

UAB

ESCOLA DE POSTGRAU

UNIVERSITAT AUTONOMA DE BARCELONA

El Recurso de Casación Penal

Los recursos en el sistema procesal penal
guatemalteco y en el derecho comparado

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Héctor Aníbal De León Velasco

Director de la tesis

Dra. Roser Martínez Quirante

Indice

Nota introductoria

Capítulo I. Nociones generales sobre los recursos, bases constitucionales.

- I) Concepto y naturaleza
- II) Derecho a impugnar las resoluciones judiciales;
- III) Los recursos como derecho fundamental;
- IV) Los recursos en los ordenamientos constitucionales contemporáneos;
- V) El recurso judicial y las acciones constitucionales;
- VI) Doble instancia y examen por un tribunal superior
- VII) Disposiciones comunes para todos los recursos
- VIII) Clases de recursos en el proceso penal.

Capítulo II. Recurso de apelación.

A. Aspectos previos.

B. El recurso de apelación

- I) Antecedentes históricos
- II) Naturaleza y formas del recurso
- III) El recurso de apelación en el derecho contemporáneo.
- IV) Recurso de apelación en el procedimiento penal español
- V) El denominado recurso de apelación especial en Guatemala
- VI) Requisitos del planteamiento del recurso de apelación especial en Guatemala.
- VII) Procedimiento de la apelación especial en Guatemala.
- VIII) Control de admisibilidad de la apelación especial.

- IX) Motivos del recurso de apelación especial
- X) Apelación de otras resoluciones definitivas..
- XI) Interposición conforme el Código procesal guatemalteco.

Capítulo III. Revisión

- I) Concepto y naturaleza de la revisión.
- II) Motivos de revisión
- III) Trámite.
- IV) La revisión en España
- V) La revisión en Colombia
- VI) Argentina
- VII) Costa Rica
- VIII) El escrito solicitando revisión en el derecho guatemalteco

Capítulo IV. Casación

- I) Historia:
 - a) Fuentes mediatas.
 - b) Fuentes inmediatas.
 - Generalidades sobre el Recurso:
- II) Importancia de los derechos fundamentales para la sustentación de la casación penal; presunción de inocencia y otros derechos fundamentales.
- III) Infracción de precepto constitucional como motivo del recurso de casación.
- IV) La doctrina constitucional española y su respeto al sistema casacional.

- V) La casación en el derecho español.
- VI) Otros sistemas de casación en el derecho comparado:
 - a) Sistema Alemán, b) Sistema Italiano, c) Casación en Francia
 - d) Sistema Guatemalteco.
- VII) Fundamentos y objetivos de la casación.
 - a) Fundamentos:
 - 1. Desde el punto de vista del derecho español.
 - 2. Desde el punto de vista del derecho guatemalteco.
 - b) Objetivos.
- VIII) Concepto.
- IX) Legitimación. Legitimación. Importancia de los hechos y el derecho en el recurso.
- X) Importancia de la Distinción entre los Hechos y el Derecho en el Recurso de Casación.
- XI) Resoluciones recurribles.
- XII) Causas de inadmisión
- XIII) Sustanciación del Recurso.

Capítulo V. Motivos de casación en particular.

- I) Motivos de fondo.
- II) Motivos de forma.
- III) Motivo de fondo en particular. Casos de procedencia en el recurso de casación en España. Los motivos por infracción de ley. Infracción del precepto constitucional.
- IV) Motivos de forma en particular.

Capítulo VI. Motivos de casación en el Derecho Guatemalteco.

- I) Aspectos generales
- II) Resoluciones recurribles en casación
- III) Legitimación
- IV) Requisitos
- V) Admisibilidad
- VI) Casación por motivo de forma
- VII) Casos de Procedencia por infracción de ley o motivos de fondo
- VIII) Planteamiento concreto del Recurso
- IX) La Sentencia en casación

Capítulo. VII. Propuesta de reforma de la legislación guatemalteca en materia de recurso de apelación especial contra la sentencia.

- I) Antecedentes
- II) Propuesta

Capítulo VIII. Presente y futuro del recurso de casación: ensayo de lege ferenda.

- I) Algunas cuestiones sobre el recurso en la época presente
- II) Fundamentos de una nueva casación guatemalteca

Capítulo IX. Proyecciones para una nueva casación española.

- I) Propuesta para una reforma
- II) Fundamentos de una nueva casación
- III) Temas sobre los que podría construirse la nueva casación penal

Conclusiones

Abreviaturas

Bibliografía

NOTA INTRODUCTORIA

En materia de impugnaciones en el proceso penal guatemalteco existen grandes problemas de fondo, que o bien no han sido advertidos o si lo han sido no han tenido la suficiente trascendencia como para merecer los estudios y las reformas legales correspondientes.

