

Régimen recursivo penal vigente. Características y alcances

Criminal recursive regime in force. Characteristics and scope

María Carolina Llanes Ocampos¹

Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay

RESUMEN

La sentencia firme es aquella que ya no admite recurso alguno, o ha terminado el plazo para presentarlos. La cosa juzgada es la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin a un litigio y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella, ningún recurso o por no haber sido impugnada a tiempo, lo que le da la firmeza. El artículo 451 del CPP es la posibilidad que tiene aquella parte que en principio no le interesó impugnar en tiempo hábil, pero que luego se suma al recurso planteado por otra parte, que sí apeló en tiempo. En este trabajo se discute la utilidad de los medios recursivos para satisfacer la exigencia constitucional de brindar esa garantía de justicia.

Palabras clave: Régimen recursivo, doctrina, sentencia firme.

ABSTRACT

The final judgment is one that no longer admits any appeal, or the term to present them has expired. Res judicata is the authority and effectiveness acquired by the judicial decision that ends a dispute and that is not subject to challenge, because no appeal was filed against it or because it was not challenged in time, which gives it finality. Article 451 of the CPP is the possibility that has that part that in principle was not interested in challenging in good time, but that later joins the resource raised by another party, which did appeal in time. This paper discusses the usefulness of recursive means to satisfy the constitutional requirement of providing this guarantee of justice.

Keywords: Recursive regime, doctrine, final sentence.

¹ LLANES OCAMPOS, María Carolina. Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

Históricamente la *apelación* era un recurso clásico de las organizaciones verticales como el absolutismo, para provocar un examen amplio de los hechos fijados, las reglas jurídicas aplicadas y sus resultados. Pues el **poder de decidir y administrar justicia**, pertenecía al **soberano**, que entonces era el jerarca; quien, al carecer de la posibilidad material de sustanciar todos los casos, delegaba a sus funcionarios ese poder en forma jerárquica.

Pero requería su *devolución* a la inversa para controlar a su vez el modo en que éstos lo ejercían. De ahí el origen del **efecto devolutivo** de los recursos.

El **republicanismo** que busca incorporar a los ciudadanos en el ejercicio del poder, los incluye al ámbito judicial como **jurado o público**; y reniega en general de los recursos, cuando afirma que *el fallo emana de la voluntad ciudadana*, como expresión de la **soberanía política del pueblo**.

Técnicamente las resoluciones judiciales tienen como finalidad alcanzar la certeza jurídica en el desarrollo de las relaciones humanas controvertidas. De ahí que la inmutabilidad de las mismas sea un preciado valor perseguible por el Derecho. No obstante, dicho valor no es absoluto, pues cede ante la **injusticia o arbitrariedad** de la decisión.

Si bien la actividad decisoria se caracteriza por ser **ajerárquica** e independiente, el contenido de las sentencias no puede ser apriorísticamente determinado por los tribunales de grado superior; sin embargo, la actividad decisoria puede ser objeto de **control posterior** por parte del mismo tribunal que emitió la resolución o de otros tribunales superiores.

La actividad jurisdiccional está sujeta a imperativos legales y deberes de cumplimiento ineludible, para la validez de las decisiones judiciales. Por lo que es fundamental que la actividad fáctica y probatoria se resuelva en estricto cumplimiento de estos imperativos legales y fundamentalmente, sin arbitrariedades.

La premisa básica legitimante del ejercicio del poder penal del **Estado**, se sustenta en que el mismo **no puede sostener ninguna decisión judicial, basado en una ilicitud**. En efecto el Estado no puede perseguir y castigar ilicitudes, cometiendo a su vez ilicitudes, sin incurrir en una contradicción existencial. Art. 17 inciso 9° CN, Art. 165 CPP, Art. 174 CPP.

Por otro lado, el modelo republicano impone el **control ciudadano de los actos de poder**. La sociedad debe controlar el modo en que sus autoridades ejercen el poder; la forma en que sus jueces imparten justicia. Por su parte los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada.

De la misma manera al Estado le interesa el modo en que sus jueces interpretan y aplican el Derecho, por lo que, en aras de alcanzar ese cometido, el sistema penal desarrolla mecanismos de autocontrol orientados a garantizar la **seguridad jurídica**.

En efecto la potestad de recurrir o el **derecho a la impugnación** de las decisiones judiciales, constituye un tema trascendental, por cuanto conforma la dimensión relativa al **control del ejercicio del poder jurisdiccional**. Los recursos en el proceso penal contemplan, la posibilidad de realización de la **tutela jurisdiccional efectiva**, prevista en la Constitución Nacional en el Art. 17 inc. 4°.

Genéricamente, *impugnar* significa objetar, contradecir, refutar, combatir, controvertir. El sistema de impugnación vigente prevé diversos mecanismos de impugnación. Los **incidentes** nominados e innominados, están instituidos para impugnar actos procesales o decisiones judiciales. Las **objeciones** dirigidas en juicio oral sirven para impugnar preguntas mal formuladas o actitudes inadecuadas de las partes al momento de producir la prueba, examen y contra examen. Y los **recursos** están previstos para impugnar resoluciones judiciales.

