

LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA PARA BOLIVIA? (*)

Arturo Yañez Cortes*

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- El caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. 3.- Las Repercusiones del caso Herrera Ulloa en la Legislación y la Jurisprudencia Comparada. 3.1. Costa Rica. 3.2. Argentina. 4.- Las previsibles Consecuencias en Bolivia ¿hacia un Nuevo Paradigma?. 5.- Bibliografía.

1.- Introducción.

Algunos siglos atrás, MAQUIAVELO decía que cualquier solución a un problema genera a su vez otros nuevos problemas. Pues tal parece que esa frase encaja perfectamente al tratamiento del sistema recursivo previsto en el nuevo Código de Procedimiento Penal boliviano; me refiero a los recursos de apelación restringida y de casación.

Al respecto, creo útil empezar este análisis remarcando que uno de los postulados más importantes del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano es el denominado rescate de la centralidad del juicio oral, de forma que con base a los principios de inmediación, contradicción, continuidad y publicidad, sea la audiencia oral del juicio el único espacio donde el órgano jurisdiccional decida –efectivamente- si el imputado es culpable o inocente.

Esta importante característica marca una enorme diferencia de los antiguos procesos penales de corte inquisitivo/escrito en los cuales la decisión resultaba frecuentemente asumida –aunque no formalmente- al final de las diligencias investigativas o en otras etapas diferentes de la del juicio, generando así graves problemas contra garantías constitucionales –juicio previo, presunción de

(*) Las opiniones brindadas son estrictamente personales y no comprometen a la organización donde el autor trabaja.

* Abogado. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia- España. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales. Actualmente es Responsable de Coordinación Interinstitucional y Normativización del proyecto de Apoyo a la Reforma Procesal de la GTZ. Ha publicado "Nuevo Código de Procedimiento Penal: Jurisprudencia Constitucional y Documentos" (2001 y 2002); "La Vigencia Plena del nuevo Código de Procedimiento Penal y la Jurisprudencia Constitucional. Doctrina y Legislación Comparada" (2003 y 2005); el "Régimen de Impugnación en el sistema acusatorio oral Boliviano" (2005) y "Ratio Decendi" (2007), además de ser responsable de investigación jurídica del nuevo Código de Procedimiento Penal electrónico disponible en www.ncppenalbo-gtz.org (versiones 1.0; 2.0; 3.0; 4.0 y 5.0.).

inocencia y defensa- y peor principios procesales íntimamente ligados con aquellas –oralidad, intermediación y publicidad- ya que en unos casos decidían aquellos quienes no tenían competencia ni preparación para hacerlo –los órganos de investigación criminal como la antigua PTJ o la FELCN- o, quienes sin tener el mínimo contacto con las pruebas y las partes intervinientes basaban su decisión en el expediente, es decir los tribunales de apelación o casación.

Con esa práctica, la denominada por el art. 224 del antiguo CPP “fase esencial” del proceso penal quedó en un simple postulado al asumirse la decisión más importante del antiguo proceso penal inquisitivo precisamente vulnerando los principios de oralidad (los jueces decidían con base a “pruebas” que no habían sido así producidas ante sus sentidos sino leídas e introducidas al juicio por su lectura: diligencias de policía judicial; contradicción (ante un conjunto de papeles es imposible ejercer defensa y por tanto la contradicción no existía); continuidad (las “audiencias” eran celebradas con lapsos entre una y otra que superaban muchas veces semanas o meses y hasta años) y publicidad (un proceso predominantemente escrito, es altamente improbable pueda ser público).

Y es que la nueva concepción del proceso penal ha generado una cantidad importante de consecuencias de diversa índole. Una de ellas, de corte procesal y cultural, consiste en la desaparición del tradicional expediente que produjo graves distorsiones en el inquisitivo al extremo de terminar suplantando al mismo proceso penal. A los efectos del presente trabajo, esa consecuencia adquiere singular importancia.

El efecto citado ha generado una verdadera revolución en la etapa recursiva del nuevo instrumento procesal penal, toda vez que anteriormente con base al expediente los tribunales que resolvían los recursos deducidos podían proceder al conocimiento y revisión tanto de las cuestiones de derecho como las de hecho que, supuestamente “cursaban en los obrados”. El tradicional expediente hacía posible ese milagro.

Ahora, desaparecido aquél y considerando que los tribunales que resuelven los recursos penales no disponen ya del mismo sino sólo de los textos de los recursos deducidos, del acta de registro del juicio y de las resoluciones impugnadas, además –en ciertos casos- de las pruebas documentales introducidas (certificados u otros documentos), la situación ha cambiado radicalmente generando la imposibilidad de esos tribunales para ingresar a revisar las cuestiones de hecho producidas durante el juicio, concentrando su análisis sólo en las de derecho. Por ello, se afirma que la denominación correcta

del recurso de apelación restringida es de “apelación restringida al derecho”, denotando así claramente su naturaleza jurídica. El principal fundamento de esta nueva concepción se apoya en el elemental respeto del principio de inmediación y en definitiva, en la preservación de la centralidad del juicio oral como el único espacio posible de decisión jurisdiccional con base al respeto de los principios informadores del juicio oral.

