 de junio de 2010.

3 Ley 9021 de 3 de enero de 2012, «Reformas ley N° 7594 Código Procesal Penal, ley N° 7576 Ley de Justicia Penal Juvenil, ley N° 8460 ley de Ejecución de Sentencias Penales Juveniles, ley N° 7333 Ley Orgánica del Poder Judicial y adición al Código Procesal Penal», publicada en el Alcance Digital N° 12 al Diario Oficial La Gaceta N° 18 del 25 de enero de 2012.

4 Estos son los tres adjetivos con los cuales el magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrrez, presidente de la Sala Tercera, califica al recurso de casación en medios de comunicación colectiva, explicando que la Sala queda ahora habilitada sólo para resolver "casos excepcionales" (así, p.ej., La Nación, lunes 3 de octubre de 2011, p. 18A). Nótese que en realidad ninguna de esas tres cualidades está indicada en la legislación; al contrario, los artículos 2, 6 párrafo tercero y 15 del CPP determinan al juez a interpretar restrictivamente las disposiciones legales

sencia de una muestra más de lo que ha sido la persistencia de la cultura inquisitiva en el ejercicio del poder[5], que por una parte riñe con los principios de acceso a la justicia y de obtener una sentencia firme en un plazo razonable y por otra concentra un gran poder de selección y de definición en los cinco magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Los magistrados han promovido estas reformas ante el legislador como el medio por el cual vamos a cumplir con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todo esto en el contexto de una nueva visión que incluye las propias sentencias penales, que de un tiempo para acá se dictan de forma oral (en formato DVD), también por iniciativa de la cúpula del Poder Judicial[6].

Este lunes 2 de julio se cumplen ocho años desde el dictado de la sentencia en el caso de Mauricio Herrera vs. Costa Rica, un caso realmente lamentable pero que al menos debimos tomar como nuestra oportunidad para corregir algunos defectos de nuestra administración de justicia penal y tratar de mejorar el servicio público. ¿Hemos logrado algo positivo al respecto?

Algunos operadores consideramos que el régimen legal del recurso de apelación contra la sentencia penal en realidad no le da al tribunal que lo resuelve ninguna facultad que no hubiera tenido desde antes de reformarse la ley. La posibilidad de un

que limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso; a allanar los obstáculos que impidan o debiliten el principio de igualdad procesal; incluso otorgar un plazo para que la parte corrija los defectos saneables de su recurso. Nuestro Código no distingue entre recursos ordinarios y extraordinarios, al menos ninguna norma dice que la casación sea un recurso extraordinario, formal o cerrado.

5 Cfr. ARCE VIQUEZ, Jorge Luis: «*La persistencia de la Inquisición (¿cuál es el objeto de la casación penal?)*», en AAVV: "Una oportunidad para reflexionar XXV Aniversario del Ministerio Público", San José, Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, 2000, págs. 213 a 241.

6 Que por vía de sus recomendaciones y "protocolos de actuación" ha provocado un debilitamiento del principio de legalidad respecto a las formas más sensibles del proceso penal. Estas directrices de la Corte inciden sensiblemente en el quehacer de los tribunales que resuelven las impugnaciones contra las sentencias penales, dando lugar a más problemas de los que se pretenden solucionar con esas prácticas.

examen integral de la sentencia no es una cuestión de leyes, sino algo que siempre ha dependido más de la mentalidad del juzgador que de la regulación legal del recurso, las supuestas barreras y excusas habidas en el pasado para controlar, p. ej. el proceso de acreditación del hecho, fueron imaginarias, impuestas por el peso de una añeja tradición o cultura que no quiso comprender que la inmediación no es una barrera infranqueable para el control sino que la *motivación* de la sentencia penal (complementada con los registros audiovisuales del debate) es el camino que nos permite examinar la propiedad con que fueron resueltas todas y cada una de las cuestiones que fueron sometidas al tribunal de juicio. El control, conforme a criterios de racionalidad, sobre la motivación del juicio sobre los hechos y sobre el derecho, es una cuestión epistemológica, que permite evitar que la discrecionalidad del juez se traduzca en arbitrariedad[7] y desde esa óptica transferir al tribunal de apelación de sentencia (antes tribunal de casación) la totalidad de la competencia para conocer del recurso contra la sentencia en todos los delitos habidos era lo que se esperaba desde hace tiempo, dada la incapacidad que históricamente a evidenciado la Sala Tercera para asumir esa competencia a nivel nacional.

La "novedad" de la reforma no ha sido, entonces, el recurso de apelación contra la sentencia, sino más bien el modelo de «recurso de casación» promovido por los magistrados de la Sala Tercera, el cual nada tiene que ver con el ejercicio del derecho al recurso contra la sentencia (derecho que se puede satisfacer plenamente con el recurso de apelación contra la sentencia) y da lugar a una etapa innecesaria de proceso, que retarda la firmeza de la sentencia e implica en algunos casos una extensión a la duración de la prisión preventiva. Desde que el magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez ha manifestado públicamente que se trata de un recurso extraordinario que ha de devolver a los magistrados titulares "*la potestad de decir la última palabra al tribunal de mayor rango en materia penal, en todos los temas polémicos*", se advierte claramente que su verdadera finalidad es la de permitirles recuperar –a fuerza de ley y no de convencimiento– el protagonismo perdido y la «autoridad» frente a los

7 Cfr. ARCE VIQUEZ, Jorge Luis: «*La persistencia...*», págs. 227 a 237.

jueces del extinto tribunal de casación y algunos magistrados suplentes que "*...descalifican en muchos casos el criterio de los magistrados titulares*", situación que el presidente de la Sala Tercera consideró «patológica» y «disfuncional» cuando redactó aquel diagnóstico[8] suyo que sirvió de base para la exposición de motivos del proyecto de ley[9] que culminó con la reforma aquí comentada. Tanto es así, que en la versión original del proyecto una norma disponía expresamente que el criterio de los magistrados titulares sería vinculante incluso para todos los magistrados suplentes, propósito truncado que, sin embargo, permaneció registrado en la exposición de motivos publicada con el proyecto de ley[10] y evidencia que la finalidad de la reforma a la casación no es otra que la de rescatar la «autoridad» que algunos magistrados lamentan haber perdido ante la independencia de los jueces[11].

8 ARROYO GUTIERREZ, José Manuel: «*Elementos para una reforma del sistema procesal penal costarricense: propuesta y reacciones de expertos*», aporte especial para el Decimotercer Informe Estado de La Nación en Desarrollo Humano Sostenible/Programa Estado de La Nación, 2007, páginas 343 a 348.

9 En el Diario Oficial La Gaceta, N° 194 del miércoles 8 de octubre del 2008, se publica el Proyecto de «Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal», Expediente N° 17.143,

10 Dice la exposición de motivos: "*La labor de unificación de fallos contradictorios se hará por medio de las resoluciones que pronuncie la Sala titular de Casación Penal cuando dirima los casos respectivos. Estas resoluciones tendrán carácter vinculante a futuro para todos los tribunales penales del país, incluídas las salas integradas por suplentes en esta materia*" (La Gaceta N° 194 del 8 de octubre de 2008, Expediente N° 17.143, de p. 4)

11 En palabras del magistrado Carlos Chinchilla Sandí: "*...la independencia judicial no es para hacer lo que yo quiera y lo que me de la gana. Ahora, si usted quiere hacer lo que le da la gana, como lo piensan muchos jueces de casación penal, lo que tiene que hacer es irse del Poder Judicial y hacerlo fuera del Poder Judicial, así de sencillo, yo les diría las puertas están abiertas para que se retiren si lo quieren hacer; ahora, si quieren seguir en este Poder Judicial deben de atenerse a las políticas de este Poder Judicial diseñadas por la Corte Suprema de Justicia y amparados por fallos de la misma Sala Constitucional, y si no lo quieren hacer se tendrán que someter a procesos disciplinarios y si no se les abren pues entonces yo mismo los denunciaré ante la Inspección Judicial para que así sea, ¿por qué? porque no podemos seguir permitiendo que los veintidós Magistrados que estemos aquí en Corte Plena todos los lunes, estemos pintados en una pared y ojalá pintados de frente, no, la pintura dando hacia la pared, o sea, desconociéndonos en realidad, ¿entonces qué estamos haciendo?, ¿no será que nosotros estamos malentendiendo lo que es el gobierno de este Poder Judicial?, ¿no será que tenemos que tomar nuevamente las riendas de este Poder Judicial?, ¿o es que amparado en la independencia judicial se la tenemos que entregar a algunos jueces para que hagan lo que quieran?, yo no creo que eso sea así, hay que replantearse el rumbo que nosotros tenemos que tener y aquí en este lugar es donde nosotros podemos dirigir en forma debida todo ello, y entonces tenemos que mojarnos y tenemos que tomar partido y tenemos que decir lo malo y lo bueno que está y tenemos que señalar a la gente que está haciendo las cosas mal también, porque a nosotros nos señalan todos los días*" (Corte Plena, Sesión extraordinaria de las 13:30 hrs. del 27 de abril de 2009, N° 14-09, art. XXIII).

Con el pretexto de uniformar la interpretación y aplicación de la ley[12], se creó un modelo de casación que los magistrados califican de»extraordinario, formal y cerrado» (¿de desigual acceso a la justicia?), que sin embargo permite vislumbrar que la resolución final de *ciertos casos excepcionales* (no olvidemos el carácter selectivo del sistema penal) podría no llegar nunca, pues teóricamente es posible un eterno retorno al juicio de reenvío[13]. Por no mencionar que, ahora más que nunca, hay una ausencia de definición respecto a cuál ha de ser el *objeto* del control de la casación a la luz de los principios constitucionales de una república democrática como la nuestra.

Un sistema rigurosamente formalista de admisibilidad se presta para la arbitrariedad[14] y es jurídicamente insostenible, tar-

12 Es formal y materialmente imposible producir como resultado la pretendida uniformidad de la jurisprudencia, cfr. ARCE VIQUEZ, Jorge Luis: «Sobre los fines de la casación penal. De la nomofilaquia al progreso de la razón judicial en la democracia», en AAVV: "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón", San José, Editorial Jurídica Continental, 2004, págs. 351 a 355.

13 Conforme al artículo 475 CPP, la Sala Tercera puede ordenar el reenvío a nuevo juicio, cuya sentencia será apelable, para luego interponer recurso de casación y así sucesivamente *ad infinitum*.

14 En este sentido, los defensores públicos José Arnoldo González Castro y Natalia Gamboa Sánchez han interpuesto una acción de inconstitucionalidad para que se declare inconstitucional la jurisprudencia

de o temprano la Sala Constitucional advertirá a la Sala Tercera –igual que lo hizo hace veintidós años– que no puede interpretar o aplicar la ley con rigor formalista, sino de manera que permita con relativa sencillez, a la Sala 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 proceso (Cfr. Sala Constitucional, Nº 719 de las 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990), principios cuya observancia definitivamente deberían mantenerse para la interpretación y aplicación del nuevo régimen de casación penal, como corresponde a un auténtico servicio público transparente y democrático. Pero si se llega a admitir con amplitud el recurso de casación entonces la Sala volverá a saturarse de expedientes y los magistrados volverán a necesitar la creación de un Tribunal de Casación Penal para poder salir adelante. Todo esto nos recuerda la advertencia de Santayana «*Aquellos que no recuerdan el pasado, están condenados a repetirlo*».

Se ve entre líneas que la cuestión principal a tratar en este congreso es el control del *poder* más doloroso y violento del Estado. Para propiciar una reflexión sobre este tema, a la luz de la conferencia inaugural del Profesor Julio B. Maier, contamos con la participación de tres distinguidos expositores, que nos van a plantear las que, para cada uno de ellos, serían las principales implicaciones del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ellos son los doctores Jenny Quirós Camacho, Carlos Tiffer Sotomayor y Javier Llobet Rodríguez.

de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia concerniente a la admisibilidad del recurso, porque consideran que ha obstaculizado el acceso a la justicia y el derecho al recurso mediante una interpretación restrictiva que lesiona los principios de igualdad y de juez natural, acción a la que nuestra Sala Constitucional dio curso, cfr. expediente judicial 12-003274-0007-CO.

LA ACTIVIDAD IMPUGNATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN COSTA RICA

José Alberto Rojas Chacón
Fiscal Coordinador de la Oficina de Impugnaciones del MP

I.- Preparación del Ministerio Público con miras a la entrada en vigencia de la Ley de Creación del Recurso de Apelación

La inclusión del novedoso recurso de "apelación de sentencia" constituye la reforma más importante que ha experimentado el Código Procesal Penal de Costa Rica en años recientes, cuyo antecedente principal es el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de adecuar el ordenamiento jurídico de nuestro país a la tutela efectiva de la garantía del derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, contemplada en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

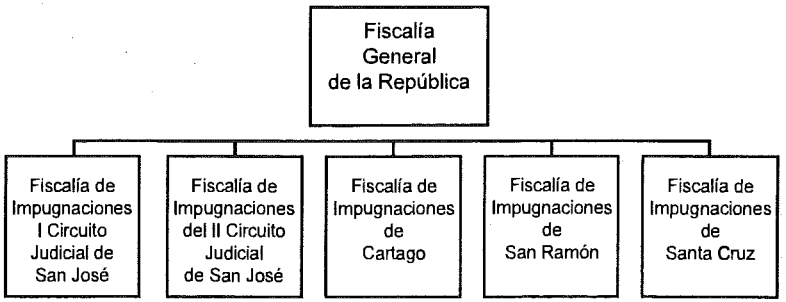
Para enfrentar los nuevos desafíos que acarrea la modificación del régimen de impugnación de la sentencia penal, el Ministerio Público debía asumir con suma responsabilidad la tarea de prepararse adecuadamente y con suficiente anticipación para los cambios que se avecinaban, proceso que se desarrolló en tres etapas.

En una primera etapa se diseño un manual teórico-práctico para fiscales del Ministerio Público, el cual cumplía con tres propósitos concretos: a).- Exponer detalladamente en qué consistían las modificaciones que se introducirían tanto al Código Procesal Penal como a la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la citada ley; b).- Explicar puntualmente las características y requisitos (v. gr. tiempo, modo y lugar de interposición) de los nuevos recursos de apelación de sentencia y casación; c).- Proporcionar técnicas y herramientas prácticas para la impugnación de sentencias, de acuerdo a los posibles motivos previstos en la ley y aprovechando las ventajas que ofrecían los nuevos recursos.

Estos manuales fueron distribuidos en formato digital entre los fiscales, proceso que se complementó con capacitaciones presenciales que se impartieron en todo el país entre los meses

de junio y noviembre del 2011, de manera que cuando entró en vigencia la Ley No. 8837, los representantes del Ministerio Público se encontraban debidamente preparados para el cambio.

En su segunda etapa, dadas las competencias que la Ley No. 8837 otorgaba a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales de Apelaciones, así como las nuevas cargas de trabajo que dicha transformación conllevaba, a lo interno del Ministerio Público se efectuó la restructuración de la anterior Unidad Especializada en Casación y Revisión del Ministerio Público a una Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.



Los integrantes de esta Fiscalía Adjunta acuden, en representación y por delegación del Fiscal General de la República, a dar contestación –en forma oral y escrita— a las audiencias que otorgan los Tribunales de Juicio, los Tribunales de Apelaciones y Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con motivo de los recursos de apelación de sentencia, recursos de casación penal y procedimientos de revisión de sentencias interpuestos antes dichos órganos. Asimismo, en representación del Ministerio Público, los y las fiscales de impugnaciones interponen directamente recursos de casación contra las sentencias dictadas por los Tribunales de Apelaciones

Además, la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones se encarga de revisar y sistematizar los pronunciamientos más relevantes emitidos por Sala Constitucional, la Sala Tercera y Tribunales de Apelaciones, confeccionando boletines de jurisprudencia relevante que se hacen circular por todo el país a través del correo electrónico, labor que resulta de especial importancia dado que uno de los nuevos motivos del recurso de casación es la existencia de precedentes contrapuestos[1]. Los y las integrantes de esta Fiscalía Adjunta asumen también la tarea de brindan apoyo técnico, en aspectos jurídicos, doctrinales, legislativos y jurisprudenciales, a los compañeros y compañeras a nivel nacional.

II.- Objetivo de las impugnaciones del Ministerio Público.

Los instrumentos que el ordenamiento procesal proporciona para hacer valer el poder de impugnación, según dice Daniel Horacio Obligado, deben brindar un adecuado marco de acción para que en dicho plano se pueda concretar el principio preliminar de *afianzar la justicia*, de manera que –con suma racionalidad—debe accederse a los mismos con la visión, precisamente, de incrementar dichos márgenes de razón para brindar adecuada satisfacción a las pretensiones de las partes, como, asimismo, a toda la ciudadanía que en las decisiones judiciales encuentra la guía de la adecuación social a las pautas normativas[2]

En el ejercicio de la acción penal pública, el Ministerio Público siempre debe actuar con objetividad y proporcionalidad. A través de su recurso, el ente fiscal procurará no sólo la consecución de su pretensión procesal, que no es otra más que el ejercicio de la acción penal en el caso concreto (pues el poder de impugnación del Ministerio Público es una emanación del ejercicio de *la acción*[3]), sino que también procurará el sometimiento a la ley la actuación jurisdiccional, con lo que se garantizará la vigencia del ordenamiento jurídico, esto es, la vigencia del Derecho objetivo[4].

1 "**Artículo 468.-Motivos.** El recurso de casación podrá ser fundado en alguno de los siguientes motivos: **a)** Cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelación de sentencia, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal"

2 OBLIGADO, Daniel Horacio."Medios impugnativos en el proceso penal: presentación y opinión". En *Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el proceso penal* (Carlos Alberto Chiara Díaz y Daniel Horacio Obligado coordinadores). Buenos Aires, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005, p. 653.

3 VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1988, p. 13.

4 PEREZ MANZANO citado por VILLAMOR MONTORO, Pedro-Roque. "El recurso de apelación contra sentencias. Problemática actual". En *Recursos en el proceso penal*. Madrid, Consejo General del Poder

No obstante, de la misma manera en que la función del ente fiscal no es la ser un acusador a "ultranza", tampoco lo es impugnar indiscriminadamente todas las resoluciones judiciales que no acojan total o parcialmente su pretensión. Es por esta razón que, en la tercera etapa del proceso de preparación del Ministerio Público para la entrada en vigencia de la Ley No. 8837, se publicó la directriz de Fiscalía General de la República 16-ADM-2011, en las que se giraron instrucciones específicas a los y las fiscales de todo el país, acerca de cómo deben orientar sus actuaciones en las nuevas fases de apelación de sentencia y casación, así como para la distribución de las nuevas cargas de trabajo con motivo de la entrada en vigencia de la Ley No. 8837.

En dicha circular se deja claro que el uso de la potestad de impugnar las resoluciones judiciales no es indiscriminada para el Ministerio Público, pues en ocasiones la interposición de un recurso puede resultar contra producente en un caso concreto, aún cuando le asista razón al impugnante, por lo que los fiscales y fiscalas no deben recurrir por el "mero hecho de recurrir", sino que deben tomar en cuenta los aspectos de legalidad y oportunidad que determine el caso concreto, e incluso aquellos aspectos extrajurídicos que resulten relevantes para éste, como por ejemplo evitar la re-victimización de los ofendidos[5].

De acuerdo con los lineamientos de la circular 16-ADM-2011, los representantes del Ministerio Público que asisten a los debates deben interponer recurso de apelación de sentencia sólo en los siguientes casos:

a) Cuando soliciten en juicio sentencia condenatoria y recaiga sentencia absolutoria

b) Cuando la pena impuesta no guarde proporción con la pena solicitada por el Fiscal o Fiscala en debate

c) Cuando el tribunal de juicio dicte sentencia de sobreseimiento basada en el artículo 340 del CPP

Igualmente, se dispuso por parte de la Fiscalía General que los representantes del Ministerio Público deberán interponer recurso de casación –siempre que sea procedente- contra

Judicial. Escuela Judicial, 2008, pp. 60-61.

5 Estos temas también fueron abordados en el manual teórico-práctico de impugnación para el Ministerio Público, así como en los cursos de capacitación impartidos en todo le país.

la resolución del Tribunal de Apelaciones que declare sin lugar el recurso del Ministerio Público. En caso de que un Tribunal de Juicio acoja la solicitud que en conclusiones formula el Fiscal o Fiscala que asiste a Juicio, y con motivo de un recurso de apelación de sentencia interpuesto por cualquiera de los otros sujetos procesales, el Tribunal de Apelación de Sentencia revoca dicha resolución, o la modifica de manera que perjudique el trabajo realizado por el Ministerio Público en esa causa, corresponderá al Fiscal de Impugnaciones de ese Circuito Judicial interponer el respectivo recurso de Casación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, con la finalidad de favorecer que los recursos del Ministerio Público verdaderamente obedezcan a la estrategia global del caso, la circular 16-ADM-2011 otorga a los fiscales y fiscalas la potestad de decidir si interponen o no el respectivo recurso, de acuerdo con las características del caso, a través de la solicitud de *dispensa* a su respectivo superior jerárquico, mediante escrito fundado que deben presentar dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia.

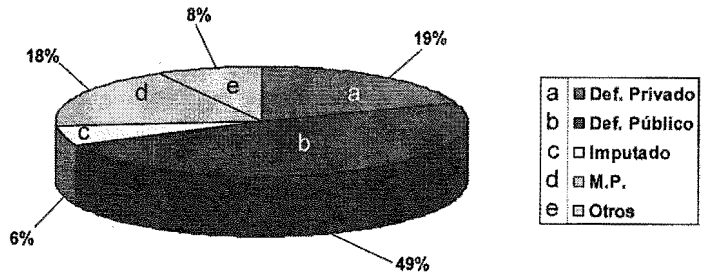
El cumplimiento de estas tres etapas, permitió que a la entrada en vigencia de la Ley de Creación del Recurso de Apelación de Sentencia, el Ministerio Público se encontrara debidamente preparado y pudiera asumir sin contratiempos las nuevas responsabilidades que venían aparejadas a la reforma en el régimen de impugnación de sentencias.

III.- Resultados de la actividad impugnativa del Ministerio Público durante el año 2011.

Contrariamente a lo que ocurre en otros países de tradición jurídica continental, en Costa Rica el volumen de impugnaciones de sentencias por parte del Ministerio Público es mucho menor con respecto a los restantes sujetos procesales. No obstante, su nivel de efectividad es mayor con respecto a éstos.

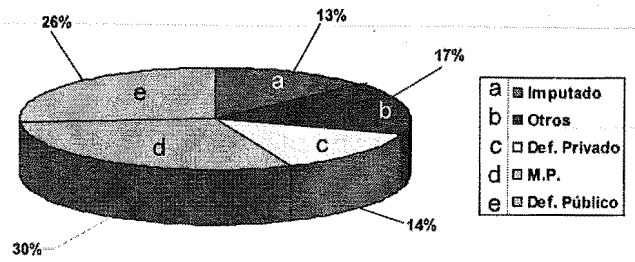
A manera de ejemplo, en el Informe de Rendición de Cuentas de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, correspondiente al año 2011, la Defensa Pública fue, con mucho, la parte procesal que más interpuso recursos de casación ante la Sala (49%), frente a un 19% de la defensa privada, un 18% del Ministerio Público, un 8% de otros intervinientes y un 6% de los propios imputados.

Asuntos entrados en casación según recurrente



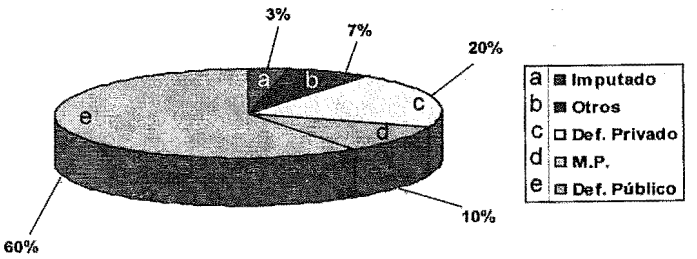
Ahora bien, de acuerdo con dicho informe los indicadores de éxito rebelaron cifras donde el Ministerio Público encabezaba con un 30% de resoluciones favorables a sus intereses, contra un 26% de desempeño exitoso para la Defensa Pública, un 17% de otros recurrentes y un 13% de asuntos interpuestos por los propios imputados que les fueron declarados con lugar.

Asuntos resueltos con lugar y según recurrente



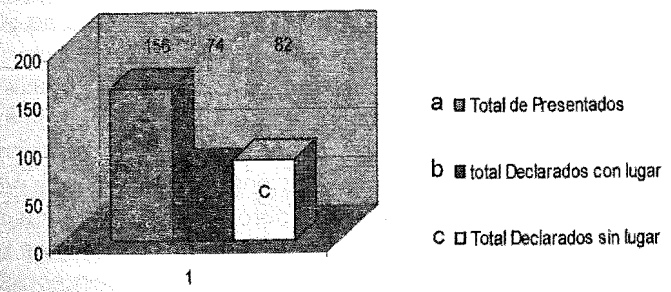
Se indica además que la otra cara de este fenómeno estadístico muestra que del total de asuntos interpuestos ante la Sala, la Defensa Pública recibe un 56% de resoluciones desfavorables, un 20% corresponde a defensores privados, un 10% al Ministerio Público; y a otros accionantes e imputados un 7%. Para el caso particular de los recursos de casación estas tendencias se confirmaban puesto que de todas las casaciones alegadas ante la Sala Tercera, al Ministerio Público se le dio la razón en un 35% (con un aumento del 5% respecto del año 2010), a la Defensa Pública en un 29% de los casos (con un descenso del 4% respecto del año anterior), para otros accionantes es un 17% ; para defensores particulares es de un 16% y para recursos del propio imputado un 3%.

Asuntos resueltos en Casación, sin lugar y según recurrente



Estos mismos fenómenos se presentaron con respecto a los recursos de casación interpuesto ante los Tribunales de Casación durante el año 2011

Recursos de Casación interpuestos por el Ministerio Público ante los Tribunales de Casación Penal



Una vez revisadas estas estadísticas, cabría entonces preguntarse ¿por qué razón se declaran con lugar mayoritariamente los recursos del Ministerio Público con respecto a la defensa?

Un sector del pensamiento jurídico costarricense ha tratado de dar explicación a este fenómeno atribuyéndolo a una supuesta "disfunción" del sistema procesal, que favorece la impugnación del ente fiscal por encima de la impugnación de la defensa (explicación que se sustenta, básicamente, en especulaciones carentes de prueba material que las respalde). Sin embargo, con base en mi experiencia como fiscal de Impugnaciones, en la que a lo largo de los años me ha correspondido contestar audiencias de recursos casación, procedimientos de revisión y –ahora- recursos de apelación de sentencia interpuestos por defensores públicos y privados, considero que la explicación es bastante más sencilla.

El mayor éxito en los recursos del Ministerio Público obedece, fundamentalmente, a dos razones: En primer lugar, los procesos de capacitación impartidos a los fiscales y fiscalas en los últimos años han venido rindiendo frutos, pues en su gran mayoría los recursos que interpone el Ministerio Público en Costa Rica se encuentran -técnica y jurídicamente- bien fundamentados, lo que favorece su acogida por parte de los tribunales de instancias superiores.

En segundo lugar –y más importe aún- gracias a circulares internas de Fiscalía General como la 15-2004, la 16-2006 y, más recientemente, la 16-ADM-2011, en nuestro país los representantes del Ministerio Público gozan de mayor libertad para decidir en qué casos amerita la interposición de un recurso y en qué casos no, pudiendo recurrir a la dispensa por parte del superior jerárquico, libertad con que no cuentan los defensores (públicos y privados), quienes en muchas ocasiones deben impugnar sentencias condenatorias que se encuentren debidamente fundamentadas, jurídica y probatoriamente, recursos que naturalmente no prosperarán ante los Tribunales de Apelación y Sala Tercera.

En mi opinión, lo anterior explica manera de convincente por qué razón a pesar de que impugna en mucho menor cantidad, los recursos del Ministerio Público son mucho más efectivos, si los comparamos con los recursos de la defensa (pública y privada) cuyo volumen es mucho mayor, pero al ser interpuestos tanto contra sentencias defectuosas como contra sentencias bien fundamentadas, se produce como necesaria consecuencia un volumen de recursos declarados sin lugar muy alto.

IV.- Sentido y justificación del recurso del Ministerio Público contra la sentencia penal.

En Costa Rica el Ministerio Público es un órgano de la Administración de Justicia que actúa como **contralor de la legalidad** y, todas sus actuaciones, se rigen por el principio de objetividad[6].

En el momento actual, partiendo de que la finalidad esencial de los recursos de apelación de sentencia y casación es la de servir como instrumentos para evitar la *arbitrariedad* judicial, y otorgar una solución en el caso concreto, podemos entender que el *objeto* del recurso es la revisión, por parte de otro tribunal, de la concurrencia de presupuestos legales (competencia del juzgador, individualización el acusado, vigencia de la acción penal, etc.) y de los fundamentos fácticos necesarios y jurídicos que se expresaron en la sentencia[7].

Esa *arbitrariedad* consistiría lo mismo en condenar injustificadamente un inocente como en absolver a sabiendas a un culpable, o en condenar/absolver al buen *tuntún* –en palabras de Iguartúa Salaverria—aunque la decisión adoptada sea en sí acertada, razón por la cual la gente tiene derecho a saber por qué se declara culpable a alguien (si la sentencia es condenatoria), o por qué se reconoce la inocencia del alguno (si la sentencia es absolutoria), por lo que no hay finta que valga para eludir el *marcaje popular*[8].

Los recursos constituyen instrumentos esenciales para el acceso a la justicia, pues le permite a las partes combatir esa

6 ARTICULO 63.- Objetividad 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.

7 RODRIGUEZ, Alexander. "Casación Penal en Costa Rica: De la apertura a la uniformidad". En *Política Criminal en el Estado Social de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo.* San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 653.

8 IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p.167.

arbitrariedad judicial, y procurar resoluciones ajustadas a Derecho, con lo que cumple una función de respaldar el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido. Por ello se afirma que el recurso contra la sentencia penal nace como un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad y, por ende, no tiene un basamento exclusivo en una ley procesal sino que es una exigencia constitucional[9]. En palabras de Clariá Olmedo, el recurso contra la sentencia constituye una garantía para la mejor realización del orden jurídico, y con esta orientación está actualmente en desarrollo[10].

Dadas las funciones que el Código Procesal Penal y su ley orgánica le asignan, al Ministerio Público le compete un interés jurídico de carácter público que fundamenta su legitimación para intervenir en el proceso penal, y por tanto de presentar el recurso contra la sentencia penal[11]. De acuerdo con la doctrina, esta facultad para interponer toda clase de recursos puede explicarse como algo coherente con la concepción de Ministerio Público "no parte" de un proceso, sino como órgano imparcial de administración de justicia[12].

Y es que precisamente en el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público, parte *sui géneris* del proceso–como la denomina Pandolfi—está facultado para interponer recurso de casación, incluso a favor del imputado, pues su interés es perseguir el cumplimiento de la ley en representación del Estado[13]. De esta forma, a través del recurso –de apelación o casación- el Ministerio Público procura combatir la arbitrariedad en las decisiones judiciales y someter la actuación de los Tribunales a la legalidad.

9 MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. *El recurso de casación penal, control de la presunción de inocencia.* Granada, Editorial Comares, 1996, pp. 17-18.

10 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho procesal penal. Estructura del proceso.* Buenos Aires, Editorial Ediar, Tomo II, 1991, p. 230.

11 VEGA FERNÁNDEZ, Humberto. *El recurso extraordinario de casación penal.* Bogotá, Editorial Leyer, 3ª edición, 2002, p. 78.

12 CERLETTI, Marco; FOLGUEIRO, Hernán. *El Ministerio Público en el proceso penal.* Buenos Aires, Ad Hoc, 1ª edición, 2ª reimpresión, 2003, p. 147.

13 PANDOLFI, Oscar R. *Recurso de Casación Penal.* Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2001, p. 187.

Las finalidades de la impugnación contra la sentencia penal son múltiples, todas ellas importantes para el desarrollo de la protección de los derechos y garantías fundamentales, la realización del derecho sustancia y la unificación de la jurisprudencia nacional. Sin embargo, como lo señala –con gran acierto— Rodríguez Chocontá el cometido esencial del aparato judicial no es otro que la realización del *valor justicia*, por supuesto que al lado de la protección de los derechos y garantías fundamentales, siendo éste un tema central en la concepción política del Estado social y democrático de derecho, pues ¿de qué serviría proteger los derechos y garantías fundamentales, si no se realiza el valor justicia con la efectividad del derecho material?[14] Aquí es donde podemos cuestionarnos: ¿se realiza el valor justicia denegando al Ministerio Público la posibilidad de interponer un recurso contra una sentencia defectuosa que provoca injusticia, invocando razones de economía procesal?

Quienes defienden la imposición de límites al Ministerio Público para interponer recurso contra la sentencia absolutoria, argumentan que dicha institución, como entidad representante del poder punitivo del Estado, no es un *sujeto* de derecho y que, en todo caso, la Convención Americana de Derechos Humanos estable únicamente a favor del imputado la posibilidad de impugnar, no así a favor del Ministerio Público.

No obstante, considero que ambas afirmaciones son incorrectas. En primer lugar, tal como ha señalado la doctrina contemporánea, la concesión del recurso favor de otros sujetos del proceso penal, como al Ministerio Público, no significa disminuirle los derechos al imputado[15]. Por el contrario, como razón de política criminal, el recurso del acusador regulado en la ley ordinaria, reconoce la naturaleza dialéctica del proceso y, con ello, las posibilidades de discutir las pretensiones de las partes involucradas en el proceso (carácter *bilateral* de los recursos)[16].

En segundo lugar, si bien los recursos como –la apelación de sentencia y la casación- están previstos principalmente para la

14 RODRÍGUEZ CHOCONTÁ, Orlando. Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo. Bogotá, Editorial Temis, 2008, p. 99.

15 CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto. El recurso de casación como garantía del debido proceso. En Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, No. 1, 2001, p. 178.

16 RODRIGUEZ, Alexander; ob. cit., p. 664.

protección de las personas sujetas a persecución penal, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos ni en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos existe disposición alguna que prohíba a los Estados suscriptores otorgar a otros sujetos procesales las mismas potestades para la impugnación de sentencias que se le otorgan al imputado. Tampoco se puede extraer de la literalidad del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que reconocer, a favor de otros sujetos procesales, las mismas posibilidades de solicitar la revisión de la sentencia implica un "perjuicio" a los derechos del imputado.

Ciertamente existe el derecho al recurso a favor del imputado en la normativa internacional, pero no existe tal como cosa como "*un derecho del imputado a que los otros sujetos procesales no recurran*". En el tanto se garantice al imputado la posibilidad de impugnar de manera amplia la sentencia condenatoria dictada en su contra, cada Estado suscriptor de la Convención Americana de Derechos Humanos es libre y soberano para regular –en su derecho interno- las posibilidades de impugnación mediante el establecimiento de cuales resoluciones tendrán recurso, con respeto a los agravios y/o afectación de los otros sujetos procesales.

Esta interpretación es aceptada modernamente por la doctrina en materia procesal penal, la que considera que el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos haya previsto expresamente el recurso como garantía sólo para el imputado, en modo alguno impide que se permita al Ministerio Público y a otros sujetos procesales impugnar también el fallo[17].

En el medio nacional, el profesor Llobet Rodríguez también han señalado que no es claro que la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevean el derecho a recurrir únicamente a favor del imputado, excluyendo por ejemplo, al querellante con derecho a recurrir. Asimismo, explica este autor que si bien cierto en el derecho anglosajón –en que se inspiran tesis como las que aquí se cuestionan—solamente el imputado, y no la Fiscalía, pueden impugnar la sentencia, ello es consecuencia del juzgamiento por medio de un jurado, debiendo tenerse presente que de acuerdo

17 CHIARA DÍAZ, Carlos A.; OBLIGADO, Daniel Horacio. La nueva casación penal. Buenos Aires, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005, p. 105

con dicho sistema, en principio la condenatoria o la absolutoria requiere la unanimidad de los doce miembros del jurado, pues de existir división el juicio sería nulo, lo que permitiría un nuevo juzgamiento, siendo además que la regla del *ne bis in idem* tiene a su vez excepciones en el sistema federal, de modo que ciertos delitos pueden ser perseguidos de nuevo, de ahí los problemas que acarrea acudir al ejemplo estadounidense para fundamentar, con base en el principio de *ne bis in idem*, que no puede recurrirse por el Ministerio Público la sentencia absolutoria[18]. Señala finalmente el profesor Llobet Rodríguez que el si bien la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere al imputado, ello no excluye que en el Derecho interno pueda preverse el derecho a recurrir del Ministerio Público y del querellante[19].

En tercer lugar, pese a que a favor de la limitación al Ministerio Público, actor civil y querellante para interponer recursos, usualmente se invoca la "seguridad jurídica", afirmando que el imputado tiene derecho a que el proceso penal en algún momento finalice, dicha argumento tampoco es válida porque dentro de nuestro marco constitucional no es viable obtener seguridad jurídica sacrificando el derecho de petición y la tutela judicial efectiva, esto es, negándosele acceso a la justicia a otros sujetos procesales.

Asimismo, este "argumento" a favor de la seguridad jurídica parte de una proposición incorrecta: si resulta necesaria la celebración de un juicio de reenvío, que como ha señalado la doctrina no es una "*nueva persecución contra el imputado*", sino una fase dentro de la misma causa, una *subdivisión del proceso* determinada por la anulación de la resolución anterior, como consecuencia de la admisión del recurso de casación[20],

18 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso Penal Comentado*, San José, Editorial Jurídica Continental, 4ª edición, año 2009, p.p. 660.

19 LLOBET RODRÍGUEZ; ob. cit., p. 662.

20 CAFFERATA NORES, José I. / AROCENA, Gustavo A. "El reenvío en la casación penal" en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier.* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 257. Un antecedente similar a esta posición la encontramos en LEONE, para quien el reenvío no es un nuevo juicio de primera o de segunda instancia, sino más bien una *fase que se vincula a la sentencia de anulación* (Cfr. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo III, 1963, p. 247).

ello obedece *precisamente* a que la Sala Tercera o el respectivo Tribunal de Apelaciones concluyeron que la primera sentencia absolutoria no fue dictada conforme a Derecho, situación de la que no se puede responsabilizar ni al Ministerio Público, ni al actor civil ni al querellante, a quienes se pretende cercenar la posibilidad de interponer recursos.

Por eso mismo se equivocan quienes interpretan el dictado de una sentencia absolutoria como un "fracaso" del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, pues en muchos casos dicha absolutoria no es producto de una mala investigación, sino de un defectuoso análisis de la prueba o una incorrecta aplicación de las norma sustantiva y/o formales por parte del Tribunal sentenciador. Como muy bien apunta el estimado colega Alexander Rodríguez, la realidad es que hay casos en que acción no concluye en una condena por un rechazo arbitrario de prueba o por una deficiente valoración de la misma, o por una incorrecta aplicación de la ley de fondo, y estos son errores judiciales y no fiscales, por lo que la implementación de esta posición generaría graves inconsistencias e injusticias pues permitiría conceder efectos a las sentencias que contengan errores graves en detrimento de la víctima del delito o de la sociedad representada por el ente fiscal, pues llevada a sus extremas consecuencias esta posición teórica haría innecesario dictar una sentencia cuando el imputado es absuelto, pues al no haber posibilidad de impugnar sería mejor que los jueces se concentraran redactando condenas que sí pueden impugnarse[21].

Es totalmente seguro que en la práctica –de aceptarse tesis como éstas- muchas sentencias absolutorias que puedan ser dictadas en detrimento de los deberes de fundamentación (descriptiva, intelectiva y jurídica), sustentadas en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto e insubsanables, en las que rechazó ilegalmente prueba o bien se aplicaron erróneamente normas procesales y/o sustantivas, es decir, sentencias totalmente ilegales y de lo dispuesto por el artículo 41 de nuestra Constitución Política[22], adquirirán firmeza con todos los efectos y

21 PRODRIGUEZ, Alexander; ob. cit., p. 664.

22 La Sala Constitucional se ha pronunciado afirmando que si bien las solicitudes de las partes no necesariamente vinculan al Juez del proceso, en atención al Principio de Tutela Judicial Efectiva, los jueces se encuentra obligados a **administrar justicia conforme al ordenamiento jurídico**, esto es, observando estrictamente el debido proceso y aplicando correctamente la ley (Cfr. Voto No. 533-96 de las 15:21 hrs. del 30 de enero de 1996). En ese sentido, Sala Constitucional ha considerado como violatorias al debido proceso –y por ende al artículo 41 de la Constitución Política- aquellas sentencias penales que: a).- Se dicten contraviniendo los deberes de fundamentación fáctica, probatoria y jurídica impuestos por los numerales 142 y 363 del Código Procesal Penal (Cf. Voto No. 2605 de las 15:39 hrs. del 13 de abril de 1999); b).- Cuyos razonamientos y conclusiones irrespeten las reglas de la Sana Crítica Racional (Cf. Voto No. 9377-01 de las 14:39 hrs. del 19 de septiembre de 2001); c).- Apliquen de manera errónea las normas sustantivas (Cf. Voto No. 5911-01 del 3 de julio del 2001); c).- Se fundamenten en pruebas ilegalmente incorporadas (Cf. Voto 1788-99 de las 18:42 hrs. del 9 de marzo de 1999); d).- Hayan rechazo ilegítimamente prueba esencial ofrecida por las partes (Cf. Voto No. 9123-01 del 12 de septiembre del 2001); etc.

consecuencias negativas que ello acarrea para el Poder Judicial y para la ciudadanía en general.

Ahora bien, en lo que respecta a la afirmación de ante la ausencia de límites se permitiría al Ministerio Público impugnar la sentencia una y otra vez hasta conseguir la "ansiada" condena, extendiendo la persecución penal hasta el *infinito*, además de que se trata de un argumento basado –principalmente- en especulaciones, tampoco resulta aceptable porque desconoce el principio de *exclusividad del juez*[23], previsto en los artículos 37 y 39 de la Constitución Política y 3 del Código Procesal Penal, como uno de los pilares de nuestro Estado de Derecho.

23 El Estado de Derecho es un baremo de la política criminal, erigido por la Constitución Política como principio rector de toda la actividad del Estado, existiendo un concepto *formal* y otro *material* de Estado de Derecho: en sentido *formal*, importan sobre todo al derecho penal aquellos elementos del principio de Estado de Derecho llamados a albergar la seguridad jurídica, pues como el Derecho penal puede realizar graves injerencias en la esfera de libertad de los ciudadanos, es preciso adoptar especiales precauciones para evitar su abuso, de ahí que el principio de legalidad posee una mayor importancia en el Derecho penal que en cualquier otra rama del Derecho, además de que en esta materia rige sin excepciones el principio de ***exclusividad del Juez***, de acuerdo con el cual toda sentencia gravosa para el ciudadano, especialmente aquella que suponga una privación de su libertad, se halla reservada a instancias judiciales, lo que expresa una especial imparcialidad de de la actividad del Estado en esta parcela (Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, Bosch Casa Editorial S. A., 3° edición, volumen I, 1981, pp. 33 y 34.)

Por mucho que un fiscal "ansíe" obtener una condena en nuestro sistema procesal nunca podrá conseguirla pasando por encima de las limitaciones a la propia injerencia del derecho penal, contemplados en los artículos 11, 28 y 39 de la Constitución Política y a la propia Autoridad de los Tribunales de Juicio, que dicho sea de paso gozan de absoluta independencia con respecto a las pretensiones del Ministerio Público artículos 35 y 37 de la Constitución Política. En otras palabras, a menos que el fiscal pueda *convencer* a los jueces de la culpabilidad del imputado, a través de la legítima introducción en debate de elementos de prueba que se recopilaron en estricta observancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Política y el mismo Código Procesal Penal, la sentencia irremediablemente será absolutoria. Y si esta resolución se ajusta a derecho y está bien fundamentada, *necesariamente* resistirá el examen de la Sala Tercera o de los Tribunales de Apelación, por mucho que insista el Ministerio Público en interponer recursos, quedando así protegido el debido proceso[24].

Por lo anterior, deviene errónea la tesis de que la única forma para evitar la dilación indebida del proceso y limitar el proceso penal de manera que pueda obtener finalmente una "sentencia firme", es impidiendo que las sujetos procesales impugnen la sentencia. Por el contrario, si la única forma de finalizar el proceso es impidiendo que las partes impugnen, no se obtiene seguridad jurídica, sino *impunidad*, agravándose el conflicto social derivado del delito, pues si bien el artículo 7 del Código Procesal Penal establece que los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas, es claro que si todos los mecanismos alternativos de solución al conflicto, previstos en el Código Procesal Penal, resultan insuficientes o no pueden ser legalmente utilizados para el caso en cuestión, en última instancia la solución al conflicto social derivado, en un sistema penal de un país democrático, consistirá en la imposición de una sanción. De lo contrario, el sistema pierde legitimación.

Adicionalmente, puede señalarse que con fundamento en este tipo de consideraciones, un sector de la doctrina moderna considera que, como parte de los derechos y garantías procesales derivados del Principio de Tutela Judicial Efectiva, está el derecho al *libre acceso a la jurisdicción* y al *proceso en las instancias reconocidas* (que a su vez contempla el derecho al recurso legalmente establecido), así como el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso, por lo que tomando como punto de partida las normas contenidas en los tratados internacionales, ninguna duda cabe de que el derecho al recurso es una garantía constitucional que asiste al imputado, pero la interpretación de estos mismos tratados de derechos humanos también permiten concluir que ese derecho al recurso también ampara a la víctima del delito como beneficiaria central de la garantía de la *tutela judicial efectiva*, en los ordenamientos jurídicos donde se admite la figura del querellante, surgiendo como imperativo que la regulación del régimen recursivo debe efectuarse con esquema *bilateral*, que ampare tanto al imputado como a la víctima del delito para que pueda impugnar la sentencia absolutoria a favor del imputado[25]. Incluso hay autores que sostienen que sí se debe admitir la protección del querellante para interponer recursos contra la sentencia absolutoria, precisamente por tratarse de un *ciudadano*, pues el fundamento constitucional de otorgar al ciudadano un medio de impugnación derivaría de su derecho a la efectiva realización del juicio, que sí puede fundamentarse desde el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque este criterio no debe aplicarse sin una ley procesal que lo establezca[26].

24 Considero que con este tipo de argumentación en realidad lo que se pone en entredicho no es la labor del Ministerio Público sino más bien la *autoridad* –e incluso la capacidad profesional—de los mismos jueces que integran los Tribunales de Juicio, e incluso de los mismos Tribunales de Apelaciones y Sala Tercera, a la hora de resolver los casos que se someten a su conocimiento y aplicar el Derecho.

25 SOLIMINE, Marcelo A. / PIROZZO, Jorge. *Recursos y otros remedios procesales para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2008, p.36

26 CHIARA DÍAZ / OBLIGADO, ob. cit., p. 110.

EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL

Yamura Valenciano Jiménez
Defensora Pública

1. De la mistificación ideológica[1] y el juego retórico sin contenido

Ferrajoli considera que el modelo penal garantista, receptado en numerosas constituciones, "*...como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto*"[2]. Por lo que, no basta que las normas se encuentren aprobadas y vigentes, aún con los mejores propósitos de sus autores, sino que su ámbito de garantía debe realizarse en los actos diarios de su aplicación por todos y cada uno de los operadores del sistema que ejercen poder, sean policías, fiscales y jueces de diversas instancias. De no ser así, se incurre en el peligro de que las normas sean sólo esa fachada que mistifica, de la que habla Ferrajoli.

Es por ello, que puede decirse, con Cecilia Sánchez, que el discurso jurídico y el proceso penal, son juegos retóricos sin contenido, en los que "*Repetimos, sin ocultar sentimiento de orgullo maniqueo que el nuestro es un Estado de Derecho, que se reafirma con un modelo procesal penal democrático, de corte garantista, de clara tendencia oral y contradictoria, con garantía plena del derecho de defensa, objetividad de la entidad acusadora y de los juzgadores, interpretación restrictiva de las normas*

1 Concepto desarollado por Ferrajoli en Derecho y Razón
2 FERRAJOLI (Luigi) Derecho y razón Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995. Página 851

que coartan la libertad personal, derecho de los imputados a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba, así como a formular peticiones y observaciones[...] Tendrá derecho el imputado a recurrir de algunas resoluciones [...] con derecho a una audiencia oral ante el tribunal de casación en la que tendrá oportunidad de exponer sus alegatos [...] y como éstas, otra serie de afirmaciones que acentúan el "garantismo" de nuestro modelo"[3]

El tema, entonces, a discutir, es si todos esos postulados con los que se define usualmente el proceso penal costarricense pueden verse reflejados en la práctica o si no pasan de ser enunciaciones retóricas, lo que, claro está, puede ser enfocado desde diversas perspectivas, tan amplias como lo es el abanico de institutos procesales, por lo cual se ha escogido, a propósito del tema del congreso[4], la recién vigente reforma introducida por la Ley Nº 8837, creadora del recurso de apelación y modificadora, entre otras, del régimen recursivo contra la sentencia penal[5].

Esta elección cobra sentido desde que la misma génesis de la reforma estuvo marcada por la necesidad de cumplir con

3 SANCHEZ ROMERO (Cecilia) El discurso jurídico y el proceso penal, un juego retórico sin contenido. En: Justicia penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo. Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

4 Se hace referencia al Congreso organizado por la Asociación de Ciencias Penales denominado "El recurso contra la sentencia penal" realizado en San José los días 25 a 27 de junio del 2012.

5 En apoyo de ello, no podemos olvidar que, como expresa Julio Maier "...el sistema penal –salvo escasa excepciones- constituye todo una obra estatal contra una persona, en pos de aplicarle la fuerza pública, cuyo monopolio reside en el Estado, desembocaría en la conclusión de que el movimiento de la Ilustración, que pregonó nuestro actual Estado de Derecho, pretendió reaccionar contra la desprotección del ser humano frente a la fuerza estatal –aun la fundada en el principio de la mayoría (democracia)-, para lo cual, si bien aceptó, en definitiva, el poder penal del Estado como mecanismo de ejercicio inevitable en la organización política estatal, organización que también respetó en su base, lo rodeó de límites y garantías individuales para evitar su abuso y aplicación arbitraria al individuo: eso, y no otra cosa, representan los "derechos humanos", en una concepción totalmente tradicional –diría, incluso, conservadora- del Estado de Derecho en materia penal."MAIER B.J. (Julio) Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Editores del Puerto. 2da reimpresión. Buenos Aires, 2002. Páginas 711-712

obligaciones impuestas desde la Corte Interamericana de Derecho Humanos, revelan el afán del legislador de obedecer, haya sido o no bien entendida la sentencia emitida, y con ello de relegitimar el modelo recursivo costarricense en materia penal, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Entonces, no se trata de determinar si tenemos la normativa adecuada, ni siquiera trata este trabajo de explicar la norma en si misma, sino de aproximarse a la reforma y a su puesta en práctica desde una posición crítica, que trata de analizar si a escasos nueve meses de aplicación se vislumbra un cambio real en el paradigma recursivo costarricense con impacto directo en el sistema jurídico, o si, por el contrario, se trata de una normativa[6] "mistificadora" que, no sólo logró el archivo de proceso

6 No en vano Norberto Garay, en un reciente artículo, en el que estudia el hacinamiento carcelario en Costa Rica, indica que pese al sistema lógico en el que Kelsen basó la teoría, dejó de lado que "...*aún en el seno de la creación de la norma jurídica no hay lógica dura, sino ambiciones, emociones oscuras que la atraviesan. Como decía Foucault, "La ley no nace de la naturaleza, junto a los manantiales que frecuentan los primeros pastores; la ley nace de las batallas reales, de las victorias, las masacres, las conquistas que tiene su fecha y sus héroes de honor; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; surge con los famosos inocentes que agonizan mientras nace el día. Así, la teoría pura es al derecho lo que un marco a una pintura, le da sustento e inclusive elegancia pero en definitiva no es el cuadro. Este último es el derecho y a diferencia del marco, está lleno de colores elegidos por el artista, a veces con talento, en ocasiones carente de él; pero, sin importar esto, el cuadro siempre estará atravesado, primero, por la intención de quien lo pintó y, luego, por la de quienes lo interpretan o, para el derecho, por quienes lo apliquen. En este punto, y sólo en este punto, la teoría pura del derecho nació muerta y su cadáver legitima sistemas de opresión. La aceptación de que las normas jurídicas -tanto en su creación como en su aplicación – están llenas de intereses construidos desde el poder, permite ver de otra forma el funcionamiento de los sistemas jurídicos, especialmente en aquellos supuestos en que los órganos jurídicos nacionales pronuncian la inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales aún cuando estas últimas sean más afines al DIDH que las constituciones respectivas, posibilidad que, al considerarla tan solo como uno de los "casos especiales de oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior", en algunas oportunidades podría reducir y hasta eliminar el afán protector de*

internacional sino además intenta ubicar a Costa Rica como un país respetuoso de los derechos consagrados en la Convención.

Esta actitud que muchos asumen tanto a lo interno del país en distintas resoluciones judiciales, como discursosen las audiencias, así como en foros internacionales, forma parte del imaginario judicial, pues cuando nos enfrentamos a la aplicación de las normas a los casos diarios, al ser humano real, se hace imperioso, "... *diferenciar entre los esquemas formales contenidos en esta retórica y la realidad, para desmitificarla y ubicarla en su verdadero contexto social*" [7]

Es entonces, importante, determinar el contenido de los postulados, pero más relevante aún es verificar la aplicación de los mismos, pues en la práctica diaria del derecho es donde las normas cobran vida.

2. De la normatividad del modelo

La ley que implanta el recurso de apelación contra la sentencia penal representa el desenlace normativo del caso conocido como Herrera Ulloa, en el que Costa Rica fue condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2004, ley que tuvo como predecesora la denominada Ley de Apertura de la Casación Penal, con la cual no logró el país satisfacer el estándar deseado por el citado tribunal internacional, al menos a nivel normativo.

Con grandes esperanzas, la exposición de motivos del Proyecto de Ley Nº 17.143, que dio origen a la Ley Nº 8837, señalaba que "*El Tribunal de apelación de sentencia deberá hacer, cuando fuere necesario, bajo los criterios de pertinencia, utilidad y razonabilidad, un examen de la prueba producida en juicio; un control de logicidad conforme la sana crítica del establecimiento fáctico y jurídico del fallo; podrá recibir también directamente de nuevo a un testigo o perito cuando el alcance de sus disposiciones no fueren claras, completas o precisas en los registros; reexaminará la versión del acusado cuando sea de interés para la solución del caso; aceptará o traerá oficiosamente la prueba tendiente a demostrar una actuación supuestamente viciada del a quo; aceptará como nueva la prueba ofrecida en su oportunidad pero arbitrariamente rechazada, la que aparezca como novedosa con posterioridad a la sentencia y aquella que, aunque existiendo previamente, no estuvo en posibilidades de ser ofrecida o no estuvo al alcance del interesado*". Texto que confirma que la apelación prometía, desde su concepción legislativa, erigirse en la revisión integral del fallo, asegurado en la Convención Americana, y requerido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De hecho, puede rescatarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos[8]indicó que los representantes valoraron positivamente la sanción de la Ley Nº 8837, y "... *manifestaron que "aunque la plenitud del cumplimiento material de este capítulo de la Sentencia sólo se alcanzará una vez que el nuevo régimen procesal cobre cabal vigencia práctica", **debe presumirse que el Estado lo aplicará rectamente y de buena fe**. Además, observaron que "con la puesta en vigor del nuevo régimen procesal el Estado ha cumplido formalmente con lo requerido por la Sentencia y que cualquier desajuste que pueda surgir en la **aplicación de dicho régimen**, sería materia del cumplimiento general de las obligaciones a cargo del Costa Rica según la Convención más que un tema relativo a la ejecución de la Sentencia...*" pues hasta la misma "... *Comisión Interamericana "valor[ó] los avances reflejados con la aprobación de la Ley No. 8.837 y considerf[ó] que la misma incorpora elementos tomados en cuenta por la Corte en su [S]entencia respecto del alcance del artículo 8.2.h [...] de la Convención Americana". Asimismo, observó que sobre dicho avance **es necesario evaluar su implementación en la práctica**, puesto que la Comisión "cuenta con un cúmulo de peticiones relacionadas con la temática objeto de este punto resolutivo de la [S]entencia*"[9] (no pertenece al original el subrayado).

los derechos humanos que ciertas normas infra constitucionales e infra legales brindan sobre aquellas que le son superiores. Se trata de una particularidad jerárquica que podría implicar la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos normativos" GARAY BOZA (Norberto) Los espacios invisibles en América Latina: análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica para la inversión estructural de la pirámide kelseniana como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos. En: Revista IIDH, Volumen 55, 2012.

7 Sánchez (Cecilia) Op.cit.

8 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

9 Idem

Tales indicaciones, tanto por parte de los representantes de la víctima como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, son el punto de partida de la diferenciación de la que es objeto este trabajo, por cuanto, no se debe confundir la vigencia formal de una norma, con la vigencia material, que en el caso de la ley que crea el recurso de apelación, es sinónimo de verdadera ampliación del derecho a recurrir el fallo, del derecho a que el fallo sea revisado integralmente, pues solo entonces logrará su fin la norma y ya no estará en peligro de ser una más de las mistificaciones ideológicas en boga.

Bien lo indicó Alberto Bovino en el peritaje que rindió ante la Corte Interamericana en el caso Mohammed vs Argentina, "... *aún después de Herrera Ulloa, de esta Corte y de Casal, de la Corte Suprema Argentina, se han generado más problemas que soluciones, especialmente con el fallo Casal, que trató, que hay como una especie de lucha política entre la Corte Suprema y la Cámara de Casación y la Corte ya no sabe que hacer para que la Cámara de Casación abra los recursos como los debe abrir porque se los abre más a los fiscales que a los defensores y ese es un grave problema...*"

Antes de la entrada en vigencia de la ley Nº 8837, las estadísticas no eran favorables para la defensa en cuanto al éxito de los recursos presentados, tan es así que los porcentajes de la fiscalía superan a los de la defensa, tanto particular como pública, pues a los fiscales la Sala Tercera, en el año 2011 les declararon con lugar el 30% de sus recursos, y los Tribunales de Casación aproximadamente un 50%, mientras que, de acuerdo a los datos de la Sala Tercera, a la Defensa Pública sólo se le declararon con lugar el 26% y a los defensores privados el 14%, sin que se cuente con los datos relativos a los Tribunales de Casación Penal.

Diversas conclusiones pueden extraerse del análisis de estos números, los que evidentemente, no son halagadores para quienes defienden los intereses de los acusados en procesos penales. La primera de ellas, es el claro trato desigual con el que la defensa, en general, se enfrenta en materia de recursos. Ahora bien, cuál sea la razón para esta disparidad merece un estudio profundo para ser determinada pero podríamos hablar, por ejemplo de la manera en la que los tribunales abordan los reclamos relacionados a la aplicación o no de la duda razonable. En mi experiencia, cuando un defensor recurre por la falta

de aplicación del in dubio pro reo, muy a menudo su argumento se rechaza con las consabidas frases, "el defensor parte de una apreciación subjetiva de la prueba" o bien, " el defensor revalora la prueba a su conveniencia", muy comunes en resoluciones judiciales. Pero, se aprecia una situación distinta cuando es el fiscal quien recurre por la aplicación de la duda, puesto que, no en escasas ocasiones, partiendo precisamente de la misma valoración propia de la prueba (que, por cierto dada la amplitud del nuevo modelo impugnaticio no debería verse extraña) considera que la absolutoria no procede porque las pruebas sí producen certeza de la culpabilidad del imputado. Sobra decir que cuando es el fiscal quien recurre con este tipo de argumentos, la impresión que genera la constante lectura de antecedentes jurisprudenciales, es que no se le trata de la misma manera que al defensor cuando se presentan con reclamos similares.

La defensa, entonces, no sólo se enfrenta a un sistema en el que las sentencias condenatorias no cesan de aumentar, en especial desde que en el año 2009 se inicia con los llamados procesos de flagrancia, sino que cuando acude ante los superiores para la revisión del fallo, esta no suele ser amplia ni integral. Qué podemos esperar de la aplicación de las normas que reformaron las impugnaciones, más allá de la legitimación del sistema de la que hablamos supra.

Con este panorama en mente, debemos revisar si la aplicación temprana apunta hacia el cumplimiento de los objetivos propuestos por la sentencia Herrera vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o si se vislumbra que los recursos se seguirán resolviendo de la misma manera.

Para ello, he seleccionado algunas situaciones que se han dado en estos meses, de singular importancia, considero, para valorar la aplicación de las nuevas normas. Estas situaciones son las siguientes:

- Las diversas posiciones de la Sala Tercera en cuanto a las readecuaciones de los recursos de casación en recursos de apelación, así como lo que han dicho los Tribunales de Apelación en diversas integraciones así como el Ministerio Público
- La acción de inconstitucionalidad planteada por la Defensa Pública contra la jurisprudencia de la Sala Tercera

en cuanto a las denegatorias de las readecuaciones de los recursos

- La posición de la Sala Constitucional en cuanto a la firmeza de la sentencia luego de resuelto el recurso de apelación
- La posición reciente de la Sala Constitucional en cuanto a la formalidad del recurso de apelación en razón de la aplicación de la oralidad
- Los criterios restrictivos de admisibilidad aplicados por la Sala Tercera para los recursos de casación

Cabe preguntarse si la apelación, según el diseño dado por la recién vigente normativa cumple con la pretensión de servir como un recurso ordinario, que de acuerdo con la Corte Interamericana de Derecho Humanos, permita o garantice la revisión integral del fallo.

3. De la posible deslegitimación del modelo recursivo recién implantado

Si bien es cierto es pronto para evaluar de manera definitiva los resultados del modelo recursivo recién implantado, sí es posible valorar algunas situaciones que se han presentado a lo largo de estos meses que permiten aproximarnos a la recepción de este cambio de paradigma por quienes se encargan de su aplicación, razón por la que se escogieron varias de estas situaciones, escogencia que no es exhaustiva sino más bien ilustrativa, y que pretende apuntar manifestaciones de un fenómeno que podría llamarse de deslegitimación así como incitar a la discusión de ideas referente a ello.

1) Las diversas posiciones de la Sala Tercera en cuanto a las readecuaciones de los recursos de casación en recursos de apelación, así como lo que han dicho los Tribunales de Apelación en diversas integraciones así como el Ministerio Público

El primer punto a exponer que revela la posición de la Sala Tercera en cuanto a la aplicación del nuevo régimen impugnaticio se refiere a la concesión de la readecuación de los recursos de casación que habían sido presentados antes de la entrada

en vigencia de la Ley Nº 8837 y que para el día 9 de diciembre del 2012 no se hubiesen resuelto. Para tales efectos la Ley Nº 8837 en el Transitorio III indica que "*...En los asuntos que se encuentren pendientes de resolución y que se haya alegado con anterioridad la vulneración del artículo 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, al recurrente se le brindará el término de dos meses para readecuar su recurso de casación a un recurso de apelación, el cual se presentará ante los antiguos Tribunales de Casación o la Sala Tercera, según corresponda, que remitirán el expediente ante los nuevos Tribunales de Apelación para su resolución. Bajo pena de inadmisibilidad se deberá concretar específicamente el agravio.*"

Respecto de la transformación de los recursos de casación en apelaciones, la Sala Tercera sostuvo varias posiciones, siendo la primera de estas amplia en cuanto a la posibilidad que otorgó de readecuar el recurso, otra que restringió de manera importante el acceso a la apelación y otra que más bien intentó enviar a dicha sede recursos que, en principio, pudieron haberse conocido como casaciones, todo lo que delata inconsistencia en los criterios de la Sala Tercera.

A manera de ejemplo, puede citarse que la primera resolución de la que se tuvo noticia en cuanto a aplicación del Transitorio III de la Ley Nº 8837 fue la relativa al expediente judicial Nº04-006835-647, resolución[10] dictada a las ocho horas ocho

10 La resolución indica lo siguiente: "**II.-** En el Transitorio III de la Ley 8837, de 3 de mayo de 2010, denominada "Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal" (publicada en La Gaceta número 111 de 9 de junio de 2010, y con vigencia seis meses después de su publicación), se previó que: "*...En todos los asuntos que tengan sentencia firme al momento de entrar en vigencia la presente Ley, y que se haya alegado con anterioridad la vulneración del artículo 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, el condenado tendrá derecho a interponer, por única vez, durante los primeros seis meses, procedimiento de revisión que se conocerá conforme a las competencias establecidas en esta Ley, por los antiguos Tribunales de Casación o la Sala Tercera Penal. En los asuntos que se encuentren pendientes de resolución y que se haya alegado con anterioridad la vulneración del artículo 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, al recurrente se le brindará el término de dos meses para readecuar su recurso de casación a un*

minutos del doce de diciembre del 2011, el primer día hábil de

recurso de apelación, el cual se presentará ante los antiguos Tribunales de Casación o la Sala Tercera, según corresponda, que remitirán el expediente ante los nuevos Tribunales de Apelación para su resolución. Bajo pena de inadmisibilidad se deberá concretar específicamente el agravio..." (el subrayado es suplido). El segundo de los supuestos contemplados en la norma, se cumple en la especie, en relación con los recursos de apelación planteados por el co-encartado, Miguel Ángel Rodríguez Echeverría, y su defensor particular, licenciado Rafael Gairaud Salazar, así como en los recursos de casación aquí enumerados 11) (fs. 17650-17655), 12) (fs. 17750 a 17764), 13 (fs. 17786 a 17791) y, de manera indirecta, en el recurso de casación por adhesión enumerado 17) (fs. 171443 a 171444), pues en los mismos, se plantea la insuficiencia del recurso de casación para controlar la validez y legitimidad del fallo condenatorio, en los términos que garantiza el numeral 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, a la fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley número 8837, no existe resolución de fondo de las impugnaciones planteadas. **III.**- Comprobado lo anterior, esta Sala debe otorgar audiencia a los recurrentes, a fin de que readecuen, en el término máximo de dos meses a partir de la notificación de este auto, sus recursos de casación, a un recurso de apelación, en los términos y condiciones señalados en el Código Procesal Penal. Procede aclarar además, que no es aplicable en relación con el término de readecuación señalado en el transitorio III, la duplicación de plazos que prevé para los procesos de tramitación compleja, el numeral 378 inciso e) del Código Procesal Penal, esto por tres razones: **1)** La norma en cuestión dispone que una vez autorizado el procedimiento de tramitación compleja, se duplican *"...los plazos para interponer y tramitar los recursos..."* (ibid, el subrayado es suplido). Sin embargo, no nos hallamos en ninguno de los dos supuestos, pues el término de dos meses no lo otorga el transitorio, a efecto de interponer o tramitar las impugnaciones, sino para readecuar como recursos de apelación, las casaciones que ya fueron formuladas, dentro del término de interposición ampliado, según lo dispuesto en el artículo 378, inciso e), del Código de rito. **2)** Por la naturaleza misma del transitorio, ya que se trata de una norma especial, de carácter excepcional, que lo que regula, es una cuestión muy específica: el paso de un régimen normativo a otro, en términos que deben considerarse por consiguiente, de excepción. **3)** Se trata de una norma posterior a la redacción del precitado numeral 378 del Código Procesal Penal, que no prevé diferenciaciones entre los procesos de tramitación ordinaria y compleja. **IV.**- Pese a que no todos los impugnantes reclaman la vulneración del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, su reclamo por parte de algunos de los recurrentes, obliga a que, por efecto extensivo, se

vigencia de la ley, se ordenó la readecuación de los recursos de casación en apelación, aún para aquellos recurrentes que no hubieran solicitado la adecuación del recurso, oficio que fue firmado por el secretario de la Sala Tercera. Esta primera resolución de la Sala constituyó la aplicación simple y llana del transitorio sin exigencias formalistas, que abrió la posibilidad a las partes de dicho caso para acceder a la apelación.

Sin embargo, podemos indicar que la actitud posterior de la Sala Tercera, en otros casos, varió sustancialmente, pues empezó a exigir, con rigores formalistas, la concreción de agravios en ciertas maneras y con contenidos que no eran exigidos por el transitorio supra citado, tal es el caso de las resoluciones números 140-2012, 104-2012 y 218-2012, en las que se denegó la transformación de los recursos con criterios como el siguiente:

> "Ahora bien, en el presente asunto, encuentra esta Sala que la solicitud formulada por la gestionante dentro de su recurso es omisa en cuanto a la fundamentación, siendo que sólo hace una mención a la vulneración del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando lo siguiente: *"También se le indica*

otorgue a todos los que formularon recurso de casación la posibilidad de convertir éste en un recurso de apelación. Lo anterior, en virtud de varias razones: el respeto al principio de igualdad, la prelación que tiene el recurso de apelación con respecto al de casación, y finalmente, la imposibilidad de que se tramiten en forma simultánea ambos recursos, no sólo por el eventual riesgo que ello implicaría en relación con el dictado de decisiones contradictorias sobre un mismo punto, sino porque actuar en contrario, implicaría que se tenga, en relación con un mismo fallo, firmeza material con respecto a algunas de las partes (algunos de los imputados, actores y demandados civiles), y firmeza sólo de carácter formal, con respecto a otras (los co-encartados que sí alegan la vulneración al mencionado numeral 8.2.h), pues a estos últimos, aún les sería posible interponer recurso de casación, una vez resueltas las apelaciones. En todo caso, lo que se readecua es el procedimiento, el cual es uno solo. Por todas las consideraciones expuestas, la audiencia señalada en el considerando II de este auto, se hace extensiva a todos los recurrentes. **Por Tanto:** Se otorga audiencia a todos los recurrentes, a fin de que, de conformidad con lo que dispone el transitorio III de la Ley 8837 de 3 de mayo de 2010, readecuen, en el término máximo de dos meses a partir de la notificación de este auto, sus recursos de casación, a un recurso de apelación."

que por entrar en vigencia el 19 (sic)de diciembre de este año el nuevo régimen de impugnaciones, es importante señalar en el recurso que se acude a este por ser el único medio procesal para impugnar la sentencia en este momento, por lo que solicita la aplicación del Transitorio III de la Ley N°8837, y la conversión del recurso de casación en apelación o en su caso un procedimiento de revisión, para el caso de que sea declarado sin lugar el recurso de casación». La recurrente no expone cuáles son los motivos que le llevan a considerar que, pese a que su recurso fue interpuesto antes de la vigencia de la ley 8837, se le debe aplicar el trámite de apelación de sentencia que en ella se incluye. Tampoco se establece en el documento en mención, cuál es el perjuicio concreto que permite la aplicación de normas que no estaban vigentes en el momento de interposición de su recurso. Por todo lo anterior, concluye esta Cámara, que la gestión realizada es inadmisible, por no cumplir con los requisitos legales previstos por el legislador a través de transitorio tercero de la ley de Creación del Recurso de Apelación de sentencia, y por ello, lo procedente es resolver el fondo de este asunto, de acuerdo con las normas vigentes para el momento de su interposición, es decir, mediante las reglas del recurso de casación, a través del cual se garantiza la revisión integral de la sentencia, mediante el examen amplio de los alegatos planteados en el recurso interpuesto. En consecuencia se rechaza la gestión planteada."

Esta posición contrasta con la que mantuvieron algunos Tribunales de Casación, en los que se comunicó a quienes tuvieran recursos pendientes de resolución acerca de su posibilidad de convertirlos en apelaciones, para lo que se les otorgó el plazo de dos meses, que es el dispuesto en el transitorio citado, ello sin exigencias de requisitos formales, lo que parece ser más adecuado al, si pudiera decirse de esta manera, espíritu de la reforma invocado en la Ley Nº 8837.

De ello se desprende que la Sala, impidió a muchos imputados que sus recursos fueran conocidos como apelaciones, lo que, en principio, favorecía sus intereses, no sólo por la esperada amplitud de sus criterios en la valoración de reclamos relativos a la determinación de los hechos y aplicación del derecho y de una revisión integral del fallo sino además porque ello les aseguraba la posibilidad de acudir con posterioridad al recurso de casación y contar con esta nueva oportunidad de reclamo, oportunidad considerada, claro está, como legalmente establecido pues los criterios de admisibilidad aplicados la han hecho prácticamente inaccesible.

Dicha postura de la Sala Tercera, generó disconformidad, muestra de lo cual fue la presentación de una acción de inconstitucionalidad formulada por los defensores públicos Natalia Gamboa y José Arnoldo González, quienes, mostraron como los precedentes de la Sala violentaban algunos principios constitucionales, por lo que pedían se decretara la inconstitucionalidad de dicho criterio. Entres los argumentos más relevantes pueden citarse los siguientes:

- violación al principio de igualdad, por haberse accedido a la adecuación en el expediente Nº 04-006835-647 Pe contra Miguel Ángel Rodríguez y otros, y haberse denegado en otros casos.
- Violación al derecho al recurso
- Violación al principio de interpretación restrictiva

Es importante señalar que según se dijo en la acción referida "*...la Sala Tercera declara la incompetencia y remite, al Tribunal de Apelación de Sentencia el caso para que se pronuncie sobre el recurso de apelación. Ese trámite desformalizado y la interpretación acorde con la reforma legal, no se brindó en el caso del imputado F. P., a quien pese a encontrarse en la misma situación jurídica, se le impidió la readecuación de su recurso y se le constriñe a que su reclamo sea conocido como una casación y no una apelación.*", de lo que podemos entender que ese trámite no formalista y acorde con una interpretación amplia era el que se esperaba en todos los casos, pues precisamente éste era el que concordaba con la normativa en aplicación.

Pese a que la acción fue desestimada, considero que el reclamo es válido y la Sala Tercera impidió a muchos recurrentes el acceso al recurso de apelación mediante criterios formalistas y desvinculados de las declaraciones de motivos de la nueva ley.

Luego, la Sala implementó otra posición, en la que consideró que los expedientes que materialmente hubiesen sido recibidos

en el despacho luego del 9 de diciembre del 2011, debían ser conocidos por los Tribunales de Apelación de Sentencia, pese a que en dichos casos las partes hubieran presentado recurso de casación sin solicitud de readecuación o bien que desearan que el asunto fuera conocido como casación, y con base en el siguiente razonamiento decretó su incompetencia y los envió a la sede de apelación:

"El imputado A mediante libelo presentado el 18 de noviembre de 2011, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica, número 335-S-2011, de las trece horas quince minutos del veintiuno de octubre de dos mil once, en cuanto dictó un fallo condenatorio en su contra, por el delito de homicidio calificado y robo agravado cometido en perjuicio de M.B.G. **La Sala Tercera no puede conocer el recurso de casación presentado**. [...] todos los casos que sean ingresados a esta Cámara de Casación a partir del 9 de diciembre de 2011, se regirán de acuerdo con las nuevas competencias que la ley 8837 estableció, dentro de las cuales se prevé la posibilidad de incoar un recurso de apelación en contra de las sentencias dictadas por los tribunales de juicio, sean colegiados o unipersonales. En el caso en concreto, el imputado A fue condenado al tanto de veinte años de prisión por los delitos de homicidio calificado y robo agravado en concurso ideal cometido en perjuicio de M, mediante sentencia dictada el 21 de octubre de 2011. Contra la anterior sentencia, el mismo imputado interpone recurso de casación en fecha 18 de noviembre de 2011; sumaria que ingresó a esta Sala Tercera hasta 27 de enero de 2012, de acuerdo con el sello que consta para tales efectos a folio 625 vuelto. En razón de ello, esta impugnación no puede ser conocida por esta Cámara sino por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Segundo Circuito Judicial de San José; el cual deberá analizar, entender y resolver el recurso incoado como uno de apelación, con independencia que la impugnación se denomine "Recurso de Casación", de acuerdo con el contenido y espíritu de la Leyde Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia. Véase que la promulgación de esta legislación tiene como única finalidad adecuar en definitiva y de forma integral, nuestro sistema procesal penal a los requerimientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente del artículo 8.2.h,

así como el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, preceptos que reconocen el derecho a recurrir la sentencia condenatoria ante un juez superior al que la dictó. De este modo, al disponerse que el recurso de casación interpuesto en esta sumaria debe ser conocido y resuelto como una apelación, **se busca tutelar de forma efectiva el derecho del imputado a recurrir su fallo, en aras de lograr obtener un examen integral del mismo; con la posibilidad de incoar un recurso de casación ante esta Cámara, claro está, en el supuesto que se verifique alguno de los motivos que el ordinal 468 del Código Procesal Penal establece al efecto**. En virtud de todo lo anterior, se declara la incompetencia de la Sala Tercera para conocer el presente recurso y se dispone remitir a la mayor brevedad el asunto al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Segundo Circuito Judicial de San José.Deben las partes apersonarse ante dicho órgano, para hacer valer sus derechos." Sala Tercera. Resolución Nº 265 de las 11:24 del 17 de febrero del 2012

Puede, entonces notarse de la lectura de esta resolución, que aunque en un primer momento la Sala Tercera aceptó sin mayor problema las conversiones de los recursos, luego las entrabó con criterios formalistas y por último decidió declarase incompetente si los expedientes entraron al despacho luego del 9 de diciembre del 2011, aunque el recurso se hubiese planteado de previo a dicha fecha.

Algunos Tribunales de Apelación aceptaron las incompetencias sin mayor novedad, sin embargo, hubo, al menos dos integraciones del Tribunal de Apelación de Goicoechea,que mostraron su desacuerdo y plantearon conflictos de competencia ante la Corte Plena, la cual se decantó por denegarle a la Sala Tercera la razón y considerar que era ésta la competente si los recursos se habían planteado de previo al 9 de diciembre del 2011, no siendo la fecha de entrada material del expediente a la Sala Tercera un parámetro válido para determinar la competencia.En ese sentido, puede verse la resolución TCP-002-2012 de las 14:45 horas del catorce de mayo del 2012, en la que se dispuso que:

"*...y según lo establecido en los artículos 56 y 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes de la reforma introducida por la Ley número 8837; es correcto el análisis del Tribunal de Ape-*

lación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José de que no es competente para resolver el recurso de casación interpuesto por el encartado contra la sentencia [...] En esta causa, el encartado en memorial de dieciocho de noviembre de dos mil once interpuso recurso de casación en contra de esa sentencia. En ese momento, según lo estipulado por los referidos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la instancia competente para el conocimiento del recurso era la Sala Tercera de la Corte. Por tal motivo, el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, formuló el conflicto que nos ocupa. No obstante, el Transitorio I de la Ley 8837 de 3 de mayo de 2010, como se dijo líneas atrás, establece claramente que los expedientes ingresados a las distintas sedes, con anterioridad a la fecha de vigencia de la reforma, continuarán en el tribunal de ingreso hasta su terminación, de conformidad con las reglas vigentes al momento de ese ingreso, tanto en el derecho procesal de adultos como en el régimen de la jurisdicción penal juvenil."

Estas tres posiciones denotan, en primera instancia, que la Sala no mantuvo una posición consistente en cuanto al tratamiento de las readecuación de los recursos en los términos del transitorio III, y en segundo lugar, que entre los criterios que sostuvo, en muchos casos restringió la posibilidad de los recurrentes de adecuar sus casos a apelación, con argumentos propios de posiciones formalistas y ritualistas, que se alejan de las motivaciones de la reforma legal en materia de recursos, que precisamente tenía en mente lograr el cumplimiento del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2) La posición de la Sala Constitucional en cuanto a la firmeza de la sentencia luego de resuelto el recurso de apelación

Otro de los grandes temas que se han discutido a propósito del cambio del modelo recursivo lo ha sido la reciente posición de la Sala Constitucional en cuanto al momento en que las sentencias adquieren firmeza. Tradicionalmente, en aplicación de las normas anteriores, no se reputaba como firme la resolución sino hasta que se venciera el plazo para impugnar sin que ninguna de las partes hubiese recurrido o bien asta que se resolviera el recurso de casación por el despacho correspondiente. Por lo que, en general, se asumió que las sentencias penales

no adquirirían firmeza sino hasta que se resolviera el ultimo de los recursos en su contra, sea el de casación, tema que cobra importancia especialmente por aspectos propios de las medidas cautelares así como de índole penitenciario, como lo es la ubicación de los detenidos en diferentes ámbitos, o bien para efectos de saber si se encuentran a la orden del Tribunal de Juicio o bien de Adaptación Social, con los correspondientes efectos en cuanto al cese, por ejemplo, de la prisión preventiva e inicio de la fase de ejecución de la pena.

Particularmente, en un inicio no hubo cuestionamientos en este sentido, sino hasta que la Sala Constitucional dejó entrever que las sentencias adquirían firmeza luego del dictado de la resolución que resolvía el recurso de apelación, puesto que declaró sin lugar un Recurso de Habeas Corpus planteado a favor de un imputado cuya prisión preventiva no había sido prorrogada luego de la sentencia de apelación, pese a que había sido interpuesto recurso de casación.

No fue sino mediante la resolución número 13065-2012 de las nueve horas cinco minutos del dieciocho de setiembre del 2012, que la Sala Constitucional, abiertamente, y por voto unánime, aunque sin la presencia de todos los magistrados titulares, que la sentencia penal se considera firme desde el momento en que se resuelve la apelación, por ser esta un recurso ordinario, así se indicó que:

"***V.- Sobre la firmeza de las sentencias en materia penal.*** *Las instancias recursivas del proceso penal, a partir de la Ley 8837 de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, han variado, de conformidad con lo que se establece en el citado cuerpo normativo. Por esta razón, es imprescindible establecer el momento jurídico en el cual adquiere firmeza una resolución en dicha materia, pues, únicamente, a partir de ahí, se podrían ejecutar los actos jurídicos posteriores o derivados de la sentencia, entre los que destaca la restricción o la libertad del sometido al proceso. De esta manera y, en atención a los mandamientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente, del artículo 8.2.h), así como el artículo 14.5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es que nuestro sistema procesal penal se adecuó al respeto de dichas garantías.*

Es un principio general de derecho que las sentencias adquieren su firmeza, una vez agotados los recursos ordinarios dispuestos por el ordenamiento jurídico para combatirlas, por lo que siendo la casación un recurso extraordinario, se puede indicar que la sentencia en materia penal adquiere firmeza y, por ende, es ejecutable, una vez resuelto el caso por el Tribunal de alzada, confirmando la sentencia del a quo, o bien, vencido el plazo para la apelación."

Este criterio, fue altamente criticado en la comunidad jurídica nacional, puesto que implicaba que, una vez confirmada la sentencia en apelación los imputados pasarían a descontar la sentencia y serían ubicados en los ámbitos penitenciarios propios de los sentenciados, pese a que aún se encontrara abierto el plazo para recurrir en casación o bien ésta se encontrara pendiente de resolución. Peor, y, tal vez, más importante aún, era la consecuencia necesaria del criterio de la Sala Constitucional, probablemente no previsto al momento de asumirlo, que era la invalidez del recurso de casación a favor del Ministerio Público, en aplicación directa de lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política que establece que "...Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.". Es decir, si las sentencias adquieren firmeza con la sentencia de apelación, se trataría de un juicio fallado con autoridad de cosa juzgada que no puede ser reabierto sino por recurso de revisión. Ahora, desde la mejor protección de los intereses del imputado, parte débil del proceso, podría interpretarse que la sobreviniente inconstitucionalidad del recurso de casación sólo aplica cunado es el Ministerio Público quien recurre, puesto que la Defensa siempre lo haría a favor del imputado, pese a lo cual, si de la literalidad se trata, la casación sería inconstitucional para cualquiera de las partes.

Esta situación tan grave generada por el criterio de la Sala Constitucional, permitió que se presentara una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 467 del Código Procesal Penal el cual determinar cuando procede el recurso de casación, cuya finalidad no es la anulación de dicha posibilidad totalmente sino sólo para el Ministerio Público, en virtud de lo señalado supra.

Sin embargo, aproximadamente una semana después de que dicha acción se presentó, la Sala Constitucional emitió un nuevo criterio, en el voto 16848-2012, en el que indica que:

"En relación con el tema de la firmeza de la sentencia, para efectos de establecer si procede el dictado de una medida cautelar o no, esta Sala, bajo una mejor ponderación de los diferentes aspectos planteados, estima que la sentencia no puede reputarse firme, hasta que sean superadas las fases de apelación y casación, ya sea por haberse interpuesto dichos recursos o por haberse superado los plazos de ley para plantearlos. No puede ignorarse que el artículo 9 del Código Procesal Penal establece que hasta que no se declara la culpabilidad mediante sentencia firme, el enjuiciado debe considerarse inocente en todas las etapas del proceso; considerarlo bajo esa condición requiere que en todas las etapas del proceso, debe mantenerse vigente el encarcelamiento preventivo mediante una decisión jurisdiccional. Este cambio de criterio conlleva que deban interpretarse las normas constitucionales, convencionales y legales que se refieren al acuerdo de presión preventiva en lasseñaladas etapas o su mantenimiento a consecuencia del vencimiento del plazo fijado por la autoridad que conoce o conoció del asunto bajo esa nueva óptica; esta Sala es del criterio de que corresponde, según lo dispuesto en el artículo 258 del Código Procesal Penal al tribunal de juicio, al tribunal de apelación y a la sala de Casación Penal respectivamente, según la fase en que se encuentre el proceso, valorar la procedencia, mantenimiento o no de una medida cautelar, mediante una resolución debidamente fundamentada, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto, para garantizar que si resulta necesario que la persona juzgada permanezca en prisión, siempre exista una resolución jurisdiccional en que ello se disponga y se señalen los motivos en que se fundamenta lo resuelto." Sala Constitucional. Resolución Nº 16848 de las once horas treinta minutos del treinta de noviembre del dos mil doce

Con dicha reciente resolución, la Sala "pondera mejor" el tema planteado y retrocede, regresando la situación a su estado original, en cuanto a la firmeza de la sentencia, y de manera indirecta en cuanto a la legitimidad del recurso de casación para el Ministerio Público.