Específicamente el recurso es la acción que concede la ley al interesado en un juicio para reclamar contra decisiones agraviantes, ante el mismo tribunal o ante el superior. También los recursos estructurados en un régimen legal constituyen todo **procedimiento**, por el cual se pretende -ante el mismo juez o tribunal que dictó a la resolución o ante un tribunal superior- que se **revoque, modifique o anule** parcial o totalmente, la decisión dictada por órgano jurisdiccional inferior.

No obstante -el diseño tradicional jerárquico de los recursos, sostenido en un **control vertical**- el sistema actual establece también la posibilidad del **control horizontal** con el fin de agilizar el trámite de los procedimientos en un momento trascendental del proceso penal, sin perder de vista el control de las decisiones, dando lugar a que otro tribunal de la misma instancia facultado también a revisar vicios procesales, los verifique y corrija en su caso. Al establecer la irrecorribilidad del Auto de apertura a juicio, el Art. 461

in fine CPP instala un mecanismo de dinamización del trámite, orientado a evitar dilaciones ociosas entre la acusación y el juicio, aspecto medular del sistema acusatorio.

La tendencia actual en materia recursiva pretende desarticular el sistema administrativista de los recursos, suplantándolo por una construcción, que pretende dotar al justiciable de una **garantía** más contra la potestad represiva del Estado. Lo cual se halla plasmado en el Art. 17 inciso 9º CN al establecer como garantía procesal “... *que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas ...*” y en el art. 8 inc. 2º ap. h) **derecho a recurrir** del Pacto de San José de Costa Rica. Pero al mismo tiempo dota al sistema de mecanismos de **eficiencia**, que permitan al Estado dar respuestas a la criminalidad en **plazos razonables**.

Se discute en Doctrina la utilidad de los medios recursivos para satisfacer la exigencia constitucional de brindar esa **garantía de justicia**. Atendiendo que se ha limitado el control sobre las cuestiones jurídicas, quedando al arbitrio de los jueces de primera instancia el juzgamiento sobre las cuestiones fácticas.

Este control y corrección de la “decisión judicial” se realiza a través de mecanismos procesales constituidos por los medios recursivos que pueden provocar una revisión total o parcial de dicha decisión y por ende también de los otros actos precedentes, en los casos que así se establezca.

El régimen recursivo vigente en materia penal se halla sostenido por diversos principios propios y exclusivos de dicho ámbito procesal, que se describen seguidamente.

El principio de **númerus classus** implica que el número de recursos es cerrado y limitado, solo proceden en los casos expresamente señalados en la ley. En efecto el Art. 449 C.P.P. expresa *que las decisiones judiciales sólo son recurribles por medios y en los casos expresamente establecidos en este código*. Como asimismo *que el derecho a recurrir corresponde a quienes les sea expresamente acordado por ley y que las partes sólo pueden impugnar las decisiones judiciales que les sean desfavorables o le generen agravios*.

En cuanto a la determinación de la competencia el principio de **tantum devolutum quantum appellatum**, implica que el tribunal de apelación, no puede conocer fuera de los puntos recurridos. Es decir, limita su conocimiento exclusivamente a los puntos de la decisión, que han sido impugnados por una de las partes. Art. 456 CPP.

El principio de *nec reformatio in pejus* o prohibición de la reforma en perjuicio, le prohíbe al tribunal de alzada empeorar la situación o condición, de quien interpuso la apelación, es decir, que la sentencia no puede ser modificada en contra del apelante -por supuesto, siempre que no apele la otra parte o el Ministerio Público. Art. 457 C.P.P. Se inspira en la idea de que el remedio procesal instituido para reclamar arbitrariedades no sea peor que la misma arbitrariedad reclamada, toda vez que solo el encausado apele, y no se abra la discusión entre las otras partes.

Los límites generados por la **prohibición de la reforma en perjuicio** implican que el tribunal de alzada, no puede modificar el hecho objeto de la imputación o acusación, no puede aumentar la pena impuesta por el *a-quo* en su decisión. No puede aplicar penas accesorias por propia decisión, así como tampoco puede efectivizar las penas que fueron impuestas en forma suspensiva (*probation*). No puede calificar más gravemente el hecho punible, aun cuando no aumente la pena impuesta por el inferior.

La **sentencia firme** es aquella que ya no admite recurso alguno, o ha terminado el plazo para presentarlos. Situación que impide seguir discutiendo sobre lo decidido, debiendo cumplirse con lo dispuesto en el fallo, que, en caso de condena en cualquiera de sus modalidades, la ley procesal autoriza a los jueces de ejecución.

La **cosa juzgada** es la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin a un litigio y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella, ningún recurso o por no haber sido impugnada a tiempo, lo que le da la firmeza. Se cataloga en **formal**, cuando produce sus consecuencias con relación al proceso dentro del cual ha sido emitida, no así en otros procesos; y **sustancial** cuando sus efectos se producen tanto en el proceso en el que ha sido emitida, como en cualquier otro posterior.