Entendimiento que ha encontrado plena aceptación en la doctrina legal aplicable votada por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia que tratándose de los recursos de apelación restringida y casación deducidos en el marco de la Ley N° 1970 del Código de Procedimiento Penal, ha sostenido invariablemente la imposibilidad de ingresar a analizar cuestiones de hecho.

Así, por ejemplo: “... de acuerdo a la nueva concepción doctrinaria la apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la sustanciación del juicio o la sentencia; no es el medio jerárquico para revalorizar la prueba o revisar las cuestiones de hecho efectuadas por los Jueces o Tribunales inferiores, sino para garantizar los derechos constitucionales, los Tratados Internacionales, el debido proceso y la correcta aplicación de la Ley. Por ello no existe la doble instancia” (Auto Supremo N° 525/2004).

O también en la misma línea: “La apelación restringida es el medio legal para impugnar errores de procedimiento o de aplicación de normas sustantivas en los que se hubiera incurrido durante la substanciación del juicio, no siendo la resolución que resuelve la apelación restringida el medio idóneo para revalorizar prueba o revisar cuestiones de hecho a cargo de los Jueces y Tribunales de instancia” (AASS N° s. 104/2004 y 654/2004).

Estaríamos, siguiendo a ROXIN¹ frente a una casación substantiva orientada a determinar si el derecho material fue correctamente aplicado al hecho comprobado por el tribunal de mérito, aunque también se contempla la procesal que apunta verificar los errores de esa índole cometidos por los tribunales inferiores.

No obstante en un mundo en permanente cambio, surgen tendencias –en alguna medida nuevas aunque es un tema entusiastamente discutido en la doctrina desde varios años atrás– que cada vez con mayor fuerza no sólo cuestionan esas posiciones doctrinales, sino que han comenzado ya a plasmarse

¹ Derecho Procesal Penal. Ediciones Del Puerto. Buenos Aires, 2000. Páginas 469 y sgtes.

claramente en la jurisprudencia e incluso en la legislación positiva, conforme se analizará a continuación.

De ahí es que resulta coherente sostener que como emergencia de la instauración de sistemas acusatorios orales en materia penal en Latinoamérica, uno de los institutos que mayores controversias todavía suscita en la doctrina es el tratamiento y alcances de los denominados en nuestra legislación procesal penal actual, recursos de casación y de apelación restringida.²

Entre otros varios aspectos controversiales, parte significativa de las discrepancias surgen respecto de los reales alcances resolutorios del recurso de casación y apelación restringida y por tanto, de sus presupuestos de admisibilidad.

2.- El caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*.

Últimamente la situación -desde ya bastante controvertida- ha resultado fuertemente repercutida a partir de un reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya consideración en Bolivia resulta ineludible a partir de nuestra pertenencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en tanto somos signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Ley de la República de Bolivia N° 1430 de 11 de febrero de 1993).

Se trata del **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**, cuya sentencia de 2 de julio de 2004, ordenó a ese país adecuar su legislación a lo dispuesto por el art. 8. 2 inciso h) de la citada Convención, que consigna el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

El Magistrado de la Corte de Casación de Costa Rica Dr. Guillermo Sojo Picado, resume la importancia de este caso destacando que la Corte Interamericana, consideró: **1)** que no se había garantizado el derecho a recurrir del recurrente de modo amplio según la exigencia del art. 8.2.b de la Convención; **2)** que existe un derecho a recurrir el fallo; **3)** que debe garantizarse un recurso ordinario, eficaz, accesible y sin restricciones, requisitos o complejidades; y **4)**

² Toda vez que algunas otras legislaciones emergentes del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano, otorgan un tratamiento nominal diferente al instituto, aunque mantienen en términos generales, similar naturaleza jurídica. En otros casos, se ha suprimido la apelación para impugnar directamente la sentencia vía recurso de casación o la denominación que este instituto reciba.

que cualquiera sea la denominación que reciba el recurso, debe garantizar un examen integral de la sentencia recurrida³.