3) La posición reciente de la Sala Constitucional en cuanto a la formalidad del recurso de apelación en razón de la aplicación de la oralidad

No puede dejarse de lado, tampoco, que no hace mucho la Sala Constitucional en el voto Nº 14379-2012, indicó, a propósito de un recurso presentado contra el Tribunal de Apelación de Sentencia de Goicoechea, que *"En reiteradas ocasiones esta Sala ha indicado que la oralidad es una forma de protección ciudadana y un instrumento básico para el ejercicio de una defensa eficiente de los intereses del acusado, congruente con los principios esenciales que rigen el procedimiento penal tales como el acusatorio, la contradicción, la inmediación de la prueba y, en definitiva, la potenciación del derecho de defensa, la eficiencia y la celeridad del proceso, razón por la que debe convocarse a una audiencia oral siempre que se trate de discutir temas de trascendencia en una instrucción. [...]* ***Siendo el recurso de apelación contra las sentencias una impugnación formalista****, no podría interpretarse que la audiencia se gestione en cualquier momento procesal, pues ello obstaculizaría el correcto desarrollo del proceso impugnatorio causando retrasos que perjudicarían la Administración de Justicia y al mismo imputado."* (el resaltado no pertenece al original)

Criterio con el cual la Sala le atribuye a la apelación una característica que se aleja de la idea que permea al artículo 8.2.h de la Convención Americana, puesto que no es mediante un recurso "formalista"[11] que se puede lograr la revisión integral del fallo, que, a fin de cuentas, era el objetivo de las diversas reformas legales originadas en el fallo Herrera Ulloa dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4) Los criterios restrictivos de admisibilidad aplicados por la Sala Tercera para los recursos de casación

11 Al respecto, Llobet indica que "Debe agregarse que algunos han partido de que el control integral es garantizado a partir de la desformalización del recurso de apelación. En realidad se trata de un aspecto que no debe ser subestimado, ya que los formalismos operan con frecuencia como un obstáculo para el acceso de la justicia, pero la desformalización es solamente un aspecto para garantizar el derecho a una revisión integral. El aspecto fundamental, sin embargo, es la extensión substancial del control que se pueda llevar a cabo a través del recurso." LLOBET RODRIGUEZ (Javier) Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado) 5º edición. Editorial Jurídica Continental. San José, 2012. Página 690

Por último, pese a no contar con las cifras oficiales y exactas en cuanto a la cantidad de recursos de casación presentados en relación con los declarados inadmisibles y estos datos relacionados a su vez con las partes a quienes más se les admitieron recursos de casación para su estudio, lo cierto del caso es que a este momento se intuye que la proporción de recursos no admitidos supera por mucho el 50%, pero dadas las limitaciones reseñadas será en otro documento en el que se pueda analizar con mayor detalle esta situación, que no puede tampoco ser obviada, pues implica un síntoma de que no todo marcha bien en la aplicación de las nuevas normas recursivas, y que, al final, comprueba que no basta con cambiar los nombres y las formas para que lo sustancial también se modifique.

4. A manera de conclusión

El propósito principal de este recuento de eventos jurídicos es evidenciar que no basta con la promulgación de una norma o grupo de normas para considerar que se ha dado un cambio real en cómo se presentan, se admiten y se resuelven los recursos en nuestro país. Es muy pronto aún para valorar, de manera profunda, el éxito de la reforma, entendiendo por este, el logro de un examen integral del fallo en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana.

Pese a ello, si consideramos importante señalar algunas situaciones que han teñido el inicio de la aplicación de la reforma, no sólo por haber sido algunas de ellas abiertamente contrarias a la amplitud esperada en la aplicación de la nueva legislación, como lo hizo la Sala Tercera en cuanto a las adecuaciones de los recursos y el transitorio III, o bien por haberse dado posiciones como las de la Sala Constitucional en cuanto a la firmeza de la sentencia, que en vez de ampliar derechos más bien los restringió, al permitir que personas con recursos de casación sin resolver estuviesen detenidas sin resolución que ordenase o prorrogase su prisión preventiva, mostrándose también variaciones importantes de criterios en ambos despachos, tanto la Sala Tercera como la Sala Constitucional, que han contribuido a generar incertidumbre y con ella un clima de inseguridad jurídica.

Todo ello, nos lleva a concluir que, viendo como se ha iniciado la aplicación del nuevo modelo recursivo, no puede perderse de vista que pese a que en la normatividad el modelo sea acorde

con lo establecido en los tratados internacionales y en la Constitución Política, si hay una ausencia de efectividad en la práctica, corre el riesgo de volverse una fachada y de cumplir la función, según indica Ferrusola[12], de mistificación ideológica del conjunto, por lo que será tarea próxima determinar si los primeros síntomas detectados fueron corregidos o si eran el augurio de que la reforma introducida por la Ley Nº 8837 no significó más que un cambio de nombre mas no un cambio de paradigma.

12 FERRAJOLI (Luigi) Op.cit.

"LA REFORMA PROCESAL PARA INTRODUCIR EL RECURSO DE APELACIÓN EN COSTA RICA. PERSPECTIVAS Y CIRCUNSTANCIA DE UNA PROPUESTA FALLIDA"

Alfredo Chirino Sánchez
Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y Juez del Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José.

Abstract. El tema de la impugnación en el moderno proceso penal ha recibido un renovado interés de la ciencia y del legislador. En elcontexto latinoamericano el interés en esta materia surge a partir del fallo "Mauricio Ulloa vs. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este precedente provocó una reforma del sistema de casación costarricense, donde se ha diseñado un modelo de apelación que entró en vigencia en el año 2011. El presente estudio contiene un análisis de este modelo, el cual resulta de interés, no sólo por ser una más de las reacciones legislativas al fallo antes mencionado, sino también porque encierra la clave de las probables formas que adquirirá el modelo de impugnación a futuro del proceso penal latinoamericano. Es de esperar también que el estudio del modelo del "doble conforme" y de los recursos en manos de la fiscalía, den la clave para el estudio de probables disfunciones del sistema de impugnación penal. Un sistema de impugnación funcional y efectivo de la sentencia condenatoria sigue siendo un tema de gran trascendencia en materia de derechos humanos del justiciable y tiene indudables repercusiones en la realización de las garantías del debido proceso.

Lista de Abreviaturas

Art.	artículo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Cfr.	Confrontar
ER	Estatuto de Roma
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TC	Tribunal Constitucional Español
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas

1. Introducción

El grado de sorpresa y estupor que ha causado la reciente reforma para la introducción del recurso de apelación en el sistema jurídico procesal de Costa Rica, apenas tiene parangón en la últimas décadas.

Esa sorpresa quizá solo sea explicable por la dificultad de comprender la necesidad de introducir un modelo de impugnación que ni venía solicitado por la famosa sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Mauricio Herrera contra Costa Rica, y mucho menos en el periodo de revisión de los avances del país en esta materia, luego de la condena.

Todo parecía dirigido a construir y ampliar el modelo impugnativo del país, y crear condiciones para extender las herramientas disponibles para cuestionar los hechos y la prueba discutidos en un juicio, desarrollando las posibilidades de acceso a la justicia de las personas acusadas de un hecho punible.

En realidad, todo se planteaba como una mejoría de las condiciones de impugnación, un progreso del sistema hasta ahora disponible de discusión de los fallos y conseguir la posibilidad de garantizar una revisión integral de los puntos discutidos en una sentencia condenatoria.

La curiosa mezcla de los temas de apelación y casación, apenas tiñó las primeras discusiones sobre la reforma propuesta, y la sospecha de una casación restringida, siquiera provocó alguna angustia de algunos legisladores. Todo parecía, digo parecía, ir en el mejor sentido de crear más medios, más recursos, para discutir una sentencia. ¿Quién podría estar en contra de objetivos tan preclaros? ¿Quién podría levantar la voz frente a condiciones que ampliaban y desarrollaban el derecho al recurso? No obstante, la realidad vivida con la reforma ya da razones para el escepticismo y la preocupación.

En este trabajo, partiremos de tres hipótesis básicas:

- No cambiará nada del estilo de la casación del viejo régimen. El recurso de apelación continuará la práctica de revisión del fallo ya instituido antes de la reforma.
- El modelo de la reforma de la apelación concentró el análisis del fallo en el Tribunal de Apelación con una creciente desvaloración de la sentencia de instancia y una

concentración insalubre en la segunda instancia, que deja solo una oportunidad marginal de casación, que no permitirá un análisis ni control de la fundamentación del fallo de apelación.

- El Problema básico que seguirá planteándose es el estilo de la apelación: para ser acordes con el "espíritu de los tiempos" de una justicia no resistente al cambio, la fundamentación de las sentencias deberá ser rápida, eficiente y dirigida a indicar a las partes de manera sucinta si se han cumplido las formas prescritas para el dictado del fallo.
- Desde nuestra perspectiva, la verdadera revisión del fallo implicaría un juicio sobre la argumentación judicial, es decir un análisis sobre la lógica y el razonamiento de los jueces.

Revisaremos la corrección de estas hipótesis a lo largo de este ensayo, y le daremos especial, a nuestro convencimiento que el verdadero trabajo de una revisión del fallo es el control del poder de fundamentación del fallo, de donde se puede extraer que la verdadera labor de un tribunal de revisión es la de ejercer dicho control, analizando la argumentación del fallo y estableciendo la corrección o incorrección de dichos argumentos frente a la decisión final del fallo.

De lo anterior, podría desprenderse un resultado incómodo y poco feliz de la reforma: el nuevo sistema de impugnación de la sentencia penal no busca, realmente, la instauración de ese sistema de control de la argumentación, dejando a las partes sin la posibilidad real de un cuestionamiento del fallo, por lo menos en la sede de casación. Por ello, no es cierto que la sede de apelación sea la más importante del proceso penal, por lo menos desde las funciones dichas y manifiestas de su trabajo, sino que lo constituirá el silencio evidente y subterráneo sobre los problemas de un sistema que no permitirá alcanzar la certeza sobre la situación jurídica del justiciable, por lo menos no en un plazo razonable.

2. El derecho a recurrir de la sentencia condenatoria como un derecho humano del justiciable

Las fuentes históricas sobre el derecho liberal a recurrir la sentencia pueden retrotraerse a Beccaria[1], quien por su deseo de asegurar la independencia de los jueces frente a los monarcas, lo llevó a negar la posibilidad de que las sentencias pudieran ser apeladas[2].

En cambio, la historia de la casación puede retrotraerse a fuentes aun más antiguas que pueden llegar al derecho romano. Referencias a los orígenes etimológicos del vocablo "casación" y "casar" los ubican como cercanos a la idea de "anular" y "quebrar" respectivamente, que proceden del derecho romano[3]. Su origen iusprivatista planteaba las cuestiones que serían dirimidas en una diferenciación entre aspectos referidos a las normas y a los hechos. Así la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*iempiezan a hacer tradición en los antecedentes históricos de los errores judiciales que podían ser examinados por tribunales superiores, pero con una serie de diferenciaciones en el derecho romano, que no podemos entrar a analizar aquí[4].

El derecho a recurrir la sentencia tiene, entonces, vinculaciones muy diversas pero su esencia está inapelablemente unida a la necesidad de revisar los fallos para evitar errores judiciales, con el fin de anularla por tales errores o modificarlos[5].

La condena en un proceso penal, de cualquier naturaleza, pero sobre todo en aquellos derivados del sistema de los derechos humanos, debe estar basada en una sentencia que ha respetado los principios derivados de la legalidad criminal, pero en especial los de naturaleza adjetiva, tales como: los de juez

1 Así lo hace en nuestro medio Llobet, quien sostiene que la preocupación de Beccaria es justamente política, tesis que aceptamos. Cfr. Javier Llobet Rodríguez, *Derecho Procesal Penal. III. Garantías Procesales (Segunda Parte)*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, 2007, p. 227.

2 Cesare Beccaria, *De los delitos y de las Penas*, Madrid, Alianza, traducción de J.A. de las Casas 1988, p. 30.

3 José Joaquín Ureña Salazar, *Casación Penal y Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, 2006, pp. 24-26.

4 Con más referencias, Ureña, op. cit., pp. 26 y ss.

5 Llobet, Garantías III, op. cit., p. 227.

natural, *non bis in idem*, imparcialidad e independencia judicial, igualdad de las partes, principios derivados de las prohibiciones probatorias, y otros que tienen que ver con la intervención del justiciable y el ejercicio efectivo de su defensa material y técnica. Todos estos principios conectan, naturalmente, con el respeto a la dignidad de la persona humana y justifican que la fase impugnativa tenga un carácter de enorme importancia en la realización del debido proceso[6].

El derecho a recurrir la sentencia es, entonces no sólo un medio de alcanzar una sentencia justa y legal[7], sino también un

6 Con este criterio, en especial, Carlos Alberto Chiara Díaz y Daniel Obligado, *La Nueva Casación Penal: consecuencias del Fallo Casal*, Rosario, Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica, Primera Edición, 2005, p. 12.

7 El mismo Tribunal Constitucional Español ha entendido que el derecho a la impugnación de las sentencias es un derivado de la tutela judicial efectiva, en ese sentido se pronunció ya desde la STC de 2 de julio de 1987. En este fallo se sostiene que: el derecho a la tutela judicial efectiva "...se extiende al derecho al recurso o recursos que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales, a favor de la parte o partes que, con interés legítimo y entendiendo que su derecho ha sido desconocido o limitado, las impugnen en forma, constituyendo así el recurso una prosecución del proceso y, al tiempo, una revisión del mismo por un órgano superior, que ha de decidir conforme a lo alegado críticamente por las partes, oídas contradictoriamente, permaneciendo, pues vivos los principios de contradicción y de audiencia bilateral que integran la tutela judicial efectiva." Otros falos de finales de la década de los ochenta del siglo XX se orientaron en este sentido, como la sentencia del 17 de diciembre de 1986, 29 de enero, 12 de febrero, 23 de abril, 29 de junio y 17 de julio de 1987. Con más referencias, cfr. José Garberí Llobregat, "Consideraciones sobre la Naturaleza Jurídica del Recurso de Anulación Penal", en: Edmundo Vásquez Martínez (Editor), *Derechos Fundamentales y Justicia Penal. Edmundo Vasquez Martínez. Liber Amicorum*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, Primera Edición, 1992, p. 152. Hay que recordar que España fue condenada por violar el art. 14 del PIDCP, en virtud de considerarse que el recurso de casación que tenía era excesivamente formalista. En el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. estableció: "...No obstante, el comité pone de manifiesto, que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la Información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fuera impuesta no fueran revisados íntegramente.

medio de realizar principios valiosos derivados de la legalidad criminal, que conectan directamente con el respeto a la dignidad humana.

Debe haber un medio efectivo, entonces, que repare las sentencias que se aparten del derecho y creen condiciones de injusticia para el caso concreto.

Fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que permitió el desarrollo de un derecho del imputado a impugnar la sentencia condenatoria. El artículo 14, inciso 5), expresamente estableció:

> "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".

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2 h) previó el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

El reconocimiento de estos dos importantes instrumentos de derechos humanos trae consigo la regla del "doble conforme" con razón denominada también principio del "juicio sobre el juicio". Es el derecho del condenado a que el fallo condenatorio y la pena impuesta le sean revisadas por un tribunal superior conforme a las prescripciones legales.

Esta condición, que será analizada más adelante, con razón ha sido criticada como un efecto colateral del derecho del ministerio fiscal o del querellante de recurrir la sentencia absolutoria del justiciable. Pero, en esencia se trata de una fórmula que intenta marcar una regla que no lleve a una sucesión interminable de juicios en contra del justiciable, en donde a veces se le absuelve y a veces se le condene, según sea la integración del Tribunal y según sean las razones por las cuales se ha provocado un juicio de reenvío.

El comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2 limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto." Dictamen dictado en el Caso No. 701-96, Cesario Gómez vs. España. Citado por Ureña, op. cit., pp. 69-70.

En el famoso caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica"[8], del 2 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue muy clara al establecer que conforme a este artículo 8.2. h) de la Convención, el recurso disponible, sea cual fuere su denominación, debía garantizar un examen integral de la decisión recurrida, de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior, en especial, de la pena impuesta.

Así las cosas, resulta evidente el énfasis de la CIDH en una amplia revisión de la sentencia, es decir, en el examen integral de la decisión, no se estaba concretando únicamente a los problemas derivados de los errores en cuanto a los hechos y el derecho, sino que requería un análisis más amplio del fallo que garantizara que hasta los elementos que repercutían en la medición y determinación de la pena pudieran ser sopesados por un tribunal superior.

No pensamos que este énfasis tenga que ver con la nomofilaquia[9], o el anquilosamiento de la jurisprudencia de casación, sino con la garantía de una amplia revisión del fallo de instancia, incluso de los temas relacionados con la prueba y su valoración, así como de la fijación de los hechos sobre los cuales se realizará el juicio de tipicidad.

La razón del fallo "Mauricio Herrera vs. Costa Rica" tiene su base, entonces, en la idea de que el recurso de casación en Costa Rica no proveía garantía suficiente de una revisión integral del fallo, y que las partes sentían cerrado el acceso a un análisis comprensivo de los asuntos que interesan a esa fase impugnativa del fallo[10].

8 Citado a continuación según la transcripción que aparece en la página WEB de la CIDH, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

9 Crítico sobre ella Ureña, op. cit., p. 157.

10 Habría que aceptar que en buena parte de la historia de la casación costarricense imperó un criterio formalista, cerrado, que dejaba a las partes sin acceso a una revisión del fallo, precisamente por no cumplir meros requisitos formales, que la Sala de Casación consideraba *ab initio*como fundamentales para proceder a un estudio de la causa. Solían analizarse el recurso de casación propuesta a la búsqueda de defectos tales como falta de citación de normas de rito o sustantivas lesionadas, adecuada separación de los motivos de forma y fondo y una adecuada fundamentación con una propuesta correcta de la propuesta de enmienda del yerro planteado. Además existía una limitación legal

Lo cierto es que antes del fallo de la CIDH ya había habido interpretaciones favorables a una casación más abierta y menos formalista. La Sala Constitucional costarricense, en su Voto 719-90, ya había interpretado, por ejemplo, que la CADH era de aplicación inmediata en el sistema jurídico, debiendo interpretarse que las limitaciones a recurrir en casación derivadas únicamente del monto de la pena impuesta debían tenerse por no puestas. Esta interpretación se oponía directamente a la tendencia sostenida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia de los años ochenta del siglo XX[11].

De hecho, la misma Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, en su resolución No. 26-86 (Caso 9328, Costa Rica) ya se había pronunciado en el sentido de que a un justiciable se le había negado el derecho que reconoce el art. 8º, inciso 2) de la CADH y le recomendó al Gobierno de Costa Rica que procurara enmendar esta circunstancia, concediéndole un plazo de seis meses para que adoptara las medidas legales correspondientes. Esta plazo fue prorrogado varias veces, hasta que llegaron los fallos de la Sala Constitucional 282-90 y 719-90 y se decidió archivar los casos abiertos hasta esas fechas[12].

para el recurso de casación en virtud de la pena impuesta, lo que llevaba a los tribunales inferiores intentar fallar los casos con este tipo de penas para intentar no pasar por el tamiz de la casación penal, y de esa manera evitar una sobreexposición de cara a eventuales objetivos de crecimiento en la carrera judicial. Lo cierto es que hacia finales de esa década de los años ochenta y bien entrada la década de los noventa del siglo XX ya esos requisitos formales habían ido abandonándose y existía ya una generosa apertura de la sede de casación, facilitada también por el examen del tema desde la perspectiva constitucional. La tendencia se fortaleció con la puesta en funcionamiento del Tribunal Superior de Casación hacia mediados de la década de los noventa, que permitió una ampliación de los efectos benéficos de una casación menos formalista y más comprometida con una revisión detallada de las lesiones a derechos fundamentales del imputado.

11 Cfr. Votos Nos. 366-83; 258-A-85; 135-A-88; 188-A-88 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

12 Cfr. Llobet, Garantías III, op. cit., pp. 232-233 (nota 11). Con más referencias a los pronunciamientos previos también Ureña, op. cit., p. 76-83.

Los accionantes ante la CIDH en el caso "Mauricio Herrera vs. Costa Rica" indicaron que el recurso de casación disponible en la legislación patria en contra de la sentencia penal no es un recurso pleno y con capacidad para revisar de manera completa el caso en los hechos y en el derecho, y que se resuelve con diversos y complicados formalismos. Agregaron que el recurso de casación no permitía la reapertura del caso a pruebas y tampoco a una nueva valoración de las ya producidas. Los demandantes consideraron, asimismo, que es correspondiente a "una amplia y plena apelación" una revisión completa de la sentencia de primera instancia. Subrayaron que la sentencia de casación se suscribió al denominado principio de la intangibilidad de los hechos probados y que resolver un cuestionamiento como el que pretendían los recurrentes hubiese sido dar cabida a un recurso de casación por violación indirecta a la ley sustantiva[13].

La CIDH hace un amplio análisis de la regulación legal de la casación costarricense (arts. 443 a 451)[14] y concluye que el derecho a recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal,

> "...en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona."[15]

Es evidente que la CIDH refuerza la idea de que el derecho a recurrir el fallo es en sí mismo una garantía derivada del debido proceso y que debe regir antes de que la sentencia adquiera valor de cosa juzgada. Así entendido el fallo se decanta por seguir comprendiendo la acción de análisis del fallo que se realiza en casación, que deja firme el fallo una vez se ha emitido la sentencia estimativa o que rechaza los motivos planteados por el impugnante[16].

13 Demanda presentada ante la CIDH por las víctimas el 31 de marzo de 2003, en especial numerales 159 a 181.

14 Sentencia Mauricio Herrera vs. Costa Rica, numerales 149 a 154.

15 Ibid., numeral 158.

3. La sentencia "Mauricio Herrera vs. Costa Rica" y la apertura del recurso a favor del imputado.

Tal y como se ha sostenido en el acápite precedente, la sentencia "Mauricio Herrera vs. Costa Rica" llega en el año 2004, cuando muchas de las aparentes incompatibilidades del sistema legal de impugnación de Costa Rica habían venido siendo superadas tanto por la jurisprudencia judicial como también la constitucional. Incluso los aires del movimiento de "apertura" ya soplaban fuertes en esa fecha, aun cuando podría coincidirse que la Ley de Apertura de la Casación[17] aun requería más tiempo y el propio impulso del fallo de la CIDH para que tuviera existencia.

Aun cuando el fallo citado de la CIDH se refería a un supuesto de hecho diverso al tema del recurso de casación, pues tenía que ver con una posible afrenta al derecho de libertad de expresión y la condenatoria en contra de un periodista que había proveído información sobre un caso de relevancia pública, su repercusión más importante lo fue en la temática del derecho a la impugnación del fallo condenatorio.

Esta sentencia de la CIDH ha tenido repercusión importante en la doctrina nacional y extranjera[18], sobre todo en los países

16 Lo expuesto es interesante, toda vez que la casación no fue concebida originalmente, en sus fuentes del derecho francés como una defensa de intereses de partes sino como una defensa *del ius constitutionis*, esto es se pretendía proteger al Poder Legislativo del Judicial, impidiendo que las sentencias derogaran el texto expreso de la ley. Así, Fernando De la Rúa, *La Casación Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 13 y ss. Así las cosas, la casación que proviene del fallo Mauricio Herrera vs. Costa Rica tiene que ver más con las pretensiones de la parte acusada, con el objetivo de buscar reparación a las afrentas sufridas en sus derechos fundamentales con la sentencia condenatoria de instancia. Se trata de una justicia para el caso concreto que provee el Tribunal de Casación.

17 Ley de Apertura de la Casación Penal, Ley No. 8503 del 18 de abril de 2006.

18 Con detalle sobre dicha influencia, Llobet, Garantías III, op. cit., pp. 230 y 231.

que siguieron el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica de 1988 que preveía únicamente el recurso de casación contra la sentencia y no el de apelación[19]. Esta repercusión no es casual, ya que casi a modo de un efecto dominó, el fallo de la CIDH debería de preocupar a todos los países que aun tienen una casación formalista cerrada, y son los que eventualmente tendrían que revisar sus legislaciones con el fin de compatibilizarlas con la interpretación de la CIDH.

La Corte habla, asimismo, de que la garantía de recurrir el fallo condenatorio no se satisface, únicamente, previendo la existencia de un órgano superior en grado para conocer de la impugnación, sino que este debe tener previsiones jurisdiccionales que lo legitimen a conocer el caso concreto[20].

Más adelante fortalece la idea de que el recurso del que se habla en la sentencia de la CIDH es más bien un recurso ordinario que controle eventuales decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho mediante un examen integral de la decisión recurrida[21].

En el Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez dentro de la sentencia Herrera vs. Costa Rica, se lanzan algunas interrogantes adicionales que provienen de la tesis central sostenida por la CIDH.

El Juez García Ramírez explora con detalle el derecho a la doble instancia, distinguiendo en primer lugar el papel del recurso extraordinario de revisión, que, por su naturaleza, es especial frente al de casación y apelación.

La perspectiva del voto razonado parte de la idea de que el recurso ordinario previsto para el análisis de la sentencia condenatoria debe estar preordenado a proteger los derechos humanos del individuo; por ello, el tribunal superior debería poder entrar al fondo de la controversia, examinar los hechos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas y la valoración de estas, el derecho invocado y su aplicación, las reglas de determinación y fijación de las penas, el bien jurídico penalmente tutelado, la culpabilidad del agente y el concurso de atenuantes y agravantes. Tantos temas, según lo propuesto por el Juez

19 Llobet, Garantías III, op. cit., p. 231.
20 Mauricio Herrera vs. Costa Rica, numeral 159.
21 Ibid., numerales 161 y 164.

García Ramírez, solo pueden ser atendidos mediante un recurso de amplio espectro, que permite un "sistema de suplencia" de los agravios a cargo del tribunal de alzada, que pueda, en tal situación, sortear las deficiencias y errores de una defensa deficiente[22].

Desde nuestro punto de vista, el Juez García Ramírez, no estaba proponiendo convertir la casación en una "apelación sui generis", al respecto comenta:

> "35. Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente sólo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocromático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia".

Con Llobet[23] podemos concordar que la CIDH realmente no está obligando a Costa Rica a que introduzca el recurso de apelación, o a que transforme el recurso de casación en una apelación. La temática tiene interés, pues como lo explica nuestro tratadista, si en el caso de Mauricio Herrera se entiende que su gestión ante la CIDH fue declarada con lugar por no haber contado con un recurso de apelación, podría entenderse que todo ciudadano que no hubiera contado con un recurso de apelación también podría haber sido afrentado, y en tal caso podría plantear, en su caso un

22 Cfr. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, numerales 28 a 32.
23 Llobet, Garantías III, op. cit., pp. 261 y ss.

procedimiento de revisión de la sentencia[24]. Y esto con efectos retroactivos a la puesta en vigencia de la CADH[25].

El pronóstico que podría hacerse de una interpretación tan ominosa como la anterior sería que el sistema penal tendría que considerar que todas las personas condenadas adquirirían el status de presos preventivos, que tendrían derecho a una apelación de su sentencia, y que tendrían derecho a la renovación de su juicio, con todas las desventajas de reabrir un procedimiento cerrado ya hace largo tiempo, en términos de la prueba testimonial, principalmente, que podría ya no estar disponible en la forma que lo estuvo al momento del juicio.

4. El papel de los medios de impugnación en el proceso penal acusatorio

El proceso penal acusatorio es una respuesta a los indudables excesos y limitaciones del inquisitivo, que regentó las formas procesales por muchos años. Esa época estuvo marcada por un quehacer judicial más cercano a la expiación de los pecados que a una forma de juzgamiento conforme al respeto de la dignidad humana.

El repotenciamiento de los derechos humanos en la justicia penal, y la búsqueda de un proceso penal que los realizara en todas y cada una de las etapas del proceso penal, fue la condición necesaria para que se produjera el cambio esperado.

Hubo necesidad de cambiar las viejas tradiciones y las instituciones procesales que realizaban el inquisitivo, entre ellos el sitial inconmovible del juez omnímodo que podía decidir el destino de una investigación y de la condena de una persona, según su particular percepción de la justicia. Esto se provocó, especialmente, con la separación de las actividades de investigar y juzgar, y concediendo un papel relevante al Ministerio Público. Este último asumiría el monopolio de la acción penal pública, pero esta última orientada a la oportunidad reglada.

El énfasis en la oportunidad reglada y el apertrechamiento procesal del Ministerio Público fueron dos bastiones que permitieron hacer la cirugía mayor que requirió el proceso penal. Pero aun era necesario lograr un cambio importante en los roles de los intervinientes, aumentar, mejorar y profundizar el papel de la víctima en el proceso penal, y aumentar el papel del derecho de defensa del justiciable.

Aun cuando hay voces que se alzan críticas sobre la dificultad de entender que este derecho de defensa y su verdadero alcance en el proceso acusatorio, resulta indudable que este resulta mejorado y ampliado en muchos aspectos, sobre todo desde el punto de vista de los medios de impugnación como se analizará más adelante.

El proceso predominantemente adversarial que asumió Costa Rica, con un énfasis en la oralidad, ratificó que la tendencia era imparable: un proceso de partes, con un juez limitado en sus funciones de intervención y con un desplazamiento y eliminación de sus funciones investigativas, fueron los grandes bastiones de esa reforma procesal de 1996.

Cierto es que la reforma de 1996 solo debía continuar los avances vistos en 1975 con la reforma procesal vivida, que siguiendo las enseñanzas del Maestro Vélez Mariconde y el Código de Córdoba, daba las bases para un procedimiento mixto moderno que regiría el quehacer procesal de Costa Rica por más de treinta años.

La reforma de 1996, orientada principalmente en los trabajos del Código Procesal Penal Modelo para América Latina, le daría un golpe de timón a los muchos desaciertos que se mantenían con una legislación que requería una profunda modernización, sobre todo de cara a la materia de atención a los derechos de la víctima y al desarrollo de un uso más intensivo de la oralidad.

El juez de la oralidad, muy diferente al de la inquisición, abierto y disponible a la publicidad, comunicativo y atento a las necesidades del proceso, era un reto para los roles judiciales vigentes hasta la década de los noventa en Costa Rica. De hecho podemos decir que fue este uno de los grandes temas que han acompañado la reforma judicial costarricense, y donde todavía trabajamos con ahínco.

Sin embargo, es la falibilidad del juez, el error humano en la valoración de la prueba, en la decisión de los asuntos y en el análisis de consecuencias de los actos procesales, lo que ratifica la necesidad de un adecuado modelo de impugnaciones, con

24 Ibid.

25 Con más referencias a los criterios de la doctrina costarricense, cfr. Llobet, Garantías III, op. cit., pp. 261-263.

el fin de controlar el error judicial, corregir las decisiones incorrectas y proveer a una justicia consecuente con las formas y los contenidos del respeto a los derechos fundamentales[26].

Siempre es posible que un juez valore mal el testimonio de un testigo, no analice prueba ofrecida por la defensa o el Ministerio Fiscal o desarrolle una hipótesis de solución del caso basado en premisas lógicamente insostenibles. También es posible que el juez aplique mal el derecho sustantivo, niegue la aplicación de alguna figura de la Parte General que podría eliminar la tipicidad o la antijuridicidad de un hecho o bien podría imponer una pena más gravosa que la que exige el legislador a través del programa de criminalización primaria contenido en la ley represiva.

Es por ello que la posibilidad de revisar estas decisiones, de cuestionarlas y de exigir un nuevo análisis sobre los temas procesales y de fondo, es una garantía más del justiciable y del resto de intervinientes en el proceso penal. Para ello se ha previsto un conjunto de reglas que abren la apelación, por ejemplo, para aquellos casos donde puede haber gravamen irreparable si no se resuelve la afectación de derechos humanos de una decisión judicial, o la casación para una revisión integral de la

26 Un problema presente en todos los modelos procesales. Cfr. Víctor Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, Primera Edición, pp. 481-484. Esta es también la naturaleza de la "Berufung" en el sistema procesal penal alemán, al respecto cfr. Diethelm Klesczewski, *Strafprozessrecht*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns Verlag GmbH, 2007, en especial en el número de margen 571. La aceptación de la "Berufung" no estuvo, sin embargo, libre de controversia. Los representantes gubernamentales durante las discusiones legislativas en 1877 no dejaron de apuntar que la cuestión sobre los hechos no permite ser reabierta así como que un nuevo procedimiento de la causa estaría afectado por el tiempo y la eventual influencia de los testigos por lo ocurrido durante el primer debate de la causa, lo que podría provocar una situación de deterioro del acervo probatorio. Esta última circunstancia es a la que se dirige con gran probabilidad el Nuevo sistema de apelación que ha sido asumido por Costa Rica y que entrará en vigencia recién en diciembre de 2011. Sobre la naturaleza de la "Berufung" también Bernd Weiland, *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens*, München, C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, 1996, Segunda Edición, p. 203; Friedrich-Christian Schroeder, *Strafprozessrecht*, München, C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, 1993, números de margen 293 a 295.

causa para examinar eventuales lesiones al derecho de defensa y al debido proceso[27].

En la importancia de los medios de impugnación reside, casualmente, la gravedad del problema que quiero tratar en este trabajo, no sólo porque la existencia de esta etapa es la que permite un amplio y eficiente control de las formas del proceso y de los principios que lo inspiran, como también puede residir una de las más graves carencias del proceso acusatorio moderno: cuando los medios de impugnación pierden su sentido de control y garantía para convertirse en una mera etapa sin sentido esperando una justicia de casación tardía e innecesaria.

5. Apelación y Casación como recursos del justiciable.

La usual distinción entre apelación y casación suele hacerse radicar en la amplitud de la impugnación misma y en las facultades del tribunal superior sobre la sentencia emanada del tribunal de primera instancia. La apelación es así un "juicio sobre el hecho", que permite nueva valoración de la prueba, mientras que la casación es un "juicio sobre el juicio" que viene a ser un examen argumentativo del fallo, es decir, un examen de los razonamientos[28].

27 "ARTÍCULO 452.- Resoluciones apelables. Además de lo dispuesto en el procedimiento contravencional y en la ejecución penal, el recurso de apelación procederá solamente contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que sean declaradas apelables, causen gravamen irreparable, pongan fin a la acción o imposibiliten que esta continúe".

28 Una cuestión que no está libre de controversias. Al respecto del modelo de la "Berufung" alemana se pronuncia por ejemplo Kramer, quien indica que una nueva revisión de la cuestión decidida en primera instancia no significa una mejor decisión sobre los hechos, en especial por los ya apuntados problemas de replantear la cuestión a partir de un cierto transcurso del tiempo y la afectación de la situación probatoria por lo vivido a través de la discusión en la primera instancia. Mantenerla como instituto procesal es, sin embargo, una cuestión esencial por las eventuales afectaciones a la forma de trabajo de los Amtsgerichte (tribunales locales) y porque eventualmente podría conducir a más retrasos procesales.Bernhard Kramer, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht. Ermittlung und Verfahren*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2009, 7. Auflage, número de margen 336. Esta cuestión,

Así las cosas, la apelación implica ubicar al tribunal que revisa en la misma condición del tribunal de instancia, pero limitado eso sí a los puntos de la impugnación[29].

En el caso de los sistemas escritos, el tribunal de apelación no tendría mayor problema al conocer los agravios, ya que las actas escritas de las deliberaciones serían el objeto principal de su análisis. En un sistema de oralidad, como el que ahora impera en Costa Rica, implicaría retornar a valorar las actuaciones conservadas en audio y video, y reproducir en dicha instancia el juicio que se dio ante el *a quo*. Las reservas planteadas por los accionantes en el caso Mauricio Herrera vs. Costa Rica, al indicar que solo en materia penal no hay una apelación prevista legalmente, no pueden ser asumidas como un elemento para declarar con lugar sus razones, pues los ejemplos que reproducen en materia civil y contencioso-administrativa (para la fecha de la sentencia) procedían de sistemas procesales eminentemente escritos. La materia penal ya para el año 2006 era predominantemente acusatoria y con muchas audiencias orales. Desde ahí reservar únicamente el recurso de casación para el juicio penal tenía una lógica procesal ineludible, derivada de la preservación de la inmediación generada en el juicio y porque es la obligación de los jueces de casación volver a las actuaciones orales que se produjeron en la especie para estimar y valorar los agravios deducidos por las partes.

Como bien lo explica Llobet, existiría también la posibilidad de pensar un recurso de apelación que es, en esencia, un nuevo juicio oral de la causa, donde pueda recibirse de nuevo prueba, tal y como sucede en Alemania[30]. Orientar la propuesta en este sentido, podría permitir recibir en la sede de apelación toda la prueba que había sido evacuada en el juicio oral y público previo, es decir, una "segunda primera instancia" como la calificó

habría que analizarla diferente en el modelo asumido para la revisión costarricense, en virtud de que los "retrasos procesales" podrían provenir precisamente de la estructuración de una segunda instancia que es, perfectamente, un nuevo juicio de la causa, con todos los efectos procesales agregados como lo serían retrasos por agendas llenas de los tribunales, prolongación de los plazos de prisión preventiva y dificultades para lograr la participación de testigos y víctimas en una nueva audiencia del juicio de apelación.

29 Llobet, Garantías III, op. cit., p. 265.

30 Ibid., p. 267.

en su momento la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988.

Una tercera opción podría ser un recurso que permita recibir prueba sobre el hecho, sobre todo cuando se aleguen nuevos hechos o elementos de prueba que puedan controvertir los hechos discutidos en el juicio de instancia. Según Llobet, se trataría aquí de un recurso de apelación limitado o de una "casación ampliada", ya que

> "...a pesar de que se introducen aspectos de la apelación, la función fiscalizadora sigue teniendo un carácter esencial y la renovadora uno excepcional."[31]

Una cuarta posibilidad, también descrita por Llobet, consiste en derivar el análisis a las constancias audiovisuales del primer juicio, donde el tribunal de apelación fiscalice lo sucedido, pero que también puede renovar lo discutido mediante una nueva valoración de la prueba. Con ello hay ahorros procesales innegables: no hay que realizar otro juicio de la causa[32].

Esta "sentencia integradora compleja" como la llama Daniel Pastor, pretende una renovación parcial de la discusión limitada a los puntos impugnados por el justiciable. No obstante, es posible que este último pretenda una revisión integral de toda la sentencia de primera instancia, con lo que podría tornarse en una nueva "primera instancia" pero ahora en apelación[33]. En cierta forma, como lo afirma Ureña, esta "nueva imagen de la casación" propuesta por Pastor ya ha sido alcanzada en Costa Rica con la Ley de Apertura de la Casación", en la potestad de los jueces de casación de decidir qué elementos del primer juicio pueden repetirse y cuáles no, evitando con ello la crítica de Binding[34].

La casación, por su parte, ya no puede caracterizarse de la manera limitada que se hacía en sus antecedentes históricos franceses. La doctrina ha insistido en que para que pueda entenderse abierta y amplificada en su análisis, e implicar un ejercicio realista de garantía, debe preverse que no esté constreñida al

31 Llobet, Garantías III, op. cit., p. 268.

32 Ibid., p. 269.

33 Cfr. Daniel Pastor, *La Nueva Imagen de la Casación Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, pp. 146 y ss.

34 Ureña, op. cit., p. 135.

análisis de ciertos errores o a buscar que se cumplan ciertos requisitos formales[35]. Como lo sostiene Maier, no se trata de derogar el recurso de casación e instaurar una apelación incompatible con el sistema oral, sino que se trata de rediseñarlo para que pueda cumplir con la misión que le ha encomendado el sistema interamericano de derechos humanos[36].

La doctrina ha empezado a observarlo como un remedio ordinario y como un recurso extraordinario como solía entendérsele[37]. Es de esta forma que se le compatibiliza con la expresión de motivos del fallo Mauricio Herrera vs. Costa Rica, que buscaba un recurso ordinario, amplio, que garantice una revisión integral de la sentencia condenatoria.

Quizá el problema más importante que debe discutirse es si la "nueva imagen de la casación" ha sucumbido a su heredada naturaleza de "fiscalizadora" o adquiere ahora una tarea de renovación. Esto último es importante, ya que si se observa el trabajo de los tribunales de casación que operan en países donde su regulación permite trabajar de manera no formalista, puede hacer un control de las cuestiones sobre los hechos y sobre la

35 Este es quizá uno de los grandes errores de la conversión de la casación costarricense en apelación, tal y como se ha alcanzado recientemente mediante una reforma legal. Se ha pretendido ampliar la apelación pero restringir la casación, haciéndola incluso servidora de la nomofilaquia introduciendo un motivo de casación por jurisprudencia contradictoria entre los tribunales de apelación. La justicia penal hubiera estado mejor servida si se hubiera mantenido el recurso de casación en manos de los Tribunales de Casación regionales, en la totalidad de las materias penales sujetas a este recurso, y permitir la última palabra, con un recurso de revisión limitado y con un análisis de admisibilidad estricto en manos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Podría haberse pensado, si deseaban establecer algún estándar de análisis de jurisprudencia contradictoria, dejar un motivo de revisión por esta razón y de esa manera habrían conservado la Sala un papel de orientación y análisis dogmático de la interpretación de la ley penal. Con el sistema ahora previsto en la ley, y que entrará en vigencia en diciembre del 2011, la Sala tendrá, tarde o temprano, que enfrentar cuestionamientos sobre la rigidez o formalismo del recurso de casación, lo que la obligará a abrir su admisibilidad y con ello a caer nuevamente en la situación de mora judicial que ahora enfrenta.

36 Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, Segunda Edición, 1999, p. 721.

37 Cfr. Chiara Díaz/Obligado, op. cit., p. 27.

prueba desde la óptica de la argumentación del fallo de instancia. De tal manera que una ampliación o "apertura" debería de recaer, principalmente en un análisis amplio de las cuestiones de hecho y de la prueba.

Como la CIDH no dejó claro de cuál recurso hablaba, ya que dejo un "margen de apreciación" a cada Estado[38], existe posibilidad de construir un modelo posible de recurso que llene las expectativas de la CIDH. Sin olvidar que el Juez García Ramírez, en su voto razonado, hizo alusión varias veces al recurso de apelación como aquél que había sido preferido por él. Como lo menciona Llobet, al acudir al Caso Castillo Petruzzi y otros[39] en donde el Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, a su vez en un voto razonado, indicó que no son solo las razones expuestas por la CIDH las que llevan a considerar lesiva la situación planteada (en relación a un tribunal militar), sino porque el recurso no prevelía una suficiente extensión:

> "...En el presente caso están reunidos diversos elementos que le permiten a la Corte concluir que no se respetó el derecho de las víctimas a una segunda instancia, pero no porque los organismos encargados de actuar en tal instancia pertenecieran a la justicia militar, sino porque no se desempeñaron como tribunales que reexaminaran la totalidad de los hechos de la causa, ponderaran el valor del acervo probatorio, recaudaran las pruebas adicionales que fueran menester, produjeran, de nuevo, una calificación jurídica de los hechos en cuestión a la luz de las normas penales internas y fundamentaran argumentativamente esa calificación. Sólo por este último orden de razones y aunque no comparta las consideraciones que la condujeron al correspondiente resultado me uno a la conclusión adoptada por la Corte al declarar que el Estado violó el artículo 8.2 h) de la Convención Americana"[40].

38 Mauricio Herrera vs. Costa Rica, numeral 161.

39 Numero 33 del Voto Concurrente Razonado del Juez García Ramírez.

40 CIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, Voto Razonado del Juez Carlo Vicente Roux Rengifo, número 33.

Lo cierto es que la CIDH no califica, en ningún momento de su fallo, que el recurso que llena las expectativas de la CADH sea el recurso de apelación, y que abarcara una renovación del juicio. Hay un margen de apreciación, que conforme a las reglas establecidas por el Tribunal Europeo de derecho Humanos en opinión de Rainer Grote[41] implica un margen dentro del cual los Estados pueden adoptar las medidas más adecuadas para cumplir con sus obligaciones. Dicho margen tiene como adresantes el legislador, los órganos ejecutivos y judiciales. Debe tenerse especial cuidado en atender a los fines, y en la comprensión de las fuerzas vivas del país que debe decidir, ámbito en el cual el juez internacional tiene poca información como para proveer desde su fallo a lo que mejor se acomoda a dicha condición y al contenido preciso de sus exigencias. El otro aspecto que debe tenerse en cuenta es el de la intensidad de la injerencia estatal en el derecho fundamental, ya que a mayor intensidad de injerencia mejores razones y análisis deben ser esgrimidos para legitimar la intervención estatal en dicho derecho fundamental.

Así las cosas, no podemos desprender del fallo Mauricio Herrera vs. Costa Rica que la CIDH haya buscado garantizar un recurso de apelación para el justiciable, con función renovadora, y es plenamente compatible con dicho fallo una casación ampliada que además de fiscalizadora pueda renovar allí donde sea posible conforme al principio de inmediación y conforme a los agravios planteados por las partes.

Como lo expone con razón Llobet, la CIDH no analiza porque no es suficiente el control del cuadro fáctico que se hace en casación o la discusión que sobre la prueba se ha venido haciendo en esta sede, a partir de los agravios por falta de fundamentación, violación a las reglas de la sana crítica o por inaplicación del principio de *in dubio pro reo*[42].

En realidad, la situación jurisprudencial de Costa Rica es mucho más avanzada que la que pudo analizar la CIDH y la que proveyeron los peritajes que fueron introducidos al fallo, y es

41 Rainer Grote, "Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, pp. 106-107, citado por Llobet, Garantías III, op. cit., pp. 276-277.

42 Llobet, Garantías III, op. cit., p. 280.

muy probable que de haber sido aquilatados los avances realizados en materia de discusión de la prueba y de los hechos en casación se habría concluido que es esta figura la que mejor contempla los derechos del justiciable a la revisión del fallo, sin obligar a repeticiones innecesarias del juicio, a la prolongación de una incerteza de su situación jurídica, y, en algún caso, a una prolongación de su privación de libertad preventiva[43].

Quizá lo más importante es la forma en que se procede al examen de las cuestiones debatidas en casación por parte del quejoso. Es decir, que es más trascendente la forma en que se realiza el estudio de los agravios sin necesidad de reproducir de nuevo el juicio oral, y con ello los costes enormes en términos de gastos y de justicia material en el caso concreto. Una buena actitud del juez de casación puede ser más garantizadora de los derechos fundamentales del justiciable que introducir una instancia más en el proceso, cuyo fin y objetivos son meramente formales, ya que, al final, todos los casos se buscará que lleguen hasta casación, no sólo por razones lógicas y de costos profesionales de los litigantes, sino porque los afectados buscarán agotar todas las etapas previstas en la legislación a su favor[44].

43 Como será dable esperar con la actual regulación de la "apelación" introducida con la reforma de la impugnación penal en Costa Rica de 2010, la que además de estos riesgos, acarrea una prolongación insoportable del proceso penal que podría afrentar el principio de justica pronta y cumplida y a un proceso penal sin dilaciones indebida, caros principios constitucionales que debieron de anteponerse a la decisión apresurada de este cambio legislativo.

44 Cfr. Llobet, Garantías III, op. cit., pp. 293-294.También debe recordarse que no se ha explicado, suficientemente, porqué debe haber un nuevo juicio de la causa cuando ya un tribunal de primera instancia ha emitido su criterio. O se considera que el juez de la primera instancia es poco confiable o se cree que un tribunal de rango superior tendrá mejor criterio y solidez para llegar a una decisión de justicia en el caso concreto. Si esta última fuera la razón para justificar el modelo de doble instancia, bastaría con aumentar el número de jueces de la primera instancia o encargarle esa materia a jueces de superior jerarquía en el orden del Poder Judicial, con el fin de evitar los retrasos, recargas y afectaciones a los derechos del justiciable que el sistema implica. La garantía de revisión del fallo y la realización de los derechos fundamentales no brota naturalmente de que un tribunal superior conozca la causa. A los efectos del nuevo juicio, y esto en términos del convencimiento sobre los hechos, es tan idóneo el criterio de un juez

6. El interés en el cambio de la apelación en el proceso penal costarricense

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) denominada "Mauricio Herrera contra Costa Rica" del año 2004 ha señalado el punto de inflexión de un proceso intenso de pensamiento sobre el papel de la casación en el proceso penal moderno.

Principalmente el tema de la revisión integral de la sentencia, pero por sobre todas las cosas la práctica de una casación cerrada y normativista, eran los fantasmas que según la CIDH había que exorcizar del proceso penal costarricense, precisamente en una época donde la casación estaba viviendo uno de sus mejores momentos, y donde se habían dado pasos agigantados hacia una garantía de revisión integral de la causa[45].

Desde la sentencia, la posición de importantes juristas costarricenses iba en la dirección de que era necesario un cambio del sistema de casación costarricense con el fin de garantizar esa libertad de acceso a la justicia y para lograr una revisión amplia de la causa, tanto de la prueba como de los hechos, y, por supuesto, de la aplicación del derecho sustantivo. Sin embargo, la cuestión central era cómo iba a ser logrado esto. No en vano alcanzar lo que ya se tiene tiende a ser algo complicado.

Para el momento de la sentencia de la CIDH que condenó a Costa Rica, ya lo hemos afirmado, principalmente, por tener una casación que en realidad cumplía con todos los elementos que esta sentencia echaba de menos, se sugirió que era necesario

novato como el de un juez de un tribunal superior. Cfr. Mercedes, Pérez Manzano, "El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión su condena". En: Derecho *y Justicia Penal del Siglo XXI. Libro homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Editorial Colex, 2006, pp. 1122-1123

45 El fallo de la CIDH de 2004 realmente pretendía obligar a Costa Rica a contar con un recurso "...ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir..." (Nº 161). Para la fecha de este fallo ya Costa Rica tenía una sede de casación que garantizaba esto, tal y como lo hemos analizado en los acápites anteriores.

ampliar los alcances de esa sede y aumentar las competencias del Tribunal de Casación que si bien existía desde el Código de Procedimientos Penales y fue recogido en el Código Procesal Penal de 1996, vio nacer su competencia recién en la década de los años noventa[46].

Para este momento, el Tribunal de Casación (que luego se convirtió en varios Tribunales regionales, con más de 20 jueces en todo el país) ya empezaba a desmarcarse de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación, y a producir una fértil interpretación de las instituciones procesales. Su trabajo ha sido reconocido en ámbitos profesionales y académicos, y su jurisprudencia calificada como de enorme calidad. Sin duda que el impacto de sus decisiones han dado confianza de que los criterios normativistas y rígidos que imperaron en la vieja casación costarricense estaban superados, y se le había dado la bienvenida a una época provechosa de discusión de los derechos de defensa y debido proceso.

La apelación, como tal, seguía teniendo sus limitaciones al gravamen irreparable y a unas pocas regulaciones procesales donde se permitía directamente la apelación. Esto es, estaba limitada desde su concepción, pero no por lograr un proceso de doble instancia, sino para reducir su impacto en la duración del proceso. Sería entonces la casación que ya venía desarrollándose desde el Código de Procedimientos Penales de 1975, intensificada con la existencia del Tribunal de Casación, la que le daría realización al principio de doble instancia, garantizando un adecuado control de las garantías procesales y sustantivas.

Fue quizás por la separación de las funciones entre el oficio del Tribunal y de la Sala de Casación que fue más notoria la diferencia en el tratamiento de los problemas y el análisis jurídico de la legislación procesal. La Sala de Casación Penal perdió el sitial de honor, único y definitivo, que permitía dar criterios orientadores sobre la interpretación legal y el análisis de la inter-

46 Como consecuencia de las discusiones provocadas por el fallo de la CIHD, Costa Rica aprobó la denominada ley de "Apertura de casación penal" Nº 8503 (La Gaceta Nº 108, 06-06-2006). Esta ley eliminó otras formalidades que aun tenía el recurso de casación en la ley procesal, se permitió la recepción de prueba en esta sede, todo con el objetivo de garantizar un examen amplio de la sentencia.

pretación de la argumentación judicial, y empezó a compartirlo con jueces que sin duda le dieron un cambio trascendental a las formas de hacer dicha casación.

Muchos son los cambios en que se notó dicha nueva dirección. Primero vendría la interpretación del papel del derecho de defensa, y del ejercicio de las facultades probatorias en manos de la policía judicial y del Ministerio Público, para dar también paso después al desarrollo de una fértil jurisprudencia sobre el análisis lógico de la sana crítica, para proceder después a hacer un cambio importante en la jurisprudencia sobre derecho sustantivo, especialmente en materia del análisis de la fijación de la pena. Junto a ello se produjeron cambios intensos en materia del análisis del concurso de delitos, y luego sobre el análisis de la tipicidad de ciertos hechos de relevancia como lo eran los delitos sexuales y de drogas. Estos últimos a raíz de los cambios legislativos de este siglo XXI que trasladaron estas competencias a los ya extendidos Tribunales de Casación de San José, Cartago, San Ramón y Santa Cruz en Guanacaste.

Con lo dicho es posible observar que en Costa Rica no había realmente una "crisis de la apelación" o del principio de doble instancia, realmente había un problema de la casación, que en una especie de monstruo de dos cabezas empezaba a decidir cambios jurisprudenciales basados en líneas ideológicas e interpretativas muy diversas.

Por un lado, el traslado de un importante porcentaje de los asuntos de casación a los Tribunales de esta materia, provocó una ampliación mensurable de su capacidad de decisión, ahora en materias con gran impacto social como es la criminalidad de drogas y en delitos sexuales. Por otra parte, la creación de varios Tribunales, y del nombramiento ya de tres secciones del Tribunal de Casación de San José, aumentaban el espectro de resoluciones a todo el país. Porcentualmente y en tema de calidad de las decisiones, la mesa estaba servida para una comparación de los servicios de justicia. Esto último en términos de agilidad en el trámite y en rapidez en la resolución de complejos asuntos jurídicos.

La casación originalmente atendida por el Tribunal de San José, que era el único en el país, reducida a pequeña criminalidad y a otros asuntos de menos complejidad, terminó por ampliar su influencia por la propia decisión del legislador. No

hay duda de que había también deseos de reducir el alto nivel de circulante de la Sala, y también trasladar competencias que generaban entrabamiento por su alta incidencia, de otra parte también había que agilizar el trámite de muchas causas. La duración de los procesos penales estaba agregando varios años al tiempo "normal" producto de la espera en casación y a esto había que darle una pronta respuesta.

En términos generales, el estado de la casación realmente debía ser medido no por medio de los costos directos de la justicia para dividir e intensificar esta sede de dos cabezas, sino en los costos de justicia que tiene para los intervinientes, así como en la mejora de los plazos de duración del proceso.

No es posible que no se pueda tomar en cuenta, por ejemplo, el tiempo de espera a un fallo definitivo, cuando este plazo cobija la prisión preventiva del justiciable, o, por ejemplo, la calidad de los fallos en cuanto a su vinculación constitucional y legal. Pero tal parece que otros son los parámetros para medir la calidad de la justicia de casación.

Un proceso acusatorio basado en la oralidad como contraposición a la escritura y donde hay un abandono de la prueba tasada o valorada a partir de la íntima convicción del juez, tenía que tener, en contraposición, una apelación y una casación que permitieran atacar actos jurisdiccionales que pudieran provocar aplicaciones injustas del derecho, que coarten el derecho de defensa o que se opongan a los principios democráticos que inspiran el proceso penal. Para ello vienen en auxilio del juez las modernas tecnologías de la grabación de las audiencias, que permiten rescatar todo lo acontecido, y ofrecen hoy un mayor involucramiento del tribunal de casación en el examen de aquello que fue visto y entendido por el tribunal de mérito. Aun con sus falencias, la tecnología disponible en el Poder Judicial de Costa Rica ha facilitado que la justicia de casación utilice este medio para imponerse de aquello que con inmediación fue analizado por el juez de juicio y contraponer los criterios del impugnante con lo que de hecho ocurrió en el debate. La sola existencia de esto ha definido la calidad de la justicia de casación, sino que ha incidido también en la apelación: las audiencias se realizan con oralidad y quedan conservadas en registros audiovisuales (DVD) que abren la puerta a su crítica posterior. Esto ha provocado cambios en la casación misma, ya que se pueden discutir,

ampliamente, no sólo las razones de la sentencia y el protocolo del expediente, sino también las incidencias del juicio[47].

Independientemente de los cuestionamientos que pueden hacerse a una sentencia puramente oral en el proceso penal costarricense, debido a la carencia de un fundamento legal para la misma y por la forma de su dictado, así como también por sus consecuencias para el imputado que carece de medios para su estudio en prisión, podemos decir que el reino de la oralidad está entre nosotros y ha traído cambios impresionantes para la casación que habrá que estudiar más profundamente en alguna otra oportunidad.

7. La Sentencia Mauricio Herrera y la Casación Costarricense

En el debate costarricense ha ocupado un papel preponderante la opinión de que la CIDH había ordenado a Costa Rica modificar su legislación para introducir un "recurso de apelación", ya que sólo de esa manera podía garantizarse un amplio y profundo análisis de los hechos y de la prueba en el proceso penal[48]. Según esta opinión, que no es tampoco la de la mayoría de jueces de casación de San José, el recurso de casación no cumpliría esta función por más que sea amplio y se haya desformalizado.

En el fondo de esta discusión late, por supuesto, una muy curiosa óptica de los fines y funciones de la apelación. Como bien lo explica el Profesor Llobet, la apelación tiene una función "renovadora", ya que se puede volver a plantear la cuestión probatoria y el tribunal de apelación podría llegar a una decisión distinta a la del tribunal de origen.

La apelación sin duda implica sustituir al primer juez y su valoración sobre la prueba, ya que se puede recibir nueva prueba, la que a su vez será objeto de análisis por parte del Tribunal. En otras palabras, en sede de apelación se produce un nuevo juicio[49].

Desde este punto de vista es que se puede plantear un debate jurídico sobre los efectos pragmáticos de esta apelación en la forma de un nuevo juicio, no si se trata realmente de un medio de salvaguardar formas jurídicas lesionadas o el mismo derecho de defensa o el debido proceso. La cuestión más bien debería de plantearse en dos sentidos: uno, de si esta apelación realmente resuelve las inconsistencias de la casación y, dos, si ella producirá la deseada discusión jurisdiccional, en segunda instancia, de los hechos y la prueba. Estos dos aspectos apuntan a la verdadera problemática que se trata aquí: si una segunda instancia, que implica en términos generales un nuevo juicio, va a optimizar la averiguación de la verdad material. No debe de olvidarse que volver a plantear el problema jurídico en un nuevo juicio de la causa, podría verse afectado por la duración de las instancias, la fragilidad de la memoria humana o por la necesaria contaminación del acervo probatorio[50].

La apelación se enfrentará a un imputado en prisión, muy probablemente, y también a las dificultades propias de un proceso que ya ha sido decidido, bien o mal en una primera instancia. El acusado espera una nueva decisión de la apelación y, eventualmente, deberá prepararse para acudir a la casación para que se decida de nuevo su punto jurídico. Los chances de un reenvío se abren de nuevo ante él y la historia podría comenzar de nuevo, como la angustiosa epopeya de Sísifo, antiguo Rey de Éfira, que por negarse a volver al Hades, fue condenado a subir una pesada piedra por una cuesta empinada, que cada vez que alcanzaba la cima rodaba hacia abajo para obligar a Sísifo a intentar nuevamente subirla a la cúspide de la montaña desde el inicio.

47 Aun cuando hay que reconocer que la revisión de una sentencia oral conservada en DVD ha ampliado el tiempo de estudio de esa pieza y dicho tiempo también debe repartirse en el tiempo de estudio del recurrente y del fiscal, lo que puede también implicar mayor tiempo para la elaboración del recurso. Una temática que ofrece una infinidad de bemoles para su debate.

48 Crítico de esta opinión Javier Llobet Rodríguez, "El Recurso de Apelación y la Corte Interamericana", en: Periódico "La Nación", 30 de marzo de 2010, disponible en: http://www.nacion.com/2010-03-31/Opinion/PaginaQuince/Opinion2320484.aspx

49 Como bien lo señala Walter Antillón en su artículo "La Caja de Pandora", aún inédito, esta legislación intenta trocar los nombres como si las causales y las competencias de apelación pudieran ser otorgadas a los antiguos tribunales de casación, en una especie de intercambio de etiquetas, cuando las diferencias entre la casación y la apelación subsisten en la legislación y en la misma praxis jurídica.

50 Problemas también presentes en la discusión sobre la apelación en Alemania, cfr. Klesczewski, Strafprozessrecht, op. cit., número de margen 571.

Hay que recordar que el proceso penal está retando a un sujeto sobre el que ha recaído sentencia e intenta una revisión completa de su caso por medio de la apelación. En esta instancia se revisarán los hechos y la prueba, y se discutirá nuevamente la corrección del fallo, pero el acusado ya tiene probablemente una sentencia en contra, y deberá controvertir la prueba de la acusación sometida a los privilegios de instrumentos de investigación procesal en los que ha podido intervenir muy poco y mucho menos controvertirlos con éxito, como ocurre en los casos de criminalidad organizada o de flagrancia.

El acusado desafía entonces a una primera sentencia que puede tener su peso específico, que podría ser confirmada por el Tribunal de Apelación, lo que le deja únicamente la posibilidad de que la casación le sea favorable.

El artículo 467 reformado postula claramente que la casación penal procederá contra las sentencias de apelación. El criterio de admisibilidad de esta casación está señalado por el artículo 468, que indica que el recurrente podrá alegar la existencia de precedentes contradictorios planteados en el tema de interés por los diversos Tribunales de Apelación, o de los criterios de estos últimos con respecto a los precedentes de la Sala de Casación o cuando una sentencia inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal.

Estos dos artículos dan el sentido general que la casación costarricense parece estar construyendo con la reforma: una casación que es un filtro de calidad (¿comparativo?) con los tribunales de apelación, y que le da la última palabra a la Sala de Casación sobre las tendencias de la jurisprudencia, lo que hace renacer, como el Ave Fénix, la nomofilaquia como sentido final y único de la casación.

El artículo 468, en una última parte oculta una última arma: para determinar si un precepto legal ha sido inobservado o erróneamente aplicado y constituye un defecto de procedimiento, el recurrente deberá enfilar sus armas contra los actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que el recurrente haya reclamado ese vicio oportunamente y pedido la subsanación del defecto o hubiera hecho manifestación de recurrir en casación. Quedan a salvo los defectos absolutos ya regulados en el artículo 178 del Código Procesal Penal.

Este obscuro artículo señala ya el camino de un eventual cierre de la entrada de casación vía admisibilidad que probablemente devuelva al país a una situación donde podría ser atacada de nuevo ante la jurisdicción de derechos humanos internacional por volver a tener (¿nuevamente?) una casación cerrada y ¡formalista!

Habrá que esperar cuántos asuntos realmente llegarán a contar con éxito en casación y observar si el filtro de admisibilidad tornará el arte del casacionista en una filigrana de argumentos procesales para poder demostrar que un precepto ha sido inaplicado, inobservado o aplicado erróneamente.

Junto a ello habrá un juicio de reenvío que puede ser ordenado por la Sala de Casación al propio Tribunal de Apelación para que sea este quien dicte una nueva sentencia o al Tribunal de Juicio (primera instancia). Se hace la salvedad en el artículo 475 que el Tribunal del reenvío estará integrado por nuevos jueces. Lo mismo se dice del recurso de casación que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío del tribunal de apelación, que deberá ser conocido por la Sala de Casación, esta vez integrada por magistrados distintos a los que se pronunciaron en la primera ocasión. Se trata de una regla difícil de cumplir. Es imaginable una sucesión de idas y venidas del asunto que originalmente fue conocido en apelación y casado que podría encontrar que ya no hay un tribunal fresco o una sala renovada que pueda conocerlo, tal y como sucede hoy con las diligencias de revisión por violaciones al debido proceso y al derecho de defensa (artículo 498, inciso g) del Código Procesal Penal).

8. ¿Qué nos hará esperar este cambio en la legislación procesal?

Esta reforma, aun fresca, apenas nos permite atisbar algunos de sus efectos: prolongación del proceso, extensión práctica de la prisión preventiva, aumento de los costos de la litigación en materia penal, y un enfrentamiento decisivo en los papeles asumidos tradicionalmente por la Sala de Casación y los Tribunales de Casación, con la ventaja estratégica y legal que esta legislación concede a la Sala de la Corte Suprema de Justicia.

La reforma es, en sí misma, variopinta, comienza con una regulación de la oralidad, indicando que toda persona tendrá derecho a una decisión judicial definitiva en un plazo razonable y

agrega: "Para el logro de este objetivo, se preferirá la tramitación oral mediante audiencias en el proceso".

La anterior regulación de la reforma del artículo 4 del CPP está prevista para entronizar el proceso oral por audiencias, y quizá es una tímida forma de darle el contexto legal que aun no tiene la emisión de sentencias orales en el proceso penal. Este último será uno de los aspectos que más retrasarán no sólo la fase recursiva ante la sentencia de primera instancia, sino también en sede de apelación, cuando algún Tribunal de Casación asuma tal tipo de sentencia para dar por cerrada la fase de apelación y corresponda conocer del asunto en casación. Hay en la actualidad un pesado fardo de análisis y discusión de la sentencia oral que ha entrabado de manera innecesaria la fase de casación y es probable esperar que esto aumentará de manera exponencial conforme todas las audiencias y actos del proceso queden consignados en DVD. Puede ser posible imaginar la gran cantidad de tiempo y dinero que tendrán que costear los recurrentes para hacer una revisión integral de la causa para plantear la apelación y luego la casación. Iguales efectos de tiempo y dinero tendrán que preverse para la revisión y casación de la sentencia.

El artículo 33 de la interrupción de la prescripción fue igualmente reformado para hacer que el dictado de la sentencia de apelación interrumpa el plazo de la prescripción. Es esperable que el prolongado trámite de apelación y luego de casación produzca que muchas causas prescriban en estas sedes, y de ahí que la previsión del 33 no sea del todo acorde con las circunstancias.

El problema de prolongación de la prisión preventiva se avizora con el artículo 258, ya que se prevé que el Tribunal de apelación podrá prorrogar la prisión preventiva por seis meses más cuando disponga el reenvío, pero también la Sala Penal podría ampliar la prisión preventiva por seis meses más de los términos de ley ya autorizados. Lo que sucederá, y esto es previsible, es que la prisión preventiva se mantendrá también para los sucesivos reenvíos que pudieran generarse luego de que la sentencia (del reenvío) vuelva a ser recurrida. En esencia, todas las sentencias de apelación serán recurridas, haya razón o no para ello, lo que generará un flujo de casos incontenible a la Sala de Casación, la que tendrá que imponer un filtro férreo de

admisiblidad si no quiere terminar sometida por el peso de esa carga de asuntos, lo que propondrá, de nuevo, la circunstancia de una casación técnica y muy formalista.

Habrá de hacerse un análisis estadístico de la aplicación de la ley de apelación para observar si estas disfunciones aparecen y en qué medida, pero ya es esperable indudables efectos en los costos del litigio penal y en los eventuales preparativos del traslado de los asuntos en manos de la Sala de Casación a los Tribunales de Apelación regionales.

Siempre permanecerá la pregunta abierta si esta solución es la mejor frente a los problemas de la casación que fueron dictaminados por la CIDH y si la apelación ofrece alguna garantía adicional al justiciable que permita aquilatar como necesaria, idónea y oportuna esta reforma.

9. El doble conforme y el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria.

Plantea particulares complicaciones la definición del principio del doble conforme. Por una parte, se le usa como sinónimo para el principio de doble instancia[51] y, por otra parte, al derecho del justiciable que luego de dos sentencias absolutorias debe declararse inadmisible el recurso del ministerio público.

Se trata entonces de una encrucijada entre el principio de doble instancia y el derecho del justiciable a no tener un Ministerio Público que usa la causa como una especie de oportunidad para condenarle en dos juicios seguidos.

Requisito indispensable para aplicar el doble conforme es que las dos sentencias que sirven de base a la decisión hayan superado el test de razonabilidad, tanto la sentencia base como la conforme[52].

El tribunal que ha de revisar la sentencia origen y la conforme debe ser uno con capacidad suficiente para tratar todas las cuestiones y definir si los fallos superan el estándar de razonabilidad que han de cumplir las sentencias condenatorias. De tal manera que en estas circunstancias no existiría un derecho

51 Cfr. Daniel Fedel, *El Recurso de Casación. Doble Conforme y Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, Primera Edición, 2009, p. 27.
52 Ibid., p. 30.

garantizado al acusador para que se revise *ad infinitum*las absolutorias dictadas en contra de una persona. El Estado solo tendrá una única oportunidad de llevar a juicio penal al ciudadano y lograr su condena, y hasta allí llega el deber de tolerar el enjuiciamiento[53].

La doctrina ha propuesto, también, la posibilidad de interpretar la doble conformidad en conjunción con el modelo de casación clásico. Existiría, entonces, una cámara de apelaciones que intervendría en la instancia ordinaria de la revisión de las condenas o las absoluciones, quedando la casación para revisar las cuestiones de aplicación del derecho. Así, el tribunal de apelación vería de la absolución o condena del justiciable y a la casación le quedaría la discusión sobre la argumentación jurídica del fallo[54].

La práctica ha permitido observar que el recurso del fiscal en contra de la sentencia absolutoria persigue una nueva oportunidad de juicio donde una integración diversa le garantice al acusador alcanzar la condenatoria que no alcanzó en primera instancia.

La derogatoria del doble conforme en la reforma del sistema de impugnación en Costa Rica no lleva sino a la persecución a ultranza del justiciable, y a abrir un camino irrefrenable hacia la condena como objetivo final del proceso penal.

En opinión de Maier, tanto la CADH como el PIDCP modificaron directamente la historia de los medios de impugnación, ya no como una carta blanca para obtener una condena sino para garantizarle al justiciable una revisión integral de la sentencia que le condena[55].

53 Ibid. P. 182.

54 Cfr. Ezequiel Iribarren, "¿Es necesario ampliar la casación para asegurar el doble conforme?" en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 3, N° 3. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2003, p. 305.

55 Cfr. Julio Maier, "El Recurso contra la sentencia de condena: ¿Una garantía procesal?", en: *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, edición homenaje a Ricardo C. Núñez, Nueva Serie, 1995, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, citado por: Fernando Díaz Cantón, *La Motivación de la Sentencia Penal y otros Estudios*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Primera Edición, 2005, p. 160.

La orientación es fácilmente discernible hacia un recurso a favor del condenado y no a favor del acusador, disminuyendo la función de control prevista a favor del ministerio fiscal. En otras palabras, se trataría de un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, de tal manera que solo esta sea recurrible y solo por el condenado. La absolutoria quedaría firme por su solo pronunciamiento, impidiendo cualquier persecución ulterior[56].

10. Ámbito de la apelación en el modelo costarricense

Según la reforma proveniente de la Ley N° 8837, que a su vez reforma los numerales 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465 y 466 todos del Código Procesal Penal, se incluye una nueva redacción del artículo 459 CPP, el cual define el ámbito del recurso de apelación. Según la norma, este recurso

> "...permitirá el examen integral del fallo, cuando la parte interesada alegue inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El tribunal de alzada se pronunciará sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que encuentren en la sentencia".

Así las cosas, la revisión que se produce en esta instancia tiene que ver con la argumentación del fallo y también sobre cualesquiera otros vicios o yerros que hayan sido planteados por el recurrente, y que puedan ser atendidos por el tribunal de apelación.

Las causales que introduce el artículo 495 son explícitas sobre esta función de análisis, en primer lugar por defectos absolutos o quebrantos al debido proceso. Esta causal, ya de por sí amplísima, le da una competencia suficientemente abierta al Tribunal de Apelación para analizar íntegramente al fallo. Por ello, agregar que también podrá discutirse la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba y la fundamentación jurídica del fallo parecen ser causales poco descriptivas, ya que las afectaciones al debido proceso abarcan estas

56 Maier, El Recurso, op. cit., p. 147.

posibilidades y otras más que han sido ya desglosadas por la propia jurisprudencia constitucional costarricense[57].

Con todo, la revisión del fallo abarcaría también los hechos y la prueba, y podría abarcar también la fundamentación y determinación judicial de la pena.

La normativa establece pocos requisitos o formalidades para la presentación de la apelación. El artículo 460 establece únicamente que el recurso se planteará por escrito o por medio de sistemas de registro autorizados, como lo podría ser el fax o podría pensarse el correo electrónico con certificado digital. En cuanto a la fundamentación de los agravios, se indica que se deben establecerse las razones de inconformidad, el agravio concreto que se produce y la pretensión.

El escrito podrá ofrecer prueba en apelación. El artículo 464 prevé al respecto lo siguiente:

> "...La parte recurrente podrá ofrecer, en el escrito de interposición del recurso, pruebas nuevas sobre los hechos objeto del proceso o sobre la forma en que fue realizado un acto, cuando se contradiga lo señalado en las actuaciones, en el acta, en los registros del debate o la propia sentencia. El tribunal aceptará como nueva solo la prueba ofrecida en su oportunidad pero que sea arbitrariamente rechazada, la que aparezca como novedosa con posterioridad a la sentencia y aquella que, aunque existiendo previamente, no estuvo en posibilidad efectiva de ser ofrecida por el interesado en su momento".

Con todo, el propio Tribunal de Apelaciones podrá solicitar prueba de oficio si así lo estima pertinente. El artículo 464 establece la posibilidad de recibir pruebas testimoniales en esta sede si de la revisión de los registros de la audiencia se producen dudas sobre lo que los testigos o peritos han depuesto. Si así ocurre, se reciben dichos testimonios con las mismas reglas

57 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1739-92 de las 11:45 hrs. del primero de julio de 1992. Un comentario de esta sentencia y sus implicaciones puede verse en Alfredo Chirino Sánchez, "La sentencia del debido proceso y su importancia para el principio de estricta legalidad penal", en: *20 Años de Justicia Constitucional: 1989-2009. Historia, memorias y derechos fundamentales*, San José, Costa Rica, UNED, Primera Edición, 2009, pp. 877-882.

del debate. Se trata, entonces, de la realización de principios tales como el oralidad, inmediación, contradictorio.

Las regulaciones podrían hacer estimar que el sistema acogido por el legislador costarricense lo fue de una apelación limitada, ya que la sentencia de origen es de referencia. Sin embargo, las facultades a las partes para ofrecer prueba en esta sede y la amplitud de la revisión del fallo de primera instancia, podrían provocar que de hecho la revisión del fallo sea mucho más amplia e intensa que en una apelación limitada. La praxis forense actual permite imaginar que habrá un uso compensatorio de esta sede, si ocurre, como todo parece indicarlo, que la casación se convierta en una instancia bastante cerrada y formalista[58].

La apelación podría provocar, entonces, el reenvío de la causa para nueva sustanciación ante el mismo tribunal que dictó la sentencia de primera instancia, no obstante, tendrá que tener una nueva integración para celebrar el nuevo juicio.

La apelación "limitada" que parece haber configurado el legislador procesal costarricense comenzó su práctica recién en diciembre de 2011. Ocurrió cuando los tribunales de casación de todo el empezaron a ser tribunales de apelación y hubo que adecuar las prácticas a la nueva dinámica procesal y al flujo de casos que ha duplicado literalmente la carga de expedientes que actualmente atienden los hoy conocidos tribunales de apelación. Por ello, solo se puede hacer una prognosis sobre el futuro, un área sobre la que nada sabemos, es allí donde los temores más intensos pueden convertirse en una realidad evidente.

58 Los recurrentes podrán acudir a la sede de casación cuando consideren que se han producido precedentes contradictorios entre diversos tribunales de apelaciones, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal. También se reserva acceso a esta sede cuando la sentencia del tribunal de apelaciones inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal. La puerta de la admisibilidad podría ser muy selectiva en estos dos supuestos, y por esa vía alcanzar un cierre hermético de la casación costarricense. Habría que esperar si ante tal hipótesis pueda ser demandada Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que la casación volvería a convertirse en la instancia formalista que el fallo Mauricio Herrera vs. Costa Rica quería evitar.

11. Algunas consideraciones finales sobre el poder de determinación y el deber de control de la fundamentación.

Falta por analizar una última cuestión que debe plantearse a la hora de analizar el balance de la reforma de 2011: ¿Se ha alcanzado, realmente, un sistema de impugnaciones que garantice la revisión del fallo de instancia?

La anterior pregunta tiene que ver con la racionalidad de los medios y de los fines de la fundamentación de la sentencia, sobre la cual se volcó el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sobre la cual el legislador costarricense nada dijo. Por lo menos, no lo dijo en el articulado, pero quedó "Insita" en la orientación "filosófica", si así lo pudiéramos expresar.

La fundamentación de las sentencias, y, en especial, las penales, tiene una relación inescindible con el poder. Se trata de un poder evidente, de determinación y fijación de los hechos, pero también de interpretación y valoración de la prueba, de fijación de indicios y de determinación de la pena. Todos estos elementos ocultan en el fallo un papel de gran trascendencia que solo desandando el camino de la argumentación judicial es que será posible encontrar los prejuicios, los vicios lógicos, las representaciones sociales, las imposiciones y las subjetividades que empañan la posibilidad de un fallo objetivo y apegado a las expectativas normativas.

Entre menos razones y argumentos exprese un fallo, más cabida habrá para la arbitrariedad. Por supuesto, vivimos en una época en la que nadie aceptará un fallo arbitrario y sin razones, pero parece haber poca sensibilidad por los procedimientos mentales mediante los cuales se escogen "razones" y "argumentos" para sostener un fallo.

El tribunal de apelación tendrá la posibilidad de explorar la forma y contenido de esas "razones" y "argumentos", pero sin control por parte de una instancia superior, es decir, en la medida que la casación se cierre y no admita la revisión de las sentencias de apelación, podría perpetuarse una cierta forma y estilo de establecer dichas argumentaciones jurídicas.

Lo anterior, por supuesto, lleva a una doble paradoja: El tribunal de apelación debe controlar la fundamentación del tribunal de instancia y la Sala de Casación debería de controlar el fallo de apelación, pero ¿quién controla a los controladores? En

otras, palabras, ¿cuál criterio argumentativo triunfará?

Aun no hay claridad para determinar cuáles son los criterios decisivos para lograr una fundamentación correcta y amplia, por lo que hay buenas razones para conservar un razonable escepticismo sobre si hemos alcanzado un nivel adecuado para lograr una "revisión integral del fallo" tal y como lo postuló la CIDH.

Es cierto que las "mejores razones" contra un fallo son las que se derivan de sus errores a la hora de la fundamentación probatoria, pero hay una enorme cantidad de yerros que bien pueden derivarse de la posición escogida para la aplicación del derecho sustantivo. El hecho que una buena parte de las sentencias condenatorias se anule por vicios procesales, no evita pensar en la gran cantidad de entuertos derivados de la aplicación de la ley sustantiva, y de allí en indudables consecuencias para las posiciones jurídicas del justiciable. En estas últimas, es donde se pueden encontrar algunas de las argumentaciones más arbitrarias en un fallo penal.

A pesar de lo anterior, y coincidiendo que el inmenso porcentaje de anulaciones por razones procesales podría disminuir la importancia de los temas derivados del análisis de la ley de fondo, sugiero que existe un tema aun más urgente: el del surgimiento de una nueva "racionalidad" en la forma de una nueva "argumentación" en la forma de sentencias principalmente orales como las que se analizan cotidianamente en la sede de apelación de sentencia.

Estamos en una época donde los antiguos vicios del razonamiento escrito dan paso a los nuevos vicios del "razonamiento oral". El juez en una sentencia que pretende convencer con un lenguaje llano y cotidiano, y con formas de argumentación sencillas y sin ampulosas construcciones jurídicas o de interpretación, pretende explicar al justiciable las razones de su condena. A pesar de las consideraciones que pudieran explicar que hay aquí la buena intención de construir sentencias más "humanas" y "accesibles", descubrimos pronto que en ese aparataje de humanidad y cercanía con el justiciable, se encubren otros problemas: los de la argumentación oral, derivados, principalmente, de los yerros a la hora de construir ese discurso, que en el fondo manifiesta un ejercicio excesivo de poder y una verdadera "moda" de humanización de la justicia, que oculta un vicio de eficiencia que entrabará, definitivamente, el proceso penal.

Mientras tanto, la cúpula judicial impulsa la "eficiencia" y la "celeridad" mediante la emisión de sentencias orales, sin tener en cuenta que la aparente celeridad de una sentencia oral de primera instancia genera un rezago en la sede de impugnación. No sólo para las partes que deben escuchar, desde el inicio, todo lo acontecido en las diversas fases del proceso para poder redactar su apelación, sufren con un fallo oral, sino que también los jueces de apelación, quienes deben de reproducir todas las actuaciones de la misma manera, a veces con la dificultad adicional de un "expediente electrónico" que tiene en formato de "PDF" diversas actuaciones judiciales, sin ningún índice, ni forma posible de buscar en el marasmo de imágenes, cuáles se corresponden con las actuaciones que las partes proponen sean analizadas para discutir el fallo que les condena. Finalmente, las autoridades del sistema penitenciario siguen implorando por un documento donde se asiente, al menos, los hechos probados de la sentencia, para con ello poder pasar a los justiciables de la condición de indiciados a condenados; y a partir de allí hacer los trámites administrativos internos que los hagan entrar en las diversas fases penitenciarias que les permitan cumplir con la condena.

De la misma forma, el creciente flujo de casos hacia los nuevos Tribunales de Apelación, y la forma oral de las sentencias, cerrarán el círculo de la crisis, impidiendo fallos amplios y detallados de análisis de los quebrantos detectados en las sentencias de primera instancia. Es probable, y esto no debe desecharse, que impulse una "oralidad en apelación" para cumplir las cotas de trabajo que se irán imponiendo para cumplir los planes de trabajo y los plazos aprobados para la resolución de asuntos.

Otra posible consecuencia, igualmente nefasta, lo será, sin duda, la concentración de los fallos a una revisión de los motivos de nulidad, trasladando así el costo de solución del conflicto, otra vez, al tribunal de instancia.

Tampoco se ha discutido con la suficiente profundidad, el problema que se origina en intentar convertir a la sede de apelación en un segundo juicio de la causa, reservando pruebas y elementos de discusión no planteados en primera instancia, sometiendo al análisis en esta sede de agravios muy amplios y sorpresivos, que provoquen sentencias que sustituyan el juicio de primera instancia. Los recaudos normativos para evitar esto

no son muchos, y los ya incluidos dependerán de la buena fe de las partes y de la paciencia de los tribunales de apelación.

12. Conclusiones preliminares.

Una revisión crítica del basamento constitucional y de correspondencia con la ideología de los derechos humanos en el derecho a recurrir la sentencia por parte del justiciable, nos permite afirmar que los tiempos para una ampliación del derecho de impugnación han llegado.

Al mismo tiempo es posible detectar circunstancias que podrían llevar al traste con un efectivo derecho a la impugnación de la sentencia, como lo sería, por ejemplo, no tomar en cuenta la posible prolongación del proceso y el remanente de prisión preventiva que esta extensión excesiva podría provocar.

La sentencia Mauricio Herrera vs. Costa Rica ha provocado que el tema de la casación tenga un papel muy importante en el horizonte de proyección de la reforma procesal penal de esta primera década del siglo XXI, pero, sin duda, sus ingredientes y contradicciones ya estaban claros hacia finales del siglo XX.

Más allá de la cuestión de si este fallo de 2004 de la CIDH ha impulsado una casación convertida en "apelación" o una doble instancia que llena la premonición de Binding, es muy probable que observemos cambios dolorosos que ya no establecen ninguna ponderación ni equilibrio entre un adecuado, eficiente e idóneo derecho a recurrir la sentencia conforme a los instrumentos internacionales en derechos humanos y la duración del proceso. Y esta falta de consideración de la duración del proceso llevará, irremediablemente a procesos judiciales sin fin, que mantienen acusados de banquillo que son el efecto colateral e indeseable de un mal diseño de la política de reforma.

Un ingrediente que afecta al "nuevo" estilo del proceso penal para los Estados, que se puede caracterizar perfectamente a partir de la amplitud y profundidad de los ataques que permite a la esfera de derechos del ciudadano y, en consecuencia, por sus efectos sobre la libertad del ser humano, pero también por su enorme contenido simbólico, también podría extenderse a la justicia internacional. Estas características no pertenecen únicamente al llamado "nuevo proceso penal" sino también a cierto tipo de política populista que se ha convertido, en un proceso

acelerado, en la política de seguridad dominante en varios países occidentales.

Es bastante claro que la lógica de lucha frontal contra la criminalidad, tal y como está postulada en estos momentos, implicará, tarde o temprano, más peligros para la esfera de libertades de los ciudadanos, por ello estos peligros se pretenderán minimizar al utilizar la estrategia de los "fines simbólicos" del Derecho Penal, a fin de tranquilizar a la colectividad, en el sentido de que sus problemas de seguridad están siendo atendidos por los prácticos y por los legisladores. El balance, al final de todo el proceso, es el deterioro de las garantías procesales y un vaciamiento de los contenidos de tutela de muchos derechos y libertades constitucionales.

En los tiempos de necesidad y crisis parece claro que el camino hacia un "Estado de Seguridad" está justificado políticamente, con lo que se hacen esperables, por supuesto, más reducciones al esquema de garantías receptado en el proceso penal. La política legislativa actual se caracteriza por un uso indiscriminado del Derecho Penal. Se echa mano a las soluciones del "sentido común" y no se escuchan las voces de ningún experto que advierta sobre los riesgos de esta huída hacia el derecho penal del enemigo y al derecho de reacción inexorable.

La reacción frente a este triste y angustiante estado de la política criminal, solamente puede ser encontrada en los principios de garantía del Estado de Derecho y en una perspectiva de acercamiento a los problemas de seguridad de la sociedad, que ponga su atención en los derechos ciudadanos que están siendo deteriorados o vaciados de contenido en la búsqueda de una solución que definitivamente no puede brotar del Derecho Penal.

La casación, pero también la apelación y la revisión de la sentencia, se encuentran en un momento muy difícil ante estos retos de la política criminal. Por una parte debe contarse con un proceso penal que llegue a una fijación de una verdad procesal lo más pronto posible, pero también debe proveer los medios para una discusión lo más amplia posible de la causa, y con medios posibles para alcanzar una aplicación justa y humana del derecho.

Sin duda que la "nueva" casación, que se vislumbra vigorosa luego del fallo Mauricio Herrera vs. Costa Rica podría lograr un control efectivo de estos instrumentos de investigación y generar eficiencia y eficacia en el combate de estos eventuales vicios. La reforma que pretende convertir la casación en apelación, sin embargo, pone un problemático signo de interrogación en los eventuales éxitos que podrían esperarse de medios de impugnación que repiten lo que no debería repetirse a favor de la seguridad jurídica y de la justica pronta y cumplida.