El **agravio** es el perjuicio causado a una parte al dictar una decisión judicial que rechaza total o parcialmente sus pretensiones esgrimidas. Es necesario puntualizar que el **perjuicio** ocasionado por la decisión recurrida deberá ser **concreto, real y efectivo**. Por ejemplo, entre otros, se configuraría un agravio cuando el tribunal utiliza y valora positivamente una prueba ilegal para fundar una condena; cuando omite valorar o ignora pruebas de cargo relevantes para condenar y concluye absolviendo; cuando incurre en error al calificar la conducta o medir la pena; cuando aplica indebidamente un precepto legal. Se halla previsto en el art. 449 del CPP.

La Doctrina entiende que los agravios deben surgir de la **parte dispositiva o resolutive**. No obstante, al fundamentar los agravios, el recurrente podrá referirse a la **arbitrariedad del razonamiento del tribunal**, desarrollada en el *considerando* que explicó la decisión impugnada.

Una peculiaridad de los modelos orales, determina que cuando surjan **errores de procedimiento**, la parte agraviada, formule oportunamente su **reserva de recurrir** vía recurso de reposición, para que, al momento de acudir a tribunales de alzada, dicho vicio no quede convalidado. Y torne inexistente el agravio, presupuesto básico para ejercer el derecho a recurrir.

El Art. 165 del CPP consagra el **régimen de las nulidades**, sobre la racionalidad. *No hay nulidad por la nulidad misma*. Las formas están para proteger las garantías, no para ser protegidas en sí mismas. Los vicios o errores deben ser rectificadas de diversos modos. Si hay afectación de alguna garantía, ésta puede ser **consentida** (convalidación) o **reparada** (sanear) según el momento procesal, cumplimiento de la finalidad y la levedad o gravedad; de manera que el acto procesal sea recuperado y el proceso siga su curso regular hacia su meta.

La **adhesión** prevista en el Art. 451 del CPP es la posibilidad que tiene aquella parte que en principio no le interesó impugnar en tiempo hábil, pero que luego se suma al recurso planteado por otra parte, que sí apeló en tiempo. Por ejemplo, en principio A no apeló dentro de los 5 días, que tuvo para hacerlo. Luego otra de las partes B quien es notificada luego que A, apela. Entonces A se adhiere al recurso de B, dentro del plazo de 5 días otorgados a éste.

La Doctrina reconoce varias modalidades en materia de adhesión. En efecto la **adhesión es autónoma** cuando las pretensiones del adherente son independientes del recurrente principal y no decaen si éste desiste; es **accesoria de primer grado** cuando el recurrente adherido no puede formular pretensión distinta a recurrente principal; y es **accesoria de segundo grado** cuando el recurrente adherido puede formular pretensiones distintas al principal, pero si éste desiste, también decae su recurso adherido. El Art. 451, del C.P.P. prevé este tipo de adhesión de segundo grado.

El **desistimiento** del recurso se halla previsto en el Art. 455 del CPP, el cual establece que las partes podrán desistir de los recursos interpuestos, en forma expresa, y con mandato expreso del imputado, cuando se trate del defensor -no obstante- deberán

cargar con las costas generadas. Asimismo, el desistimiento de un recurrente no perjudicará a los demás, salvo a los que se han adherido a él.

El **efecto extensivo** se halla previsto en el Art. 453 del CPP. Se produce cuando en una causa donde hubiera varios imputados, sólo uno recurre, mientras que los demás no. Por lo que, si la decisión del superior resulta favorable a ese único recurrente, sus efectos se extienden a los que no recurrieron, siempre que se encuentren afectados por la misma situación cuestionada.

Mientras que el **efecto suspensivo** instituido en el Art. 454 del CPP establece como **regla** que cuando interpuesto el recurso sobre una decisión cuestionada, la misma no puede ejecutarse, mientras se tramita el recurso. Por ejemplo, la sentencia de condena, mientras se apela, queda suspendida en cuanto a su ejecución. Mientras que la **excepción** impone que cuando se apela una **medida cautelar**, no opera este efecto. Art. 253 CPP prevé: *La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento de la medida apelada.*

En cuanto a la **impugnabilidad**, el poder de hacerlo lo tienen los sujetos que reúnen las condiciones procesales para atacar la decisión formal y sustancialmente. El Art. 449 CPP *El derecho a recurrir le corresponderá tan solo a quien le sea expresamente acordado.*

Los requisitos para impugnar una decisión judicial penal son los mismos concebidos en la Doctrina y regulados en el Derecho procesal general, los cuales deben concurrir al momento de examinar las condiciones subjetivas y objetivas de la viabilidad del medio recursivo interpuesto.

La **legitimación** corresponde al afectado por la resolución, a quien la ley le ha facultado en forma expresa. Si la ley no distingue favorece a todas las partes. La **personería** corresponde al que tiene la intervención procesal legalmente reconocida. Excepcionalmente la víctima puede recurrir, aunque no tenga intervención como querellante, cuando la ley lo establezca. El **interés** corresponde al destinatario directo del agravo ocasionado. El **plazo** exige la presentación o interposición oportuna del medio recursivo, dentro del tiempo legal. La **forma** implica cumplir con las modalidades procesales establecidas para la interposición del medio recursivo.