A nuestro entender uno de los temas pendientes de analizar es el de las impugnaciones. Comprendiendo dentro de las impugnaciones todas aquellas materias que puedan evidenciar la inconformidad de las partes, a través de los recursos propiamente dichos o a través de las manifestaciones que no con el nombre del recurso, pero que sí evidencia la inconformidad aparecen en el procedimiento.

El trabajo se refiere a los recursos y en particular a uno, el de Casación. Sin embargo se aclara que existe una particularidad en el medio guatemalteco, como es tener el recurso de apelación de la sentencia de primer grado, con el nombre de apelación especial, que por sus características, como ya lo estudiaremos más a fondo, es realmente una casación, recurso que se resuelve por una Cámara de Apelaciones o Tribunal Superior. Contra la decisión de esta Cámara puede aún interponerse recurso de casación, que es en todo caso, un recurso cerrado, por atender a cierto número de casos de procedencia. Lo que se quiere señalar en este preámbulo es la existencia en la práctica de dos casaciones, solamente que con diversos nombres. Por tales razones que se hace necesario estudiar, por un lado la apelación especial, y por el otro la casación.

El estudio orienta metodológicamente, en un inicio, sobre los recursos en general, y luego por las razones puestas en relieve, estudios sobre el recurso de apelación y el de casación. En todos los sectores del trabajo existe una referencia a las instituciones similares de España básicamente, aunque también se hace referencia a la forma en que en los países hispano americanos se contiene legalmente el tema.

Finalmente se realiza un enfoque de lo que se estima puede ser la legislación futura del recurso de casación en Guatemala, y por las aportaciones pertinentes el futuro de dicho recurso en España.

Hay en este documento dos pretensiones una, la realización de un trabajo de investigación, que pueda servir como base de futuras investigaciones y propuestas que lleguen directamente al campo práctico, convirtiéndose al menos en proyectos de organización de la jurisdicción o bien en reformas al Código sobre procedimiento penal.

La segunda pretensión un poco más concreta es presentar un estudio sobre el tema siempre importante de la casación, para que pueda servir a los estudiosos del mismo y especialmente a los litigantes guatemaltecos como una guía que les permita al menos dar los primeros pasos en el siempre apasionante mundo del recurso.

La primera además, está dedicada a los universitarios que nunca dan por terminados o satisfechos sus estudios y con ello expresarles que siempre habrá una investigación por hacer, que siempre hay un conocimiento que no se posee plenamente pero que hay que buscar. En esa parte investigativa hemos procurado incluir todo cuanto se ha podido decir hasta ahora, en nuestro idioma, sobre el recurso de casación, agregando el toque particular relativo a la legislación

guatemalteca, que como se podrá apreciar y es unánimemente aceptado, contiene una casación doble, sistema que reclama a gritos una urgente reforma y por lo cual nos permitimos, con base en la experiencia de encontrarnos desde hace cuatro años en el Tribunal de casación, formular una propuesta al respecto, la que podrá ser importante, a nuestro juicio, en el esquema jurisdiccional ordinario.

El segundo aspecto, aunque inmersos y mezclados ambos, el de orden práctico, está dedicado a los abogados que se introducen en la práctica del recurso, ya sea dirigiendo profesionalmente su planteamiento, o bien para aquellos que administran la jurisdicción que se relacione con el tema.

Capítulo I

Nociones generales sobre los recursos, bases constitucionales.

Concepto y Naturaleza. Derecho a impugnar las resoluciones judiciales. Los recursos como derecho fundamental. Los recursos en los ordenamientos constitucionales contemporáneos. El recurso judicial y las acciones constitucionales. La doble instancia y el examen por un tribunal superior. Disposiciones comunes para todos los recursos. Clases de recursos en el proceso penal.

I. Concepto y naturaleza

Las impugnaciones se dirigen a atacar las resoluciones judiciales con las que los litigantes no están conformes.

Los recursos judiciales son una especie dentro del género de los medios de impugnación. La doctrina contemporánea generalmente admite un concepto de recurso, más restringido que el de impugnación; así lo expresa Fairén Guillén: “Los medios de impugnación en su especie de recursos son actos procesales de la parte que se estima agraviada, ... por un acto de resolución del juez o tribunal”.¹ Todos los medios de impugnación de las resoluciones judiciales tienen como objetivo, evitar vicios y errores en ellas, y que se minimice la posibilidad de una resolución injusta.² Pero dentro del concepto restringido de recurso solo se pueden considerar como tales los medios de impugnación que persiguen un nuevo estudio de lo ya resuelto, nuevo estudio que correspondería a un tribunal superior. A los otros medios de impugnación, carentes de efecto devolutivo

¹ Fairén G. Víctor, Doctrina general del Derecho Procesal, P.479.