Resulta necesaria una observación más cercana a las interpretaciones que ha hecho y hará la jurisprudencia de derechos humanos sobre estos temas, con el fin de apuntalar un criterio más firme sobre el futuro posible del derecho a recurrir la sentencia condenatoria en América Latina.

ALCANCES DE LA NOVÍSIMA CASACIÓN PENAL COSTARRICENSE

O, DE CÓMO INTENTAR, SIN LOGRARLO, HACER DOGMÁTICA PROCESAL A PARTIR DE UN GOLPE EN LA MESA[1]

Rosaura Chinchilla Calderón

"...quiero dejar aquí consignado (...) todo lo que sé y recuerdo (...) Y al escribir esto ahora (...) cuando empiezan a blanquear con mi cabeza mis recuerdos, está nevando (...) Y esta nieve borra esquinas y borra sombras, pues hasta de noche la nieve alumbra. Y yo no sé lo que es verdad y lo que es mentira, ni lo que vi y lo que soñé (...) ni lo que supe ni lo que creí. No sé si estoy traspasando a este papel, tan blanco como la nieve, mi conciencia que en él se ha de quedar, quedándome yo sin ella. ¿Para qué tenerla ya...? ¿Es que sé algo?, ¿es que creo algo? ¿Es que esto que estoy aquí contando ha pasado y ha pasado tal y como lo cuento? ¿Es que pueden pasar estas cosas? ¿Es que todo esto es más que un sueño soñado dentro de otro sueño? ¿Seré yo (...) la única persona que en esta aldea se ve acometida de estos pensamientos extraños para los demás? ¿Y estos, los otros, los que me rodean, creen? ¿Qué es eso de creer?"

San Manuel Bueno, mártir
Miguel de Unamuno

---

1 La frase, paráfrasis a una similar escuchada al Prof. Minor E. Salas, establece la relación derecho-poder: es cierto que el derecho dimana del poder. No obstante, en un Estado de Derecho, el poder (sin desconocer su peso en la creación normativa) se somete al derecho: respeta sus principios, reglas deliberativas, procedimientos, etc., entre ellos la discusión democrática cuando es éste, como lo es en Costa Rica, el sistema político elegido (artículo 1 constitucional). Cuando la crítica se descalifica con argumentos *ad hóminem;* cuando el órgano consultado es el mismo que elabora la propuesta, cuando las normas no coinciden con los fines declarados; cuando no se observa el conjunto...el derecho que surge no es producto del predominio de las mejores razones, sino de la imposición. El análisis de "ese derecho", aunque se pretenda, no es dogmática, porque rompió el conjunto, el sistema y lo que resulta es una yuxtaposición amorfa de normas, inclusive contradictorias entre sí.

Advertencias preliminares

Agradezco a la Asociación de Ciencias Penales y a los restantes auspiciadores de este Congreso, no solo la invitación para participar en la mesa redonda sobre "*Los alcances y perspectivas del actual recurso de casación penalcostarricense*" sino, sobre todo, el haber organizado estas jornadas de pensamiento crítico en torno a nuestro proceso penal que, lastimosamente, inserto, como ha estado, en la corriente populista que nos embarga, ha retrocedido sustancialmente en los últimos tiempos, al punto de ubicarse en una fase muy similar a la que, en la evolución del Derecho Procesal, se conoce como la *Tendencia de los prácticos*.[2]Por eso, esta actividad ha sido, sin

2 ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO (1951) señala cinco períodos en la evolución del Derecho Procesal: el Período Primitivo, la Escuela Judicialista, la Tendencia de los Prácticos, el Procedimentalismo y el Procesalismo científico. Esta última etapa es la que, teóricamente, corresponde a la época contemporánea, pues existe una especialización del derecho procesal, fundado sobre la base de la tríada acción, jurisdicción y proceso; un sistema de principios dogmáticos desarrollados, etc., aunque eso no excluye que los diferentes Estados puedan involucionar en sus instituciones. La Tendencia de los Prácticos se caracterizó porque no se aspiraba a hacer planteamientos coherentes o universales, sino a resolver los problemas inminentes que se presentaban, con soluciones específicas y hasta contradictorias. Para ello, personas que no estudiaban sistemáticamente el proceso, ni tenían formación académica sino que les interesaba describir su aplicación real, efectuaban manuales y "machotes", sin crítica alguna y propiciando prácticas *contra-legem*. El mismo nombre de los textos de esa época (siglos XVIII y XIX) es elocuente al respecto, por ejemplo *Librería de jueces, utilísima, y universal para abogados, alcaldes mayores y ordinarios y corregidores e intendentes* (Martínez), *Librería de escribanos e instrucción jurídico theórico práctica de principiante* (Febrero), *Instrucción Política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del reino* (Villadiego), etc. En C.R. las normas procesales y, por ende, el principio de legalidad, parecen tener, ahora, un reducido valor programático: si ponen limitaciones se "interpretan" ampliamente. Vgr. en punto a que se indique que la sentencia debe ser escrita (arts. 363-364 CPP) y, en la práctica, con el aval constitucional (votos número 3117-09, 7427-11 y 8411-11) se haga oral;); en cuanto a las regulaciones al derecho de defensa y el principio de imparcialidad en el proceso de flagrancia (cfr. arts. 422 a 436 CPP y voto de la Sala Constitucional número 11099-09, etc.); aunque el art. 1 de

lugar a dudas, una bocanada de aire fresco, en medio de una habitación mohosa.

Asimismo, deseo iniciar advirtiéndole a quien esto lee que, como ya habrá podido notar de las letras precedentes, este escrito, empapado de desencanto, ha sido elaborado también con un fin terapéutico, tanto propio como destinado a aquellas personas que, teniendo hoy un espíritu joven y esperanzado, llegarán a vivir su *noche de los pedestales vacíos* y experimentarán el vértigo de la orfandad de sus principios e ideales, a fin de que puedan encontrar, aquí, algún consuelo, así sea, nada más, por saberse que no están solas en ese caminar.

Por eso he usado, *ex profeso*, como epígrafe, un extracto del cuento de ese angustiado Unamuno, quien describió, con maestría, el mundo interior de una sencilla, pero profundamente creyente mujer, quien nos cuenta su agonía cuando descubrió cómo su admirado sacerdote, a quien están a punto de canonizar, no sólo no había "convertido" al cristianismo-católico a su hermano Lázaro, como todos creían, sino que ambos eran ateos y solo *fingían creer*, actuando por hábito y tradición, para consuelo de la gente sencilla, que no podría vivir con la verdad. En una de las posibles lecturas del texto, acaso la menos profunda, lo que se nos plantea es el drama al que se enfrenta quien *no cree en lo que hace*, sino que solo efectúa una *mise-en-scène*,tema al que, desde mi óptica, se reduce el proceso que culminó en la aprobación de la segunda de tres leyes y una

la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las comunicaciones N° 7425 establezca que para el registro y requisa de todo documento que contenga información privada se requiera orden de juez, por práctica fiscal, se ha posibilitado que el rastreo telefónico puedan hacerlo directamente fiscales y hasta policías, lo que se ha amparado con la circular de la Comisión de Asuntos Penales CAP-28-11, los votos de la Sala Tercera números 2007-136, 2008-30, 2009-1524 y 2009-1710 (algunos magistrados de esa Sala, curiosamente, protestaron en Corte Plena cuando se les aplicó directamente ese procedimiento e indicaron que se requería orden de juez, lo que era contrario a lo que ellos habían suscrito en esos votos: ver actas de Corte Plena 22-11 del 27 de junio de 2011 y 23-11 del 04 de julio de 2011), y, finalmente, un voto de mayoría (5-2) de la Sala Constitucional (cfr. voto número 2012-2509), integrada por algunos suplentes, algunos de cuyos titulares ausentes, en otras ocasiones, han coincidido con la minoría.

fe de erratas legislativa[3] para el tratamiento del derecho al recurso contra la sentencia condenatoria penal, en el que se inserta el instituto examinado.

Dicho esto, lo otro que es prudente plantearse, ya entrando en materia, es ¿de qué recurso de casación hablamos? Aunque en principio, los contornos de los medios de impugnación son similares en todas las áreas jurídicas y latitudes,[4]para poder delinear nuestro objeto de estudio no basta decir que se trata de la casación de la materia penal, sino que cabe pensar en diversas posibilidades:

a)- ¿se alude al recurso de casación clásico-formalista, al que hace referencia la doctrina procesal y que estuvo regulado en el derecho costarricense hasta 1996?[5]

b)- ¿acaso a las reformulaciones modernas de ese recurso de casación, ahora adaptado tanto a las limitaciones impuestas por procesos orales (que impiden considerarlo una doble instancia) como a su conceptualización como derecho fundamental, al ser la única vía para impugnar la sentencia condenatoria en las sociedades occidentales con sistema romano-germánico que, por exigencias de los instrumentos internacionales, requieren una instancia revisora?[6] ¿Nos referimos a la casación reformulada-abierta que sin abdicar de su naturaleza jurídica, ha sufrido transformaciones y que se empezó a diseñar en el país a partir de 1996?

c)- ¿estaremos hablando, más bien, de la "casación por violación al debido proceso" propuesta inicialmente en el proyecto que culminó con la ley Nº 8837?[7]

3 El voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en el caso de Mauricio Herrera Ulloa contra Costa Rica fue emitido el 02 de julio de 2004. Con el argumento de atender sus implicaciones, se promulgaron las siguientes normativas: la ley N° 8503 "*Apertura a la Casación Penal*" del 28 de abril de 2006 (publicada en La Gaceta N° 108 del 06 de junio de 2006); la ley N° 8837 denominada "*De creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal*" del 03 de mayo de 2010 (publicada en el Alcance Nº 10 a La Gaceta N° 111 del 09 de junio de 2010); la ley N° 9003 "*Reforma del artículo 102 de la Ley N° 7135, Ley de la Jurisdicción Constitucional*" del 31 de octubre de 2011 (publicada en La Gaceta 228 del 29 de noviembre de 2011) para derogar el debido proceso como causal del procedimiento de revisión, lo que estaba previsto en la ley Nº 8837 pero fue frenado por la Sala Constitucional en el voto número 14188-2010 y la ley N° 9021 "*Reformas de la ley Nº 7594, Código Procesal Penal, de la ley N° 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil, de la ley Nº 8460, Ley de Ejecución de Sentencias Penales Juveniles, de la Ley Nº 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial y adición al Código Procesal Penal*" de 03 de enero de 2012 (publicada en el Alcance digital Nº 12 a La Gaceta Nº 18 del 25 de enero de 2012) para rectificar errores burdos cometidos al emitir la ley Nº 8837, vigente desde el 09 de diciembre de 2011, es decir, pocos días antes y oportunamente advertidos pero ignorados. Sin embargo, también en esta normativa se cometieron otros errores, que debieron ser corregidos ahora por una (cuestionable, en cuanto a su validez) Fe de Erratas, emitida por acuerdo del Directorio Legislativo publicado en La Gaceta Nº 51 del 12 de marzo de 2012. De todas ellas, solo la primera tenía relación directa con el tema, aunque regulaba, también, cambios competenciales que carecían de ese nexo pero que nunca fueron expuestos en función de cumplir con el voto de la CIDH sino por el peso laboral que cierto tipo de casos significaba a un órgano con una integración rígida (5 personas) y con mayores limitaciones para modificar la normativa que lo regula.

4 Pues, como indiqué en la nota 2, se parte del Procesalismo Científico, que establece principios y características similares para los institutos procesales en las distintas materias y países.

5 Las características de la casación clásica podrían resumirse en las siguientes: impedir descender al análisis de los hechos probados; a la valoración de la prueba efectuada por el *a quo* (quien es soberano en determinar el valor de cada medio probatorio); no controlar la aplicación del *principio in dubio pro reo*; partir de la intangibilidad de los hechos probados para el recurso por el fondo y requerir el cumplimiento de criterios estrictos de admisibilidad.

6 Cfr. artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "*2. (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*" y 14.3.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) 5. 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.*"

7 El proyecto original que culminó en la ley N° 8837 que regula el recurso de casación fue publicado en La Gaceta Nº 194 del 08 de octubre de 2008. Refería: "*Artículo 453. Motivos. El recurso de casación podrá ser fundado en alguno de los siguientes motivos: a) Cuando se*

d)- o aludiremos a, lo que denomino "*la novísima casación penal criolla*" prevista en la ley N° 8837?

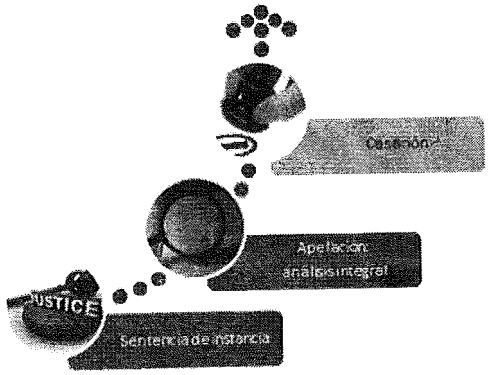
Evidentemente me referiré a este último instituto, haciendo, entonces, la última advertencia: el sistema nacional tico tiene, ahora, dos recursos contra la sentencia penal (absolutoria o condenatoria): el de apelación, con el que se pretende satisfacer el análisis integral de lo resuelto[8]y el de casación que, por lo dicho, no es, tampoco, la casación tradicional, ni la reformulada, sino solo el nombre-cascarón, que se mantuvo para legitimar la estructura interna organizativa de más alto nivel judicial en el país.[9]

alegue la existencia de (sic) *precedente contradictorio con otro tribunal de sentencia o con la Sala de Casación Penal. b) Cuando se alegue violación al debido proceso y al derecho de defensa."* En su oportunidad dijimos que 'violación al debido proceso' era todo, según los alcances del voto número 1739-92 de la Sala Constitucional, por lo que todos los asuntos tendrían dos posibilidades recursivas, lo que, obviamente, iba a alargar la duración del proceso penal e impediría que se cumpliera el verdadero fin de la reforma, que era descongestionar a la Sala Tercera de su carga laboral, pues no solo poseería la propia de los asuntos cuya competencia ya tenía a esa fecha sino que asumiría la de otros órganos (ver expediente legislativo 17.143).

8 Esta apelación no es una doble instancia, no es un juicio sobre el hecho, sino solo sobre la sentencia, aunque se permite el análisis oficioso de cuestiones que afecten derechos fundamentales (siempre que haya instancia recursiva, con independencia de la parte que la formule, con lo que se descarta la "consulta oficiosa"), la revalorización de la prueba, la incorporación de nueva prueba, es desformalizado, etc. Cfr. artículos 458 a 466 del Código Procesal Penal reformado por leyes N° 8837, 9021 y según numeración consignada en la Fe de Erratas (La Gaceta N° 51 del 12 de marzo de 2012). Es, exactamente, el mismo recurso de casación abierto o amplio, regulado por la Ley de Apertura de la Casación, e inclusive desde antes, solo que con un nombre diverso.

9 En Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia está compuesta por cuatro salas, cada una con cinco magistrados/as, salvo la última que tiene siete: la primera (conoce casaciones en materia civil, agraria y contencioso-administrativa); la segunda (tiene competencia para casaciones en materia laboral, de familia y sucesiones), la tercera (que ahora debe decidir esta particular casación en materia penal y, en virtud de esta ley, asume la de materia penal-juvenil) y la Sala Constitucional (su marco competencial son los amparos, *hábeas corpus* y cuestiones de constitucionalidad). Los veintidós magistrados/as componen Corte Plena que tiene las funciones administrativas y "de gobierno" del Poder Judicial, conforme lo estipula la misma Ley Orgánica del Poder Judicial

Así las cosas, en este texto **no** se hará referencia a un primer recurso contra la sentencia condenatoria, sino al segundo, que no cabe directamente contra la sentencia de instancia ni contra todas las decisiones emitidas en sede de apelación de sentencia, sino solo en los casos específicamente señalados por el artículo 467 del Código Procesal Penal que estipula: *"El recurso de casación procederá contra las resoluciones dictadas por los tribunales de apelación de sentencia, que confirmen total o parcialmente, o bien resuelvan en definitiva, la sentencia dictada por el tribunal de juicio."*



en su art. 59 (definición de su propia política salarial y de la institucional, de infraestructura, de presupuesto, nombramientos de ciertos tipos de jueces, régimen disciplinario etc.). En una investigación efectuada por GUTIÉRREZ (1981) se determinó que la mayor cantidad de tiempo de los magistrados en Costa Rica se dedicaba a lo no-jurisdiccional. A pesar de que, en 1994, se reformó la normativa para crear un Consejo Superior que se ocupara de la carga administrativa, treinta años después las cosas siguen igual salvo, hasta hace un año, en la Salas Tercera y Constitucional en donde las cargas laborales, históricamente, han sido amplias. Esto porque muchos de los asuntos del Consejo Superior pueden pasar a Corte Plena, por requerirlo esta, por la cuota de poder que eso genera y por la resistencia al cambio asociada. Luego de la ley N° 8837 y su particular interpretación en la admisibilidad de los asuntos, solo quedaría con alto circulante jurisdiccional la Sala Constitucional que también promueve sus propios procesos de reforma ante la saturación que vive, que ha generado jurisprudencia contradictoria, con carácter vinculante *erga omnes* (art. 13 Ley de la Jurisdicción Constitucional) pero que, pese a su necesidad, ha encontrado resistencia política en el país y en el propio seno institucional que teme retrocesos en la regulación.

A partir de esa disposición es claro que una resolución del tribunal *ad quem* que se limita a anular lo resuelto, no es susceptible de ser impugnada en casación, lo que no deja claros los alcances de este último recurso, no solo porque pueden haber pronunciamientos mixtos (es decir, se anula respecto de un imputado y no de otros; se anula una parte de la sentencia como la pena y consecuencias civiles, pero no otra como la determinación de la base fáctica, etc.) sin que la ley solucione qué cabe primero: si casación contra lo decidido en definitiva y hasta que todo esté resuelto efectuar el reenvío parcial, que parece ser lo lógico o bien efectuar el reenvío parcial ordenado por el Tribunal de Apelación de Sentencia y hacer testimonio de piezas para que se conozca la casación de lo confirmado, lo que es poco o nada recomendable desde que pueden generarse pronunciamientos contradictorios.

Ergo, lo que aquí se diga debe ser tamizado por esta particular estructura, porque no pretende ser una exposición general de "la casación penal" como medio de impugnación contra la sentencia penal en la mayoría de los países latinoamericanos y europeos, dadas las particularidades referidas pues la casación actual costarricense no tiene casi[10] ninguna relación con el derecho al recurso previsto de las normas de Derecho Internacional, dado que ese derecho se ve garantizado ahora con la apelación de sentencia penal.

Dicho esto conviene no olvidar cómo llegamos hasta aquí:

1.- Antecedentes, origen y trámite de la reforma procesal que culminó con el sistema impugnativo penal vigente:

Del mismo modo que, tanto individuos como pueblos, no pueden prescindir de su historia, pues ésta los marca y, en alguna medida, hasta los determina, en el estudio de un instituto jurídico no es posible atender únicamente a la literalidad de lo que quedó plasmado en la norma, sino que es necesario comprender y contextualizar su génesis.

10 Salvo lo que se indicará respecto a la posibilidad teórica, a falta de norma que lo impida, de que el Tribunal de Apelación de sentencia, al conocer de recurso fiscal o del querellante, revierta directamente absolutorias o pronunciamientos favorables al encartado y decida desde ahí, caso en el que sí existirá esa relación con lo que decida la Sala Tercera.

Por ello, muy a vuelo de pájaro, es necesario indicar que, si bien el trámite de la reforma que culminó en la ley que dio origen a la actual casación estuvo atravesado por "*el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera*" eso solo sirvió como un mecanismo propagandístico para lograr que el expediente legislativo se aprobara sin trabas y en tiempo récord, a juzgar por las agendas legislativas, sin que ninguno de los textos que ahí se incorporaron (que fueron varios) tuvieran, realmente, ese origen ni fuera ese el objetivo en la aplicación de la normativa, como se demostrará.

El voto de la CIDH en el caso de Mauricio Herrera Ulloa contra Costa Rica fue emitido el 02 de julio de 2004. Muy poco tiempo después se discutía, en Corte Plena, sus alcances y se concluyó que no se requería ninguna modificación legislativa para acatarlo, sino que solo eran necesarios cambios empíricos: en la admisibilidad de los recursos, en su desformalización y abordaje, en la constitución de los órganos de casación para no violar la imparcialidad, etc. Sin embargo, se efectuó alguna recomendación a través de circularesy, para mayor seguridad, se tramitó, con relativa celeridad pero sin atropellos, la ley N° 8503 denominada *De Apertura a la Casación Penal*, del 28 de abril de 2006 en la que se contemplaba la desformalización de los criterios de admisibilidad, incluyendo la obligación de prevenir la subsanación de cualquier defecto formal antes que optar por el rechazo de la impugnación, así como la admisión de prueba en sede de casación, entre otros aspectos.

Casi al tiempo que esa ley se discutía y aprobaba, el magistrado Arroyo Gutiérrez presentaba, a un grupo de reconocidos profesionales nacionales,[11]su propuesta para disminuir el circulante de la Sala Tercera,trasladando la competencia para conocer de las causas de ese órgano a los Tribunales de Casación Penal,[12]uniformar la jurisprudencia contradictoria inclusi-

11 El taller de consulta se efectuó el 17 de julio de 2007, con la asistencia de: José Manuel Arroyo, Francisco Dall`Anese, Erick Gatgens, Javier Llobet, Rosario Fernández, Leda Muñoz, Marta Iris Muñoz, Alejandro Rojas, José María Tijerino, Jorge Vargas Cullell. Cfr.: *Estado de la Nación* (2006).

12 Desde 1973 el único recurso contra la sentencia condenatoria en Costa Rica era el de casación, que tenía una serie de limitaciones: no

ve entre magistrados suplentes con titulares, suprimir la causal del debido proceso de la revisión (recurso extraordinario contra

podía interponerse si el monto de la condena era inferior a seis meses, según quienes recurrieran, etc. Se plantearon diversas causas en la CIDH (ver Informes ante la Comisión de Derechos Humanos N° 26-86 y 24-92 de 02 de octubre de 1992). En ese contexto, la Sala Constitucional, que inició funciones en 1989, decretó la inconstitucionalidad de tales restricciones mediante votos números 10-90, 282-90, 719-90, 3321-93, 1112-94, 1193-95 y 5751-93, con lo que C.R. evitó la condena inminente de parte del órgano internacional, pero aumentó la cantidad de asuntos a conocerse por la única Sala del país, integrada por 5 personas. Ante ello, en 1993 se ideó crear un órgano, denominado Tribunal de Casación Penal, constituido por jueces de carrera seleccionados por criterios objetivos de calificación (a diferencia de los magistrados, cuyo nombramiento depende de la Asamblea Legislativa) y con más flexibilidad en su constitución, desde que no se requerían cambios legales ni constitucionales sino solo acuerdos de Corte Plena para aumentar la cantidad de integrantes o de tribunales: art. 59 inc. 15 y 16 LOPJ. Este Tribunal tendrían la misma competencia funcional que la Sala Tercera, pero ambos órganos efectuaban una división de trabajo en función del tipo de delitos, pues mientras al primero, integrada por cinco personas, le correspondían los recursos de órganos colegiados, es decir, para delitos con penas superiores a cinco años (con algunas salvedades), los segundos, integrados por tres jueces, debían conocer de esos mismos recursos contra sentencias en delitos de menos de ese monto de pena, que eran emitidos por juez unipersonal (ley N° 7333 de 05 de mayo de 1993). Con la Ley de Apertura de Casación el esquema se rompió y se trasladó a los Tribunales de Casación el conocimiento de los recursos contra sentencias por delitos sexuales y narcotráfico, dictados por tres jueces/ezas y con penas superiores a cinco años. Esa decisión obedeció a que ese tipo de asuntos eran los que involucraban más del cincuenta por ciento del circulante de aquella Sala, con lo que se pretendía descongestionarla, al punto que en la discusión de esa ley, expediente legislativo N° 15.856, la entonces diputada Laura Chinchilla refirió: *"...en el fondo la sentencia emitida por la CIDH (...) fue aprovechada por nuestros jueces, para introducir otra serie de reformas que no necesariamente respondían a las obligaciones que contemplaba la sentencia..."* (folio 162) y el legislador José Miguel Corrales (folio 216) agregó: *"El asunto se complica porque los señores magistrados de la Sala Tercera Penal quieren quitarse trabajo y pasárselo a la Casación Penal (...) bueno entonces era simplemente atiborrar de trabajo (...) al Tribunal de Casación Penal y quitar por esa vía el trabajo a la Sala Tercera."* Evidentemente una Sala compuesta por cinco personas no podía dar a vasto para conocer de los recursos (de casación y revisión)

sentencias firmes por errores judiciales) y una serie de cambios adicionales.[13]En dichas reuniones, la mayoría de personas intervinientes mostraron su disconformidad con el planteamiento que, finalmente, se dio a conocer como un apéndice del informe anual del Estado de la Nación,[14] que es un programa desarrollado por un organismo no estatal donde se reúnen los principales indicadores socio-económicos y políticos. Allí, por primera vez en la historia nacional se llamaba la atención de lo que ya venía siendo un secreto a voces: la excesiva duración en la decisión

de todo el país, máxime si se pretende hacer un análisis integral de lo resuelto (salvo que se delegara el estudio de las causas en letrados, lo que afecta principios constitucionales) cuando, paralelamente, no solo habían crecido los índices de delincuencia y litigiosidad sino, además, la recurrencia a las leyes penales como forma de abordar cualquier tema nacional. No obstante, la decisión de traslado competencial sobre bases cuantitativas y no por criterios delictuales o de pena no fue la mejor. Sí hay que resaltar que, aunque se aprovechó la ley para hacer la variación competencial, no llegó a explicitarse que una cosa tuviera que ver con la otra, sino que simplemente se aprovechó la coyuntura para hacer la reorganización.

13 *"El sistema procesal penal en Costa Rica padece graves patologías, como la desaparición, en la práctica, de la cosa juzgada, la proliferación de jurisprudencia contradictoria, la ausencia de criterios técnicos para distribuir la competencia entre las distintas sedes y la descalificación de los criterios de los titulares, conviene plantearse la posibilidad de una reforma profunda."* (Exposición motivos, La Gaceta 08 de octubre de 2008).

14 Capítulo 5 del 13avo Informe del estado de la Nación: Aporte especial: Elementos para una reforma del sistema procesal penal costarricense: propuesta y reacciones de expertos. El texto de la iniciativa refería así: *"La negativa evolución de los índices de desempeño de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, comentados en el capítulo 5 de este Informe, generó un diálogo entre investigadores del Programa Estado de la Nación y el autor de este documento, orientado a clarificar factores que explican tal situación. Del intercambio surgieron dos iniciativas: por una parte, incorporar en este diálogo a un grupo calificado de operadores judiciales, que permitiera enriquecer el diagnóstico sobre el estado actual del sistema procesal penal costarricense y, por otra, ampliar el objeto de la deliberación para incluir la discusión de propuestas de reforma legal e institucional tendientes a corregir los problemas encontrados. Este texto presenta de manera resumida el resultado de esa deliberación. Su propósito es, además de reaccionar al análisis contenido en el capítulo, complementarlo y avanzar la discusión hacia el terreno propositivo."*

de los asuntos que llegaban a la Sala Tercera, con el efecto que eso tenía sobre medidas cautelares y el sentimiento de (in) seguridad en la población, etc.[15]Se indicó en esos Informes:

> ¬"...*el desempeño de la* ***Sala Tercera****. El principal hallazgo en este ámbito es* ***el deterioro del rendimiento de esa dependencia judicial****. Esta conclusión se sustenta en el comportamiento de la cantidad de expedientes en trámite, la duración promedio en resolver los recursos de casación fallados por el fondo y el promedio de casos en trámite por magistrado (...) el circulante se quintuplicó al cabo de seis años (...) la principal explicación para el mayor número de casos en trámite en el 2006 fue el* ***fuerte descenso en los casos salidos***(...) *como consecuencia del hecho de que* ***se dictaron mucho menos votos de fondo*** *que en el período precedente (...) el número real de asuntos pendientes de conocer por el fondo es ahora mayor, lo cual en parte ha sido compensado con la* ***apertura de más plazas de letrados***(...) *al iniciar el año 2001 cada magistrado tenía 62 expedientes para resolver, y al cierre del 2006 ese número era de 248. En cambio, en esta última fecha cada juez del Tribunal de Casación Penal reportaba solo 27 expedientes penales en trámite, lo que evidencia la desigualdad existente entre ambos despachos (...)****Una de las acciones adoptadas para solventar el exceso de trabajo de la Sala fue la aprobación, en abril del 2006, de la Ley de apertura de casación penal****, que entre otros aspectos le asigna al Tribunal de Casación Penal la competencia de los recursos de casación por los delitos de índole sexual y los relacionados con las infracciones a la Ley de Psicotrópicos*". (Estado de la Nación, 2006: 312; el destacado es suplido).

> ¬"***El aumento de los expedientes en trámite y la duración promedio de los recursos de casación de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia reportado el año anterior****, justificado por la propia Sala en un aporte especial adicionado al mismo Informe,* ***no reveló mejoría alguna durante el 2007****. El circulante (casos en trámite) aumentó marginalmente (nueve expedientes) pero la duración promedio de los recursos de casación creció en casi un 50%, pasó de ocho meses y dos semanas, en el 2006, a doce meses en el 2007. Esto se explica en parte, por la prioridad que dio la Sala a los casos de mayor antigüedad, junto con los que provenían de personas privadas de libertad. Así, por ejemplo, de las 873 casaciones votadas por el fondo, 159 (18%) tenían dos años o más de haber ingresado al despacho. Además, la Sala muestra una importante mejoría en la disminución del circulante durante el segundo semestre del 2007 y es de esperar que, durante el 2008, continúe esa tendencia descendente. Sin embargo, al finalizar el 2007, la Sala aún contaba con 631 expedientes, que tenían más de quince meses de estar en esa dependencia*". (Estado de la Nación, 2007: 29, el destacado es suplido).

El cambio competencial era necesario, pero advirtiendo sus verdaderos alcances y pretensiones y propiciando una pausada y democrática discusión.[16]Pese a la oposición referida, la citada propuesta se transformó en proyecto de ley que, curiosamente, en su propia exposición de motivos, declaraba que el país ya se había ajustado a las exigencias de la CIDH pero que se requerían variaciones organizativas: "*...en el sistema procesal penal costarricense se ha llegado a una formulación del recurso de casación que de manera cabal cumple con las exigencias de los*

15 Una investigación pendiente es la de interrelacionar la creciente mora de la Sala Tercera en el período 2005-2010 con el aumento en el sentimiento de inseguridad experimentado en ese período y que, finalmente, llevó a crear el procedimiento expedito para juzgamiento en flagrancia. Es decir, cómo el acto de retardo en la justicia efectuado por la excesiva duración en la resolución de recursos por la Sala Tercera abonó a esa sensación de impunidad y generó que la misma Sala, ahora legislando, respondiera con la creación de un procedimiento que, por excesivamente rápido, atropella garantías. Sobre un análisis del juez-legislador y las consecuencias éticas que eso tiene véase la ponencia de SOTO CERVANTES (2012).

16 Ver acta de Corte Plena del 20 de abril de 2009, artículo XXV en que, incluso, se negó la audiencia oral solicitada para exponer los errores detectados en la normativa lo que, a la postre, generó la restante legislación de ajuste ya referida.

artículos 8.2.h de la Convención Americana y el numeral 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (...) la evolución de la casación penal ha sido de tal magnitud que hoy podemos asegurar que contamos con el recurso que, de manera integral, pueda reexaminar la sentencia penal, según las exigencias constitucionales y del derecho Internacional (...) Si el sistema procesal penal en Costa Rica padece graves disfunciones como la desaparición, en la práctica, de la cosa juzgada; la proliferación de fallos y precedentes contradictorios; la necesidad de mejorar los criterios técnicos para distribuir la competencia entre las distintas sedes; y la incertidumbre respecto de las decisiones de última instancia, por la necesidad que tienen los titulares de estarse inhibiendo (...) es imperiosa la necesidad de una reforma profunda en esta materia..."

Es decir, el mismo proyecto partía, como lo hacía toda la jurisprudencia de los diversos órganos de casación y de la misma Sala Constitucional,[17]de que ya el país cumplía con lo requerido por la CIDH. Inclusive así se le indicó a la misma CIDH en una de las reuniones entre los representantes estatales (entre quienes estaba el autor de aquel proyecto como principal vocero) y tales autoridades.[18]

17 Es decir, mientras jurisdiccionalmente se decía que el recurso de casación ampliado existente cumplía a cabalidad con el derecho al recurso, lo que se repetía en sede de la CIDH, concomitantemente, en los pasillos legislativos, las mismas personas afirmaban lo contrario y urgían la aprobación del proyecto para tal fin. Inclusive, en una publicación periodística aparecida en esta coyuntura, se admitieron algunas de esas verdaderas razones de la reforma: *"Son, pues, razones de índole histórica (necesidad de sintetizar un largo transitar por reformas parciales que se merecen una buena síntesis), técnica (diseño de un modelo que por fin ponga a salvo al Estado costarricense de sospechas de incumplimiento), de seguridad jurídica (unificación de jurisprudencia), de calidad del servicio (tanto en las resoluciones como en el tiempo requerido para pronunciarlas), y de naturaleza económica (mejor aprovechamiento de recursos), entre otras, las que nos tienen, proponiendo la reforma que actualmente se discute."* (ARROYO y otros, 2009).

18 Cfr. la comparecencia ante la C.I.D.H. del 24 de marzo de 2009 en la siguiente página de internet: ww.oas.org/oaspage/videosondemand/show/video.asp?nCode=09-0057&nCodeDet=7 en que claramente se indica que ese proyecto no tiene relación con el voto en el caso de Mauricio Herrera sino con cuestiones de organización interna de nuestros tribunales. Según se dijo en esa ocasión, se pretendía que el proyecto

Posterior a ese informe, la CIDH refirió que el país estaba en proceso de cumplimiento, como lo había venido indicando pero, simultáneamente, los propulsores de la iniciativa informaban a los diputados[19]que el fin de ese proyecto era el cumplimiento de lo dispuesto por la norma convencional. Era evidente la contradicción y el ánimo de para acelerar un inconsulto cambio organizativo y legal, inaceptado por las diversas instancias internas e intelectuales del país. Pronto el contenido de las actas legislativas salió a la prensa, incluyendo el periódico en donde trabajó el periodista Mauricio Herrera, que dio origen al caso en la CIDH y se reimpulsó, con tal discurso, la necesidad, referida por los integrantes del colapsado órgano casacional, de aprobar la ley para cumplir aquel requerimiento de la CIDH. Sin embargo, hasta ese momento las declaraciones públicas de los propulsores de la iniciativa fueron reservadas en cuanto al nexo del proyecto con el derecho al recurso y se limitaron a enfatizar otros aspectos reales, pero que eliminaban la urgencia del proyecto.[20]

Una reunión adicional, esta vez privada, entre los propulsores de la iniciativa y, a su vez, representantes del Estado costarricense en la CIDH hizo que el rumbo de las cosas cambiara. El mismo voto de la CIDH del 09 de julio de 2009 da cuenta de lo sucedido en esa ocasión:

> *"25. Que en la **audiencia privada** de supervisión **el Estado** (...) se refirió al "[P]royecto de Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de la oralidad en el proceso penal (Expediente Legislativo No. 17.143)". El Estado informó que con "esta nueva propuesta de reforma legal, impulsada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (...) la*

se aprobara antes del 30 de abril de 2009, fecha en que cesaba el período de sesiones extraordinarias de la Asamblea Legislativa, lo que no sucedió.

19 Cfr.: acta de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa N° 70 del 18 de marzo de 2009, pág. 5; Periódico La Nación 17, 18 y 20 de marzo y 21 de agosto de 2009; Programa 'Análisis Nacional' Canal 19, del 21 de mayo de 2009 y Programa 'Desayunos' de Radio Universidad del 28 de mayo de 2009, entre otros.

20 Cfr. ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel; CHINCHILLA SANDÍ, Carlos; RAMÍREZ, Jesús; y PEREIRA, Magda (2009).

*reforma está orientada a: i) diseñar "un régimen único y uniforme de recursos en materia procesal penal"; ii) "**[c]rear un recurso de** apelación de la sentencia penal, a cargo de los actuales tribunales de casación"; **iii) establecer un recurso ordinario "aplicado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada", al cual se le daría "la mayor amplitud, accesibilidad y flexibilidad posible,** de suerte que se disipen las dudas y objeciones que se han tenido hasta ahora de la mano de un recurso de casación que si bien ha evolucionado notablemente, es objeto de controversias por parte de observadores y críticos externos"; iv) despejar asimetrías y resultados contraproducentes derivados de este largo trayecto de reforma, en donde se han ensayado remedios coyunturales, producto de la evolución y los esfuerzos de adecuación del ordenamiento jurídico penal interno, a las prerrogativas de la Convención Americana", y v) **"[i]nstaurar un [r]ecurso de [c]asación, con un diseño más clásico**, y que oriente la jurisprudencia en puntos contradictorios"* (el destacado es suplido).

Lo que no se dijo ahí ni en las informaciones periodísticas aparecidas en esas fechas[21] es que la *"creación"* del recurso de apelación y el *"establecimiento del recurso ordinario"* en el citado proyecto, tal y como originalmente se diseñó, no era otra cosa que cambiar en dos artículos (369 y 444 del Código Procesal Penal) la palabra "casación" por la de "apelación". Es decir, se "*Trata el tema como si las instituciones de la apelación y de la casación fueran lo mismo: y pretende trocar, sin más, los que ahora figuran como 'motivos de casación' en 'motivos de apelación'*" (ANTILLÓN, 2009).No surgía algo nuevo sino que se mantenía lo ya existente, variando el nombre del instituto. Quienes algo saben -de derecho procesal pero también de la vida- podrán decir si basta cambiar una palabra para modificar la naturaleza o sustancia de las cosas.

Lo que hasta ese momento eran simples resoluciones que señalaban que el Estado costarricense estaba en proceso de cumplimiento se convirtió en el voto de 09 de julio de 2009 dondé la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH) emite, como parte de la supervisión del cumplimiento de la condena sufrida por C.R. en el caso Herrera Ulloa, una resolución en que, además de incorporar el informe de nuestros representantes, declara:*"2. (...) el Estado se encuentra en proceso de cumplimiento de los siguientes puntos: (...) b) adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana..."* y a la vez, en el punto resolutivo 2, dispuso: *"Solicitar al Estado que presente a la Corte (...)a más tardar el 15 de octubre de 2009, **un informe** en el cual indique las medidas adoptadas para cumplir las medidas de reparación ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento..."* (el destacado es suplido).

A partir de ahí, los propulsores de aquel proyecto de re-estructuración judicial, que en parte eran los mismos que daban los informes a nombre del estado nacional en la CIDH, pudieron referirse libremente, en la prensa, a la necesidad de la reforma para cumplir el voto de la CIDH, desarticulando, así, cualquier protesta en su contra. Obviamente la ley fue aprobada, pese a los groseros errores que contenía. Paradójicamente, la urgencia que siempre se alegó para que se aprobara, no se usó para su implementación, pues la ley contenía tres normas contradictorias sobre su vigencia: inmediatamente, cuando existieran recursos o 18 meses después.[22]Se optó por esta última (lo que revelaba que la urgencia no era tal), aunque los mismos redactores reconocieron la contradicción y pidieron el veto parcial de los dos primeros artículos, lo que no fue atendido pues, sin saber cómo, la ley había sido firmada por el gobierno saliente, lo que hasta ellos ignoraban.[23]

21 Cfr.: Periódico La Nación, Costa Rica, 21 y 23 de agosto de 2009.

22 *"TRANSITORIO I. El reordenamiento de competencias establecido en la presente Ley entrará a regir para los casos ingresados a partir de la fecha de su publicación en el diario oficial La Gaceta..." "TRANSITORIO II. Un estudio técnico determinará la necesidad de recursos... La recepción de nuevos expedientes deberá estar precedida de la dotación efectiva de esos recursos". "TRANSITORIO III. (...) La presente ley entrará en vigencia dieciocho meses después de su publicación".* La publicación se hizo el 09 de junio de 2010.

23 El decreto legislativo fue suscrito por el Presidente y los Ministros respectivos el 03 de mayo de 2010. Ese gobierno finalizó sus funciones el 07 de mayo, y el 08 de mayo de 2010 asumía la nueva presidenta electa.

Fueron tantos los errores "técnicos" de esa ley, que se requirió modificar, en dos oportunidades, el proyecto original[24]y crear leyes adicionales para alcanzar los objetivos reales pretendidos sin generar graves trastocamientos inmediatos al sistema: la ley N° 9003 para derogar el debido proceso como causal del procedimiento de revisión pues, de lo contrario, todas las revisiones de todo el país, hasta ese momento repartidas entre diversos órganos, terminarían en la Sala III y la ley N° 9021 para rectificar errores en aquella normativa como el alargar el proceso sin introducir nuevas causas de interrupción de la prescripción; en materia de prisión preventiva, etc. en la que, sin embargo, se cometieron otros errores, que debieron ser corregidos ahora por una Fe de Errata legislativa.

En conclusión, ante el dilema de si se requiere ley o no para cumplir con el voto de la CIDH que planteó en el Congreso el profesor argentino Pérez Barberá, quien esto escribe recomienda que, al margen de la respuesta a la que se llegue, no se siga el viacrucis legal tico que, a no dudarlo, nos dará nuevas estaciones.

Pero si alguna vacilación se tuviera sobre los verdaderos objetivos de ese proyecto... ¿cómo justificar que se eliminara la causal de debido proceso en materia revisoria, si la misma fortalecería la actividad impugnativa del imputado, que fue el discurso usado?[25]Al contrario, si se pretendía garantizar de mejor

24 Me refiero a las versiones existentes en el expediente N° 17.132 y a la única publicada en el expediente N° 17325 (La Gaceta N° 125 del 30 de junio de 2009, pág. 6 y ss.). En el primer caso se trata de la versión original publicada en La Gaceta N° 194 del 08 de octubre de 2004, pág. 2 y ss. y las reformas que sufriera, a iniciativa de la misma Sala promovente, aprobadas en Corte Plena, según sesión del 20 de abril de 2009, artículo XXV.

25 Así, mediante ley Nº 9003 publicada en La Gaceta del 29 de noviembre de 2011. Esta ley tuvo que tramitarse porque, aunque siempre fue el objetivo de la ley N° 8837 eliminar el trabajo que esta causal generaba (y que no era, como se dice, una violación a derechos humanos hacer creíble una posibilidad que era real, habida cuenta que las estadísticas del año 2011 señalan que un importante porcentaje de las revisiones se declaraban con lugar, lo que no tiene ningún punto de comparación con la novísima casación, casi siempre inadmisible, en cuyo caso, siguiendo la misma "lógica" que inspiró la derogatoria de esa causal, debiera suprimirse la casación) el Tribunal de Casación Penal

manera derechos de los imputados... ¿cómo negarles esta vía que había generado modificaciones de situaciones jurídicas importantes? ¿cómo se puede entender que, también, se eliminara la imposibilidad de recurrir la doble sentencia absolutoria que se introdujo con la Ley de Apertura de la Casación?[26]Una vez más,

de Goicoechea, que integro, planteó una consulta sobre la constitucionalidad del trámite, al pretenderse reformar una ley reforzada, como la de la Jurisdicción Constitucional que introdujo la causal, por una ley ordinaria y no una ley especial. La Sala Constitucional dijo, en el voto número14188-2010, que aunque se pretendió esa derogatoria, la revisión por violación al debido proceso debía entenderse subsistente por permanecer el 102 de la Ley de la Jurisdiccional Constitucional (aunque ahí solo se regulaba el trámite de consulta) y que solo podía derogarse por ley tramitada al efecto, que fue esta.

26 La denominada 'doble conformidad' fue introducida por la Ley de Apertura de la Casación, imposibilitando que el acusador, público o privado, pudiera recurrir la segunda sentencia absolutoria penal, tema en el que se aplicó una versión moderada de la propuesta de Maier. Actualmente esa derogatoria se encuentra cuestionada en la Sala Constitucional, expediente 12-007781-0007-CO, contrael articulo 10 de la Ley citada, alegándose que *"...la reforma procesal transgrede el artículo 41 de la Constitución Política, los artículos 8 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 8.1 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, refiere que tal reforma afecta sustancialmente los principios de progresividad de los derechos humanos, seguridad jurídica y de acceso a una justicia pronta y cumplida. El Estado costarricense ha dado una serie de pasos de gran importancia en el respeto de los derechos fundamentales, considerándose estos como la base misma de la legitimidad del Estado. Así, se ha establecido por parte de la Sala Constitucional que tratándose del respeto y reconocimiento de los derechos humanos, no es requisito que los tratados internacionales hayan sido ratificados por la Asamblea Legislativa (...) En el año dos mil seis se creó la Ley de Apertura de la Casación Penal, la cual introdujo el artículo 451 bis al Código Procesal Penal donde, entre otras cosas (....) vedaba la posibilidad a esas dos partes procesales de cuestionar un segundo fallo absolutorio a favor de quien figuraba como imputado, creándose con esta reforma procesal un verdadero acceso a la justicia pronta y cumplida, así como el respeto al principio de seguridad jurídica al ponerse un límite a quien ejerce la persecución penal, por lograrse en dos oportunidades distintas, con tribunales de juicio distintos una sentencia absolutoria (...) esta reforma procesal del año dos mil seis, hace respetar y crea nuevos derechos basados en el respeto a los derechos fundamentales y el derecho in-*

como con flagrancia y la oralidad de la sentencia, el discurso garantista fue utilizado para cercenar derechos.

Lo que termina por desnudar la táctica propagandística usada en la aprobación de esta ley está dado por dos acontecimientos finales: ***(i)*** ya vigente la normativa, los pronunciamientos de la Sala Tercera en que señala que no basta alegar la violación al 8.2.h para hacer que casos pendientes en dicha sala, puedan convertirse, como lo autoriza el transitorio III,[27] en "apelaciones de sentencia", sino que se requiere un verdadero agravio que, se aprestan por aclarar, nunca existirá, habida cuenta que *"el recurso de casación satisface las exigencias de la Corte Interamericana..."* Estos pronunciamientos fueron dictados por la misma integración de la Sala III que, en la Asamblea Legislativa y periodísticamente, dijo que no era suficiente la casación y promocionaron el referido proyecto. ***(ii)*** Esa jurisprudencia fue cuestionada en sede constitucional y este órgano recién determinó que no era inconstitucional, pero por una escasa mayoría

ternacional humanitario, consigna propia del Estado (...) fue sustituida por la reforma procesal penal de la Ley número 8837 con la cual se pretendió arraigar y fortalecer los derechos consagrados en aquella primera reforma relacionada a la apertura de la casación penal y a su vez, reconocer más derechos fundamentales relacionados con esta materia, como por ejemplo aumentar y hacer respetar el derecho a una verdadera doble instancia penal y con ello vigorizar la seguridad jurídica con el mejoramiento del procesamiento penal en Costa Rica. Del análisis del espíritu, la filosofía y la lógica de esta última reforma procesal, no se desprende que la misma pretenda demeritar los derechos esenciales consagrados y destinados a mejorar el enfrentamiento de un proceso penal en contra de un ser humano que ha sido investigado, enjuiciado y absuelto en dos oportunidades distintas, sino que por el contrario, las reformas legales pretenden mejorar las condiciones de las personas bajo esos supuestos." A dicha acción se le dio curso según consta en los Boletines Judiciales 140 a 142 del 19, 20 y 23 de julio de 2012.

27 *"TRANSITORIO III (...) En los asuntos que se encuentren pendientes de resolución y que se haya alegado con anterioridad la vulneración del artículo 8.2.h de la Convención Americana de derechos Humanos, al recurrente se le brindará el término (sic) de dos meses para readecuar su recurso de casación a uno de apelación, el cual se presentará ante los antiguos Tribunales de casación o la Sala Tercera, según corresponda, que remitirán el expediente ante los nuevos Tribunales de Apelación para su resolución. Bajo pena de inadmisibilidad se deberá concretar específicamente el agravio."*

de 4-3,con lo que la errática tramitación de un proyecto reabrió una discusión que ya estaba prácticamente zanjada. Ahora son cientos los recursos planteados ante la CIDH por este tema, lo que hace probables nuevos capítulos en la historia internacional.

Se comprende, entonces, el marco en que se originó la ley de la que surgió esta casación *sui géneris*. Era necesario entonces, cambiar el nombre de la impugnación de la sentencia a 'apelación' y darle esa función a jueces ordinarios, suprimiéndola de la competencia de los magistrados para desahogarlos del trabajo de analizar integralmente lo resuelto por el órgano de instancia que, de ese modo, hacían otros, pero, a la vez, era imprescindible mantener el nombre de 'casación' para justificar que la Sala efectuaba una función jurisdiccional, aunque fuera residual. Por ello se creó una "nueva" casación, lejos de los contornos tradicionales o reformulados: que permitiera mantener algunas funciones jurisdiccionales nominales pero que, a la vez, impidiera que ese órgano se saturara, posibilitando realizar holgadamente las labores de "gobierno judicial".

2.- Motivos actuales de casación

Tanto en la casación clásica, como en la reformulada, se han esbozado una serie de principios ***axiológico-ideológicos***que la alimentan, como, por ejemplo:

a)- que cabe por razones procesales o de fondo, cada una de ellas con motivos claramente delineados en la ley procesal y cuya decisión genera, por vía indirecta, una unificación jurisprudencial;

b)- puede ser planteada por cualquiera de las partes en el proceso (sistema bilateral de los recursos) y

c)- que las causas de inadmisión del recurso deben estar previstas legalmente y ser señaladas expresamente con dicha sanción, la cual ha de ser de aplicación restrictiva.

No obstante, si observamos el modelo ***normativo*** de nuestra casación penal actual vemos que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 468 CPP, procede, no por motivos de fondo o forma expresamente establecidos, sino porque:

i)- se alegue la existencia de precedentes contradictorios entre los tribunales de apelación de sentencia y la Sala de Ca-

sación Penal. Con esto, uno de los efectos que tienen, comúnmente los pronunciamientos del órgano de casación, se erigió en fin en sí mismo[28] e, inclusive, en el orden de los motivos se esbozó como el primero, es decir, el más importante;

28 La preocupación por la unificación jurisprudencial llegó a extremos violatorios de la independencia judicial pues en la misma exposición de motivos del Proyecto se dijo: *"La creación en 1993 del Tribunal de Casación Penal ha causado la segunda disfunción importante dentro del sistema que nos rige. Llevamos más de una década sin un mecanismo procesal que resuelva el problema de los fallos o precedentes contradictorios, tanto respecto de las distintas secciones del Tribunal de Casación entre sí, como entre estas y la Sala Tercera de la Corte, lo anterior para no mencionar los fallos contradictorios que pueden generarse en el seno mismo de la sala por las deficiencias en el control ante el excesivo trabajo, como por la variedad de integraciones que pueden producirse entre magistrados titulares y suplentes. Se ha ocasionado un verdadero problema de inseguridad y desigualdad jurídica frente a la ciudadanía que, dependiendo de cuál sea la integración de la sede de casación, así será el resultado del asunto, en temas siempre de gran trascendencia, tanto de derecho procesal como sustantivo* (...) *la Sala Tercera se ha visto obligada a delegar la mayoría de los asuntos reentrados en casación, o bien ingresados por revisión, en la sala o salas suplentes, con lo que se agrava el problema de los fallos y precedentes contradictorios y, lo que es aún más grave, se está generando mayor inseguridad y trato diferenciado según se imponen criterios diversos a los pronunciados por la Sala titular* (...)***Devolverle la potestad de decidir los puntos más trascendentales y polémicos, en última instancia, al tribunal de mayor rango en materia penal (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), es cuestión primordial que urge recuperar** *en orden a la estabilidad del sistema y la igualdad de respuesta a todos los ciudadanos"* Ya para entonces algunos de esos temas habían dejado de resolverse de forma disímil (la interpretación de normas sobre prescripción por ejemplo) pero, paradójicamente, cuando sí hubo diversidad de criterios, el mismo promovente de esta iniciativa, el magistrado Arroyo dijo, antes, en una sesión de Corte Plena: *"...parece perfectamente prescindible el tema relacionado con la jurisprudencia contradictoria* (...) *nosotros como Corte y el país en su conjunto, los jueces de este país, entendamos que estamos optando por la posibilidad de que haya jurisprudencia contradictoria, y eso ni nos agrega ni nos quita nada como comunidad jurídica y como proyecto de estado de derecho* (...) *de manera que tampoco el impacto de la jurisprudencia contradictoria es desestabilizador"* (Corte Plena, acta 38, 13 de diciembre de 2004, art. XIII).

ii)- cuando se aplique erróneamente *un* precepto legal procesal o sustantivo.

En adelante se analizará cada una de esas causales:

2.1 Jurisprudencia contradictoria

Uno de los fines declarados por los que se erigió la actual casación nacional fue la unificación de la jurisprudencia contradictoria. No por casualidad es la primera causal que contiene el artículo. Empero, se propone sólo entre los precedentes dictados por los tribunales de apelación de sentencia o entre los de éstos y la Sala Tercera (artículo 469 inciso a) del Código Procesal Penal), dejando de lado múltiples supuestos que quedan no sólo sin regulación, sino sin respuesta que justifique racionalmente la exclusión. Algunos de los casos de jurisprudencia contradictoria no regulados, son los que se den:

(1) entre la Sala Tercera y otras Salas de la Corte Suprema de Justicia. Hay temas en los que es evidente la confrontación entre diversas salas. Por ejemplo sobre los terceros adquirentes de buena fe al amparo de la publicidad registral y sobre la responsabilidad civil extracontractual en que hay jurisprudencia contradictoria entre la Sala Tercera y la Primera[29] ó sobre la inscripción de la reparación integral del daño a valorarse para efectos de condena ulterior o la orden de allanamiento escrita u oral, en donde la Sala Tercera discrepa y tiene criterios diversos a la Constitucional[30](pese a que los de ésta, al tenor del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, tienen carácter vinculante *erga omnes*);

29 Ver voto número 346-98 de la Sala Tercera que mantiene el derecho del propietario original y el voto número 53-97 de la Sala Primera, que tutela al poseedor de buena fe que adquiera al amparo de la publicidad registral.

30 Ver voto número 2009-788 de la Sala Tercera en que se usa una reparación integral para aumentar la pena y el voto número 2003-3285 de la Sala Constitucional que señala la imposibilidad de proceder de ese modo. Asimismo, cuando era otra la línea ideológica, aunque la Sala Constitucional posibilitó que la orden de allanamiento fuera oral (voto número 4672-03), la Sala Tercera dispuso que debía emitirse por escrito (votos número 2005-201 y 1179-02).

(2) a lo interno de la propia Sala Tercera, según variantes de la integración. Por ejemplo sobre el bien tutelado con el peculado y la reparación integral; sobre la coautoría del *extraneus* en los delitos especiales propios (cfr. votos 565-F-1994 y 2003-726 de la Sala III), etc.

(3) la que llegue a darse, eventualmente, entre la Sala Tercera y Corte Plena en casos en que ésta llegara a ejercer su función jurisdiccional en el juzgamiento de miembros de los supremos poderes;

(4) entreel tribunal de juicio (o los juzgados penales juveniles) y los tribunales de apelación de sentencia o los precedentes de la sala de casación cuando aquellas resoluciones no fueron oportunamente impugnadas;

(5) entre diversos tribunales de juicio (o juzgados penales juveniles), si las decisiones no son impugnadas.

Salta a la vista que la normativa no puede cumplir con el objetivo de *"...que todos los asuntos sean resueltos con las mismas reglas sin hacer discriminaciones ni diferencias entre unos y otros por la naturaleza o por la nomenclatura del delito."* (acta de Corte Plena, del 30 de abril de 2009, Artículo XXV, pág. 62 del Informe remitido a la Asamblea Legislativa). Cabe preguntarse, entonces, ¿por qué la jurisprudencia contradictoria que se da en todos esos casos no afecta la seguridad jurídica? ¿por qué esas afectaciones a la igualdad ante la ley no fueron relevantes para el legislador? Es evidente que no hubo ninguna voluntad política de que la unificación se diera a todo nivel y en función de la ciudadanía, como hubiera sido lo idóneo al trasladar el mecanismo, por ejemplo, bajo el alero de la Sala Constitucional.[31]

He sido del criterio que la casación por jurisprudencia contradictoria es necesaria en un sistema, de cara al principio de

31 De una Sala Constitucional reorganizada, pues la actual no da abasto con los casos actuales, entre cuyos precedentes hay múltiples contradictorios entre sí. Ese órgano era el único que, por ley, detenta el contralor concentrado de constitucionalidad para hacer aplicable el principio, de dicho rango, de igualdad ante la ley. Además, por ley (art. 13 Ley de la Jurisdicción Constitucional) es la única jurisprudencia vinculante y ello sería aceptable por el resto de la judicatura ordinaria, sin violar la independencia judicial, dado que es la encargada del contralor de constitucionalidad.

igualdad ante la ley (CHINCHILLA CALDERÓN, 2000: 364) pero el actual modelo nacional está muy lejos de prever esa posibilidad en beneficio de las personas, sino que lo hizo solo en función del ejercicio del poder, pues no otra cosa se puede pensar con aquellas exclusiones, sumadas a manifestaciones como estas:

> *"...**no podemos seguir permitiendo que los veintidós Magistrados que estemos aquí en Corte Plena todos los lunes, estemos pintados en una pared y ojalá pintados de frente, no, la pintura dando hacia la pared, o sea, desconociéndonos en realidad, ¿entonces qué estamos haciendo?,** ¿no será que nosotros estamos malentendiendo lo que es el gobierno de este Poder Judicial?, ¿no será que tenemos que tomar nuevamente las riendas de este Poder Judicial?, ¿o es que amparado en la independencia judicial se la tenemos que entregar a algunos jueces para que hagan lo que quieran?, yo no creo que eso sea así, hay que replantearse el rumbo que nosotros tenemos que tener y aquí en este lugar es donde nosotros podemos dirigir en forma debida todo ello, y entonces tenemos que mojarnos y tenemos que tomar partido y **tenemos que decir lo malo y lo bueno** que está y tenemos que señalar a la gente que está haciendo las cosas mal también, porque a nosotros nos señalan todos los días, ¿pero es que nosotros no podemos señalar a nadie?, yo tampoco lo creo. No estoy hablando de casos concretos sometidos a un proceso penal, estoy hablando de actuaciones genéricas que se están dando continuamente (...), ¿Capacitación? puede ser en muchos casos, pero yo no veo falta de capacitación en un juez de casación, yo lo que veo es simplemente desidia, lo que veo es falta de interés para que este Poder Judicial camine, indiferencia ante las políticas de Corte Suprema de Justicia y principalmente desconocimiento de la misma jurisprudencia de la Sala Constitucional, y eso no lo podemos permitir, pero si seguimos agachando la cabeza y seguimos diciendo esto no nos corresponde, vamos a seguir en lo mismo y nos van a seguir señalando (...) a quien señalan es a esta Corte Suprema de Justicia es a nosotros,*

¿por qué?, porque si nosotros no hacemos nada, nadie en este Poder Judicial va a hacer algo porque tampoco nadie tiene competencia para hacerlo, ¿entonces qué esperamos?, ¿perder esto?, ¿dejarlo ir?, ¿abandonarlo?, ¿meternos en nuestras oficinas y olvidarnos de que nosotros, en buen término, somos los que gobernamos este Poder Judicial?, pues no, discutámoslo, estamos aquí, identifiquemos los problemas y si es del caso de señalar personas señalémoslas y si tenemos que llevarlas a una Inspección Judicial llevémoslas, yo no tengo problema alguno; y si no lo quieren hacer no importa, me informan a mí y si me convenzo yo iré ante esa instancia y haré lo necesario."[32]

Hoy, sin embargo, en medio del profundo sentimiento de desasosiego que me embarga frente a lo que juzgo es el peor momento institucional que vive el Poder Judicial en el país, a nivel de legitimación democrática, interna y externa, (CHINCHILLA CALDERÓN, 2012) me pregunto ¿qué afectará más la seguridad jurídica del país: pronunciamientos contradictorios, que en todo caso siempre estarán amparados en la razonabilidad que surge de la independencia judicial y con la posibilidad de revisiones, o el darle el poder nomofiláctico a un órgano que ha venido demostrando un retroceso en las interpretaciones, que se muestra, en lo jurisdiccional y lo administrativo, altamente conservador y que emite decisiones sin mayor razonabilidad técnica?

32 Acta de Corte Plena 14-09 (artículo XXIII). El tema en discusión tenía que ver con la oralidad de la sentencia penal, que la mayoría de jueces de casación penal rechazaban y la Corte Plena imponía, contra el texto de la ley. El resto de los integrantes de ese órgano nada dijo en contrario. Siguiendo las directrices psicoanalíticas en materia de interpretación, tanto dicen las palabras como los silencios. Pero ese tema de fondo que se discutía, la oralidad de la sentencia, tampoco era el realmente importante pues, por acuerdo de Corte Plena de 20 de agosto de 2012, se revirtió, en parte, la patente de corso a las sentencias orales que antes se había dado y se dispuso que: "*...la sentencia puede ser oral, pero **debe** contar con respaldo digital o ser escrita cuando: a.- es compleja; b.- hay multiplicidad de partes; **c.- alguna de las partes la solicita y justifica.**2.- Cada Sala definirá mediante protocolos que deben ser aprobados por la Corte, lo que se entiende por compleja.*" Es claro que, lo que en el fondo estaba en juego, era la autoridad por sí misma considerada.

Por otra parte, la función uniformadora de la casación se verá menoscabada por varias situaciones:

a)- la independencia judicial y la poca o mucha razonabilidad del criterio de la Sala salvo, claro está, para jueces/ezas sumisos/as o que deseen quedar bien a quienes tienen la potestad administrativa de conocer sus ascensos, becas, causas disciplinarias, etc. y que, por ello, no resuelvan en función de lo que sepan o estimen motivadamente correcto, sino atendiendo el criterio del órgano de instancia que les revisará su accionar;

b)- el que, aunque el artículo 473 CPP señala que la Sala Tercera puede enmendar directamente el vicio, no podrá hacerlo si ello implica una afectación a la situación del encartado, desde que no habría instancia adicional que revisara lo resuelto, lo que obligará a un juicio de reenvío.[33]Ante ello puede darse:

b-1 que los nuevos jueces/ezas de apelación de sentencia no se sujeten o contradigan lo mandado por la Sala y mantengan el mismo criterio del órgano al que se le anuló, caso en el cual regresará a la Sala, se anulará nuevamente y así hasta el infinito o,

b-2 que los jueces/ezas de apelación de sentencia acepten el criterio de la Sala Tercera, su nueva decisión sea otra vez recurrida por la parte afectada y ahora, la Sala, integrada por nuevos magistrados/as (pues los anteriores deberán inhibirse al haber adelantado criterio: art. 475 CPP y voto de la CIDH en Mauricio Herrera contra CR) no sea del criterio de la antigua conformación de la otra Sala ni del órgano de instancia y vuelva a anular lo resuelto, generándose otro círculo vicioso.

Es claro, entonces, que este será un fin muy limitado, en sus alcances teóricos y aplicaciones prácticas,[34] pero mantendrá, al

33 El párrafo segundo de esa norma señala: *"En los demás casos, la Sala, al acoger el recurso, enmendará el vicio y resolverá el asunto de acuerdo con la ley aplicable."*

34 Uno de los asuntos admitidos es en lo concerniente al comiso por conducción temeraria (Sala Tercera voto número 2012-779) en que una sección del Tribunal de Apelación de Sentencia de Goicoechea lo ordenó. En contra está el criterio de otra sección del Tribunal de Apelación de Sentencia de Goicoechea (voto número 2010-1494), asumido luego por el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago (votos número

menos nominalmente, un residuo de funciones jurisdiccionales para la Sala Tercera, que podrá mantener nominalmente, al menos, su legitimidad formal en la estructura funcional del Poder Judicial.

2.2 Violación de preceptos legales, sustanciales o procesales:

En cuanto a esta causal hay que decir que, además de no establecerse en la ley ningún motivo específico que la haga procedente,[35] por lo que teóricamente las posibilidades impugnativas son bastante amplias, el diseño fue erróneo pues excluyó del recurso de casación al juzgamiento de los miembros de los Supremos Poderes que, a diferencia del resto de las personas, formalmente solo tendrán acceso al juicio (ante la Sala III) y a la apelación de sentencia (ante Corte Plena),[36] lo que crea una desigualdad odiosa que lesiona los intereses de grupos poderosos.

176-2011 y 207-2011). Posteriormente, la Sala Constitucional dispuso que era inconstitucional el decreto de comiso automático en tales delitos (ver voto 2011-1126) por lo que lo sorprendente sería que la Sala III uniformara esa jurisprudencia desconociendo el criterio constitucional.

35 Para alegar la violación a preceptos procesales o defectos de procedimiento, según el 468 CPP, se requiere que la impugnación se dirija contra actos sancionados con inadmisibilidad (como tales los requisitos de las querellas, de la acción civil, la presentación de los recursos, etc.), caducidad, ineficacia o nulidad (no hay ninguno así estipulado, inclusive, el legislador había eliminado esta última denominación que sustituyó por actividad procesal defectuosa); se haya pedido antes la subsanación o se haya hecho reserva de acudir en casación, salvo lo relativo a defectos absolutos.

36 Ver artículo399 del Código Procesal Penal que solo establece como recurso el de apelación de sentencia. Sin embargo, podría intentarse una interpretación amplia, protectora de derechos fundamentales, pues el numeral 59 inciso 8) de la Ley Orgánica del Poder Judicial reformada por ley N° 9021 establece que Corte Plena conocerá de la apelación de sentencia, casación y revisión contra las sentencias dictadas por la Sala cuando haga el juzgamiento. La norma permitiría constituir, cada vez, tribunales de Corte Plena con miembros interinos (Sala III juzga; apelación de sentencia ante Corte Plena sustituyendo a magistrados titulares por suplentes que revisarán lo resuelto por aquellos; la casación penal se conocería por una nueva ronda de suplentes e igual la revisión).

No obstante, en su aplicación **empírica** "la consigna", ya adelantada en múltiples escenarios, sin poner reparos en el deber de imparcialidad que incumbe a quienes así se expresan, es que casi ningún asunto pasará el estricto filtro de admisibilidad. Ello explica que, en los primeros seis meses de vigencia de la normativa (sin contar los primeros días de diciembre de 2011 en que aún no se habían resuelto asuntos en apelación de sentencia susceptibles de trasladarse hasta esa sede) sean muy pocos, menos de diez según datos extraoficiales (pues las estadísticas no están actualizadas ni disponibles) los asuntos admitidos. Los artículos 470 y 472 CPP, señalan como requisitos de admisibilidad la referencia al motivo, la cita de disposiciones legales, la mención de precedentes contradictorios, la referencia al agravio y a la pretensión. De cumplirse formalmente, tendría que darse admisión, lo que no sucede, y revela que los criterios de admisibilidad exceden el cumplimiento de requisitos sino que se consolidan como una política pre-concebida, es decir, ideológica de la Sala Tercera, violatoria al principio de imparcialidad y acceso a la justicia.

Si uno de los argumentos usados para impulsar la eliminación de la causal de violación al debido proceso en la revisión fue que era una violación a los derechos humanos darle esperanza a un sentenciado de que su situación se iba a revertir, pese a que, si se analizan las estadísticas, tanto de la Sala Tercera como de los Tribunales de Casación se determina que había una cantidad importante de revisiones que se acogían... ¿no será igualmente violatorio de los derechos humanos prever una casación que no sea admisible para los imputados salvo cuando los integrantes decidan, muy kafkianamente, que el caso es admisible?[37]

37 En el relato*Ante la ley*contenido en *El proceso*, de Franz Kafka, se narra cómo el personaje pasa su vida, angustiosamente, esperando que le permitan ingresar por la puerta para conocer la Ley. Un guardián se lo impide, mediante mentiras tales como que en otros salones hay otros custodios más poderosos que él. Lo sienta en un banquillo a esperar, lo desposee de sus pertenencias más valiosas y cuando el campesino está a punto de morir, descubre que esapuerta era exclusiva para él. Es decir que, aunque la Ley siempre estuvo a su alcance, hubo quién cuidó para obstaculizar su acceso.

En esa tesitura, en el voto número 2012-786 de la Sala Tercera, entre otros similares, se delinean algunas características de lo que se pretende que sea la casación:

- no es más un recurso ordinario sino que retorna a su noción "doctrinariamente correcta," se agrega, de recurso extraordinario;[38]

38 Inclusive, así se informó ante la Sala Constitucional, al rendir informe en *hábeas corpus*. Dentro de las inconsistencias del sistema generado con la ley N° 8837 es que hay normas que autorizan a ampliar la prisión preventiva si el tribunal de apelación de sentencia decreta la nulidad de la sentencia de instancia (arts. 465 y 258 párrafo cuarto CPP), pero no hay ninguna que disponga extender esa prisión si confirma lo resuelto. Como no es posible hacer aquello que la ley no autoriza (principio de legalidad), y dado que la sentencia aun es susceptible de ser impugnada en casación, hay que estarse a las reglas comunes del plazo y órgano competente para disponer la prórroga de la prisión (órgano a cuya orden está el preso, previo pedido fiscal, si aún está vigente el plazo ordinario o solicitarse al Tribunal de Apelación de sentencias, no en el marco del recurso sino de una autorización de prórroga extraordinaria, si el plazo ordinario venció: art. 258 CPP). En un asunto, el plazo de prisión cubría hasta apelación de sentencia. El recurso se resolvió antes, confirmando lo resuelto, pero nadie gestionó la extensión de la prisión y se presentó casación. El magistrado Arroyo rindió el informe indicando, en síntesis: *"Conforme el párrafo tercero del artículo 258 del Código Procesal Penal, el Tribunal de Apelación de Sentencia sí podría ampliar el tiempo de la prisión preventiva para asegurar la realización de un acto particular; b) Una vez resuelto el caso por el Tribunal de alzada, confirmando la sentencia del a quo, esta queda firme y es inmediatamente ejecutable, siendo casación un recurso extraordinario."* Ninguno de los dos argumentos es correcto. El párrafo tercero del 258 inicia indicando ***"Vencidos esos plazos"***, es decir, vencidos los lapsos descritos en los párrafos primero y segundo (plazo ordinario o el extraordinario). Solo acaecido ese vencimiento puede mantenerse la prisión "para un acto particular" por el órgano que lo va a realizar, no antes como erróneamente se indicó tanto ahí como por la Sala Constitucional al autorizar que el tribunal de flagrancia se extienda, así mismo, el plazo de prisión más allá de los quince días. Por otro lado, aunque la casación se conceptúa como recurso extraordinario, es recurso y si la resolución es susceptible de ser impugnada, hasta que no se venza el plazo para ello sin presentar la gestión o, presentándola, ésta se decida, lo resuelto no estará firme. La Sala Constitucional, rechazó el recurso en el voto 2012-7939. El comunicado inicial dado a conocer por el Centro de Información fue en los siguientes términos: *"7939-12. PRISIÓN PREVEN-*

- el control jurisdiccional se limita a motivos expresamente autorizados por ley y a agravios específicos;

TIVA. SE TIENE COMO FIRME LA SENTENCIA CON LO RESUELTO POR EL TRIBUNAL DE APELACIÓN Y SE PRORROGA LA PRISIÓN PREVENTIVA, AÚN CUANDO QUEDAN PENDIENTE RECURSOS QUE PLANTEAR, ANTE OTRAS INSTANCIAS." Extrañamente el error fue corregido, "de oficio", cuando alguien de la Defensa planteó la tesis de que si casación era un recurso extraordinario y la sentencia estaba firme con apelación, solo la defensa podría acceder a casación, pues la Constitución prohíbe reabrir causas fenecidas. Al darse cuenta del craso error, la Sala Constitucional rectificó el comunicado oficial del por tanto consignando: *"7939-12. PRISIÓN PREVENTIVA. SE ACUSA QUE IMPUTADOS SE ENCUENTRAN DETENIDOS SIN ORDEN DE JUEZ Y SIN QUE LA SENTENCIA EN SU CONTRA HAYA ADQUIRIDO FIRMEZA"* y en el cuerpo de la resolución se aceptó que no hubo autoridad alguna que dictara prisión, que los presos lo estuvieron de facto, pero que hubo una especie de 'prórroga tácita': *"...en la especie (...) existe una manifiesta necesidad procesal de asegurar la sujeción de los imputados al proceso, toda vez que al existir una sentencia condenatoria confirmada por el ad quem, se ha dado una variación medular de las circunstancias que aumentan el peligro de fuga y acrecientan la posibilidad de que los amparados rehúyan las resultas del proceso penal. Tal situación justifica que la prisión preventiva impuesta a los amparados se tuviera por prorrogada más allá del 12 de mayo de 2012."* Pero ya las razones dadas por la mayoría no calzaron con el voto salvado de los magistrados disidentes Piza R., Calzada y Cruz que dijeron: *"Una de las condiciones medulares de la detención descansa en la necesaria intervención de una autoridad judicial, que defina las razones y plazo por el cual podría extenderse la privación de libertad. La privación de libertad, antes y después de la sentencia, requiere un ineludible control judicial. La ausencia de ese control, se convierte en una lesión a un derecho fundamental como la libertad y la presunción de inocencia, impidiendo que la limitación de este derecho sea el último recurso y que siempre se imponga excepcional, ante condiciones y circunstancias que lo justifican (...) Las instancias recursivas del proceso penal, a partir de la Ley 8837 de "Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal", han variado, de conformidad con lo que se establece en el citado cuerpo normativo. Por esta razón, es imprescindible establecer el momento jurídico en el cual adquiere firmeza una resolución en dicha materia, pues, únicamente, a partir de ahí, se podrían ejecutar los actos jurídicos posteriores o derivados de la sentencia, entre los que destaca la restricción o la libertad del sometido al proceso (...) la sentencia en materia penal adquiere firmeza*

- legalidad de lo resuelto, sin re-examen de hechos ni de la prueba: esta es una nueva incorrección porque la forma de valorar la prueba y determinar los hechos está establecida en la ley procesal;
- resurge el principio de intangibilidad de los hechos probados;
- no cuestionar lo producido por el Tribunal de Juicio sino solo por el de apelación de sentencia.

A pesar de eso, aunque se indica que el recurso de casación **no** procede para el re-examen de los hechos probados, resulta que no se estableció limitación legal alguna para que el tribunal de apelación de sentencia no pudiera hacer más gravosa la situación del encartado, ante recurso fiscal o del querellante, sino que dieron amplias potestades para resolver, *ex novo*, ambos recursos. Si no hay limitación legal alguna, entonces, teóricamente los tribunales de apelación de sentencia podrían revalorar prueba en esa instancia y condenar, por recurso fiscal, allí donde antes se había absuelto; podrían recalificar hechos en perjuicio del encartado si es otro el recurrente y hasta aumentar sanciones sin que, en tales casos, haya limitación constitucional, pues la Sala Constitucional señaló que esa imposibilidad la tiene el último órgano superior o de casación, pero los tribunales de apelación de sentencia ya no son ni el último órgano con pronunciamiento definitivo ni conocen casaciones. Es decir, aquellos votos constitucionales se emitieron cuando contra la sentencia

y, por ende, es ejecutable, a partir de la resolución de los recursos de apelación y casación, o bien, vencidos los plazos para su interposición (...) Además, resulta de capital importancia estimar que, al amparo de lo regulado en el artículo 444 del Código citado, la resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición legal en contrario. Antes de este plazo, sería imposible realizar los actos ejecutorios o de liquidación una sentencia penal (...) se comprueba en este caso que ha habido una violación a la libertad personal de ambos amparados (...) al acaecer la fecha del 12 de mayo del 2012, habiéndose vencido la fecha de la prisión preventiva y sin que hubiera vencido el plazo para presentar el recurso de casación, a partir de esa fecha ambos amparados permanecieron ilegítimamente privados de libertad, por no haber resolución que ampliara la medida de prisión preventiva, ni tampoco estar firme la sentencia condenatoria (...) razones por la que salvamos el voto..."

de instancia sólo cabía el recurso de casación, naturaleza que no tiene el que se conoce en apelación de sentencia, que tampoco es definitivo. Por ello, en tales casos, dependerá de la Sala Tercera hacer un análisis integral de lo resuelto en apelación de sentencia para no conculcar el derecho al recurso y, de mantenerse esa política de inadmisibilidad, será la actuación de esa Sala la que genere nuevas violaciones convencionales al derecho al recurso.[39]

Tampoco es cierto que, como en lo teórico, cualquier sujeto pueda plantear directamente el recurso de casación. El artículo 474 CPP señala: *"Cuando el recurso de casación ha sido interpuesto solo por el imputado o a su favor* ***y cuando se ha presentado recurso de apelación de sentencia por el imputado****, o a su favor, en la resolución de la Sala (...) no se podrá imponer una sanción más grave..."* (se suplen las negritas). Es decir, solo quien haya recurrido en apelación de sentencia puede, si le es desfavorable lo resuelto ahí, acudir en casación. Casos como que el ente fiscal o querellante no recurran en apelación, por estar satisfechos con lo resuelto en instancia, lo que sí es recurrido solo por el defensor y, en apelación de sentencia se revierta lo decidido, dándole la razón al impugnante (imputado), quedan fuera de casación, aunque causen agravio, pues solo recurriría en casación el Ministerio Público, querellante o actor civil, que no fueron quienes abrieron la apelación. En otro giro: no habría podido existir casación si el encartado no hubiera recurrido. Este recurso fue en favor del imputado, lo que impide modificar su situación en casación.

Es evidente que la regulación no es la óptima. En cuanto a los efectos generales de esta casación, al ser una instancia adicional, obviamente se incrementa la duración **normativa** de los procesos. La lógica que inspira esa conclusión es sencilla: si un proceso estaba diseñado, teóricamente, para que durara 100 días y se introducía una etapa adicional de 30 días, matemáticamente existiría un aumento en la duración. No obstante, esa conclusión se hace al amparo del dato normativo y no del fáctico. Es decir, desde la práctica si el proceso duraba 100 días, pero en la realidad, producto de la mora de la Sala Tercera, solo

39 Uno de los pocos asuntos admitidos es contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia de Goicoechea en donde, al recalificar en un recurso de la defensa, se mantuvo la pena.

la etapa recursiva estaba durando 2 años y medio, aunque se introduzca una etapa adicional de 30 días, si se traslada la competencia impugnativa a un órgano que resuelve en mucho menos tiempo, como hasta ahora se está haciendo, pues más bien los procesos durarán menos de lo que antes duraban, aunque normativamente el diseño sea más extenso. Claro está, mientras los tribunales de apelación no sean, como ya están siendo, colapsados si no se inviertan recursos adicionales para fortalecerlos. Colateralmente se ha evitado la justicia delegada, pues son jueces de carrera, del más alto escalafón, quienes conocen las apelaciones y no los asistentes jurídicos de la magistratura (letrados y letradas).

Conclusiones:

De lo anterior se puede extraer que:

1.- El actual recurso de casación penal costarricense, pese a que la homonimia pueda inducir a confusiones, no tiene las características ni de la casación clásica ni la reformulada-moderna, sino que es un recurso, para decirlo de algún modo, "*sui géneris*", que no encuentra parangón en la doctrina procesal, ni antigua ni moderna; nacional o extranjera, gracias al pecado original con el que nació y que la marcará mientras viva: haberse usado como excusa para su diseño la condena recaída contra el país a manos de la CIDH, cuando el fin último de dicha reforma fue, más bien, el modificar la estructura penal del Poder Judicial para descongestionar a la Sala Tercera de la carga de trabajo que la agobiaba y que había generado una mora tal que el promedio de decisión de sus resoluciones superaba los dos años y había sido objeto de atención, en dos oportunidades consecutivas, por el Estado de la Nación, único órgano fiscalizador informal de algunas instituciones nacionales. La coyuntura se usó para no discutir ninguna alternativa al modelo propuesto bajo criterios de urgentismo, justificando así la falta de análisis y de diálogo que debieron imperar.

2.- La casación penal actual nacional carece de una indicación de motivos de fondo y forma que, como lo plantea la casación clásica y reformulada, la hagan admisible. A partir del texto, para serlo basta alegar la aplicación errónea de un precepto

legal sustantivo o procesal, excluyéndose, sin razón aparente, los preceptos convencionales, de instrumentos internacionales de derechos humanos y otras fuentes del Derecho de la Constitución que, en cuanto amplíen el catálogo de derechos, predominan sobre la misma Constitución (votosnúmero 3435-92, 2313-95, 1319-97, 4356-98 y 6830-98 de la Sala Constitucional).

3.- El análisis de admisibilidad no tiene parámetros legales para razonabilizarlo por lo que, si bien desde la norma todo cabría, en la práctica todo arbitrariamente se rechaza, generando formalismos absurdos y cerrando el recurso artificialmente, sin responder al modelo normativo sino solo por "voluntad de los aplicadores" que, al carecer de sustento normativo, no puede justificarse jurídicamente, pero tampoco impugnarse.

4.- El principal motivo para mantener una estructura de tres recursos en materia penal fue concentrar el poder, al punto que en el proyecto se expuso la necesidad de que la única jurisprudencia uniformadora fuera la emitida por los magistrados titulares (lo que al final se eliminó) y los precedentes contradictorios se erigen como motivo autónomo para darle admisibilidad a la casación, cuando, en la generalidad de los ordenamientos, es un efecto político que se produce, indirectamente, al resolverse los motivos de fondo y forma que son los que se usualmente se elencan y en nuestro modelo no existen.

5.- En el tema de la jurisprudencia contradictoria es difícil lograr el objetivo de la uniformidad, no solo porque es imposible revertir decisiones favorables al encartado y ya firmes; porque se dejaron de comprender algunos otros supuestos de decisiones definitivas que puedan ser contradictorias con las emanadas por órganos de instancia y no recurridas oportunamente sino porque, además, la Sala no podría modificar lo resuelto en perjuicio del encartado, al no haber instancia adicional para revisar la decisión, por lo que debe ordenar el reenvío en cuyo caso ni los tribunales de apelación están vinculados por lo que ella expone ni, aunque se plegaran a tal criterio, éste puede ser nuevamente conocido por los magistrados titulares quienes deberán inhibirse por el principio de imparcialidad, lo que hace que los suplentes, al no estar necesariamente de acuerdo con ellos, puedan revertir el criterio originalmente expresado.

En síntesis: la casación penal actual tiene un alcance jurisdiccional residual, aunque socio-políticamente haya sido el pretexto perfecto para legitimar el ejercicio de una forma particular de uso del poder, jurisdiccional y administrativo, en aras de mantener el *status quo* y evitar transformaciones estructurales en el seno del Poder Judicial costarricense, tan necesarias en estos momentos.

"Y ahora, al escribir esta memoria, me digo: ¿Por qué no me engañó?, ¿por qué no me engañó entonces como engañaba a los demás? (...) *¿Porque no podía engañarse a sí mismo, o porque no podía engañarme? Y quiero creer que se acongojaba porque no podía engañarse para engañarme."*

San Manuel Bueno, mártir

Miguel de Unamuno

Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1951). "*Evolución de la doctrina procesal*". En: *Revista de la Universidad de Costa Rica*, San José, N° 5, julio, págs. 327-350.

ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter (2009). *Caja de pandora* (inédito). Agregado al expediente legislativo Nº 17.143.

ARCE VÍQUEZ, Jorge Luis (2007). *Sobre los fines de la casación penal. De la nomofilaquia al progreso de la razón judicial en la democracia*. En: AAVV. *Justicia Penal y Estado de derecho*. Homenaje a Francisco Castillo, Editorial Jurídica Continental.

ARCE VÍQUEZ, Jorge Luis (2009). *Casación penal: mitos, realidades y esperanzas*. Periódico La Nación.

ARCE VÍQUEZ, Jorge Luis (2012). *Crítica a la supresión de la causal de revisión por infracción al debido proceso u oportunidad de defensa*. En: AAVV: *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: Análisis de los recientes cambios normativos*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel; CHINCHILLA SANDÍ, Carlos; RAMÍREZ, Jesús; PEREIRA, Magda (2009). *Razones para una reforma*. La Nación 03 de mayo 2009.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Expediente legislativo Nº 15.856*"Ley Apertura de la Casación Penal" (Parcialmente en: La gaceta N° 88, de 09 de mayo de 2005) Archivo, Asamblea Legislativa, Costa Rica.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Expediente legislativo Nº 17.132* para derogar el párrafo segundo del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional Archivo, Asamblea Legislativa, Costa Rica.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Expediente legislativo Nº 17.143* "Ley de creación del recurso de apelación..." (Parcialmente en: La Gaceta, Nº 194, 08 de octubre de 2004). Archivo, Asamblea Legislativa, Costa Rica.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Expediente legislativo Nº 17.325* (Parcialmente en: La Gaceta N° 125, 33 de junio de 2009). Archivo, Asamblea Legislativa, Costa Rica.

BARRANTES ARROYO, Karla (2012). Jurisprudencia contradictoria e igualdad ante la ley. En: AAVV: *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: Análisis de los recientes cambios normativos*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José.

BERTOLINO, Pedro (2007). *La metamorfosis del recurso de casación (Algunas consideraciones a propósito de dos fallos actuales trascendentes)*. En: AAVV. *Justicia penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo*, Editorial Jurídica continental, San José.

BRENES LOAIZA, Mauricio (2012). *Apuntes en torno a la Corte Interamericana de Derechos humanos y la doble instancia en la Ley N° 8837*. En: AAVV: *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: Análisis de los recientes cambios normativos*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José.

CALAMANDREI, Piero (1945). *La casación civil, tomos I y II*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura (2000). *La prescripción de la acción penal*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. (2009-a) *De patologías, asimetrías y nuevas anarquías en el diseño penal*. La Prensa Libre, 23 de junio.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura (2009-b). *Justicia penal y CIDH*. En: La Nación 19 de abril.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura (2009-c). *Revelando razones*. La Nación, 10 de mayo.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura (2010). *De derechos humanos y leyes penales*. En: La Nación 06 de junio y Semanario Universidad, 02 de junio.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura (2012). *Legitimación democrática e independencia judicial en C.R.*. Página Abierta, Diario Extra, 31 de enero; Revista de Ciencias Jurídicas N° 127.