Ahora bien, a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana cualquier observador del sistema procesal penal no dudará en por lo menos preguntarse *¿Cuáles son los efectos / ejemplos de la recepción de ese fallo en la legislación y práctica procesal comparada? ¿Cuáles serán las repercusiones que podría generar a mediano plazo en nuestra legislación y práctica procesal? ¿Qué consecuencias acarrea para la actual concepción del recurso de casación penal boliviano? ¿Se vulnera así la centralidad del nuevo proceso penal emergente de la reforma?*

En este breve espacio y por tanto sin mayores posibilidades de agotar el análisis de tan interesantes temas –algo además sumamente complejo dadas las circunstancias actuales- intentaré transmitirles algunos de mis juicios respecto de las inquietudes precedentes, esperando contribuyan a iniciar/continuar el debate, pues estoy convencido que en este y en otros temas, los juristas bolivianos debemos construir una doctrina boliviana, que sin dejar de considerar lo que ocurre fuera de nuestras fronteras, esté también y principalmente en condiciones de responder y solucionar nuestros propios problemas sobre la materia.

3.- Las Repercusiones del caso Herrera Ulloa en la Legislación y la Jurisprudencia Comparada.

La doctrina procesal penal latinoamericana discute desde varios años **L**atrás los alcances de la casación tradicional de origen francés, limitada a analizar las cuestiones de derecho y no las de hecho. Actualmente se habla de la denominada “metamorfosis”⁴ del recurso de casación o apelación tradicional (según el tratamiento de cada Código Procesal Penal), aludiendo el planteamiento de un cambio más real que formal en la concepción y tratamiento del instituto.

Anteriormente, en Bolivia el sistema escrito inquisitivo permitía a los tribunales superiores revisar íntegramente tanto el derecho aplicado como los hechos –desnaturalizando incluso frecuentemente de manera grosera la

³ Curso “Recursos y Sistemas de Impugnación en el proceso penal boliviano”. IJB-GTZ. Sucre, 28 al 31 de enero de 2008.

⁴ Por ejemplo, el profesor Pedro BERTOLINO en “La metamorfosis del recurso de casación penal”, publicado en “Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González”. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2007. Primera Edición. Páginas 477 a 486.

supuesta “oralidad” del antiguo sistema y claro, el principio de inmediación, aunque éste último no estuvo siquiera formalmente previsto por el antiguo CPP-. Incluso, esa distorsión resultó ampliamente favorecida a partir de la existencia del instituto de la revisión de oficio, que permitía a los tribunales de apelación y de casación y/o nulidad, revisar ampliamente también el desarrollo del trámite, con lo que las facultades de aquellos tribunales eran sumamente amplias, pero absolutamente desconectadas con el elemental perceptor de cualesquier sistema impugnatorio: el agravio, es decir la diferencia entre lo pedido por la parte y lo resuelto por el órgano decisorio.

En palabras de Alberto BINDER se trataba de “...procesos por registros o escritos, en los que el denominado tribunal de segunda instancia se limitaba a leer esos registros y sobre la base de esa lectura, dictar un nuevo fallo integral, es decir, realizando una nueva valoración de la prueba”⁵.

Ahora como resultado de la centralidad del juicio oral y la desaparición del tradicional expediente –que en el inquisitivo llegó al extremo de suplantar en los hechos al proceso penal- partiendo de nuestra norma rectora procesal se han construido de manera uniforme líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia⁶ en sentido que el recurso de casación y también el de apelación restringida, están limitados en cuanto a su análisis sólo al derecho y no a los hechos, no existiendo por tanto en sentido estricto una segunda instancia. Estamos entonces frente a una concepción tradicional o clásica en cuanto a la procedencia y resolución del recurso, acorde con las reales posibilidades del sistema en función del rescate de la oralidad y especialmente del principio de inmediación.

Si bien la discusión no es nueva y menos pacífica en la doctrina⁷, es precisamente a partir del caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica que el tema ha comenzado a generar consecuencias directas para las legislaciones internas que, en un caso se ha traducido en la modificación de la legislación procesal (Costa Rica) y en otro, en el cambio de las líneas jurisprudenciales del máximo tribunal de justicia penal (Argentina).

⁵ “Introducción al Derecho Procesal Penal”. 2ª edición, Editorial Ad- Hoc; Buenos Aires, página 289.

⁶ Por ejemplo los AASS N° s. 316/03 de 13 de junio; 593/03 de 26 de noviembre; 73/04 de 10 de febrero y muchos otros subsiguientes.

⁷ Para ampliar el tema, véase YAÑEZ CORTES Arturo, “Régimen de Impugnación en el Sistema Acusatorio Oral Boliviano” (Imp. Gaviota del Sur, Sucre; 2005), cuyo capítulo VIII está íntegramente dedicado al tema (ver págs. 185 y sgtes).

3.1. Costa Rica.

Como no podía ser de otra manera ha sido este país seguramente no sólo por ser el directamente obligado por el fallo, sino por su conocida y destacada tradición de institucionalidad y acatamiento de las resoluciones de los tribunales de justicia, el que ha tomado la iniciativa o mejor ha cumplido el fallo de la Corte Interamericana, introduciendo una reforma de su Código Procesal Penal de 1996 mediante la Ley N° 8503 de 28 de abril de 2006, sintomáticamente denominada “**Ley de Apertura de la Casación Penal**”.