La **impugnabilidad objetiva** se refiere a las resoluciones que pueden ser recurridas. En el CPP rige un **sistema mixto**. En algunos casos completamente **cerrado o tasado**

como por ejemplo en los medios recursivos previstos en los Artículos 466, 477 y 481; cuyos motivos para recurrir se encuentran expresamente establecidos, como la apelación especial, la casación y la revisión. Mientras que en otros el modelo es **abierto** según los previstos en los artículos 458 y 461 inc.11° del CPP. La **impugnabilidad subjetiva** se refiere a las personas que pueden recurrir.

Dentro del sistema acusatorio oral organizado en etapas que responden a finalidades concretas, las modalidades de realización de actos procesales transitan entre formas escritas u orales según la importancia de la decisión que está en juego. Durante el desarrollo de las audiencias orales como las previstas en los Artículos 242 (imposición de medidas cautelares), 352 (audiencia preliminar), 382 (juicio oral) del CPP, si se dictaran decisiones que produzcan agravios a las partes, éstas pueden recurrir únicamente a través del **Recurso de reposición**, según lo prevé el Art. 452 del CPP. El cual deberá ser tramitado y resuelto de inmediato, sin suspender la audiencia. Durante el Juicio Oral, la interposición de la reposición será equivalente a la **reserva de recurrir** en apelación especial o casación, si el vicio impugnado no es convalidado o saneado y la decisión provoca agravio al recurrente.

Cabe destacar que cuando el acto que se pretende recurrir fue dictado durante una etapa o fase escrita del proceso, la **reposición debe ser planteada en forma escrita** y fundada, dentro de los **tres días** de conocida o notificada la resolución impugnada; debiendo ser resuelta por el juez dentro de los **tres días**, en auto fundado, previo traslado de **tres días** a las partes, conforme lo establece el Art. 459 del CPP.

El **derecho de audiencia** significa el **derecho a ser oído** que puede darse de forma **escrita** (traslado por 3 días) **u oral** (inmediatamente en la misma audiencia) según el momento procesal dentro del cual se ha generado el agravio que pretenda reponerse.

De esta simple descripción del diseño legal, se observa que **la oralización del recurso de reposición cuando la decisión impugnada fue dictada en fase escrita**, instalada como “regla” en tribunales constituye **una clara distorsión del diseño procesal**; atendiendo que claramente el CPP impone el procedimiento escrito al establecer plazos de tres días para interponer, sustanciar y resolver la reposición. Así como dispone expresamente que, **durante las audiencias orales, la interposición, sustanciación y decisión del recurso de reposición será oral.**

Esto puede desarrollarse en la audiencia de juicio oral, durante la producción de la prueba testifical o pericial, al objetarse una pregunta capciosa o inadecuada, ante la que el

tribunal rechaza la objeción a pesar de ser procedente, ordenando que se dirija la pregunta capciosa. Si agravia al afectado, éste puede plantear recurso de reposición oralmente contra dicha decisión.

En fase escrita, ante el dictamienro de una providencia o resolución que resuelve un trámite escrito, como fijar fecha para la realización de un acto procesal o resolver un incidente, ante un agravio generado la parte afectada puede recurrir vía reposición y apelación en subsidio inclusive, dicha decisión. Y todo el trámite debe desarrollarse por escrito, quedando claro que la posibilidad de que se pueda plantear el recurso de reposición en audiencias orales, no significa que el trámite de la reposición tenga que ser oral. La oralidad como modalidad procesal sólo rige, cuando la reposición se interpone durante audiencias orales. Fuera de las audiencias orales la reposición se plantea, se sustancia y se resuelve por escrito.

Hechas estas precisiones, examinaremos lo legislado para la **procedencia**. Según el CPP en el Art. 458, procede la interposición del recurso de reposición *contra providencias de mero trámite y decisiones incidentales*. En cuanto a la **competencia** se interpone ante el mismo juez o tribunal que dictó la decisión que generó el agravio. La decisión causa **ejecutoria**, salvo cuando haya sido apelada en subsidio Art. 260 CPP. Cuando se plantea en juicio oral, la reposición equivale a la **reserva de apelar**.

La **apelación general**, prevista en los Artículos 461/465 el CPP es un **recurso ordinario de naturaleza devolutiva** que interpuesto ante el *a-quo*, posibilita que el recurrente someta a un tribunal superior o *ad-quem*, la decisión que le causa agravio, a fin de que éste la revoque o anule total o parcialmente.

En cuanto al **alcance**, el recurso de apelación general, sirve tanto para impugnar vicios o defectos de naturaleza procesal, como para cuestionar la adecuación de la resolución impugnada a la voluntad de la ley. A través de esta vía se puede obtener una nueva revisión del material fáctico y jurídico de la instancia inferior ante un órgano superior. Por ejemplo, si se apela un sobreseimiento definitivo o un auto de prisión preventiva, en virtud al recurso de apelación se debe examinar la existencia o inexistencia de los hechos o presupuestos para su procedencia y la correcta o incorrecta aplicación de la ley.