CIDH. *Debido proceso penal en C.R.*, Comparecencia 24 de marzo de 2009. http://www.oas.org/OASpage/videosondemand/show/video.asp?nCode=09-0057&nCodeDet=7&nType=1 o en http://www.oas.org/en/media_center/videos.asp?sCodigo=09-0057&sCodigoDetVideo=7

CRUZ CASTRO, Fernando (2003). *La reforma del Poder Judicial. La supervivencia de un ideario autoritario*. En: *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 100, enero-abril, San José, Facultad de Derecho.

D'ALLANESE RUIZ, Francisco (2003). *Unificación de la jurisprudencia*. En: Periódico La Nación, 22 de setiembre, consultable también a través de http://www.nacion.com/ln_ee/2003/septiembre/22/opinion6.html.

DE LA RÚA, Fernando (1968). *El recurso de casación*. Argentina, Víctor de Zavalía.

ESTADO DE LA NACIÓN (2006). *Décimo tercer informe*. San José.

ESTADO DE LA NACIÓN (2007). *Décimo cuarto informe*. San José.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel y HOUED VEGA, Mario (1995). *Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal*. En: *Revista de Ciencias Penales* Nº 10, San José, setiembre.

GUTIÉRREZ, Carlos José (1981). *La cúpula judicial*. En: *La Administración de Justicia en América Latina*. Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima, 1981, págs. 121-141. También publicado en *Revista Judicial* N° 21, 1981, págs. 15-26.

Informe 24/92 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OEA, Informe Anual de la C.I.D.H. 1992-1993, Washington D. C., 1993.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (2009). *Proceso Penal comentado*, Editorial Jurídica Continental y editora Dominza, San José, 4ª edición.

PASTOR, Daniel (2001). *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires, Editorial Ah-hoc.

PODER JUDICIAL. Actas de Corte Plena, sesión 20 de abril de 2009; del 13 de diciembre de 2004; del 20-4-09, art. XXV.

ROJAS SALAS, Manuel (2012). *¿Hacia una justicia pronta y cumplida?Consecuencia de las reformas en la duración del proceso*. En: AAVV: *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: Análisis de los recientes cambios normativos*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José.

SALAZAR MURILLO, Ronald (2004). *La condena de Costa Rica ante la Corte Interamericana y su incidencia en la casación penal costarricense*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José.

SOTO CERVANTES Juan José (2012). Conferencia inédita. Congreso sobre Flagrancia organizado por el Colegio de Abogados, agosto de 2012.

ULLOA RAMÍREZ, Helena (2012). *Oralidad en el proceso penal costarricense. Discursos y realidades*. En: AAVV: *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: Análisis de los recientes cambios normativos*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José.

UREÑA SALAZAR, José Joaquín (2006). *Casación penal y derechos humanos*. Editorial Jurídica continental, San José, 1ª edición.

LÍMITES Y POSIBILIDADES DE LA NUEVA CASACIÓN PENAL PARA CUMPLIR SUS FINES

Lic. Alexánder Rodríguez C.
Abogado litigante.
Consultor internacional en sistemas de justicia.

Punto de partida

Como justificación de las reformas al régimen de impugnaciones, se ha indicado que el nuevo sistema de impugnación de la sentencia penal en Costa Rica se divide en dos: por una parte, un recurso de apelación amplio y desformalizado permitirá realizar a plenitud el derecho a una revisión comprensiva e integral de la sentencia de mérito, y por otro lado, un recurso de casación de naturaleza extraordinaria, unificará la jurisprudencia de las cámaras de apelación y verificará la correcta interpretación y aplicación de la ley.

Me referiré a los criterios legales y jurisprudenciales que están perfilando a la casación como un instituto de **limitadísima aplicación.** Antes, estimo preciso establecer las siguientes bases de la ponderación: 1.-Entiendo que la finalidad última del recurso de casación es garantizar la aplicación igualitaria de la ley y revertir los errores judiciales que causen agravio en los casos que conozca. En unos lo logrará por medio de la unificación de los precedentes, y en otros, por a través del control de la correcta aplicación de la ley. Ese cometido solo puede alcanzarse mediante una interpretación amplia de los requisitos de admisibilidad del recurso.2.- A través de la casación el sistema debe poder fiscalizar que los tribunales de apelación están cumpliendo con su cometido esencial de revisar la sentencia de mérito. Ello lleva como consecuencia que la Sala Tercera puede revisar los aspectos de hecho que plantee el recurrente contra la sentencia de apelación.

Juicio de admisibilidad en casación

El juicio de admisibilidad del recurso es un control necesario que debe hacer la Sala para asegurar que el impugnante ha

cumplido con las formas elementales que propician la vía del recurso. Sin embargo, en la medida en que el control sea más estricto, se limita el acceso a la justicia y se reducen las posibilidades de que casación emita pronunciamientos de fondo en los que sienta sus precedentes.

Ese análisis de admisibilidad debe estar regido por el principio pro recurso, de modo que, conforme a la regla del art. 2 CPP, se interpreten restrictivamente las disposiciones legales que limiten el ejercicio del derecho a recurrir.

Ello conlleva a que cada caso sea estudiado en su particularidad. Resumir los planteos del recurrente de un modo completo, preciso y veraz, y emitir pronunciamiento sobre cada cuestión es, no solo un mandato ético, sino una obligación de transparencia judicial, ya que solo así cualquier tercero podrá comprobar que la decisión de la Sala es razonada y razonable.

Esto último no se cumpliría si los recursos se llegaran a desechar con estudio superficial, descuidado o realizado sobre la base de criterios formalistas de admisibilidad o mediante formularios o con la mera cita de normas o sentencias.

Primer límite: El carácter extraordinario como pretexto para la rigurosidad

Se ha dicho, desde la exposición de motivos y ahora en fallos de la propia Sala (2012: 779, 786, 791), que se trata de un recurso **EXTRAORDINARIO** por basarse en motivos específicos y porque no es posible plantearse aspectos de hecho[1]. Esto

1 Así la sentencia 2012-000791 de las nueve horas y dieciséis minutos del dieciocho de mayo del dos mil doce, establece que el recurso de casación actual no es más un recurso ordinario, como lo establecía el régimen impugnaticio anterior, sino que, retoma a su noción –doctrinariamente correcta- de recurso extraordinario, en el que el control jurisdiccional se limita a los motivos expresamente autorizados en la ley y a los agravios específicos que reclame el interesado. Es así como, en este recurso de casación, el análisis se limita esencialmente a la legalidad de lo resuelto; no es, en principio, un re-examen de los hechos ni de la prueba evacuada, porque tal ejercicio corresponde ahora a una función específica encomendada al Tribunal de Apelación de Sentencia. Por esta vía, no se puede revisar o controlar la solución al problema probatorio que precedió a la determinación de los hechos, sino que, toda discusión probatoria debe terminar en el examen que realiza el Tribunal de Apelación de sentencia, único competente para revisar la

se invoca como **justificación formal** que legitima la proporcionalidad de la restricción al recurso. A partir de ahí se interpreta que la admisibilidad debe ser más severa y se resucitan criterios de admisibilidad propios de sistemas inquisitivos.

Como si ello no fuera un tema de por sí relevante concerniente a la admisibilidad de los recursos, la propia Sala Constitucional ha asumido un criterio gramatical de lo que debe entenderse por recurso extraordinario y ha fijado la firmeza de las sentencias penales a partir de que se declara sin lugar un recurso de apelación o se ejerce este en el plazo de ley[2]. Ello

valoración de la prueba que hizo el Tribunal de Juicio. Por su parte, en casación, el control por violación a un precepto legal procesal *(vicio in procedendo)* se refiere a la inobservancia de las normas que establecen una forma procesal o la errónea aplicación o interpretación de una norma adjetiva, sea, de los preceptos que tutelan el procedimiento, que disponen el cumplimiento o la forma en que deba verificarse el acto procesal. En estos casos, para que el recurso proceda deberá dirigirse contra los actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto o haya hecho manifestación de recurrir en casación, quedando a salvo lo referido a la verificación de defectos absolutos, conforme el artículo 178 del Código Procesal Penal. En cuanto a este último aspecto, debe recordarse que el vicio *in procedendo* no se refiere al caso resuelto, sino a la forma de resolverlo, se trata de la inobservancia del trámite previsto para decidir o para llegar a la resolución, sin tener en cuenta el juicio contenido en el dispositivo

2 Así lo indicó en el voto 2012-013065, de las nueve horas cinco minutos del dieciocho de setiembre de 2012: ***"...V.- Sobre la firmeza de las sentencias en materia penal.*** *Las instancias recursivas del proceso penal, a partir de la Ley 8837 de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, han variado, de conformidad con lo que se establece en el citado cuerpo normativo. Por estarazón, es imprescindible establecer el momento jurídico en el cual adquiere firmeza una resolución en dicha materia, pues, únicamente, a partir de ahí, se podrían ejecutar los actos jurídicos posteriores o derivados de la sentencia, entre los que destaca la restricción o la libertad del sometido al proceso. De esta manera y, en atención a los mandamientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente, del artículo 8.2.h), así como el artículo 14.5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es que nuestro sistema procesal penal se adecuó al respeto de dichas garantías. Es un principio general de derecho que las sentencias adquieren su firmeza, una vez agotados los recursos ordinarios dispuestos por el*

conlleva a una privación de libertad de manera anticipada a la firmeza de la sentencia.

Aunque visto desde la doctrina tradicional de los medios de impugnación eso es correcto, las consecuencias limitativas que se le asocian corresponden más una estructura normativa deficitaria y una interpretación que todavía no son compatibles con los fines y el funcionamiento de la Casación.Aquella caracterización de la casación como un recurso extraordinario era propia de una visión restrictiva de un único recurso para revisar la sentencia.

Sin embargo, apreciado desde un punto de vista **político criminal** tales efectos deben descartarse. En efecto, al sistema de justicia le conviene poder controlar la **falibilidad de las decisiones de los tribunales de apelación** y ello solo es posible si el recurso de casación no se asocia con una imagen restrictiva que desaliente su utilización.De modo que, aunque se le considere como un recurso extraordinario sobre la base de criterios de autoridad doctrinal, las razones para facilitar el acceso al recurso son más vigorosas y deben prevalecer.

El alegado carácter extraordinario del recurso no puede llevar aparejado asumir **criterios formalistas** para inadmisibilidad de las casaciones. **Un criterio es formalista** cuando no encuentra una justificación basada en los principios del proceso, sino que en el fondo lo que trata es de limitar la cantidad de asuntos que resolverá la Sala. **Y es claro que una cuestión de conveniencia administrativa o de simplificación de la gestión de casos no puede estar por encima del derecho al recurso.**

Hay que estar atentos a que nunca más tengan cabida en nuestro sistema procesal criterios que superados y que entonces generaron muchas injusticias. Me refiero a defectos del recurso que pueden ser obviados por un lector imparcial, que no pretenda litigar contra el recurrente o su recurso, sino que, aplicando el principio iura novit curia, entienda como bien interpuesto el recurso. Tal es el caso de los siguientes criterios de inadmisibilidad: confunde o mezcla motivos entre infracción de ley sustantiva y ley procesal, ausencia de indicación precisa del precepto legal

ordenamiento jurídico para combatirlas, por lo que siendo la casación un recurso extraordinario, se puede indicar que la sentencia en materia penal adquiere firmeza y, por ende, es ejecutable, una vez resuelto el caso por el Tribunal de alzada, confirmando la sentencia del a quo, o bien, vencido el plazo para la apelación..."

inobservado (por omisión o por imprecisión), no señalar la regla de la sana crítica infringida, confundir de falta de fundamento con el quebranto a las reglas de la sana crítica, valoración subjetiva de la prueba, falta de ubicación de la sección de la sentencia donde se encontraba el defecto, no explica el agravio, hay incongruencia entre el fundamento del motivo y la pretensión.

Segundo límite: Imposibilidad de valorar prueba en casación.

Este es una consecuencia del anterior límite. Se dice que casación no es una tercera instancia y eso es cierto, porque casación no está diseñada para evacuar prueba, y ordinariamente, no puede hacer una valoración probatoria autónoma que sustituya la recaída en apelación.

Es claro que si la casación procede, aparte del caso de uniformidad, cuando la sentencia de apelación inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal, la Sala está facultada para verificar que esa sentencia no incurre en errores concernientes a la valoración de la prueba. Así que, tanto cuando vierte una propia valoración probatoria, como cuando reprueba o confirma la de instancia, el Tribunal de apelaciones está aplicando preceptos legales de orden procesal que son controlables en Casación.

El punto acá es si la Sala puede o no valorar la prueba, cómo lo hace y cuáles serían sus implicaciones. Durante muchos años la Sala Tercera valoró **indirectamente** la prueba al controlar el razonamiento judicial vertido en la fundamentación, todo ello mediatizado por el control de aplicación de las reglas de sana crítica, las reglas de la fundamentación y más adelante lo hizo directamente al definir los alcances del principio *in dubio pro reo*. Si eso lo hacía la Sala respecto a sentencias de instancia, y hoy día los Tribunales de apelación pueden controlar y sustituir la valoración de la prueba, nada impide que en Casación se examine la aplicación de la ley procesal de parte del órgano de apelaciones, y anule cuando corresponda.

Conforme a aquel postulado general, el recurrente puede formular el reclamo por inobservancia o errónea aplicación de la ley procesal **con la legítima expectativa de modificar los hechos probados.** Y eso lo puede hacer no solo cuando reclama directamente inobservancia legal en la incorporación y valoración probatoria sino cuando señala **cualquier defecto procesal que permita anular totalmente la sentencia.**

Por esas mismas consideraciones deben admitirse los recursos que se presenten por el fondo, pero que al leerlos se sustentan en una inconformidad con la valoración probatoria. Eso es un caso típico de casación por **violación indirecta a la ley sustantiva.** Si se siguen criterios restrictivos esos alegatos serían rechazados *in limine,* pero, como aquí se defiende, en pro del recurso y en aplicación del principio *iura novit curia* la Sala debe admitirlo y darle un tratamiento tal cual si fuera un motivo por defectos procesales.

Por eso, es desacertada la prohibición del art. 471 que hace inadmisible el recurso que pretende modificar los hechos probados. Esa limitación es contraria al art. 41 de la Constitución Política que garantiza el acceso a la justicia. Y es un absurdo jurídico precisamente porque **la pretensión final de modificar los hechos es lo que justifica el agravio en los defectos de orden procesal.**

El control sobre la decisividad del defecto denunciado en el recurso debe hacerse acudiendo a métodos que nacieron con la evolución de la casación y que permiten dimensionar la trascendencia del vicio: la inclusión o exclusión hipotéticas, esto es, un juicio acerca de cómo se modificaría la sentencia de apelación si se incluyeran o excluyeran tales elementos probatorios.

Si apelación valora la prueba, Casación debe controlar esa valoración, sobre la base de un recurso que así lo denuncie, y si el defecto existe y causa agravio, lo procedente, como en cualquier otro defecto de esta naturaleza, es anular la sentencia y ordenar su reposición.

Incluso, si el defecto puede reconducirse a un tema sustantivo (por ejemplo se reclama violación al principio in dubio pro reo), nada impide que, por economía procesal, Casación resuelva conforme a la ley aplicable, absolviendo o determinando una calificación legal favorable. Y aquí sí Casación puede valorar definitivamente la prueba, aclarando que no puede condenar por una imposibilidad de poder controlar su decisión ante otro órgano que garantice su revisión integral.

Un importante avance en la dirección que aquí se defiende es la sentencia de la Sala Tercera No. 1541 de las 11:26 horas del 28 de setiembre del 2012 en la que a pesar de reconoce que la Sala no puede valorar la prueba, establece que si puede controlar la fundamentación de la sentencia de apelación. En ese

sentido indicó que el órgano de Casación carece de competencia para abordar el tema probatorio, por tratarse de una función encomendada legalmente al Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, llamado a realizar un estudio integral de lo resuelto. Sin embargo, continúa la Sala, la fundamentación del fallo es una forma procesal cuyo incumplimiento está sancionado con ineficacia de la sentencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142 del Código Procesal Penal, por lo que, de verificarse su ausencia, el punto podría ser objeto de impugnación, como inobservancia de un precepto legal que justifique la Casación. En ese orden, indica la Sala que el vicio se verifica en los supuestos en que existan puntos impugnados no resueltos por el ad quem y en aquellos en los que los razonamientos empleados ostentan un grave error en su construcción lógica, de tal relevancia que implican la ineficacia de lo resuelto, por versar sobre un aspecto esencial decisivo. La admisión de este tipo de asuntos necesariamente debe abordarse en cada supuesto concreto, siempre que el recurrente demuestre la existencia del vicio, a partir del uso de una técnica impugnaticia idónea y completa.

Solución inmediata sugerida: casación debe admitir recursos donde se valore prueba. Tendiendo en cuenta lo anterior, la interpretación conforme al derecho de recurrir es permitir que el recurrente plantee valoraciones probatorias, incluso tendentes a modificar los hechos probados, sin que deba estimarse que esos son intangibles sin antes examinar el proceso legal que llevó a establecerlos.

Esto puede conducir a la parte a formular una valoración diferente de la prueba; si esa apreciación es subjetiva o no, es cuestión que debe reservarse para la decisión de fondo.

Tercer límite: el problema de la inadmisibilidad por indebida fundamentación del recurso

Es un tema complejo, porque al ser el recurso una actividad de la parte, la Sala no puede incursionar en su iniciativa y sustituirla. Lo esencial a tener presente es que el motivo sea comprensible. Esto es, que permita a la Sala comprender cuál es defecto y el agravio que se denuncian.

Para efecto de la admisibilidad no se proyecta si ambos existen o son relevantes, porque basta solo con que aparezcan como alegados; su comprobación o no requerirá de una confron-

tación que necesariamente debe hacerse entre el recurso y la sentencia de apelación. El derecho a recurrir es independiente de la existencia real o efectiva del defecto o injusticia que se reclama a través de él.

Es claro que si el recurso es incomprensible o expone consideraciones tan generales que se relacionan con el caso concreto, el recurso debe ser declarado inadmisible, porque en este caso no hay expresión de agravios.

El recurso debe ser tramitado y resuelto sin rigores formalistas.Este principio fue establecido hace bastante tiempo por la Sala Constitucional y solo era aplicable a la casación, pero hoy resulta exigible tanto en apelación como en casación.

No es que se desconozca el valor de las formas procesales, pero entendemos que estas, en su función instrumental, nunca deben ser un obstáculo que impida a Casación cumplir con sus funciones.

Y aquí surge el tema de que con la reforma se elimina la posibilidad de que la Sala aplique el saneamiento del art. 15 CPP, pues si se cataloga a la casación como un recurso extraordinario, inmediatamente se impide aplicar aquella opción que ahora se reserva solo para recursos ordinarios.

En este sentido, se advierte **otra infracción constitucional:** ¿cómo es posible que durante todo el proceso y aún luego de que se declare con lugar un recurso de casación se pueda aplicar el saneamiento de defectos formales, pero no en casación?.

Si la razón de ser de esa figura es facilitar las gestiones de las partes, no se entiende como, solo por decirse que casación es un recurso extraordinario, haya que eliminar la posibilidad de enmienda. Es claro que hay una severa lesión al acceso a la justicia y la proporcionalidad.

Visto así, las opciones actuales de admisibilidad en casación son radicales: o admite o inadmite los recursos, no puede acudir a una opción intermedia mediante la cual le haga saber a la parte, en una función pedagógica, cuáles aspectos formales del recurso debe corregir.

Solución sugerida: ser flexible en la admisibilidad. Dado entonces que, en la actualidad no es posible acudir a la prevención de saneamiento, en principio deberían admitirse todos los recursos que cumplan con los requisitos mínimos. Aunque es evidente que ser flexible en la admisibilidad no significa que necesariamente todos los recursos deban ser declarados con

lugar en la sentencia, la fase de admisibilidad no debe ser una limitante que inhiba a los abogados a presentar recursos.

Cuarto Límite: deficiente regulación del Control de revisión integral de la sentencia.

La reforma introduce una mención al examen integral, con lo cual pone de manifiesto que la Sala sí puede controlar si se efectuó o no esa ponderación.

No obstante, la redacción del tercer párrafo del art. 473 es absolutamente incongruente.En primer lugar, asume que solo el imputado es titular del derecho a revisión integral, y aunque desde la CASDDHH es su destinatario natural por razones históricas, no con ello puede excluirse al acusador de la posibilidad de pretender esa revisión integral basada en el principio de bilateralidad de los recursos que encuentra sustento en derecho a la igualdad y el acceso a la justicia. *Si de evitar la arbitrariedad del Tribunal de Apelaciones se trata, el control casacional no debe hacer distingos respecto al sujeto que impugna, de manera que sea el imputado o el acusador, ambos pueden pretender que la Sala revise si en el caso se efectuó aquel examen.*

Por otro lado, la solución que otorga la ley no es la consecuente. Retrotraer los efectos a la fase de juicio, anulando incluso el debate y ordenando el reenvío ante el Tribunal de Juicio, es un severo despropósito.

Si al resolver un recurso de casación la Sala determina que no se cumplió con ese derecho por parte del Tribunal de Apelación, lo procedente es anular la sentencia apelada y ordenar su reposición. Nada más.

Solución recomendada:Eliminar el tercer párrafo del art. 473 y resolver como corresponda, esto es dimensionando los efectos de la resolución conforme a la naturaleza del defecto que se comprueba.

Reflexión final

La seguridad jurídica no debe entenderse como afectada por la actividad de las partes que propician los controles, sino que se ve lesionada cada vez que un Tribunal de Apelaciones incumple con sus deberes e inobserva un precepto legal o incurre en fallos contradictorios.

Esa posibilidad de control no debe estar restringida por una prohibición legal de recurrir para un sujeto procesal o por una o varias veces, ya que en cada reenvío la posibilidad de nuevos errores subsiste. Y dejar un ámbito jurisdiccional sin control puede llevar a entronizar *el descuido, la arbitrariedad o la corrupción*. Por ello mismo, así como no debe existir límite para que las partes puedan acceder a la apelación cada vez que es anulada una sentencia de mérito, de igual forma, no deben alegarse razones para impedir el acceso a casación.

En cuanto al reenvío *ad infinitum,* si bien esa solución procesal se contrapone a la economía procesal y a la seguridad jurídica, no por ello debe limitarse porque es consecuencia necesaria de mantener un control sobre las decisiones judiciales, tanto para resguardar, en primer lugar, el derecho a una revisión integral y comprensiva de lo resuelto, como, en segundo término, para asegurar que aquella revisión se llevó a cabo dentro de parámetros de razonabilidad y transparencia.

La cuestión de si la decisión de casación es la correcta es un tema propio de las teorías de la argumentación, pero para los efectos que acá nos convocan, es evidente que la autoridad de las sentencias de casación derivan de su posición privilegiada en la cúspide del sistema de recursos, siendo entonces una cuestión de autoridad legal la que determina la validez de los fallos de casación, sin embargo, ello no debe llevar la pensar que por eso casación está autorizada a incumplir con los deberes que ella misma fiscaliza, es decir, no debe omitir pronunciamiento sobre puntos que le son planteados, ni resolverlos con brevedad tal en la que acuda a frases dogmáticas o rutinarias, ni reprochar al litigante por la técnica utilizada, sino que debe plantearse objetivamente los alegatos y confrontarlos con la sentencia impugnada, indicando, sin falacias de autoridad ni interpretando o adicionando el fallo, si el defecto existe o no como se denuncia.

Para que Casación efectivamente esté en capacidad de cumplir con sus funciones, debe ser flexible en la admisibilidad y sobre todo debe ser amplia en el estudio de fondo de los recursos. Por eso mismo, una casación que se conforme con emitir inadmisibilidades nunca estará en condiciones de controlar que los Tribunales de Apelación revisan integralmente la sentencia ni de declarar la correcta interpretación de la ley.

LA CASACIÓN PENAL EN COSTA RICA: EL DERECHO A RECURRIR Y EL REGRESO A SUS ORÍGENES

Dr. Omar Vargas Rojas
Juez del Tribunal de Apelación
del II Circuito Judicial de San José

Introducción

El Código de Procedimientos Penales de 1910 se caracterizaba por ser inquisitivo y desarrollar un proceso estrictamente escrito. De allí que la forma natural paraimpugnar la sentencia penal fuera el recurso de apelación, el cual permitía examinar la decisión jurisdiccional en las mismas condiciones que lo hacía el juez de instancia. Con la promulgación del Código de 1973 se opta por un proceso mixto, compuesto por una fase escrita, relativa a la instrucción y otra oral, correspondiente al juicio, que además era público. En tal tesitura se consideró incompatible la existencia de un recurso de apelación con un proceso oral, cuyas características de inmediación y contradicción dificultaban el control posterior del fallo. Todo ello motivo que se decidiera por un recurso de casación que permitía el control de legalidad de la sentencia penal. Mediante el fallo del 2004 emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mauricio Herrera Vrs Costa Rica[1] se estableció que dicho recurso no satisfacía las exigencias de La Convención Americana de Derechos Humanos[2] y por ende se le obligó a modificar la legislación vigente a fin de establecer un recurso ágil, flexible, desformalizado que permitiera un examen integral del fallo judicial. Se estableció el recurso de apelación de sentencia penal, con lo que se cumplió con lo dispuesto por el Tribunal Internacional. Ahora bien, con la implementación de la Ley de Apelaciones de

1 Resolución del 2 de julio de 2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del caso Herrera Ulloa Vrs. Costa Rica.

2 Artículo 8.2.h. de La Convención Americana de Derechos Humanos

Sentencias[3] se modifica sustancialmente la conceptualización y la praxis de lo que hasta ahora se ha denominado en nuestro medio como recurso de casación. Aunque se mantiene el nombre, su contenido cambia para regresar a su naturaleza jurídica inicial. En efecto, conforme al paradigma de sus inicios, vuelve a considerarse como un recurso extraordinario[4], con un control limitado a los motivos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico y a los agravios que reclame el o la impugnante. De manera que el recurso es formal y restrictivo, pero que no violenta el derecho a recurrir por cuanto el mismo se garantiza con la existencia del recurso de apelación de sentencia, el cual es informal, àgil, accesible y que permite un examen integral del fallo.El presente ensayo intenta realizar un breve esbozo sobre la naturaleza y alcances del nuevo recurso de casación.

Aspectos generales

El recurso de casación es un medio de impugnación, cuyo contenido etimológico proviene del latín "recursus" que significa la vuelta o retorno de una cosa al lugar de donde salió[5]. Es un medio de impugación extraordinario que permite a las partes, una vez agotada la vía de apelación de sentencia, que la "Sala de Casación" controle y fiscalice la legalidad de lo resuelto. No es un examen de los hechos o de las pruebas evacuadas, sino una verificación de la legalidad de la sentencia. Por ello surge nuevamente el conocido principio de "intangibilidad de los hechos".

Como recurso que es, también le son predicables las reglas generales atinentes a los medios de impugnación. Dentro de ellos resulta de especial interés la impugnabilidad objetiva[6] y

3 Ley 8837, Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, Otras Reformas al Règimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal.

4 Los medios de impugnación se clasifican en ordinarios y extraordinarios. Dependiendo de la posición doctrinaria que se adopte, así será la ubicación. Cfr. De la Rúa, Fernando, Leone, Giovanni, Tratato de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, Llobet Rodríguez, Javier. Código de Procedimientos Penales Anotado.

5 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 1992, Madrid, p. 1238.

6 El perfil taxativo se deriva de la norma del artículo 437 del Código Procesal Penal que dispone que "las resoluciones serán recurribles

subjetiva[7], con lo cual se establece la obligación que la resolución impugnada contemple, expresamente, el recurso acordado en la ley y que, además, el sujeto tenga legitimación e interés para hacerlo. Esta impugnación únicamente procede contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Apelación de Sentencia. Ello significa que, a través de este mecanismo, no se puede cuestionar lo resuelto por el tribunal de juicio, sino solamente lo emitido por el Tribunal de Apelación de Sentencia, salvo que exista una errónea aplicación de un precepto legal o sustantivo que se dé en fase de juicio, se reclame ante el tribunal de alzada y se mantenga la aplicación del precepto cuestionado, siendo incluso posible en tal supuesto que la Sala de Casación ordene el reenvío a la fase de juicio.

Para ello debemos recordar que son apelables "todas las sentencias y los sobreseimientos dictados en la fase de juicio y que resuelvan los aspectos penales, civiles, incidentales y demás que la ley determina[8]".

De lo anterior se colige, sin ninguna dificultad, que se mantiene la tesis jurisprudencial de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación Penal de San José, en el sentido de que no procede el recurso de apelación de sentencia y, mucho menos, el de casación en contra la sentencia de sobreseimiento dictado en la fase preparatoria o intermedia. Eso tiene sentido en la medida de que dicha resolución puede ser revisada y controlada por el tribunal de juicio a través del correspondiente recurso de apelación que se mantiene vigente. De forma que el derecho al recurso se encuentra razonablemente garantizado a través del control ejercido por el tribunal de sentencia.

La jurisprudencia contradictoria como causal de casación

En cuanto a los motivos de casación, el artículo 468 dispone: El recurso de casación podrá ser fundado en alguno de los siguientes motivos:**a)**Cuando se alegue la existencia de prece-

sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos".

7 El mismo artículo 437 en su segundo párrafo establece: "El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diferentes partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas"

8 Cfr. Art. 458 del Código Procesal Penal.

dentes contradictorios dictados por los tribunales de apelaciones, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal. **b)** Cuando la sentencia inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal. Para los efectos del inciso a) de este artículo se entiende por precedente, únicamente, la interpretación y aplicación de derecho relacionada directamente con el objeto de resolución. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, para que el recurso proceda deberá dirigirse contra los actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que el recurrente haya reclamado, oportunamente, la subsanación del defecto o haya hecho manifestación de recurrir en casación. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 178 de este Código, referido a defectos absolutos.

El primero de los incisos introduce un aspecto que no se había utilizado en el ordenamiento jurídico costarricense en los últimos veinticinco años. Nos referimos a la jurisprudencia contradictoria.

De acuerdo con la doctrina[9], dentro de las principales fuentesdel derecho, se encuentran la ley, la costumbre y la jurisprudencia. Según las fuentes enumeradas en los sistemas como el nuestro (continental-europeo), el de mayor relevancia lo constituye la ley escrita.

En sentido genérico, se entiende por ley toda disposición de carácter general, escrita, dictada por una autoridad competente del poder estatal. Dentro de esta clasificación no solo se incluye la ley en sentido formal (la dictada por la Asamblea Legislativa y sancionada por el Poder Ejecutivo), sino también incluye los reglamentos y las órdenes generales emanadas por quien tenga

9 Según refiere Siches (1979, p. 169): "*La observación histórica sobre los manantiales de donde suelen fluir reglas jurídicas permite establecer un cuadro de las más importantes fuentes típicas del Derecho: Esta observación nos mostrará que el Derecho ha sabido ir brotando concretamente en la historia merced a procedimientos diferentes: decisiones judiciales no basadas ni en una previa norma legal ni en precedentes; costumbre; doctrina aplicada por los tribunales; precedentes judiciales; leyes y reglamentos; reconocimiento de la autonomía privada para crear normas jurídicas (por ejemplo contractuales, institucionales); y la jurisprudencia*

la potestad de hacerlo. La ley permite obtener un mayor grado de certeza y seguridad jurídica, aunque también genera mayor riesgo de que en ocasiones se aleje significativamente de la realidad, de las situaciones sociales imperantes en determinado tiempo y lugar. Aunque se supone que en un Estado democrático, la ley es la expresión legítima de la voluntad popular. Por su parte, la jurisprudencia[10]importa una función creadora del derecho. En Costa Rica, según lo dispuesto por el artículo 1 del Código Civil, las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley.

La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia no es cualquier resolución judicial, sino solamente aquellos pronunciamientos reiterados que provengan de las Salas de Casación o de la Corte Plena. De donde, según nuestro legislador, su fuerza no deriva de los razonamientos jurídicos o de la capacidad de persuasión, sino simplemente de la potestad de imperio que tiene el jerarca. Esto es lo que se conoce en doctrina como un argumento de autoridad. Uno de los puntos clásicos de la discusión respecto al razonamiento jurídico es el de su carácter lógico; especialmente, la obligación de desarrollar un discurso judicial racional y controlable.

Otros, por el contrario, estiman que los argumentos judiciales son de tipo retórico. Pero en lo que existe coincidencia es en el carácter dialéctico, basado no en evidencias sino en opiniones

10 El numeral 9 del Código Civil dispone que: "La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho" .En sentido similar, la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 7 dispone: "*1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. 2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley*".

generalmente admitidas. En todo caso, de acuerdo con nuestra normativa, la jurisprudencia no es vinculante, sino que constituye un criterio orientador para los tribunales, quienes deben ponderar los precedentes vertidos por los más altos tribunales del país, aunque tienen la libertad de resolver e interpretar de manera distinta a como lo realizaron las salas de casación.

Sin embargo, en razón de la obligación de motivar sus sentencias, tienen el deber jurídico de justificar la forma en que resuelven y argumentar por qué se apartan de los lineamientos jurisprudenciales. Solo así se logra alcanzar una completa fundamentación del fallo.

En términos generales, si bien la jurisprudencia es una fuente de derecho, no es vinculante. Distinto es el caso de la jurisprudencia constitucional, donde fue el propio legislador quien sometió a la totalidad de la justicia costarricense a los precedentes y la jurisprudencia constitucional[11]; por un lado, la jurisprudencia, entendida en los términos establecidos por el Código Civil, como las resoluciones reiteradas de la Corte Plena o las salas de casación sobre un determinado aspecto, mientras que el precedente es lo resuelto en un caso concreto.

Aparte de los problemas puramente operativos[12], la jurisprudencia obligatoria constituye un límite a la independencia judicial[13]. Desde luego que, en cualquier Estado moderno, las sentencias dictadas por el tribunal constitucional en materia de

11 Al respecto el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala: "*La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.Según la propia normativa, nos encontramos frente a dos conceptos distintos*".

12 Tales como la determinación de ¡¡on que se considera un precedente, la difusión apropiada y sistemática de la jurisprudencia, especialmente con las sentencias orales y la dificultades que implica para su divulgación. Junto a ello la inaplicabilidad del concepto a las decisiones de la Sala Tercera, por cuanto no es estableció la causal para los casos en que la contradicción surja dentro de la misma sala, ya sea con sus integrantes titulares o entre estos y los suplentes.

13 Como se reconoce en el voto de minoria de la resolución n.º 2006-015957, emitida por la Sala Constitucional: "*En esta materia, la independencia del juez no es oponible a la jurisprudencia constitucional; es decir, no hay independencia del juez frente a ella, a partir del momento en que hay un precedente vinculante. No existe libertad para el juez, en virtud de su independencia, para decidir si aplica o no los precedentes constitucionales*".

acciones de inconstitucionalidad resultan vinculantes para todos los demás. Precisamente, este tipo de acción tiende a que se declare la inaplicabilidad de una norma o acto, con lo cual el carácter de vinculante resulta esencial para cumplir sus fines. Sin embargo, no existe razón dogmática o práctica que fundamente esa vinculación en las demás materias. Esto es, en materia de amparo y habeas corpus.

Contrario a ello, el juez o la jueza que en su actividad jurisdiccional se limita a repetir los criterios de la Sala Constitucional, sin efectuar mayor análisis, genera un estancamiento del derecho y, prácticamente, se convierte en una mera persona ejecutora de la jurisprudencia constitucional. La función esencial de la jurisdicción, esto es, del juez o de la jueza frente al conflicto planteado, es la de interpretar, integrar y aplicar el derecho en el caso concreto.

Precisamente, los grandes cambios jurisprudenciales y el avance del derecho surgen cuando un operador se atreve a interpretar de manera distinta, a dar una lectura diferente a las normas jurídicas, a llenarlas con un contenido más acorde con los signos de los tiempos. Este ejercicio se ve seriamente restringido si se limita a establecer los hechos probados y, posteriormente, verifica la forma en que la Sala Constitucional considera que debe resolverse. Si bien esto último puede implicar una mayor homogeneidad en la justicia, produce, además del estancamiento, una jueza o un juez sumiso, obediente y dependiente.Consideramos que distinta es la situación que se plantea en materia penal, donde no se dispone la jurisprudencia obligatoria, pero se establece la contradicción entre los tribunales como motivo de casación. Ello tiene una estrecha relación con principios fundamentales del derecho penal democrático. Nos referimos a los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Según dispone el artículo 33 de nuestra Constitución Política: "Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana".

En sentido similar, el artículo 24 de la Convención Americana sobre derechos Humanos señala que "*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*".

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que "*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin*

distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"[14].

Lo propio ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que "*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia*[15]".

De lo anterior se colige que la igualdad ante la ley es un principio fundamental ampliamente reconocido en el bloque de constitucionalidad vigente en nuestro país. Precisamente, la uniformidad en los criterios jurisprudenciales se sustenta en dos pilares fundamentales. En primerlugar, la seguridad jurídica, el saber a qué atenerse[16] y, en segundo término, la igualdad ante la ley[17].

14 Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

15 Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

16 En Costa Rica, la existencia, inicialmente de diversas secciones dentro del Tribunal de Casación Penal y, posteriormente, de diversos tribunales de casación distribuidos dentro del territorio nacional, quienes de forma independiente y junto a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la competencia específica de cada uno de ellos, ha generado una gran cantidad de sentencias contradictorias en temas muy sensibles. Dentro de ellos, y solo a manera de ilustración, se pueden citar, entre otros, las diferencias en cuanto a los concursos en materia de delitos sexuales, la prescripción, la conversión de la instancia, la pena de inhabilitación, etc. Sobre este particular, la exposición de motivos de la ley de creación del recurso de apelación de sentencia argumenta: "*La creación en 1993 del Tribunal de Casación Penal, ha causado la segunda disfunción importante dentro del sistema que nos rige. Llevamos más de una década sin un mecanismo procesal que resuelva el problema de los fallos o precedentes contradictorios, tanto respecto de las distintas secciones del Tribunal de Casación entre sí, como entre éste y la Sala Tercera de la Corte, lo anterior para no mencionar los fallos contradictorios que pueden generarse en el seno mismo de la Sala por las deficiencias en el control ante el excesivo trabajo, como por la variedad de integraciones que pueden producirse entre magistrados titulares y suplentes. Se ha considerado un verdadero problema de inseguridad y desigualdad jurídica frente a la ciudadanía que, dependiendo de cuál sea la integración de la sede de casación, así será el resultado del asunto, en temas casi siempre de gran trascendencia, tanto de derecho procesal como sustantivo*". (Exposición de motivos de la Ley de creación del recurso de apelación de sentencia).

17 La igualdad es esencialmente un concepto relacional en el sentido

Un punto perceptible en el desarrollo jurídico del concepto ha sido el avance más allá de la igualdad jurídica o formal, en busca de la llamada igualdad sustancial que no se detiene en los presupuestos formales, sino que se confronta con las condiciones reales de los individuos y trata de lograr la real igualdad en este ámbito[18].

La materialización de este principio se traduce en el derecho de la ciudadanía a ser tratada de la misma forma por la ley, en tanto que la norma no puede hacer distinciones que no se encuentren razonablemente justificadas. Pero, además de ello, se requiere que la ley sea interpretada y aplicada con el mismo contenido en todo el territorio nacional[19]. Es decir, si a nivel legislativo se exige que la norma sea única para todo el país, también debe exigirse que su aplicación e interpretación sean uniformes.

Sin embargo, esto último no resulta tan fácil como lo primero, debido a la multiplicidad de despachos y de operadores judiciales[20]. Desde hace algún tiempo, en el foro nacional se vienen

de que no basta decir pura y simplemente que alguien es igual, si al menos no se explica, igual a quienes y además iguales en qué. "Igualdad entre quienes" e "igualdad en qué", son pues las dos bases sobre las que operará cualquier criterio de igualdad; pero, como observa el citado autor, ello nada nos dice aún sobre la bondad de los criterios de igualación, los cuales deben ser definidos entonces con auxilio de la noción de justicia". Sagüez Néstor P. Elementos de Derecho Constitucional. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993. p. 13; Bobbio Norberto. Libertad e igualdad. Ediciones Paidós, Barcelona, 1993, p. 53 y ss.

18 Sagüez Néstor P., op. cit., p. 13

19 Así como la ley es una sola para todo el territorio costarricense, se requiere que su interpretación y aplicación sean igualmente homogéneas.

20 Además, "*toda aplicación de la ley requiere un entendimiento de la misma y un entendimiento único del texto legal está prácticamente excluido en la mayoría de los casos decisivos. Como recuerdan algunos autores la ley se sirve de la palabra escrita, que es siempre un torpe medio de expresión del pensamiento, lo cual supone limitaciones a las expectativas de certidumbre y claridad porque el idioma es siempre un medio de expresión que cambia con el tiempo y las circunstancias, poco preciso, imperfecto*". Cfr. López Barja de Quiroga, Jacobo. La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación den la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia.

escuchando voces que apuntan en ese sentido y abogan por la creación de un mecanismo que unifique la jurisprudencia[21].

No se trata de cercenar el poder-deber que tienen los operadores de interpretar e integrar el derecho, sino de evitar los excesos y las desviaciones que lamentablemente ocurren. El problema, entonces, surge en relación con los límites de la interpretación y la exigencia contenida en el principio de igualdad. Para ello, se crea el recurso de casación, atribuyendo su conocimiento a La Sala Tercera con competencia en todo el territorio nacional y con rango superior a todos los demás.

La uniformidad de la jurisprudencia no implica inmovilidad o estancamiento del derecho. Tampoco puede generar que el juez pierda su independencia[22]o la posibilidad de llevar a cabo su propia interpretación e integración del derecho ante normas de oscura aplicación y difícil entendimiento.

Todo lo contrario, la vieja idea de que juez es simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley se encuentra totalmente superada; pero ello no supone desconocer los límites de la interpretación, sobre todo en materia penal que, por lo general, son rígidos en cuanto a las restricciones de los derechos fundamentales. De manera que la jurisprudencia uniforme, más que un obstáculo, puede erigirse en un elemento interpretativo más de todas las herramientas hermenéuticas que posee el juez.

21 Dall' Anese Ruiz, Francisco quien estima que resolver esa cuestión es preocupante y urgente. Cfr. Unificación de Jurisprudencia". En la Sección de Opinión del periódico La Nación del 23 de setiembre de 2003".

22 Algunos consideran que el "afán de 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 completaba 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". Arce Víquez, Jorge (2004). Sobre los fines de la casación penal. De la nomofilaquia al progreso de la razón judicial en la democracia. En Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Wálter Antillón Montealegre. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Compilador. Editorial Jurídica Continental, p. 353

La tarea de uniformar la jurisprudencia en materia penal ha sido atribuida a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a través del recurso de casación[23].

Es así como la "*Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el Proceso Penal*[24]" establece como motivo de casación la existencia de precedente contradictorio de un Tribunal de Apelación de Sentencia con otro Tribunal de la misma naturaleza, o de un Tribunal de Apelación de Sentencia con la Sala de Casación Penal.

23 Era obvio que con el modelo vigente hasta el momento, era imposible cumplir con la posibilidad de tener una jurisprudencia más o menos uniforme, pues como lo señala Arce "[...] 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 solo 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 del que no ha excluido la posibilidad de que ambos despachos se pronuncien sobre los mismos aspectos de fondo y forma, dando lugar a veces a jurisprudencia contradictoria, sin que exista norma jurídica que pudiera hacer que el criterio de uno pueda prevalecer sobre el del otro; C) Porque, adicionalmente, el Tribunal de Casación Penal integrado por ocho jueces, pero los asuntos se resuelven entre tres de ellos, conforme a una distribución de asuntos que da lugar a 56 integraciones diferentes, de lo que se sigue, por ejemplo, que si solo uno de ellos tiene una posición disidente y salva el voto en algún tema específico, él será minoría en las 21 integraciones en que participa. En cambio, sin son dos los jueces que comparte 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 posibles del Tribunal de Casación". Arce Víquez, Jorge. Sobre los fines de la casación penal. De la nomofilaquia al progreso de la razón judicial en la democracia en Democracia, Justicia y Dignidad Humana. En: Homenaje a Wálter Antillón Montealegre. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Compilador. Editorial Jurídica Continental, 2004, p. 354.

24 Según el artículo 468 de la citada ley: "*El recurso de casación podrá ser fundado en alguno de los siguientes motivos: a) Cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelaciones o de estos con los precedentes la Sala de Casación Penal*".

En primer lugar, la normativa propuesta no establece una prohibición para los jueces y las juezas de resolver de forma contraria a otro tribunal y, en especial, a la Sala de Casación Penal. Esta situación, lejos de preocuparnos, más bien nos permite sostener que no se violenta el principio de independencia judicial, pues los tribunales seguirán resolviendo conforme a su criterio y según la lectura que hagan del ordenamiento jurídico[25]. Basta que exista un precedente en sentido contrario, es decir, una sentencia firme dictada por los tribunales de apelación de sentencia o la Sala Tercera sobre el mismo punto y que los tribunales de apelación resuelvan de manera antagónica. Desde luego que ello supone el reconocimiento sobre la existencia de dos fallos contrarios, correspondiendo entonces a la Sala determinar cuál de ellos es el correcto. Desde luego que la ley se quedó corta al no contemplarla jurisprudencia contradictoria emanda de la propia sala de casación, la que, igualmente puede generar inseguridad jurídica.

Por medio de este mecanismo, se conoce de las sentencias que, a juicio de los recurrentes, han sido concebidas con un error en la aplicación de la ley que ha influido sustancialmente en la decisión de este.

Así, la Sala, conociendo este tipo de recursos, cumplirá dos funciones, primero, defender el derecho objetivo[26], invalidando la sentencia que se ha apartado de la ley. La casación funciona como instrumento de autorregulación de las atribuciones del poder jurisdiccional[27] en el contexto de la separación de poderes, anulando el acto que contraviene el ordenamiento jurídico al que estaba sujeto. En segundo lugar, el mecanismo de la casación permite la correcta uniformidad de la jurisprudencia, en tanto desde su estrado tiene la potestad de unir y orientar las múltiples interpretaciones sobre una misma norma de derecho, dada la multiplicidad de órganos jurisdiccionales que existen. Satisface de esta manera la seguridad jurídica al fomentar la previsible solución de casos que poseen la misma fisonomía e igualdad ante la ley, ya que constituye un límite a la arbitrariedad del juez o de la jueza en la aplicación del derecho, frente a casos similares.

La ley no profundiza sobre los efectos del fallo, sin embargo, estimamos que tendrá efectos limitados, pues solo debería afectar la causa en la que se conoce y resuelve la casación por precedente contradictorio y, en ningún caso, tendría efectos sobre las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirven de antecedente.

Es natural que para algunos resulte extraño y hasta incómodo, la aparición en nuestro medio de un mecanismo que, para la gran mayoría de abogados y abogadas, es desconocido. Incluso, este puede dar lugar a dos lecturas diferentes. Por un lado, como una forma de disminuir o cercenar los poderes y facultades del juez o de la jueza en el caso concreto, o bien como una forma de asegurar la aplicación de los principios básicos de seguridad e igualdad.

Ya hemos indicado las razones por las cuales estimamos que no se violenta la independencia del juez o de la jueza y su poder-deber de interpretar la norma en el caso concreto. Además, este nuevo instituto compagina con el cambio de paradigma, según el cual lo que brindamos es un servicio público, lo que supone que este sea de calidad y en igualdad de condiciones para todas las personas usuarias.

Violación a la ley sustantiva o procesal

El segundo motivo de casación se encuentra contenido en el inciso b) del artículo 468 citado, que constituyen los motivos clásicos establecidos en la doctrina. Nos referimos a la casación por el fondo y por la forma. Para efectos didácticos, conviene recordar que en el primer caso nos encontramos frente a los de-

25 Desde luego que los juzgadores y las juzgadoras tienen el deber de conocer las principales líneas jurisprudenciales de la Sala y los tribunales de casación, pues solamente así pueden determinar si comparten o no los criterios de aquellos o generar su propia interpretación. La independencia y la libertad de interpretación no son una excusa para ignorar la jurisprudencia sobre los temas relevantes del derecho.

26 Herrera Carbuccia, Manuel Ramón. Importancia de la Unidad de la Jurisprudencia Laboral. Análisis y Discusión. GL, abr. 2006, vol.12, nº.1.

27 "En lo que se refiere al Poder Judicial, en ese sentido es preciso de un lado que la jurisprudencia mantenga una cierta continuidad (vinculación horizontal) y además que exista una instancia unificadora que pueda garantizar que la reacción ante la misma clase de conducta no será variable en función de la persona que la ejecuta, del lugar donde se comete o del Tribunal que corresponda e enjuiciamiento". López Barja de Quiroga, op. cit., p. 43.

nominados vicios o motivos[28] *in iudicando*. Según señala De La Rúa:Dentro de ese concepto se han comprendido los siguientes casos de infracción jurídica: a) Falta de aplicación de la norma jurídica que corresponde al caso, b) Aplicación de una norma a una hipótesis no contemplada en ella, c) Abierta desobediencia o transgresión a la norma, d) En general, todos los errores de derecho que constituyan el desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracto, sea que el error verse sobre su existencia, sobre su validez o sobre su significado[29].
En nuestro medio, Arce[30] indica que se produceeste defecto [...] cuando no se aplica la norma adecuada al hecho (falta de aplicación), o si se aplica una norma que no corresponde al cuadro fáctico acreditado en el juicio y valorado por el a quo (errónea aplicación) o cuando, no obstante aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance interpretativo distinto al que debe dársele (errónea interpretación). En el primer caso, el operador omite aplicar la norma jurídica que corresponde al hecho jurídico o bien aplica erróneamente un precepto legal a un determinado cuadro fáctico. El vicio también puede presentarse en aquellos casos donde se aplica correctamente la norma; pero se le asigna un contenido o una interpretación errada.

Cuando el legislador alude al concepto de "precepto legal", alude o hace referencia a la ley que es aplicada por el Tribunal de Apelación de Sentencia para dirimir el caso concreto sometido a su conocimiento. En esta hipótesis, se tutela la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o, lo que es lo mismo, la defectuosa aplicación de la ley de fondo[31].

Como corolario de lo anterior, mediante la casación por el fondo no es posible entrar a un tercer examen de lo resuelto.

28 Para Núñez, "los motivos son las causales (agravios) o vicios que pueden invocar los titulares del derecho a recurrir una resolución por la vía de casación". Núñez, Ricardo. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Argentina, 1986, Editora Córdoba S.R.L., p. 463.

29 De La Rúa, Fernando. (1968). Op. cit., p. 103

30 Arce Víquez, Jorge. (2001). 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., p 27

31 Por ley de fondo, debe entenderse no solamente el derecho penal, sino también el derecho civil, comercial, agrario, etc.

Sus límites quedan claramente demarcados por la resolución del Tribunal de Apelación de Sentencia. Por esa razón, el planteamiento del recurrente debe partir del supuesto de hecho que ha quedado consolidado ante el tribunal de alzada. En otras palabras, no resulta válidamente posible cuestionar la relación de hechos probados que se tuvieron en el fallo impugnado.
Entonces a la Sala de Casación solo le corresponde examinar y controlar la aplicación de la ley sustantiva y no revisar, fiscalizar o controlar la solución del problema probatorio que precedió a la determinación de los hechos[32]. Esimportante recalcar que la discusión probatoria culmina en el Tribunal de Apelación de Sentencia, de allí que podría indicarse que este seríael competente para revisar la valoración de la pruebaque hizo el tribunal de juicio[33]. En otras palabras, el objeto de estudio de la casación por el fondo es el juicio de derecho contenido en la sentencia. En efecto:[...] la concepción tradicional del recurso de casación penal, característica e invariablemente alcanzó a las llamadas "cuestiones de derecho, es decir, -sólo para ensayar configurarlas- "las relativas a la consideración jurídica de los hechos de la causa", quedando en la práctica, en principio, afuera de las cuestiones de hecho", es decir, los acontecimientos de la vida que constituyen la materia justiciable[34].

En la casación por la forma o vicios *"in procedendo"*, se conoce de las violaciones o inobservancias de normas que "esta-

32 De conformidad con el artículo 471 del Código Procesal Penal, según la nueva legislación, no resulta admisible el recurso de casación que tenga como finalidad modificar los hechos probados. Lo anterior determina que, en sede de casación, no es posible discutir o pretender modificar el elenco fáctico del fallo, de modo que no son procedentes los reclamos por falta de fundamentación o violación de las reglas de la sana crítica que tengan como objetivo directo o indirecto impugnar la forma en que se valoró la prueba, ni la determinación de los hechos probados de la sentencia.

33 Queda a salvo el tema relativo a la prueba ilícita, ya que por violentarse normas procesales o constitucionales, si encuadraría en el motivo de casación del inciso b) del 468.

34 Bertolino J. Pedro. La Metamorfosis del recurso de casación. (Algunas consideraciones a propósito de dos fallos actuales trascendentes). En Justicia Penal y Estado de Derechos Humanos. En: Homenaje a Francisco Castillo González. Javier Llobet Rodríguez (coordinador). Editorial Jurídica Continental, 2007, p. 479.

blezcan o determinen una forma procesal; la errónea aplicación o interpretación de una norma adjetiva[35]. En esta causal, se hace referencia a los preceptos que tutelan el procedimiento; es decir, el vehículo a través del cual se llega a la sentencia como acto final del procedimiento. "Pero no toda inobservancia de la ley procesal genera la procedencia del recurso por la forma, sino solamente aquellas formas procesales cuyo incumplimiento prevean la ineficacia del acto[36]. Ello supone la existencia previa de normas procesales que dispongan el cumplimiento o la forma en que deba verificarse un acto procesal. Estas normas, siendo de especial relevancia, no fueron cumplidas o se hizo de manera irregular. Al igual que la casación por el fondo, la casación por la forma procederá para determinar si la resolución del Tribunal de Apelación de Sentencia se ajusta a las formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico para la legalidad del fallo. De existir algún vicio o irregularidad, debe tratarse de una cuestión esencial que afecte sensiblemente la decisión para determinar la nulidad de lo resuelto.

35 De La Rúa, Fernando. (1968). Op. cit., p. 127
36 De La Rúa, Fernando. Op. cit., p. 129.

BIBLIOGRAFÍA

Arce Víquez, Jorge. (2001). 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.

Arce Víquez, Jorge. (2004). Sobre los fines de la casación penal. De la nomofilaquia al progreso de la razón judicial. En La democracia en Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Wálter Antillón Montealegre. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Compilador. Editorial Jurídica Continental.

Bertolino J. Pedro. (2007). La Metamorfosis del recurso de casación. (Algunas consideraciones a propósito de dos fallos actuales trascendentes). En Justicia Penal y Estado de Derechos Humanos. Homenaje a Francisco Castillo González,.Javier Llobet Rodríguez (coordinador). Editorial Jurídica Continental.

Castillo González, Francisco. (1980). Derecho a la impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos.En: Revista de Ciencias Jurídicas (Costa Rica), n.º 41.

Código Procesal Penal de 1996.

Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel. (2006). La Unificación de Doctrina en el Proyecto de Ley de Modificación de la Casación. En La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios de Derecho Judicial, n.° 87. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dall' Anese Ruiz, Francisco. (2003). "Unificación de Jurisprudencia". En la Sección de Opinión del periódico La Nación del 23 de setiembre de 2003".

De la Rúa, Fernando. (1968). El recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino; Víctor P- de Zavalía, editor, Buenos Aires.

Herrera Carbuccia, Manuel Ramón. (2006). Importancia de la Unidad de la Jurisprudencia Laboral, Análisis y Discusión. GL, abr. 2006, vol.12, nº.1.

Llobet Rodríguez, Javier. (1987). Código de Procedimientos Penales Anotado. Editado por Javier Llobet Rodríguez, Litografía e Imprenta LIL S.A., San José.

Llobet Rodríguez, Javier. (2007). Derecho Procesal Penal: Garantías procesales. 1ª edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. Tomo III.

López Barja de Quiroga, Jacobo. (1992). Cuadernos de derechos judiciales. La sentencia Penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

López Barja de Quiroga, Jacobo. (2006). La Vinculación de la Doctrina del Tribunal Constitucional. En: La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación den la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, n.° 87.

Martín Pallín, José Antonio. (2006). El recurso de casación. Un modelo agotado. En La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, n.° 87.

Martínez Arrieta, Andrés. (1995). La Doble Instancia. En El Proceso Penal. Ponències de les jornades. "El Proceso Penal", la Seu d'Urgell. Consejo General del Poder Judicial. España, Primera Edición, junio de 1995.

Martínez Arrieta, Andrés. (1996). El recurso de casación penal. Control de la presunción de inocencia. Editorial Comares. Granada, España. Segunda edición.

Núñez, Ricardo. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Argentina, 1986, Editora Córdoba S.R.L., p. 463.

Real Academia Española. (1992). Diccionario de la Lengua Española. Madrid.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sagüez Néstor P. (1993). Elementos de Derecho Constitucional. Editorial Astrea, Buenos Aires.

"EL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA PENAL"[1]

Dr. Luis Paulino Mora Mora
Presidente de la Corte Suprema de Justicia

Con gran regocijo he aceptado participar en este acto de conclusión del Congreso de la Asociación de Ciencias Penales, que ha girado esta vez, principalmente, alrededor de la cuestión de los recursos contra la sentencia emitida dentro del proceso penal.-

Me satisface mucho encontrar una gran cantidad de personas a las que aprecio mucho y me ha parecido también sumamente propicio este momento para rendir un agradecimiento especial al Profesor Julio Maier que nos ha distinguido con su presencia en nuestro país, no sólo ahora, sino acompañándonos durante los últimos años con ocasión de la reforma del procedimiento penal .-

Sin duda la mayoría de nosotros -que le damos seguimiento al desarrollo del derecho penal y procesal penal tanto costarricense como latinoamericano- sabemos aquilatar y apreciar la relevancia que para nuestra disciplina han tenido los trabajos y desarrollos doctrinales de Julio Maier y por ello es fácil que comprendan la importancia de poder escucharlo e intercambiar criterios con él.-

Sin embargo, fuera de las fronteras de nuestra disciplina, la situación es distinta y por esto siempre resulta importante darle a conocer al público menos especializado la importante influencia que el Profesor Maier ha ejercido, respecto de los fundamentos teóricos e ideológicos que sostienen nuestro sistema procesal penal.-

Se trata en especial de recalcar la valiosa impronta democrática que él ha impulsado como hilo conductor de cualquier diseño procesal penal, que pretende instaurarse en sistemas políticos democráticos.- E igualmente, hablamos de un conjunto de ideas derivadas todas del fundamental concepto de dignidad

1 Palabras en el acto de clausura del Congreso de la Asociación de Ciencias Penales

humana que el Profesor Maier ha intentado hacer calar en quienes comparten con él su amor por el derecho penal y procesal penal.-

El resultado de ello está bien a la vista, con el surgimiento de procesos penales teóricamente sólidos y además, anclados en principios de carácter eminente democrático, que se han implantado en diferentes lugares de América Latina, como consecuencia de una entronización de la democracia, como forma de vida diaria y no simplemente como formalidad electoral.-

En nuestro ámbito de trabajo, no siempre tenemos la oportunidad de darle las gracias en persona, a aquellos que con sus escritos y acción nos han ayudado a desarrollar sólidamente nuestras ideas y nos han guiado en la difícil tarea de diseñar y poner en funcionamiento conceptos e instituciones estatales, que mejoren la calidad democrática de nuestro derecho, de manera que hoy que podemos hacerlo, no voy a perder la oportunidad de mostrarle al Profesor Maier, a mi querido Julio, nuestro más profundo agradecimiento por su valiosa ayuda y contribución.-

Esa ayuda no sólo ha requerido la participación suya, sino también de su familia, por ello hago extensivo mi reconocimiento a su esposa, nuestra queridísima María Inés.

Como lo he dicho en varias ocasiones, nuestro actual Código Procesal Penal constituye solamente una etapa más en el continuo camino costarricense hacia una mayor y más profunda democratización de su sistema jurídico.- En aquel momento, algunas personas tuvimos la oportunidad de aportar nuestro grano de arena a ese objetivo –parcial pero importante- de avanzar un paso más, hacia un proceso penal que se haga cargo cada vez con más consistentemente de las nociones básicas de nuestra cultura humanista.-

Tuvimos en su momento, la convicción de que era el apropiado para establecer con claridad la primacía de las personas como fundamental razón de ser de las asociaciones estatales. Según lo entendimos entonces –y aún ahora- el país cuenta con una experiencia relativamente rica en el funcionamiento de sistemas no inquisitivos y eso permitía que pudiéramos dar pasos más profundos a favor de la defensa del ser humano y del apropiado control del necesario control estatal de las conductas dañinas.-

También era importante, hacer cambios que se imponían frente a la existencia de algunas malas prácticas y por la desnaturalización de algunas de las reglas del Código de Procedimientos Penales anterior y que se habían convertido en intolerables a la vista del nuevo desarrollo de los derechos fundamentales, impulsado por la Sala Constitucional.-

De ese modo, el Código actual pretende hacerse eco de ese haber democrático que hemos acumulado a lo largo de nuestra historia y que se plasma en valores y guías de civilidad y que busca avanzar por encima de un concepto democrático limitado a regular los aspectos formales y electorales.- En tal sentido este Código busca plasmar la idea de la democracia, como un sistema político con fines concretos y específicos, encabezados por la defensa de la dignidad humana, y que impregnan todo el quehacer estatal.

Este esfuerzo resulta mucho más importante y complicado, en la materia penal que en muchas otras ramas del Derecho, justamente por la función punitiva estatal que está en juego.-

Como saben, el ordenamiento penal cumple una función primordial para el sistema político y el equilibrio social, pero también –justamente por esa función- es allí donde se trabaja más al límite en relación con los derechos de las personas y donde su lesión es más dañina.- Ello es así porque en el sistema penal, como en ninguno otro, están en juego, el rescate de los bienes jurídicos básicos esenciales del ser humano.

Al respecto, bastaría una sencilla mirada a los derechos de la persona frente al sistema penal que se establecen en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, para comprender la gravedad de los temas y la necesidad de modernizar y humanizar la justicia penal, basada en la dignidad de la persona y con los valores de libertad e igualdad como norte.

En resumen, los tiempos actuales y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos han venido marcando la pauta respecto del sentido y la orientación que debe dársele al derecho penal y procesal penal, y en esa línea creo que lo que hemos hecho en nuestro país con el esfuerzo de todos, ha sido avanzar en esa línea con logros de gran mérito para nuestro sistema.-

Sin embargo, como ya lo expuse, se trata de un camino sin final, hacia la democratización y de lo único que quisiéramos estar seguros es de que hacemos lo necesario para mantenernos en la ruta correcta y –a ese respecto- hay algunos temas interesantes que, en el estado actual de nuestro desarrollo del Proceso Penal, se muestran como temas importantes de plantear, y uno de ellos que me gustaría abordar explícitamente es el desenvolvimiento de la noción y aplicación de la oralidad en el proceso penal.

He sostenido y sostengo que la oralidad es cualidad necesaria de cualquier sistema procesal que se precie de ser realmente democrático y por ello los pasos que demos hacia la implantación de dicho de medio de interacción entre las partes y el juez resulta no solo útil sino necesario.-

Fue en parte la necesidad de darle vitalidad al principio de oralidad recogido en el Código anterior y aplicado en aquel entonces tímidamente, lo que nos ha movido a poner nuestro esfuerzo y empeñar grandes recursos para lograr el necesario cambio en la cultura jurídica de nuestro país.-

Está claro que no pretendemos que la oralidad sea el único cambio requerido para producir todas las mejoras y erradicar todos los defectos que nuestro sistema pueda presentar, pero tenemos la tranquilidad de que se trata de pasos valiosos para garantizarle a la persona un juicio más democrático, en donde todos, partes y jueces asuman de forma transparente y visible la responsabilidad de sus acciones y que además se logre imprimir al proceso la celeridad que requiere para cumplir la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, de que debe ser resuelto en un plazo razonable.

Gracias al empeño que hemos puesto en estos temas, en los que el profesor Maier nos ha dado orientaciones importantes, se han logrado determinar problemas nuevos como lo son la cuestión de la relación entre la oralidad y la actividad recursiva, especialmente de la sentencia, que ha sido objeto de análisis en este Congreso.- Creemos que, al respecto, nuestra apuesta por profundizar el uso de nuevas tecnologías, puede ayudar a no tener que sacrificar mayormente algún derecho fundamental de las personas, pues en el fondo pienso que es eso lo que está jugando en la balanza.-

Yo, por mi parte, sigo convencido de las bondades de la oralidad y me parece que como todo esfuerzo y principio inacabado, siempre existe campo para admitir correcciones y hasta excepciones a su aplicación en ciertas facetas del litigio penal, pero creo que ello tiene que analizarse y admitirse con la mayor de las reservas y cuidados, pues no debemos que nuestra vieja mentalidad o el miedo de lo diferente se disfrace para engañarnos.-

A ese respecto, por ejemplo, debemos tener claro que han existido y siempre habrá eventuales fallas tecnológicas con los cuales lidiar en nuestro día a día. Pero que tales tropiezos nos superen o que nosotros logremos sobreponernos a ellos, dependerá de la confianza real que tengamos nosotros en la oralidad como instrumento de la democracia.-

Pienso que estamos en una interesantísima encrucijada para el Derecho Penal. Todo depende de nosotros como operadores del derecho en cada uno de nuestros roles y en ese sentido, solo les pido que recuerden su compromiso con el sistema de valores democrático, porque ello les ha de servir de guía en los problemas pequeños y grandes con que hayamos de enfrentarnos.-

Concluyo y les reitero mi agradecimiento a ustedes y a la Asociación de Ciencias Penales, por la oportunidad que me han dado para dirigirles estas palabras y espero que todo lo que los distinguidos expositores han planteado les sirva como guía en el ejercicio honesto y esforzado de esta linda disciplina que nos une.-

Julio y Maria Inés, muchas gracias por lo que han hecho por mi país y muchas gracias por distinguirme con su amistad.

Muchas Gracias

IMPUGNACIONES Y DEBIDO PROCESO

Walter Antillon Montealegre

PREFACIO

El examen de los distintos elementos que contiene el proyecto de Ley de Creación del Recurso de Apelación presentado a la Asamblea Legislativa en setiembre de 2008 constituye, por la variedad y profundidad de los temas que afecta, y la necesidad de acometerlos con la seriedad que el caso amerita, una tarea que se me aparece como muy ardua y compleja; y por ello pensé abordarla separadamente en los que creo sus tres aspectos fundamentales, que serían: a) la transformación de los tribunales de casación en tribunales de apelación; y b) la violación del debido proceso y del derecho de defensa como motivos de casación y de revisión (con examen del ideal decimonónico de la unidad de la jurisprudencia frente al principio de independencia del juez). Y para la mejor comprensión de la materia, estimé indispensable adicionar, a título introductorio, un artículo sobre la institución de la casación, que es de fecha anterior.

Ahora bien, los ensayos que de allí resultaron, nacidos mayormente de la discusión coyuntural del mencionado proyecto, ofrecían a la vez la ocasión para un examen más sereno y académico de las instituciones involucradas; y eso he tratado de hacer, al fin y al cabo, en las páginas siguientes.

En todo caso, al final he agregado, como Apéndice, los textos de la Ley de Apertura de la Casación N° 8503 del 2006, y del Proyecto de Ley de Creación del recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal.

Naranjo, junio de 2009.

I.- Casación: historia y crítica.

Al igual que en los otros campos del conocimiento humano, las grandes innovaciones en el terreno legislativo han estado precedidas de procesos de producción y condensación en el plano de la doctrina jurídica.

Sabemos, por ejemplo, que el Código Civil de Napoleón es el resultado de los grandes aportes teóricos de la Escuela Culta de Francia, así como de los jusfilósofos y civilistas posteriores, como Domat, Daguesseau, Montesquieu y Pothier, dentro del marco gigantesco del derecho romano-justinianeo (R. Abbondanza <1962>, XI; y en general: A. J. Arnaud <1969>);

Sabemos que el Código Civil alemán tiene en su retaguardia la portentosa obra teórica de los pandectistas, que cubre siglo y medio de estudio y trabajo y quedó materializada en enjundiosos tratados (B. Windscheid <1902>, I, 1; y A. Mazzacane <1981>, XXXI);

Sabemos que las reformas procesales civiles alemana y austríaca se apoyan en la labor desplegada por los estudiosos que desemboca en la polémica Windscheid - Muther, y reúne figuras como Wettzell, Bethmann-Hollweg, Bekker, Wach, Bülow, Gierke, Kohler, Degenkolb y Franz Klein, entre otros muchos;

Sabemos que la moderna codificación penal se inspira en la Ilustración, está precedida por las doctrinas de Feuerbach, Romagnosi y Carrara, y se apoya en las concepciones teóricas de Karl Binding, Liszt, Mayer , Beling; etc., etc. (E. R. Zaffaroni et al. <2003>, pág. 274 y sigtes.).

Y para terminar con un ejemplo costarricense, la promulgación de las leyes que revolucionaron nuestro Derecho Público fue precedida por el esfuerzo doctrinal de Eduardo Ortiz, Gonzalo Retana, Rodolfo Piza Escalante y el imponente conjunto de sus continuadores y discípulos (J. Córdoba <2005>, pág. 35 y sigtes.).

Pues bien, aunque parezca sorprendente, no pasa lo mismo con el ***instituto de la casación***, a pesar del enorme peso que ha tenido a la cabeza de las instituciones judiciales durante los últimos doscientos años. ¿Cuáles monografías, cuáles artículos, cuáles tratados, cuáles discusiones científicas precedieron la creación del recurso de casación en 1790, por parte de los convencionales franceses y de los juristas en general? Simplemente ninguno.

La instauración del tribunal y del recurso de casación no fue el producto de una innovación científica o de un salto adelante de la doctrina jurídica preparados concienzudamente; sino que, cruda y simplemente, fue el producto fortuito de la lucha por el poder en los albores de la Revolución Francesa.

Se trata, entonces, de un hecho insólito, pero no gratuito, en la historia doctrinaria y legislativa de Occidente; y creo que vale la pena estudiarlo para tratar de comprenderlo y sacar conclusiones. Veamos.

1. El nombre ‹casación›

Ya en la Francia renacentista, pero especialmente a partir de un Reglamento de 1738, había quedado bien definido y separado de otras funciones lo que se conocía como ‹***demande en cassation***›, la cual correspondía por lo general a una sección del Consejo del Rey llamada ***Conseil des Parties***, órgano de ‹justicia retenida› presidido por el propio Rey o por su Canciller (E. Chénon <1929>, I, pág. 550 y sigtes.; R. Foignet <1915>, pág. 209 y sigtes.)

Cabe suponer que la palabra francesa ‹cassation› (casación) del verbo **‹casser›** (derivado del latín *quassare*: **sacudir violentamente, romper en pedazos:** vid. Le Robert <1995>, pág. 360), fue escogida ex professo para distinguir enérgicamente la intervención de aquel ‹*Conseil de Parties*› anejo al rey de Francia, de la de los tribunales corrientes de apelación, que reformaban o revocaban (no ‹hacían trizas›) las resoluciones impugnadas; porque en el primer caso se trataba de intimidar, de persuadir a los jueces (y en particular a los Parlamentos) de respetar y mantener la supremacía de la justicia real. Y aunque esta ‹*demande en cassation*› del Antiguo Régimen fue algo diametralmente diferente de lo que años después, en 1790, fue el propio ‹recurso de casación› creado por la Revolución Francesa, el nombre fue conservado, y de esa manera pasó a la posteridad (S. Satta <1962>, X, 1).

2. Antecedentes histórico-políticos

La toma de La Bastilla del 14 de Julio de 1789 rompe el equilibrio de fuerzas que se mantenía en los años anteriores entre pueblo y burguesía por una parte, y rey, nobleza y alto clero, por la otra parte; y da a los primeros la iniciativa política.

Usando esa iniciativa los burgueses crean la Asamblea Nacional y otros órganos democráticos, promulgan la Constitución y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; derogan muchas leyes y costumbres del Antiguo Régimen, etc. Con todo ello los revolucionarios se proponían fundar un nuevo orden político republicano y democrático basado en la igualdad, la libertad, la fraternidad y la propiedad.

Pero esto no significaba ni de lejos que en ese momento la revolución estaba ya consolidada: Por el contrario, durante esos primeros años el Rey continuaba reinando y, junto a los nobles y el alto clero seguía teniendo enorme fuerza en diferentes capas de la población; de modo que por largo tiempo la Revolución tenía que continuar derrotando sus iniciativas restauradoras, sus maniobras, sus sabotajes y sus chantajes.

Entre los partidarios del Antiguo Régimen había muchos juristas que habían ejercido de notarios, de abogados, de procuradores y de JUECES antes del 14 de Julio de 1789, los cuales se mantenían a la expectativa; pero al menor signo de debilidad de la Revolución, se sumarían resueltamente a la contra (como finalmente ocurrió).

El caso de los jueces era particularmente grave: para continuar dando el servicio de la justicia, la Revolución tuvo muchas veces que reclutar juristas donde los hubiera e integrar con ellos los tribunales en todo el País. Y el temor de la Asamblea Nacional de que estos jueces, interpretando de mala fe la legislación revolucionaria, bloquearan su avance, respondía a un peligro real.

3. ¿Cuál fue el remedio? Condiciones

En ese momento histórico (a un año y medio de ‹La Bastilla›) es cuando surge en la Asamblea Nacional la idea de crear un órgano que, usando un instrumento adecuado, se encargaría de defender a la ley de los ataques de los jueces.

El órgano, después de varias propuestas, se llamó: **tribunal de casación.**

El instrumento, superando algunas dudas, terminó llamándose **recurso de casación.**

Dos principios fundamentales del pensamiento ilustrado presidieron su creación: la tesis rousseauniana de la supremacía de la ley, como expresión de la voluntad general (y el

consiguiente deber legal de protegerla por parte del Tribunal de casación); y la tesis montesquieana de la separación e independencia recíproca entre los poderes del Estado, como límite del poder de intervención del Tribunal (P. Calamandrei <1945>, I, 2, pág. 28 y sigtes.).

4. Posición del nuevo órgano

En primer lugar hay que poner en claro que **se trataba de un órgano de carácter legislativo, NO JUDICIAL.**

El art. 1 de la Ley de 27 nov - 1º dic. De 1790 dice:

> «Se establecerá un Tribunal de Casación junto al Cuerpo Legislativo».

Sobre ello nos dice el diputado Le Chapelier:

> «...Cree el Comité que la casacion de las sentencias contrarias a la ley ... debía atribuirse a un Tribunal de Casación que, situado entre los tribunales y la ley, quede encargado de la vigilancia completa de la ejecución. Este derecho de vigilancia debe conferirlo el Cuerpo legislativo, porque a la facultad de dictar la ley sigue naturalmente la de vigilar su observancia ...»

En suma, se trata de un órgano

i) inmediatamente subordinado a la Asamblea Nacional,
ii) que no pertenece al poder judicial (que a la sazón estaba compuesto por los jueces de instancia y de apelación: Decreto de 1º-5 de 1790),
iii) pero tiene rango superior a los tribunales de justicia.

5. Cometido y funciones

El art. 3 de la Ley de 27 nov - 1º dic. de 1790 dice que la misión del Tribunal de Casación es anular

> «...toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley...»

Es decir, prevalece una **concepción negativa**: el tribunal es una especie de Cancerbero cuyo cometido es simplemente **eliminar** las sentencias violatorias de la ley

Sólo muchos años después se consolidará una **concepción positiva,** cuando se asigne a la (ya judicializada) Corte de Casación, además de anular la sentencia errónea, la tarea de exponer la interpretación correcta de la ley, y de unificar la jurisprudencia.

El Tribunal, en el cumplimiento de sus funciones, no dictaba sentencia, como un órgano judicial, sino que se pronunciaba por ‹decreto›, como la Asamblea Nacional misma.

El sistema establecido por la ley de 1790 era el siguiente:

a) Anulada la sentencia por violación flagrante de ley, el caso pasa a otro juez, quien decide libremente;

b) Si ocurre lo mismo con el segundo juez, por insistir en la violación legal, el caso pasa a un tercer juez;

c) Si ocurre de nuevo, entonces el Tribunal remite el caso a la Asamblea Nacional (*référé legislatif*), para que haga una interpretación auténtica de la norma violada.

Ahora bien, al cumplir sus funciones el Tribunal tenía que respetar los límites impuestos por el principio de separación de los poderes, de modo que:

Como parte del Legislativo, al conocer del recurso el Tribunal de Casación no podía inmiscuirse en el caso judicial; tenía que limitarse a constatar que la sentencia recaída en dicho caso, o el procedimiento seguido, contuvieran una violación flagrante de ley, y anularlos sin más;

Por la misma razón, al anular, el Tribunal tenía que devolver el caso al juez competente.

Quiero insistir en **que inicialmente** no fueron parte de los objetivos del Tribunal de Casación

ni fijar la correcta interpretación de la ley,

ni conseguir la uniformidad de la jurisprudencia.

De ello hay, según lo vemos en la cita que hace François Gény (en *Metodo de interpretación y fuentes en derecho privado positivo;* Madrid, 1902; pág. 81 y sigtes.) abundantes testimonios en los Archivos del Parlamento francés, como es el caso del

diputado Maximilien de ROBESPIERRE, quien en la sesión del 18 de Noviembre de 1790, en la que se discutía precisamente el proyecto para implantar la casación, se manifestó en términos estrictamente montesquianos, al decir:

> «...esa expresión de **jurisprudencia de los tribunales**, en la acepción que tenía en el Antiguo Régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que cuenta con una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley; de ese modo tenemos que siempre hay identidad de jurisprudencia...»

Y ello fue reafirmado en la misma sesión por el diputado Le Chapelier con las siguientes palabras:

> «...El Tribunal de Casación, lo mismo que los tribunales de distrito, **DEBE CARECER DE JURISPRUDENCIA PROPIA.** Si se diese en el Tribunal de Casación esta jurisprudencia, la más detestable de todas las instituciones, habría que destruirla. El fin único de las disposiciones sobre las cuales vais a deliberar, es impedir que se introduzca *(aplausos)*...»

Así pues, aquellos objetivos de la correcta interpretación de la ley y la unidad de la jurisprudencia fueron identificados por la doctrina mucho tiempo después, a raíz de la reforma de 1837, para justificar *a posteriori* la sobrevivencia del instituto de la casación.

EN RESUMEN:

Bajo la afirmación ideológica de los principios de la supremacía de la ley y de la separación de los poderes del Estado, el Tribunal de Casación fue creado como un órgano contralor, estructuralmente adscrito al cuerpo **legislativo,** con el único propósito de impedir, mediante la nulidad de las sentencias judiciales, que los jueces hicieran un uso contrarrevolucionario de las nuevas leyes de Francia, votadas democráticamente para alcanzar los ideales de la Revolución.

6. Fracaso de los objetivos originarios de la casación

De lo expuesto creo poder inducir que el tribunal y el recurso de casación fueron el fruto de una improvisación desesperada de los constituyentes franceses de 1790, en su esfuerzo de impedir uno de los muchos riesgos a que la Revolución se vio expuesta desde el principio: **la desnaturalización de las leyes revolucionarias por la vía de la interpretación judicial.**

Y esa improvisación llevó, entre otras cosas, a un error de diagnóstico:

a) la importancia del peligro de una ‹contrarrevolución de los jueces› parece haber sido sobrestimada;

b) el aparato montado para detenerla no era el adecuado, visto el crecido número de juzgados y tribunales del país, frente a trámites tan aparatosos y lentos como el *référé legislatif.*

Lo cierto es que el tribunal y el recurso de casación fracasaron en su propósito originario (para el que fueron diseñados) de detener la supuesta escalada contrarrevolucionaria de los jueces. Y entonces me hubiera parecido lógico esperar que se planteara su disolución; pero las cosas no fueron así, sino que para justificar su existencia, se le fue modificando insensiblemente hasta convertirlo en algo parcialmente diferente. Pero además el esfuerzo no dio sus frutos, porque la cúpula revolucionaria que lideraba el cuerpo legislativo francés(clave del funcionamiento del sistema implantado), perdió el control y pronto se hundió en el Terror, dando lugar, a través de la llamada ‹Reacción Termidoriana›, a una restauración blanda primero (Consulado e Imperio de Napoleón) y a una restauración fuerte después (el regreso de los Borbones).

Con los años fracasó la idea de situar el Tribunal de Casación fuera y por encima del sistema judicial; se abandonó la otras idea de que sus miembros no serían jueces. Por el contrario, el Tribunal se judicializó con el nombre de Corte de Casación, y pasó a ser la cabeza del sistema judicial.

En virtud de la reforma de 1° de Abril de 1837, el recurso de casación sufrió algunos retoques para convertirse en un instrumento interno al sistema judicial, tal como es todavía. Su función originaria, meramente negativa, se convirtió en positiva, en cuanto a que la tercera casación consecutiva decretada en un

caso obliga al tercer juez de renvío a fallar en el sentido indicado por la Corte.

Y es a partir de esa reforma que la doctrina y algunas legislaciones empiezan a proclamar que la correcta interpretación de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia son los dos objetivos de la casación. Pero esto suena como una nota falsa en la melodía del conjunto, porque sabemos que al inicio las cosas no fueron así; y porque entendemos que una institución diseñada para cumplir un objetivo, difícilmente podría resultar apta para cumplir otro profundamente diferente. Se trata obviamente de una adaptación tardía, con mucho de improvisación y chapuza, que no debería llevarnos a olvidar el objetivo real, originario, que indujo a los legisladores revolucionarios a diseñar el instituto.

Entendemos sin esfuerzo que el viejo tribunal de casación, siendo de naturaleza legislativa, estuviera obligado a abstenerse de resolver sobre el fondo de la causa, por virtud del principio de separación entre los poderes del Estado; y también entendemos que, por la misma razón, ese tribunal resolviera el caso ‹dentro de los límites cuantitativos y cualitativos del recurso planteado›; y finalmente entendemos que por idéntico motivo, el tribunal reenviara el caso a otro juez de igual materia y grado, para que lo fallara de nuevo. Todo esto tenía que ser así por tratarse de la interacción entre dos órganos que pertenecían a ‹poderes› distintos.

Pero ¿qué razones hay para que tales limitaciones, formalismos e incomodidades continúen vigentes, cuando hace casi dos siglos que desapareció su causa (es decir, la interacción entre órganos pertenecientes a poderes distintos), dado que desde entonces el tribunal de alzada y la corte de casación son ambos órganos judiciales y pertenecen al mismo poder del Estado?

7. La posición antihistoricista de los juristas

Unas décadas después de que tuvieran lugar los cruentos hechos políticos que condujeron al establecimiento del tribunal y el recurso de casación con las características señaladas, los juristas de la Escuela francesa de la Exégesis hacen caso omiso de todas aquellas peripecias históricas y abordan el tema de la casación desde el punto de vista del derecho positivo.

De esa manera se privan ellos mismos de entender la casación en sus reales dimensiones, y construyen una imagen esti-

lizada que las oculta, con pésimos resultados desde los puntos de vista cognoscitivo y heurístico.

Yo creo que si los juristas hubieran tenido una imagen clara de lo ocurrido en el origen del instituto, y en su evolución posterior, hubieran estado en capacidad de desembarazarse de lo que la institución tiene de caduco, y hubieran construido un diseño más ágil y funcional, sin sacrificar los valores sustanciales.

Pero el problema es que el jurista, por su formación, se encierra en una jaula de normas que le impide ver más allá, y fácilmente cae en la construcción de sistemas autorreferenciales y pseudoracionales. Y esto es lo que me parece que ha ocurrido en la construcción de la doctrina de la casación.

Embarazadas con semejantes carlancas, las cortes de casación no han podido responder a cabalidad el requerimiento del litigante de someter su pleito a una revisión plena en cantidad y calidad.

La sola contemplación de las normas positivas hacen olvidar al jurista que la casación fue, en su origen, un instrumento de defensa, armado precipitadamente con trozos de instituciones antiguas para ganar una batalla política; y le despeja el camino para efectuar una racionalización que conduce a una imagen armoniosa, sin contradicciones, de aquel instituto; en el que los objetivos de la recta interpretación de la ley (cuya premisa lógica es que sólo hay una solución verdadera) y de la uniformidad de la jurisprudencia (cuya premisa lógica es que sólo una sentencia es correcta) aparecían como fines superiores, excelsos, de la justicia.

Para llegar a ese resultado el jurista echa mano de expresiones altisonantes, abstractas, con una fuerte carga emotiva, como la reconfortante «seguridad jurídica». Y persuade porque, en efecto ¿quién vería con malos ojos que se aspire a la ‹correcta interpretación de la ley› o a la ‹uniformidad de la jurisprudencia›?

Pero aquella recta interpretación de la ley, aquel único sentido verdadero de la ley ¿es humanamente asequible? ¿Cómo lo reconoceremos, si un día llegáramos a tenerlo delante de nuestros ojos?

Y por la otra parte ¿es deseable la unidad de la jurisprudencia? ¿no entraña una solución autoritaria, al violentar la conciencia de los jueces? Si el imperativo de la unidad de la

jurisprudencia suprime la libertad de decisión del juez ¿es ello deseable? ¿es compatible ese imperativo de unidad de la jurisprudencia con el principio de la independencia del juez? ¿cuál valor debe prevalecer? Pero sobre este punto volveremos adelante con más detenimiento.

8. Conclusión

En conclusión, tenemos que la casación no sirvió para cumplir con el objetivo que le asignó originariamente la Asamblea Nacional francesa (defensa de las leyes revolucionarias contra la interpretación judicial contrarrevolucionaria); pero tampoco sirvió para cumplir los objetivos adventicios que le fueron asignados con posterioridad por la política legislativa de La Restauración (la correcta interpretación y aplicación de la ley; la uniformidad de la jurisprudencia)

Y entonces hay que empezar por preguntarse: sin los imperativos de interpretar rectamente la ley y unificar la jurisprudencia ¿merece subsistir la casación entre las instituciones procesales modernas? La respuesta ‹no› me parece obvia.