Esta norma introduce modificaciones a varios artículos de su Código Procesal Penal e introduce algunas nuevas disposiciones. Entre las más importantes (las negrillas son más):

1. Otorga facultades al tribunal o al fiscal que constate un defecto susceptible de ser subsanado, en cualquier gestión, recurso o instancia, la posibilidad de **comunicar al interesado su defecto para subsanarlo** dentro de un plazo no mayor de 5 días.
2. Otorga facultades al tribunal de casación **para substanciar la acción y pronunciarse sobre el fondo aún cuando existan defectos** en su redacción; aunque si considera que estos le impiden de forma absoluta conocer el reclamo subsiste su facultad de proceder conforme al punto anterior, **puntualizando** los aspectos que deben aclararse y corregirse por parte del interesado.
3. **Permite la recepción de prueba** otorgándole facultades al tribunal para admitir la prueba que estime útil para la resolución definitiva, **puediendo comisionar a uno de sus integrantes para que la reciba**, con participación de los intervinientes que se presenten.
4. Incluso, si el juez comisionado lo estima necesario **puede ordenar la recepción de prueba para mejor resolver**, con la salvaguarda que en caso que se produzca prueba oral, el juez que la haya recibido debe integrar el tribunal al momento de resolver.
5. Faculta a las partes a **ofrecer 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 registro del debate, o en la sentencia.
6. 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.

7. 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.
8. El Tribunal de Casación rechazará la prueba oral que sea manifiestamente improcedente o innecesaria; pero, **si la estima indispensable, podrá ordenarla incluso de oficio**.
9. En lo que concierne a los vicios de la sentencia para justificar la casación, añade uno nuevo de corte sumamente amplio: **cuando la sentencia no haya sido dictada mediante el debido proceso o con oportunidad de defensa**.
10. Sobre el examen del Tribunal de Casación, la nueva norma faculta al Tribunal de Casación **apreciar 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**.

3.2. Argentina.

La doctrina de ese país discute ampliamente las emergencias del denominado “**Caso Casal**” (Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa) cuya sentencia fue emitida por la Corte Suprema de Justicia Argentina el 20 de septiembre de 2005 y es identificada como una otra directa consecuencia del fallo de la Corte Interamericana. Además, textualmente la sentencia se remite reiteradas veces a varias de sus consideraciones.

Entre sus aspectos más importantes debe hacerse referencia a que en su apartado 34 interpreta el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación relativo a las causales de casación, señalando: “*Que en síntesis, cabe entender*

que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”⁸.

Por su importancia y para una mejor comprensión, me permito transcribir el resumen publicado del caso en cuestión⁹:

"Hechos: Matías Casal fue condenado por el delito de robo con armas y se le impuso una pena de cinco años de prisión. Él apeló esa sentencia argumentando que no estaba probado que hubiera usado un arma y que la sustracción sólo había quedado en grado de tentativa. Si estos argumentos prosperaban, le correspondía recibir una pena significativamente menor. La Cámara Nacional de Casación Penal, que era la que tenía que resolver su recurso, lo rechazó. El fundamento fue que Casal pretendía la revisión de los hechos que se dieron por probados en la sentencia y que esto era ajeno a la competencia de la Cámara, que sólo puede revisar la manera en que se interpretaron y aplicaron las leyes penales y procesales. Así, Casal llevó el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argumentó que el criterio adoptado por la Cámara de Casación había desconocido el derecho a apelar su condena reconocida en la Convención Americana y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional.

Decisión de la Corte: La Corte Suprema hizo lugar al planteo de Casal y ordenó a la Cámara Nacional de Casación Penal que revisara la condena de Casal (voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay, Highton de Nolasco y Fayt). La Corte remarcó que era indiscutible que a partir de la reforma constitucional del año 1994 todo condenado tenía derecho a recurrir el fallo. Luego analizó el fundamento mediante el cual la Casación había rehusado revisar la condena de Casal. La Corte señaló que la Casación había basado su postura restrictiva en la concepción histórica y tradicional sobre el rol de un tribunal de casación: la unificación de la aplicación de las leyes penales y procesales. Sin embargo, según sostuvo la Corte, además de ser éste un objetivo difícilmente realizable en un sistema federal, debido a su multiplicidad de jurisdicciones, no constituía en sí mismo razón suficiente para privar al condenado del derecho a obtener una revisión de su condena. La Corte analizó luego el argumento de que como la condena, en los procedimientos federal y nacional, es dictada al final de un juicio oral y público, ello ponía un límite al alcance de esa revisión. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia internacional establece que la revisión de la condena debe ser integral, el Tribunal sostuvo que los únicos aspectos de la condena que no pueden ser reexaminados por la Casación son los que están íntimamente ligados a la inmediación. Es decir, aquellos aspectos excepcionales que se relacionen con ciertas consideraciones relativas a la prueba rendida ante los magistrados que sentenciaron,

⁸ <http://www.adccorte.org.ar/recursos/241/casal.pdf> el 15 de marzo de 2008.