Conforme lo explicamos antes, el diseño procesal del régimen recursivo reviste un carácter **mixto**, al establecer las decisiones apelables e inapelables de manera **tasada**, así

como establece de manera **abierta** la apelabilidad de cualquier decisión que genere agravios, haciendo expresa salvedad de excluir el Auto de apertura. En efecto el recurso de apelación general contiene ambas modalidades conforme lo presenta el Art. 461 del CPP, que en su primera parte **enumera taxativamente las resoluciones pasibles de apelación general**. En su último inciso **deja abierta la posibilidad de recurrir resoluciones que generen agravios**. Cerrando dicha posibilidad al prescribir de manera imperativa, al final del mismo precepto legal, la **irrecurribilidad del Auto de apertura a juicio**.

RESOLUCIONES APELABLES. *El recurso de apelación procederá contra las siguientes resoluciones:*

1. *El sobreseimiento provisional o definitivo;*
 2. *La que decide la suspensión del procedimiento;*
 3. *La que decide un incidente o una excepción;*
 4. *El auto que resuelve sobre la procedencia de una medida cautelar o su sustitución;*
 5. *La desestimación;*
 6. *La que rechaza la querrela;*
 7. *El auto que declara la extinción de la acción penal;*
 8. *La sentencia sobre la reparación del daño;*
 9. *La sentencia dictada en el procedimiento abreviado;*
 10. *La concesión o rechazo de la libertad condicional o los autos que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena; y,*
 11. *Contra todas aquellas que causen un agravio irreparable, salvo cuando expresamente se la haya declarado irrecurrible por este código.*
- No será recurrible el Auto de Apertura a Juicio. -*

Son irrecurribles igualmente las resoluciones que admiten las **inhibiciones o recusaciones** admitidas. Art. 346 CPP. El **motivo** para plantear la apelación general es la existencia de un **agravio irreparable**.

En cuanto a la **forma** la ley procesal exige que sea por **escrito fundado**, acompañado de las copias para traslado y la prueba a producir en su caso, debiendo señalar concretamente el hecho que se pretende probar; **ante el mismo órgano que dictó la resolución impugnada**, dentro del **plazo de 5 días hábiles**.

La **sustanciación** determina que el juez emplazará a todas las partes para que en 5 días contesten el recurso, y en su caso ofrezcan prueba. Si hay adhesiones, ordenará traslados a las otras partes para que las contesten en el mismo plazo. Art. 463 CPP.

Para la **elevación**, una vez contestados los traslados, inmediatamente, se remitirán las actuaciones al tribunal de apelaciones para que resuelva. A los efectos de la celeridad, sólo se remitirán copias de las actuaciones pertinentes o se formará un cuaderno especial, para no demorar el trámite del procedimiento. Excepcionalmente el *ad-quem* podrá requerir el principal; pero ello no implicará paralización del procedimiento. Art. 463 CPP. Luego de 10 días de recibidas las actuaciones, el tribunal deberá resolver sobre la admisibilidad y la procedencia en una sola resolución fundada. Si se ha ofrecido **prueba**, se fijará una **audiencia oral** dentro de los 15 días de recibidas las actuaciones. Luego se produce la prueba en audiencia y se resuelve inmediatamente. Quien ha ofrecido prueba deberá instar su diligenciamiento. El tribunal deberá resolver con las pruebas incorporadas y los testigos presentes.

En caso que lo resuelto por el tribunal de apelaciones, sea una **resolución que pone fin al proceso**, dicha decisión podrá ser recurrida en **Casación**, ante la Sala penal de la C.S.J. Art. 465 CPP.

Los **recursos casacionales**, son recursos extraordinarios de nulidad sobre las decisiones de única instancia, donde se han fijado los hechos durante la prueba, el debate y la deliberación y aquellas que ponen fin al proceso. Responden a una **finalidad nomofiláctica de mantener la corrección de los fallos judiciales**. Controlan el modo como los jueces han interpretado y aplicado el Derecho substancial y formal. Más allá de un control técnico del procedimiento y juzgamiento, persiguen los errores o vicios de procedimiento y juzgamiento que revelen la **arbitrariedad** de los tribunales.

Según la Doctrina, desarrollada en torno a la Casación, la impugnación de las decisiones judiciales mediante este recurso, se dirigen no solo a atacar el **“error”** como defecto del **“acto de juzgar”**, sino también atacar al **“error”** como **“desvío del acto sentencial”**.

“Para que la arbitrariedad se configure tiene que existir un apartamiento inequívoco de la *solución normativa, prevista en la ley, o una falta a absoluta de fundamentación. Por lo tanto debe demostrarse que la operación intelectual desarrollada en el proceso de formación de la sentencia, que ella exterioriza, carece*

de bases aceptables con arreglo a preceptos legales que gobiernan la valoración de las probanzas... Cae en arbitrariedad la sentencia que prescinde de las pruebas que pueden ser esenciales o decisivas.”²

No solo se impugna el **haber fallado contra la verdad**, sino se impugna también el **haber actuado contra la justicia**. Este es el verdadero significado que interesa al Recurso de Casación y en ese sentido integral, corresponde aplicarlo.