Creo, en fin, que las cosas deben plantearse en términos más modestos, menos ampulosos y retóricos. Se trata, fundamentalmente, de la cuestión de satisfacer de la mejor manera posible el derecho que tiene toda persona a llevar su litigio sentenciado ante un nuevo juez que revise, en sus aspectos esenciales, lo actuado y fallado por el primero, en la esperanza de que produzca un fallo más justo; y ese cometido puede plantearse con ventaja sin recurrir a las tortuosas e ineficientes vías de la casación.

II. La transformación de los tribunales de casación en tribunales de apelación.

Comienzo ponderando la necesidad de usar adecuadamente las palabras, a pesar de la liviana opinión en contrario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia de 2 de julio de 2004 en "Herrera Ulloa contra Costa Rica": Apartado 165); y a sabiendas de que el tema de la terminología no es lo que más importa ahora.

Antes bien, reconozco que en nuestros países, por muchas razones, ha reinado un cierto desorden terminológico; porque, en efecto, dentro del recinto amurallado del orden jurídico de cada Estado, y gracias al aislamiento en que por mucho tiempo estuvimos, el legislador gozaba de un verdadero libertinaje en el uso de los términos: podía llamar prescripciòn a lo que la doctrina conocía como usucapión; o jurisdicción a lo que en otras partes se llamaba competencia, y viceversa: el legislador mismo creaba una especie de legalidad terminológica local, y se despreocupaba de lo que ocurría afuera. Pero me parece que en general, y específicamente para los efectos de este análisis, es factible y tiene su importancia saber qué significa cada término, partiendo de nociones elementales.

a) La casación:

Para lo que se refiere a la historia y la crítica del concepto de la institución de la casación me remito, para todos los efectos, a lo expresado líneas atrás, en la primera parte de este ensayo. Pero si fuera necesario definirla, me parece que juntando los elementos allí recogidos se puede reconstruir conceptualmente una noción digamos ‹clasica› u ortodoxa de la casación, para concluir con que es un recurso extraordinario que ejercita la parte que ha sido lesionada en sus intereses por la sentencia judicial, a fin de que el órgano superior competente verifique y anule eventuales yerros jurídicos materiales y/o procesales específicamente puntualizados en el recurso; cometidos por el juez de instancia al interpretar, integrar o aplicar las normas; con el fin de que queden establecidas a futuro las pautas hermenéuticas correctas del texto legal, y garantizada la unidad de la jurisprudencia (confr. G. Chiovenda <1922>, II, pág. 593 y sigtes.).

b) La apelación:

En derecho moderno, la institución de la apelación puede caracterizarse señalando que es "*... el medio de gravamen más amplio y general. En efecto, a diferencia de los otros medios de impugnación, la apelación no está subordinada a la existencia de determinados vicios, taxativamente establecidos. La sola sucumbencia, total o parcial, legitima a la parte a denunciar al juez superior, mediante el acto de apelación, un (real o presunto)*

error del juez de primer grado, u otros vicios de la sentencia..." (M. Vellani <1958>, II, 1).

Recordaemos que la apelación nace en la Roma Imperial, reflejo del cambio político que llevó a dicho régimen, de ser una República con fuertes elementos democráticos, a ser una monocracia que gradualmente devino absoluta, desde el Principado hasta el Dominado (A. Fernández de Buján <2007>, pág. 169 y sigtes.).

Pero conviene reparar en el hecho de que la justicia de la época republicana no conoció la apelación, porque era una justicia de los ciudadanos (justicia horizontal, privada: ***ordo privatorum iudiciorum***): la apelación aparece precisamente cuando empieza a funcionar (a partir del principado de Augusto) la justicia de funcionarios, que es una justicia oficial, jerarquizada (justicia vertical). De modo que la apelación es la consecuencia de la jerarquización; y ésta, a su vez, consecuencia de la apropiación de la justicia por el *Princeps* o Emperador.

Y tal es, asimismo, la razón por la que la apelación clásica da lugar espontánea y mecánicamente a un *novum iudicium:* a instancia del apelante todo empezaba de nuevo, y concluía con una sentencia independiente que, por la superior jerarquía del tribunal que la dictaba, venía a reemplazar a la primera (R. Orestano <1958>, II).

Esta noción de la apelación, que es prácticamente ajena a los procedimientos penales germánicos de la Alta Edad Media Occidental, mientras no se consolidan los reinos lombardo y carolingio, y después los regímenes estatutarios (P. Fiorelli >1958> II), va a ser recibida y reformulada, siempre como *novum iudicium,* mucho tiempo después, con el llamado Derecho Común Europeo, entre los Siglos XIII y XVI.

En este último período (Siglos XV y XVI), con la exacerbación del sistema inquisitorial, la admisión del recurso de apelación conoce, en materia penal, las mayores restricciones, y esto no cesa hasta que nos encontramos, finalmente, con la Ordenanza Criminal de Luis XIV (1670), en la que, siempre dentro del inquisitorio, la admision del recurso es concebido con mayor amplitud.

En todo caso, ya desde entonces, y hasta la fecha de hoy, la apelación contra la sentencia final se concede con efectos ‹suspensivo› y ‹transmisivo› (devolutivo); mientras que la apela-

ción contra decretos interlocutorios se concede únicamente con el efecto de traspasar *(devolvere)* al superior el conocimiento de la causa (A. Esmein <1969>, pág. 245 y sigtes.). Y la distinción operaría independientemente de que el recurso dé lugar a un nuevo proceso (*novum judicium*) o a una simple revisión de lo decidido por el juez de primera instancia (*revisio prioris instantiae*).

Como antes vimos, el sistema del *novum judicium* prevaleció en la Roma Imperial, en el Imperio Carolingio y en las monarquías absolutas, por ser los tribunales superiores expresión directa de la autoridad suprema (emperador, rey), titular originaria de la jurisdicción. Sin embargo, la tendencia observable en el largo plazo, motivada por razones de tiempo, de economía procesal y de costo económico del proceso, es la de que el juez de apelación se limite a la mera revisión de la sentencia recurrida, incursionando sólo muy excepcionalmente en el tema probatorio.

Ahora bien ¿cuáles serían las diferencias esenciales entre las concepciones estructurales de la segunda instancia llamadas *novum iudicium* y *revisio prioris instantiae?* Primero que nada habría que advertir que la práctica legislativa de los distintos países ha conocido toda una gama de conmixtiones entre ambas, de modo que a veces es difícil establecer frente a cuál de ellas nos encontramos.

Pero si nos atenemos a los modelos teóricos, diría que estamos ante el *novum judicium* cuando, por efecto de la apelación, el tribunal de segundo grado empieza, por decirlo así, de cero, de modo que examina *ex novo* las pretensiones de las partes, admite y evacúa sus pruebas, oye sus alegatos de conclusiones y emite su sentencia, que sustituye en un todo la de primera instancia. Mientras que nos encontramos ante la *revisio prioris instantiae* cuando, como las palabras lo indican, la labor del juez superior tiene como objeto principal la sentencia del inferior, de manera que dicha labor culmina con un pronunciamiento sobre dicha sentencia, para confirmarla, anularla, revocarla o reformarla sustituyéndola, en los dos últimos casos, por una nueva decisión.

Hay que señalar, por último, que el recurso de apelación, con todas las características señaladas, vino a formar parte de las instituciones procesales de Iberoamèrica por motivo de la

recepción del derecho romano en las universidades y en los tribunales del Período Colonial (A. Vargas Valencia <2001>, págs. 77 y sigtes.), de donde se transmite mecánicamente, o en todo caso sin mayores resistencias, a los diferentes códigos nacionales surgidos después de la Independencia.

En Costa Rica encontramos el recurso de apelación como *novum judicium* en el Código de Carrillo (Artículo 1020 y siguientes, y especialmente artículo 1095 y siguientes); y en el Código de Procedimientos Penales de 1910 (artículos 587 y siguientes).

Como sabemos, en el Código de Procedimientos Penales de 1973 y en el Código Procesal Penal de 1996, el recurso de apelación contra la sentencia fue suprimido, siguiendo en esto la tesis sostenida vigorosamente por los Profesores Alfredo Vélez Mariconde y Julio Maier, de que la oralidad y publicidad del proceso, el juez de garantías (fase intermedia), la colegialidad del tribunal de juicio y el recurso de casación suplían por mucho la pseudo-garantía del doble grado, con la ventaja de la economía de tiempo y dinero. Pero sobre esto volveremos más ampliamente en las páginas siguientes.

Veamos ahora qué nos trae el Proyecto pendiente ante la Asamblea Legislativa.

c) El Proyecto

El ***"Proyecto de Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal"*** nos propone llamar "tribunales de apelación" a los que las leyes vigentes llaman "tribunales de casación". Trata el tema como si las instituciones de la apelación y de la casación fueran lo mismo: y pretende trocar, sin más, los que ahora figuran como ‹motivos de casación› en ‹motivos de apelación›, con el sólo agregado de una nueva causal: las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa. Lo cual estimo erróneo en sí mismo, pero lo es más si comprobamos que en los restantes sectores del sistema normativo nacional siguen vigentes los criterios tradicionales que fundamentan la diferencia profunda entre apelación y casación.

Me parece que no es pedantería insistir en esa diferencia: como vimos en páginas anteriores, la apelación es un recurso de la edad clásica: nació de la práctica del proceso extraordinario

romano a partir del Siglo II de nuestra era; y ha conservado sus rasgos principales por casi dos milenios; mientras que la casación es fruto de ciertas peripecias surgidas no más iniciarse la Revolución Francesa (ver: Piero Calamandrei; 1945: pág. 15 y sigtes.).

> i) Vistas en sus formas tradicionales, tenemos que mientras la apelación nace de la expresión de una inconformidad genérica del recurrente frente a la sentencia de primera instancia (Beling, 1943, Nº 79); la casación se apoya en el señalamiento puntual que debe hacer el recurrente de cierta infracción de ley cometida por el juez en la sentencia.
>
> ii) La apelación del sucumbente abre una etapa al interior de un ‹contínuo› que es el proceso: es ‹el segundo grado› dentro de un proceso unitario (una "segunda primera instancia", en la paradójica expresión de Karl Binding); mientras que el instituto de la casación está llamado a operar por fuera y por encima del proceso.
>
> iii) La admisión del recurso de apelación inviste al juez ad quem del pleno y total conocimiento de la causa (efecto ‹devolutivo›); mientras que la admisión del recurso de casación otorga a la corte el específico poder de examinar la legalidad de la decisión del juez del mérito, sólo en los aspectos objeto del recurso. Etc., etc.

Vemos, en suma, que originalmente se trataba de institutos no sólo diferentes sino, en cierto sentido, opuestos; aunque luego los requerimientos de la praxis hayan propiciado desde el principio una tendencia a acercarlos, en la forma de una contaminación desde la apelación (instituto más antiguo, más racional y más maduro) hacia la casación.

Viniendo a lo nuestro, el Proyecto en examen quiere poner un poco de orden en una dinámica que parece haberse salido de las manos de sus custodios: constituye el último acto de un drama surgido en el sistema normativo costarricense hace ya varios años; y que refleja, en escala reducida, los avatares de la impugnación procesal penal del mundo occidental en los últimos siglos.

Recordemos que en nuestro Código de Procedimientos Penales de 1910, como en tantos otros del género en Europa y

América Latina, así como también en los códigos de procedimientos civiles, regía un modelo de ‹doble instancia+casación›, que en Costa Rica estuvo vigente hasta la promulgación del texto homónimo de 1973. Éste último fue el que inauguró en el País el sistema de ‹única instancia+casación›, que el Código Procesal Penal de 1989, aún vigente, se ha visto últimamente en la necesidad de modificar.

Hasta donde yo sé, el modelo de ‹instancia única+casación›, inspirado en el proceso inglés del Siglo XVIII, se implantó por primera vez en Europa continental en el Código de Instrucción Criminal francés (CIC) de 1808 para el proceso ante jurado; e influyó, entre otros, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEC) española de 1882. Pero, en lo que se refiere a nosotros, se sabe con certeza que lo tomamos del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina, de 1938.

Ahora bien, me parece que la razón que tuvo el *Code d›Instruction Criminelle* francés de 1808 de suprimir la apelación de los procesos con jurado (que significaba suprimir el reexamen del contenido fáctico-legal de la sentencia que la apelación conlleva), se debió básicamente al carácter íntimo, intransferible, ergo jurídicamente incontrolable del veredicto: el parsimonioso legislador francés desechó la idea de celebrar en segunda instancia otro veredicto que no iba a agregar, respecto del primero, ninguna garantía adicional de acierto.

Pero esa no fue obviamente la razón por la que en 1882 , la LEC española suprimiera la apelación de los fallos de las Audiencias (ya que en dicho proceso no había jurado, ni lo habría por más de un siglo); ni tampoco fue la razón de que ocurriera lo mismo en el Código de Procedimiento Penal de Córdoba de 1938. Sabemos que en este último caso la razón fue de equivalencia de garantías y de economía procesal: un debate oral único ante un tribunal colegiado, seguido del recurso de casación, ofrecen garantías al menos equivalentes a las de un ‹proceso con segunda instancia+casación›; y además ahorran el tiempo y el dinero de los ciudadanos. Eso pensaban los legisladores y los doctrinarios argentinos de fines del Siglo XX (por todos: Vélez Mariconde y Soler; 1943; pág. 159 y sigtes.; Julio Maier, 1989; págs. 510 y sigtes.); y eso llegamos a pensar también nosotros, creyéndoles a ellos (ver Luis Paulino Mora et al.; 1976; pág. 198 y sigtes.).

Aquí es cuando aparecen la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos haciendo ver que nuestro recurso de casación no conlleva aquel reexamen pleno y completo de la materia objeto del fallo impugnado, exigido en el artículo 8, inciso 2, h) del Pacto de San José; y conminando al Estado costarricense a suplir la deficiencia.

Y la reacción del Estado fue la frenética Ley 8503 del 2006, justamente llamada de Apertura de la Casación Penal ya que, verbigracia, permitió de hecho la admisión de la casi totalidad de los recursos presentados en el tiempo sucesivo; comprometió la taxatividad de los antiguos ‹motivos de casación›; permitió ampliamente al órgano competente el reexamen de los hechos del caso; y la posibilidad de producir nuevas probanzas; etc.

Con lo cual nuestro legislador llevó lo que otrora fue un ‹recurso de casación› convencional, a un grado de heterogeneidad y amplitud (con no pocos ingredientes de vaguedad) que sobrepasa modelos que se considera avanzados, como el de la *Revision* alemana (a no confundir con la *Wiederaufnahme des Verfahrens,* equivalente a nuestra actual ‹Revisión›); y así consiguió que el resultado obtenido presente una serie de rasgos que en no poca medida desvirtuaron el ‹recurso de casación› (F. Ferrand <1993>, pág. 93 y sigtes.).

Entonces podría con ello parecer que el Proyecto acierta al plantear el cambio de nombre para que los actuales Tribunales de casación se llamen "de apelación". Pero no es así porque, paradójicamente, en sus artículos 369, 443 a 447, 449, 450 y 451 bis, a pesar de afirmar una y otra vez que se trata del "recurso de apelación de sentencia", el Proyecto resalta vigorosamente muchos de los rasgos propios del remanente recurso de casación (escrito formal de interposición, enumeración taxativa de los motivos, reenvío, etc.). Es decir, estaríamos en Costa Rica ante una insólita ‹*contaminatio*› desde la casación hacia la apelación.

Podemos observar además que mientras en el Título III del Libro III (RECURSOS), permanece el diseño de un ‹recurso de apelación› contra resoluciones del procedimiento preparatorio e intermedio, que corresponde al modelo tradicional de apelación; en el Título IV, que trataría también de un ‹recurso de apelación›, ahora contra sentencias, nos encontramos con un diseño caótico, adiposo y fuertemente contrastante con el anterior. De donde resultaría misión imposible para el jurista teórico darnos una definición comprensiva del concepto de ‹apelación›, basada en la exégesis de los textos antiguos junto a los que se proponen; señal de una grave pugna de la voluntad política que empuja la reforma con la racionalidad de la doctrina jurídico-procesal.

III. Debido proceso, revisión y casación

I. El debido proceso.

A riesgo de repetir cosas archisabidas, empiezo por recordar que **el debido proceso** es un conjunto de garantías procesales a favor de la persona, propias de la cultura occidental. Sus antecedentes remotos son la ***efesis***, institución de la democracia ateniense (U. E. Paoli <1968>, Tomo XIII, pág. 1089 y sigtes.); la ***provocatio ad populum*** de la República Romana (B. Santalucia <1987>. Tomo XXXIV); y algunos edictos y constituciones medievales (siendo la principal la Carta Magna de 1215). Pero con el nombre con el que hoy lo conocemos (due process of law) aparece por primera vez en el Siglo XIV, en la Ley 28 de Eduardo III de Inglaterra, en donde se declara que:

> ***"Ninguna persona, cualquiera sea su condición, puede ser expulsada de su tierra, ni detenida, ni encarcelada, ni expropiada, ni ejecutada, sin haber sido sometida al debido proceso legal"***

Esta declaración va a ser reproducida casi textualmente en la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos; y es en ese país donde se produce su mayor desarrollo doctrinario a partir del Siglo XIX, en tres etapas sucesivas:

a) Hasta el segundo tercio del Siglo mencionado, inclusive, la cláusula del debido proceso legal se empleó en la forma tradicional de tutela de los derechos de libertad conculcados mediante procedimientos irregulares o arbitrarios;

b) A partir de esa época y hasta comienzos del Siglo XX, la Corte Suprema empezó a invocar dicha cláusula también para la tutela de los derechos de propiedad de los ciudadanos frente a cualesquiera intentos dirigidos a su negación o limitación,

provenientes de las leyes federales o estatales, o de otros actos públicos;

c) Ya entrado el Siglo XX, la jurisprudencia de la Corte Suprema extiende la aplicación del debido proceso legal a la tutela general de los derechos fundamentales de las personas, en su relaciones con el Estado federal y con todos los Estados de la Unión (J. Clarke Adams <1958>, V, pág. 314 y sigte.; L. M. Friedman <1973>, pág. 299 y sigtes., 446 y sigtes.).

En Costa Rica el principio del ‹debido proceso legal› inicia su expansión hasta alcanzar las dimensiones que ahora tiene, a partir de la creación de la Sala Constitucional en 1989; ésta va a ir precisando su concepción del instituto en varias sentencias-dictámenes (por vía de ejemplo recordemos las Números 15-1990, 1739-1992, 4700, 5746 y 5966 de 1993, 806-1997, 649-1998 y 440-2000; de las cuales, todas importantísimas, me parece que la principal es la 1739 de las 11,45 horas del 1° de julio de 1992 .

En efecto, en su sentencia Número 1739-92, al evacuar una consulta que le hiciera la Sala Tercera de la Corte, y resumiendo y completando lo dicho en pronunciamientos anteriores, la Sala Constitucional señaló que el debido proceso legal implicaba la observancia y el respeto, por parte de los tribunales, de los siguientes derechos, situaciones y expectativas de las partes:

1. *Derecho a la justicia.*
2. *Derecho a la legalidad.*
3. *Derecho al juez regular (‹juez natural›).*
4. *Derecho a la audiencia y a la defensa.*
5. *Principio de inocencia.*
6. *Principio ‹in dubio pro reo›.*
7. *Derecho al procedimiento.*
8. *Derecho a una sentencia justa.*
9. *Derecho a la doble instancia.*
10. *Derecho a la cosa juzgada formal.*
11. *Derecho a la cosa juzgada material.*

En el citado fallo, la Sala Constitucional advertía que la lista anterior no era exhaustiva; y en resoluciones sucesivas fue precisando conceptos y mencionando nuevos derechos y situaciones subjetivas de las partes que debían serle reconocidos

dentro del proceso jurisdiccional. Y así tenemos que en la sentencia N. 4700-93, la Sala incluye dentro de la lista de derechos que configuran el debido proceso la legítima expectativa de las partes a que el juez utilice la sana crítica en la apreciación de la prueba, porque

> ***"...la inobservancia por el juzgador de las reglas sobre el método de la sana crítica racional, como forma de interpretación de la prueba, la determinación del hecho acusado y la responsabilidad del acusado en el mismo, constituyen en el fondo un quebranto al principio de inocencia protegido por el artículo 39 de la Constitución, y por ello del principio de debido proceso legal...»***

Y en la sentencia N. 5746-96, la Sala asigna a las pruebas, en general, el rol de garantizar un proceso justo; porque, en efecto,

> ***"...Si bien, el juicio de convicción debe sustentarse en el contenido de las pruebas, a éstas no se les puede asignar esa única finalidad sino también la de ser garantía de realización de un proceso justo, eliminando la arbitrariedad judicial. El derecho fundamental de presunción de inocencia requiere para su desvirtuación una actividad probatoria obtenida respetando los derechos fundamentales..."***

Si me he detenido un poco en aspectos históricos que posiblemente todos conocen, fue para poner en mayor evidencia dos cosas:

a) que el debido proceso legal, en las diferentes formas que ha venido asumiendo en los dos últimos siglos, se concibe actualmente como un haz de garantías predominantemente procesales de rango constitucional y de rango internacional, para la protección de los derechos humanos de las personas; y

b) que en Costa Rica esa tendencia formó parte de lo que podríamos llamar la ‹ofensiva garantista› que acompañó al nacimiento y consolidación de la Sala Constitucional; y que trataba de situar a esta Suiza Centroamericana dentro de las caudalosas corrientes del constitucionalismo garantista de los europeos.

Pero una cosa que debemos retener de todo lo anterior, es que el principio o ‹la cláusula› del debido proceso legal es, por definición, un criterio vinculante para los operadores de los procesos y procedimientos jurisdiccionales y administrativos.

II. Revisión y casación penal

El artículo 611 del Código de Procedimientos Penales de 1910, al incorporar en su seno los motivos del recurso de casación por la forma, heredó el sistema de la enumeración taxativa que una reforma del año 1899 introdujo en el Código de Carrillo, semejante a la que contenía el artículo 903 del Código de Procedimientos Civiles de 1887; de modo que, por algún tiempo, la lista de los motivos de casación por la forma eran prácticamente los mismos en ambos Códigos. Tales motivos eran (resumo sus rasgos principales):

i) Falta de emplazamiento de los que debieron haber sido citados para el juicio.
ii) Negación total o parcial a la admisión o evacuación de prueba importante.
iii) Falta de citación de la parte al acto de evacuación de prueba importante.
iv) Omisión en la sentencia de los hechos probados; o contradicción entre ellos.
v) Omisión de resolver los puntos sustanciales contenidos en la acusación y en la defensa. Falta de formalidades legales en la sentencia.
vi) Incompetencia del juez o tribunal que dictó la sentencia.
vii) Deficiencia numérica en la integración del tribunal sentenciador. Insuficiente número de votos para la decisión.

Ese Código de Procedimientos Penales de 1910, de corte claramente inquisitorial, fue sustituido sesenta y cinco años después por su homónimo de 1973, adaptación del Código de Procedimiento Penal de Córdoba, Argentina (el nuestro debió llamarse, en justicia, "Código Vélez Mariconde", porque el profesor argentino Alfredo Vélez Mariconde vino a Costa Rica y lo dictó, artículo por artículo, a la "comisión redactora"). Este fue el código que eliminó la apelación de la sentencia penal; y que en su numeral 471 sustituyó el sistema de enumeración taxativa

de los motivos de casación, por sendos enunciados generales, como sigue:

> "*Artículo 471. El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:*
>
> *1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva;*
>
> 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta (...), el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho manifestación de recurrir en casación."

Durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, y precisamente en el año 1989, se promulga la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuyo artículo 112, inciso c), adiciona el artículo 490 de dicho Código con un inciso 6), que establece como causal de revisión de la sentencia penal, no haber sido ésta

> "*...dictada mediante el debido proceso u oportunidad de defensa.*"

Al comenzar el año 1990 empieza a funcionar la Sala Constitucional; y muy pronto inicia la serie de sus pronunciamientos relacionados con el derecho y el proceso penal, ya sea en razón de recursos de habeas corpus, o por acciones de inconstitucionalidad, o en virtud de consultas facultativas de los jueces; y particularmente en razón de la consulta preceptiva de la Sala Tercera Penal en materia de revisión por violación al debido proceso o al derecho de defensa; esto último sobre la base de lo dispuesto por el artículo 102, segundo apartado, de la citada Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Pero la incorporación del debido proceso como motivo de revisión nos merece un especial comentario, por tratarse de la remoción de un histórico muro de contención construido por la doctrina tradicional con el fin de proteger el instituto de la cosa juzgada. Ese ‹muro› se componía de dos elementos: el *numerus clausus* de los motivos de revisión; y el carácter necesariamente novedoso de cada uno de esos motivos respecto de la sentencia impugnada. Porque, en efecto, como lo sostiene la doctrina, y

como podemos comprobarlo leyendo los cinco primeros incisos del artículo 490 del Código del 73; o los seis primeros incisos del artículo 408 del Código actual, las causales de revisión se han apoyado siempre, por definición, en un ‹quid novum› con respecto al tiempo de los elementos fácticos y jurídicos de la sentencia. Se revisa una sentencia firme (cosa juzgada), no para señalar un error de interpretación de una norma, sino para reparar una injusticia grave, revelada por hechos cuya certeza se estableció posteriormente. (G. Leone <1963>, III, pág. 260 y sigtes., y 385 y sigtes.; F. Castillo <1980>, pág. 137 y sigtes; F. Cordero <1985>, pág. 802 y sigtes.).

Entonces, al agregar el inciso 6) al artículo 490 del Código del 73, introdujo un motivo de revisión que, además de echar por tierra toda la doctrina de la revisión judicial: a) va a ver triplicarse en poco tiempo el número de sus motivos, porque como lo va a evidenciar después la sentencia número 1739-92 de la Sala Constitucional, los derechos, situaciones y expectativas procesales subjetivos que configuran el debido proceso legal constituyen un conjunto abigarrado, numeroso y abierto (*numerus apertus);* b) no siendo ya hechos puntuales, evidenciados con posterioridad a la firmeza de la sentencia, sino actuaciones manifiestamente ilegales perpetradas durante el proceso, o en la sentencia (violaciones al derecho de defensa, al indubio pro reo, etc.) o expectativas abstractas (derecho a la legalidad), abren la posibilidad de que los imputados reiteren indefinidamente sus acciones de revisión; y c) dificultará sobremanera la posibilidad de que la Sala y el Tribunal de Casación rechacen como inadmisible el correspondiente recurso, por el carácter abstracto y poco definido de muchos de esos derechos y expectativas (el derecho a la justicia; el derecho a la legalidad, etc.).

Es a por esas razones que la reforma del artículo 490 del derogado Código de Procedimientos Penales del 73, por la cual se introducía la violación del debido proceso como causal de revisión (un caso de filisteísmo jurídico que no es raro entre nosotros), constituye el inicio de la catástrofe: abrió la Caja de Pandora de la justicia penal en Costa Rica, produciendo una brecha por la que penetró una masa incontrolable de procesos que son, en opinión que comparto, la causa principal de la crisis de la revisión y de la casación, en la que se debaten actualmente la Sala Tercera y el Tribunal de Casación Penal; y de paso, haciendo añicos la institución de la cosa juzgada en dicha materia.

Cierto que la creación del Tribunal de Casación en 1993 había venido a paliar en cierta medida el considerable aumento del volumen de trabajo de la Sala; y aunque al principio agitó el pseudo-argumento de las ‹decisiones contradictorias y la uniformidad de la jurisprudencia›, se impuso finalmente por su incidencia positiva en orden al referido problema.

En lo que atañe propiamente al instituto de la casación, el artículo 443 del Código Procesal Penal de 1996 dispone en términos generales que el recurso procederá

> *"...cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal."*

pero en su artículo 369 regresa al sistema de enumeración taxativa de los motivos de casación, en los nueve incisos siguientes:

> *a) Que el imputado no esté suficientemente individualizado.*
> *b) Que falte la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado.*
> *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.*
> *d) Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios oi elementos probatorios de valor decisivo.*
> *e) Que falte en sus elementos esenciales la parte dispositiva.*
> *f) Que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en las deliberaciones, salvo los casos de excepción previstos legalmente.*
> *g) La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia.*
> *h) La inobservancia de las reglas relativas a la correlación entre la sentencia y la acusación.*
> i) La inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Por otro lado, al mantener en su artículo 408 la violación del debido proceso como causal de revisión, el flamante Código de 1996 alimentó la onerosa carga laboral que ya pesaba en los hombros de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación Penal. Pero lo que va a suceder luego pondrá las cosas al rojo vivo:

a) En el año 2004 la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mauricio Herrera vs. Costa Rica señaló justamente una deficiencia del sistema costarricense de garantías procesales: el apergaminado recurso de casación, con sus rémoras formalistas y sus limitaciones (a pesar de los esfuerzos de la Sala y del Tribunal de Casación para tratar de remediarlas), no podía garantizar plenamente "el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal competente" prescrito en el inciso h) del artículo 8 del Pacto de San José: se requería, según la Corte, ***"...un recurso ordinario eficaz, accesible, sin restriccioones, requisitos o complejidades que tornen ilusorio el derecho a recurir y que produzca resultados y respuestas reales, ...que garantice un examen integral de la decisión recurrida."***; y la Corte Interamericana conminó al Estado costarricense a enmendar la deficiencia;

b) la respuesta oficial de Costa Rica fue, como sabemos, la Ley Número 8503 del 2006, llamada precisamente "Ley de apertura de la casación penal"; la cual, en efecto, abrió de par en par las puertas del mencionado recurso, satisfaciendo con holgura los requerimientos de la Corte Interamericana. Y una de las más notables medidas aperturistas de dicha Ley fue la de agregar a la lista de los motivos de casación del artículo 369 del Código Procesal Penal, un inciso j), en el que dispone como un nuevo defecto de la sentencia, que justifica la casación de la misma:

> ***"j) Cuando la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa."***

Es decir, que la Ley 8503 vino a introducir como un nuevo motivo de casación la inobservancia de alguno, varios o todos los componentes de aquella larga lista de derechos, situaciones y expectativas subjetivas que configuran el debido proceso, según la interpretación contenida en la sentencia número 1739-92

de la Sala Constitucional; los cuales, además, se encontraban ya comprendidos en el sistema del Código como motivos de revisión, según vimos hace poco.

Alguno pensará: "lo que abunda no daña"; pero al jurista le resultará sospechoso porque en el campo de la dogmática y la teoría lo que es bueno para el ganso puede no ser bueno para la gansa: lo sano y normal en materia es que las medidas que arbitra el derecho estén conmensuradas al concreto problema que las suscita: la adecuación del efecto al hecho, que decía Falzea (<2007> , pág. 94 y sigtes.).

¿De qué manera, entonces, entendemos las cosas, como para que ciertas circunstancias que ameritarían un examen a través del recurso de apelación, puedan servir para justificar también el remedio de la revisión, e incluso el de casación? Por ese camino puede pasarle al ‹debido proceso› lo que a la célebre pomada Canaria: parecía curarlo todo y a fin de cuentas no curaba nada.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, se explica la grave situación en que se encuentra la justicia penal, y el por qué de las reformas propuestas. Pero para efectos de este escrito sólo abordaré algunas cuestiones relacionadas con la reconfiguración de las competencias de la Sala 3ª (en otro artículo me ocupé de la transformación del Tribunal de Casación Penal en Tribunal de Apelación de sentencias).

Y entonces, según el proyecto de artículo 56 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se propone, la Sala Tercera de la Corte se quedaría con el conocimiento:

a) Del proceso de revisión (sin debido proceso);

b) Del recurso de casación (por debido proceso);

c) De las causas penales contra los miembros de los supremos poderes y otros funcionarios equiparados;

d) De los demás asuntos que las leyes le atribuyan.

En cuanto a la revisión, por todo lo arriba expuesto me parece bien que la reasuma la Sala Tercera; y me parece aún mejor que se expulse al debido proceso y al derecho de defensa del ámbito de ese instituto.

Ahora bien, concretándonos a los motivos de casación del Proyecto que estamos analizando, el propuesto artículo 453 del Código Procesal Penal dispone que son dos, enteramente nuevos:

i) la existencia de precedente contradictorio con otro tribunal de sentencia o con la Sala de Casación Penal.

ii) la violación al debido proceso y al derecho de defensa.

A la función de unificar la jurispruencia, que en todas partes es concebida como un resultado del funcionamiento de la casación, y no un motivo en sí mismo, me he referido en páginas anteriores. En todo caso, en el Proyecto responde, aunque de una manera insólita, suigéneris, a los fines atribuidos al recurso de casación en una concepción clásica del instituto.

Por otra parte, cabe señalar que la enumeración bipartita de los motivos de casación parece excluir los tradicionales ‹motivos de fondo›, que hoy se suelen expresar en la fórmula: **inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.** Al respecto creo bien fundadas las dudas del magistrado don Oscar González, expuestas en Corte Plena, porque no veo por dónde la tutela del debido proceso, pese al contenido intencionalmente desmesurado que le atribuyó la Sala Constitucional, pueda proteger al recurrente contra las eventuales aberraciones del juez cometidas al interpretar, integrar y/o aplicar las disposiciones del Código Penal, salvo en dos casos muy específicos: la violación de las ‹reglas de juicio› del principio de inocencia y del indubio pro reo. Aparte de esto, no veo en toda la lista extendida por la Sala ningún motivo que pueda albergar la tutela contra la ‹inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva›.

Además, garantias del debido proceso, como el ‹derecho a la legalidad›, el ‹derecho a una sentencia justa›, el ‹derecho a la cosa juzgada, formal o material›, y otros de los derechos incluidos dentro del concepto de la citada resolución de la Sala Constitucional ¿de qué manera pudieran ser justiciables por la vía de la casación?

Por definición, la tutela de las garantías del debido proceso sólo cabrían en el recurso de casación en cuanto las lesiones al mismo contenidas en la lista tantas veces citada puedan asimilarse a *errores in procedendo.*

Entonces ¿cuál sería la sede propia donde situar un reclamo por violación del debido proceso? En la medida en que se tratara de verdaderas garantías procesales, y por estar las mismas provistas de protección constitucional o internacional, la vía natural sería el amparo ante la Sala Constitucional, si no fuera porque nuestra ley no autoriza el amparo contra resoluciones judiciales. Y la otra salida, esta sí viable, es la que el propio Proyecto ya ha adoptado, que es atribuir en segunda instancia la tutela del debido proceso al nuevo Tribunal de Apelación de sentencia (artículo 369, inciso j), junto a una numerosa lista de agravios que ese mismo artículo contiene.

Aunque, en rigor, las enumeraciones taxativas de agravios son ajenas al instituto de la apelación (S. Satta <1966>, II, 2, pág. 13 y sigtes.; G. Tranchina – G. Di Chiara <1999>, III), el Proyecto traslada en bloque, en la nueva sede de la apelación de sentencias, la lista del artículo 369; y además traslada a dicha sede la estructura propia de la casación, con renvío y todo. Lo cual quizás no sea grave, o mejor dicho: creo que puede ser sobrellevado sin daño; pero me parece que tampoco ayudará al buen entendimiento y funcionalidad del instituto. Sobre esto último no puedo ni quiero hacer pronósticos.

Creo, para concluir, que con este Proyecto la Sala busca adicionalmente recobrar para ella la exclusividad de las funciones de casación; o quizás sólo el nombre: *pecata minuta.* Pero resulta una ironía, porque al mismo tiempo quiere elevar la violación del debido proceso y del derecho de defensa al rango de motivo multiforme y general de lo que pretende siga siendo un recurso de casación; quizás sin advertir que con ello se está alejando drásticamente de las funciones tradicionales de un tribunal de casación.

Pues, en efecto, con esa medida, la Sala estaría renunciando en la mayoría de los casos al objetivo fijado históricamente al instituto de la casación, de velar por la correcta interpretación, integración y aplicación de la ley (tutela objetiva: protección del sistema normativo del Estado), para asumir ampliamente la protección de los derechos subjetivos fundamentales (tutela subjetiva: protección de la persona humana). Y estaría haciendo lo correcto; pero ya eso no es casación.

Unidad de la jurisprudencia e independencia de los jueces

El artículo 453 del Código Procesal Penal, según la reforma propuesta en el Proyecto de "Ley de Creación del Recurso de Apelación de la sentencia, etc." dispondría en lo conducente:

> *"Artículo 453. Motivos. El recurso de casación podrá ser fundado en alguno de los siguientes motivos: a) Cuando se alegue la existencia de precedente contradictorio con otro tribunal de sentencia o con la Sala de Casación Penal..."*

De convertirse en ley el Proyecto mencionado, esta norma legitimaría a cualquiera de las partes en un proceso penal, a plantear un recurso de casación cuyo motivo sería que el juez de la sentencia ha decidido en contra de un precedente jurisprudencial de otro tribunal, o de la Sala de Casación Penal. Y en tal caso la Sala, comprobada la contradicción, acogería el recurso, casaría (o no) el fallo impugnado y declararía ***erga omnes*** cuáles son la interpretación y la solución correctas.

La mera exégesis del texto plantea algunas dudas: a) el motivo de casación ¿estriba en sentar o acoger un precedente contradictorio con respecto de otros precedentes, o en sentar o acoger un precedente equivocado, según el criterio de la Sala? Lo cual implica que: b) la Sala tendría que hacer dos pronunciamientos: uno para definir si existen precedentes contradictorios; y el otro, sucesivo, para dilucidar si la sentencia impugnada establece o no, o se acoge o no a un precedente erróneo; y en cualquiera de los dos casos la Sala declararía, ***urbi et orbi,*** cuál es el precedente correcto.

Porque veamos que la Sala, con base en el texto comentado, podría:

a) rechazar el recurso por estimar que no hay contradicción entre los precedentes;

b) acoger el recurso en vista de que dicha contradicción existe, pero rechazarlo porque el fallo impugnado coincide con el criterio de la Sala; o finalmente,

c) constatada la contradicción, acoger el recurso y casar la sentencia por sustentarse en un precedente erróneo, en criterio de la Sala.

Cabe observar que, aún sin la reforma propuesta, la Sala Penal, como las otras salas de la Corte, ejerce la esencial función de sentar jurisprudencia, es decir, ‹precedentes›, en las materias de su competencia; y que tal jurisprudencia constriñe o presiona ideológicamente a los jueces de grado, por el sólo hecho de saber que, llegado el caso, sus fallos contrarios podrían ser ‹casados› por la Sala. Y entonces ¿dónde estaría lo nuevo del Proyecto? ¿estaría en elevar a motivo de casación la discrepancia entre los precedentes? Pero es que siempre ha sido así: las salas de la Corte siempre han anulado las sentencias recurridas en casación por interpretación errónea de un texto de ley; es decir, anulan porque la interpretación del ***a quo*** no coincide con la de la sala.

¿Dónde estaría, pues, lo novedoso de la reforma? La exposición de motivos dice al respecto lo siguiente:

> ***"...La labor de unificación de fallos contradictorios se hará por medio de las resoluciones que pronuncie la Sala titular de Casación Penal cuando dirima los casos respectivos. Estas resoluciones tendrán carácter vinculante a futuro para todos los tribunales penales del país, incluídas las salas integradas por suplentes en esta materia."*** (pág. 12/13)

En general, el carácter vinculante de los fallos de un tribunal para todos los jueces de su materia (incluídos los magistrados suplentes del propio tribunal) podría asumir diferentes grados de intensidad: a) el grado máximo sería la prohibición, dirigida a todos aquellos jueces, y conminada con sanciones penales o disciplinarias, de pronunciar fallos discrepantes; los cuales, además, serían absolutamente nulos; b) el grado medio sería la sola nulidad del fallo, sin sanciones contra el juez; y c) el grado mínimo sería la posibilidad de que el fallo pueda ser impugnado por el sólo motivo de discrepar de la jurisprudencia del tribunal superior.

A pesar de la declaración de obligatoriedad de los fallos de la Sala Tercera contenida en la ‹Exposición de Motivos›, lo cierto es que el Proyecto no incluye, en su articulado, ni la prohibición de pronunciar fallos discrepantes, ni la nulidad de pleno derecho de dichos fallos. Lo que contiene el Proyecto es el citado artículo 453, que se limita a incluir ‹la existencia de precedente contradictorio› como un motivo de casación.

En todo caso, cualquiera sea la intensidad de la obligatoriedad que tendrían los fallos de la Sala con la reforma propuesta, necesitamos saber si la misma entra en contradicción con la institución de la independencia del juez, concebida en los términos de la total ausencia de condicionamientos y/o constreñimientos a la libertad de determinación de su decisión. .

Ciertamente que la cuestión de cómo garantizar que nuestros jueces se encuentren en las condiciones personales e institucionales adecuadas para decidir sus fallos con plena independencia, es materia de otro discurso. Pero quiero aprovechar la ocasión para señalar aquí algo en que la gente no suele pensar: la independencia del juez no es tanto un derecho de éste, cuanto un derecho fundamental de todos los ciudadanos; de modo que en este momento, en esta reflexión sobre la reforma de la casación y la apelación, no estamos dirimiendo asuntos organizacionales o burocráticos, sino un tema central de Derechos Humanos. (L. Ferrajoli <1999> pág. 15 y sigtes.).

Volviendo a lo nuestro, me parece evidente que la obligatoriedad de la jurisprudencia, en cualquiera de sus formas, constituye ***per se*** una limitación a la independencia del juez: en la medida en que el juez esté obligado o reciba presiones para observar u obedecer, en la decisión de sus fallos, un criterio que no es el producto de sus propias reflexiones y conclusiones, en esa medida no es un juez independiente.

Ahora bien, confrontada con otros valores que se suele invocar, como ‹la seguridad jurídica› ¿cuál es la importancia de la independencia judicial? En mi modesto criterio, la independencia del juez está en el corazón de la justicia, entendida ésta como la obra de seres humanos que se esfuerzan en comprender y dirimir con criterio propio un conflicto interpersonal, situándose por encima de los intereses de las partes (A. Nieto <2002> pág. 267 y sigtes.; D. Simon <1985>, pág. 23 y sigtes.)

Y si bien es cierto que una sentencia justa es un hecho ‹socialmente objetivo› que, como tal, podría ser el resultado fortuito de la decisión de un juez incapaz o corrupto; también lo es el no permitirnos sensatamente contar con esas felices casualidades, si las hubiere; sino sustentar la razonable convicción de que la única justicia que podemos y debemos esperar y exigir es la que proviene de la decisión de un juez independiente; aunque pueda estar equivocada; y aunque sea contraria a los intereses que estamos sosteniendo en el caso.

- Los aficionados a la Historia sabemos que la justicia no ha sido el valor dominante en la sociedad clasista; y que, por lo tanto, la independencia de los jueces no ha sido ni siquiera frecuente. Los regímenes oligocráticos o monocráticos han dominado el panorama histórico de los últimos cinco mil años, con la excepción de las democracias griegas y la República Romana en la Antigüedad; y las cuestionadas democracias de los Siglos XIX, XX y XXI; y una consecuencia lógica de esta situación es que, como regla general, los jueces han estado sometidos directa o indirectamente al poder de las minorías dominantes.
- Los jueces más independientes de la historia occidental pudieron ser, probablemente, los ciudadanos que formaban los tribunales colegiados en la ‹polis› de la antigua Grecia, así como los jueces romanos de la época republicana: todos ellos jueces honorarios, singulares o colegiados, que resolvían los casos bajo la guía de los pretores.

  Es cierto que en el proceso formulario romano el magistrado (‹praetor›) fija la premisa mayor de la sentencia mediante su edicto; y condiciona su premisa menor mediante la fórmula; pero el ciudadano (‹judex›) conserva siempre la posibilidad de negarse a fallar (sibi non liquet), si estima que, dados los hechos de la causa, las alternativas de la fórmula pretoria no llevan a una justa solución. <Aulo Gelio (2006), Tomo III, pág. 134 >

- Los empeños del poder para lograr el sometimiento directo de los jueces está documentado desde los tiempos imperiales del ‹Dominado› hasta la reforma judicial de Luis XV, en 1771. Después de la Revolución Francesa, el sometimiento de los jueces asume casi siempre formas indirectas, elípticas, organizadas ahora desde y por la jerarquía interior del cuerpo judicial; o con medios como la "unidad de la jurisprudencia" postulada como deseable para brindar seguridad jurídica a la comunidad (A. Nieto <2000> pág. 106 y sigtes.).

- La historia de los esfuerzos de las cúpulas judiciales por conseguir y mantener la unidad de la jurisprudencia nace oficialmente, repito, con la reforma de la casación francesa de 1837; a partir de la cual la Corte de Casación se convierte en la cabeza del sistema y la ejecutora de lo que ahora llamamos "política judicial". Pero desde entonces la realización de la difícil tarea cada vez se va pareciendo más al mito del Tonel de las Danaides: las condiciones ideales de un tribunal único de casación para todo el país fueron abandonadas hace un siglo, debido al crecimiento exponencial de los litigios. La pluralidad de los tribunales con sus inevitables divergencias dio lugar en los sistemas judiciales europeos a mecanismos esporádicos de unificación (Secciones unidas de la Corte de Casación), poco funcionales y no exentos de reparos.

- Oigo hablar de la amenaza de ‹la diversidad› de la jurisprudencia y me pregunto: ¿a quién amenaza? ¿existe un sentimiento popular de zozobra porque el Tribunal de Alajuela piensa X y el de San José piensa Z? ¿Es la jurisprudencia un ente sagrado, cuyo descuartizamiento causaría males innumerables a la sociedad? Es cierto que entre los positivistas Siglos XIX y XX se pensaba todavía en esos términos, resabio subrepticio de la metafísica medieval: el ‹Derecho› era una entidad existente, era la *túnica inconsútil,* cuya ‹plenitud hermética› se predicaba precisamente como categoría fundamental de la hermenéutica; y sobre esa construcción ideológica resultaba congruente sostener la necesidad de una jurisprudencia unitaria (A. Nieto <2000> lug. Cit.).

- Me parece que la visión científico-social del derecho ha permitido ir barriendo esas supersticiones: el derecho objetivo no es un ente sino una metáfora; lo único objetivo son las ediciones de los códigos y leyes, y la socialización de las ideas de los juristas que conforma la doctrina y la jurisprudencia. ¿Cuándo se preocuparon los romanos de construir autoritariamente la unidad de la jurisprudencia? ¿Hay algo menos unitario que el ***ius honorarium***? Las clamorosas discrepancias de los jurisconsultos clásicos, inmortalizadas en los Digesta de Justiniano no fueron, por cierto, lo que arruinó al Imperio. (R. Wiethölter <1975> pág. 63 y sigtes; R. Ihering <2001> pág. 527 y sigtes; A. Nieto <2007> pág. 153 y sigtes.).

- Entonces ¿debemos sacrificar en los altares de esa falsa diosa a un auténtico valor de las comunidades humanas civilizadas, a un derecho fundamental de todas las personas como es la independencia de sus jueces?

- La jurisprudencia, en la acepción que aquí interesa (*máximas jurisprudenciales)*, es el resultado del esfuerzo humano enfocado en la labor de los tribunales superiores, y dirigido a identificar los criterios considerados más justos para la solución de los litigios. Tal resultado no es nunca definitivo y final, sino provisional y en constante revisión. ¿Por qué pretender esculpirlo en la piedra?

Creo, para concluir, que la fuerza de la jurisprudencia no tiene sus raíces en la autoridad de una corte superior, sino en su capacidad intrínseca para convencer, basada en la moralidad, en la racionalidad y en la humana mesura de sus decisiones.

Bibliografía

Roberto Abbondanza: *La Escuela de los Cultos;* voz de la Enciclopedia del Diritto; Giuffrè, Milán, 1962; Tomo XI.

John Clarke Adams: *Debido proceso legal;* voz del Novissimo Digesto Italiano; Utet, Turín, 1958, Tomo V.

Walter Antillon: *Ensayos de derecho procesal;* Ijsa, San José, 2004, Tomo II.

André Jean Arnaud: *Los orígenes doctrinales del Código Civil francés;* L.G.D.J., Paris, 1969.

Ernst Beling: *Derecho procesal penal;* Labor, Barcelona, 1943.

Piero Calamandrei: *La casación civil;* Bibliográfica, Buenos Aires, 1945, Tomo I, 2.

Francisco Castillo: *El recurso de revisión en materia penal,* Colegio de Abogados, San José, 1980.

Emile Chénon: *Historia general del derecho francés, público y privado;* Sirey, Paris, 1929, Tomo I.

Giuseppe Chiovenda: *Principios de Derecho Procesal Civil;* Reus, Madrid, 1922; Tomo II.

Franco Cordero: *Procedimiento penal;* Giuffrè, Milán, 1985.

Jorge Córdoba: *Ley General de la Administración Pública. Introducciones;* Ijsa, San José, 2005.

Adhemar Esmein: *Historia del procedimiento criminal en Francia;* Sauer & Hauvermann, Frankfurt, 1969.

Angelo Falzea: *Eficacia jurídica;* IJSA, San José, 2007.

Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón;* Trotta, Madrid, 1999.

Antonio Fernández de Buján: *Derecho público romano;* Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

Frédérique Ferrand: *Casación francesa y revisión alemana;* P.U.F., Paris, 1993; pág. 93 y sigtes.

Piero Fiorelli: *Apelación (derecho intermedio),* voz de la Enciclopedia del Diritto; Giuffrè, Milán, 1958, Tomo II.

R. Foignet: *Manual elemental de historia del derecho francés;* Rousseau, Paris, 1915.

Lawrence M. Friedman: *Historia del derecho estadounidense;* Simon & Schuster, Nueva York, 1973.

Aulo Gelio: *Noches áticas;* Unam, México, 2006, Tomo III.

François Gény: *Metodo de interpretación y fuentes en derecho privado positivo;* Reus, Madrid, 1902;

Rudolf Ihering: *El espíritu del derecho romano;* Oxford, México, 2001, Tomo IV.

Giovanni Leone: *Derecho procesal penal;* Ejea, Buenos Aires, 1963, Tomo III.

Julio Maier: *Derecho procesal penal argentino;* Hammurabi, Buenos Aires, 1989; Tomo I, b.

A. Mazzacane: *Pandectística;* voz de la Enciclopedia del Diritto; Giuffrè, Milán, 1981, XXXI.

Luis Paulino Mora et al.: *La única instancia en el procedimiento penal costarricense;* ponencia en el Congreso Jurídico Nacional 1975; Revista de Ciencias Jurídicas; San José, 1976.

Alejandro Nieto: *El arte de hacer sentencias, o teoría de la resolución judicial;* Universidad Complutense, Madrid, 2000.

Alejandro Nieto: *Balada de la justicia y la ley;* Trotta, Madrid, 2002.

Alejandro Nieto: *Crítica de la razón jurídica;* Trotta, Madrid, 2007.

Riccardo Orestano: *Apelación (Derecho romano);* voz de la Enciclopedia del Diritto; Giuffrè, Milán, 1958; Volumen II.

Ugo Enrico Paoli: *Proceso ateniense;* voz del Novissimo Digesto Italiano; Utet, Turín, 1968, Tomo XIII.

Alain Rey et al.: *Le Robert. Diccionario historico de la lengua francesa;* Robert, Paris, 1995, Tomo I.

Bernardo Santalucia: *Proceso romano;* voz de la Enciclopedia del Diritto; Giuffrè, Milán, 1987. Tomo XXXIV.

Salvatore Satta: *Corte Constitucional;* voz de la Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milán, 1962, Tomo X, 1.

Salvatore Satta: *Comentario al Código de procedimiento civil;* Vallardi, Milán, 1966, Tomo II, 2.

Dieter Simon: *La independencia del juez;* Ariel, Barcelona, 1985.

Giovanni Tranchina – Giuseppe Di Chiara: *Apelación (derecho procesal penal);* voz de la Enciclopedia del Diritto; Giuffrè, Milán, 1999, Apéndice III.

Aurelia Vargas Valencia: *Las Instituciones de Justiniano en Nueva España;* Unam, México, 2001; pág. 77 y sigtes.

Alfredo Vélez Mariconde – Sebastián Soler: *Proyecto de Código de procedimiento penal para la Capital Federal;* Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1943.

Rudolf Wiethölter: *Las formulas mágicas de la ciencia jurídica;* Laterza, Bari, 1975.

Bernhard Windscheid: *Tratado de derecho de Pandectas;* Utet, Turín, 1902; Tomo I, volumen 1°.

Eugenio Raúl Zaffaroni et al.: *Derecho penal. Parte general;* Ediar, Buenos Aires, 2003.

APENDICES

Ley N° 8503
Publicada en La Gaceta N° 108 del 6 de junio de 2006

«LA ASAMBLEA LEGISLATIVA
DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:
APERTURA DE LA CASACIÓN PENAL

Artículo 1°—Modifícanse los artículos 15, 410, 411, 414, 447 y 449 del Código Procesal Penal. Los textos dirán:

Artículo 15.—Saneamiento de defectos formales. El tribunal o el fiscal que constate un defecto saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será superior a cinco días. Si no se corrige en el plazo conferido, resolverá lo correspondiente."

Artículo 410.—Formalidades de interposición. La revisión será interpuesta, por escrito, ante el Tribunal de Casación Penal correspondiente. Contendrá, la referencia concreta de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables. Se adjuntará, además, la prueba documental que se invoca, y se indicará, en su caso, el lugar o archivo donde ella está. Asimismo, deberán ofrecerse los elementos de prueba que acrediten la causal de revisión invocada.

En el escrito inicial, deberá nombrarse a un abogado defensor. De no hacerlo, el tribunal lo prevendrá, sin perjuicio de nombrar a un defensor público, en caso de ser necesario.

Artículo 411.—Admisibilidad. Cuando la demanda haya sido presentada fuera de las hipótesis que la autorizan, o resulte manifiestamente infundada, el tribunal, de oficio, declarará su inadmisibilidad.

El tribunal sustanciará la acción y se pronunciará sobre el fondo, aun cuando estime que en su redacción existen defectos. Si considera que estos le impiden, en forma absoluta, conocer del reclamo, le prevendrá a la parte su corrección, conforme al artículo 15 de este Código, puntualizándole los aspectos que deben ser aclarados y corregidos. Si los defectos no se corrigen, resolverá lo que corresponda.

No será admisible plantear, por la vía de la revisión, asuntos que ya fueron discutidos y resueltos en casación, salvo que se fundamenten en nuevas razones o nuevos elementos de prueba."

Artículo 414.—Recepción de la prueba. El tribunal admitirá la prueba que estime útil para la resolución definitiva y comisionará a uno de sus integrantes para que la reciba. Para la recepción, se fijarán la hora y la fecha, y la diligencia se celebrará con la participación de los intervinientes que se presenten.

Si el juez comisionado lo estima necesario, ordenará la recepción de prueba para mejor resolver.

Cuando se haya recibido prueba oral, quien la haya recibido deberá integrar el tribunal en el momento de la decisión final."

Artículo 447.—Trámite. El Tribunal de Casación podrá declarar inadmisible el recurso, si estima que la resolución no es recurrible, que el recurso ha sido interpuesto en forma extemporánea o que la parte no tiene el derecho de recurrir, en cuyo caso lo declarará así y devolverá las actuaciones al tribunal de origen.

Si el recurso es admisible, el Tribunal lo sustanciará y se pronunciará sobre el fondo, aun cuando estime que en su redacción existen defectos. Si considera que estos le impiden, en forma absoluta, conocer del reclamo, le prevendrá a la parte su corrección, conforme al artículo 15 de este Código, puntualizándole los aspectos que deben aclararse y corregirse. Si los defectos no son corregidos, resolverá lo que corresponda.

Si el recurso es admisible y no debe convocarse a una audiencia oral, ni se debe ordenar la recepción de pruebas, el Tribunal dictará sentencia. En caso contrario, esta deberá dictarse después de la audiencia y una vez recibida la prueba."

Artículo 449.—Prueba en casación. Las partes podrán ofrecer la prueba, 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 los registros del debate, o bien, en la sentencia.

También es admisible la prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso la relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula y en los casos en que se autoriza en el procedimiento de revisión.

El Ministerio Público, el querellante y el actor civil podrán ofrecer prueba esencial para resolver el fondo del reclamo, solo cuando antes haya sido rechazada, no haya sido conocida con anterioridad o esté relacionada con hechos nuevos.

El Tribunal de Casación rechazará la prueba oral que sea manifiestamente improcedente o innecesaria; pero, si la estima indispensable, podrá ordenarla incluso de oficio.

Cuando se haya recibido prueba oral, los que la hayan recibido deberán integrar el Tribunal en el momento de la decisión final."

Artículo 2º—Adiciónase al artículo 369 del Código Procesal Penal, el inciso j), cuyo texto dirá:

Artículo 369.—Vicios de la sentencia. Los defectos de la sentencia que justifican la casación serán:

[...]

j. Cuando la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa."

Artículo 3º—Adiciónanse al Código Procesal Penal los artículos 449 bis y 451 bis. Los textos dirán:

Artículo 449 bis.—Examen del Tribunal de Casación. El Tribunal de Casación apreciará la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, examinando las actuaciones y los registros de la audiencia, de modo que pueda valorar la forma en que los jueces de juicio apreciaron la prueba y fundamentaron su decisión. De no tener registros suficientes para realizar esa apreciación, podrá reproducir en casación la prueba oral del juicio que, en su criterio, sea necesaria para examinar la procedencia del reclamo, y la valorará en relación con el resto de las actuaciones.

De igual manera, podrá valorar en forma directa la prueba que se haya introducido por escrito al juicio."

Artículo 451 bis.—Juicio de reenvío. El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, pero integrado por jueces distintos.

El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de casación contra la sentencia que se produzca en el juicio de reenvío que reitere la absolución del imputado dispuesta en el primer juicio, pero sí podrán hacerlo en lo relativo a la acción civil, la restitución y las costas.

El recurso de casación que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío, deberá ser conocido por el Tribunal de Casación respectivo, integrado por jueces distintos de los que se pronunciaron en la ocasión anterior. De no ser posible integrarlo con nuevos jueces, porque el impedimento cubre a titulares y suplentes, o no se cuenta con el número suficiente de suplentes, la competencia será asumida por los titulares que sean necesarios, no obstante la causal y sin responsabilidad disciplinaria respecto de ellos."

Artículo 4º—Modifícanse el artículo 62 y su transitorio, así como el artículo 93, todos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los textos dirán:

Artículo 62.—style=»font-size: 10pt; font-family: Tahoma;» lang=»ES-MX»La Corte Suprema de Justicia tendrá, al menos, cuarenta y cuatro magistrados suplentes, de los cuales diez estarán asignados a cada una de las Salas de Casación y catorce a la Sala Constitucional. Serán nombrados por la Asamblea Legislativa, durarán en sus funciones cuatro años, prestarán juramento ante la misma Asamblea, y deberán reunir los requisitos exigidos a los titulares, excepto el de rendir garantía.

Para la elección de los magistrados suplentes, cada una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia convocará a un concurso público de antecedentes, con el fin de escoger a dos candidatos por cada plaza vacante. La nómina será sometida al conocimiento de la Corte Plena y, de ser aprobada, se enviará a la Asamblea, la cual realizará la designación correspondiente entre los nominados.

Transitorio.—Todos los actuales magistrados suplentes continuarán desempeñando su cargo hasta completar su período. Los nuevos magistrados suplentes serán elegidos por el resto del período."

Artículo 93.—El Tribunal de Casación Penal conocerá:

1) Del recurso de casación y el procedimiento de revisión, en asuntos de conocimiento del tribunal de juicio integrado por un juez.

2) Del recurso de casación y el procedimiento de revisión, en los delitos contra la libertad sexual y los referidos a estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. Si en el mismo proceso se atribuyen otros delitos, además de los antes mencionados, su conocimiento corresponderá al órgano de casación competente para conocer del delito de mayor gravedad.

3) En apelación, de las resoluciones que dicten los jueces del tribunal de juicio, cuando la ley acuerde la procedencia del recurso.

4) De las apelaciones en asuntos de migración y extranjería que la ley establezca.

5) De los impedimentos, las excusas y las recusaciones de sus integrantes propietarios y suplentes.

6) De los conflictos de competencia que no deban ser resueltos por los tribunales de juicio.

7) De los conflictos suscitados entre juzgados contravencionales y tribunales de juicio.

8) De los demás asuntos que se determinen por ley."

Artículo 5º—Adiciónase a la Ley Orgánica del Poder Judicial el artículo 93 bis, cuyo texto dirá:

Artículo 93 bis.—Integración del Tribunal de Casación Penal. El Tribunal de Casación Penal estará conformado con secciones independientes, integradas cada una por tres jueces, de acuerdo con las necesidades del servicio, y se distribuirán su labor conforme lo disponga el Consejo Superior."

Artículo 6º—Disposiciones transitorias:

Transitorio I.—Las personas condenadas por un hecho delictivo con fecha anterior a esta Ley, a quienes se les haya obstaculizado formular recurso de casación contra la sentencia, en razón de las reglas que regulaban su admisibilidad en aquella fecha, podrán plantear la revisión de la sentencia ante el tribunal competente, invocando, en cada caso, el agravio y los aspectos de hecho y de derecho que no fueron posibles de conocer en casación.

Transitorio II.—La reforma del artículo 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispuesta en el artículo 4 de la presente Ley, entrará en vigencia a partir del momento en que se aseguren los recursos económicos suficientes para hacer frente a la nueva carga laboral del Tribunal de Casación, tanto en personal (jueces y asistentes) como en lo referente a instalaciones e implementos materiales. Cumplidas las condiciones anteriores, el Tribunal de Casación Penal asumirá el conocimiento de los nuevos casos en los que, a partir de la fecha que determine expresamente la Corte Suprema de Justicia, dicten sentencia lo s tribunales penales correspondientes.

Rige a partir de su publicación.

Dado en la Presidencia de la República.—San José,
a los veintiocho días del mes de abril del dos mil seis.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

PROYECTO DE LEY

LEY DE CREACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA, OTRAS REFORMAS AL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE NUEVAS REGLAS DE ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL

JORGE MÉNDEZ ZAMORA
DIPUTADO

EXPEDIENTE N.º 17.143

DEPARTAMENTO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS

I. REFORMA AL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN PENAL (CREACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA, REFORMAS DEL RECURSO DE CASACIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL)

1.- ANTECEDENTES[1]

Desde la promulgación (1973) y vigencia (1975) del Código de Procedimientos penales[2], Costa Rica optó por un sistema procesal de rasgos acusatorios, enfatizando la oralidad, la publi-

1 *Este documento tiene como fuentes bibliográficas: González Álvarez, Daniel; exposición de motivos de Ley de apertura de la casación penal; La Gaceta N.º 88, de 9 de mayo de 2005; y Llobeth Rodríguez, Javier; Informe a la Comisión Interamericana (versión preliminar), noviembre 2006; Arroyo Gutiérrez, J. M. Llobeth Rodriguez, Javier, Informe a la Comisión Interamericana (versión definitiva), diciembre 2006.*

2 *Asamblea Legislativa, Ley N.º 5377, de 19 de octubre de 1973; y Ley N.º 5663, de 19 de diciembre de 1974 (donde se dispone entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales a partir del 1º de julio de 1975).*

cidad y el contradictorio del juicio como aspectos esenciales de su diseño. Consecuencia necesaria de este cambio fue abandonar el recurso de apelación tradicional (propio de un sistema inquisitivo, escrito, semi-secreto y de contradictorio débil, donde además se aseguraba, por este medio, el reexamen pleno y de segundo grado de la sentencia pronunciada en una primera instancia) y ponía, en su lugar, en armonía con el nuevo sistema y sus principios, un recurso de casación, ordinario y pretendidamente amplio y accesible, que sirviera de control a los agravios producidos a las partes durante el proceso.

La competencia de la casación y la revisión penal en el marco de este Código fue otorgada y distribuida equitativamente entre dos distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia, cada una integrada por tres magistrados, que se reunían en un solo tribunal, sumándoseles el Presidente de la Corte, para atender los casos donde se alegara la existencia de jurisprudencia contradictoria en la interpretación de la ley, motivo de casación que estaba expresamente previsto.[3]

Pocos años después, una nueva reforma orgánica dejó en una Sala de la Corte toda la competencia de casación y revisión penal,[4] con lo que por muchos años se tuvo un mecanismo procesal concentrado y único que resolvió el problema de la jurisprudencia contradictoria.

De cualquier manera, es un hecho que se perfiló un recurso de casación distinto al clásico (mero contralor de la legalidad del pronunciamiento) y desde un inicio se abrió la posibilidad, por su medio, de debatir aspectos relacionados con la apreciación correcta o incorrecta de la prueba y la consecuente determinación de los hechos, especialmente a través de los alegatos por violación a las reglas de la sana crítica y por falta de fundamentación de la sentencia. Estamos pues, desde este momento, ante una ruptura con la casación tradicional.

Sin embargo, se incluyó en el diseño de este Código de Procedimientos Penales (1973), una característica que a la postre originó literalmente el *vía crucis* por el que hemos transitado en los últimos treinta y cinco años: no toda sentencia penal condenatoria podía ser examinada ante un tribunal superior, sino solo aquellas que impusieran penas de relativa gravedad (las superiores a seis meses de prisión). Lo anterior provocó, para el período 1980-1990, una serie de quejas contra el Estado de Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estas quejas fueron finalmente archivadas[5] cuando el Estado costarricense alegó que, de conformidad con la recientemente instaurada jurisdicción constitucional y su jurisprudencia, en Costa Rica se garantizaba el derecho al recurso, ante un superior, siempre y cuando la casación se aplicara de manera amplia, flexible y accesible, sin formalismos y asegurando una incidencia efectiva en la resolución de los casos.[6]

En efecto, la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la respectiva promulgación de la Ley de la jurisdicción constitucional,[7] abrió en nuestro país un nuevo capítulo en el itinerario de apertura del recurso de casación y de la acción de revisión penales. Dos fueron los aspectos más trascendentales relacionados con este hecho histórico: (a) se abrió la posibilidad, mediante el procedimiento de revisión ampliado, de reexaminar toda sentencia penal dictada por cualquier violación al debido proceso y derecho de defensa; lo anterior, en el contexto que seguía visualizando la casación como insuficiente, por formalista y cerrada;[8] y (b) se originó una importante produc-

3 *Asamblea Legislativa, Ley N.º 5711, de 27 de junio de 1975.*

4 *Asamblea Legislativa, Ley de reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N.º 6484, de 22 de mayo de 1980.*

5 *Ver informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N.º 24-92, de 2 de octubre de 1992, que resolvió archivar las quejas presentadas en contra de Costa Rica por no garantizar el derecho a recurrir la sentencia del proceso.*

6 *Ver resoluciones N.º 282-90, de 13 de marzo de 1990 (Hábeas Corques) y resolución N.º 719-90 (Recurso de inconstitucionalidad; en este último se dijo expresamente:* ***"El recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, 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 proceso."*** *De igual manera, mediante resolución N.º 10-90, de 12 de enero, se declaró inconstitucional el numeral 474 incisos 1) y 2) en cuanto limitaban la posibilidad de recurrir al imputado.*

7 *Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley N.º 7135, publicada en La Gaceta N.º 198, Alcance 34, de 19 de octubre de 1989.*

8 Ver artículo 102 de la Ley de la jurisdicción constitucional y mo-

ción de jurisprudencia tanto en la Sala Constitucional como en la Sala Tercera (Penal), que terminó incidiendo en importantes reformas legales.

Punto importante de este proceso fue la creación del Tribunal de Casación Penal (1993),[9] que tendría el número de secciones que fueran necesarias y se encargaría del reexamen de toda sentencia de esta materia donde estuviera en discusión la imposición de penas menores (hasta cinco años de prisión), quedándose la Sala Tercera con la competencia de los delitos con penalidades mayores (más de cinco años de prisión). Asimismo, cada uno de estos tribunales conservó el conocimiento de las acciones de revisión contra sentencias firmes de conformidad con el mismo criterio de gravedad de las penas.[10] Con esto volvió a presentarse la posibilidad de que exista jurisprudencia contradictoria, no solo entre las distintas secciones del Tribunal de Casación, sino entre estas y la Sala Tercera. Está pendiente, como se verá, una solución a este importante problema procesal.

En el período 1990-1996, aparte de la universalización del recurso para toda sentencia penal y del mandato de desformalización apuntados, se consolidó una jurisprudencia constitucional, de la Sala Penal de la Corte y del Tribunal de Casación, que había impuesto una serie de medidas que aseguraron la amplitud y flexibilidad del recurso de casación y del procedimiento de revisión, así:

a) Se admitió la posibilidad de corregir ciertos defectos estrictamente formales para dar curso y conocer los alegatos (como, por ejemplo, la ausencia de firma de

dificación al artículo 490 del Código de Procedimientos Penales. Se instituye consulta preceptiva para que el órgano de casación consulte si un tema atañe al debido proceso y así lo pueda declarar el órgano constitucional.

9 *Ley N.º 7333, de 5 de mayo de 1993.*

10 *La Comisión Interamericana en resolución N.º 26-86 (Caso N.º 9328, Costa Rica), en sesión del 18 de abril de 1986 otorgó un plazo al Estado costarricense para que se adoptaran las medidas legislativas o de otro carácter que garantizaran el derecho a recurrir toda sentencia. En la sesión de mayo de 1990 la Comisión entró a deliberar sobre el incumplimiento de Costa Rica y si debía enviarse el asunto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) optando por archivar las denuncias ante las razones argumentadas por el país.*

abogado);[11] o bien, se dejó de exigir la cita estricta de los artículos que fundamentaban el recurso y señalaban el vicio alegado, causa de innumerables inadmisibilidades en el pasado; asimismo se dejaron de rechazar recursos por la ausencia de ciertas ritualidades (como, por ejemplo, la que obligaba a distinguir si el motivo interpuesto lo era por la forma o por el fondo). Al abandonarse la utilización de estos criterios formalistas de distinción entre motivos (fondo y forma), en diversos asuntos se entró a resolver los alegatos y se posibilitó, que al acogerse un motivo por la forma se pronunciara directamente una sentencia absolutoria, y no la nulidad con reenvío, por estimarse innecesario.

b) Se ampliaron las posibilidades de reclamar falta de fundamentación y violación de las reglas de la sana crítica, abriéndose el ámbito de control a través de esos motivos.

c) Se llegó a permitir también que en los reclamos de casación penal se pudiera discutir el contenido de la prueba evacuada en el juicio oral y público, (por ejemplo, a través de la grabación fónica del juicio, admitiéndose también la posibilidad de demostrar lo realmente ocurrido por medio de prueba testimonial, cuando no se contara con estos recursos tecnológicos).

d) Se eliminaron todas las limitaciones a recurrir, existentes en el Código de Procedimientos Penales, pese al principio de taxatividad subjetiva, no solo las atinentes al imputado, como quedó dicho, sino a todas las demás partes, comenzando por las que pesaban sobre el Ministerio Público,[12] el actor civil,[13] el demandado civil y el

11 *Sala Constitucional, resolución N.º 3321-93, de 15:33 horas, de 13 de julio de 1993. Se cuestionó que el formalismo de falta de autenticación en escrito de interposición del recurso fuera causal suficiente para decretar la inadmisibilidad, aunque el artículo 447 del Código de Procedimientos Penal así lo exigiera.*

12 *Ver resolución N.º 1193-95, de 9:18 horas, de 3 de marzo de 1995, que declara inconstitucional el artículo 473, incisos 1, 2 y 3 del Código de Procedimientos Penales en cuanto limitaban las posibilidades de recurrir en casación del Ministerio Público.*

13 *Ver, entre otras, resolución N.º 5751-93, Sala Constitucional, a las*

querellante.[14] Incluso se admitió la posibilidad de que quien no había sido parte del proceso pudiera recurrir en casación (caso del tercero depositario o propietario de buena fe que pudiera ser despojado en razón de ordenarse comiso de bienes sin dársele previa oportunidad de defensa en juicio).[15]

e) En igual sentido se relativizó el principio de taxatividad objetiva, abriéndose la posibilidad de impugnar en casación resoluciones a las que tradicionalmente se les había vedado ese derecho, tal es el caso del querellante al que se le rechazaba su acción en virtud de defectos formales y luego se le denegaba la posibilidad, subsanando esos defectos, de interponer su querella nuevamente.[16] Con la promulgación (1996) y puesta en vigencia (1998) del Código Procesal Penal que nos rige[17], se mantuvo, en lo esencial, las causales del recurso de casación y las del procedimiento de revisión, así como las competencias definidas anteriormente. Cambios que ya se habían dado por intervención de la jurisprudencia constitucional o interpretación de las sedes de casación, se fortalecieron y agregaron a novedades importantes, así:

14:39 horas, de 9 de noviembre de 1993. Declaró inconstitucional los artículos 328 y 450 del Código de Procedimientos Penales en cuanto limitaban al actor civil recurrir en casación.

14 *Ver resoluciones del Tribunal de Casación N.° 83-A-94, de 11:45 horas de 28 de abril de 1994 y 136-A-94, de las 11:45 horas, de 28 de junio de 1994. En ambas se desaplican directamente para casos concretos las limitaciones para recurrir del querellante.*

15 *Resoluciones N.° 138-F-91, de 9:30 horas de 12 de abril de 1991 y N.° 318-F-94 de 10:25 horas de 12 de agosto de 1994, ambas de la Sala Tercera. En ellas, pese al principio de taxatividad subjetiva, consignada en los numerales 447, 477 y 478 del Código de Procedimientos Penales, se hace prevalecer el derecho de acceso efectivo a la justicia.*

16 *Ver resolución de la Sala Constitucional N.° 1112-94, de las 9:12 horas de 25 de febrero de 1994. Previa consulta de la Sala Tercera, el Tribunal Constitucional dijo que aquella podía tener por obviado el texto del artículo 447 del Código de Procedimientos Penales que mandaba respetar esas formalidades.*

17 *Asamblea Legislativa, Ley N.° 7594, de 10 de abril de 1996, vigente a partir de 1 de enero de 1998.*

a) Se ampliaron las posibilidades de que otros sujetos no tradicionales participaran en el proceso penal, principalmente la víctima constituida o no en querellante.[18]

b) Se confirmó la poca importancia que tenía la distinción formal entre motivo del recurso por el fondo o por la forma, pudiendo este último dar lugar incluso al dictado de una sentencia absolutoria y no simplemente a la anulación de la sentencia con reenvío.[19]

c) Se estableció expresamente el deber de grabar los debates, pudiéndose fundar un reclamo en dicha grabación o en su defecto por medio de otras pruebas.[20] Así la jurisprudencia ha admitido que lo que el juez dice que declararon los testigos se puede combatir con la grabación magnetofónica o de video que se hiciera del debate.[21]

d) Se previó, asimismo, la posibilidad de que el Tribunal que resuelve la casación reciba prueba para la demostración de un alegato por la forma[22] y expresamente se autorizó una audiencia para la corrección de defectos formales del recurso.[23]

e) Finalmente, unido al recurso de casación penal, se mantuvo la causal de revisión por violación genérica al debido proceso o al derecho de defensa que ya había sido introducida en 1989 al Código de Procedimientos Penales de 1973.[24]

18 *Ver artículos 70 a 75 del Código Procesal Penal.*

19 *Artículo 450 del Código Procesal Penal.*

20 *Artículo 371 del Código Procesal Penal.*

21 *Resolución N.° 518-99, de 7-5-1999 de la Sala Tercera, resoluciones N.° 145-F-98, de 31-3-98; 176-F-98, de 16-3-98; 394-2001, de 25-5-2001; 655-2003, de 10-7-2003 del Tribunal de Casación.*

22 *Artículo 449 del Código Procesal Penal.*

23 *Artículo 15 del Código Procesal Penal.*

24 *Ver artículos 408 inciso g) del Código Procesal Penal de 1996, y anterior 490 del Código de Procedimientos Penales de 1973.*

2.- LA SITUACIÓN ACTUAL

El momento actual está definido por dos acontecimientos relevantes: (a) el pronunciamiento de la sentencia de 2 de julio de 2004 por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ***(Herrera Ulloa contra Costa Rica)***, y (b) la reacción del Estado costarricense ante esta condenatoria, primero con medidas estrictamente administrativas y jurisprudenciales y posteriormente a través de la Ley de apertura de la casación penal.[25]

La citada sentencia de la Corte Interamericana entre sus principales señalamientos dijo:

> **a)** Que en el caso examinado, el Estado costarricense no había garantizado el ***derecho a recurrir*** la condenatoria penal, establecido en el artículo 8 inciso 2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Reconoció, no obstante, que existe un ***margen de apreciación*** en cada Estado para la regulación del recurso en contra de las sentencias penales y realizó una serie de consideraciones con respecto a la amplitud que debería tener dicho recurso.[26]
>
> **b)** Que el derecho a recurrir ante un juez ***distinto y de superior grado*** es una garantía primordial ***durante el proceso*** ordinario, antes de que la sentencia condenatoria ***adquiera calidad de cosa juzgada.*** [27]

25 *Asamblea Legislativa, Ley N.° 8503, publicada en La Gaceta N.° 108, de 6 de junio de 2006.*

26 Expresamente dice la Corte Interamericana: *"167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito 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. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico 'La Nación', respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado".*

27 *Ver apartados 157 y 158 de la sentencia de 2 de julio de 2004.*

> **c)** Que no es suficiente la existencia formal del tribunal superior en grado que pueda reexaminar la sentencia, es preciso que ***reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.*** Insiste en que el proceso penal es una unidad dividida en etapas y que una de ellas es la que cumple con la tramitación de los ***recursos ordinarios,*** todo lo cual debe ser interpretado y cumplido por los Estados de buena fe.[28]
>
> **d)** Se trata de un recurso ***ordinario eficaz,*** accesible, sin restricciones, requisitos o complejidades que tornen ilusorio el derecho a recurrir y que produzca resultados y respuestas reales.[29]
>
> **e)** No interesa el nombre que se le da al recurso, lo importante es que ***garantice un examen integral de la decisión*** recurrida.[30]
>
> **f)** Por último, la Corte Interamericana dio al Estado costarricense un ***plazo razonable*** para adecuar el ordenamiento interno a la exigencia del artículo 8.2.h de la Convención Americana y advirtió que periódicamente pediría informes sobre los avances de cumplimiento.[31]

La Ley de apertura de la casación penal.[32]

Las características principales de esta Ley, en orden a los requerimientos impuestos por la Corte Interamericana, son:

> **a)** Desformaliza de manera definitiva el recurso de casación; tanto en cuanto a los requisitos de admisibilidad, como a los demás formalismos y rituales tradicionales

28 *Ibidem, apartados 159 y 160.*

29 *Ibidem, apartados 161 y 164.*

30 *Ibidem, apartado 165.*

31 *Ver puntos 5. 12 y 13 de parte dispositiva de la sentencia.*

32 *Asamblea Legislativa, Ley N.° 8503, Ley de apertura de casación penal, publicada en La Gaceta N.° 108 de 6 de junio de 2006. Con esta Ley Costa Rica dio cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana en la sentencia de 2 de julio de 2004. Con ella se reformó los artículos 15, 369, 410, 411, 414, 447 y 449, adicionó los artículos 449 bis y 451 bis del Código Procesal Penal. Además reformó los artículos 62, 93 y adicionó el artículo 93 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

de la casación. En la práctica, como efecto inmediato de esta legislación, se están rechazando por inadmisibilidad solo los recursos interpuestos extemporáneamente, o bien las impugnaciones dirigidas contra resoluciones que no tienen previsto el recurso (impugnabilidad objetiva), o bien interpuestas por quienes no tienen derecho (impugnabilidad subjetiva). Todo lo anterior sin olvidar las amplitudes de criterio con que se siguen considerando cuáles resoluciones resulta por completo imposible de ser impugnadas, o bien la amplitud respecto de quienes pueden impugnar. También es una realidad que los defectos formales (como la oscuridad del texto que lo hace incomprensible), pueden ser objeto de una prevención para que el interesado corrija esos vicios y puedan entrarse a conocer los reclamos una vez corregidos y vueltos comprensibles.[33] Lo anterior ha llevado a que, en la sede de la Sala Tercera, se haya pasado de índices de inadmisibilidad del 35% (hacia el año 2000) a porcentajes del 6% (hacia el 2006).[34]

b) Prevé en forma expresa la posibilidad de que en casación se alegue quebranto al debido proceso o al derecho de defensa, con lo cual se da la más amplia cobertura a la posibilidad de reexaminar todo tipo de vicios o afectaciones a los derechos del sentenciado ***dentro del proceso ordinario,*** antes de que el fallo adquiera calidad de cosa juzgada.[35]

c) Se ordena un amplio examen y valoración de todo lo sucedido en el juicio a través de las actuaciones y registros de la audiencia con el objeto de establecer el fundamento que tienen los reclamos de las partes. Puede el Tribunal de Casación ordenar la repetición de prueba oral que no pueda apreciarse bien en los registros y

33 *Ver artículo 447 en relación con el 15, ambos del Código Procesal Penal.*

34 *Ver Departamento de Planificación, Sección de Estadística, Lic. Gustavo Chen; Oficio N.° 056-EST-2006.*

35 *Esto sea dicho sin desmerecer nuestro punto de vista en el sentido de que, en la práctica, y dada la apertura de la revisión que se maneja en el país, no existe realmente la cosa juzgada material. Ver introducción de inciso j) en el artículo 369 del Código Procesal Penal.*

queda autorizado para valorar directamente la prueba documental introducida al juicio.[36]

d) Con respecto a las posibilidades de recibir prueba en sede de casación, se autoriza, ahora expresamente, la constitución de prueba para demostrar cómo fue llevado a cabo un acto del juicio;[37] permite también la posibilidad de introducir prueba a favor del acusado, incluso sobre la determinación de los hechos, en los mismos casos en que se autoriza para la revisión;[38] de igual manera se admite la prueba frente a un hecho desconocido con anterioridad o hechos nuevos;[39] y el tribunal queda autorizado hasta para introducir prueba de oficio cuando lo estime pertinente y útil para la resolución del caso.[40]

e) La suma de todos estos aspectos asegura que en el sistema procesal penal costarricense se ha llegado a una formulación del recurso de casación que de manera cabal cumple con las exigencias de los artículos 8.2.h de la Convención Americana y el numeral 14.5. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Se asegura la posibilidad de controlar el juicio realizado por el a *quo* mediante un mecanismo (recurso) ordinario y eficaz, accesible y amplio que de manera integral pueda reexaminar la decisión tomada.

f) Contempla también una desformalización del procedimiento de revisión.[41]

g) Establece la posibilidad de que se presenten solicitudes de revisión cuando el recurso de casación haya sido rechazado con base en los criterios de admisibilidad que regían antes de la ley.[42]

36 *Ver artículo 449 bis del Código Procesal Penal.*

37 *Artículo 449, primer párrafo.*

38 *Artículo 449, segundo párrafo.*

39 *Artículo 449, tercer párrafo.*

40 *Artículo 449, cuarto párrafo.*

41 *Artículo 411 en relación con el 408, inciso g), del Código Procesal Penal.*

42 *Transitorio I de la Ley de apertura de la casación penal N.° 8503, de 28 de abril de 2006.*

3.- PRINCIPALES PATOLOGÍAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COSTARRICENSE

La apertura del procedimiento de revisión, con sus antecedentes en la Ley de la jurisdicción constitucional y la reforma al antiguo Código de Procedimientos Penales y, por último, concretada en el inciso g) del numeral 408 del Código Procesal Penal vigente, ha originado una clara disfunción en nuestro sistema procesal penal. Las razones que llevaron en 1989 a esta apertura ya no existen.

Es claro que la evolución de la casación penal ha sido de tal magnitud que hoy podemos asegurar que contamos con el recurso que, de manera integral, pueda reexaminar la sentencia penal, según las exigencias constitucionales y del Derecho Internacional. Por el contrario, mantener una revisión totalmente abierta, por violación al debido proceso, ha provocado que los asuntos prácticamente nunca lleguen a término (no existe la cosa juzgada material), provocando de paso la saturación de las sedes de casación. Tómese nota de que la Ley de apertura del 2006 ha introducido la causal genérica (por violación al debido proceso) como parte de los motivos a alegarse en casación, por lo que ha desaparecido la necesidad de mantener abierto el procedimiento de revisión (de suyo extraordinario). Recuérdese que la insistencia de la Corte Interamericana en sus fallos se dirige a asegurar la existencia de un ***recurso ordinario,*** accesible, ante un tribunal superior, para reexaminar de manera integral la sentencia condenatoria penal. Un replanteamiento del régimen de impugnación penal que conserve la posibilidad, en sede de casación, de protestar por la eventual violación al debido proceso y derecho de defensa, subsanaría las limitaciones históricas que tuvo la casación para garantizar el derecho al recurso, sin necesidad de tener una revisión tan abierta como lo está ahora.

La creación en 1993 del Tribunal de Casación Penal ha causado la segunda disfunción importante dentro del sistema que nos rige. Llevamos más de una década sin un mecanismo procesal que resuelva el problema de los fallos o precedentes contradictorios, tanto respecto de las distintas secciones del Tribunal de Casación entre sí, como entre estas y la Sala Tercera de la Corte, lo anterior para no mencionar los fallos contradictorios que pueden generarse en el seno mismo de la Sala por las deficiencias en el control ante el excesivo trabajo, como por la variedad de integraciones que pueden producirse entre magistrados titulares y suplentes. Se ha ocasionado un verdadero problema de inseguridad y desigualdad jurídica frente a la ciudadanía que, dependiendo de cuál sea la integración de la sede de casación, así será el resultado de su asunto, en temas casi siempre de gran trascendencia, tanto de Derecho procesal como sustantivo.

La tercera asimetría relevante consiste en que, con la Ley de apertura de la casación penal, si bien se encontró una solución provisional al excesivo trabajo de la Sala Tercera, lo cierto es que se rompió el esquema de distribución de la competencia basado en un criterio técnico, según la gravedad de las penas legalmente previstas en los diversos tipos penales. Al trasladarse al tribunal de casación la competencia de los delitos contra la libertad sexual y los de violación a la Ley de sustancias prohibidas, esta instancia puede conocer de asuntos con penas superiores a cinco años de prisión, con lo que se ha introducido una variable que modifica el sistema anterior, diseñado con criterios técnicos de conformidad con los montos de pena a imponer.