⁹ Extractado de www.adccorte.org.ar el 15 de marzo de 2008

y que los jueces que revisan la condena por definición no pueden llegar a evaluar. De este modo, si bien los jueces de Casación no pueden revisar la impresión que un testigo causó en los magistrados sentenciantes, sí puede controlar la coherencia de su declaración testimonial y si esta tiene la fuerza necesaria para probar o no el hecho por el que el imputado ha sido acusado. Seguidamente la Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación -art. 456 CPPN- no restringe el alcance del recurso entendido de este modo. Señaló que esta norma había sido interpretada restrictivamente -y por ende de modo inconstitucional- por haber sido leída a la luz de la mencionada justificación histórica, pero que su formulación en sí no era inconstitucional. Por ello, la Corte no declaró la inconstitucionalidad de la norma sino que estableció cuál es el criterio con que debe ser interpretada y aplicada”.

Antes del fallo analizado, el maestro argentino Germán BIDART CAMPOS refiriéndose al tema en análisis había ya alertado: “...como a nuestro criterio los tratados prevalecen sobre las leyes (bien que la jurisprudencia de la Corte no sostiene lo mismo), el requisito de la doble instancia en el proceso penal viene ahora exigido por un tratado, y Argentina debe cumplirlo, porque ese tratado ha entrado a integrar su derecho interno con prioridad sobre las leyes”, concluyendo que interpretaba que la Convención Americana obliga a la doble instancia en el proceso penal únicamente a favor del inculpado; o sea, el derecho de recurrir queda imperativamente atribuido solamente cuando el apelante es el inculpado objeto de condena penal.¹⁰

En Argentina la repercusión del caso Herrera Ulloa y luego Casal¹¹ ha sido tal, que incluso el 2006 se presentó en su legislatura un proyecto de ley proponiendo una reforma al citado art. 456¹² en el siguiente sentido: “*El recurso de casación podrá interponerse, respetando el principio de inmediación, contra las sentencias condenatorias y los autos que causen un gravamen de imposible de reparación al imputado en el trámite del proceso, por vicios esenciales vinculados a la interpretación del derecho, a la reconstrucción de los hechos, a la selección y valoración de las pruebas, a la extinción de la acción o a la dosificación de la pena. En ambos supuestos podrá también reconocerse el derecho al recurso a la víctima constituida en querellante*

¹⁰ José Raúl HEREDIA. “¿Casación o un nuevo recurso? De Jáuregui a Casal”, en WWW.acader.unc.edu.ar el 13 de marzo de 2008.

¹¹ Esa línea jurisprudencial fue seguida por la Sentencia de 25 de octubre de 2005 dictada dentro del caso “Martínez Areco” y por otras resoluciones tanto de la Corte Suprema como Tribunales Provinciales.

¹² “Recurso de casación. Procedencia. Art. 456. - 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 haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”.

y si, como consecuencia del mismo se produce la condena total o parcial del procesado, éste tendrá la posibilidad de impugnarla ante el órgano jurisdiccional declarado competente a tales efectos".¹³ Entiendo que hasta el momento el proyecto no ha recibido tratamiento definitivo por parte del Congreso Argentino.

Como se verá entonces, las repercusiones del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han comenzado ya no sólo a generar discusiones doctrinales, sino ya existe jurisprudencia e incluso legislación positiva que recepciona sus consideraciones.

El caso de Costa Rica es paradigmático toda vez que ha sido precisamente su Código Procesal uno de los principales e indiscutibles referentes del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano.

4.- Las previsibles consecuencias en Bolivia ¿hacia un nuevo Paradigma?

Conforme reiteradas veces se ha sostenido en este estudio, uno de los resultados más evidentes producidos por la reforma procesal boliviana es la clara tendencia de la jurisprudencia para concentrar el análisis de los recursos de apelación restringida y casación sólo a las cuestiones de derecho, eliminando la posibilidad de ingresar a analizar cuestiones de hecho.

Tal postura no es casual y menos puede pasar desapercibida en nuestro contexto. A riesgo de parecer reiterativo en el tema, es pertinente insistir que en nuestra cultura jurídica todavía fuertemente influenciada por el inquisitivo, obedece a las graves distorsiones que esa cultura y su proceso penal generaron en el tratamiento y resolución de los antiguos recursos de apelación y también de casación y/o nulidad, vulnerando especialmente la elemental concepción respecto de la oralidad e inmediación y creando una dependencia para con el expediente tradicional. Lo más grave fue que de esa manera resultaron conculcados los principios constitucionales del juicio previo, defensa y presunción de inocencia.