Sin embargo el recurso contra la sentencia condenatoria, se llame casación o de otra manera, para evitar tentaciones, puede y debe llevar el examen de la reprobación de la sentencia tan lejos como sea posible, lo cual incluye muy especialmente la revisión directa de las cuestiones de hecho como tales, esto es sin tener que remitirlas a procedimientos engorrosos de disimulación de su naturaleza para hacerlas pasar por cuestiones de derecho ni someter su examen a exagerados requisitos de admisibilidad justificados, precisamente en la necesidad de demostrar que la reprobación es jurídica. Como ya se dijo, esta extensión del ámbito del recurso se funda en el reconocimiento de la posibilidad de error judicial, en la idea según la cual el orden jurídico debe tender lo más posible a erradicar la arbitrariedad y en el principio de que, si ello sin embargo no es enteramente alcanzable entre mortales, se debe procurar otorgar al condenado en primera instancia, para satisfacción de su llamado "derecho al recurso", la oportunidad de defenderse ampliamente al menos una vez más.³

En virtud a este desarrollo, la Sala Penal de la Corte tiene la potestad de verificar si los tribunales inferiores respetaron las reglas procesales y legales en cuanto a la fijación de los hechos en las respectivas sentencias, la valoración de la prueba y la calificación e imposición de la condena o decisión que corresponda en su caso.

En efecto la Casación, tiene como función **reencauzar el debido proceso**, anulando las actuaciones defectuosas de los tribunales inferiores y está orientada hacia la **preservación de la verdad y la justicia**, por encima de cualquier otro interés. Y dentro de este cometido debe verificar y referirse en su decisión a cada uno de los vicios configurados, debiendo señalar por qué lo valora en tal o cual sentido. *Se ve aquí con claridad meridiana, la fuente de una de las finalidades de la casación*

² Juan Carlos Hitter ob.cit. pp.479-80.

³ Daniel Pastor Ob. Citada p 145-6.

*actual, la nomofiláctica, es decir la defensa de la ley contra el poder omnímodo de los jueces.*⁴

Sobre estos aspectos, la Doctrina consagra...*El derecho es único, pero su unicidad resulta de una integración entre las normas que consagran los imperativos y las otras que permiten realizarlos efectivamente cuando media infracción, haciendo posible la aplicación de la sanción o de la coacción que los resguarda. Los imperativos regulan el fondo del asunto, y constituyen la ley sustantiva; las normas que establecen el modo de llegar a la aplicación de la sanción o de ejercer materialmente la coacción, son las leyes procesales.*

*Estas se cumplen más que aplicarse, aquéllas se aplican a los casos concretos. Por eso cuando la infracción jurídica versa sobre la actividad procesal, **el error es in procedendo**, cuando versa sobre la determinación del hecho y su inserción en la norma, **es in iudicando**, y si es sobre el hecho por haber sido fijado en la sentencia con error sobre la verdad histórica será **in factum**; en cambio, si es sobre la inteligencia de la norma que a ese hecho debe aplicarse, será **in iuris**. La infracción a la ley procesal no configura un vicio in iudicando, porque ella se ejecuta, se cumple y señala el proceder de la actividad realizadora, del mismo modo que la infracción a la ley sustantiva no será error in procedendo, porque su aplicación supone siempre un iudicio de subsunción del hecho al Derecho.*⁵

Asimismo, la Doctrina discrimina los motivos al clasificarlos en **vicios de actividad** o **vicios de juicio** conocidos también como *errores in procedendo* y *errores in iudicando*. Esta distinción parte de la diferente perspectiva del tribunal frente al Derecho, según el examen sea sustantivo o procesal. Si bien en ambos casos se configura una infracción jurídica, la mirada bajo la cual se examina, la sentencia resulta diversa. No obstante, en todos los casos existe una violación de la ley, como genérica desobediencia a la misma, la cual se refiere en unos casos a la ley que regula el fondo del asunto (ley sustantiva) y en otros a la ley que regula la actividad del juez y de las partes (ley procesal).

Dice la **Jurisprudencia de la C.S.J.**: “*Si bien es cierto que la instancia de casación reposa sobre el principio de intangibilidad de los hechos, un tribunal de casación*

⁴ Juan Carlos Hitters. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. 2 ed. Librería Editorial Platense Año 2005 p.24-5.

⁷ Fernando de la Rúa. *La Casación Penal*. p. 31-2.

*puede avocarse, sin embargo, a controlar- por vía de la arbitrariedad o del absurdo- el proceso lógico seguido en la motivación de los fallos.”*⁶

La **violación de la ley** (formal o sustancial) se presenta cuando el juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de una norma jurídica vigente, o considera como norma jurídica una que ya no está o que no ha estado nunca vigente, o cuando incurre en un error en la interpretación o en la elección de la norma, aplicando a los hechos una distinta a la que concierne. La violación puede ser entonces, atinente a **la ley como norma jurídica de carácter abstracto** (en cuanto a su existencia o contenido) o bien puede referirse al **juicio individual relativo al caso concreto, por aplicación incorrecta del precepto a los hechos establecidos**. En el primer caso se trata de una errónea inteligencia de la ley; en el segundo, de una errónea apreciación jurídica del caso resuelto.

Dentro de la terminología procesal vigente, **inobservancia** significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica. **Errónea aplicación** es la inadecuación o falta de correspondencia de la norma aplicada con el caso concreto, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, o es aplicada con una incorrecta interpretación de su mandato.