El último tema que merece ser apuntado consiste en que, también como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana y de la respuesta estatal con la Ley de apertura, la Sala Tercera se ha visto obligada a delegar la-mayoría de los asuntos reentrados en casación, o bien ingresados por revisión, en la sala o salas suplentes, con lo que se agrava el problema de los fallos y precedentes contradictorios y, lo que es aún más grave, se está generando mayor inseguridad y trato diferenciado según se imponen criterios diversos a los pronunciados por la Sala titular. Pese a que la Ley de apertura ha venido a solventar algunos de los problemas que estaban planteados, se requiere de una reforma más a fondo que reordene de manera integral el sistema de impugnación penal y, particularmente, el recurso de casación y el procedimiento de revisión. Devolverle la potestad de decidir los puntos más trascendentales y polémicos, en última instancia, al tribunal de mayor rango en materia penal (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), es cuestión primordial que urge recuperar en orden a la estabilidad del sistema y la igualdad de respuesta a todos los ciudadanos.

4.- ELEMENTOS PARA UNA REFORMA

Si el sistema procesal penal en Costa Rica padece graves disfunciones como la desaparición, en la práctica, de la cosa juzgada; la proliferación de fallos y precedentes contradictorios; la necesidad de mejorar los criterios técnicos para distribuir la competencia entre las distintas sedes; y la incertidumbre respecto de las decisiones de última instancia, por la necesidad que tienen los titulares de estarse inhibiendo en la estructura actual de la casación y revisión penal, es imperiosa la necesidad de una reforma profunda en esta materia, que abarque los aspectos de seguido enumerados.

Se traslada la competencia para el reexamen integral de las sentencias, en *todos los delitos,* a los actuales tribunales de casación, creándose el número de estos que se requiera y denominándolos ***tribunales de apelación de sentencia***.

Es necesario que la garantía del derecho al recurso contra la sentencia penal, obligado por la normativa internacional, se haga realidad a través de estos tribunales y por medio de una apelación específica, diferente a la apelación que existe en ciertos supuestos para resoluciones de las fases preparatoria e intermedia y que seguirán conociendo los tribunales de juicio, tal y como han venido funcionando hasta ahora con la apelación en medidas cautelares y sobreseimientos dictados en estas etapas del proceso.

Se diseña, en consecuencia, un recurso de apelación contra la sentencia del **a *quo***. Será un mecanismo de control sobre el juicio (debate) y la decisión de esa sede (sentencia). En este sentido, se trata de un ***juicio sobre el juicio*** y no de un nuevo juicio. Téngase presente que la realización *in totum* de un nuevo juicio deja sin resolver la necesidad de un control en alzada de la resolución que así se produzca, relegando *ad infinitum* la posibilidad de crear tribunales que revisen lo resuelto. Así concebido, este mecanismo de control no es otro que el recurso que se ha ido conformando de acuerdo con la evolución de la casación ampliada en Costa Rica, de manera armónica con los principios del modelo procesal acusatorio y de carácter informal, amplio, accesible y efectivo.

Esto significa que el ***Tribunal de apelación de sentencia*** deberá hacer, cuando fuere necesario, bajo los criterios de pertinencia, utilidad y razonabilidad, un examen de la prueba producida en juicio; un control de logicidad conforme la sana crítica del establecimiento fáctico y jurídico del fallo; podrá recibir también directamente de nuevo a un testigo o perito cuando el alcance de sus deposiciones no fueren claras, completas o precisas en los registros; reexaminará la versión del acusado cuando sea de interés para la solución del caso; aceptará o traerá oficiosamente la prueba tendiente a demostrar una actuación supuestamente viciada del a *quo;* aceptará como nueva la prueba ofrecida en su oportunidad pero arbitrariamente rechazada, la que aparezca como novedosa con posterioridad a la sentencia y aquella que, aunque existiendo previamente, no estuvo en posibilidades de ser ofrecida o no estuvo al alcance del interesado.

Todo lo anterior contará con el auxilio de los sistemas más avanzados de documentación por medio de la grabación fónica o la de video grabación, lo cual facilitará el control de lo ocurrido en el juicio ante el **a *quo,*** evitándose repeticiones innecesarias.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se queda con la función de uniformar los precedentes contradictorios, ejercer el control sobre violaciones al debido proceso y derecho de defensa de las partes intervinientes y conocer de todas las acciones de revisión incoadas.[43] Los motivos autorizados en esta sede deben tener rígidos criterios de admisibilidad y procedibilidad. En este punto lo que conviene es evitar que la casación/revisión se convierta en una tercera instancia.

Se diseña también, un mecanismo procesal para calificar, de manera amplia y accesible, los presupuestos en que podrá alegarse existencia de precedente contradictorio. Si a raíz de una reinterpretación normativa en esta materia, algún sentenciado penal considera que está siendo agraviado por violación al principio de igualdad, o le afecte de cualquier otra manera el fallo sobre precedente contradictorio, queda abierta la posibilidad de reivindicar su interés por medio de un procedimiento revisorio de su sentencia. La labor de unificación de fallos contradictorios se hará por medio de las resoluciones que pronuncie la Sala titular de Casación Penal cuando dirima los casos respectivos. Estas

43 *También conservaría otras tareas jurisdiccionales menos frecuentes como el juzgamiento de miembros de los Supremos Poderes, según el esquema actual, o conformaría tribunal de Corte Plena. Por supuesto tendría todas las tareas de gobierno y administración que la Constitución y la ley le confieran.*

resoluciones tendrán carácter vinculante a futuro para todos los tribunales penales del país, incluidas las salas integradas por suplentes en esta materia.

Como estamos ante un sistema garantizador del ***derecho al recurso***, que de manera integral reexamina la sentencia penal ante un superior y que tiene además naturaleza ordinaria, se vuelve a la revisión «clásica», eliminándose la causal por violación genérica al debido proceso del actual inciso g) del artículo 408 del Código Procesal Penal. A cargo de la revisión estará la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Se amplían las causales de la revisión solo para incluir con toda claridad la introducción de prueba ilegítima al proceso o bien la posibilidad de revisar la sentencia cuando, al definirse una cuestión de precedente contradictorio por la sede de Casación (Sala Tercera) algún sentenciado se sienta discriminado por trato desigual o de cualquier otra manera considere estar siendo perjudicado.

La eliminación del actual inciso g) del artículo 408 del Código Procesal obliga a la reforma del numeral 102 de la Ley de jurisdicción constitucional, por las mismas razones que se han dado para ejercer los controles de las decisiones judiciales penales sin necesidad de tener una revisión abierta en virtud de la violación genérica al debido proceso.

5.- REFORMA DEL NUMERAL 102 DE LA LEY DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Por Ley N° 8503, publicada en La Gaceta N° 108, de 6 de junio de 2006 (Ley de apertura de la casación penal), se reformaron una serie de normas procedimentales que vinieron a consolidar la transformación que, en los últimos años, se ha producido en el país en relación con la estructura y funciones de la casación penal.

Así, la apertura del recurso de casación ha logrado adaptarse a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y, en tal sentido, ha permitido la eliminación de las limitaciones al derecho a recurrir la sentencia condenatoria penal. Es un hecho consolidado desde hace años la eliminación de requisitos para recurrir en razón del monto de la pena impuesta y, ahora, la amplitud abarca la posibilidad expresa de reformar los hechos probados de la sentencia y la flexibilidad en la interpretación de los requisitos de admisibilidad del recurso, circunscribiéndose

la inadmisibilidad a los casos de interposición extemporánea, al supuesto de impugnabilidad objetiva (qué resoluciones no tienen recurso), a la impugnabilidad subjetiva (qué personas no están legitimadas a recurrir) y al supuesto de ininteligibilidad del recurso, en cuyo caso procede la prevención para que sean aclarados alegatos y pretensiones (solo en caso de que no se cumpla con esa advertencia se declara inadmisible el recurso). Con todo esto, se ha operado una verdadera «desformalización» del recurso de casación penal en nuestro medio, tal como la Sala Constitucional lo había venido indicando, y tal como lo señaló también la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta forma los tribunales de casación han ampliado en términos efectivos la admisibilidad del recurso de casación, flexibilizando las reglas sobre su interposición y ampliando la capacidad de análisis de los reclamos que les son sometidos, con el objeto de brindar una tutela judicial efectiva.

Uno de los logros esenciales de la reforma promovida con la citada Ley de apertura fue la adición del inciso j) al artículo 369 del Código Procesal Penal, cuyo texto dice: ***«Artículo 369.- Vicios de la sentencia.*** *Los defectos de la sentencia que justifican la casación serán:* **[...] j. *Cuando la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa."***

Esta norma incorporó legalmente al recurso de casación la posibilidad de reclamar la violación al debido proceso como causal impugnaticia, cuestión que, en la práctica, los tribunales de casación ya habían venido aplicando de manera reiterada pero que ahora se garantiza normativamente.

Antes de esta reforma, la causal en mención estaba destinada únicamente al procedimiento revisorio, pero con la promulgación de la ley se viene a permitir que las partes (especialmente la persona condenada), no deban esperar a que la sentencia adquiera firmeza para invocar este supuesto en defensa de sus derechos constitucionales, sino que existiendo la violación, pueda reclamarla como parte de su derecho a la impugnación de la sentencia, que no tiene aún autoridad de cosa juzgada. Precisamente en la sentencia del caso *Herrera Ulloa versus Costa Rica*, uno de los extremos del fallo llama la atención sobre la necesidad de que esta garantía se asegure de manera ordinaria, antes de que quede firme la sentencia penal condenatoria, dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Por lo tanto, con la inclusión de la causal de violación al debido proceso como motivo de casación, se superan una serie de inconvenientes que se plantean con dicha causal para la revisión de la sentencia.

El procedimiento de revisión es un medio impugnaticio **de carácter extraordinario**, que permite a la persona condenada solicitar, en cualquier momento, la anulación o modificación de la sentencia penal condenatoria y firme, de manera que este procedimiento debe ser entendido como **una excepción al principio de la autoridad de la cosa juzgada**, fundada en la necesidad de evitar el grave daño que produciría a las personas un error judicial que no fuera reparado o corregido por esta.

El primer inconveniente que surge con la causal de violación al debido proceso como motivo para la revisión tiene que ver precisamente con la naturaleza misma de este medio impugnaticio, el cual está diseñado para remediar los daños surgidos por un error judicial del cual se tiene conocimiento luego de que la sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada material. Esto es fácilmente apreciable al analizar los motivos para la interposición del proceso, los que se refieren a situaciones que han surgido luego de adquirir firmeza la sentencia, como por ejemplo cuando los hechos tenidos como fundamento de la condena resulten inconciliables con los establecidos por otra sentencia penal firme; cuando la sentencia se haya fundado en prueba falsa; si la sentencia condenatoria ha sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o cualquier otro delito o maquinación fraudulenta cuya existencia se hubiera declarado en fallo posterior firme, salvo que se trate de alguno de los casos previstos en el inciso siguiente; cuando se demuestre que la sentencia es ilegítima como consecuencia directa de una grave infracción a sus deberes cometida por un juez, aunque sea imposible proceder por una circunstancia sobreviviente; cuando después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable, y cuando una ley posterior declare que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal o cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria haya sido declarada inconstitucional.

Es claro que la violación al debido proceso es una situación de la cual las partes tienen conocimiento con el dictado de la sentencia, pues es una circunstancia que surge durante la tramitación del proceso, por lo que debe ser reclamada a través del remedio procesal constituido para tales efectos, que es precisamente el recurso de casación.

En Costa Rica, la existencia de la causal de revisión por violación al debido proceso ha provocado una verdadera perversión de este instituto jurídico y ha traído consecuencias operativas inmanejables. Hoy día la cosa juzgada material es prácticamente inexistente en materia penal. Se usa y abusa de la acción de revisión por violación al debido proceso, de manera que en la mayoría de los expedientes se intentan diversas acciones, dosificadas y por los más variados motivos. Hay litigantes que promueven la constante y reiterada interposición de estas acciones, sin mayores posibilidades reales de prosperar, pero manteniendo en las personas condenadas la expectativa de que en algún momento, una circunstancia procesal extraordinaria las hará salir de la cárcel antes de lo previsto. Esto atenta no solo contra el principio de seguridad jurídica sino contra los derechos mismos de las personas condenadas que viven pendientes de una posibilidad que es totalmente improbable. De paso, el Tribunal y la Sala de Casación se ven saturadas de expedientes y con serios problemas para atender adecuadamente la demanda de justicia con los recursos disponibles.

Un segundo aspecto tiene que ver con las razones históricas por las cuales se incluyó la causal de violación al debido proceso como motivo para la revisión y la necesidad de establecer una consulta preceptiva de constitucionalidad cuando se invocara dicho motivo.

Con la creación de la Sala Constitucional en 1989 (mediante Ley N.° 7128, de 18 de agosto de 1989) y de la emisión de la Ley de la jurisdicción constitucional (Ley N.° 7135, de 11 de octubre de 1989), se reformó el procedimiento de revisión en el Código de Procedimientos Penales de 1973, introduciéndose una nueva causal de revisión, esto por la indicada violación al debido proceso. La razón invocada para dicha reforma era hacer posible que la jurisprudencia que fuera a dictar la Sala Constitucional pudiera incidir en el desarrollo de los principios que sustentan el debido proceso. Una de las consideraciones era que, con la

creación de la Sala, se lograría una lectura constitucional del proceso penal, que no necesariamente coincidiría con la que hasta ese entonces se había venido sosteniendo. Para lograr lo anterior se estableció en la Ley de la jurisdicción constitucional que, al dársele trámite a un procedimiento de revisión en que se reclamara violación al debido proceso o al derecho de defensa, fuese necesario realizar una consulta preceptiva ante la Sala Constitucional para que determinara si lo alegado tenía relación con dichos principios. La causal de revisión por violación al debido proceso se mantuvo en el Código Procesal Penal de 1996.

Durante los diecinueve años transcurridos a partir de la introducción del motivo de revisión indicado, la Sala Constitucional ha dictado una extensa jurisprudencia en la que ha desarrollado y precisado los alcances del debido proceso. A manera de ejemplo puede consultarse en particular la resolución N.° 1739-92 de la Sala Constitucional. Todo lo anterior ha llevado a que dicha Sala, a partir de la sentencia N° 2001-09384, de las 14:46 horas, de 19 de setiembre de 2001, haya reconocido que dado el desarrollo jurisprudencial en esta materia, ya se han definido con claridad los alcances del debido proceso y sus derivados, por lo que en principio ya no es necesario realizar la consulta preceptiva. Dijo en dicho voto:

> *"[...] I.- Sobre el fondo: La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo (principio de supremacía) del cual se derivan una serie de consecuencias entre las que están, el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos, entre ellos, el hábeas corpus y el amparo, contra actos, y la inconstitucionalidad y consulta judicial, como vías para la anulación de normas de rango inferior que contradigan la normativa constitucional y sus principios. Naturalmente que el principio de supremacía, implica una eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. De ahí deriva precisamente, la capacidad de toda autoridad, para poder aplicar, desarrollar y proteger los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. De no ser así toda argumentación acerca de la máxima jerarquía de la Constitución, no pasaría de ser una declaración de buena voluntad, incapaz, por sí misma de traducirse efectivamente. II.- En la sentencia número 01185-95 de esta Sala, se analizó si a propósito de la supremacía de la Constitución, todo juez, como autoridad que es, puede actuar en defensa de la Constitución Política, incluyendo la potestad de anular aquellas normas o actos que rocen o choquen contra el orden constitucional, o si esa materia, está reservada únicamente a esta Sala por disposición expresa del artículo 10 de la Constitución. En esa ocasión, por mayoría de votos, se determinó que nuestro sistema constitucional es concentrado y especializado y que por lo tanto la declaratoria de inconstitucionalidad le corresponde exclusivamente a esta Sala, por disposición expresa del artículo 10 de referencia. No obstante, se hace una importante salvedad, en el sentido de que, lo anterior, no implica dejar al juez en la tesitura de aplicar normas que estime inconstitucionales porque eso sería «un pecado de lesa Constitución», en la medida que está sujeto a la Constitución y a la Ley, en ese orden. En ese sentido, en atención a lo que dispone el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es de concluir que, cuando existen precedentes o jurisprudencia constitucional para resolver un caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar -de buena fe-, las normas o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia, incluso si para hacerlo ha de desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos -aunque no hayan sido formalmente declarados inconstitucionales-, siempre y cuando, claro está, se trate de situaciones, bajo conocimiento del Juez, idénticas o análogas (analogía legis o analogía juris) a la que resulta por el precedente o la jurisprudencia constitucional. Esto es así, además por virtud de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que «la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes», dado que ofrecen la forma en que los actos sujetos al derecho público y la normativa en general, pueden entenderse con-*

forme con el Derecho de la Constitución (ver sentencia número 01185-95). III.- La sentencia citada, claramente reconoce que si existen precedentes o jurisprudencia que en el caso bajo examen -en los términos expuestos- resulten aplicables por ser análogos o idénticos, el juez debe aplicarlos al caso concreto por su fuerza vinculante u obligatoria. Obviamente que si no se da ese supuesto, es decir, que no existan o no sean aplicables, la duda de constitucionalidad que le surja, puede evacuarse por medio de la consulta de constitucionalidad regulada en los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. IV.- La sentencia a que se ha hecho referencia previamente, se dictó con ocasión de una consulta judicial facultativa de constitucionalidad, pero las razones son aplicables, frente a las consultas preceptivas a que se refiere el párrafo segundo del artículo 102 citado, máxime que para esos casos, según se determinó en la sentencia 01739-92, la Sala únicamente está facultada para determinar los alcances del principio constitucional del debido proceso y su derivado, el derecho de defensa, sin calificar, ni valorar las circunstancias del caso concreto, aspecto que corresponde dilucidarlo a la autoridad consultante. En esa sentencia se hace un desarrollo completo del debido proceso y sus alcances, y los criterios en ella vertidos han sido confirmados por muchos otros fallos desde entonces. En ese sentido puede decirse, que la Sala ha cumplido a cabalidad con el contenido del artículo 102 de la citada Ley, al haber formulado en una sentencia marco, los alcances del debido proceso, definiendo el contenido, condiciones y alcances de los principios o derechos que lo integran. Por otra parte, el legislador ha sido claro en facultar a la Sala, en el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para decidir sobre su propia competencia, de tal forma que al tener la competencia de las competencias, y haberla ejercido, para el tema en cuestión, a través de una sentencia marco, ya ha cumplido su función y definido los alcances del debido proceso, en armonía con lo dispuesto en el artículo 102 de la citada ley. Si bien es cierto, conforme lo reco-

noce la propia sentencia, lo dicho en ella no pretende agotar el tema, constituye un cuerpo básico de doctrina, de manera tal que se estima innecesario que sobre los temas ya definidos en esta, sea necesario volverse a pronunciar, especialmente, si en ellos, no se juzgan hechos o normas, sino únicamente se señalan, como se indicó, si los motivos en que se sustentan las revisiones por supuestas violaciones al debido proceso, forman o no parte de este. Se trata pues de juicios en abstracto, de temas que por las características propias de la consulta preceptiva, son repetitivos y fáciles de aplicar a una multiplicidad de casos en las mismas condiciones. V.- A la fecha existen más de diez años de desarrollo jurisprudencial en esta materia, que repiten una y otra vez, los temas ya definidos con claridad en la sentencia que desarrolla los alcances generales del debido proceso y sus derivados, de tal forma que -estima esta Sala- se han creado las condiciones necesarias para que, en aplicación del sentido y lógica de las sentencias 01185-95 y 01739-92 ya citadas, los jueces competentes, puedan aplicar esa jurisprudencia vinculante en los términos expuestos-, a los juicios que con motivo de recursos de revisión por violación al debido proceso, sean sometidos a su conocimiento. VI.- En estos casos, la Sala constitucional no está delegando ninguna competencia o renunciando a ella, sino por el contrario, definiendo y ejerciendo su competencia en los términos de los artículos 7 y 102 de la citada ley, que para el caso de las consultas preceptivas, pretendió, por sus características propias, emitir juicios en abstracto, sin posibilidad de analizar en ellos hechos, o juicios de constitucionalidad de normas. En ese sentido, dado que ya existe una sentencia marco que define el contenido, alcances y principios del debido proceso, un amplio desarrollo jurisprudencial que los ha confirmado durante diez años de ejercicio de la jurisdicción constitucional, se estima que las condiciones permiten que el juez común aplique esos precedentes directamente, y sólo remita la consulta a que se refiere la ley, en los temas sobre los que no exista jurisprudencia previa, o se trate de temas distin-

tos al debido proceso. VII.- Resulta absolutamente lógico que si en la sentencia 01185-95 se reconoce a los jueces la potestad incluso de desaplicar normas en casos concretos, en aplicación de precedentes o jurisprudencia constitucional, con mayor razón deba hacerlo frente a juicios abstractos previamente desarrollados. VIII.- Por otra parte, el principio de justicia pronta y cumplida exige que no deban atrasarse innecesariamente las causas y la práctica de la última década ha demostrado que, aún para obtener pronunciamiento sobre temas ya desarrollados amplia y repetidamente en la jurisprudencia de la materia, cientos de juicios al año, con reo preso, deben esperar meses, a que esta Sala emita sentencia sobre temas ya definidos, para luego ser remitidos nuevamente a la instancia competente. En esas condiciones resulta absolutamente inútil y hasta lesivo de los derechos de los sentenciados, recibir consultas preceptivas sobre temas ya desarrollados previamente en la jurisprudencia de esta Sala, y que resulten en los términos expuestos, directamente aplicables al caso, por los jueces en su función también, de guardianes naturales de la Constitución. IX.- En consecuencia, razones de lógica y justicia obligan a interpretar el párrafo segundo del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el sentido de que el juez competente, no está obligado a formular la consulta preceptiva a que se refiere la norma citada en su segundo párrafo, en los casos en que exista jurisprudencia idéntica o análoga vinculante, aplicable al caso sometido a su conocimiento, debiendo hacerlo únicamente frente a temas nuevos o disímiles, o en los casos en que se trate de temas ajenos al debido proceso, siempre en los términos señalados en la ley. Estimar lo contrario, como consecuencia de una interpretación mecanicista o simplista de la norma, implica -entre otros-, el desconocimiento de una justicia pronta, cumplida y sin denegación, que es precisamente la razón de ser de la administración de justicia. [...]».

En razón de ello se considera conveniente eliminar el segundo párrafo del artículo 102 de la Ley de la jurisdicción constitucional, para suprimir la consulta judicial preceptiva en los casos del procedimiento de revisión. Se mantendría la consulta judicial cuando el juzgador tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

Un tercer inconveniente que ha provocado la causal de violación del debido proceso como motivo para la revisión, alude a la falta de seguridad jurídica que ha surgido como consecuencia de la práctica de las personas sentenciadas, de formular reiterada y consecutivamente procesos de revisión sobre una misma causa, alegando en cada oportunidad diversas razones, todas ellas vinculadas con la violación al debido proceso, lo cual provoca que el expediente penal se mantenga activo, pese a que la sentencia se encuentra firme.

Pero, además de la inseguridad jurídica, al debilitarse el principio de cosa juzgada material, por el constante uso de procedimientos de revisión en contra de la sentencia firme, surge otro problema que tiene que ver con la fricción que se opera entre los principios de imparcialidad y objetividad con el principio de justicia pronta y cumplida.

La práctica de formular reiterada y consecutivamente procesos de revisión ha generado, en el caso de la Sala Tercera de Casación Penal, que los magistrados que han conocido las causas penales deban nuevamente intervenir en el proceso, en razón de haberse agotado la posibilidad de nombrar magistrados suplentes en el mismo proceso, por cuanto todos ellos también han conocido de la causa.

Por ello se ha debido hacer una construcción que permita superar la fricción entre tales principios y se ha sostenido que: «La garantía de imparcialidad y objetividad constituye una verdadera manifestación de la independencia del juzgador en el caso concreto, y como tal debe ser tenida en cuenta en beneficio de todas las partes, especialmente respecto aquella con la que se relaciona la inhibitoria.

Asimismo, las diversas causales de inhibitoria o recusación no deben considerarse como un obstáculo al ejercicio normal de las funciones judiciales, sino que, por el contrario, se revelan como una garantía establecida en favor de los intervinientes del proceso para que, con carácter preventivo, se propicie la impar-

cialidad del funcionario, y con la de él, la del órgano competente que integra.

A pesar de ello, el artículo 29 de la Ley orgánica del Poder Judicial establece una excepción a esta garantía, la cual opera precisamente en aquellas situaciones en las que todos los magistrados, titulares y suplentes, estén cobijados por la misma causal de inhibitoria, pues en tales casos -y éste es uno de ellos- la normativa no sólo obliga sino que exige a los titulares integrarse nuevamente para el conocimiento del expediente. Con esta norma se privilegia entonces la obligación constitucional que atañe al Poder Judicial de resolver, en forma pronta y cumplida, los conflictos que le son sometidos a su conocimiento, pues de no existir la posibilidad de reintegrar a los magistrados cuando esta particular situación surge, se estaría entonces ante una situación de total anomia, por la imposibilidad material de conformar la Sala para el conocimiento y resolución de determinadas causas».

Sin embargo, y pese a estas consideraciones, es evidente que estamos frente a una situación extrema donde la práctica actual en la revisión penal ha provocado una lesión al principio de imparcialidad y objetividad que sería superada al excluir esta causal de violación al debido proceso dentro de las acciones revisorias en esta materia.

Independientemente de la evolución que tenga en Costa Rica el régimen de impugnación penal es importante advertir, en síntesis, que la existencia del inciso j) del numeral 369 del Código Procesal Penal y el contenido y alcance que se ha dado al recurso de casación en general, son garantía de cumplimiento con los compromisos internacionales, independientemente de la nomenclatura que se dé a este instituto procesal.[44]

En razón de tales circunstancias, y con fundamento en lo establecido por el artículo 114 de la Ley de la jurisdicción constitucional, según el cual dicha Ley solo podrá ser modificada por otra destinada expresamente a complementar o modificar su texto, se incluye la reforma al artículo 102 de la Ley de jurisdicción constitucional.

44 *Esta nota se incluye en razón de la propuesta para una reforma integral del régimen de impugnación penal en Costa Rica como iniciativa independiente, pero conjunta, a la que aquí se hace. En ella se crea el recurso de apelación de sentencia con el mismo contenido que actualmente tiene el recurso de casación.*

II. NUEVAS REGLAS DE ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL

La presente reforma al Código Procesal Penal pretende lograr los beneficios de celeridad que se obtienen mediante la aplicación de un sistema por audiencias. Costa Rica ha tenido grandes avances en cuanto a la aplicación de la oralidad en la justicia. La materia penal ha sido pionera en ese sentido. Sin embargo, resulta incuestionable que el paso de sistemas escritos hacia sistemas orales, además de un asunto legal, comporta un tema cultural que tiene que ver con las resistencias de los involucrados a cambiar sus pautas de conducta y prácticas cotidianas.

En efecto, los países de América Latina han aplicado desde la Colonia sistemas judiciales escritos que aún no hemos superado del todo. En la mentalidad de las personas que actúan como operadores jurídicos está muy arraigada la escritura, lo cual ha hecho que aunque nuestro Código Procesal Penal vigente permita la aplicación de la oralidad en audiencias, todavía existan resistencias que conviene combatir con normas más explícitas que obliguen a los jueces, fiscales y defensores a solicitar, contestar y resolver oralmente en tiempos cortos los asuntos sometidos a su conocimiento.

Así las cosas, aunque el legislador tuvo muy claro que con el Código Procesal Penal de 1996, vigente a partir del 1 de enero de 1998, el principio de oralidad sería un aspecto central en las prácticas judiciales, ahora se hace necesario reforzar esta idea mediante normas que no den lugar a interpretaciones, a efecto de erradicar las maniobras dilatorias y facilitar el mejoramiento de las prácticas procesales, para brindar respuestas más directas a las personas, más prontas y de mejor calidad.

Por las razones expuestas se presenta ante esta Asamblea Legislativa el siguiente proyecto de ley.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA
DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

LEY DE CREACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA, OTRAS REFORMAS AL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE NUEVAS REGLAS DE ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL

ARTÍCULO 1.- Modifícanse los artículos 408, 410 y 411 del Código Procesal Penal para que digan:

«Artículo 408.- Procedencia. La revisión procederá contra las sentencias firmes y a favor del condenado o de aquel a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección, en los siguientes casos:

a) Cuando los hechos tenidos como fundamento de la condena resulten inconciliables con los establecidos por otra sentencia penal firme.

b) Cuando la sentencia se haya fundado en prueba cuya falsedad se hubiera declarado en fallo posterior firme.

c) Si la sentencia condenatoria ha sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o cualquier otro delito o maquinación fraudulenta, cuya existencia se hubiera declarado en fallo posterior firme salvo que se trate de alguno de los casos previstos en el inciso siguiente.

d) Cuando se demuestre que la sentencia es ilegítima como consecuencia directa de la introducción de prueba ilícita o de una grave infracción a sus deberes cometida por un juez, aunque sea imposible proceder por una circunstancia sobreviniente.

e) Cuando después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable.

f) Cuando una ley posterior declare que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal o que merece una penalidad menor, o bien cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria haya sido declarada inconstitucional.

La revisión procederá aún en los casos en que la pena o medida de seguridad hayan sido ejecutadas o se encuentren extinguidas.»

«Artículo 410.- Formalidades de interposición. La revisión será interpuesta, por escrito ante la Sala de Casación Penal. Contendrá, la referencia concreta de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables. Se adjuntará, además, la prueba documental que se invoca, y se indicará, en su caso, el lugar o archivo donde ella está.

Asimismo, deberán ofrecerse los elementos de prueba que acrediten la causal de revisión invocada. El escrito de interposición deberá contar con patrocinio letrado.

Artículo 411.- Admisibilidad. Cuando la demanda haya sido presentada fuera de las hipótesis que la autorizan, resulte manifiestamente infundada o carezca de patrocinio letrado, el tribunal, de oficio, declarará su inadmisibilidad.

El tribunal substanciará la acción y se pronunciará sobre el fondo, aun cuando estime que en su redacción existen defectos. Si considera que estos le impiden, en forma absoluta, conocer del reclamo, le prevendrá a la parte su corrección, conforme al artículo 15 de este Código, puntualizándole los aspectos que deben ser aclarados y corregidos. Si los defectos no se corrigen, resolverá lo que corresponda.

No será admisible plantear, por la vía de revisión, asuntos que ya fueron discutidos y resueltos mediante la apelación de sentencia o en casación, salvo que se fundamenten en nuevas razones o nuevos elementos de prueba.»

ARTÍCULO 2.- Modifícanse los artículos 258 y 369 del Código Procesal Penal y el título IV del libro III del mismo, así como los artículos 443, 444, 445, 446, 447, 449, 450 y 451 bis del Código Procesal Penal; se elimina el artículo 449 bis, para que se lea el texto legal de la siguiente manera:

«**Artículo 258.- Prórroga del plazo de prisión preventiva**. A pedido del Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el Tribunal de Apelación de Sentencia, hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento.

Si se dicta sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, el plazo de prisión preventiva podrá ser prorrogado mediante resolución fundada, por seis meses más. Esta última prórroga se sumará a los plazos de prisión preventiva señalados en el artículo anterior y en el párrafo primero de esta norma.

Vencidos esos plazos, no podrá acordarse una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia. En tales casos, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

La Sala o el Tribunal de Apelación de Sentencia, excepcionalmente y de oficio, podrán autorizar una prórroga de la prisión preventiva superior a los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.»

«**Artículo 369.- Vicios de la sentencia.** Los defectos de la sentencia que justifican la apelación serán:

a) Que el imputado no esté suficientemente individualizado.

b) Que falte la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado.

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.

d) Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.

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

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

g) La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia.

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

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

j) Cuando la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa.»

«Título IV Recurso de Apelación de Sentencia"

"**Artículo 443.- Resoluciones recurribles.** Son apelables todas las sentencias y sobreseimientos dictados en la fase de juicio y que resuelven los aspectos penales, civiles, incidentales y demás que la ley determina.

Artículo 444.- Motivos. El recurso de apelación de sentencia procederá cuando, en la determinación fáctica o jurídica del fallo, se inobserve o aplique erróneamente un precepto legal. El tribunal de alzada se pronunciará

sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos que encuentre en la sentencia.

Artículo 445.- Interposición. El recurso de apelación de sentencia se interpondrá ante el tribunal que dictó la resolución, dentro del plazo de quince días de notificada, mediante escrito o cualquier otra forma de registro reglamentariamente autorizado. Deberá estar debidamente fundado y citará, con claridad, las disposiciones legales que se consideren inobservadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es el agravio y la pretensión.

Deberá indicarse por separado cada motivo con sus fundamentos. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

Cuando el tribunal de alzada tenga su sede en un lugar distinto, la parte deberá fijar nuevo lugar o nueva forma para recibir notificaciones.

Artículo 446.- Audiencia. Interpuesto el recurso, el tribunal que dictó la sentencia dará audiencia a los interesados por el término de cinco días, durante los cuales deberán señalar lugar o forma para recibir notificaciones en alzada y también podrá formular adhesiones. Si se produce alguna adhesión, el tribunal de instancia conferirá nueva audiencia a las otras partes sobre este extremo, por el término de cinco días. Vencidos estos plazos remitirá el expediente al tribunal de apelación de sentencia correspondiente.

Artículo 447.- Trámite. El tribunal de apelación de sentencia podrá declarar inadmisible el recurso, si estima que la resolución no es recurrible, que el recurso ha sido interpuesto en forma extemporánea o que la parte no tiene el derecho de recurrir, en cuyo caso lo declarará así y devolverá las actuaciones al tribunal de origen.

Si el recurso es admisible, el tribunal lo sustanciará y se pronunciará sobre el fondo, aun cuando estime que en su redacción existen defectos. Si considera que estos le impiden, en forma absoluta, conocer del reclamo, le prevendrá a la parte su corrección, conforme al artículo 15 de este Código, puntualizándole los aspectos que deben aclararse y corregirse. Si los defectos no son corregidos, declarará su inadmisibilidad.

Si el recurso es admisible y no debe convocarse a una audiencia oral, ni se debe ordenar la recepción de pruebas, el tribunal dictará sentencia. En caso contrario, esta deberá dictarse después de la audiencia y una vez recibida la prueba.»

«Artículo 449.- Prueba en apelación de sentencia. Mediante el recurso de apelación de sentencia, el tribunal, a petición de parte, tendrá la facultad de reexaminar las pruebas producidas en el juicio, siempre y cuando fuere necesario, pertinente y útil para los fines del proceso, el objeto de la causa o para la constatación de un agravio. De igual forma se procederá respecto de las manifestaciones del imputado.

En caso de pruebas personales examinará los registros del debate y, si hubiere alguna duda sobre el alcance de las manifestaciones de algún testigo o perito, podrá recibir directamente su deposición o informe en audiencia oral, pública y contradictoria, en la que se aplicarán, en cuanto fueren compatibles, las disposiciones que regulan el debate en la fase de juicio.

La parte recurrente podrá ofrecer, en el escrito de interposición del recurso, pruebas nuevas sobre los hechos objeto del proceso o sobre la forma en que fue realizado un acto, cuando se contradiga lo señalado en las actuaciones, en el acta, en los registros del debate o la propia sentencia.

El tribunal aceptará como nueva solo la prueba ofrecida en su oportunidad pero que fuera arbitrariamente rechazada, la que aparezca como novedosa con posterioridad a la sentencia y aquella que, aunque existiendo previamente, no estuvo en posibilidad efectiva de ser ofrecida por el interesado en su momento.

El tribunal de apelación de sentencia, podrá en todo caso auxiliarse de los sistemas de documenta-

ción a su alcance, sean las actas escritas, la grabación fónica o la video-grabación, para facilitar el control de lo ocurrido en el tribunal de sentencia, evitándose en lo posible repeticiones innecesarias.

Cuando sea diligenciada prueba oralmente, los jueces que la hayan recibido deberán integrar el tribunal en el momento de la decisión final.

Artículo 450.- Examen y resolución. El tribunal de apelación de sentencia apreciará la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, de modo que pueda valorar la forma en que los jueces de juicio apreciaron la prueba y fundamentaron su decisión.

Hará uso de los registros que tenga disponibles, reproducirá la prueba oral del juicio cuando lo estime necesario, pertinente y útil para la procedencia del reclamo y hará la valoración integral que corresponda con el resto de las actuaciones y la prueba introducida por escrito.

Si el tribunal de apelación estima procedente el recurso, anulará total o parcialmente la resolución impugnada y ordenará la reposición del juicio o de la resolución. Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o 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 apelación de sentencia ordenará directamente la libertad.»

«Artículo 451 bis.- Juicio de reenvío. El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, pero integrado por jueces distintos.

El recurso de apelación que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío, deberá ser conocido por el tribunal de apelación de sentencia respectivo, integrado por jueces distintos de los que se pronunciaron en la ocasión anterior. De no ser posible integrarlo con nuevos jueces, porque el impedimento cubre a titulares y suplentes, o no se cuenta con el número suficiente de

suplentes, la competencia será asumida por los titulares que sean necesarios, no obstante la causal y sin responsabilidad disciplinaria respecto de ellos.»

ARTÍCULO 3.- Agrégase un título V al libro III del Código Procesal Penal y se modifican en su contenido los artículos 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459 y 460. Se renumeran los subsiguientes artículos del Código Procesal Penal pasando el actual 452 a ser el 461, y así sucesivamente hasta el actual 472 que pasa a ser 481. En adelante se leerán los numerales afectados de la siguiente manera:

«Título V Recurso de Casación"

"Artículo 452.- Resoluciones recurribles. El recurso de casación penal procederá contra las sentencias dictadas por los tribunales de apelación.

Artículo 453.- Motivos. El recurso de casación podrá ser fundado en alguno de los siguientes motivos:

a) Cuando se alegue la existencia de precedente contradictorio con otro tribunal de sentencia o con la Sala de Casación Penal.

b) Cuando se alegue violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Artículo 454.- Interposición. El recurso de casación será interpuesto ante el tribunal que dictó la resolución, dentro del plazo de quince días de notificada, mediante escrito o cualquier otro registro reglamentariamente autorizado. Deberá estar debidamente fundado y citará, con claridad, las disposiciones legales que se consideren inobservadas o erróneamente aplicadas; o bien, el precedente jurisprudencial que se considera contradictorio con mención expresa de su contenido y, en todo caso, se indicará cuál es el agravio y la pretensión.

Deberá indicarse, por separado cada motivo con sus fundamentos. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

Artículo 455.- Audiencia. Interpuesto el recurso, el tribunal que dictó la sentencia de apelación dará audiencia a los interesados por el término de cinco días, durante los cuales deberán señalar lugar o forma para recibir notificaciones en alzada y también podrán formular adhesiones. Si se produce alguna adhesión, el tribunal conferirá nueva audiencia a las restantes partes sobre este extremo, por el término de cinco días. Vencidos estos plazos remitirá el expediente a la Sala de Casación.

Artículo 456.- Admisibilidad y trámite. La Sala de Casación podrá declarar inadmisible el recurso, si estima que la resolución no es recurrible, que el recurso ha sido interpuesto en forma extemporánea, que la parte no tiene el derecho de recurrir, que el tema ya ha sido resuelto en apelación de sentencia o que el recurso es absolutamente infundado, en cuyo caso lo declarará así y devolverá las actuaciones al tribunal de origen.

Si el recurso es admisible, el tribunal lo sustanciará y se pronunciará sobre el fondo, aun cuando estime que en su redacción existen defectos. Si considera que estos defectos le impiden, en forma absoluta, conocer del reclamo, le prevendrá a la parte su corrección, conforme al artículo 15 de este Código, puntualizándole los aspectos que deben aclararse y corregirse.

Si los defectos no son corregidos, declarará su inadmisibilidad.

Si el recurso es admisible y no se considera necesario convocar a una audiencia oral, la Sala dictará sentencia. En caso contrario, esta deberá dictarse después de la audiencia.

Artículo 457.- Audiencia oral. Si al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él, alguno de los interesados considera necesario exponer oralmente sus alegaciones, solicitará audiencia oral a la Sala que la fijará dentro de los quince días de recibidas las actuaciones. Igual procedimiento se seguirá si la Sala, de oficio, estima necesaria su realización.

Para celebrar la audiencia oral regirán las reglas dispuestas para el recurso de apelación previsto en la fase preparatoria. La resolución del caso se dictará inmediatamente después de realizada la audiencia, salvo que la complejidad del asunto obligue a su postergación.

Artículo 458.- Resolución. Si la Sala de Casación estima procedente el recurso, anulará, total o parcialmente, la resolución impugnada y ordenará la reposición del procedimiento y resolución del tribunal de apelación de la sentencia. Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo procedimiento o resolución. En los demás casos, enmendará el vicio y resolverá el asunto de acuerdo con la ley aplicable.

Para la toma de su decisión, la Sala tendrá a su disposición los registros del juicio y del procedimiento de apelación de sentencia, pudiendo también ordenar la prueba que estime necesaria para la comprobación de alguna actuación que no estuviere debidamente registrada.

Si por efecto de la resolución del recurso deba cesar la prisión del imputado, la Sala de Casación ordenará directamente la libertad.

Artículo 459.- Prohibición de reforma en perjuicio. Cuando el recurso ha sido interpuesto solo por el imputado, o en su favor, en la resolución de la Sala o en el juicio de reenvío no se podrá imponer una sanción más grave que la impuesta en la sentencia anulada, ni desconocer los beneficios que en esta se hayan acordado.

Artículo 460.- Juicio de reenvío. El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la resolución de apelación de sentencia, pero integrado por jueces distintos.

El recurso de casación que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío, deberá ser conocido por la Sala de Casación, integrada por magistrados distintos de los que se pronunciaron en la ocasión anterior. De no ser posible integrarlo con nuevos magistrados, porque el impedimento cubre a titulares y suplentes, o

no se cuenta con el número suficiente de suplentes, la competencia será asumida por los titulares que sean necesarios, no obstante la causal y sin responsabilidad disciplinaria respecto de ellos.»

ARTÍCULO 4.- Refórmanse los artículos 56, 93 y 93 bis de la Ley orgánica del Poder Judicial N.º 8, de 29 de noviembre de 1937, y sus reformas, reformada totalmente por Ley N.º 7333, de 5 de mayo de 1993. Contiene, además, las reformas introducidas por la Ley de reorganización judicial, N.º 7728, de 15 de diciembre de 1997, para que en lo sucesivo se lean:

«**Artículo 56.-** La Sala Tercera conocerá:

1) De los recursos de casación y revisión en materia penal.

2) De las causas penales contra los miembros de los Supremos Poderes y otros funcionarios equiparados.

3) De los demás asuntos que las leyes le atribuyan.»

«**Artículo 93.-** Los tribunales de apelación de sentencia penal conocerán:

1) Del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los tribunales unipersonales y colegiados de juicio.

2) De la apelación contra las resoluciones que dicten los jueces del tribunal de juicio, cuando la ley acuerde la procedencia del recurso.

3) De las apelaciones en asuntos de migración y extranjería que la ley establezca.

4) De los impedimentos, las excusas y las recusaciones, de sus integrantes propietarios y suplentes.

5) De los conflictos de competencia que no deban ser resueltos por los tribunales de juicio.

6) De los conflictos suscitados entre juzgados contravencionales y tribunales de juicio.

7) De los demás asuntos que se determinen por ley.

Artículo 93 bis.- Integración de los tribunales de apelación de sentencia:

Los tribunales de apelación de sentencia estarán conformados por secciones independientes, integradas cada una por tres jueces, de acuerdo con las necesidades del servicio, y se distribuirán su labor conforme lo disponga el Consejo Superior.»

ARTÍCULO 5.- Refórmase el artículo 102 de la Ley de jurisdicción constitucional, N.º 7135, de 11 de octubre de 1989, que dirá:

«**Artículo 102.-** Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, o conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.»

ARTÍCULO 6.- Refórmanse los artículos 4, 22, 43, 58, 91, 92, 256, 319, 438, 439, 440 y 441 del Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, de 10 de abril de 1996, y sus reformas, los textos dirán:

«**Artículo 4.- Justicia pronta**. Toda persona tendrá derecho a una decisión judicial definitiva en un plazo razonable. Para el logro de este objetivo, se preferirá la tramitación oral mediante audiencias durante el proceso.»

«**Artículo 22.- Principios de legalidad y oportunidad**. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando:

a) [...]

d) La pena o medida de seguridad que pueda imponerse, por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad impuesta, que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.

La solicitud deberá formularse ante el tribunal que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio.»

«Artículo 43.- **Trámite**. Las excepciones se deducirán oralmente en las audiencias. Deberá ofrecerse la prueba que justifica los hechos en que se basan. Se dará traslado de la gestión a la parte contraria.

El tribunal admitirá la prueba pertinente y resolverá, sin dilación, lo que corresponda.»

«Artículo 58.- **Tiempo y forma de recusar.** Al formularse la recusación se indicarán bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda y los elementos de prueba pertinentes. Será formulada dentro de las veinticuatro horas de conocerse los motivos en que se funda. Durante las audiencias, la recusación será deducida oralmente.»

«Artículo 256.- **Recurso**. Durante el procedimiento preparatorio e intermedio, la resolución que decrete por primera vez la prisión preventiva o, transcurridos los primeros tres meses, rechace una medida sustitutiva, se tomará en audiencia y será apelable sin efecto suspensivo.

También serán apelables de la misma manera y sin efecto suspensivo, las resoluciones que impongan cualquier otra medida cautelar o rechacen una medida sustitutiva cuando se dicten durante el procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que no se esté en

los casos del párrafo primero. Para estos efectos, solo se enviarán al tribunal las piezas indispensables para resolver y no regirá el procedimiento establecido para tramitar el recurso de apelación.»

«Artículo 319.- **Resolución**. Finalizada la audiencia, el tribunal resolverá inmediatamente y en forma oral las cuestiones planteadas. Solo en casos excepcionales podrá el juez diferir la resolución hasta por veinticuatro horas.

Analizará la procedencia de la acusación o la querella, con el fin de determinar si hay base para el juicio o, en su caso, si corresponde total o parcialmente desestimar la causa o sobreseer al imputado.

También podrá examinar, conforme al procedimiento establecido, si corresponde aplicar un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado, suspender el procedimiento a prueba o autorizar la aplicación de las reglas para asuntos de tramitación compleja.

Resolverá las excepciones planteadas, ordenará los anticipos de prueba que correspondan y se pronunciará sobre la separación o acumulación de juicios.

Decidirá sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida para el juicio.

Si las partes han llegado a algún acuerdo sobre la acción civil, ordenará lo necesario para ejecutar lo acordado.

En esta misma oportunidad, el tribunal deberá examinar la procedencia, ratificación, revocación o sustitución de las medidas cautelares.»

"Artículo 438.- **Interposición**. El recurso de apelación se interpondrá ante el mismo tribunal que dictó la resolución y en la misma audiencia en que la resolución de instancia fue dictada. En esa oportunidad, el apelante indicará someramente el motivo del agravio.

El fundamento del recurso será expuesto ante el tribunal de apelación.

Cuando el tribunal de alzada tenga su sede en un lugar distinto, la parte deberá fijar un nuevo lugar o la forma para recibir notificaciones, si es necesario.

Cuando el recurrente intente prueba en segunda instancia, la ofrecerá junto con la interposición del recurso, y señalará en concreto el hecho que pretende probar.

En los casos de excepción en que la resolución judicial se hubiera dictado fuera de audiencia y por escrito, el recurso podrá ser interpuesto dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación.

Artículo 439.- Trámite y elevación. Presentado el recurso, el juez convocará a las partes a presentarse en audiencia ante el tribunal de apelación a contestar el recurso y, en su caso, ofrezcan prueba.

Luego, sin más trámite e inmediatamente, remitirá las actuaciones al tribunal de alzada para que resuelva.

Solo se remitirá copia de las actuaciones pertinentes o se formará un legajo especial, para no demorar el trámite del procedimiento.

Excepcionalmente, el tribunal de alzada podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales. Ello no implicará la paralización del procedimiento.

Artículo 440.- Trámite en el tribunal de apelación. Recibidas las actuaciones, inmediatamente el tribunal de alzada convocará a una audiencia oral con la presencia de las partes, decidirá la admisibilidad del recurso y la procedencia de la cuestión planteada; todo en una sola resolución.

Artículo 441.- Audiencia oral. Quien ha ofrecido prueba tomará a su cargo hacerla concurrir a la audiencia. El secretario auxiliará al oferente expidiendo las citaciones o las órdenes necesarias, las que diligenciará. El tribunal resolverá inmediatamente de manera oral, salvo casos excepcionales, en los que podrá diferir la resolución hasta por veinticuatro horas.»

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

TRANSITORIO I.- El reordenamiento de competencias establecido en la presente Ley entrará a regir para los casos ingresados a partir de la fecha de su publicación en el diario oficial La Gaceta. Los expedientes ingresados a las distintas sedes con anterioridad a esa fecha, continuarán en el tribunal de ingreso hasta su terminación de conformidad con las reglas vigentes al momento de ese ingreso.

TRANSITORIO II.- Un estudio técnico determinará la necesidad de recursos de cada tribunal de apelación de sentencia conforme el reordenamiento de competencias dispuesto en esta Ley. La recepción de nuevos expedientes deberá estar precedida de la dotación efectiva de esos recursos.

Rige a partir de su publicación.

Jorge Méndez Zamora

DIPUTADO

4 de setiembre de 2008.

APELACIÓN LIMITADA VS. CASACIÓN AMPLIADA: ¿UN FALSO DILEMA?

José Joaquín Ureña S.
Abogado litigante

Dentro del marco del Congreso de la Asociación de Ciencias Penales, realizado en el mes de julio de 2012, actividad que dicho sea de paso disfruté de principio a fin, se me ha invitado a participar con este breve ensayo, que de alguna manera recoge las principales ideas de una reciente obra de mi autoría, publicada a finales del año anterior, a propósito de la entrada en vigencia de la ley que instituyó en el proceso penal costarricense el recurso de apelación[1]. Este artículo tiene dos propósitos: entender la reforma costarricense en su justa perspectiva histórica, y servir como elemento de reflexión en naciones donde podría llegar a discutirse la conveniencia de implementar un recurso de apelación (o modificar la casación) para cumplir con los requerimientos del artículo 8.2.h del Pacto de San José. Lo primero que debe evidenciarse es que a pesar de que el recurso de casación se difundió en Europa y por ende en Latinoamérica durante la primera mitad del S. XX, su existencia es en realidad muy reciente, esto si lo comparamos con otro recurso que ha acompañado a la humanidad por milenios: la apelación. El segundo aspecto sobre el que se necesita absoluta claridad, es el hecho de que la casación francesa de los siglos XIV a XVIII, a la que podríamos llamar casación de ley o casación tradicional, no era desde ningún punto de vista un recurso procesal, sino un mecanismo de defensa de la ley ante su inobservancia deliberada por parte de los jueces, mecanismo que coexistía con los recursos procesales establecidos. Antes de explicar esa afirmación, y para tener una visión general de los temas que abordaré en esta pequeña monografía, debo indicar además que desde que la casación entró a formar parte de la codificación napoleó-

1. UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *Apelación y oralidad*, EJC, San José, 1ª Ed., 2011.

nica, y este es el tercer aspecto sobre el que quiero llamar la atención, ha funcionado en la práctica como una verdadera apelación. Estoy seguro de que si tenemos una comprensión cabal de estos tres aspectos, a saber, la preexistencia milenaria de la apelación (y la tardía aparición de la casación), la naturaleza no procesal de las demandas de casación en la Francia anterior al Código Napoleónico, y el funcionamiento práctico de la casación decimonónica como una apelación, podremos dilucidar el falso dilema que se ha planteado entre ambos recursos, y podremos además ser inmunes al fraude de etiquetas y entender las verdaderas características de cada recurso en concreto que nos ofrezca la historia, independientemente del nombre que se le asigne. Desde ese punto de vista vale la pena iniciar con algunos conceptos que se han manejado recientemente, tales como la apelación tradicional, la casación tradicional, la apelación limitada y la casación ampliada, conceptos que analizados desde una correcta perspectiva histórica, son la clave para entender la aparente disyuntiva a que he hecho referencia.

1. La apelación tradicional

En la Roma imperial surgió la *appellatio*, primero como un recurso ante el emperador, luego, al establecerse una jerarquía de jueces, un recurso ante los diversos jueces (instancias) según su jerarquía, con la posibilidad no sólo de anular la sentencia sino de reformarla o sustituirla por otra . La apelación en el Derecho Romano conducía siempre a un *novum iudicium*, que implicaba la renovación total de la *litis*, con la consecuente reapertura de la instrucción y la posibilidad de ofrecer pruebas sobre el fondo del asunto. La idea de los recursos está asociada a los procesos inquisitoriales, y tienen la finalidad de devolver al monarca la competencia delegada, generando los llamados efectos suspensivo y devolutivo[2]. Este recurso subsistió a la Edad Antigua, y se difundió en el Medioevo. Debido a la escritura del proceso, el mismo se limitaba al dictado de una nueva decisión con base en las actas documentadas en el expediente, pero dejando abierta la posibilidad de renovar toda la *litis*. La doble instancia acompañó a la Inquisición durante la baja Edad

2 CALAMANDREI, *La Casación Civil*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, Tomo I, Vol I, p. 64 y ss.

Media, a través del recurso de apelación[3]. La llegada del Renacimiento, y con él la transición a la Edad Moderna, estuvo marcada por un un afianzamiento del recurso de apelación en el proceso inquisitorial, vigente hasta el iluminismo. Así por ejemplo, en el Siglo XVI Alemania implementó un proceso inquisitorial mediante la llamada *Constitutio Criminalis Carolina*, y Francia mantuvo el doble grado de jurisdicción hasta la época de la Revolución Francesa, cuando la Asamblea Nacional estableció una apelación horizontal y un año después, un proceso de juicio por jurados[4]. En Costa Rica vemos la existencia de la apelación en los procesos inquisitoriales y escritos vigentes mediante el Código General de 1841 (conocido como Código de Carrillo), y el Código de Procedimientos Penales de 1910[5] La apelación se ha mantenido durante la Edad Antigua, la Edad Media y la Edad Moderna. Ha sido un recurso primordialmente inquisitorial, propio de procesos escritos, con un sistema de justicia delegada, y que permitía la renovación de toda la *litis* con la posibilidad de aportar pruebas, es decir, un *novum iudicium*. La aparición de procesos acusatorios orales, o de procesos mixtos con juicio oral durante los siglos XIX y XX, generó una necesidad de adaptación de la apelación a la oralidad (conceptos aparentemente incompatibles), mediante la llamada apelación limitada. Pero antes de analizar esta nueva etapa en la historia de la apelación, y determinar si la alegada incompatibilidad es absoluta, o puede solventarse de alguna manera, es necesario detenernos en la que ha sido llamada casación de ley o casación tradicional, concepto esencial para comprender el alambicado proceso por el que atravesaría la casación durante los siglos XIX al XXI.

2. La casación tradicional

Creo que existen pocos institutos del proceso penal tan mal comprendidos como lo es la casación. Algún perspicaz podría pensar que la aplicación arbitraria de este medio de gravamen

3 CALAMANDREI, op. cit., p. 170 y ss.

4 VECINA CIFUENTES, Javier, *La Casación Penal*, El Modelo Español, Tecnos, Madrid, 2003, p. 72.

5 SAENZ CARBONELL, José, *Síntesis del desarrollo histórico del derecho procesal penal en Costa Rica*, en: Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo I ,San José, 2007.

ha sido un acto deliberado. En ello los que hemos sido aplicadores del instituto merecemos el beneficio de la duda... al menos así lo espero. La palabra "casación" ha sido definida como la acción de casar o anular, y el verbo francés *casser* puede ser traducido como quebrar pero también como quitar eficacia jurídica o anular. Este verbo proviene a su vez del latín *quassare*, que significa quebrar. Casar es, por lo tanto, anular, y casación es sinónimo de anulación[6]. No se puede hablar de casación sin referirse a la Francia monárquica al final de la baja Edad Media, e inicios de la Edad Moderna. Durante los siglos XIV a XVII las funciones del Rey, que eran una concentración absoluta de facultades legislativas, ejecutivas y judiciales, se fueron delegando en órganos cada vez más complejos. Primero el Consejo del Rey, del cual nació un órgano encargado de administrar justicia, aunque el uso actual del término sugiere una labor legislativa: El Parlamento de París. El Parlamento administraba justicia y el Consejo se encargaba de todo lo demás. Luego nació la Cámara de Cuentas (*Chambre des comptes*) encargada de asuntos financieros. El Consejo se encargaba entonces de todo, excepto administrar justicia y asuntos financieros. Del Consejo del Rey se desprendió un nuevo órgano: El Consejo de Partes (*Conseil des Parties*), cuyas funciones son las que realmente nos interesan, y el Consejo de Estado para todo lo demás. Ya había varios parlamentos en las diferentes ciudades francesas, y dada la debilitación del poder real, los parlamentos funcionaban como un grupo opuesto al monarca. El término "Consejo de Partes" nos sugiere la idea de partes procesales, de una función jurisdiccional. Nada más alejado de la realidad. Quienes administraban justicia por delegación del Rey eran los parlamentos. Entonces, ¿Cual era esa misteriosa vocación que justificaba la creación de todo un órgano especializado dentro del diseño del aparato de poder que auxiliaba al Rey? La explicación esa absolutamente política. Los parlamentos habían proliferado en las principales ciudades, y representaban un grupo político opuesto al monarca. Administraban justicia, sí, pero empezaron a arrogarse la facultad de aprobar o desaprobar la aplicación de las Ordenanzas Reales en cada ciudad. Se inició una feroz lucha por el poder, y los Parlamentos, que para ese entonces se encargaban de la segunda instancia frente a los tribunales reales, empezaron a desaplicar las ordenanzas reales en casos concretos. El Rey enviaba indignado una Carta de Cancillería (el canciller era el secretario del Rey). Mediante estas *lettres de Chacellerie* se suspendía la facultad del Parlamento de resolver un caso en concreto. Si el Parlamento, en un arrogante acto de rebeldía, insistía en dictar una sentencia cuyo principal pecado consistía en desaplicar una ordenanza real, el Rey la anulaba ¡Esa era la casación! La hacía el Rey directamente, luego con Consejo Real, y finalmente el Consejo de Partes. No era un recurso procesal. Si el Parlamento era obediente, se acudía al Rey como supremo juez, mediante los recursos procesales establecidos. Pero si el Parlamento se rebelaba y desconocía la obligatoriedad de una ordenanza real, se acudía al Rey no ya como supremo juez, sino como supremo legislador, denunciando la desobediencia del Parlamento, y demandando la anulación (casación) de la sentencia. Es allí, y sólo allí, que cobran sentido afirmaciones que en pleno siglo XXI resultan un monumental anacronismo, tales como la afirmación de que la casación es un recurso únicamente de ley, de que no es una nueva instancia, que su función debe ser meramente fiscalizadora o negativa y que debe regirse por la intangibilidad de los hechos probados. La Asamblea Nacional sustituyó el *Conseil des Parties* por el Tribunal de Casación, que siguió rigiéndose por los decretos que regulaban al primero. Su función no era no era resolver casos concretos (se le prohibía conocer el fondo del asunto) sino velar por que los jueces aplicaran en forma obligatoria las leyes emanadas de la Asamblea Nacional. Poco a poco el Tribunal de Casación se fue convirtiendo en un órgano jurisdiccional. Se empezó a admitir la casación por falsa interpretación de la ley, especialmente en materia criminal. Luego empezó a resolver el fondo del asunto, a pesar de la prohibición reglamentaria. El 16 de noviembre de 1808 Napoleón promulgó el *Code d'instruction criminelle.* Instauró un modelo mixto, lo cual significa que fue una fórmula de compromiso entre la legislación revolucionaria y la monárquica. A pesar de que sustituyó el jurado revolucionario por una jerarquía de jueces, en el tema de los recursos mantuvo el estado de cosas que en-

6 ANTILLON, Walter, *Breve diatriba sobre la casación*, inédito. UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *Los efectos de la actividad procesal defectuosa: ¿Nulidad, inexistencia, invalidez o ineficacia?*, en: Derecho Procesal Penal Costarricense, Asociación de Ciencias Penales, Tomo II, San José 2008.

contró al llegar al poder: sin apelación, con revisión para casos de dolo del juez o los testigos y sentencias inconciliables, y con una casación a la cual se le prohibía, al menos formalmente, conocer el fondo del asunto. Sistema entendible para un modelo acusatorio que juzga mediante jurados en única instancia, pero inconcebible para un sistema de jueces técnicos cuyos fallos debían ser supervisados por la Corte de Casación. Al eliminarse la apelación, la única forma de revisar lo resuelto por los jueces era la casación, de manera que por primera vez la casación empieza a funcionar como un recurso procesal propiamente dicho. Luego de la abdicación de Napoleón, la ley del 1 de abril de 1837 eliminó la interpretación auténtica e hizo vinculantes los fallos de la *Cour de Cassation*, convirtiéndola en un verdadero órgano jurisdiccional en la cúspide del Poder Judicial[7]. La jurisprudencia de la Corte de Casación permitió conocer el fondo del asunto, costumbre aplicada durante los diez años de vigencia del Tribunal de Casación[8]. Este fenómeno es plenamente entendible, ya que al haberse eliminado la apelación, era la única manera de que el imperio, y luego la monarquía constitucional, pudieran controlar la injusticia del fallo, y a través de esa vía mantener la facultad de ejercer su poder sobre los jueces. Ello nos permite afirmar que desde la Revolución Francesa la casación tradicional inició su proceso de apertura, funcionando cada vez más, como una apelación.

3. La casación ampliada.

Un repaso de las principales legislaciones europeas y latinoamericanas producidas a partir del XIX, y en especial un estudio de su aplicación por parte de los tribunales, nos permite identificar con claridad el proceso de apertura que ha venido sufriendo la casación. El primer paso se dio desde la misma Revolución Francesa. La posibilidad, en la práctica, de conocer el fondo del asunto, a pesar de tratarse de un órgano superior y centralizado, característica impensable durante la monarquía de inicios de la Edad Moderna. El segundo paso, tal vez no cronológicamente hablando, pero sí en una escala descriptiva, es la posibilidad de controlar la fundamentación de la sentencia y la aplicación de las reglas de la sana crítica, lo que permite conocer los hechos (o el fondo del asunto), ya expresamente en el ordenamiento positivo y no sólo por jurisprudencia. Luego la posibilidad expresa de controlar el *in dubio pro reo*. El tercer paso es la posibilidad de recibir pruebas, no sobre el fondo del asunto, pero sí sobre la forma en que se realizan los actos procesales en contraposición a las actas escritas. La centralización obliga al formalismo, para controlar el flujo de trabajo. El cuarto paso podría ser las desformalización del recurso, el examen amplio de los requisitos de admisibilidad, que va directamente ligado a una necesaria descentralización para poder manejar la carga de trabajo. El quinto paso es la ampliación de las causales del recurso incluyendo expresamente las causales de revisión, especialmente la causal de revisión creada en la Ordenanza alemana de 1877 que permite la posibilidad de recurrir la sentencia "*cuando se presenten nuevos hechos o medios de prueba que solos o en unión con las pruebas anteriormente aducidas, fuesen apropiadas para fundar la absolución del acusado*"[9]. Esto conlleva el paso siguiente que es la posibilidad de recibir pruebas sobre el fondo del asunto, y el paso final que es la posibilidad de que siempre que no se viole el derecho a recurrir la sentencia, la casación sea renovadora, es decir, que dicte directamente una nueva sentencia y no se limite al reenvío. Un recurso de este tipo solo podría ampliarse más permitiendo la repetición facultativa del juicio, total o parcial, lo que convertiría a la casación en una apelación limitada. Un observador agudo se preguntaría de inmediato: ¿en qué momento exacto de este proceso la casación se amplía tanto que ya se le puede empezar a llamar apelación limitada?

7 CALAMANDREI, *op. cit.*, Tomo I, Vol. 2 p. 128.

8 CALAMANDREI, *op. cit.*, Tomo I, Vol, 2, p.250. En el mismo sentido: VECINA CIFUENTES, Javier, *La Casación Penal, El Modelo Español*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 39 y ss.

9 GOMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Proceso Penal Alemán*, BOSH, Barcelona, 1985, p. 390. Esta causal fue tan novedosa y tan acertada que se incorporó a la legislación francesa en 1895: GARRAUD, René, *Précis de Droit Criminel*, 14ª Ed., Recueil Sirey S.A., Paris, 1926, p.1033. A favor de incorporar esta causal a la casación: MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Fundamentos, Editores del Puerto SRL, 2ª Ed., 1996, p. 722.

4. La apelación limitada

Napoleón Bonaparte, tuvo una participación activa en la redacción del *Code d'instruction criminelle*. Desde el momento en que tomó la decisión de eliminar la apelación, sustituyéndola por una casación a la cual se le prohibía conocer el fondo del asunto, se inició un doloroso proceso de metamorfosis que convirtió a ese horrible gusano en una hermosa mariposa denominada apelación limitada. En el caso de la apelación, sucedió exactamente lo opuesto. Luego de tener una amplitud enorme debido en parte a la escritura del proceso, debió limitarse para sobrevivir. La adaptación de la apelación a la oralidad (conceptos aparentemente incompatibles, especialmente en juicios por jurados) estuvo marcada no por la apertura sino más bien por el cierre. La primera posibilidad que surge es la repetición del juicio oral. Pero la crítica es inmediata: "*permitir que un juez o tribunal superior revise (en apelación) la sentencia con base en las actas sería hacer prevalecer al juez peor informado sobre el mejor informado... pero permitir una nueva fase probatoria ante juez o tribunal superior significa la creación de otra primera instancia, pero no la creación de una verdadera segunda instancia*"[10]. La forma de hacer compatible a la apelación con un proceso oral es mediante la repetición *facultativa* del juicio, ya sea total o parcial, según el criterio del juez, y la aceptación de nuevas pruebas mediante tribunales descentralizados. La esencia de la apelación implica una función renovadora y no simplemente fiscalizadora, es decir, que dicte directamente una nueva sentencia y no se limite al reenvío, en los casos en que pueda hacerse sin violar el derecho a la doble instancia. En muchos ordenamientos esta apelación limitada ha coexistido con una casación ampliada, generando un sistema casi de triple instancia, tan característico del derecho germano (Código Rocco 1930, St. PO alemana de 1877). Y es que la casación en la medida que se amplía, o la apelación en la medida que se adapta al proceso oral, se encuentran en un punto medio en donde es difícil distinguirlas. Por ello el dilema entre

10 CASTILLO GONZALEZ, Francisco, *"Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos"*, Revista de Ciencias Jurídicas No, 41, mayo de 1980, p. 36. Sobre el concepto de "*zweite Erstinstanzverfahren*" (segunda primera instancia): BINDING, Karl, *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, Leipzig, 1900, p. 241.

optar por una u otra, en mi humilde criterio, esconde un posible fraude de etiquetas, y carece totalmente de sentido.

5. La metamorfosis de la casación en Costa Rica.

Hace casi diez años inicié el estudio de la casación como un proceso dinámico, y no estático, comparable al proceso biológico de la metamorfosis [11]. Motivado por constantes acusaciones ante la Comisión IDH, el Estado costarricense ha modificado constantemente la legislación y la jurisprudencia durante las últimas tres décadas. Gracias a la influencia del modelo cordobés, desde su implementación en los años setenta el recurso de casación ha permitido controlar los hechos a través del control de la motivación del fallo. En los ochenta se eliminaron las limitaciones a la posibilidad de recurrir derivadas del monto de la pena. En los noventa se flexibilizaron jurisprudencialmente los requisitos admisibilidad, que se habían endurecido de la misma manera, y se inició con la grabación de los debates en audio, y la recepción de pruebas sobre la forma en que se daban los actos procesales en contraposición a las actas escritas. A pesar de lo anterior en la primera década del nuevo milenio se produjo la condena de nuestro país mediante la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de julio de 2004 (caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica). Este caso que se originó como un reclamo a la libertad de expresión, terminó dando la orden de reformar el ordenamiento procesal costarricense. Las fallas en el caso concreto cometidas por los tribunales eran evidentes, tanto en el tema del derecho al recurso como en el tema del derecho a un juez imparcial[12]. Pero extraño de esta sentencia es que hace un enorme desarrollo sobre la libertad de expresión dejando incólumes los delitos contra el honor a través de la prensa, y no dice nada sobre el ordenamiento procesal penal costarricense, pero ordena adecuar el ordenamiento interno al derecho a la doble instancia contenido en el art. 8.2.h del Pacto de San José: "*...independientemente de la denominación que*

11 UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *La apertura del recurso de casación penal : Mitos y Realidades*, en: Revista de Ciencias Penales No. 22, Setiembre de 2004, p. 114.

12 Cfr. UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *Casación Penal y Derechos Humanos*, EJC, San José, 1ª Ed., 2006.

se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida". La orden fue acatada mediante la Ley de apertura de la casación penal que permitió plantear el recurso cuando nuevos hechos o nuevas pruebas demuestren la inocencia del acusado, con la consecuente posibilidad de recibir pruebas sobre el fondo del asunto. Concomitantemente se continuó con el proceso de descentralización que se había iniciado en 1994, y se permitió a la casación valorar la apreciación sensorial de las pruebas en el juicio a través de la grabación de los debates en audio y video. Desafortunadamente la jurisprudencia boicoteó la reforma de 2006, siendo totalmente restrictiva en la recepción de pruebas y abusando del reenvío (función fiscalizadora). Estando a punto de dictarse la sentencia de cumplimiento en el caso Herrera Ulloa, el Estado costarricense "*motu propio, inició un nuevo proceso de reforma legal*", según lo indicó la Corte IDH. El resultado del mismo fue la ley que de seguido comentaremos.

6. Ley de creación del recurso de apelación.

La ley denominada "*Creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal*", No. 8837 del 3 de mayo de 2010, entró en vigencia el 9 de diciembre de 2011. El proceso de elaboración fue el siguiente: Se tomó el articulado vigente sobre casación, se tachó la palabra casación y en lugar de ello se introdujo la palabra "apelación". Luego se dijo que la misma permitía un examen integral del fallo. En mi criterio, se mantuvo la normativa anterior, con un mero cambio terminológico. Así se puede resumir la reforma de la segunda instancia, que pasó a recaer enteramente en los Tribunales de Casación, que ahora se llaman Tribunales de Apelación, previamente regionalizados en un proceso que había iniciado en 1994, y con el refuerzo de algunas plazas adicionales. ¿Qué ganó el Estado costarricense al haber iniciado, *motu proprio*, sin que nadie se lo pidiera, este nuevo proceso de reforma legal? La respuesta está en las nuevas tareas asignadas a la Sala Tercera. Bajo pretexto de la nueva reforma se trasladó toda la carga de trabajo de la segunda instancia a los Tribunales de Apelación.

Pero no sin antes garantizarse la posibilidad de decir siempre la última palabra, en los casos en que el recurso no se declare inadmisible por pretender modificar los hechos probados, o por carencia de formalidades, todo a criterio de la presidencia de la Sala. El pretexto para reservarse esta facultad es la aplicación uniforme de la ley y el respeto al principio de igualdad. La posibilidad de hacerlo se deriva de una normativa ambigua y contradictoria que por un lado le da facultades de actuación a la Sala, pero por otro limita la entrada de los recursos a las partes. Sobre la nomofilaquia, el presidente de la Corte, Dr. Luis Paulino Mora, había indicado algún tiempo atrás: "*Ya la casación penal española tiene 34 magistrados y la italiana creo que son 38 o 42 y ya se dejaron de preocupar por la jurisprudencia contradictoria, simplemente existe. Desde que hay seres humanos que interpretamos de diferente forma los hechos y el derecho, pues hay la posibilidad de que se den fallos contradictorios*" (Corte Plena, Sesión No. 38 del 13 de diciembre de 2004, Artículo XIII). A pesar de estas y otras objeciones planteadas en los pequeños y limitados espacios que se generaron en el foro, el proyecto fue aprobado. Javier LLOBET ya nos había advertido que detrás del mismo podía existir un interés en conformar el modelo napoleónico de casación, donde la Sala Tercera fuera a la vez el superior jerárquico y administrativo de los jueces[13]. Y hoy en día lo es. ¿Cual juez de apelación interino, deseoso de un nombramiento en propiedad o de un traslado se va a atrever a dictar resoluciones en contra de criterios nomofilácticos de la Sala, cuyos miembros integran la Corte Plena encargada de hacer los nombramientos? Para cerrar con broche de oro, la Sala se reserva la facultad de conocer todas las revisiones, eso sí, eliminando la causal de debido proceso que ha conformado la mayoría del circulante en Revisión. Algunos dicen que esta nueva casación es una garantía para el imputado. Aquí cobra vigencia la frase de don Julio MAIER, dentro del marco del Congreso de la Asociación de Ciencias Penales, cuando decía a viva voz que frente a cierto tipo de recursos el ciudadano debería decirle al Estado: ¡Por favor no me ayudes tanto!

13 LLOBET, Javier, *Proceso Penal Comentado*, EJC, 4ª Ed., San José. 2009, p. 643.

7. A modo de conclusión

Como nos han enseñado los cultores del derecho anglosajón (muy de moda en nuestro país en este momento histórico), todo alegato de apertura (*opening statement*) debe sellarse con un alegato final (*closing argument*). Y toda introducción debe llevar, en principio, a alguna conclusión. Creo que después de lo expuesto en estas cortas líneas, han quedado claros los puntos que expuse al inicio. La apelación ha existido por miles de años, mucho antes de que en Francia se empezaran a utilizar las demandas de casación como mecanismos para controlar la obligatoriedad de las ordenanzas reales, frecuentemente desaplicadas por los parlamentos. También ha quedado claro que a pesar de la prohibición formal de conocer el fondo del asunto, los operadores del Código de Instrucción Criminal francés de 1808 permitieron el temido "descenso a los hechos". Ello desde la misma entrada en vigencia de ese cuerpo normativo, e incluso desde antes, al aplicar los reglamentos del Consejo, aboliendo *ab initio* el mito de la intangibilidad de los hechos probados en casación. A pesar de que varias legislaciones europeas importaron este particular producto jurídico-procesal de corte francés, por lo general mantuvieron vigente la apelación en sistemas que casi podríamos llamar de doble conformidad o triple instancia[14]. Pero esta apelación que en muchos casos ha coexistido con la casación ampliada, debió adaptarse para transitar del proceso escrito al oral. La forma de adaptarse generalmente fue mediante la repetición parcial de juicio a criterio del juez, y la existencia de un juicio de apelación que permite ofrecer nuevas pruebas, generando un *novum iudicium*. La casación en la medida en que transita por el proceso de apertura descrito, y que va desde el descenso a los hechos hasta la repetición facultativa del juicio, se asemeja tanto a una apelación limitada, que puede llegar a ser difícil distinguir entre ambas. Por eso al final, para analizar una propuesta recursiva concreta, en poco o nada ayuda saber cómo fue bautizado medio de gravamen: casación, apelación, súplica, revisión, querella de nulidad, recurso de nulidad, proposición de error, o como quiera llamársele. Es falso lo que afirma el griego en el Cratilo, cuando dice que el nombre es arquetipo de la cosa[15]. Lo importante no es el *nomen iuris*, sino poder distinguir en qué medida se ubica determinado recurso dentro de esa escala conceptual de evolución supra indicada. Y una vez caracterizado el recurso, determinar hasta qué punto permite una revisión integral del fallo. Esa es la forma de superar cualquier fraude de etiquetas, o de hacerle frente a cualquier falacia de generalización apresurada que nos quieran hacer tropezar, enredándonos en los lazos del idioma.

14 Sobre la correlación entre triple instancia y doble conformidad: CALAMANDREI, *op. cit.*, p.265

15 *"Si (como afirma el griego en el Cratilo) el nombre es arquetipo de la cosa, en las letras de 'rosa' está la rosa y todo el Nilo en la palabra 'Nilo'* (El Golem, Jorge Luis Borges, en: *Obra Poética, Volumen 2*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 110).

LOS RECURSOS EN LOS SISTEMAS ORALES MEXICANOS

CHIHUAHUA, OAXACA, ZACATECAS, BAJA CALIFORNIA, MORELOS, HIDALGO, GUANAJUATO, DURANGO, PUEBLA, NUEVO LEÓN, ESTADO DE MÉXICO, PROYECTO FEDERAL CPP, CPP MODELO CONATRIB

Daniel González Alvarez
Consultor internacional

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. I.- EL RECURSO COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL.- II.-LA DISTINCIÓN ENTRE APELACIÓN Y CASACIÓN.- III.- CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS.- IV.- PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES DE LOS RECURSOS.- a.- El agravio como aspecto central del recurso.- b.- La taxatividad de los recursos.- c.- Competencia del Tribunal de alzada.- d.- Suplencia de la queja.- e.- Prohibición de la reforma en perjuicio.- f.- Efecto suspensivo o no suspensivo de los recursos.- g.- Efecto Extensivo.- V.- LA ADHESIÓN.- VI.- RECURSO DE REVOCACIÓN.- VII.- RECURSO DE APELACION.- a.- Resoluciones apelables.- b.- Condiciones de interposición.- c.- Emplazamiento o traslado a las partes y contestación del recurso.- d.- Remisión de actuaciones al superior.- e.- Examen de admisibilidad.- f.- La audiencia.- g.- La resolución del tribunal de alzada..- VIII.- EL RECURSO DE CASACION O DE NULIDAD.- a.- Aplicabilidad de las reglas de apelación.- b.- Fines del recurso de casación o de nulidad.- c.- Condiciones de interposición.- d.- Efectos de la interposición del recurso de casación.- e.- Admisibilidad del recurso.- f.- Los motivos de casación o nulidad.- f.1.- La separación de motivos en la exposición de los agravios.- f.2.- Tipo de motivos o causales.- g.- Desahogo de prueba en casación.- h.- La audiencia de casación.- i.- Los plazos en casación o nulidad.- j.- La resolución del Tribunal.- k.- El juicio de reposición.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

Como es sabido México es una República Federal compuesta por treinta y dos Estados más el Distrito Federal, cada uno de los cuales con plena competencia legislativa en materia

procesal penal, motivo por el que en este país coexisten treinta y tres Códigos de Procedimientos Penales más otro federal referido a los delitos del ámbito federal, aplicable en todo el territorio mexicano.

A mediados de la década pasada se acentúa en algunos estados de la República mexicana un verdadero proceso de transformación de los sistemas de justicia penal, iniciando el Estado de Nuevo León en el año 2005 que impulsa lo que ellos denominaron los "juicios orales" en materia penal, una reforma muy inicial hacia un sistema acusatorio, pero que tuvo la oportunidad de colocar como tema de debate la necesidad de cambiar el sistema penal tradicional y escrito hacia uno de carácter oral y acusatorio. Posteriormente en 2006 el Estado de Chihuahua y luego el Estado de Oaxaca aprueban y ponen en vigencia una reforma total a su sistema de justicia penal, iniciándose un proceso de cambio de la justicia penal orientado a poner en vigencia un sistema oral, acusatorio y adversarial, que es reimpulsado por una reforma en 2008 a la Constitución Política Federal, que acoge este nuevo sistema de justicia, lo regula a nivel constitucional y otorga un plazo de ocho años para implementarlo en todo el país.

Varios Estados de la República mexicana siguieron el proceso de transformación integral de su sistema de justicia penal, entre los cuales deben destacarse los Estados de Zacatecas, Baja California, Morelos, Hidalgo, Guanajuato, Durango, Puebla, Nuevo León, y el Estado de México.

Con el fin de conocer desde una óptica de derecho comparado la forma en que los Códigos de dichos Estadosregulan los recursos, en estas líneas pretendemos describir su desarrollo y su articulación, para conocer a mayor detalle la forma en que disponen los mecanismos de control de sus resoluciones, para combatir la arbitrariedad y las posibles violaciones a los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en el proceso penal.

Este desarrollo es particularmente interesante de observar en Costa Rica, en momentos en que estamos abandonando principios y reglas que venían desde hace algunos años incorporadas a nuestro sistema de justicia penal, porque los nuevos Códigos mexicanos no solo las mantienen sino además las fortalecen con varios instrumentos que merecen una aproximación

como referente a tomar en cuenta para futuras modificaciones en nuestro país.

Para efectos comparativos y por la trascendencia que tienen en el ámbito jurídico mexicano, hemos creído necesario incluir también dos textos más, el proyecto de "Código Federal de Procedimientos Penales", que hoy se discute el Congreso de la República y que pretende darle contenido a la reforma constitucional de 2008; así como el Código Modelo de Procedimientos Penales elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales **(CONATRIB)** que integran todos los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia estatales mexicanos, y que tiene gran influencia en el desarrollo de los procesos de cambio de los sistemas de justicia de los estados.

Introducción

Partir de un concepto uniforme de recurso en el entorno mexicano se torna polémico si observamos que no en todos los textos legislativos se recogen disposiciones similares. Si bien la gran mayoría de los Códigos mexicanos le dan un tratamiento sistemático y uniforme al tema, algunos contienen disposiciones todavía vigentes del sistema tradicional, lo que dificulta la labor de sistematización.

Recordemos que los recursos surgieron y se desarrollaron con el sistema inquisitivo, cuando el sistema penal caracterizado por una fuerte estructura jerárquica, requería que el superior controlase todo lo que realizaba el funcionario subordinado. Incluso en textos ya superados se disponía la posibilidad de que el superior examinara, incluso de oficio y sin interposición de un recurso, lo que había resuelto el juez subordinado, a través del mecanismo de la "consulta".

Hoy en día esos mecanismos han sido desterrados, pero con la adopción del sistema oral han surgido discusiones sobre las características que deben subsistir del viejo sistema en el nuevo.

Siguiendo la descripción de la gran mayoría de los Códigos mexicanos que ya asumen un sistema oral, con una o dos excepciones, podemos definir los recursos como:

Una posibilidad o atribución acordada por la ley procesal al Ministerio Público y a las demás partes para atacar una re-

solución jurisdiccional, cuando se la considere ilegal y agraviante, a fin de que el Tribunal que la dictó u otro de grado superior (alzada), mediante un nuevo examen, la confirme, la revoque, la modifique o la anule (Ayan).

Esa definición contiene algunas características que vale la pena repasar:

1.- Se trata de una atribución establecida por la ley, en favor de las partes del proceso, es decir requiere reserva de ley.

2.- Por consiguiente, tratándose de una posibilidad o atribución, es una actividad voluntaria para las partes.

3.- Los recursos sólo pueden dirigirse contra resoluciones jurisdiccionales, es decir resoluciones dictadas por los jueces, por consiguiente no entran en consideración otras actuaciones como la recepción de una prueba, un acto procesal concreto de prueba, o una decisión ministerial. Aunque adelantamos, uno de los Códigos si menciona las resoluciones ministeriales entre las que pueden ser objeto de recurso según veremos, pues los demás sólo señalan que esas decisiones pueden ser impugnadas ante un juez, pero no les otorgan la categoría de "recurso".

Aunque abordaremos el tema más adelante, es conveniente señalar desde ahora que los recursos e impugnaciones reguladas en algunos códigos procesales contra los actos del Ministerio Público por no ejercicio de la acción, o contra algunas disposiciones de la administración penitenciaria durante la ejecución de la pena, no constituyen recursos en sentido estricto, sino que se trata de quejas o impugnaciones, a las cuales no les resultan aplicables las reglas de los recursos en sentido estricto (las de revocación, apelación, casación o revisión) y por ello requieren de una regulación especial e independiente en los textos de los códigos.

4.- Es indispensable que el recurso se fundamente en una afectación o agravio.

5.- El recurso puede ser resuelto por el mismo tribunal, en algunos casos (revocación) o por un Tribunal de alzada en otros casos (apelación, casación o nulidad).

6.- El Tribunal, por medio del recurso, puede mantener la resolución, o bien revocarla, modificarla o anularla.

De todas las características que derivan de esa definición debemos resaltar el aspecto voluntario que tienen los recursos para las partes, es decir su naturaleza adversarial, y la necesidad de que se sustenten en un agravio o afectación real, pues éstas características tiñen la naturaleza y la esencia misma de los recursos, según veremos de seguida.

I.- El recurso como un derecho fundamental.

La Constitución Federal mexicana no establece en forma expresa el derecho del imputado a recurrir contra la sentencia condenatoria, pero si reconoce en favor de las víctimas de delito el derecho de recurrir. Señala expresamente que las víctimas de delito podrán

> ***"...interponer los recursos en los términos que prevea la ley"*(Fracción II, apartado c, artículo 20 Constitución Federal).**

Al elevar a rango constitucional ese derecho, la Constitución Federal erige en derecho fundamental para las víctimas la posibilidad de impugnar resoluciones en el curso del procedimiento penal y así debe ser considerado por el sistema.

Sin que constituya un recurso en sentido estricto, conforme abordaremos más adelante, la Constitución también le reconoce a las víctimas la posibilidad de

> ***"...Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño."***
> **(Fracción VII, apartado c, artículo 20 Constitución Federal).**

Sin embargo el derecho de recurrir contra la sentencia condenatoria si aparece como uno de los derechos fundamentales de todo acusado de delito en la Convención Americana sobre derechos humanos, al disponer que toda persona inculpada de delito tiene:

"...Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior..."
(Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Esta breve disposición ha permitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitir una buena cantidad de sentencias que reafirman y refuerzan el derecho de todo acusado de delito de recurrir de la sentencia en su contra, especialmente en un sistema oral, elaborándose una buena base jurisprudencial que hoy debe tenerse muy presente para regular los recursos en un nuevo Código que pretenda recoger un sistema procesal penal oral.

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

"158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

...

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos."

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004)

En esa sentencia, redactada bajo la Presidencia del Doctor Sergio García Ramírez, así como en otras más que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha resaltado la necesidad de que el recurso regulado en un Código de Procedimientos Penales de un sistema oral conceda al Tribunal de alzada la posibilidad de examinar el cumplimiento de los derechos fundamentales en el juzgamiento del acusado, independientemente del nombre que reciba el recurso, ya sea apelación, ya sea casación, ya sea nulidad u otro.