De ahí se explica que la reforma boliviana haya incidido en recuperar la centralidad del juicio penal, generando la imposibilidad que sean jueces que no hayan tenido contacto con las partes y la prueba decidan respecto de elementos de hecho, por lo que los recursos deducidos contra la sentencia,

¹³ <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1496-D-2006>

deberán concentrar su análisis exclusivamente en la aplicación del derecho a los hechos que, deben mantenerse intangibles.

No obstante, nuestro sistema recursivo que aunque está claramente inmerso en la corriente reformista latinoamericana que postula la centralidad del juicio con las consecuencias ya comentadas, bien puede ser catalogado en lo que respecta al tratamiento de los recursos como tradicional, aunque a diferencia de otras legislaciones similares, no peca de ser formalista en extremo, al menos normativamente hablando. Tal juicio resulta a partir de comparar algunas de sus normas con sus fuentes más cercanas – tal el caso del CPP de Costa Rica y la emergente Ley de Apertura de Casación Penal-.

En esa línea adviértase que la disposición N° 1 correspondiente al punto 3.1 del presente trabajo introduce en Costa Rica el principio denominado por la doctrina “pro actione” por el cual la admisión y conocimiento del recurso no puede quedar supeditado a simples cuestiones formales, debiendo en su caso el órgano jurisdiccional otorgar a la parte recurrente cuyo recurso adolece de un defecto la posibilidad de subsanarlo en un lapso determinado. Por ser de factura posterior al CPP Costarricense este principio estaba ya previsto en el art. 399 de nuestro NCPP¹⁴ y ha sido ya ampliamente desarrollado por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional¹⁵ mediante sostenidas líneas jurisprudenciales.

De esta manera y con referencia sólo a este elemento en concreto, puede sostenerse razonablemente que nuestro sistema recursivo y especialmente la practica forense boliviana, a partir de la normativa sobre la materia ha construido una postura amplia en la procedencia del recurso, dejando de lado parte de los formalismos que sólo dificultan el acceso a la justicia.

No obstante, habrá que considerar que si bien la Corte Suprema ha sido rigurosa en exigir a las Cortes Superiores de Distrito el acatamiento de las emergencias del principio pro actione no lo ha sido consigo misma, pues suele declarar infundados los recursos de casación sometidos a su conocimiento precisamente por incumplimiento de cuestiones de forma tales como el no haber señalado la contradicción en términos claros y precisos; por no haber señalado y explicado en qué consiste la contradicción con el Auto de Vista impugnado o también por la no invocación oportuna del precedente contradictorio (extremo

¹⁴ **(Rechazo sin trámite).** Si existe defecto u omisión de forma, el tribunal de alzada lo hará saber al recurrente, dándole un término de tres días para que lo amplíe o corrija, bajo apercibimiento de rechazo. Si el recurso es inadmisibile lo rechazará sin pronunciarse sobre el fondo.

¹⁵ Sentencias Constitucionales N° s. 1044/03-R de 22 de julio; 1075/03-R de 24 de julio y ss. Autos Supremos N° s. 599/03 de 27 de noviembre; 71/04 de 9 de febrero y ss.

respecto del cual resta todavía establecer –jurisprudencialmente- si se trata de un requisito de forma o de fondo).

En esa línea sostengo que la futura doctrina legal aplicable debiera ampliar las emergencias del pro actione también a los recursos de casación pues no existen limitaciones al respecto y la tendencia mayoritaria en jurisprudencia y derecho comparado es esa, de forma que no sean declarados infundados estos recursos en ese tribunal por incumplimiento de simples requisitos de forma sin antes dar oportunidad al recurrente para subsanar esas cuestiones que imposibilitan el conocimiento del recurso en el fondo y, en esencia, pueden generar o mantener en muchos casos graves injusticias.

A esos efectos y mejor si es con base al pro actione, la Corte tendría que establecer doctrina legal aplicable distinguiendo cuales son requisitos de forma y cuáles son de fondo. A mi juicio conforme planteé con el propósito de iniciar el debate en “*Alcances del art. 399 del CPP en función al principio de tutela jurisdiccional efectiva: algunas perspectivas futuras*”¹⁶ con base al derecho de tutela judicial efectiva, deduzco que son requisitos de fondo los que no pueden ser subsanados por mucho que se concedan uno o varios plazos para el efecto (plazo hábil de interposición del recurso), mientras que los restantes que si pueden ser subsanados previa concesión de un plazo, debieran a efectos de aplicar el pro actione ser considerados de forma y por tanto subsanables, posibilitando de esa manera el efectivo acceso a la justicia y la tutela judicial de los recurrentes. Obviamente si el recurrente no subsana la observación dentro del plazo hábil concedido, procede la denegatoria del recurso.