La **arbitrariedad** consiste en un exceso de poder o ejercicio abusivo del mismo, en los casos en que el juez se excede en los límites jurídicos de la función asumiendo el papel de legislador, sustituyendo la voluntad objetiva de la ley por la suya propia, ya sea que lo haga con la ley sustantiva o procesal. Esta arbitrariedad afecta el principio de división y equilibrio de poderes y eso es lo que descalifica la decisión. Otro tanto ocurre cuando el juzgador falla sin ajustarse a los hechos probados. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, está a cambio sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento.

La **sentencia infundada**, corresponde a aquella que carece de motivación porque no expone los motivos que justifican la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de la norma a ese hecho, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión. También resulta infundada la que no ha sido razonada lógicamente, porque carece de coherencia y congruencia en cuanto a la acusación o los hechos probados o resulta contradictoria en cuanto a los motivos esgrimidos y la parte

⁶ A.y S. N° 866 del 27 de mayo del 2004, publicado en la obra Recurso extraordinario de casación Tomo II publicado por la C.S.J. p.27.-

resolutiva, de modo que, oponiéndose, se destruyen mutuamente y nada queda de la idea que se quiso expresar, resultando la sentencia privada de motivación o con una *motivación contradictoria*.

Atendiendo que la **función nomofiláctica de los recursos casacionales**, se orienta a reencauzar el debido proceso cuando éste se ha desviado de su curso legal, anulando de oficio o a pedido de parte, las actuaciones defectuosas de los tribunales inferiores que dieron como resultado un fallo viciado; dicha actividad debe enfocarse hacia la **preservación de la verdad y la justicia**, por encima de cualquier otro interés o rigorismo meramente técnico o formal. Es por ello, que la directriz actual de la Casación se orienta hacia un mayor control de los hechos, como una consecuencia del abandono del esquema puro nacido en Francia, que conmina al tribunal a enfocarse solo en el Derecho.

La exigencia de la realidad humana ha extendido el control casacional a las reglas o normas de experiencia, invadiendo la esfera fáctica, anteriormente intangible y reservada al *a-quo*. Las razones de esta tendencia obedecen a que en muchos casos el recurso sería inútil si no se pudiera revisar el material fáctico incorrectamente incorporado en el proceso.

Ahora bien, cabe diferenciar que **revisar todas las actuaciones no es lo mismo que duplicar el juicio y producir de nuevo la prueba de los hechos**. Revisar todas las actuaciones involucra extender el control de justicia de los fallos hacia todos los errores cometidos por los jueces, los cuales en su mayoría se concentran en el material fáctico, más que en la aplicación legal propiamente dicha.

La separación entre el hecho y el derecho, conduce a que, con una configuración tradicional, la dogmática de la Casación permanezca indiferente ante las injusticias de una sentencia que merezca ser eliminada por no servir al cumplimiento de los fines políticos del instituto. Los recursos casacionales han evolucionado elevándose por encima de su tradicional finalidad nomofiláctica de **preservar la uniformidad de la interpretación jurisprudencial**; hacia la preeminencia de su finalidad política, de **preservar la justicia**. -

Según el diseño recursivo vigente lo atinente a la forma se circunscribe a la **inobservancia o errores de procedimiento**. Por ejemplo, en la fijación de los hechos, (*in factum*) deficiencias en su exposición; violación de garantías, reglas de la prueba, de las nulidades, incongruencia omisiva, violación de reglas de la sana crítica, reglas para elaborar y fundar sentencias. Relativo al fondo los vicios implican **inobservancia o errores de**

juzgamiento. Por ejemplo, violación de reglas de para calificar el delito, de medición e imposición de la pena.

Los **vicios de exposición son errores de procedimiento**, que al no haber sido saneados a tiempo trasladan los vicios al juzgamiento expandiendo los daños de la audiencia a la sentencia. Y no se tratan de meras formalidades convalidables; se tratan de garantías fundamentales del debido proceso, que no pueden ser tratadas con ligereza. La **incorrecta exposición de los hechos**, es considerada actualmente como un **motivo alternativo de nulidad** a través de este tipo de recursos. Constituyen *errores in procedendo*, que según el nivel de las garantías que por su realización se han afectado, provoca la **nulidad**. Es por ello, que, tratándose del juicio oral, donde todas las garantías que rigen son de primer nivel, la afectación de ellas, casi siempre acarrea la **nulidad**. Prácticamente nada se puede convalidar a esta altura del proceso.

La **apelación especial** según el diseño procesal vigente es una “especie”, del Recurso de Casación por **motivos legales**, mientras que la Casación propiamente dicha lo es, por **motivos constitucionales**. En ambos casos el efecto que producen, cuando concurren los presupuestos es la nulidad, máxime aun cuando se trata de violaciones al Derecho a la Defensa.