Dentro de algunos de los aspectos más importantes, las resoluciones de la Corte Interamericana han venido a definir lo que debe entenderse por recurso contra la sentencia dictada en juicio oral, han exigido flexibilizar los criterios de admisibilidad del recurso; reafirman que el objeto o la finalidad esencial del recurso es la tutela efectiva del derecho de defensa en juicio y la justicia del caso, permiten hacer distinciones entre la potestad de recurrir del Ministerio Público o la víctima y la potestad del imputado y la defensa, entre otras consecuencias esenciales.

Una disposición similar establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al disponer 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."

(Art. 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

De esas disposiciones, vinculantes para México, lo primero que se desprende es que el recurso en el sistema penal constituye un derecho fundamental para víctimas (Constitución Federal) e imputados (Convenciones Internacionales de Derechos Humanos), y así debe ser considerado por el sistema. En consecuencia resulta ser un tema sensible de regulación en un nuevo Código de Procedimientos Penales. Será objeto de análisis constitucional la forma en que se regule la defensa de los derechos del imputado por medio de las impugnaciones, las potestades del tribunal de alzada en el examen sobre la sentencia recurrida, las formas y modos en que se asuman las formalidades de interposición de los recursos, entre muchos otros aspectos vitales.

Uno de los temas de mayor relevancia lo constituye la forma de regular la capacidad de un tribunal de alzada para examinar la validez de una sentencia emitida luego de una audiencia en la que los Magistrados no estuvieron presentes, sin violentar las características de la oralidad e importantes principios como el de inmediación. Establecer si los Magistrados de alzada pueden valorar la prueba desahogada en la audiencia en la que no estuvieron presentes, y la forma de cuestionar los hechos probados por el tribunal de sentencia, constituyen temas muy álgidos para definirlos en la legislación. Esos temas han pretendido resolverse con la adopción de dos tipos de recursos: apelación y casación, no obstante la resistencia a concebirlos por separado dentro de un mismo proceso.

II.- La distinción entre apelación y casación

Siguiendo una tradición ya arraigada en la experiencia de la mayoría de los países latinoamericanos que han asumido el sistema procesal penal oral, prácticamente todos los Códigos que comentamos de la experiencia mexicana que ya han implementado la oralidad en su sistema penal, adoptan la distinción entre el recurso de apelación y el recurso de casación o nulidad, con las resaltantes excepciones del Código de Procedimientos Penales del Estado de México y el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales presentado al Congreso a iniciativa del Ejecutivo Federal en 2011.

En efecto, regulan por separado y con disposiciones jurídicas distintas, disponiendo por un lado el recurso de apelación, y por el otro, el recurso de casación, las siguientes legislaciones, entre muchas otras de América Latina:

Distinguen apelación y casación o nulidad	
CPP Chihuahua	**Art. 399**
CPP Oaxaca	**Art. 415**
CPP Morelos	**Art. 399**
CPP Hidalgo	**Art. 440**
CPP Puebla	**Art. 476**
LPP Guanajuato	**Art. 424**
CPP Durango	**Art. 443**
CPP Nuevo León	**Art. 421**
CPP Baja California	**Art. 395**
CPP Zacatecas	**Art. 433 ss.**
CPP Modelo CONATRIB	**Art. 434**
CPP Chile	**Art. 362 ss**
CPP Colombia	**Art. 176 ss**
CPP Costa Rica Etc.	**Art. 437 ss**

Estos Códigos regulan el recurso de apelación contra ciertas resoluciones dictadas durante el desarrollo del procedimiento, anteriores a la sentencia definitiva, tales como las que de-

nieguen prueba, las que apliquen medidas cautelares, las que le ponen fin al proceso en forma anticipada, las que resuelven sobre la vinculación a proceso, entre otras; y disponen también el recurso de casación o nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, porque consideran que en estos casos deben hacerse algunas distinciones importantes, las cuales exigen un tratamiento diferenciado, con el fin de cumplir en mejor medida los principios de un verdadero sistema oral, y además porque con ello se garantiza en mejor medida la defensa de los derechos fundamentales de los sujetos sometido a procedimiento penal.

Conviene precisar, a manera de especialidad, que los Códigos de Colombia y Costa Rica reconocen la existencia de ambos tipos de recursos y los regulan por separado, pero en estos países se mantiene el recurso de apelación incluso contra la sentencia definitiva, y se permite todavía formular el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Con ello, se dispone expresamente en el Código, que la casación ***"... pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia."*** **(Art. 180 CPP de Colombia, y en términos similares art. 468 CPP de Costa Rica).**

En el caso de Costa Rica también debe precisarse que el denominado recurso de apelación contra la sentencia de juicio oral, en realidad constituye una verdadera casación, por la forma en que se encuentra regulado, conforme a determinadas causales y con capacidad restringida para el Tribunal de Apelación de realizar un nuevo examen sobre el caso (arts. 459 y 465 CPP de Costa Rica). Una vez resuelta la apelación y dictada la resolución de segunda instancia, en Costa Rica, al igual que en Colombia, se reconoce la posibilidad de formular el recurso de casación (Arts. 468 CPP de Costa Rica y 180 y 181 CPP de Colombia).

La mayoría de los Códigos denominan el recurso contra la sentencia con el vocablo **"casación"**, definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como ***"acción de casar o anular"*** , y en su acepción jurídica entiende por casar, derivado del latín ***cassare***, de ***cassus***, vano o nulo, y lo asemeja a los vocablos ***"anular, abrogar, derogar"***, mientras que

otros textos legislativos han preferido utilizar la palabra **"nulidad"** para referirse no solo a la acción genérica para obtener la invalidación de un acto procesal (incidente de nulidad), sino también al recurso contra la sentencia definitiva, denominándolo **recurso de nulidad**.

Usan el vocablo "Recurso de Casación"
CPP Chihuahua
CPP Oaxaca
CPP Morelos
CPP Hidalgo
CPP Puebla
Ley del Proceso Penal Guanajuato
CPP Durango
CPP Nuevo León
CPP Modelo CONATRIB
CPP Modelo parea Iberoamérica
CPP Colombia
CPP Costa Rica
Etc.

Usan el vocablo "Recurso de Nulidad"
CPP Baja California
CPP Zacatecas
CPP Chile
Etc.

No hacen distinción entre apelación y casación o nulidad
CPP Estado de México
Proyecto CPP Federal de 2011

Ahora bien, son varias las razones para hacer esa distinción.

En primer lugar porque la distinción facilita la defensa de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en el procedimiento penal, incluyendo los intereses que el Ministerio Público hace valer en el proceso, porque se disponen reglas más sencillas y ágiles para el conocimiento del recurso de apelación, de aquellas especiales para el recurso de casación o nulidad, pues la apelación es dirigida a temas muy puntuales que no requieren ni ameritan un nivel de exhaustividad como el necesario para cuando se adopta una decisión definitiva que afecta la libertad de una persona o los derechos de una víctima de delito.

De esa distinción surge también la necesidad de realizar un procedimiento más expedito y sencillo en el caso de la apelación, con plazos más breves y expeditos, que los requeridos en el caso del examen de la sentencia definitiva. Lo anterior permite que el Tribunal de alzada tome decisiones más rápidas para no detener el procedimiento, que requieren una decisión pronta, porque podrían entorpecer el curso normal de los actos procesales, o bien ampliar la indefinición sobre un tema que afecta derechos fundamentales, como por ejemplo la libertad de una persona (prisión preventiva) o la aplicación de una orden de aprehensión urgente (ante una solicitud denegada por el juez). Contrariamente, el examen de una sentencia dictada luego de un juicio oral, requiere de un procedimiento con mayores plazos por tratarse de la solución definitiva del caso, en el cual los jueces deben asumir una posición de control distinta a la apelación, porque deben centrar su análisis en verificar que se hayan respetado las garantías fundamentales previstas en la Constitución y las Convenciones Internacionales vigentes en México

El recurso de apelación es una inconformidad o queja ante resoluciones interlocutorias, es decir ante decisiones anteriores a la sentencia definitiva dictada en juicio oral, mientras que el recurso de casación o nulidad contra la sentencia del juicio oral es principalmente una actividad técnica, forma parte del derecho a la defensa técnica y no de la material, mediante el cual se reclaman la violación de preceptos legales y constitucionales en la función de juzgar los delitos realizada por todas la autoridades: policías, agentes del Ministerio Público, defensores públicos o privados, jueces, asistentes judiciales, otros funcionarios públicos involucrados, como los peritos forenses, oficiales de recolección de indicios, etc.

Por un lado la apelación es principalmente una inconformidad que puede expresarse de manera más general, y puntual, sobre algún punto concreto del procedimiento, como la aplicación de medidas cautelares, o la decisión de vincular a proceso a una persona, y por consiguiente exige de parte del Tribunal de alzada una mayor capacidad de intervención para sustituir al juez de primera instancia en el específico tema que es objeto de impugnación, de ahí que el recurso conceda al superior prácticamente las mismas potestades para tomar la decisión que se impugna.

En cambio el recurso de casación, tratándose de un reclamo por determinadas causales que implican, todas ellas, posible violación de derechos fundamentales, exige una mayor precisión del agravio y por consiguiente faculta al magistrado de alzada sólo a pronunciarse sobre los aspectos que constituyen la reclamación, sin que deba realizar un análisis oficioso de todo el procedimiento para cumplir con su labor, ya que ello se deja al reclamo de las partes, por tratarse de un sistema adversarial y acusatorio, en el cual tanto la acusación como la defensa deben asumir sus respectivas posiciones de parte, tanto en primera como en segunda instancia, además de que los recursos son esencialmente voluntarios, motivo por el cual el examen queda reducido a los agravios expuestos, en la medida en que ellos han expresado en el recurso los motivos de inconformidad, a diferencia de o que ocurre en la apelación, donde el juez de alzada asume prácticamente la misma posición que el juez de primera instancia para tomar la decisión.

Otra de las razones de la distinción estriba en la amplitud del juzgamiento realizado en juicio oral. A diferencia de lo que ocurre en el sistema tradicional, en el sistema oral el Tribunal de juicio es integrado por lo general por varios jueces, en lugar de uno, con la idea de que todos tengan una mayor participación en la decisión y exista una mayor intervención de jueces en la decisión. En el sistema tradicional generalmente intervienen dos jueces (el de primera y segunda instancia) y a lo sumo cuatro jueces (uno de primera y tres de segunda instancia), mientras que en el sistema oral intervienen en todos los casos más jueces en la decisión, con la idea de que haya mayor discusión en la toma de decisiones, para disminuir los posibles grados de arbitrariedad o descuido en la decisión.

Esta amplitud numérica de la cantidad de jueces que participan en la decisión de primera instancia justifica que los controles

superiores no deban ser tan extensos, porque el juzgamiento de alzada es muy parcial, nunca reproduce toda la prueba que se ha recibido en el juicio oral, ni se escuchan las argumentaciones de las partes relacionadas con cada uno de esos elementos de prueba que se han desahoga, incluso aún existiendo excelentes videograbaciones, porque no existe un procedimiento que exija la constatación efectiva de los Magistrados de alzada sobre todas las incidencias del juicio oral, como si ocurre respecto de los jueces de primera instancia, quienes deben estar presentes y prestando atención a todos los pormenores y detalles del juicio oral.

III.- Clasificación de los recursos

En sentido estricto los Códigos reconocen como recursos únicamente:

LOS RECURSOS EN EL SISTEMA ORAL	
REVOCACIÓN	Recurso para combatir resoluciones de mero trámite, dirigido ante el mismo Juez que dictó la resolución
APELACIÓN	Recurso dirigido contra resoluciones sustanciadas, en la mayoría de los casos dictadas con anterioridad a la sentencia, para que lo conozca un Tribunal de alzada
CASACIÓN O NULIDAD	Recurso para combatir la sentencia dictada en juicio oral, para que lo conozca un Tribunal de Alzada
REVISIÓN	Recurso para obtener el reconocimiento de inocencia, dirigido contra una sentencia condenatoria firme, basada en cosa juzgada.

(Así Arts. 399 CPP Chihuahua; 415 CPP Oaxaca; 399 CPP Morelos; 440 CPP Hidalgo; 476 CPP Puebla; 443 CPP Durango; 421 CPP Nuevo León; 395 CPP Baja California, 433 ss. CPP Zacatecas; 362 ss.)

La Ley del Proceso Penal de Guanajuato reconoce como recursos la revocación, la apelación, la casación y la revisión, pero agrega como medios de impugnación a la reclamación, a la aclaración y a la queja (Art. 424 CPP Ley del Proceso Penal de Guanajuato).

Por su parte el Código de Procedimientos Penales del Estado de México hace referencia a los recursos de revocación, apelación y revisión (Arts. 404 ss. y 424 ss.), sin mencionar la casación, como dijimos, mientras que el Proyecto o iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales señala que los medios de impugnación son la revocación, la apelación, la queja y la revisión, es decir sin mencionar a la casación y agregando a la queja.

Sin embargo la queja, entendida como un mecanismo para reclamar ante el superior por un recurso mal denegado por el tribunal de primera instancia, no es reconocido como un recurso en sentido estricto, sino como un medio para obtener derecho al recurso, salvo en la legislación de Guanajuato y en el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, que los ubica como medios de impugnación.

En doctrina y en legislación comparada la gran mayoría ha señalado que la revisión es un recurso o medio de impugnación (casi todos los códigos citados con anterioridad), mientras que pocos lo reconocen como un procedimiento especial (Así arts. 448 CPP de Oaxaca y 473 ss.CPP de Chile), pero todas esas legislaciones lo reconocen como un mecanismo de impugnación, al cual le son aplicables la mayoría de disposiciones previstas para los recursos.

Nos parece mejor que en el texto legislativo se haga referencia genérica a los recursos, entendiendo por tales únicamente la revocación, la apelación, la casación o nulidad y la revisión, pues sólo éstos constituyen verdaderos recursos en sentido estricto. Obsérvese que los Códigos hacen referencia también a otros mecanismos de impugnación, sin que constituyan recursos en sentido, tales como el reclamo de la víctima ante el Juez de Control, contra un archivo decretado en sede del Ministerio Público; o bien las "impugnaciones" de los reclusos ante el Juez de Ejecución Penitenciaria o ante el Tribunal de Sentencia, por irregularidades, abusos o maltratos ocurridos en sede penitenciaria, entre otras reclamaciones que podrían denominarse "impugnaciones", así como las impugnaciones que se establecen contra las decisiones del Ministerio Público por aplicación de criterios de oportunidad.

IV.- Principios y reglas generales de los recursos

a.- El agravio como aspecto central del recurso

A diferencia del sistema tradicional, donde es factible tener derecho al pronunciamiento de alzada por recurrir contra una decisión adversa sin expresar agravios, o en el mejor de los casos con una expresión de agravios muy general y deficiente, lo que no producía ninguna consecuencia en virtud del deber del tribunal de alzada de suplir las deficiencias de la queja, y para lo cual bastaba que el acto impugnado fuese perjudicial para el recurrente, en el sistema oral es absolutamente indispensable expresar los agravios y señalar los puntos concretos en los cuales se sustenta la reclamación.

Ello deriva del carácter adversarial y acusatorio del sistema oral, en el cual las decisiones jurisdiccionales, incluso las de segunda instancia, se producen como consecuencia directa de la actividad procesal de las partes, y corresponde a ellas desplegar sus actuaciones y argumentaciones para obtener una decisión de un juez sobre puntos concretos, incluso ante vicios del procedimiento que pueden ser reclamados por medio de los recursos, reduciéndose al máximo las posibilidades oficiosas del Juez de segunda instancia, como veremos adelante.

Podría afirmarse sin problema que en el sistema oral el agravio es el centro y la medida del recurso, es el aspecto medular alrededor del cual gira toda la actividad recursiva: i) Para preparar el escrito de interposición del recurso, ii) para la contestación de la parte contraria, iii) para el examen de admisibilidad del recurso, iv) para orientar y definir las argumentaciones orales en la audiencia de sustanciación, v) para pronunciarse sobre la admisibilidad de prueba cuando lo admite el recurso, vi) así como también para definir los alcances de la resolución del Tribunal de Alzada. Todos esos actos procesales van a gravitar alrededor de los agravios expresados en el recurso, marcan los límites de intervención del Tribunal de alzada y establecen el ámbito de su competencia, salvo cuanto se dirá ante la posible violación de derechos fundamentales del acusado y en algunos ordenamientos, también los de la víctima, con todo y que esto último no es recomendable por las razones que se indican más adelante.

Por ese motivo es indispensable que las regulaciones de un Código expresen en forma reiterada y puntual la necesidad de que el recurso deba estar fundamentado para que pueda pasar el examen de admisibilidad, como acto previo a que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo del reclamo.

La gran mayoría de los Códigos que comentamos establecen un deber general de fundamentar los recursos y expresar los agravios, y luego reiteran esa obligación en las normas de cada uno de los recursos: en la apelación, en la casación o nulidad y en la revisión.

En efecto, en el Capítulo inicial dedicado a las "Disposiciones generales de los recursos" los Códigos señalan:

> ***"Los recursos se interpondrán en las condiciones de tiempo y forma que se determinan en este Código, con indicación específica de la parte impugnada de la resolución recurrida."***
>
> *(Art. 400 CPP Chihuahua, 416 CPP Oaxaca; 396 CPP Baja California, 434 CPP Zacatecas; 441 CPP Hidalgo; 477 CPP Puebla; 444 CPP Durango)*

Con ello exigen que se expresen las razones concretas de la inconformidad, para lo cual no basta con señalar que la resolución le depara perjuicio. Así, por ejemplo, una resolución que impone una medida de prisión preventiva, no puede ser impugnada por el solo hecho de que la privación de libertad afecta al imputado, pues si éste se manifiesta inconforme con la medida debe expresar las razones concretas y específicas para hacerlo, indicando los yerros en que se haya incurrido, o los motivos para considerar que en su caso no debió aplicarse prisión preventiva.

Pero esa disposición es complementada en los Códigos con otras normas que señalan los alcances de los agravios que deben expresarse en los recursos.

Por ese motivo los Códigos agregan:

> ***"Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que pudieran causarles agravio, 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 derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal o en tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano."

(Art. 401 CPP Chihuahua; 416 CPP Oaxaca; 397 CPP Baja California; 435 CPP Zacatecas; 401 CPP Morelos; 478 CPP Puebla; 442 CPP Hidalgo; 426 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 445 CPP Durango; 423 CPP Nuevo León; 560 Proyecto CPP Federal; 432 CPP Modelo CONATRIB.)

Nos parece acertado incorporar en el texto del Capítulo inicial dedicado a "Disposiciones Generales" ambas normas, pues resulta básico que el recurso deba sustentarse en el reproche de los defectos que causan la afectación, motivo por el cual no deben confundirse los conceptos de resolución desfavorable con el agravio o defecto que provoca un vicio en el procedimiento y causa una afectación. Por eso se afirma que una resolución puede ser perjudicial, por ejemplo una sentencia que condene a veinte años de prisión, pero esa circunstancia no es suficiente para estimar que existe un "agravio" que justifique un examen de segunda instancia, es necesario que la parte que la impugna señale por qué en su criterio esa sentencia contiene yerros que justifiquen su anulación, su invalidación o su modificación.

La mayoría de los Códigos agregan que el imputado está legitimado a impugnar un vicio en el procedimiento, aunque haya contribuido a provocarlo, en los casos en que se afecten derechos fundamentales. Esta disposición es importante tenerla presente, en especial debe recordarla el Ministerio Público, porque ella implica que aún en aquellos casos en que el imputado y su defensor se manifiesten conformes con un procedimiento irregular, incluso lo acepten expresamente y firmen su consentimiento, eso no les impide posteriormente impugnar esos actos procesales, sin existen violaciones a derechos fundamentales.

En el Código de Procedimientos Penales de Baja California (art. 397) se agrega que ese derecho lo tiene el imputado siempre que no haya actuado "con mala fe". Estimamos la frase innecesaria, pues aun cuando hubiere actuado con mala fe, si existe una violación a los derechos fundamentales y la actuación se impugna oportunamente, existirá legitimación para invalidarla.

Algunos Códigos agregan definiciones más precisas sobre el agravio y los fundamentos de los reclamos, como lo hacen los Códigos de Guanajuato y Oaxaca, así como el texto Modelo de la CONATRIB.

Señala el texto de Guanajuato:

"...Los conceptos de agravio comprenderán las razones por las cuales se estime indebida la omisión impugnada, incorrecto el análisis jurídico de la cuestión asumida en la resolución combatida o en la valoración de la prueba, la inobservancia de normas jurídicas, y la manera en que esos defectos afectaron la pretensión del impugnante o el perjuicio que le causa, así como la solicitud de modificación, revocación o anulación de la resolución impugnada o la forma de subsanar la omisión en la que se incurrió. ..."

(Art. 426 Ley del Proceso Penal Guanajuato)

Por su parte el texto del Modelo de CONATRIB señala:

"1. Para que un recurso se considere motivado, es necesario que al interponerse se expresen los motivos y fundamentos por quien recurre.

2. Los motivos que nunca podrán variarse con posterioridad, comprenden la indicación precisa de la norma violada o inobservada; el reproche de los defectos que afectaron la pretensión del recurrente o el perjuicio que causa, y la solicitud de modificación o anulación de la resolución impugnada.

3. Los fundamentos podrán ampliarse o modificarse en la audiencia; y en todo caso, el tribunal de alzada podrá declarar favorable la pretensión o pretensiones del recurrente, aún con distinto fundamento. "

(Art. 436 CPP Modelo CONATRIB)

Finalmente el Código de Oaxaca dispone:

"Los recursos se interpondrán en las condiciones de tiempo y forma que se determinan en este Código, con indicación especifica de los motivos y fundamentos que atañen a la parte o partes impugnadas de la resolución recurrida. El recurso deberá

sustentarse en el reproche de los defectos que causan la afectación.
Los motivos, que nunca podrán variarse con posterioridad, comprenden: La indicación precisa de la norma violada o inobservada; el reproche de los defectos que afectaron la pretensión del recurrente o el perjuicio que le causa, y la solicitud de modificación o anulación de la resolución impugnada.
Los fundamentos, consisten en los razonamientos lógicos y jurídicos que dan sustento a los motivos.
El Tribunal que conozca del recurso podrá declarar favorable la pretensión o pretensiones del recurrente, aún con distinto fundamento.
Si el escrito de interposición del recurso no cumple con los requisitos a que se refiere este artículo, será declarado inadmisible por el Tribunal respectivo."

(Art. 416 CPP Oaxaca)

Estas disposiciones fortalecen la exigencia de expresión de agravios, y además orientan a las partes al puntualizarles lo que deben cumplir para interponer cada uno de los motivos en que se sustente un recurso. Por otro lado, las disposiciones de Oaxaca, recogidas también en el Modelo de CONATRIB, aclaran un aspecto que la jurisprudencia latinoamericana y la doctrina de los recursos han definido muy bien: la distinción entre agravios y fundamentos, y sus principales implicaciones prácticas, es decir que no pueden variarse los motivos o agravios que sustentan el recurso, pero si es posible variar, agregar y fortalecer los fundamentos después de la interposición del recurso y antes de que el Tribunal de alzada se pronuncie, incluso que al Tribunal de alzada le será posible acoger el reclamo incluso con fundamentos distintos a los expresados por el recurrente, pero no puede introducir de oficio nuevos agravios, salvo lo que se dirá respecto de los derechos fundamentales de los imputados.

Estas disposiciones las incluyen los Códigos en la parte de "Disposiciones generales de los recursos", reglas aplicables a todos ellos, y bastaría con esas disposiciones para exigir en la interposición de cualquier recurso que la parte deba fundamentarlo expresando los agravios, sin embargo como señalamos, los Códigos no se conforman con estas disposiciones generales, sino que van reiterando ese deber en los capítulos correspondientes a cada uno de los recursos, como lo señalamos de seguido.

Para la apelación disponen los Códigos

"...En el escrito en el cual se interponga el recurso, se deberán expresar únicamente los conceptos de agravio que se estime se hayan cometido previo al dictado de la resolución o, en su caso, en la audiencia en la que se haya dictado la misma..."

(415 CPP Chihuahua; y en términos similares 411 CPP Baja California; 451 CPP Zacatecas; 414 CPP Morelos; 457 CPP Hidalgo; 411 CPP Estado de México; 491 CPP Puebla; 459 CPP Durango; 437 CPP Nuevo León; 571 CPP Federal

Como puede observarse, en el Capítulo del recurso de apelación se reitera el deber, ya expresado genéricamente en el Capítulo de "Disposiciones Generales" de los recursos, que también el escrito de interposición de la apelación deben expresarse los agravios y sus fundamentos.

La norma transcrita genera alguna confusión al expresar que el agravio se haya cometido antes de la resolución o en la audiencia, pues también es posible que se haya cometido al dictarse la resolución. La fórmula utilizada por Hidalgo nos parece más simple y recomendable, al disponer:

" ...En el escrito en el cual se interponga el recurso se deberán expresar los agravios en que se sustente la impugnación de la resolución..."

(Art. 457 CPP Hidalgo)

Los Códigos continúan luego expresando la misma exigencia, ahora para el Recurso de Casación o Revisión. Disponen al efecto:

"El recurso de casación se interpondrá ante el Tribunal que conoció del juicio oral, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, mediante escrito en el que se precisarán las disposiciones violadas y los motivos de agravio correspondientes."

(420 CPP Chihuahua, 440 CPP de Oaxaca; 416 CPP Baja California; 458 CPP Zacatecas; 418 CPP Morelos; 464 CPP Hidalgo; 496 CPP Puebla; 464 CPP Durango; 444 CPP Nuevo León; 457 CPP Modelo CONATRIB)

Como puede observarse, también este recurso debe interponerse expresándose los agravios y sus fundamentos, lo interesante es resaltar la forma en que el Código reitera este requisito, por la importancia que se le atribuye en el recurso.

Finalmente, y porque tampoco se podría dejar de mencionar, como en los otros recursos, los Códigos también precisan la necesidad de que el recurso de revisión sea fundamentado:

> ***"El recurso de revisión se interpondrá por escrito ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado. Deberá contener la concreta referencia de los motivos en que se funda y las disposiciones legales aplicables. Junto con el escrito se ofrecerán las pruebas y se acompañarán las documentales."***
>
> *(432 CPP Chihuahua, 450 CPP Oaxaca; 428 CPP Baja California; 469 CPP Zacatecas; 431 CPP Morelos; 477 CPP Hidalgo; 509 CPP Puebla; 487 Ley del Proceso Penal Guanajuato; 455 CPP Nuevo León)*

b.- <u>La taxatividad de los recursos</u>

Una de las características más importantes que los Códigos le atribuyen a los recursos es su carácter taxativo, es decir que el concepto de recurso sólo puede aplicársele a aquellos dispuestos en forma expresa por la ley, sin sus características puedan ser ampliadas a otras formas de impugnación similares **(taxatividad general)**; que para su interposición deben cumplirse los requisitos de forma y fondo exigidos en las normas **(taxatividad objetiva);** y que su interposición sólo la pueden realizar aquellos sujetos a quienes la ley expresamente les confiere ese derecho **(taxatividad subjetiva)**.

A la taxatividad general de los recursos ya hicimos referencia en el apartado III de estas líneas. Baste aquí reiterar que las normas del Código deben mencionar, en forma expresa y directa, los recursos que son admisibles en su sistema, y que la gran mayoría hace referencia a la revocación, a la apelación, a la casación o nulidad y a la revisión, aunque algunos textos incluyan la queja, cuando más que un recurso es un mecanismo o reclamación para enmendar una resolución que deniega erróneamente un recurso.

Para tales efectos debemos reiterar que no todo mecanismo de impugnación de actuaciones constituye un recurso en sentido estricto. Existen en el procedimiento una serie de reclamaciones que, pese a su similitud con un recurso, no son definidos como tales en la normativa del Código, como por ejemplo la impugnación de la víctima ante el Juez por el no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, la formulación de una incidencia de nulidad de un acto procesal concreto ocurrida en una audiencia, o la reclamación de un reo ante un juez por actuaciones arbitrarias durante la ejecución de la privación de libertad.

No obstante lo anterior, como indicábamos, algunos Códigos les confieren carácter de recurso a otras impugnaciones, como lo hace la Ley del Proceso Penal de Guanajuato, al incluir entre los recursos las impugnaciones contra decisiones del Ministerio Público, así como también al incluir la "reclamación", la "aclaración de resoluciones" y la "queja" entre los recursos (arts. 421, 422 y 424 Ley del Proceso Penal de Guanajuato).

Respecto de la taxatividad disponen los Códigos:

> ***"Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.***
> ***El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente otorgado y pueda resultar afectado por la resolución.***
> ***En el proceso penal sólo se admitirán los siguientes recursos, según corresponda:***
> ***I. Revocación;***
> ***II. Apelación;***
> ***III. Casación; y***
> ***IV. Revisión."***
>
> *(Art. 399 CPP Chihuahua; 415 CPP Oaxaca; 395 CPP Baja California; 433 (sin lista) CPP Zacatecas; 399 CPP Morelos; 476 CPP Puebla; 422 y 424 Ley del Proceso Penal Guanajuato; 443 CPP Durango; 421 Nuevo León; 557, 558 y 559 Proyecto CPP Federal; 432, 433 y 434 CPP Modelo CONATRIB; 332 CPP Modelo para Iberoamérica (sin lista); 352 CPP Chile 437 CPP Costa Rica)*

Los Códigos mexicanos, con excepción del de Baja California, señalan en la norma la lista de los recursos que son reco-

nocidos como tales en la ley, reafirmando el requisito de reserva legal en su reconocimiento, pero aún para el de Baja California aplica también la taxatividad general, porque en el Título dedicado a los Recursos sólo hace referencia a la revocación, a la apelación, a la nulidad y a la revisión, de modo que el concepto de recursos sólo puede aplicársele a estos.

También la normativa describe que los recursos deben ser interpuestos sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley, razón por la cual no son admisibles otros procedimientos ni otras causas que las señaladas.

Tratándose de una actividad voluntaria atribuida a las partes, significa que ellas deben cumplir con los requisitos que la ley exige para que la tutela judicial intervenga en favor con el fin de reparar los agravios que dice haber sufrido, de ahí la importancia en que se establezca este principio de manera expresa.

Esta norma también tiene particular importancia para delimitar las resoluciones que pueden ser objeto de recurso. De la naturaleza taxativa deriva que el recurso sólo sea admisible en aquellos casos en que la ley expresamente señale que dicha resolución es recurrible, como un requisito inicial, pues luego se exigen otros requisitos que deben cumplirse, como expresar agravios, presentarse dentro del plazo, etc.

Finalmente la norma señala que el derecho de recurrir lo tiene sólo aquél a quien la ley se lo concede en forma expresa, de modo que sólo pueden recurrir quienes son mencionados por la norma, estableciéndose en forma concreta, cosa que se recomienda mencionar en el texto de ley, que cuando la ley no distinga entre quienes pueden recurrir, lo pueden hacer todas las partes, entendiendo por tales a los que la ley les concede esa condición.

También se menciona que pueden recurrir quien pueda considerarse afectado, pero este requisito ya lo mencionamos en el apartado anterior, al referirnos al agravio.

c.- Competencia del Tribunal de alzada

Otro tema sobre el cual también ha habido discusión ha sido el de establecer los alcances y los límites de las potestades en el examen que realiza el Tribunal que conoce del recurso, en especial cuando se trata de la apelación y la casación o nulidad.

Este tema se haya muy vinculado a la suplencia de la queja, pero por ahora dejaremos en concreto este segundo aspecto para abordarlo por separado en el siguiente ítem.

Por ahora observemos, y ya eso es bastante ¿qué puede hacer el Tribunal que conoce de una reclamación concreta? ¿hasta dónde llegan sus facultades para conocer de un agravio expresamente reclamado y expuesto por la parte que se considera afectada? ¿hasta dónde alcanzan sus potestades? ¿puede sustituir al juez o tribunal que dictó la resolución? ¿tiene facultades para examinar la prueba desahogada en una audiencia ante un juez o tribunal de primera instancia?

Contestar a cada una de estas interrogantes en un texto legislativo no es tarea fácil, sin embargo hay que dejar expuesto en el Código de la manera más simple y menos dubitativa, el criterio que se quiere adoptar. Aquí están en juego el cumplimiento o el desconocimiento de importantes principios y características del sistema oral, pues una acentuada intervención del superior moldea el proceso hacia un sistema inquisitivo tradicional, que de alguna manera se quiere desterrar.

El dilema es que por lo general los jueces superiores tienen mejor opción de ser escuchados por los diputados que toman las decisiones, al menos son más escuchados que los jueces de primera instancia, sin embargo este tema debe resolverse por encima de criterios de jefatura o control.

En un sistema que quiere ser acusatorio, oral y adversarial, la mejor opción siempre será el traslado a las partes del control que ejercen oficiosamente los Magistrados y Jueces Superiores en el sistema tradicional por medio de los recursos. No se pretende que los Magistrados y Jueces superiores dejen de ejercer control sobre las actuaciones de los jueces de primera instancia que puedan ser agraviantes o arbitrarias para las partes, sino de lo que se trata es que estos Magistrados y Jueces superiores sólo puedan ejercer el control cuándo las partes se lo reclamen en forma expresa, y no cuando oficiosamente los magistrados consideren que deben intervenir. El sistema acusatorio y adversarial traslada el deber de vigilancia a las partes, son ellas las que podrán señalar si han sido afectados y los alcances de la afectación o agravio, de manera que deben ser ellas las que deban exponerlo y plantearlo cuando deseen que se ejerza un control jurisdiccional, utilizando para ello los recursos.

Teniendo esos aspectos como premisa, resulta entonces más simple comprender los alcances de los Códigos cuando señalan, al menos en principio, que la competencia del tribunal de alzada va a estar delimitada por los agravios expresados por el recurrente.

En efecto, la mayoría de los textos señalan:

> ***"El Tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole prohibido extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, a menos que se trate de un acto violatorio de derechos fundamentales."***
>
> *(Art. 408 CPP Chihuahua; 426 CPP Oaxaca; 404 CPP Baja California; 444 CPP Zacatecas; 408 CPP Morelos; 449 CPP Hidalgo; 485 CPP Puebla; 434 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 452 CPP Durango; 430 CPP Nuevo León; 563 Proyecto CPP Federal; 445 CPP Modelo CONATRIB)*

Esta norma es de vital importancia dentro de la conceptualización de los recursos en el nuevo sistema de justicia, y con ella se pretende delimitar los alcances de las potestades del tribunal que se pronuncia sobre un recurso, en especial los de apelación y casación o nulidad, porque no podrán extender su análisis a aspectos que las partes no le hayan planteado, salvo cuando estemos en presencia de violaciones a derechos fundamentales, aspecto que abordamos en el siguiente apartado (suplencia de la queja).

Desde esa perspectiva en un sistema acusatorio y adversarial, el recurso es una demanda en busca de tutela judicial, en donde el actor (recurrente) formula su demanda (recurso) planteando en concreto cuáles son los vicios que contiene la resolución impugnada y cuáles son los agravios, con el fin de que el Tribunal se pronuncie, luego de dar traslado y escuchar a las partes conforme a las reglas del debido proceso.

El litigio oficioso característico del sistema inquisitivo se deja a un lado para dar paso a la actividad de las partes, quienes en forma adversarial formularán sus pretensiones frente al Tribunal, con el fin de obtener una decisión judicial en defensa de sus intereses.

Los árbitros de ese litigio deben ser los jueces, y en la medida de lo posible deben evitar asumir posiciones que corresponden a las partes.

d.- <u>Suplencia de la queja</u>

Expuesto en el apartado anterior que en el nuevo sistema se delimitan las potestades del Tribunal que conoce del recurso, y se señala en forma expresa en los Códigos que el Tribunal de alzada sólo puede pronunciarse sobre los aspectos reclamados por el recurrente, salvo que se trate de violaciones a derechos fundamentales, se evidencia que la suplencia de la queja queda reducida entonces, conforme lo exponen esos mismos textos, a la defensa de los derechos fundamentales.

Recordemos que en México en el proceso tradicional ha tenido un profundo arraigo la suplencia de la queja, entendida ésta como el deber de los jueces que conocen del caso y en especial los de alzada, de examinar de oficio muy rigurosamente todas las actuaciones del procedimiento para determinar si existen violaciones a los derechos de los acusados y proceder a reparar cualquier vicio. Esta exigencia oficiosa es muy vigilada por los jueces que conocen de amparo contra las actuaciones de los jueces y magistrados que intervienen en el caso.

Tómese en cuenta, como una cuestión práctica derivada de la experiencia en los países latinoamericanos en los cuales ya rige el sistema oral, y en donde también ha quedado reducida la suplencia de la queja a la posible violación de derechos fundamentales, que esa actividad oficiosa se presentará de manera muy excepcional, porque en un sistema adversarial y acusatorio, donde las partes asumen responsabilidades sobre el ejercicio de la acción y todos los demás actos procesales que implica el procedimiento, constituye una mala praxis o una deficiencia profesional grave, el que un abogado recurrente haya omitido argumentar como agravio violaciones a derechos fundamentales de la parte que representa o asesora, y así debe ser advertido por los Jueces cuando se vean en la necesidad de suplir, de oficio, aspectos no reclamados por el recurrente.

Todos los Códigos a los que hacemos referencia excluyen la suplencia de la queja en los términos tradicionales, salvo el Código del Estado de México, que dispone:

Si el defensor o el imputado omitieren la expresión de agravios o los expresaren deficientemente, el tribunal deberá suplir la queja al dictar sentencia.

(Art. 417 CPP Estado de México)

Todos los demás, conforme ya expusimos, señalan:

"El Tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole prohibido extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, a menos que se trate de un acto violatorio de derechos fundamentales."

(Art. 408 CPP Chihuahua; 426 CPP Oaxaca; 404 CPP Baja California; 444 CPP Zacatecas; 408 CPP Morelos; 449 CPP Hidalgo; 485 CPP Puebla; 434 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 452 CPP Durango; 430 CPP Nuevo León; 563 Proyecto CPP Federal; 445 CPP Modelo CONATRIB; 360 CPP Chile; 446 CPP Costa Rica)

En consecuencia, conforme a esta disposición la posibilidad de intervención oficiosa del tribunal que examina un recurso es, en primer lugar, una actividad excepcional, porque la regla es, en principio, que deba limitarse a examinar los agravios reclamados por el recurrente; y en segundo lugar, esa actividad excepcional sólo puede ser dirigida a restituir una violación de derechos fundamentales, y ya no cualquier irregularidad procesal que detecte.

Ello significa que el sistema ha sido moldeado para que los jueces de alzada intervengan oficiosamente lo menos posible, dada la naturaleza de proceso de partes, es decir el carácter adversarial del sistema oral.

Reducido a esos términos el alcance de la suplencia de la queja, algunos han expresado algunas dudas de constitucionalidad, sin embargo esas dudas deben ser desterradas porque la Constitución Federal no establece una obligación para que en los recursos del procedimiento penal deban suplirse obligatoriamente las deficiencias de la queja formulada por el imputado o su defensor.

Señala la Constitución Federal:

"...En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria..."

(Párrafo quinto, Apartado II, Artículo 107 Constitución Federal)

Como puede observarse, la disposición Constitucional está referida al juicio de amparo, y resulta lógico que así se disponga porque la acción de amparo es una acción ciudadana de defensa de derechos fundamentales, en donde los requisitos formales de interposición y los yerros procedimentales deben ceder, ante la necesidad de realizar una efectiva tutela judicial, por violación a derechos fundamentales.

Pero de ahí no deriva que en los recursos en materia penal deba otorgarse al tribunal de alzada una potestad oficiosa para suplir las deficiencias de las partes, salvo que estemos ante violaciones a derechos fundamentales, como señalan los Códigos procesales que venimos refiriendo.

Superada la cuestión constitucional, debemos observar que la mayoría de los Códigos señalan que la excepción a la regla se obtiene sólo **"...cuando se trate de un acto violatorio de derechos fundamentales".** Por consiguiente debemos preguntarnos en favor de cuál o cuáles sujetos del proceso puede ejercitarse esa actividad excepcional oficiosa.

Una primera respuesta, ante la falta de definición de la norma, que la defensa oficiosa de derechos fundamentales debe ser ejercida en favor de cualesquiera de las partes, es decir tanto en favor del imputado, como en favor de la víctima o de los intereses que hace valer el Ministerio Público en el proceso penal. Pero esta primera respuesta nos plantea el dilema de que el Tribunal de alzada, ante un recurso de la víctima o el Ministerio Público, **agrave o afecte de oficio, es decir por iniciativa propia,** la situación jurídica del imputado, aun cuando ni la víctima ni el Ministerio Público se lo hayan solicitado. Esta actividad oficiosa del Tribunal de Alzada riñe o contradice la esencia misma del sistema acusatorio y adversarial, atenta contra uno de los presupuestos básicos del sistema, que pretende sustentarse en la actividad de las partes, en especial para la formulación de los cargos penales, a través del ejercicio de la acción penal en todas sus manifestaciones, y no sólo en la imputación o en la acusación.

Por esos motivos la respuesta no puede ser otra que, aun cuando la norma no lo indique de manera expresa, se trata de la defensa de los derechos fundamentales del imputado, pues ello se deduce de los principios fundamentales del nuevo sistema penal, principios que son recogidos en una gran cantidad de normas legales del propio Código, y para mencionar sólo algunos de la naturaleza oral, acusatoria, adversarial descritos en un sinnúmero de disposiciones, y de los principios de contradicción e inmediación también consagrados en los textos legales, incluso en la propia Constitución Federal.

Sin embargo para evitar cualquier discusión el dilema es aclarado en los Códigos de Oaxaca, Hidalgo y Nuevo León, los cuales expresan en forma directa que se trata de la defensa de los derechos fundamentales del imputado.

En efecto señala el Código de Hidalgo, cuya redacción recomendamos:

> ***"El Tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole prohibido extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, a menos que se trate de un acto violatorio de derechos fundamentales <u>que afecten al imputado</u>."***
>
> *(Art. 449 CPP Hidalgo, y de manera similar 426 CPP Oaxaca)*

Y el Código de Nuevo León dispone:

> ***"El Tribunal que conozca de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole prohibido extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, a menos que se trate de un acto violatorio de los <u>derechos del imputado a la presunción de inocencia, al debido proceso, o a una defensa adecuada</u>."***
>
> *(Art. 430 CPP Nuevo León)*

El texto regiomontano delimita los derechos fundamentales del imputado que pueden ser examinados de oficio, cuando es necesaria la suplencia de la queja en la actividad recursiva. Preferimos la fórmula de Hidalgo que es mas comprensiva, y resultará menos polémica al no necesitar definir el tipo de derecho fundamental que eventualmente podría ser suplido.

De manera excepcional, la Ley General del Proceso de Guanajuato incluyó a la víctima, entre los sujetos a los cuales puede suplirse la queja. Dice ese texto:

> ***"El tribunal que conociere de una impugnación sólo podrá pronunciarse sobre los argumentos y solicitudes formuladas por los impugnantes, quedando prohibido ampliar su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo lo dispuesto en contrario por esta ley o se trate de un acto violatorio de derechos fundamentales <u>del inculpado o de la víctima u ofendido, cuando éstos hubieren impugnado</u>."***
>
> *(Art. 434 Ley General del Proceso de Guanajuato)*

Valgan las observaciones hechas anteriormente en este apartado, para señalar nuestras preocupaciones constitucionales, al afectarse la situación jurídica del imputado en un recurso de apelación, casación o nulidad, pero como una actividad oficiosa de los jueces, sin que lo hayan planteado ni solicitado el Ministerio Público o la víctima, lo que resulta dudoso en un sistema adversarial, dirigido por las partes y no por los jueces.

Si estos deberes se amplían a favor de la víctima y el Ministerio Público, la consecuencia sería que el Juez deba entonces también atender de oficio los intereses de la víctima y el Ministerio Público, procediendo a corregir la acusación en contra del imputado, examinando el procedimiento para detectar algún perjuicio para el acusador, entre muchas otras cosas que afectan al imputado, provocando un verdadero desequilibrio y una contradicción de intereses, pues el encargado de velar por una correcta conducción del proceso podría inclinarse a favor de una u otra de las partes, dependiendo de su formación o intereses personales. Desde la perspectiva del imputado, si quien debe garantizarme un proceso justo debe estar asesorando a la parte acusadora, las posibilidades de justicia se reducen enormemente.

Pero además, considerar que el juez deba decretar de oficio las nulidades que afectan al Ministerio Público o a la víctima

también provocaría una extensión innecesaria de las formalidades y de los ritos, haciendo el proceso más formalista y con ello más lejano de su verdadero propósito de hacer justicia en el caso concreto.

Obsérvese que la intervención oficiosa del Juez, en un procedimiento marcadamente adversarial y acusatorio, es cada vez más restringida, donde se eliminan sus anteriores potestades de traer prueba de oficio, de ordenar investigaciones, de interrogar y contra-interrogar testigos, entre muchas otras funciones que ahora se trasladan a las partes y a sus representantes legales.

Para la protección de los derechos de la víctima se autoriza que pueda intervenir en el procedimiento constituyéndose como parte coadyuvante en el ejercicio de la acción penal, para lo cual debe nombrar abogado que represente sus intereses y se mantenga vigilante para que con oportunidad reclame cualquier violación a sus derechos, en lugar de darle esa función al juez.

En cuanto al Ministerio Público se ha estimado que es un órgano técnico, obviamente los abogados que lo representan en el procedimiento son técnicos del derecho, que también debe velar por sus propios intereses, sin necesidad de que el Juez deba estar asesorándolo en sus funciones.

La suplencia de la queja, es decir la intervención oficiosa del juez a favor del imputado, ha quedado también reducida a la defensa de los derechos fundamentales del acusado, todo lo demás queda excluido, incluso ya no se autoriza que el imputado o el defensor impugnen una decisión judicial sin indicar sus agravios, pues no le debe corresponder al juez examinar dónde está la posible afectación y cuáles son las razones.

Para moldear un proceso de partes, un proceso adversarial, es indispensable reducir los ámbitos de intervención oficiosa del juez, y ampliar los deberes y responsabilidades de las partes.

En materia recursiva algunos textos legales señalan en favor de la víctima lo siguiente:

> ***La víctima u ofendido, aun cuando no esté constituida como parte, podrá presentar solicitud motivada al Ministerio Público para que interponga los recursos que sean pertinentes, dentro de los plazos legales. Cuando el Ministerio Público no presente la impugnación, éste explicará por escrito al solicitante la razón de su proceder a la mayor brevedad.***
>
> *(Art. 404 CPP Chihuahua; 421 CPP Oaxaca; 399 CPP Baja California; 439 CPP Zacatecas; 403 CPP Morelos; 444 CPP Hidalgo; 480 CPP Puebla; 431 Ley del Proceso Penal Guanajuato; 425 CPP Nuevo León; 440 CPP Modelo CONATRIB; 441 CPP Costa Rica)*

Esta facultad de la víctima es totalmente congruente con un sistema adversarial, antes que trasladarle al Juez una obligación de verificar de oficio si se le han violado sus derechos fundamentales.

e.- Prohibición de la reforma en perjuicio

El principio de la prohibición de la reforma en perjuicio fue incorporado al sistema penal en México desde bastante antes de la reforma. De acuerdo con él no es posible modificar la resolución en perjuicio del imputado cuando el recurso se formuló sólo en su favor.

En el nuevo sistema procesal penal el principio se mantiene, y conviene agregarlo ante posibles tentaciones de afectar la situación del recurrente, pero si atendemos a las reglas que definen la competencia del Tribunal de alzada, expuestas en los apartados anteriores, la prohibición de la reforma en perjuicio sería innecesaria, pues resulta claro que el Tribunal que conoce de un recurso sólo puede pronunciarse respecto de los agravios, y la única posibilidad de actuar oficiosamente está reducida a proteger los derechos fundamentales del acusado, en cuyo caso queda excluida cualquier posibilidad de afectar al imputado cuando sólo se recurrió en su favor, incluso en un juicio de reenvío o reposición.

No obstante, como indicamos, y para desterrar viejas prácticas, los Códigos de manera expresa mencionan el principio de la prohibición de la ***reformatio in peius***.

Al respecto disponen:

> ***Cuando la resolución sólo sea impugnada por el imputado o su defensor, no podrá modificarse en su perjuicio.***
>
> *(Art.405 CPP Baja California; 427 CPP Oaxaca; 450 CPP Hidalgo; 409 CPP Morelos; 486 CPP Puebla, 453 CPP Durango;*

431 CPP Nuevo León; 564 Proyecto CPP Federal; 446 CPP Modelo CONATRIB; 344 CPP Modelo para Iberoamerica; 447 CPP Costa Rica).

El principio se establece de manera expresa en favor del imputado, pero algunos Códigos agregan que:

> ***"...Los recursos interpuestos por cualquiera de las partes permitirán modificar o revocar la resolución aun en favor del imputado."***
>
> *(Art. 427 CPP Oaxaca; 450 CPP Hidalgo; 344 CPP Modelo para Iberoamérica; y 447 CPP de Costa Rica).*

Lo anterior se dispone en plena concordancia con las garantías establecidas en favor del imputado respecto de la actividad oficiosa del Juez en materia de recursos, la cual sólo está reducida a la defensa de los derechos fundamentales del acusado, de manera que un Juez de Alzada puede, ante un recurso del Ministerio Público o la víctima, resolver el caso en favor del imputado en forma oficiosa, siempre que lo haga ante violaciones a sus derechos fundamentales, aunque la defensa no haya recurrido.

No obstante debemos mencionar los textos de Chihuahua y Guanajuato, en cuanto establecen en forma genérica ese derecho para todas las partes, al disponer:

> ***"La resolución impugnada no podrá modificarse en perjuicio de su recurrente."***
>
> *(Art. 409 CPP Chihuahua y 437 Ley del Proceso Penal de Guanajuato)*

Otro aspecto importante, para el cual mantiene su vigencia la regla de la prohibición de la reforma en perjuicio, se produce al examinar la posibilidad de afectar al imputado en un juicio de reenvío o reposición, ordenado al resolverse un recurso que fue planteado exclusivamente en favor del imputado.

En efecto, conforme al nuevo sistema, al resolverse el recurso formulado únicamente en favor del imputado, es posible que el Tribunal de alzada ordene la reposición del juicio. Si en la sentencia anulada se le hubiere condenado a una pena de diez años, por ejemplo, se plantea el problema de examinar la

situación en el juicio de reenvío o reposición. ¿Podrá aumentarse esa pena en una nueva sentencia dictada en un nuevo juicio, ordenado por un tribunal de alzada ante un recurso interpuesto exclusivamente en favor del imputado?

Obviamente que para esta situación continúa rigiendo la regla de la prohibición de la reforma en perjuicio, pues el nuevo juicio se ordena ante un recurso formulado sólo en favor del acusado, y para esos efectos también se extiende.

Para evitar malas interpretaciones, algunos textos resuelven el problema de manera expresa, señalando, entre las normas que regulan el recurso de casación o nulidad que:

> ***"Cuando el recurso 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 los beneficios que en esta se hayan acordado."***
>
> *(Art. 427 CPP Morelos, 451 CPP Nuevo León y 466 CPP Costa Rica)*

Nos parece muy atinado que mencione en forma expresa que la regla de la prohibición de la reforma en perjuicio también rige en el juicio de reenvío o reposición, pues no resultaría lógico que no se le pueda afectar al conocerse del recurso, pero si posteriormente al repetirse el juicio ante una nulidad decretada en su favor.

Obviamente la regla de la prohibición a que hacemos referencia no rige para cuando la resolución ha sido impugnada por otras partes y también por el imputado, pues requiere de que la resolución sea recurrida sólo por el imputado o en su favor como presupuesto para que no pueda afectársele.

f.- Efecto suspensivo o no suspensivo de los recursos

Algunos Códigos disponen genéricamente un efecto no suspensivo, mientras que otros disponen como regla un efecto suspensivo, sin embargo como veremos mas adelante, se trata de formas distintas de disponer exactamente lo mismo.

Los Códigos que establecen un **efecto no suspensivo** de los recursos, al menos como regla general, señalan:

"La interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que la ley disponga lo contrario."

(Art. 406 CPP Chihuahua; 402 CPP Baja California; 406 CPP Morelos; 447 CPP Hidalgo; 410 CPP Estado de México; 483 CPP Puebla; 467 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 450 CPP Durango; 428 CPP Nuevo León; 578 y 579 Proyecto CPP Federal; 443 CPP Modelo CONATRIB; 335 CPP Chile)

Mientras que los Códigos que establecen como regla un **efecto suspensivo de los recursos** disponen:

"La resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición legal en contrario."

(Art. 424 CPP Oaxaca; 442 CPP Zacatecas; 335 CPP Tipo para Iberoamérica; 444 CPP Costa Rica)

Pero cualesquiera de esas fórmulas pueden utilizarse sin que implique, el menos en principio alguna diferencia, ya que la verdadera solución está en las excepciones.

Así, por ejemplo, los Códigos que establecen que el recurso **no** suspende los efectos de la resolución recurrida, salvo disposición en contrario, señalan entonces como disposición en contrario la sentencia condenatoria, con lo cual desean establecer que si se impugna una sentencia condenatoria, aún cuando por regla **no** suspende la ejecución, en este caso sí se suspende por disposición expresa. Pero en esos sistemas no es necesario hacer una mención especial a la prisión preventiva, porque si se recurre una resolución que imponga la medida catutelar de prisión preventiva, la ejecución de esa resolución no se va a suspender porque existe una disposición general que establece que la interposición de un recurso **no** suspende la ejecución de la resolución recurrida.

Lo mismo ocurre en los sistemas en los cuales se establece como regla que la interposición de un recurso **sí** suspende la ejecución de la resolución, salvo norma en contrario, porque en estos Códigos se establecen entonces como excepciones en forma concreta los casos en los que no se quieren suspender los efectos. Así observamos en este segundo grupo, entonces, que establecen como disposición excepcional en contrario que

la impugnación contra una resolución que imponga una medida cautelar como la prisión preventiva no suspende la ejecución de la resolución, porque tienen una genérica que establece que sí salvo norma en contrario. Mientras que, en este segundo grupo no es necesario citar como excepción de los efectos sobre la ejecución ante la impugnación contra una sentencia condenatoria, porque ya tienen una norma que señala en forma genérica que las resoluciones no serán ejecutadas mientras se tramita el recurso, salvo norma en contrario.

En otros términos, en ambos sistemas la sentencia condenatoria no se ejecuta mientras se tramita el recurso interpuesto en su contra; mientras que la resolución que imponga una medida cautelar como la prisión preventiva, es de ejecución inmediata aunque se interpongan recursos en su contra, por razones obvias de política criminal, que hacen necesario mantener en prisión al imputado mientras se discute en segunda instancia si debe o no ser sometido a prisión preventiva.

Lo importante en uno y otro caso es que se establezcan en forma clara las excepciones según sea la regla genérica que se adopte. Si se acoge la tesis del efecto no suspensivo, como lo hacen la mayoría de los Códigos en México, deberán establecerse como excepción los casos en los cuales el recurso si produce el efecto de suspender; mientras que si se acoge en el Código como regla general el efecto suspensivo, deberán entonces señalarse en las normas, de manera expresa, los casos en los cuales no se va a suspender la ejecución ante la interposición de un recurso.

Cualquiera de los dos sistemas produce los mismos resultados, la diferencia puede estar en las excepciones de uno y otro.

g.- Efecto Extensivo

Otros efectos que también regulados en el Código son aquellos que van a producirse cuando son varios los imputados y sólo uno de ellos recurre, pero todos se encuentran en una situación jurídica similar, caso el el cual surge la necesidad de resolver y determinar si el recurso interpuesto por sólo uno de ellos favorecerá a los demás imputados, siempre que se trate de situaciones jurídicas similares.

La mayoría de los Códigos disponen:

"Cuando existan coimputados, el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales."

(Art. 405 CPP Chihuahua; 423 CPP Oaxaca; 401 CPP Baja California; 441 CPP Zacatecas; 405 CPP Morelos; 446 CPP Hidalgo; 482 CPP Puebla; 432 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 449 CPP Durango; 427 CPP Nuevo León; 442 CPP Modelo CONATRIB; 335 CPP Tipo para Iberoamérica; 360 CPP Chile; 443 CPP Costa Rica)

La disposición no requiere mayor comentario, se trata de una norma dirigida a evitar situaciones de injusticia y contradicciones en un mismo proceso.

Para ofrecer mayor claridad los Códigos de Morelos y Nuevo León aclaran que ***"...Lo anterior (se están refiriendo al efecto extensivo antes descrito) deberá hacerlo valer el Tribunal de oficio al emitir la resolución que recaiga al recurso interpuesto."*** *(Art. 405 CPP Morelos y 427 CPP Nuevo León)*, norma que nos parece conveniente agregar, pues resulta aplicable en todos los casos.

Finalmente, otros Códigos también establecen que el efecto extensivo debe aplicarse a favor del imputado incluso ante un recurso interpuesto por el demandado civil, norma que nos parece recomendable ya que el demandado civil, en los sistemas en que ese sujeto procesal puede intervenir en sede penal, asume las mismas facultades que el imputado. Al respecto señalan:

"...También favorecerá al imputado el recurso del demandado civil, en cuanto incida en la responsabilidad penal."

(Art. 423 CPP Oaxaca; 441 CPP Zacatecas; 432 Ley del Proceso Penal Guanajuato; 443 CPP Costa Rica)

V.- La adhesión

Algunos Códigos admiten la adhesión como facultad de quien tenía derecho de recurrir y no lo hizo en el plazo legal, pero lo hace después durante el emplazamiento ante un recurso interpuesto por otra de las partes.

Al respecto hay posiciones encontradas en doctrina y jurisprudencia para identificar su grado de autonomía. Algunos lo estiman un recurso en sentido propio, otros como una cuestión incidental, mientras que otros no lo consideran un recurso en sentido estricto, porque carece de autonomía, pero le asignan las mismas características.

Al respecto los Códigos disponen:

"Quien tenga derecho a recurrir podrá adherirse, dentro del período de emplazamiento, al recurso interpuesto por cualquiera de las partes, siempre que cumpla con los demás requisitos formales de interposición.
Antes de remitir las actuaciones al Tribunal, se dará traslado sobre la adhesión a las demás partes por el término de tres días, para que se pronuncien por escrito, tanto sobre su admisibilidad como sobre sus motivos y fundamentos."

(Art. 420 CPP Oaxaca; 400 CPP Baja California; 438 CPP Zacatecas; 451 CPP Hidalgo; 481 CPP Puebla; 430 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 448 CPP Durango; 439 CPP Modelo CONATRIB; 340 CPP Tipo para Iberoamérica; 440 CPP Costa Rica)

De esa descripción normativa surgen los requisitos básicos de la adhesión:

1.- Que la resolución sea recurrible
2.- Que el adherente tenga derecho de recurrir
3.- Que el adherente no haya recurrido en el plazo ordinario
4.- Que otra de las partes haya formulado el recurso
5.- Que el adherente interponga su reclamación en el emplazamiento al recurso interpuesto por otra de las partes
6.- Que el escrito de la adhesión cumpla con los requisitos de interposición del recurso ordinario.

Se trata de una reclamación que tiene cierto grado de autonomía, pero alrededor de este tema ha habido mucha discusión en virtud de ausencia de normas expresas.

Pareciera conveniente que se agregue en la redacción del Código, al menos, que la adhesión es admisible siempre que el recurso ordinario también haya sido admitido, porque aun cuan-

do se les considere reclamaciones independientes, lo cierto es que la adhesión es una reclamación anexa a otra que ha formulado otra de las partes.

Eso parece indicar el Proyecto Federal al disponer:

> ***"En todos los casos las otras partes podrán adherirse a la apelación interpuesta por el recurrente dentro del término del emplazamiento, expresando los agravios correspondientes. En este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de éste."***
>
> *(Art. 577 Proyecto CPP Federal)*

También una expresión similar expresa el Código Tipo para Iberoamérica, al señalar:

> ***"...La adhesión no subsistirá si se declaran desiertos todos los recursos interpuestos."***
>
> *(Art. 346 CPP Tipo para Iberoamérica)*

Sin embargo, estimamos que la situación amerita señalar en la que la adhesión sólo es admisible si el recurso que le dio base también ha sido admitido.

Esta suerte ligada al recurso original no la admiten algunos códigos cuando se trata de la figura del desistimiento. En efecto, algunos Códigos señalan:

> ***"...Las partes podrán desistirse de los recursos interpuestos por ellas o por sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes..."***
>
> *(Art. 425 CPP Oaxaca; 443 CPP Zacatecas; 433 Ley PP Guanajuato; 444 CPP Modelo CONATRIB; 445 CPP Costa Rica)*

VI.- Recurso de revocación

El recurso de revocación es el medio idóneo para impugnar resoluciones de mero trámite, para que el mismo órgano que la dictó la revoque o la modifique. Se trata de un recurso de rápida decisión, en el cual por lo general no se involucran cuestiones debatibles o discutidas.

La regulación de este recurso debe ser lo más sencilla y breve posible, en consonancia con la naturaleza misma de este medio de impugnación.

En esa línea algunos Códigos disponen:

> ***"El recurso de revocación procederá solamente contra las resoluciones de mero trámite, a fin de que el mismo juzgador que las dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda."***
>
> *(Art. 407 CPP Baja California; 411 CPP Morelos; 453 CPP Hidalgo; 488 CPP Puebla; 455 CPP Durango; 433 CPP Nuevo León; 566 Proyecto CPP Federal; 447 CPP Modelo CONATRIB)*

Esta redacción es bastante simple, y nos parece mejor utilizar el concepto de "resolución de mero trámite" en lugar de otras fórmulas que utilizan otros Códigos, porque amplía la posibilidad de corrección a situaciones incluso discutidas, pero son de mero trámite.

En efecto otros textos disponen:

> ***El recurso de revocación procederá solamente contra las resoluciones que resuelvan sin sustanciación un trámite del proceso, a fin de que el mismo juzgador que las dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda.***
>
> *(Art. 411 CPP Chihuahua; 430 CPP Oaxaca; 447 CPP Zacatecas)*

Por otra parte para reforzar esa idea de que el recurso de revocación sólo es admisible si la resolución se produjo sin discusión, algunos textos también agregan que la revocación contra resoluciones ***"...sólo serán admisibles cuando no hubieren sido precedidas de debate..."*** **(Así art. 412 CPP Chihuahua; 412 CPP Morelos; 405 CPP Estado de México; 460, 461 y 462 Ley Proceso Penal de Guanajuato; 567 Proyecto CPP Federal; 448 CPP Modelo CONATRIB).**

Conforme a estos últimos textos, el recurso de revocación sólo es admisible si la resolución no hubiere sido precedida de debate. Sin embargo en un sistema adversarial y acusatorio, donde el principio del contradictorio es básico en la toma de decisiones jurisdiccionales, son muy pocas las decisiones de los jueces que son tomadas sin previo debate de las partes, dejando limitada la admisibilidad de la revocación a simples resoluciones de muy poca trascendencia.

Por ese motivo pareciera preferible establecer que el recurso es admisible contra resoluciones de mero trámite, las cuales le permiten al juzgador ampliar la corrección de errores y vicios aún en casos en que las partes se hayan pronunciado previamente, siempre que se refieran a cuestiones de trámite.

Respecto del procedimiento los Códigos disponen fórmulas relativamente sencillas:

> ***"La revocación de las resoluciones pronunciadas durante audiencias orales deberá interponerse tan pronto se dictaren. La tramitación se efectuará verbalmente, de inmediato, y de la misma manera se pronunciara el fallo.***
> ***La revocación de las resoluciones dictadas fuera de audiencia deberá interponerse por escrito, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, en el que se deberá expresar los motivos por los cuales se solicita la revocación. El Juez o el Tribunal se pronunciarán de plano, pero podrá oír previamente a los demás intervinientes, si se hubiere deducido en asunto cuya complejidad así lo amerite."***
>
> *(Art. 408 CPP Baja California; en términos similares 412 CPP Chihuahua; 431 CPP Oaxaca; 448 CPP Zacatecas; 412 CPP Morelos; 454 CPP Hidalgo; 405 CPP Estado de México; 489 CPP Puebla; 460, 461 y 462 Ley Proceso Penal de Guanajuato; 456 CPP Durango; 434 CPP Nuevo León; 567 Proyecto CPP Federal; 448 CPP Modelo CONATRIB)*

Finalmente algunos Códigos agregan que:

> ***"La interposición del recurso implica la reserva de recurrir en apelación o en casación, si fuera procedente."***
>
> *(Art. 413 CPP Chihuahua; 409 CPP Baja California; 455 CPP Hidalgo; 450 CPP Modelo CONATRIB)*

Se trata de una disposición poco entendida, la cual señala que basta con interponer el recurso de revocación para que, posteriormente, quede abierta la posibilidad de recurrir en apelación o casación, en especial para aquellos casos en que se requiere haber solicitado la invalidación del vicio y reparar el agravio como condición previa a reclamarlos mediante un recurso ante un tribunal superior.

VII.- Recurso de apelación

Tomaremos como punto de partida la clasificación que siguen la mayoría de los textos legislativos que adoptan el sistema oral en México, para lo cual debemos tener presente la distinción entre apelación y casación o nulidad que hacen esos textos, tema al que ya nos referimos en el apartado segundo de estas líneas.

En consecuencia, siguiendo esos textos, abordaremos el recurso de apelación, al menos en principio, como la impugnación de alguna de las partes, dirigida a combatir las resoluciones dictadas en las etapas preparatoria o de investigación, y la intermedia, para que un tribunal superior al Juez que la dictó, la analice y verifique si existen agravios que justifiquen modificarla, revocarla, anularla o confirmarla. En el curso de ese abordaje iremos haciendo notar las diferencias que existen con los otros sistemas, y las diferencias que hay entre los textos que siguen este modelo.

a.- Resoluciones apelables

Conforme indicamos, la mayoría de los textos que recogen el nuevo sistema procesal penal en México establecen que la apelación es un recurso dirigido contra ciertas resoluciones dictadas por el Juez de Control o Garantía durante las etapas de investigación e intermedia.

Los textos se encargan de señalar de manera expresa cuáles resoluciones y en qué circunstancias y condiciones pueden ser impugnadas, conforme al principio de taxatividad, ya referido en las normas generales aplicables a todos los recursos.

En tal sentido y con algunas variantes que indicaremos, disponen los textos:

> ***"Serán apelables las siguientes resoluciones dictadas por el Juez de Garantía:***
> ***I. Las que pusieren término al procedimiento o hicieren imposible su prosecución;***
> ***II. Las que se pronunciaren sobre medidas cautelares. Tratándose de estas resoluciones también serán apelables aquellas decretadas por el Tribunal de Juicio Oral;***

III. Las relativas a los incidentes a que se refiere el artículo 305 fracciones I a IV;
IV. Las que concedieren, negaren o revocaren la suspensión del proceso a prueba;
V. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado;
VI. Sobre la vinculación o no del imputado a proceso;
VII. La negativa de orden de aprehensión o de cateo;
VIII. Las que excluyan prueba;
IX. La negativa de abrir el procedimiento abreviado;
X. Las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios; y
XI. Las demás que este Código señale."

(Art.410 CPP Baja California; 414 CPP Chihuahua; 433 CPP Oaxaca; 450 CPP Zacatecas; 413 CPP Morelos; 456 CPP Hidalgo; 410 Estado de México; 490 CPP Puebla; 466 Ley Proceso Penal Guanajuato; 458 CPP Durango; 436 CPP Nuevo León; 568 Proyecto CPP Federal; 451 CPP Modelo CONATRIB)

RESOLUCIONES APELABLES

TIPO DE RESOLUCION	CPP DE
Las que suspenden, ponen término, o impiden la prosecución del procedimiento	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (292 y 410); Zacatecas (151.X y 450); Morelos (413); Hidalgo (456); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
Las que suspendan el procedimiento	Estado de México (410); Puebla (455); Durango (313);
Las que causan gravamen irreparable	Modelo CPP CONATRIB (451).
Las que resuelven ciertos incidentes	Baja California (410); Puebla (490); Guanajuato (466); Guanajuato (78); Durango (458)
Las que resuelven sobre la competencia del juez	Guanajuato (118); Proyecto CPP Federal (568)

TIPO DE RESOLUCION	CPP DE
Las que se pronuncien sobre medidas cautelares	Chihuahua (414); Oaxaca (165); Baja California (410); Zacatecas (197 y 450); Morelos (413); Morelos (164); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (169); Durango (458); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (254 y 568); Modelo CPP CONATRIB (181 y 451).
La que califique la legalidad de la detención	Morelos (413)
Las que conceden, nieguen o revoquen la suspensión del proceso a prueba	Chihuahua (414); Baja California (410); Zacatecas (450); Morelos (212 y 413); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (159 y 490); Guanajuato (466); Durango (490); Durango (222); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
Las que nieguen o revoquen suspensión proceso a prueba	Oaxaca (201 y 433)
La sentencia de procedimiento abreviado	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (410); Zacatecas (426 y 450); Morelos (413); Hidalgo (456); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Nuevo León (436); Modelo CPP CONATRIB (451).
Negativa de abrir proceso abreviado	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (410); Zacatecas (450); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).

TIPO DE RESOLUCION	CPP DE
Negativa de abrir procedimiento simplificado o de acción penal particular	Proyecto CPP Federal (568)
La resolución sobre vinculación a proceso	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (410); Zacatecas (450); Morelos (413); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (282 y 466); Durango (458); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
Denegatoria de orden de aprehensión	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (410); Zacatecas (450); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
Denegatoria orden de cateo	Baja California (410); Hidalgo (170); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Proyecto CPP Federal (326)
Denegatoria orden de comparecencia	Estado de México (410); Proyecto CPP Federal (568)
Las denegatoria de prueba	Chihuahua (414); Baja California (410); Zacatecas (450); Morelos (413); Hidalgo (456); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (4958); Nuevo León (121.B.X y XI, y 436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
Las resoluciones que deniegan auxilio judicial	Guanajuato (466)
Las que denieguen intervenir comunicaciones privadas	Proyecto CPP Federal (334)

TIPO DE RESOLUCION	CPP DE
Las que nieguen posibilidad de acuerdos reparatorios	Chihuahua (414); Baja California (410); Zacatecas (450); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
Las que nieguen anticipo de prueba	Oaxaca (433)
El sobreseimiento	Chihuahua (288); Oaxaca (286 y 331); Baja California (289); Zacatecas (328); Morelos (286); Hidalgo (309); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (289 y 360); Durango (310); Nuevo León (311); Proyecto CPP Federal (424, 443 y 449); Modelo CPP CONATRIB (451).
Las que resuelven controversias sobre devolución de objetos	Chihuahua (252); (Oaxaca 248); Baja California (250); Morelos (256); Hidalgo (183); Guanajuato (251); Guanajuato (518); Durango (270)
La acumulación de juicios	Baja California (94); Puebla (41); Guanajuato (125); Durango (110); Proyecto CPP Federal (568)
Resolución que imponga medida disciplinaria a abogado	Zacatecas (194); CONATRIB (178).
Resolución que imponga una medida de apremio (apercibimiento, multa, expulsión sala, arresto)	Hidalgo (86);
Resolución de liquidación de daños y perjuicios	Baja California (385 bis3); Zacatecas (490); Guanajuato (516); Nuevo León (485)
Resolución de liquidación de gastos procesales	Durango (72)

TIPO DE RESOLUCION	CPP DE
La sentencia absolutoria	Estado de México (410);
Las sentencias definitivas	Proyecto CPP Federal (568 y 490)
La que niegue eficacia al perdón del ofendido	Estado de México (410);
Resoluciones de jueces de ejecución sobre situación jurídica de sentenciados e incidentes de ejecución	Puebla (355 y 490); Durango (484); Nuevo León (465); Modelo CPP CONATRIB (482).
Resoluciones que se pronuncian sobre los beneficios en ejecución de sentencia	Guanajuato (505)
Revocación de la libertad preparatoria o anticipada	Oaxaca (467); Durango (492)
La que resuelve beneficios de libertad anticipada en ejecución de sentencia	Chihuahua (414)
Las que nieguen o declaren nulidad	Guanajuato (466)
Resoluciones sobre embargo precautorio	Guanajuato (201)
Resoluciones sobre aseguramiento de bienes y clausura de locales	Guanajuato (253)
Resoluciones sobre destrucción de dispositivos de almacenamiento de datos, transcripción de grabaciones, fijación de imágenes	Guanajuato (255)
Tener por desistida la acción penal	Guanajuato (349)
El rechazo de la acción privada	Durango (409)

El cuadro anterior recoge todas las causales de apelación previstas por todos los Códigos que comentamos, tanto las señaladas en forma taxativa en el Capítulo correspondiente a la apelación, como las disposiciones dispersas en el Código que establecen la posibilidad de recurrir en apelación.

Como puede apreciarse la lista es enorme, a pesar de que con el nuevo sistema se han querido reducir las intervenciones de órganos superiores y dar mayor espacio a los controles horizontales propios del sistema acusatorio, en donde las partes y el juez asumen distintos roles, para verificar y controlar lo que hacen cada uno de ellos en el desarrollo de la audiencia.

Obviamente consideramos que no debe disponerse del recurso de apelación contra la sentencia dictada en juicio oral, como lo propone la iniciativa Federal; y menos aún mencionar solamente la sentencia absolutoria, como lo hace el Código del Estado de México, el cual omite referirse a la sentencia condenatoria, laguna que estimo debe llenarse recurriendo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita por México y en consecuencia aplicable en el país, que dispone en forma expresa, como un derecho fundamental, que el imputado tiene derecho de recurrir del fallo condenatorio ante un tribunal superior.

RECOMENDACIÓN TAXATIVA PARA EL RECURSO DE APELACIÓN	
TIPO DE RESOLUCIÓN	CPP QUE YA LO ADMITE
Las que suspenden, ponen término, o impiden la prosecución del procedimiento	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (292 y 410); Zacatecas (151.X y 450); Morelos (413); Hidalgo (456); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
Las que se pronuncien sobre medidas cautelares, incluso las dictadas en fase de juicio	Chihuahua (414); Oaxaca (165); Baja California (410); Zacatecas (197 y 450); Morelos (413); Morelos (164); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (169); Durango (458); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (254 y 568); Modelo CPP CONATRIB (181 y 451).

RECOMENDACIÓN TAXATIVA PARA EL RECURSO DE APELACIÓN	
TIPO DE RESOLUCIÓN	CPP QUE YA LO ADMITE
Las que conceden, nieguen o revoquen la suspensión del proceso a prueba	Chihuahua (414); Baja California (410); Zacatecas (450); Morelos (212 y 413); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (159 y 490); Guanajuato (466); Durango (490); Durango (222); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
La sentencia de procedimiento abreviado	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (410); Zacatecas (426 y 450); Morelos (413); Hidalgo (456); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Nuevo León (436); Modelo CPP CONATRIB (451).
Negativa de abrir proceso abreviado	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (410); Zacatecas (450); Hidalgo
	(456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
La resolución sobre vinculación a proceso	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (410); Zacatecas (450); Morelos (413); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (282 y 466); Durango (458); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).

RECOMENDACIÓN TAXATIVA PARA EL RECURSO DE APELACIÓN	
TIPO DE RESOLUCIÓN	CPP QUE YA LO ADMITE
Denegatoria de orden de aprehensión	Chihuahua (414); Oaxaca (433); Baja California (410); Zacatecas (450); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
Denegatoria orden de cateo	Baja California (410); Hidalgo (170); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Proyecto CPP Federal (326)
Las denegatoria de prueba	Chihuahua (414); Baja California (410); Zacatecas (450); Morelos (413); Hidalgo (456); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Nuevo León (121.B.X y XI, y 436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).
Las que denieguen intervenir comunicaciones privadas	Proyecto CPP Federal (334)
Las que nieguen posibilidad de acuerdos reparatorios	Chihuahua (414); Baja California (410); Zacatecas (450); Hidalgo (456); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (466); Durango (458); Nuevo León (436); Proyecto CPP Federal (568); Modelo CPP CONATRIB (451).

RECOMENDACIÓN TAXATIVA PARA EL RECURSO DE APELACIÓN	
TIPO DE RESOLUCIÓN	CPP QUE YA LO ADMITE
El sobreseimiento, incluso el dictado en fase de juicio	Chihuahua (288); Oaxaca (286 y 331); Baja California (289); Zacatecas (328); Morelos (286); Hidalgo (309); Estado de México (410); Puebla (490); Guanajuato (289 y 360); Durango (310); Nuevo León (311); Proyecto CPP Federal (424, 443 y 449); Modelo CPP CONATRIB (451).
Las que resuelven controversias sobre devolución de objetos	Chihuahua (252); (Oaxaca 248); Baja California (250); Morelos (256); Hidalgo (183); Guanajuato (251); Guanajuato (518); Durango (270)
Resolución, incluso la dictada en fase de juicio, que imponga a una de las partes u otra persona medida de apremio de multa o arresto, sin efecto suspensivo.	Hidalgo (86); y en parte Zacatecas (194); CONATRIB (178).
Resolución de liquidación de daños y perjuicios	Baja California (385 bis3); Zacatecas (490); Guanajuato (516); Nuevo León (485)
Resolución de liquidación de gastos procesales	Durango (72)
Concesión o revocación de la libertad preparatoria o anticipada en ejecución de sentencia	De cierta forma lo admiten: Puebla (355 y 490); Durango (484); Nuevo León (465); Modelo CPP CONATRIB (482); Oaxaca (467); Durango (492); Guanajuato (505); Chihuahua (414)
Resolución sobre clausura de locales	Guanajuato (253)

Establecer una lista cerrada de casos en que es admisible la apelación, en lugar de fórmulas genéricas como por ejemplo "las resoluciones que puedan causar agravio", permite reducir los casos de apelación. Desde luego deben quedar abiertas las puertas de la casación, para aquellas situaciones que no puedan subsanarse por medio de la apelación, aunque el correctivo aparezca tiempo después. Una de las características que se le agregan a estas resoluciones es que, al menos en principio, se trata de resoluciones dictadas en las fases preliminares del procedimiento: en la etapa de investigación y en la etapa intermedia.Sin embargo, a manera de excepción, el recurso de apelación podría ser admitido también contra resoluciones dictadas en la fase de juicio y en ejecución de sentencia, pero señaladas de manera muy puntual:

a) La apelación contra la decisión del Tribunal de Juicio respecto de una medida cautelar (concesión o revocatoria de prisión preventiva, fianza, u otras medida cautelar).

b) Contra el sobreseimiento, cuando éste es dictado en la fase de juicio.

c) Contra la resolución dictada en fase de juicio que imponga a una de las partes u otra persona (testigo, público, etc.) medida de apremio de multa o arresto, sin efecto suspensivo.

Por su parte, en la etapa de ejecución de sentencia señalamos también otras dos resoluciones contra las cuales podría caber el recurso de apelación:

a) Contra la resolución que resuelve sobre liquidación de daños y perjuicio, y gastos procesales.

b) Contra la concesión o revocación de la libertad preparatoria o anticipada en ejecución de sentencia.

Existen otros casos durante la fase de ejecución de la pena que podrían ser valorados para incluirlos entre las resoluciones apelables, como por ejemplo los traslados de centro penitenciario, cuando la decisión sea adoptada por el Juez de Ejecución, pero no los traslados dispuestos por las autoridades penitenciarias, ya que contra éstos actos lo que corresponde es un control directo y horizontal: la impugnación o queja ante el Juez de Ejecución de la Pena.

Fuera de estos casos, las demás son resoluciones dictadas por el Juez de Control o Garantía en la fase de investigación o en la etapa intermedia.

b.- Condiciones de interposición

Los Códigos establecen varios requisitos básicos para la interposición del recurso. En su mayoría disponen:

> ***"El recurso de apelación se interpondrá por escrito ante el mismo Juez que dictó la resolución, dentro del plazo de tres días.***
> ***En el escrito en el cual se interponga el recurso, se deberán expresar los agravios que causa al recurrente la resolución impugnada.***
> ***Cuando el Tribunal competente para conocer de la apelación tenga su sede en un lugar distinto al proceso, las partes deberán fijar un nuevo domicilio en la jurisdicción de aquél para recibir notificaciones, o la forma para recibirlas."***
>
> *(Art. 411 CPP Baja California; 415 CPP Chihuahua; 434 CPP Oaxaca; 451 CPP Zacatecas; 414 CPP Morelos; 457 CPP Hidalgo; 411 Y 412 CPP Estado de México; 491 CPP Puebla; 468 Ley del Proceso Penal Guanajuato; 459 CPP Durango; 437 CPP Nuevo León; 571 Proyecto CPP Federal; 452 CPP Modelo CONATRIB)*

Con las excepciones que señalaremos, los Códigos establecen como requisitos básicos de interposición del recurso de apelación, los siguientes:

a) Que se formule por escrito
b) Ante el mismo Juez que dictó la resolución
c) En el plazo de tres días
d) Que deben expresarse los agravios
e) Debe señalarse lugar o forma de notificaciones, sólo cuando el Tribunal de alzada tenga sede distinta a la del Juez de Primera Instancia.

De esas características debemos señalar que sólo tres Códigos establecen plazos distintos para recurrir en apelación resoluciones interlocutorias, es decir distintas a la sentencia definitiva. En efecto, el Código del Estado de México (art. 411) y el Proyecto Federal (art 571) establecen que el plazo para recurrir en apelación de resoluciones interlocutorias, debe ser de cinco días; y el Código de Chihuahua (art. 415) señala que debe ser de diez días.

Parece adecuado el plazo de tres días establecido por la mayoría de las legislaciones, tratándose de la impugnación de decisiones distintas a la sentencia dictada en juicio oral, pues en ese plazo conforme a la práctica forense de la mayoría de los países y estados que adoptan este sistema, ha sido suficiente para expresar agravios y formular los planteamientos en defensa de los intereses que hacen valer en el proceso, ya sea del lado de la defensa o de la acusación, incluso tomando en cuenta que ahora no existe la suplencia de la queja, salvo tratándose de violaciones a derechos fundamentales.

Otra excepción que debe mencionarse es que la Iniciativa federal establece la posibilidad de que el recurso de apelación pueda ser interpuesto de manera oral (art. 571). A primera vista podría pensarse que con ello se refuerza la oralidad, sin embargo no es así, porque no tiene mucha eficacia establecer que el recurso pueda sustentarse en forma oral, ante el mismo juez que dictó la resolución en audiencia, porque este juez no va a resolver el agravio. Todo lo que se indique en forma oral en ese momento tendría que reproducirse ante el juez o tribunal de segunda instancia, o bien obligaría al Tribunal de segunda instancia ver el video de la audiencia donde el recurrente expuso sus agravios, obligándolo a tomar nota con posterioridad, sin que con ello se logre algún propósito que favorezca la oralidad. Por consiguiente lo propio es establecer, como lo hacen todos los demás códigos, que el recurso deba formularse por escrito, desde luego sin perjuicio de presentarse en audiencia ante el tribunal de alzada, para expresar en forma oral toda la fundamentación que se desee sobre los agravios reclamados, para que el Tribunal decida, pero esta vez los fundamentos y exposiciones se hacen frente a los jueces de segunda instancia que habrán de resolver el caso, y no ante el Juez de primera instancia, como ocurriría con la propuesta federal. Obsérvese que el propio iniciativa federal debió señalar que:

> ***"...Si el recurso se interpusiera oralmente, el apelante debe expresar por escrito los agravios en que se sustente la impugnación de la resolución, dentro del plazo que este Código señala para apelar. Si lo interpone por escrito, los agravios deben expresarse en el mismo..."*** *(art. 571 Proyecto CPP Federal).*

Es decir, al final prevalece que debe expresar agravios por escrito aun cuando haya impugnado la resolución en forma oral, por lo que no apreciamos mayor utilidad a la facultad de apelar en forma oral.

Sobre la expresión de agravios tómense en cuenta las observaciones que hemos hecho con anterioridad, cuando describimos que debe entenderse por ello, en especial el apartado **IV.a.**

c.- Emplazamiento o traslado a las partes y contestación del recurso

Con excepción de la iniciativa federal, los códigos procesales otorgan al Juez de primera instancia la obligación de dar traslado del recurso a todas las partes, y algunos hacen referencia a la contestación que desde ese momento pueden hacer las partes que no han recurrido, sin perjuicio de la intervención oral que podrían tener ante el Tribunal de alzada, en la audiencia respectiva.

Disponen los Códigos:

> ***"Presentado el recurso, el Juez emplazará a las partes para que en el plazo de tres días comparezcan ante el Tribunal de alzada.***
> ***En el término del emplazamiento, las demás partes podrán por escrito contestar los agravios para que se tomen en cuenta al momento de resolverse el recurso.***
> ***Realizado el emplazamiento, el juez remitirá al Tribunal de alzada la resolución y registros de los antecedentes que obren en su poder. Ello no implicará la paralización ni suspensión del proceso."***
>
> *(Art. 458 CPP Hidalgo; 435 CPP Oaxaca; y 438 CPP Nuevo León. En términos similares 416 CPP Chihuahua; 412 CPP Baja California; 452 CPP Zacatecas; 415 CPP Morelos; 413 CPP Estado de México; 493 CPP Puebla; 469 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 460 CPP Durango; 453 Modelo CPP CONATRIB)*

El texto del Código de Hidalgo establece que el emplazamiento a las partes debe ser por tres días. Ese mismo plazo de tres días establecen los Códigos de Oaxaca, Baja California, Zacatecas, Puebla, Guanajuato, Durango, y el Modelo de CONATRIB. El Código de Nuevo León establece el término del emplazamiento de la apelación en cinco días. Sin embargo los Códigos de Chihuahua, Morelos, y del Estado de México no establecen el término del emplazamiento, lo que no parece recomendable.

Consideramos que el plazo de tres días para la contestación es suficiente, tomando en cuenta que el recurrente también ha contado apenas con tres días para recurrir y formular agravios, de manera que lo propio es otorgar un plazo similar a la contraparte, plazo que además de constituir el tiempo de contestación, también constituye el plazo para formular adhesiones.

Los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de Hidalgo, Oaxaca y Nuevo León hacen expresa referencia a la contestación de las partes.

Dispone el Código de Hidalgo:

> ***"...En el término del emplazamiento, las demás partes podrán por escrito contestar los agravios para que se tomen en cuenta al momento de resolverse el recurso..."***

En términos muy similares también hacen una referencia expresa a la contestación por escrito, los Códigos de Oaxaca y Nuevo León.