Habrá también que admitir que la aplicación en nuestro medio del pro actione incluso en su actual formulación no ha sido fácil de lograr y que incluso perduran todavía posturas contrarias a esta doctrina legal aplicable y doctrina constitucional. Esto resulta claramente verificable por la significativa cantidad de doctrina legal aplicable votada en los últimos años por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, cuya inmensa mayoría está reiterativamente centrada en ordenar a las Salas Penales de las Cortes Superiores de Distrito que observen el art. 399 del NCPP concediendo el plazo respectivo para subsanar los defectos de forma, o lo que es lo mismo, eviten rechazar los recursos de apelación restringida por el incumplimiento de simples cuestiones formales, al extremo que ese entendimiento es el que con mayor frecuencia aparece en toda la doctrina legal aplicable dictada desde la vigencia plena del NCPP (2001 adelante).

¹⁶ En “Diálogo Jurídico” N° 4/2007. Revista de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia; Editorial Judicial. Sucre, noviembre de 2007; páginas 157-170.

Incluso, persiste todavía el entendimiento –errado en mi concepto- que los Vocales de las CCSSDD cuando hacen saber al recurrente de la existencia de defectos u omisiones de forma según el art. 399 del NCPP, no deben puntualizar en qué consisten esas omisiones por un sobreestimado riesgo de adelantar criterio en el fondo del asunto y dar lugar a posteriores pedidos de apartamiento de la causa ???

Por otra parte, otro elemento a destacar favorablemente de nuestro sistema consiste en que el art. 410 del NCPP (ofrecimiento de prueba) boliviano previó ya la posibilidad de producir prueba tratándose del recurso de apelación restringida cuando se haya fundamentado con base a un defecto de forma o procedimiento. Ese elemento ha sido introducido a la economía jurídica costarricense conforme se anota en el punto 5 respectivo.

Hasta aquí los elementos que a mi juicio pueden ser destacados como favorables o si se quiere, podrían ser señalados como adelantos respecto de la legislación procesal penal costarricense y que fueron luego recogidos por su Ley de Apertura de Casación Penal.

Dejando salvado que no pretendo que nuestra legislación copie textualmente las disposiciones de la norma citada o algunas otras foráneas, empero, dadas las obvias coincidencias de problemas procesales en el tratamiento de nuestros propios recursos penales y esencialmente la fuerza vinculante de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana, creo interesante y útil hacer el ejercicio de explorar algunas de las posibilidades que surgen al respecto.

Así, pese a los avances anotados precedentemente, es innegable que todavía el tratamiento del sistema recursivo penal boliviano mantiene una orientación formalista en el sentido que frecuentemente por cuestiones de forma, los tribunales de apelación restringida y/o casación evitan ingresar al análisis de fondo del caso, manteniendo o permitiendo incluso en algunos casos, errores y hasta injusticias registradas ante los Jueces o Tribunales de sentencia. Entonces, un primer elemento a explorar consiste en introducir vía doctrina legal aplicable los entendimientos suficientes para despojar de ese rasgo formalista el sistema recursivo, de forma que el acceso a la justicia de los recurrentes sea expedito y no una carrera de obstáculos, pese a los inconvenientes que esa postura podría generar. En esa línea, la Corte Suprema muestra grandes avances facilitando el acceso libre y gratuito desde cualquier lugar del país a su doctrina y jurisprudencia, mediante las nuevas aplicaciones

que brinda su página web <http://suprema.poderjudicial.gov.bo>¹⁷

La doctrina, especialmente la Argentina, ha planteado como respuesta a esas distorsiones y con base a las denominadas doctrinas de la arbitrariedad y de la arbitrariedad de la sentencia, un punto intermedio o equilibrado en la pugna de valoración de derechos Vs. hechos, sosteniendo: “...*en general un no a los hechos, pero sí un examen y consideración cuando el desvío de lo juzgado, por caso, en el núcleo de la prueba, tiene gruesas fallas lógicas y la evaluación de los medios ha llevado a resultados insostenibles (absurdo y/o arbitrariedad), desvirtuándose el sentido de la misma, supuestos en los que la revisión deviene insoslayable para que la solución jurídica sea correcta y al cabo, también justa...*”¹⁸. De ahí que se habla de la doctrina del máximo rendimiento, se entiende del recurso.