En cuanto a la **procedencia** de la apelación especial, ella se opone contra la sentencia definitiva dictada por el tribunal de sentencia en el juicio oral. Los motivos deben configurar errores de procedimiento y errores de juzgamiento acaecidos en la S.D. o el juicio. La **interposición** debe realizarse en escrito fundado ante el mismo tribunal que dictó la decisión impugnada, es decir ante el tribunal de sentencia respectivo. Los plazos son de 10 día hábiles para apelar, 10 día hábiles para contestar, 5 días para adherirse. A **pedido de parte**, existe la posibilidad de realización de una **audiencia pública** dentro de los 15 días de recibido el recurso y **se resuelve en audiencia oral**, según reglas de deliberación en juicio oral. En caso que se imprimiera el trámite escrito, la resolución sobreviene vía tramite escrito dentro de los 15 días de recibido. Artículos 466/476 CPP.

De conformidad a los Artículos 477/480 se organiza el recurso extraordinario de Casación cuya **procedencia** corresponde a las **sentencias definitivas o decisiones que pongan fin al proceso, extingan la acción, la pena, denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena, emanadas del tribunal de apelaciones.**

Los **motivos** que deben esgrimirse se encuentran **tasados**, pudiendo plantearse en forma conjunta o alternativa según la situación y son sentencia que dispongan **penas de 10 años, fallo contradictorio o manifiestamente infundado** y en todos estos casos **exista inobservancia formal o sustancial de un precepto constitucional**.

El trámite de **interposición** es igual al de la apelación especial, 10 día para interponer, 10 día para contestar, 5 días para adherirse. Y similar en cuanto al **trámite** de las audiencias orales y resolución a dicho recurso de apelación especial, con la diferencia que se dispone de un mes para resolver. Existe la posibilidad de interponer *Casación per saltum*, cuando en la S.D de 1ª Instancia se configuren algunos de los motivos legales, se puede interponer directamente la Casación ante la Sala penal de la Corte, la cual puede devolver a 2º instancia, en caso que no corresponda.

Las respuestas que pueden dictarse según el CPP son el **reenvío** Art. 473, cuando los **vicios son irreparables** y necesariamente debe declararse la **nulidad y la remisión para un nuevo juicio oral**, porque la Corte no tiene competencia para realizar un nuevo juzgamiento de los hechos. La **casación directa** Art. 474, cuando los **vicios son de origen e irreparables, aunque se realice un nuevo juicio oral**, ante lo cual **se anula y se dicta la absolución**.

La **rectificación** prevista en el Art. 475 y opera cuando los **vicios corresponden al ámbito de la aplicación del Derecho de fondo**, materia cuya competencia corresponde también a la Sala Penal, pudiendo ésta **revocar o anular parcialmente la sentencia, rectificando los errores o efectuando fundamentación complementaria, para concluir confirmando el fallo**. En caso que corresponda la absolución la Sala Penal de la Corte deberá disponer directamente la **libertad del encausado**.

La Casación penal actualmente se orienta hacia un **control íntegro de la sentencia de mérito verificando el razonamiento seguido por el tribunal para resolver las cuestiones de hecho y de derecho**, en la medida de lo posible; a fin de combatir la arbitrariedad (fondo y forma) y la correcta aplicación de la ley para la preservación de la justicia.

El **recurso de revisión** previsto en el CPP Artículos 481/489, es un medio de impugnación extraordinario por el que se denuncia al tribunal respectivo, la existencia de hechos, respecto al condenado, que permiten afirmar su inocencia; ya sea porque el condenado no cometió el hecho atribuídole, porque el hecho no ha existido, o por ausencia

total o fue fraguada la prueba en que se basó la condena; todo ello a fin de obtener la anulación de la sentencia condenatoria y dictar la absolución.

Es un recurso extraordinario porque vulnera la intangibilidad de la sentencia firme y la cosa juzgada. Su procedencia se dirige hacia **sentencias contradictorias** entre sí, **falsedad de la documental** o de la testimonial (declaradas en un segundo proceso) en las cuales se fundamentó la primera sentencia, **prevaricato** del tribunal (declarado en juicio); **hechos nuevos** y pruebas evidentes que indiquen que el hecho no sucedió, que el penado no lo cometió o que se encuadra en un tipo penal más favorable para el condenado y **aplicación retroactiva de la ley más benigna**.

Están **legitimados para promoverlo** el condenado, su cónyuge, conviviente, pariente dentro del 4° grado de consanguinidad o por adopción o segundo de afinidad, si el condenado ha fallecido, el Ministerio público en favor del condenado. La interposición se realiza ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por escrito fundado acompañado de pruebas e indicación de preceptos jurídicos aplicables. No hay plazo para interponer. La sustanciación es similar a los recursos casacionales. La Sala Penal dispone de facultades de mejor proveer.

Entre las **respuestas aplicables**, están el **rechazo**, la **nulidad y reenvío para nuevo juicio** o en su caso **nulidad y absolución**. Rige la **prohibición de la reforma en perjuicio** en caso de que se disponga nulidad y reenvío para nuevo juicio, en el sentido que no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera sentencia.

Cuando la sentencia sea absolutoria, se dispondrá la restitución de las cantidades pagadas como pena pecuniaria y los objetos comisados. En caso de que se reenvíe y se absuelva en el nuevo juicio, la sentencia deberá resolver de oficio la **indemnización a favor del condenado** posteriormente absuelto o sus herederos. En caso de que sobrevenga el **rechazo de la revisión**, ello **no impedirá**, que se plantee una **nueva revisión alegando motivos distintos**.