Tomemos en cuenta que el recurso de apelación se formula por escrito, incluso así debe hacerse según el proyecto federal a pesar de que admite la posibilidad de formular el recurso oralmente.

Conforme a esas disposiciones las partes pueden, si así lo desean, contestar por escrito el recurso de apelación, contestación que les conviene hacer en ese momento para que el Tribunal de alzada tome en cuenta sus consideraciones cuando recibe los antecedentes y el recurso, en especial para pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso.

Pero además recordemos que, a diferencia de lo que ocurre en primera instancia, en segunda instancia estamos ante un procedimiento marcadamente escrito, a pesar de la oralidad por la audiencia de expresión de agravios ante los jueces de apelación. Ello es así porque los jueces de apelación reciben los antecedentes para resolver la admisibilidad y eventualmente

convocar a la audiencia previa para resolver el fondo, pero cuando llegan a la audiencia por lo general ya han proyectado una posible solución del recurso, pues tenían en forma anticipada a la audiencia prácticamente todo el material para resolver, y solo faltaba escuchar a las partes antes de decidir, las cuales por lo general se limitan a reiterar lo que ya dijeron por escrito. En efecto los jueces de segunda instancia reciben desde el principio, cuando llegan los antecedentes a su oficina, el recurso, copia del video de la audiencia de primera instancia, la resolución de primera instancia impugnada, y demás antecedentes si fueren necesarios.

En consecuencia, a la parte contraria le conviene presentar por escrito y desde el principio, sus argumentos de oposición al recurso, ante el mismo juez de primera instancia, con el fin de que su contestación por escrito también se adjunte a los antecedentes que se envían al superior, y para evitar que llegue con sus argumentos a la audiencia de segunda instancia en forma muy tardía, oponiéndose a los agravios contenidos en la apelación cuando ya los jueces de segunda instancia han proyectado una posible solución para el recurso.

En realidad conforme a la redacción de todos los Códigos, las partes podrían contestar por escrito el recurso de apelación, ya que ninguno impide que así se haga. Sin embargo es conveniente hacer una referencia expresa en virtud de que el procedimiento penal es marcadamente oral, y podría negársele la entrada al escrito de la parte contraria al recurso por no existir expresa autorización para proceder por escrito.

Como indicamos todos los Códigos establecen que el Juez de primera instancia debe emplazar a las partes para que concurran ante el superior, sin embargo el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales que comentamos señala que el emplazamiento lo formula el tribunal de alzada, pues el juez de primera instancia debe limitarse a remitir el recurso al superior (arts. 572 ss. Proyecto CPP Federal). Consideramos inconveniente que se resuelva la admisibilidad del recurso sin escuchar a la parte contraria previamente, pero la norma del proyecto federal también menciona la posibilidad de que la contestación pueda hacerse por escrito (art. 576 Proyecto CPP Federal).

d.- Remisión de actuaciones al superior

Conviene hacer una breve referencia a lo que debe remitirse al superior ante un recurso de apelación, pues sobre ese tema ha existido alguna controversia en México, en especial lo relativo al acceso a la carpeta de investigación.

Algunos Códigos señalan que vencido el término del emplazamiento, el tribunal de primera instancia debe remitir al tribunal de alzada:

> ***"...la resolución y registros de todos los antecedentes que fueren pertinentes..."***
>
> *(art. 452 CPP Zacatecas y en forma similar 438 CPP Nuevo León; 493 CPP Puebla)*
>
> ***"...la resolución impugnada, el escrito de expresión de agravios, con copia certificada del registro de la audiencia debidamente identificada y, en su caso, las constancias conducentes..."***
>
> *(art. 413 CPP Estado de México)*
>
> ***"...la resolución impugnada y copia certificada del registro de la audiencia o de los antecedentes correspondientes...."***
>
> *(art. 469 Ley del Proceso Penal de Guanajuato).*

También agregan algunos Códigos una autorización para que los jueces o magistrados que conocerán de la apelación soliciten, antes de resolver, ciertas actuaciones al Juez de primera instancia, al disponer:

> ***"...Excepcionalmente, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales..."***
>
> *(Art. 414 CPP Estado de México; 494 CPP Puebla; 471 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 461 CPP Durango; y 454 CPP Modelo CONATRIB)*

El uso de estas fórmulas genéricas ya provocó en la experiencia de uno de los Estados una ardua discusión, pues un Tribunal de Apelación se consideró autorizado para solicitar se le enviara la carpeta de investigación, ante el recurso formulado contra el auto de vinculación a proceso, ya que los textos dis-

ponen que deben remitirse los antecedentes, e incluso algunos códigos señalan en forma expresa que el superior puede solicitar los antecedentes originales u otras constancias del proceso si fueren necesarios para resolver.

A raíz de estas discusiones algunos códigos prefieren utilizar unas frases más restringidas para que se entienda que sólo se pueden solicitar las actuaciones judiciales, excluyendo la carpeta de investigación que recoge actuaciones del Ministerio Público únicamente, y en ese sentido disponen que al formularse el recurso de apelación debe remitirse al Tribunal de alzada:

> ***"...la resolución y copia de los registros de las actuaciones judiciales pertinentes..."***
>
> *(Art. 412 y 413 CPP Baja California)*

En consecuencia sólo debe remitirse al tribunal de alzada el recurso interpuesto, la contestación si la hubiere, la resolución impugnada y copia de los registros judiciales correspondientes, que por lo general se limita a una copia del vídeo de la audiencia donde se produjo la resolución impugnada. Este material es suficiente para que los jueces o magistrados de apelación puedan resolver con eficacia el recurso interpuesto.

El Código de Chihuahua dispone que el Tribunal de Alzada:

> ***"...Excepcionalmente, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar copias o las actuaciones originales conducentes de la investigación, cuando el Juez las haya tenido a la vista en las hipótesis contempladas en el artículo 36 de este ordenamiento. Ello no implicará la paralización ni suspensión del proceso."***
>
> *(Art. 417 CPP Chihuahua)*

Por su parte el 36 de ese Código señala:

> ***"...El Juez de garantía no podrá revisar la carpeta de investigación antes de dictar sus resoluciones, salvo que exista una controversia entre los intervinientes respecto al contenido de dicha carpeta; sin embargo, el Ministerio Público, durante la audiencia, podrá apoyarse en la proyección de los medios de investigación, en instrumentos digitales de los elementos en que funda su pretensión y que obran en la carpeta de investigación, a efecto de que el juez y los demás intervinientes puedan constatar su contenido..."***
>
> *(Art. 36 CPP Chihuahua)*

Si bien estimamos muy acertado que el Código disponga que el Ministerio Público, y obviamente todas las demás partes, en especial la defensa (que no son mencionados en la norma) pueden hacer uso, durante las audiencias, de proyecciones digitales durante sus exposiciones, no nos parece conveniente que se autorice a los jueces a revisar la carpeta de investigación, incluso ni en casos de controversia, pues en esos supuestos lo que deben hacer los jueces es solicitar la lectura de la parte en discordia, con el fin de que el juez pueda informarse de su contenido, de modo que los jueces de apelación también podrán tener acceso a esa lectura cuando observen el video de la audiencia, sin que deba permitírseles el acceso a la carpeta de investigación, pues resulta obvio que los jueces de apelación no se van a limitar a examinar la carpeta de investigación sólo en los puntos en discordia, sino que procederán a enterarse de todo su contenido, dejando sin efecto los principios y las características derivadas de la oralidad de la audiencia de primera instancia, es decir afectando principios constitucionales básicos.

e.- Examen de admisibilidad

Todos los Códigos referidos en este trabajo establecen que el examen de admisibilidad del recurso de apelación debe hacerlo el Tribunal de alzada, sin realizar trámite alguno más que pronunciarse al respecto apenas reciba los antecedentes, incluso así lo dispone el Proyecto Federal a pesar de que, como indicamos antes, establece que el emplazamiento debe hacerlo el propio tribunal de apelación antes de examinar la admisibilidad.

Algunos textos legislativos son muy escuetos al regular el examen de admisibilidad del recurso de apelación, y se limitan a señalar:

> ***"Recibida la resolución apelada y los antecedentes, el Tribunal competente resolverá de plano la admisibilidad del recurso y citará a una audiencia..."***
>
> *(Art. 417 CPP Chihuahua; 436 CPP Oaxaca; 453 CPP Zacatecas; 416 CPP Morelos; 414 CPP Estado de México; 471 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 454 CPP Modelo CONATRIB)*

Esa norma es muy general, no señala cuales son las causales de admisibilidad, razón por la cual deben examinarse todos y cada uno de los requisitos y aplicar la disposición que señala que los recursos deben interponerlos las personas expresamente autorizadas por la ley y en las condiciones de forma y tiempo señaladas en la ley, que denominados principio de taxatividad de los recursos (Véase apartado IV.b de este trabajo).

Respecto de la taxatividad disponen los Códigos:

> ***"Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.***
> ***El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente otorgado y pueda resultar afectado por la resolución...***
>
> *(Art. 399 CPP Chihuahua; 415 CPP Oaxaca; 395 CPP Baja California; 433 CPP Zacatecas; 399 CPP Morelos; 476 CPP Puebla; 422 y 424 Ley del Proceso Penal Guanajuato; 443 CPP Durango; 421 Nuevo León; 557, 558 y 559 Proyecto CPP Federal; 432, 433 y 434 CPP Modelo CONATRIB).*

Lo anterior significa que, conforme a esos Códigos muy generales en su referencia a la admisibilidad, todos y cada uno de los requisitos del recurso pasan a formar parte del examen previo.

Algunos textos agregan al menos que:

> ***"...Si no se hubieren expresado agravios, se declarará inadmisible el recurso..."***
>
> *(Art. 413 CPP Baja California; 494 CPP Puebla; 461 Durango)*

Sin embargo esta norma también la consideramos insuficiente porque no se trataría de la única causa de inadmisibilidad posible. En contraposición los textos de Hidalgo y Nuevo León establecen las causales que pueden justificar el rechazo en admisibilidad, tomando en cuenta que en esta materia no se puede ser muy formalista y extensivo, porque se estaría negando el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, ante posibles agravios o arbitrariedades que eventualmente lesionan derechos fundamentales previstos en la Constitución o en los Tratados Internacionales ratificados por México.

En efecto, dichos códigos disponen:

> ***"El Tribunal declarará inadmisible el recurso cuando:***
> ***I. Haya sido interpuesto fuera del plazo;***
> ***II. Se hubiese deducido en contra de resolución que no fuere impugnable por medio de apelación;***
> ***III. Lo interpusiese persona no legitimada para ello; o***
> ***IV. El escrito de interposición del recurso no exprese agravios.***
>
> *(Arts. 460 CPP Hidalgo y 439 CPP Nuevo León)*

Esta disposición resuelve en forma muy práctica las posibilidades de rechazo en puertas del recurso, señalando los casos en que el Tribunal de Apelación puede dejar de escuchar a la parte que viene formulando un recurso, en demanda de tutela judicial efectiva.

También es necesario establecer un plazo en el cual el Tribunal de Apelación deba pronunciarse luego de recibir los antecedentes, ya que no siempre establecen el mismo tiempo.

PLAZO PARA RESOLVER LA ADMISIBILIDAD DE LA APELACIÓN

	No señala	Art. 417
CPP CHIHUAHUA		
CPP OAXACA	24 hrs.	Art. 436
CPP ZACATECAS	5 días	Art. 453
CPP MORELOS	No señala	Art. 416
CPP HIDALGO	Inmediatamente	Art. 459
CPP ESTADO DE MÉXICO	No señala	Art. 414
CPP PUEBLA	No señala	Art. 494
LPP GUANAJUATO	24 hrs.	Art. 471
CPP DURANGO	No señala	Art. 461
CPP NUEVO LEON	Inmediatamente	Art. 439
CPP MODELO CONATRIB	24 hrs.	Art. 454

Como puede observarse algunos códigos no señalan en forma expresa un plazo para que los jueces o magistrados de apelación se pronuncien sobre la admisibilidad del recurso, al menos no lo señalan en forma expresa en las normas sobre admisibilidad del recurso, motivo por el cual en esos textos deberán aplicarse las reglas generales que señalan plazos para que los funcionarios judiciales resuelvan los asuntos a partir del momento en que son expresamente convocados para ello, cuando la ley no establece de manera especial un plazo concreto como ocurre en este caso.

El Código de Zacatecas señala cinco días, plazo que nos parece excesivo para pronunciarse sobre la admisibilidad de un recurso, en especial tomando en cuenta por un lado que generalmente se trata de decisiones simples, y por otro que muchas de las apelaciones tienen que ver con temas relacionados con la libertad de las personas, en las que la Constitución y las Leyes han establecido plazos muy breves para que los jueces se pronuncien al respecto. Pero nos parece muy poco real señalar que la admisibilidad deba resolverse "inmediatamente" después de que el Tribunal reciba los atestados, motivo por el cual nos idóneos los textos que señalan el plazo de 24 horas, tomando en cuenta que se trata de resoluciones muy simples de decidir, pero que por lo general los jueces de apelación tienen otras labores que realizar que les impide estar pendientes todo el día de los asuntos que se reciban en su oficina para pronunciarse "inmediatamente" sobre la admisibilidad.

f.- La audiencia

Con excepción del Código de Procedimientos Penales de Puebla que no lo menciona en forma expresa en el Capítulo de la apelación, todos los demás códigos que comentamos señalan en el apartado referido a la apelación la posibilidad de convocar a una audiencia ante los Magistrados o jueces de alzada, para que las partes expongan en forma oral sus agravios, argumentos y contra-argumentos, antes de que se resuelva el recurso.

Algunos de los Códigos que comentamos establecen esa audiencia como obligatoria y necesaria en todos los casos, mientras que en otros es optativa, pues depende de que así lo hayan solicitado las partes al interponer o contestar el recurso, o bien cuando lo estime necesario el Tribunal para resolver el caso.

En efecto, establecen que debe convocarse a audiencia en todos los casos de apelación los Códigos de Procedimientos Penales de Chihuahua (art. 417); Baja California (art. 413); Morelos (Art. 416); Estado de México (Art. 414); Guanajuato (art. 471); el Proyecto Federal (art. 582) y el Modelo de CONATRIB (art. 454).

Mientras que otros señalan que la audiencia sólo es posible cuando las partes lo soliciten o bien cuando lo estime necesario el Tribunal:

> ***"Admitido el recurso, el Tribunal de alzada resolverá el fondo del asunto dentro del plazo de cinco días, cuando no deba convocar a una audiencia.***
> ***El Tribunal deberá convocar a una audiencia, si al interponer el recurso o al contestarlo, alguno de los interesados considera necesario exponer oralmente sus argumentos, o bien, cuando el Tribunal lo estime útil. La audiencia se realizará dentro de los diez días siguientes de recibidas las actuaciones."***
>
> *(Art 440 CPP Nuevo León, y en forma similar 436 CPP Oaxaca; 454 CPP Zacatecas; 461 CPP Hidalgo; 461 CPP Durango)*

Parece más atendible señalar que la audiencia puede ser optativa, tomando en cuenta, entre otras cosas, i) que los recursos son esencialmente escritos, ii) que las partes generalmente se limitan en la audiencia de apelación a reiterar lo que ya expusieron por escrito en el recurso, iii) que los Magistrados tienen en su poder antes de la audiencia todo el material necesario para resolver (antecedentes, recurso, contestación, resolución apelada, copia del video de la audiencia de primera instancia), de modo que la exposición oral constituye un mecanismo para reforzar los argumentos ya expuestos en forma escrita en el recurso de apelación; y, finalmente iv) que realizar obligatoriamente audiencias en todos los casos de apelación satura las agendas de las Salas del Tribunal y hacen imposible que puedan resolver el asunto en breves plazos porque ya tienen programadas otras audiencias en forma previa.

Destacamos también que la mayoría de los textos establecen que la audiencia para expresar agravios en apelación debe realizarse dentro del plazo de los diez días siguientes, lo que en lenguaje judicial significan dos semanas. Este plazo es apropiado para la mayoría de los casos, sin embargo nos permitimos

sugerir también que se establezca una norma especial que restrinja ese plazo a tres días como máximo, cuando el objeto de la impugnación tiene que ver con la libertad de las personas, ya que en estos casos los tribunales deben proceder en breve tiempo conforme lo señala la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos aplicables en el país. No tiene sentido que la Constitución y esos tratados establezcan plazos de pocas horas para que un juez se pronuncie sobre la libertad o detención de una persona, a partir de que se le pone a su disposición, y que el sistema descrito en el Código sólo establezca esos breves plazos para los jueces de primera instancia, pero establezca plazos amplísimos para conocer de la apelación de esas decisiones, como por ejemplo esas dos semanas, cuando se trata de la libertad de las personas.

Otro aspecto importante de resaltar, que sólo lo contienen los Códigos Hidalgo y de Nuevo León, es el establecer un plazo para que el Tribunal se pronuncie, en aquellos casos en que no deba convocarse a una audiencia porque ninguna de las partes lo solicitó y el tribunal no la estima necesaria para resolver. Los Códigos que establecen esa opción por lo general no señalan un plazo especial para que el Tribunal resuelva el recurso, una vez que lo ha admitido para su trámite. En este caso los Códigos de ambos estados señalan el plazo de cinco días, que nos parece adecuado y racional.

En el desarrollo de la audiencia obviamente son aplicables todas las disposiciones comunes relacionadas con las características de la oralidad, la inmediación, publicidad, la contradicción y la continuidad, de modo que esos aspectos y las normas que establecen la excepción en casos especiales no deben reiterarse en este caso, pero si deben establecerse al menos algunas disposiciones especiales sobre su contenido.

Y así lo hacen los Códigos al señalar:

> ***"La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan, quienes podrán hacer uso de la palabra.***
> ***El imputado será representado por su defensor, pero podrá asistir a la audiencia y, en ese caso, se le concederá la palabra en último término.***
> ***En la audiencia, el juzgador podrá interrogar a los recurrentes sobre las cuestiones planteadas en el recurso.***

> ***Concluido el debate, el Tribunal pronunciará resolución de inmediato o, si no fuere posible, dentro de un plazo de tres días siguientes a la celebración de la audiencia, en fecha y hora que dará a conocer a los intervinientes en la misma. El Tribunal podrá revocar, modificar o confirmar la resolución recurrida."***
>
> *(Art. 418 CPP Chihuahua; 437 CPP Oaxaca; 414 CPP Baja Califomia; 455 CPP Zacatecas; 417 CPP Morelos; 462 CPP Hidalgo; 415 CPP Estado de México; 472 LPP Guanajuato; 462 CPP Durango; 441 CPP Nuevo León; 583 Proyecto CPP Federal; 455 Modelo CPP CONATRIB)*

De resaltar es la frase con la que inicia esta norma, al indicar que la audiencia se celebra con quienes comparezcan, con lo cual se refuerza la tesis de que el recurso es esencialmente escrito y la audiencia se realiza para darle mayor oportunidad de argumentación a las partes, pero que no resultan indispensables sus alegatos orales porque ya los han expresado por escrito.

También es importante mantener la disposición que autoriza a los Magistrados o Jueces de Apelación a interrogar a los recurrentes sobre las cuestiones planteadas en el recurso, con el fin de adquirir mayor información sobre las razones que los motivaron para solicitar la tutela judicial y la reparación de agravios.

Sería conveniente agregar que si ninguna de las partes comparece, luego de haberse convocado a la audiencia, el Tribunal pueda resolver el caso sin trámite previo alguno, dentro de los tres días siguientes, para aclarar que en estos casos no debe convocarse de nuevo a la audiencia.

Ante las dificultades de traslado de detenidos ante las Salas del Tribunal, especialmente por razones de seguridad, el Código de Nuevo León agrega en esta norma referida a la audiencia de apelación lo siguiente:

> ***"...El Juez podrá ordenar que la intervención del inculpado en la audiencia, se realice por videoconferencia, cuando éste se encuentre bajo arraigo o sujeto a prisión preventiva, o cuando su traslado pueda implicar riesgos a la seguridad del propio inculpado. Por videoconferencia se debe entender el servicio que permite que dos o más personas que***

se encuentran separadas físicamente, estén en contacto, visual y auditivo, empleando para ello una comunicación digital, bidireccional, en tiempo real de audio, video y datos..."

(Art. 441 CPP Nuevo León).

La norma nos parece acertada, siempre que sea utilizada con prudencia, para audiencias interlocutorias y muy excepcionalmente en juicio. También sería deseable que se establezca esa posibilidad no sólo para el imputado, por las razones que se expresan en esa norma, sino también para ofendidos, víctimas y testigos, en especial cuando ellos hayan sido amenazados o se tema por su seguridad, e incluso en casos de delitos sexuales o agresiones a mujeres y menores de edad, para que declaren desde su propia casa de habitación, cuando puedan verse afectadas por la presencia del posible agresor en la respectiva audiencia, norma que resultaría aplicable a todas las audiencias, incluso las de apelación, de vinculación a proceso o la de juicio oral.

Finalmente debemos precisar que los Códigos no permiten que en la audiencia ante los Magistrados o Jueces de Apelación se amplíen los agravios, pero el impedimento para esa ampliación no lo establecen de manera expresa en las disposiciones normativas, sino que esa prohibición se extrae de una interpretación de las disposiciones que establecen que el plazo para expresar agravios es el plazo del recurso, pues con la interposición del recurso deben expresarse agravios. Lo único que se admite con posterioridad, en el desarrollo de la audiencia, es que se amplíen los fundamentos de los agravios ya expuestos dentro del plazo para recurrir.

Sin embargo el Proyecto Federal establece la siguiente disposición aclaratoria:

"Una vez admitido el recurso, el tribunal citará a una audiencia de vista que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes de recibidos los registros, en la que el recurrente o el adherente si lo estiman necesario podrán exponer oralmente sus argumentos, o bien ampliar o modificar los fundamentos de la apelación y las otras partes fijar su posición en relación con los agravios."

(Art. 582 Proyecto Federal CPP)

g.- La resolución del tribunal de alzada.

Una vez finalizada la audiencia los Magistrados o Jueces de apelación deben retirarse a deliberar el caso, cuando se trata de tribunales colegiados. Las normas establecen que el Tribunal puede emitir su resolución inmediatamente o dentro de los tres días siguientes. "Inmediatamente" debe entenderse luego de que el Tribunal se haya retirado a deliberar el caso, cuando se trata de tribunales colegiados, ya que no es posible que un tribunal integrado por varios jueces presencien la audiencia e inmediatamente después de que esta concluya decidan informar el sentido de la resolución, salvo que hayan decidido el caso antes de la audiencia, lo cual constituye un atropello a los derechos de las partes, pues los han convocado a una audiencia y ya los jueces habían resuelto el asunto, cuando se supone que antes deben escuchar sus argumentos y luego decidir el caso.

Lo anterior no impide, desde luego, que los Magistrados asistan a la audiencia con un proyecto de resolución ya redactado con anterioridad, pues como indicamos ellos tiene prácticamente todo el material necesario para resolver desde antes de la audiencia y solo deben ir a la misma a escuchar la exposición oral de los argumentos de las partes, pues desde antes tienen en su poder los antecedentes, el recurso, la contestación, la resolución apelada, y copia del video de la audiencia de primera instancia, entre otras cosas. Una vez escuchados los argumentos de las partes y finalizada la audiencia los Magistrados deben retirarse a deliberar, y en ese momento deciden si ratifican el proyecto o borrador de la resolución que habían redactado con anterioridad. Por este motivo es que, como indicamos, a la parte contraria al recurso le conviene también contestar por escrito sus contra-argumentos en el término del emplazamiento, con el fin de que los Magistrados o Jueces de Apelación tengan su criterio desde antes de la audiencia, cuando ellos redactan el borrador de resolución.

Al respecto disponen los Códigos:

"...Concluido el debate, el Tribunal pronunciará resolución de inmediato o, si no fuere posible, dentro de un plazo de tres días siguientes a la celebración de la audiencia, en fecha y hora que dará a conocer a los intervinientes en la

misma. El Tribunal podrá revocar, modificar o confirmar la resolución recurrida."

Art. 418 CPP Chihuahua; 414 CPP Baja California; 417 CPP Morelos; 462 CPP Hidalgo; 420 CPP Estado de México; 474 LPP Guanajuato; 462 CPP Durango; 441 CPP Nuevo León; 583 Proyecto CPP Federal; 455 CPP Modelo CONATRIB)

Finalmente comentamos que el Tribunal puede mantener la resolución recurrida rechazando la existencia de los agravios, lo cual no necesariamente implica que hace suya la resolución recurrida; pero también puede confirmar la resolución recurrida si la estima apropiada y la hace suya; puede también revocarla total o parcialmente; y finalmente puede modificarla.

VIII.- El recurso de casación o de nulidad

En los Códigos que acogen la distinción entre apelación y casación o nulidad, como ya expusimos, el recurso de apelación viene dispuesto contra las resoluciones del Juez de Control dictadas en las estapas preparatoria e intermedia; mientras que el recurso de casación o de nulidad se dispone contra el sobreseimiento y la sentencia del Tribunal de Juicio Oral, dictados luego de desarrollarse la audiencia de juicio, con algunas particularidades que expondremos de seguida.

Para todos los efectos ténganse presentes las razones que se encuentran a la base de la distinción del recurso de apelación y de casación o de nulidad, conforme expusimos al inicio de este trabajo dedicado a los recursos, en el apartado segundo.

a.- Aplicabilidad de las reglas de apelación

En la tramitación del recurso de casación o de nulidad se aplica el procedimiento previsto para la apelación, salvo norma especial prevista en el capítulo relativo a la casación o la nulidad.

Concretamente disponen los Códigos:

"En la tramitación del recurso de casación se seguirá el procedimiento previsto para la apelación, salvo disposición en contrario."

(Art. 426 CPP Chihuahua; 441 y 443 CPP Oaxaca; 422 CPP Baja California; 461 CPP Zacatecas; 422 CPP Morelos; 468 CPP Hidalgo; 477 LPP Guanajuato; 470 CPP Durango; 448 CPP Nuevo León; y 463 CPP Modelo CONATRIB)

Por ese motivo no resulta necesario reiterar las disposiciones de la apelación también en el procedimiento para la casación o la nulidad.

Para no dejar dudas algunos Códigos agregan, al regular la audiencia de casación o nulidad, que:

"...Para celebrar la audiencia, regirán las reglas dispuestas en el recurso de apelación"

(Art. 443 CPP Oaxaca; 449 CPP Nuevo León; y 464 CPP Modelo CONATRIB)

La reiteración es innecesaria, porque ya se dispone que para la tramitación del recurso de casación o nulidad rigen las reglas de la apelación, salvo norma en contrario.

b.- Fines del recurso de casación o de nulidad

El recurso de casación va dirigido contra la sentencia o la resolución de sobreseimiento dictados en el juicio oral, así como también puede ser dirigido a invalidar la audiencia de debate misma, cuando se han infringido las formas esenciales del procedimiento o la ley sustantiva.

Se trata de un recurso cuya base sigue siendo la violación a una norma jurídica, de ahí que los Códigos expresamente establezcan:

"El recurso de casación tiene como objeto invalidar la audiencia de debate de juicio oral, o la sentencia o resolución de sobreseimiento dictada en dicha audiencia, cuando hubiere quebranto a las formalidades esenciales del procedimiento o infracción a la legalidad en la formación de las resoluciones aludidas."

(Art. 419 CPP Chihuahua; 495 CPP Puebla; 476 LPP Guanajuato; 463 CPP Durango; 443 Nuevo León; 463 CPP Hidalgo; 438 CPP Oaxaca; 415 CPP Baja California; 456 CPP Zacatecas 456 CPP Modelo CONATRIB)

Con esta disposición se mantiene la necesidad de identificar el recurso de casación como la vía para reparar una violación legal, conforme a la necesidad de que se apliquen las reglas del debido proceso legal en el procedimiento penal.

Algunos de estos textos hacen una referencia directa a la violación a la ley, como objetivo del recurso, al disponer:

> ***0"El recurso de casación podrá interponerse contra la sentencia y el sobreseimiento, dictados por el Tribunal de juicio oral.***
> ***Dicho recurso procederá cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal.***
> ***Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado provoque una nulidad, 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 violaciones a derechos fundamentales y los producidos después de clausurada la audiencia de juicio oral."***
>
> *(Art. 463 CPP Hidalgo; 438 CPP Oaxaca; 415 CPP Baja California; 456 CPP Zacatecas).*

Desde el punto de vista político se reconoce al recurso de casación como un instrumento dirigido a uniformar las interpretaciones de los tribunales y los jueces, es decir uniformar la jurisprudencia, con el fin de garantizar ciertos valores de seguridad y certeza jurídicas, así como el principio de igualdad en la aplicación de la ley. En México esta finalidad se obtiene para todo el país por medio del juicio de amparo, pero a nivel estatal se logra mediante el recurso de casación o nulidad ante el Tribunal Superior de Justicia estatal, al menos para ese ámbito territorial.

Por ese motivo la función de casación, a diferencia de la apelación, se hace descansar en tribunales únicos dentro de la estructura del Poder Judicial, por lo general a los órganos superiores, conformada en los estados por los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia.

También se le atribuye a la casación, en una perspectiva orgánica, la función de controlar disciplinariamente a los jueces y a los demás funcionarios públicos que intervienen en el juzgamiento penal, como los policías, los agentes del Ministerio Público, los defensores públicos, los peritos oficiales, y obviamente a los jueces, entre otros, pero sólo respecto de aquellas faltas cometidas en el ejercicio de sus respectivas funciones que hayan insidido en forma directa en una violación de garantías o derechos de alguno de los sujetos del proceso penal. Lo anterior porque con ocasión del recurso de casación pueden ponerse en evidencia irregularidades y arbitrariedades cometidas por éstos funcionarios, y lo que se solicita es una reparación, además de que la resolución del Tribunal de Casación servirá de base para que se apliquen consecuencias disciplinarias en los regímenes a los cuales esos funcionarios están adscritos, cuando la sentencia es puesta en conocimiento de sus superiores administrativos.

Desde el punto de vista jurídico, son dos las principales finalidades del recurso de casación:

i.- Control de mera legalidad: Por un lado y desde una perspectiva tradicional, se le atribuye a la casación el control de la legalidad del caso. Desde esta perspectiva, el recurso de casación constituye un mecanismo para que un órgano superior de justicia repare los efectos producidos por una indebida o mala aplicación de la ley, es decir su razón principal es la defensa de la ley y de la legalidad, de ahí que tradicionalmente se le asignara un procedimiento esencialmente formal.

ii.- Control de la arbitrariedad: Sin embargo hoy en día se reconoce como función principal, sin desechar la defensa de la ley, la defensa de la justicia del caso concreto para atacar la arbitrariedad en que puedan haber incurrido los funcionarios y órganos que intervienen en la administración de la justicia en el caso concreto. Ya no interesa defender la ley por sí, sino defender al ciudadano concreto cuyos derechos han sido afectados por una actuación indebida de los encargados de aplicar la ley en el caso concreto.

En consecuencia el objetivo central del recurso de casación o nulidad es hacer justicia en el caso concreto, en especial ante violaciones a los derechos fundamentales de los intervinientes en el procedimiento penal, de ahí la importancia en dejar el rigor formalista que caracterizó ese tipo de recursos en una concepción tradicional, para constituirse en un instrumento jurídico de defensa

de derechos fundamentales, mediante el cual puedan amparase los sujetos del proceso en demanda de justicia, pero conforme a derecho.

Lo anterior no significa que se deje de lado la violación de la ley, pues en su descripción básica, como expusimos arriba, los Códigos mantienen que la base del recurso continúa siendo una violación de la ley, como puerta de entradadel recurso, pero esa finalidad no es ni la única ni la fundame

c.- Condiciones de interposición

Conforme a los Códigos que comentamos, las condiciones de interposición de los recursos son las siguientes:

i.- Debe presentarse por escrito.
ii.- Se interpone ante el Tribunal que dictó la resolución impugnada.
iii.- Regularmente en el plazo de diez días, con excepción de Zacatecas que lo establece en quince días.
iv.- Deben señalarse los motivos de agravio en que se sustenta.
v.- Deben señalarse las disposiciones legales que se acusan de violadas.

Esos requisitos los describen adecuadamente los Códigos al disponer:

> ***"El recurso de casación se interpondrá ante el Tribunal que conoció del juicio oral, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, mediante escrito en el que se precisarán las disposiciones violadas y los motivos de agravio correspondientes."***
>
> *(Art. 420 CPP Chihuahua; 440 CPP Oaxaca; 416 CPP Baja Califomia; 458 CPP Zacatecas; 418 CPP Morelos; 464 CPP Hidalgo; 496 CPP Puebla; 477 LPP Guanajuato; 464 CPP Durango; 444 CPP Nuevo León; 457 CPP Modelo CONATRIB)*

En esa misma norma algunos Códigos agregan algunos otros requisitos de interposición referidos a la forma de exponer los motivos del recurso, sin embargo a esas disposiciones haremos referencia cuando abordamos los motivos o causales del recurso de casación.

d.- Efectos de la interposición del recurso de casación

Es importante que la ley defina en forma concreta los efectos que produce la interposición del recurso respecto de la ejecutoriedad o no ejecutoriedad de la resolución recurrida, en este caso la sentencia.

La norma debe estar en armonía con la regla general que se haya establecido en el Código, en el apartado referido a los "Aspectos Generales" de los Recursos, respecto a los efectos que producen por regla general lainterposición de los recursos, salvo regla en contrario.

Para ello debemos recordar las reglas generales, ya señaladas en este trabajo sobre los Recursos, en el Apartado IV.f, dedicado al efecto suspensivo o no suspensivo de los recursos, donde señalamos que la mayoría de los Códigos establecen como regla que la interposición de los recursos, en general, no suspende la ejecución de la decisión que se esté cuestionando en el recurso, salvo que la ley expresamente disponga lo contrario.

Como indicamos, los Códigos que establecen un **efecto no suspensivo** de los recursos, al menos como regla general, señalan:

> ***"La interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que la ley disponga lo contrario."***
>
> *(Art. 406 CPP Chihuahua; 402 CPP Baja California; 406 CPP Morelos; 447 CPP Hidalgo; 410 CPP Estado de México; 483 CPP Puebla; 467 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 450 CPP Durango; 428 CPP Nuevo León; 578 y 579 Proyecto CPP Federal; 443 CPP Modelo CONATRIB)*

Pero algunos Códigos establecen como regla un **efecto suspensivo de los recursos**, y para esos propósitos disponen:

> ***"La resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición legal en contrario."***
>
> *(Art. 424 CPP Oaxaca; 442 CPP Zacatecas).*

Como expusimos arriba (Apartado IV.f) cualquiera que sea la forma en que se haya dispuesto la regla general sobre los efectos

de los recursos, en ninguno de los sistemas procesales se ejecuta la sentencia condenatoria mientras se tramita el recurso de casación o de nulidad, pues la solución está en las excepciones y no en la regla general, es decir en la norma que debe señalarse en el Capítulo de la Casación referida a los efectos que produce ese recurso respecto a la ejecución de la sentencia.

Por consiguiente, en los Códigos cuya **regla general** sobre los efectos de la interposición de los recursos sea la **no suspensión de la ejecución de lo resuelto,**incluyen en el Capítulo de la Casación o nulidad una norma que establece la excepción a la regla general de la ejecución inmediata de lo resuelto referida a la sentencia condenatoria, como la siguiente:

> ***"La interposición del recurso de casación suspende los efectos de la sentencia condenatoria recurrida..."***
>
> *(Art. 421 Chihuahua; 417 CPP Baja California; 465 CPP Hidalgo; 409 CPP Estado de México; 497 CPP Puebla; 478 Ley del Proceso Penal de Guanajuato; 465 CPP Durango; 580 Proyecto CPP Federal; 458CPP Modelo CONATRIB)*

En otras palabras estos Códigos señalan que el recurso de casación o de nulidad sí suspende los efectos de la sentencia condenatoria recurrida, porque en el Capítulo de Generalidades de los Recursos establecieron como regla general que la interposición de los recursos no suspende la ejecución de lo resuelto salvo regla en contrario, es decir necesitaban señalar como regla en contrario que tratándose de la sentencia condenatoria la interposición del recurso sí produce la suspensión de lo resuelto.

Mientras que en los Códigos que acogen como regla general que todos los recursos producen la suspensión de lo resuelto, salvo norma en contrario **(art. 424 CPP Oaxaca; art. 442 CPP Zacatecas)** no tendrían que establecer ninguna referencia excepcional a la sentencia condenatoria, porque en esos sistemas la ejecución estaría excluida con la aplicación de la regla general que señala que en todos los casos, salvo norma en contrario, el recurso suspende los efectos de la resolución recurrida. En estos sistemas los Códigos deberán hacer referencia a otras excepciones, como por ejemplo, en la resolución que imponga la prisión preventiva, la cual debe ejecutarse en forma inmediata aún cuando se interponga contra ella el recurso de apelación ante el superior del Juez.

e.- Admisibilidad del recurso

A pesar de que en las reglas generales de los recursos y en ocasiones también al regular la apelación, hay normas que establecen requisitos y condiciones de admisibilidad que le resultan aplicables también al recurso de casación o de nulidad, algunos Códigos reiteran algunas y agregan otras condiciones de admisibilidad.

En concreto disponen:

> ***"El Tribunal de Casación declarará inadmisible el recurso cuando:***
> ***I. Haya sido interpuesto fuera del plazo;***
> ***II. Se hubiese deducido en contra de resolución que no fuere impugnable por medio de casación;***
> ***III. Lo interpusiese persona no legitimada para ello; o***
> ***IV. El escrito de interposición careciere de fundamentos de agravio o de peticiones concretas."***
>
> *(Art. 422 CPP Chihuahua; 417 CPP Baja California; 460 CPP Zacatecas; 419 CPP Morelos, 498 CPP Puebla; 466 CPP Durango; 459 CPP Modelo CONATRIB).*

En el fondo todas esas causales de admisibilidad establecidas para el recurso de casación o de nulidad pueden establecerse también para el recurso de apelación, de modo que podrían establecerse en genérico y en el Capítulo relativo a la casación ya no sería necesario reiterar las reglas de admisibilidad porque todas las reglas de la apelación le resultan aplicables, salvo disposición especial en contrario. Así lo hacen los Códigos de Hidalgo y Nuevo León **(Arts. 460 CPP Hidalgo y 439 CPP Nuevo León),** como lo señalamos arriba en este trabajo, en el **apartado VII.e** al referirnos a la admisibilidad de la apelación.

f.- Los motivos de casación o nulidad

Como lo hemos venido exponiendo y lo resaltamos arriba al establecer la necesidad de distinguirlo de la apelación **(Apartado II),** la casación requiere de causales específicas señaladas en forma taxativa en la ley, para que puedan ser invocadas como un motivo especial de impugnación.

f.1.- La separación de motivos en la exposición de los agravios

En una adecuada técnica del recurso de casación o de nulidad, es indispensable ser muy ordenado y sistemático al momento de exponer los motivos o agravios en que se sustenta el recurso de casación o de nulidad y los fundamentos referidos a cada uno de esos motivos o agravios.

Por lo general los recurrentes tienden a mezclar los motivos en que sustentan sus agravios, así como los fundamentos en los que se basan para reclamarlos, en virtud de la relación que existe, en muchos casos, entre unos y otros.

En algún momento del desarrollo del recurso de casación en materia penal, según los nuevos modelos de oralidad, se estuvo exigiendo como un requisito formal la separación de motivos, de manera muy rigurosa y formal, al extremo de constituirse en la principal causa de rechazo de los reclamos en admisibilidad, cuando no se realizaba la separación con una verdadera técnica, que en ocasiones exigía mucha destreza, porque los agravios siempre están interlacionados unos con otros. Esta exigencia se mantuvo hasta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya referida antes, y algunas decisiones de Tribunales Constitucionales en América Latina, determinaron que esos requisitos formales debían ceder ante la necesidad de realizar una verdadera tutela judicial efectiva por medio de los recursos, como un derecho fundamental de las personas, según se expuso arriba (**Apartado I).**

Lo anterior no significa que en la exposición de sus reclamos los recurrentes no deban hacer una adecuada separación de sus agravios o motivos, cada uno con sus apropiados fundamentos, como una forma de ordenar sus ideas y sus pretensiones, tanto ante el Tribunal que va a resolver, como ante la parte contra la cual se encuentra litigando, sea del lado de la defensa, de la acusación del Ministerio Público o de la víctima.

Algunos Códigos establecen simplemente que el recurso debe interponerse señalando las normas que se estiman violadas y los motivos de agravio, pero no disponen en forma expresa que deban separase cada uno de los motivos.

Al efecto señalan :

> ***"El recurso de casación se interpondrá ante el Tribunal que conoció del juicio oral, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, mediante escrito en el que se precisarán las disposiciones violadas y los motivos de agravio correspondientes."***
>
> *(Art. 420 CPP Chiahua; 416 CPP Baja Califomia; 496CPP Puebla; 464 CPP Durango)*

Sin embargo otros sí refieren expresamente que los motivos de agravio deben separarse unos de otros al momento de exponerlos en el recurso de casación o de nulidad, y estimamos que esta norma es preferible a la anterior, porque orienta a las partes y al Tribunal para determinar las pretensiones de quien demanda tutela judicial en un caso concreto, máxime que el recurso de casación o de nulidad es un recurso técnico, es una demanda judicial que pretende le restablezcan a un imputado o a una víctima sus derechos fundamentales que han sido violados en un determinado proceso penal.

Al efecto disponen estos Códigos:

> ***"El recurso de casación se interpondrá ante el Tribunal que conoció del juicio oral, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, mediante escrito en el que se precisarán las disposiciones violadas, los motivos de agravio correspondientes y se expresará cuál es la pretensión.***
>
> ***Deberá indicarse, por separado, cada motivo con sus fundamentos. Fuera de esta oportunidad no podrá alegarse otro motivo."***
>
> *(Art. 464 CPP Hidalgo; 458 CPP Zacatecas; 418 CPP Morelos; 444 CPP Nuevo León y 457 CPP Modelo CONATRIB)*

Con esta disposición no sólo se establece la necesidad de que en el recurso de casación o de nulidad se expresen las normas violadas y los motivos de agravio, sino también que se exprese cuál es la pretensión del recurrente, además de la exigencia de ordenar su reclamo, presentando cada motivo y sus fundamentos debidamente separados unos de otros, como una ordenada demanda.

f.2.- Tipo de motivos o causales

Es normal que los abogados recurrentes en casación o nulidad invoquen varias causales o agravios en un mismo recurso, y por lo general lo hacen señalando si se trata de un motivo de forma o fondo.

Esta práctica se sigue porque, por un lado, la forma de restablecer los derechos violados podría ser distinta frente a un recurso por la forma que ante un recurso por el fondo, en virtud de que en el primero se buscaría un nuevo juzgamiento conforme a derecho, mientras que en el segundo que se corrija la sentencia aplicando el derecho de fondo correspondiente, salvo que se justifique un juicio de reposición. Sobre las consecuencias que produce declarar con lugar el agravio véanse nuestras observaciones más adelante **(en este mismo apartado VIII, acápite j).**

Pero además, esa práctica de dividir las causales en dos grupos, con normas distintas, se sigue también porque la mayoría de los Códigos que comentamos han pretendido distinguir las causales que implican violación a disposiciones legales de forma de las causales que implican violaciones a leyes de fondo, no siempre con muy buen suceso.

Hacen esa distinción de motivos los **Códigos de Chihuahua (arts. 423 y 424); Baja California (arts. 419 y 420); Puebla (arts. 499 y 500); Guanajuato (arts. 479 y 480); Durango (arts. 467 y 468); Nuevo León (arts. 445 y 446); y el Modelo de CONATRIB (arts. 460 y 461).**

La distinción no es muy clara, pues en una norma dichos Códigos establecen **"Motivos de casación de carácter procesal"** y en otra **"Motivos de casación de la sentencia"**, pero tanto en una como en la otra incluyen causales de carácter procesal, de modo que la ubicación de la causal en una de las dos disposiciones no resulta determinante para establecer la naturaleza del reclamo. Por otra parte, también encontramos causales reiteradas en ambas normas. Así por ejemplo, en una norma encontramos como causal que se hubiere violado el derecho de defensa o de contradicción, y en la otra norma encontramos una violación específica al derecho de defensa, como resulta ser la violación al principio de congruencia con la acusación, lo que obviamente se traduce en una violación al derecho de defensa, tornando en difícil distinguir cuándo estamos ante una violación establecida en una de las normas y cuándo en la otra.

Otros textos, por el contrario, no hacen esa distinción normativa, y establecen en una sola disposición los **"motivos de casación"**, así lo hacen los Códigos de Hidalgo (art. 466) y Morelos (art. 420), forma que nos parece más recomendable, sin perjuicio de las diferencias que puedan existir en las consecuencias que producen cada uno de los agravios cuando son declarados con lugar, conforme a la naturaleza de cada reclamo, aspecto al que nos referimos más adelante **(en este mismo apartado VIII, acápite j).**

Lo importante es que, al menos, en el momento de formularse el reclamo se tenga claro que se trata de una violación a normas de procedimiento o de una violación a normas de fondo o de derecho sustantivo, pues ello le permitirá al recurrente, al oponente y al Tribunal, tener una mejor orientación para abordar el asunto cada uno desde su perspectiva según las funciones que representa en determinado proceso.

Independientemente de la clasificación antes referida, los Códigos adoptan las siguientes causales:

CASACION O NULIDAD	
MOTIVOS O CAUSALES	**CPP**
1.- En la tramitación de la audiencia de debate de juicio oral se hubieren infringido derechos fundamentales asegurados por la Constitución Federal o Local, o por los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano que se encuentren vigentes	**Chihuahua (423.I); Baja California (419.I); Morelos (420.I); Hidalgo (466.I); Puebla (499.I); Guanajuato (479.V); Durango (467.I); Nuevo León (445.I); Modelo CPP CONATRIB (460.a)**
2.- La sentencia hubiere sido pronunciada por un Tribunal incompetente o que, en los términos de la ley, no garantice su imparcialidad.	**Chihuahua (423.II); Baja California (419.II); Morelos (420.II); Hidalgo (466.II); Puebla (499.II); Guanajuato (479.I); Durango (467.II); Nuevo León (445.II); Modelo CPP CONATRIB (460.b)**
3.- La audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exige la Ley	**Chihuahua (423.III); Baja California (419.III); Morelos (420.III); Hidalgo (466.III); Puebla (499.III); Guanajuato (479.II); Durango (467.III); Nuevo León (445.III); Modelo CPP CONATRIB (460.c)**

CASACION O NULIDAD	
4.- Se hubiere violado el derecho de defensa o el de contradicción	Chihuahua (423.IV); Baja California (419.IV); Morelos (420.IV); Hidalgo (466.IV); Puebla (499.IV); Guanajuato (479.III); Durango (467.IV); Nuevo León (445.IV); Modelo CPP CONATRIB (460.d)
5.- En el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad, oralidad y concentración del juicio, siempre que se vulneren derechos de las partes.	Chihuahua (423.V); Baja California (419.V); Morelos (420.V); Puebla (499.V); Guanajuato (479.IV); Durango (467.V); Nuevo León (445.V); Modelo CPP CONATRIB (460.e)
6.- Violara, en lo que atañe al fondo de la cuestión debatida, un derecho fundamental o la garantía de legalidad	Chihuahua (424.I); Baja California (420.I); Morelos (420.VI); Hidalgo (466.XI); Puebla (500.I); Guanajuato (480.I); Durango (468.I); Nuevo León (446.I; Modelo CPP CONATRIB (461.a)
7.- Carezca de fundamentación, motivación, o no se hubiese pronunciado sobre la reparación del daño.	Chihuahua (424.II); Baja California (420.II); Morelos (420.VII); Hidalgo (466.V y VI); Puebla (500.II); Guanajuato (480.II); Durango (468.I)I; Nuevo León (446.II); Modelo CPP CONATRIB (461.b)
8.- Haya tomado en cuenta una prueba ilicita que trascienda al resultado del fallo	Chihuahua (424.III); Baja California (420.III); Morelos (420.VIII); Hidalgo (466.VIII); Puebla (500.III); Guanajuato (480.III); Durango (468.III); Nuevo León (446.III); Modelo CPP CONATRIB (461.c)
9.- No hubiese respetado el principio de congruencia con la acusación	Chihuahua (424.IV); Baja California (420.IV); Morelos (420.IX); Hidalgo (466.X); Puebla (500.IV); Guanajuato (480.IV); Durango (468.IV); Nuevo León (446.V; Modelo CPP CONATRIB (461.d)
10.- Hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada	Chihuahua (424.V); Baja California (420.V); Morelos (420.X); Puebla (500.V); Guanajuato (480.V; Durango (468.V); Nuevo León (446.VI); Modelo CPP CONATRIB (461.e)

CASACION O NULIDAD	
11.- Al apreciar la prueba, no se hubieran observado las reglas de la sana crítica, de la experiencia o de la lógica, o se hubiere falseado el contenido de los medios de prueba.	Chihuahua (424.VI); Baja California (420.VI); Morelos (420.XI); Hidalgo (466.VII); Puebla (500.VI); Guanajuato (480.VI); Durango (468.VI); Nuevo León (446.VII); Modelo CPP CONATRIB (461.f)
12.- La acción penal esté extinguida	Chihuahua (424.VII); Baja California (420.VII); Morelos (420.XII); Puebla (500.VII); Guanajuato (480.VII); Durango (468.VII); Nuevo León (446.VIII); Modelo CPP CONATRIB (461.g)
13.- Que la sentencia 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	Hidalgo (466.IX)
14.- En el razonamiento judicial no se haya incluido una prueba decisiva, y, por lo tanto, se haya hecho un examen parcial, y no integral, del acervo probatorio	Nuevo León (446.IV)

Como puede apreciarse, los Códigos que legislan sobre el recurso de casación o de nulidad, establecen prácticamente las mismas causales para formular este recurso, con las excepciones que anotamos de seguido.

En efecto, las causales son similares en todos, salvo Hidalgo que no establece en forma expresa las causales numeradas en la lista anterior con el 5, el 10 y el 12, pero agrega la causal número 13; mientras que Nuevo León establece todas y agrega la número 14.

Respecto de las causales 5, 10 y 12 no mencionadas en forma expresa en la lista que hace el Código de Hidalgo debemos indicar que en el fondo están contenidas en otras causales o motivos de casación y por ello los agravios que podrían fun-

damentarlos pueden ser invocados en un recurso de casación o nulidad conforme al Código de Hidalgo, pero sustentados en otra disposición normativa.

La causal 5 establece como motivo de casación que: "***En el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad, oralidad y concentración del juicio, siempre que se vulneren derechos de las partes.***" El Código de Hidalgo no la contempla porque podríamos estimarla subsumida en la causal número 1, que si mantiene el Código de Hidalgo y que señala: ***"En la tramitación de la audiencia de debate de juicio oral se hubieren infringido derechos fundamentales asegurados por la Constitución Federal o Local, o por los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano que se encuentren vigentes.***" Ello es así porque las disposiciones sobre publicidad, oralidad y concentración se encuentran reguladas tanto en la Constitución como en algunas Convenciones Internacionales, constituyéndose en requisitos fundamentales para el juzgamiento conforme a las reglas del debido proceso legal.

La causal 10 señala "***Hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada",*** y podríamos considerarla subsumida en la causales 1, 4 y 6 en la medida en que la primera implica una violación a un derecho fundamental de igualdad jurídica, producido en la audiencia de juicio oral, que también se traduce en una violación a los derechos de defensa del imputado, y todos estos últimos aspectos son los que se regulan en las causales 1, 4 y 6.

Finalmente la causal 12 que establece ***"La acción penal esté extinguida"*** podríamos considerarla subsumida en las causales 4 (violación al derecho de defensa del imputado) y 6 (violación a un derecho fundamental).

No obstante ese ejercicio que realizamos para justificar la ausencia de algunas causales en el texto legislativo de uno de los Códigos, por un lado resultaría preferible que en la redacción se siga una sola lista de causales o motivos, sin perjuicio de que luego se establezcan formas distintas de reparar la violación de derechos en que se sustentan; y por el otro, también estimamos conveniente incluir todas las causales en la redacción de la norma, incluyendo las que agregan los Códigos de Hidalgo (causal

13) y de Nuevo León (causal 14), aún cuando éstas últimas podríamos considerarlas también incluidas en otras causales ya descritas. Las dos causales agregadas (13 y 14) ocurren con mucha frecuencia en la practica judicial, y aún cuando podrían estimarse ya incluidas en la lista anterior, su presencia viene a confirmar la posibilidad para las partes de argumentar esos motivos concretos y autoriza al Tribunal de Casación a conocer de esos agravios, sin que debamos realizar mayores esfuerzos explicativos para que esos temas puedan ser debatidos y examinados por medio del recurso, dada su reiteración y su importancia para subsanar una posible arbitrariedad judicial.

g.- Desahogo de prueba en casación

Los Códigos reconocen la necesidad de que se pueda ofrecer prueba en casación.

En primer lugar todos reconocen que se pueda ofrecer prueba cuando se trate de un agravio de forma, y sea necesario contradecir las constancias oficiales que se hayan introducido al procedimiento para dar fe que el acto se realizó de cierta manera. En este caso la prueba debe ofrecerse para que no se tenga por cierto lo que se hace constar en los legajos del proceso, o lo que se haya desahogado en ese sentido en la audiencia.

En tal sentido los Códigos disponen

> ***"Podrá ofrecerse prueba cuando el recurso se fundamente en un defecto del proceso 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..."***
>
> *(Art. 427 CPP Chihuahua; 423 CPP Baja California; 444 CPP Oaxaca; 462 CPP Zacatecas; 423 CPP Morelos; 469 CPP Hidalgo; 503 CPP Puebla; 471 CPP Durango; 450 CPP Nuevo León; 465 CPP Modelo CONATRIB)*

La única excepción a esa norma la establece el Código de Guanajuato, que señala que en ese supuesto sólo puede ofrecerse prueba superviniente, reduciendo las posibilidades de probar las irregularidades cometidas en la tramitación del proceso cuando ellas sean el fundamento de un reclamo en casación (art. 482 CPP Guanajuato).

Pero con excepción de los Códigos de Chihuahua, Guanajuato y el Modelo de CONATRIB, todos los demás establecen otros supuestos en los cuales se puede ofrecer prueba, especialmente en defensa de los derechos del acusado, siguiendo en ello la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida en que ella ha señalado la necesidad de fortalecer el derecho del imputado de recurrir contra la sentencia condenatoria, mediante un recurso idóneo que permita conocer a profundidad los agravios reclamados, conforme a las reglas del debido proceso.

En tal sentido estos Códigos disponen:

> ***"También es admisible la prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando:***
> ***I. Sea indispensable para sustentar el agravio que se formula; o,***
> ***II. Se actualicen los supuestos del recurso de revisión.***
> ***El Ministerio Público, el acusador coadyuvante, el actor civil o la víctima u ofendido en el caso de que hayan ejercido acción penal privada, podrán ofrecer prueba esencial para resolver el fondo del reclamo, sólo cuando tengan el carácter de superviniente.***
> ***Cuando se haya recibido prueba oral, los que la hubieren recibido deberán integrar el Tribunal al momento de la decisión final."***
>
> *(Art. 423 CPP Baja California; 444 CPP Oaxaca; 462 CPP Zacatecas; 423 CPP Morelos; 469 CPP Hidalgo; 503 CPP Puebla; 471 CPP Durango; 450 CPP Nuevo León)*

Esta disposición representa una exigencia derivada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción se ha sometido México, al igual que el resto de los países latinoamericanos.

El Código de Zacatecas agrega, en esta norma, una disposición que en otros textos legilativos se deduce de las reglas generales, en la medida en que se autoriza rechazar aquella prueba ofrecida que no sea pertinente para resolver el reclamo. En tal sentido dispone:

> ***"El Tribunal que conoce del recurso de nulidad contra la sentencia rechazará aquella prueba oral que sea manifiestamente improcedente o innecesaria."***
>
> *(Art. 462 CPP Zacatecas)*

Esta regla debería ser consignada en un capítulo referido en general a la admisibilidad de la prueba, aplicable a todos los supuestos en los cuales deba admitirse la prueba, y que en la mayoría de los textos aparece entre las normas de la audiencia intermedia, norma que también resultaría aplicable tratándose de ofrecimientos de prueba realizados en otras oportunidades procesales.

h.- La audiencia de casación

Como apuntamos arriba las reglas previstas para la apelación son aplicables al trámite de la casación o nulidad, salvo disposición en contrario **(Apartado VIII.a)**.

En consecuencia, todas las normas que regulan el trámite de la audiencia de apelación, a las cuales ya nos referimos con anterioridad, resultan aplicables a la casación o nulidad, salvo las disposiciones especiales que los Códigos establezcan al regular el recurso de casación o de nulidad **(ver Apartado VII.f)**.

Por lo anterior, cuando el Código no contiene reglas especiales referidas a la audiencia de casación, resultan aplicables las normas que regulan la audiencia de apelación.

Ello significa que si se ha establecido que la audiencia de apelación debe realizarse en todos los casos, y no se establece nada en el Capítulo de la casación o la nulidad, habrá que realizar audiencia ante el Tribunal de Alzada en todos los casos de casación o nulidad. Por el contrario, si se han establecido en apelación reglas que señalan que la audiencia se realiza optativamente, sólo cuando lo solicitan las partes o lo estima necesario el Tribunal, y en el Capítulo de Casación o nulidad no se hace ninguna referencia, resultará aplicable entonces la regla optativa de la audiencia de apelación a la audiencia de casación o nulidad, con plazos iguales.

Como indicamos al referirnos a la audiencia de apelación, resultaría preferible que la audiencia de casación o nulidad se realice sólo optativamente, cuando alguna de las partes lo soli-

cite, o lo estime necesario el Tribunal de Alzada para resolver el recurso **(ver Apartado VII.f).** Lo ideal es que este aspecto se regule en la apelación, y se aplique también a la casación, como lo hacen otros Códigos, como por ejemplo el de Hidalgo, sin reiterar la norma en casación.

i.- Los plazos en casación o nulidad

Además de la necesidad de establecer si la audiencia debe realizarse en todos los casos o bien optativamente, cuando lo pidan las partes o lo considere necesario el Tribunal, es importante regular el tema de los plazos en tres sentidos:

i.1.-Fijar plazo para resolver admisibilidad y fondo cuando no deba convocarse a audiencia, que cosideramos podría ser de 10 días a partir recibidas las actuaciones.

i.2- Fijar plazo para que se realice la audiencia, cuando ésta deba convocarse, que podría ser dentro de los 10 días siguientes a que se reciban las actuaciones.

i.3.- Fijar plazo para resolver después de terminada la audiencia, que podría ser inmediatamente o dentro de los 3 días siguientes.

Al igual que ocurre con la apelación, no todos los códigos fijan todos estos plazos al regular la casación o nulidad.

Algunos Códigos establecen reglas especiales aplicables a la audiencia de casación o nulidad, reiterando disposiciones de la apelación pero fijando plazos distintos para convocar a la audiencia y para resolver el recurso de casación o nulidad.

Así lo hacen los Códigos de **Nuevo León (arts. 448 y 449); Oaxaca (art. 443); Baja California (art. 422); Puebla (504); Zacatecas (art. 461); Durango (470); Hidalgo (470) y el Código Modelo de CONATRIB (art. 464),** normas en las cuales fijan plazos distintos para que el Tribunal de Alzada resuelva la admisibilidad, convoque a la audiencia y resuelva el fondo, pero no de una manera sistémica.

PLAZOS EN CASACIÓN O NULIDAD

CPP DE	ADMISIBILIDAD Y FONDO**	CONVOCATORIA AUDIENCIA	FONDO	ARTICULOS
CHIHUAHUA	No señala *	No señala*	No señala*	
OAXACA	No señala*	15 días	No señala*	443
ZACATECAS	No señala*	15 días	No señala*	461
BAJA CALIFORNIA	5 días	No señala*	No señala*	422
MORELOS	No señala*	No señala*	No señala *	
HIDALGO	No señala*	No señala*	10 días *	470
GUANAJUATO	No señala*	No señala*	No señala *	
PUEBLA	No señala*	10 días	10 días	504
DURANGO	No señala*	20 días	No señala*	470
NUEVO LEON	15 días	15 días	Inmediatamente o en 15 días	448 y 449
MODELO CONATRIB	No señala*	15 días	No señala *	464

*No señala ese plazo concreto en el Capítulo de Casación, en algunos Códigos se aplican los plazos establecidos para esos efectos en la apelación, pero muchos Códigos también omiten señalar esos plazos en apelación **(Ver arriba Apartado VII, puntos e y f).**
**Cuando no deba convocarse a audiencia.

El cuadro anterior es muy significativo porque refleja la necesidad de que en los textos se regulen los plazos, y no tener que recurrir a reglas generales para subsanar las omisiones.

j.- La resolución del Tribunal

Es indispensable establecer reglas que señalen algunas características especiales de la sentencia del Tribunal de Casación o nulidad, en especial que refiera la posibilidad de decretar nulidades parciales, de redimensionar los efectos de la nulidad en las actuaciones del procedimiento y disponga también.

Algunos de los Códigos mexicanos que comentamos son muy escuetos, mientras que otros contienen normas más explicativas, pero todos hacen referencias al respecto.

En tal sentido disponen:

"En la sentencia, el Tribunal deberá exponer los fundamentos y motivos que sirvieron de base para su decisión.
Asimismo, se pronunciará sobre todas las cuestiones controvertidas, salvo que acogiere el recurso con base en alguna causal que fuere suficiente para anular la sentencia.
Si declara con lugar el recurso, el Tribunal de Casación invalidará total o parcialmente la sentencia, así como las demás actuaciones correlacionadas, y de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, determinará si pronuncia directamente una resolución de reemplazo, o si ordena la reposición de la audiencia de juicio oral, según corresponda."

(Art. 472 CPP Hidalgo; 425 CPP Morelos, 505 CPP Puebla; 483 CPP Guanajuato; 472 CPP Durango, 466 CPP Modelo CONATRIB; 446 CPP Oaxaca; 424 CPP Chihuahua; 424 CPP Baja Califomia; 464 Zacatecas).

No todos los Códigos redactan esa disposición en iguales términos. La norma transcrita corresponde al Código de Hidalgo y también aparece en forma muy similar en otros estados. Esta norma regula uno de los problemas más delicados que deben afrontarse en casación, una vez que el Tribunal de Alzada decide acoger el reclamo contenido en el recurso: determinar si ordena la reposición del procedimiento o asume el asunto pronunciando directamente la sentencia de reemplazo.

Esa situación viene parcialmente afrontada en los Códigos que hacen una distinción de las causales entre dos normas, que han denominado una "**Motivos de casación de carácter procesal"** y otra "**Motivos de casación de la sentencia".**

Para los motivos o causales que han denominado como **"Motivos de casación de carácter procesal"** disponen:

"...En estos casos, el Tribunal de Casación ordenará la celebración de un nuevo juicio, enviando el auto de apertura de juicio oral a un Tribunal competente, integrado por jueces distintos a los que intervinieron en el juicio anulado.

(Párrafo final de los arts. 423 CPP Chihuahua; 419 CPP Oaxaca; 499 CPP Puebla; 479 LPP Guanajuato; 467 CPP Durango; 445 CPP Nuevo León; 460 CPP Modelo CONATRIB).

Mientras que para los motivos o causales que han denominado **"Motivos de casación de la sentencia"** disponen:

En estos casos, el Tribunal de Casación invalidará la sentencia y, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, determinará si pronuncia directamente una resolución de reemplazo, o si ordena la reposición de la audiencia de debate de juicio oral, en los términos del artículo anterior.

(Párrafo final de los arts. 424 CPP Chihuahua; 420 CPP Oaxaca; 500 CPP Puebla; 480 LPP Guanajuato; 468 CPP Durango; 446 CPP Nuevo León; 461 CPP Modelo CONATRIB).

Estas reglas podríamos considerarlas una solución si es que la separación de causales no generara ninguna discusión, y siempre tuviésemos claro cuándo estamos ante un determinado agravio y cuándo ante otro. Sin embargo como ya expusimos antes **(en este mismo apartado VIII, acápite f.2)** en algunos casos es difícil distinguir cuándo estamos en presencia de una causal relativa a una de esas dos normas y cuándo en la otra, pues hay temas que podríamos considerarlos incluidas en ambas disposiciones, lo que torna complejol establecer entonces la consecuencia que debe aplicarse en el caso concreto.

Por ese motivo, como expusimos arriba, pareciera preferible no hacer una distinción de las causales según esa descripción normativa ya indicada **(en este mismo apartado VIII, acápite f.2),** y en su lugarpermitir que los Tribunales de Casación vayan definiendo en la práctica jurisprudencial cuándo se ordena un reenvío y cuándo no.

Desde luego que algunas reglas deben establecerse y en principio podría afirmarse que en todos los casos de violación a ley sustantiva, el Tribunal de Casación debiera dictar la sentencia de reemplazo, sin ordenar la reposición del procedimiento y un juicio de reenvío. Mientras que en las violaciones de forma consideramos que debe aplicar criterios de necesidad y razonabilidad para discernir cuándo conviene la reposición del juicio y la sentencia, y cuándo debe asumir directamente la sentencia de reemplazo, conforme a las necesidades del caso concreto, la naturaleza del agravio y las posibilidades de reparar el vicio en un procedimiento renovado o directamente en casación.

Pero esta fórmula se enfrenta también con otra discusión jurídica que la torna incierta en determinados casos, pues de-

pende de una distinción de las causales entre motivos de forma y motivos de fondo, que la ley no hace de manera categórica pues existen temas jurídicos que mantienen características periféricas en ambos sentidos, como los temas relacionados con la acción, las causas exitintivas de la responsabilidad penal, el tema probatorio, entre muchos otros aspectos.

Por ese motivo estimamos preferible una norma como la que transcribimos arriba del Código de Hidalgo y que también está ya contenida en varios Códigos que no hacen una distinción entre las causales, permitiendo un grado de flexibilidad sobre la manera en que se pueden reparar los agravios cuando el Tribunal declara con lugar la reclamación del recurrente, norma que transcribimos de nuevo en forma parcial:

> ***"...Si declara con lugar el recurso, el Tribunal de Casación invalidará total o parcialmente la sentencia, así como las demás actuaciones correlacionadas, y de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, determinará si pronuncia directamente una resolución de reemplazo, o si ordena la reposición de la audiencia de juicio oral, según corresponda."***
>
> *(Art. 472 CPP Hidalgo; 425 CPP Morelos, 505 CPP Puebla; 483 CPP Guanajuato; 472 CPP Durango, 466 CPP Modelo CONATRIB; 446 CPP Oaxaca; 424 CPP Chihuahua; 424 CPP Baja California; 464 Zacatecas).*

Esas potestades atribuidas a los Magistrados de Casación deberán ejercerlas tomando como base los argumentos expuestos por las partes al momento de exponer y defensor o atacar los agravios expresados en el recurso, así como también al momento de expresar la petitoria o pretensión.

En este sentido el deber de formular una pretensión con el recurso de casación o nulidad se exige al recurrente que exprese con claridad qué pretende del Tribunal de Casación, y deberá justificar las razones por las cuales plantea una determinada solicitud ya sea de reenvío a un nuevo juicio o que el Tribunal aplique la ley y resuelva definitivamente el asunto. Cualquiera que sea su pretensión deberá estar sustentada en los reclamos, y la parte contraria podrá expresar también su opinión, expresando sus argumentos respecto de las causales invocadas en el recurso y de las pretensiones del recurrente.

En armonía con esa situación algunos Códigos agregan disposiciones orientadoras para el Tribunal y las partes, con el fin de que ejerzan esas funciones en conforme a los principios y características de un sistema de justicia propio de un Estado de derecho y propio de una democracia, según las reglas del debido proceso legal.

En este sentido disponen algunos:

> ***"El Tribunal que conoce del recurso de nulidad contra la sentencia apreciará la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, examinando las actuaciones y los registros de la audiencia, de modo que pueda valorar la forma en que los jueces de juicio apreciaron la prueba y fundamentaron su decisión. Si no tuviere registros suficientes para realizar esa apreciación, puede reproducir en nulidad (casación) la prueba oral del juicio que en su criterio sea necesaria para examinar la procedencia del reclamo, valorándola en relación con el resto de las actuaciones.***
>
> ***De igual manera podrá valorar en forma directa la prueba que se hubiere introducido por escrito al juicio."***
>
> *(Art. 463 CPP Zacatecas; 424 CPP Morelos; 471 CPP Hidalgo)*

Conviene anotar que algunos Códigos también hacen referencia expresa a los errores no esenciales que los Magistrados de Casación aprecien en el procedimiento o la sentencia recurrida, los cuales podrían ser corregidos si ello es necesario pero no invalidan la sentencia

> ***"No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, sin perjuicio de que el Tribunal competente pueda corregir los que advierta durante el conocimiento del recurso de nulidad."***
>
> *(Art. 421 CPP Baja California; 467 CPP Hidalgo; 501 CPP Puebla; 481 LPP Guanajuato, 462 CPP Modelo CONATRIB)*

Esta norma es clarificadora para evitar el exceso de formalismo que en ocasiones ha caracterizado a la casación.

Ante el debate surgido en algunos lugares sobre el alcance de la decisión del Tribunal de Casación respecto de los hechos probados y la prueba, el Código de Nuevo León agrega una disposición que establece límites a la potestad de los Magistrados de Casación de invalidar una sentencia por esos motivos, y señala:,

> ***"La nulidad de la valoración de la prueba y la fijación de los hechos, contenidas en la sentencia de primera instancia, sólo podrá declararse por error o ilicitud debidamente motivada y fundada."***
>
> *(Art. 447 CPP Nuevo León)*

En realidad la disposición viene a dejar claro que los Magistrados de Casación no pueden resolver el caso tomando como base una distinta valoración de la prueba, no obstante que puedan apreciar el contenido del desahogo de las declaraciones y el resto de la prueba en los videos, así como las argumentaciones de las partes. Si consideran que debe variarse la valoración de la prueba, tendrá que sustentarse en un evidente y demostrado error en que hayan incurrido los Jueces de Sentencia, lo cual deberán fundamentar adecuadamente.

Esta situación es aplicable para todos los Códigos, porque la causal relacionada con esos vicios exige que haya error en la valoración de la prueba o violación a las reglas de la sana crítica. Sin embargo consideramos conveniente esta norma clarificadora de los deberes de los Magistrados de Casación, para evitar que la Casación se convierta en una apelación, por las razones ya expuestas antes **(Apartado II)**.

Algunos Códigos disponen que la resolución del Tribunal de Casación puede ordenar directamente la libertad del imputado, cuando por efecto de ella deba cesar la prisión, para que esta medida no se dilate por los trámites administrativos y el tiempo que transcurre desde que se toma la decisión hasta que llega el asunto al Tribunal de Juicio para que sea éste quien ordene la libertad.

En tal sentido disponen

> ***"Si por efecto de la resolución del recurso deba cesar la prisión del imputado, el Tribunal que conoce del recurso de nulidad contra la sentencia ordenará directamente la libertad."***
>
> *(Art. 464 CPP Zacatecas; 446 CPP Oaxaca; 505 CPP Puebla; 483 LPP Guanajuato; 472 CPP Durango; 466.4 CCP Modelo CONATRIB)*

Finalmente debemos anotar en este acápite que casi todos los Códigos señalan que la sentencia de casación no tiene recurso alguno, salvo el de revisión conforme a las regulaciones establecidas en el Código. Al efecto se dispone:

> ***"La resolución que fallare un recurso de casación no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código..."***
>
> *(Art. 429 CPP Chihuahua; 425 CPP Baja California; 428 CPP Morelos; 473 CPP Hidalgo; 506 CPP Puebla; 484 LPP Guanajuato; 473 CPP Durango; 452 CPP Nuevo León; 467.1 CPP Modelo CONATRIB).*

Esta disposición evita que se pretenda seguir impugnando las decisiones en materia penal.

k.- El juicio de reposición

Una vez decretada la reposición del juicio conforme a los criterios externados en el apartado anterior **(j)**, es conveniente que se regulen algunos aspectos esenciales sobre el juicio de reposición, entre ellos definir ¿a quien corresponde realizarlo?, ¿a los mismos Jueces de Juicio o a otros? Determinar si esta regla ¿es aplicable sólo a los jueces o también a los Magistrados de Casación?; establecer si ¿la nueva sentencia puede ser objeto de una nueva impugnación y con qué alcance?; así como determinar si ¿rige por extensión el principio de la no reforma en perjuicio entre la sentencia anulada y la sentencia que deba dictarse en el juicio de reposición?. Estos temas son definidos por algunos Códigos.

Respecto de la primera interrogante, para definir a quien corresponde celebrar el juicio de reposición, algunos Códigos señalan:

> ***"La reposición del juicio deberá celebrarse ante el mismo Tribunal que dictó la sentencia pero integrado por jueces distintos..."***
>
> *(Art. 447 CPP Oaxaca; 466 CPP Zacatecas; 474 CPP Hidalgo)*

Es importante esta disposición para desterrar la vieja práctica según la cual los jueces que dictaron la primera sentencia también deben intervenir en el juicio de reposición para que "corrijan" sus propios defectos. En realidad la idea de mantener a los mismos jueces atenta contra los derechos de las partes, que han solicitado tutela judicial frente a un acto de arbitrariedad, y el juicio de reposición constituye el medio de reparar los agravios sufridos, en cuyo caso es necesario que sean otros los funcionarios que vengan a juzgar el asunto. Además, los jueces que ya intervinieron en el primer juicio se encontrarían altamente contaminados y muy prejuiciados para el segundo juicio, lo que afectaría su objetividad.

Esta exigencia deriva de los principios establecidos en la Constitución Federal, al señalar:

> ***"El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente..."***
>
> *(Constitución Política Federal, Fracción IV, Apartado A, Artículo 20)*

La Constitución no hace distinción entre el primer juicio que es anulado, y el juicio de reposición, pues tanto en uno como en otro deben aplicarse todas las garantías previstas para el juzgamiento del caso, en especial las que se refieren a la necesidad de garantizar la objetividad e imparcialidad de los juzgadores.

Tratándose de nulidades parciales, cuando se ordene corregir solo una parte de la sentencia, por ejemplo sólo lo relativo a la pena, o solo lo relativo a la reparación del daño y las consecuencias civiles, esta disposición no aplica, porque obviamente no se está ordenando repetir todo el juicio y para resolver esos aspectos y cualquier otro parcial, se necesita haber presenciado la totalidad del juicio, y los únicos que están en capacidad de

hacerlo son los mismos jueces que intervinieron en la sentencia parcialmente anulada.

Para evitar que se continúen impugnando las sentencias dictadas en juicio de reposición y se produzca una especie de círculo vicioso de ida y vuelta varias veces, algunos Códigos establecen límites a la actividad recursiva de las partes contra la sentencia dictada en juicio de reposición.

Los Códigos más restrictivos señalan:

> ***"...Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de casación. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de casación en favor del acusado, conforme a las reglas generales."***
>
> *(Art. 429 CPP Chihuahua; 425 CPP Baja California; 506 CPP Puebla; 473 CPP Durango; 467.2 CPP Modelo CONATRIB)*

Estos Códigos le cierran cualquier posibilidad de recurso al Ministerio Público y a la víctima, cuando se constituye en acusador coadyuvante, para que puedan impugnar la sentencia que se dicte en el juicio de reposición.

Así, por ejemplo, si en la primera sentencia se dicta una condenatoria contra el imputado, la cual no es recurrida por el Ministerio Público ni por la víctima constituida en acusador coadyuvante porque se trata de una condena, y el imputado la impugna obteniendo un juicio de reposición y en este juicio de reposición se dicta una sentencia absolutoria, el Ministerio Público y la víctima habrían perdido la capacidad para impugnar la absolución, aún cuando se enfrentan a ella por primera vez en la sentencia de reposición.

Pero también le cierra la posibilidad al imputado de recurrir contra la sentencia en varios casos, como por ejemplo si en la primera sentencia se le condena a una determinada pena y luego de obtener un recurso de casación en su favor se ordena un juicio de reposición, y en la segunda sentencia se le vuelve a condenar, incluso agravando su situación anterior (en algunas casos contra lege) o manteniendo el vicio por el que fue anulada la primera sentencia, conforme a la norma que comentamos el

imputado no tendría posibilidad de recurrir, porque sólo se le autoriza cuando la primera sentencia hubiere sido absolutoria.

Es de considerar además, conforme expusimos antes, las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos suscritas por México establecen el derecho del imputado de recurrir contra la sentencia condenatoria dictada en primera instancia, y esos instrumentos internacionales aplicables en el país no establecen condicionamientos ni exceptúan las que lleguen a dictarse en un juicio de reposición **(Apartado I)**.

Una posición más flexible para el imputado, para el Ministerio Público y para la víctima constituida en acusador coadyuvante disponen otros Códigos al establecer:

> ***"...El Ministerio Público y la víctima no podrán formular recurso de casación contra la sentencia que se produzca en la reposición del juicio que reitere la absolución del imputado dispuesta en el primer juicio, pero si podrán hacerlo en lo relativo a la acción para obtener la reparación del daño..."***
>
> *(Art. 447 CPP Oaxaca; 466 CPP Zacatecas; 473 CPP Hidalgo)*

Con esta disposición el Ministerio Público y la víctima sí podrían impugnar la sentencia absolutoria dictada en el juicio de reposición, si la primera sentencia hubiere sido condenatoria y es anulada por el Tribunal de Casación. Además, les deja abierta la posibilidad de impugnar lo relativo a la reparación del daño, lo cual impide la primera opción desarrollada por los Códigos de Chihuahua, Baja California, Puebla, Durango y el Modelo de CONATRIB. Esta última opción no la prevé el Código de Hidalgo.

También el imputado podría recurrir de la segunda sentencia si persisten o surgen vicios que lo faculten para hacerlo, ya que la norma no contiene ninguna limitante para él.

Por esas razones la fórmula de Oaxaca, Zacatecas e Hidalgo es mas justa para todas las partes, para el Ministerio Público, para la víctima y para el imputado, y además esa norma no incumple las exigencias de las Convenciones Internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al derecho de recurrir.

Por otro lado es importante definir los efectos de la sentencia anulada en el primer juicio respecto del principio de prohibición de reforma en perjuicio.

> ***Artículo 465.- Cuando el recurso ha sido interpuesto sólo por el imputado, o en su favor, en el nuevo juicio a celebrar no se podrá imponer una sanción más grave que la impuesta en la sentencia anulada, ni desconocer los beneficios que en ésta se hayan acordado.***
>
> *(Art. 465 CPP Zacatecas; 427 CPP Morelos; 451 CPP Nuevo León)*

Esta exigencia surge de un principio establecido ya en todos los Códigos en la parte general aplicable a todos los recursos, nos referimos al principio de prohibición de reforma en perjucio (**Véase arriba Apartado IV.e**), pero la norma aclara que el principio de *non reformatio in peius* sigue teniendo vigencia incluso frente a la sentencia de reposición, respecto de la sentencia anulada en el primer juicio, pues algunos han cuestionado si el principio genérico lo cubre o no, en cuyo caso lo mejor es definirlo en la ley.

También es importante, como ya lo hacen algunos, que el Código regule expresamente la imposibilidad de los Magistrados que conocieron del primer recurso de casación, para que puedan luego conocer del recurso de casación contra la otra sentencia, pues así como tampoco pueden intervenir en el juico de reposición los mismos jueces que dictaron la primera sentencia, por las razones que ya indicamos arriba al inicio de este mismo apartado, tampoco debieran intervenir los mismos magistrados que se pronunciaron sobre el primer recurso de casación o nulidad, ya que también estarían prejuiciados o contaminados con el asunto, en virtud de su conocimiento anterior.

Esta resulta ser también una exigencia señalada en forma expresa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia que ya citamos arriba relacionada con el recurso de casación en un sistema de oralidad **(ver Apartado I de este trabajo),** y estimamos que también deriva de la regla general señalada en la Constitución Política que antes citamos y que establece:

> ***"El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente..."***
>
> *(Constitución Política Federal, Fracción IV, Apartado A, Artículo 20)*

Por esas razones y con muy buen tino dos Códigos señalan:

> ***"El recurso de nulidad que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío deberá ser conocido por el Tribunal competente en esa materia, pero integrado por jueces distintos a los que se pronunciaron la ocasión anterior. Si no fuere posible integrarlo con nuevos jueces, porque el impedimento cubre a titulares y suplentes, o no hubiere el número suficiente de suplentes, la competencia la asumirán los titulares que sean necesarios, no obstante la causal y sin responsabilidad disciplinaria respecto de ellos."***
>
> *(Art. 466 CPP Zacatecas; 447 Oaxaca)*

Consideramos esta norma muy necesaria, para evitar el prejuzgamiento del caso con base en el conocimiento adquirido por los magistrados con anterioridad. Esta norma obligaría a tomar previsiones en la integración de las Salas, en los respectivos Tribunales de Casación o Nulidad, para que siempre se puedan trasladar los casos de una Sala a la otra. Hay que recordar que también se sugiere que los Magistrados que hubiesen conocido de la apelación de la vinculación a proceso, no deberían conocer de la casación o nulidad. Esta circunstancia también debe tenerse presente al momento de configurar la integración de las Salas y la distribución del trabajo entre ellas.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Sería arduo desarrollar aquí los múltiples aspectos que podrían ser interesantes de contrastar con la experiencia costarricense, pero a modo de conclusión deseo señalar únicamente tres temas de la experiencia mexicana que, entre otros, merecen ser estudiados por nosotros y confrontados con nuestra práctica procesal:

a.- En primer término la necesidad de tasar en la ley y regular de manera expresa los casos en que resulta admisible el recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias, como lo regulan los nuevos Códigos mexicanos, conforme lo hemos expuesto arriba.

Recordemos que los recursos ante un superior en grado tienen su origen en un sistema jerárquico y tradicional de administración de justicia, donde "el superior" examina y controla lo que resuelve un juez de "inferior grado", con el fin de hacer respetar la voluntad de la ley, que emanaba de los órganos superiores del Estado, como resultaban ser antiguamente el rey, el Señor Feudal o la Iglesia, y hoy los órganos que detentan el poder estatal.

Reducir el recurso de apelación al combate de arbitrariedades graves de resoluciones interlocutorias constituye todavía una tarea pendiente en Costa Rica, para evitar que se utilice con exceso y con grave afectación de los plazos razonables en que debe realizarse un juicio oral.

Las fórmulas genéricas que autorizan la apelación contra resoluciones que puedan deparar gravamen irreparable ha sido tan ampliado por la jurisprudencia, para evitarse conflictos con las partes, que prácticamente ahora en nuestro país cuesta encontrar una resolución interlocutoria de relevancia que no sea recurrible, distorsionando la restricción que se quiso hacer originalmente, cuando se dispuso que la apelación solo sería admisible en ciertos casos.

Desde luego y para evitar que los agravios y las arbitrariedades lleguen a consolidarse por inexistencia de la apelación, habría que dejar la puerta abierta al recurso contra la sentencia (independientemente a como se le denomine) para que puedan agregarse como causales los posibles agravios ocurridos en la tramitación del proceso y que hayan afectado a las partes sin posibilidad de recurrir con anterioridad.

De esta forma se trataría sólo de trasladar el control para el momento en que se examine la sentencia, concentrando el examen a ese momento, y no la de permitir que se consoliden las arbitrariedades.

b.- En segundo lugar, me parece interesante para nosotros examinar las razones por las cuales los nuevos códigos mexicanos establecen e incorporan la distinción entre apelación y casación en sus nuevos sistemas de justicia penal, moldeados hacia lo acusatorio, oral y adversarial, mientras nosotros en Costa Rica abandonamos recientemente esa distinción y regresamos a un sistema de recursos similar al que manteníamos con el sistema inquisitivo hace ya varias décadas, disponiendo de la apelación tanto para las resoluciones interlocutorias como para

la sentencia, y estableciendo una casación extraordinaria ante la Corte Suprema.

Creo sin lugar a dudas en la necesidad de re-examinar esta situación a la luz de un proceso penal simplificado, humanista, tramitado conforme a reglas elementales de defensa, en cumplimiento de los derechos fundamentales vigentes, pero en un plazo razonable para todos, también para las víctimas, pues como todo en nuestro país paradógicamente incorporamos procedimientos controvertidamente rápidos, como el de flagrancia, y por otro hacemos reformas que alargan enormemente los trámites y la duración de los procedimientos ordinarios, agregando nuevas instancias, es decir legislando en sentidos diversos.

c.- En tercer lugar me parece que debemos echar una mirada a las causales que se regulan en los nuevos códigos mexicanos para formular el recurso contra la sentencia, porque recogen una interesante experiencia latinoamericana que podría ser muy orientadora para las partes, en especial al momento de definir los aspectos de la sentencia y del proceso que pueden ser atacados como un vicio y un agravio ante el tribunal de alzada, con el fin de obtener una reparación ante derechos fundamentales violados.

Más allá de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la casación, o como se denomine el recurso contra la sentencia penal en Costa Rica, merece ser analizada no sólo jurídicamente sino también sociológica y políticamente, partiendo de los años en que ha estado vigente luego de que en los años setentas optaramos por un sistema de justicia penal oral, y comenzamos a desterrar –todavía sin logarlo del todo- el sistema inquisitivo imperante.

En realidad son muchos los temas referidos a los recursos que en Costa Rica podrían ser analizados tomando como base el desarrollo que hacen los nuevos códigos procesales mexicanos, baste citar estos tres aspectos sólo para mencionar algunos de los más relevantes.

Impreso por Zeta Servicios Gráficos S. A.
librozeta@gmail.com

Abril de 2013

Las modificaciones introducidas al régimen del recurso contra la sentencia penal, con ocasión de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han provocado acalorada polémica en nuestro sistema de justicia penal, independientemente de la posición que asumamos sobre el curso que se le dio a la reforma.

Aprovechando el esfuerzo de quienes expusieron sus ideas en el Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica hemos recopilado en este libro las ponencias de los distintos conferencistas y hemos invitado a otros juristas que han estudiado el tema, a que participen con nosotros en esta obra, con el fin de documentar las discusiones que se han realizado sobre la importante labor del control sobre las decisiones jurisdiccionales en materia penal, en especial contra la decisión definitiva, dada su trascendencia en el tema de la defensa de los derechos fundamentales.

ISBN: 978-9968-561-57-0