Por ello, a partir de los nuevos elementos introducidos por los ejemplos antes comentados en doctrina, jurisprudencia y legislación, puede sostenerse que la tendencia va inclinándose en sentido de: **1)** Evitar someter la admisión y en consecuencia conocimiento de los recursos a cuestiones simplemente formales que en definitiva impiden el acceso a la justicia del recurrente. Este aspecto ha comenzado ya a ser superado en alguna medida en Bolivia, aunque creo todavía limitado a las Cortes Superiores de Distrito (apelación restringida) y no a la Corte Suprema (casación). El próximo paso de la doctrina legal aplicable tendría que tender también a abarcar ese aspecto. **2)** Ingresar paulatinamente a realizar un examen integral de los elementos de hecho y derecho venidos en apelación o casación, SIN JAMAS dejar de lado el elemental respeto de los principios informadores del juicio oral, especialmente, la inmediación, publicidad y la defensa. **3)** En definitiva, la modificación del tradicional entendimiento del recurso de casación, tendiendo hacia la construcción de un nuevo recurso de casación que adopte por lo menos una posición intermedia o híbrida entre los actuales extremos respecto de la pugna entre hechos versus derechos, aunque, manteniendo indemnes los principios informadores del juicio oral y claro está, las garantías constitucionales que están detrás de aquellos. **4)** Es poco factible que esos cambios sean normativamente realizados toda vez que en el momento actual no existen las mínimas posibilidades de esperar algún tratamiento legislativo de estos temas, por lo que deberán ser introducidos mediante interpretaciones legales realizadas mediante la doctrina legal aplicable; aunque

¹⁷ Actualmente por ese medio se puede acceder no sólo a los Autos Supremos sino también a los Autos de Vista de las nueve Cortes Superiores de Distrito dictados en materia penal, además de tener sistematizada toda la jurisprudencia de esa materia.

¹⁸ MORELLO, Augusto. “La casación. Un modelo eficiente”. 2ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

es obvio, deben partir de la actual normativa positiva, interpretándola. Por ejemplo, existe ya alguna jurisprudencia indicativa arguyendo que el principio de inmediación no resulta vulnerado cuando el análisis de los tribunales que resolvieron los recursos fue apoyado en pruebas documentales. 5) Así las cosas, todo apunta que el futuro mediato de los recursos analizados, desembocará en la revisión integral de los fallos impugnados, aunque preservando los derechos y principios a los que se hizo reiterada referencia.

En esa línea, juzgo que más allá de pensar en reformas legislativas inmediatas o siquiera mediatas dadas las actuales prioridades legislativas que apuntan hacia otros temas (aunque las consecuencias del fallo de la Corte Interamericana también debieran darnos por aludidos a nivel Congresal), la doctrina legal aplicable de la Corte Suprema de Justicia tiene ante sí el enorme desafío de recepcionar estas tendencias procesales prácticamente universales *en la medida que la actual legislación lo permita* –un excelente ejemplo es lo ya acontecido con el pro actione aunque estaba normativamente previsto - de forma que el tratamiento de nuestros recursos de apelación restringida y casación precautelando en todo momento los principios antes mencionados, pueda ofrecer nuevas interpretaciones que permitan en casos por lo menos excepcionales, avanzar hacia la construcción de una doctrina más afín a posturas intermedias entre la casación tradicional y las nuevas corrientes, pero mucho más cercanas al fin definitivo de la administración de justicia: hacer justicia en el caso concreto.

Sucre, CAPITAL de la República de Bolivia, abril de 2008

5.- Bibliografía.

BERTOLINO, Pedro. “*La metamorfosis del recurso de casación penal*”, en “Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González”. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2007. 1ª Edición.

BINDER, Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. 2ª edición, Editorial Ad- Hoc; Buenos Aires, 1999.

HEREDIA José Raúl. “¿Casación o un nuevo recurso? De Jáuregui a Casal”, en www.acader.unc.edu.ar

<http://suprema.poderjudicial.gov.bo>

<http://www1.hcdn.gov.ar>

Las nuevas Tendencias en el recurso de Casación Penal...

MORELLO, Augusto. "La casación. Un modelo eficiente". 2ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, Klaus. "Derecho Procesal Penal". Ediciones Del Puerto. Buenos Aires, 2000.

SANDOVAL PARADA Héctor y GARECA PERALES Pedro. "Doctrina Legal Penal en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Imprenta Gaviota del Sur, Sucre, marzo de 2008.

SOJO PICADO, Guillermo. Documentos distribuidos en el curso "Recursos y Sistemas de Impugnación en el proceso penal boliviano". Instituto de la Judicatura de Bolivia –GTZ- Reforma Procesal Penal. Sucre, 28 al 31 de enero de 2008.

YAÑEZ CORTES, Arturo. "Régimen de Impugnación en el Sistema Acusatorio Oral Boliviano" Imprenta Gaviota del Sur, Sucre; 2005

"Alcances del art. 399 del CPP en función al principio de tutela jurisdiccional efectiva: algunas perspectivas futuras". En *Diálogo Jurídico* N° 4/2007. Revista de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia; Editorial Judicial. Sucre, noviembre de 2007.

www.adccorte.org.ar

www.ncppenalbo-gtz.org