² “Surgen pues, de la “evidencia” para la parte recurrente (“evidencia” subjetiva, que no supone “existencia” WACH, HELLWIG, GOLD SCHMIDT) de un error, de un vicio “existente”- para la parte- en la resolución judicial que

se denominaría remedios, con la característica de que “en ellos, sea el mismo juez o tribunal que dictó la resolución impugnada el que los examina ... y resuelve”;³ en realidad, ambas son formas de impugnación y no vemos porqué no pueda denominarse recurso (como efectivamente se hace en nuestro medio al menos), al de reposición, por ejemplo. Los recursos también son clasificados por sus efectos, siendo los principales que pueden producir, el devolutivo, suspensivo y extensivo.⁴

En el ámbito penal el principio de inmutabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales es objeto de algunas consideraciones especiales, tanto en razón de materia, por su especial naturaleza, como por las distintas convenciones internacionales en materia penal y en general en materia de derechos humanos. Aunque desde antiguo se reconoce el fundamento de los recursos en el reconocimiento de la falibilidad humana, se enmarca modernamente por la jurisprudencia el derecho al recurso judicial dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, tutela que se violenta al cerrarse al ciudadano la posibilidad de interponer un recurso rodeándolo de obstáculos indebidos o desproporcionados; también en dicho ámbito penal, a raíz de la vigencia en Europa del pacto de derechos civiles, y más aún de la residencia constitucional de dicho pacto, y en América Latina a raíz de la suscripción y aplicación del Pacto de San José, el legislador, especialmente en los relacionados textos internacionales, ha dado a los recursos un contenido de derecho fundamental. Existe una fuerte corriente dogmática que hace derivar el recurso, de una fuente constitucional. En

impugna; surgen también, estructuralmente, de la jerarquía de los tribunales...” Fairen Guillén, V. Doctrina General del Derecho Procesal, página 479.

³ Fairen G. Víctor, Ob. Cit. P481.

⁴ Cortés Domínguez, V. Los recursos en el proceso penal. Derecho Procesal Penal p.709.

España, se hace derivar de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución dándose al mismo una connotación procesal.⁵

El Derecho Procesal tradicional en Guatemala ha considerado los recursos como un medio de control de la actividad jurisdiccional puesto que siendo la decisión del juez una decisión humana, no escapa a la comisión de errores al emitirse. No obstante, al entrar en vigor el actual código procesal penal que data de 1994, y cuya fuente han sido precisamente las convenciones internacionales sobre derechos humanos, especialmente, la Convención Americana o Pacto de San José, la tendencia es considerar los medios de impugnación y especialmente los recursos, como un derecho de las partes. Ante el ejercicio de la acción emerge la resolución, y ante ésta como control, la impugnación. Este parece ser el criterio sustentado por cierta parte de la doctrina contemporánea, como lo ha expresado para el medio guatemalteco Alberto Herrarte: “el derecho procesal penal ha establecido el derecho de impugnación que consiste en la posibilidad de combatir las resoluciones judiciales.”⁶ Por su parte el sustentante ha expresado en un trabajo sobre el tema que el recurso ha de expresarse como un derecho pues permite a los sujetos procesales impugnar la sentencia.⁷

En general, en la doctrina del proceso civil, la revocabilidad a través de los recursos se estima como resultado de un derecho de las partes de controlar la actividad jurisdiccional: “La doctrina italiana (Carnelluti,

⁵ “Es preciso anticipar que consideramos residenciado el derecho al recurso en toda la extensión del artículo 24 CE, recibiendo el contenido, principalmente, de los valores superiores y los principios generales. De no hacerlo así podríamos caer en la trampa de definirlo como una garantía de un derecho y no como un derecho por sí mismo...La ubicación que mayoritariamente realiza el Tribunal Constitucional partiendo del artículo 24.1, es criticada por un amplio sector doctrinal, que aboga por la plasmación del derecho a recurrir a través del 24.2, como seno natural del impugnar procesal. Yáñez Velasco, Ricardo. Derecho al recurso en el proceso penal. Pág. 253.

⁶ Herrarte, Alberto. Derecho Procesal Penal p.261.

⁷ De León Velasco, H. A. Derecho a un recurso judicial. Manual de Derecho Procesal Penal p. 196.

Calamandrei) destacó que la cuestión impugnativa se relaciona con modos de fiscalización, tendiendo en definitiva, a establecer métodos de contralor del decisorio jurisdiccional y a evitar, dentro de lo posible, según las condiciones legales, los excesos discrecionales, la arbitrariedad, el error o la injusticia. Al mismo tiempo es de advertir que en orden a este tema se estructura una nueva configuración de la relación procesal, que ya no está dada de modo directo por la confrontación de las partes, sino de una de ellas –la que aduce haber sufrido un perjuicio o menoscabo de su derecho con respecto al juzgador.”⁸

En cuanto a su naturaleza, la doctrina contemporánea estima que la acción que emana del recurso, es parte de la acción del proceso, no constituyendo una acción diferente o nueva.⁹ Se dice, en consecuencia, que el derecho a impugnar las resoluciones judiciales no puede separarse del contenido del derecho de acción que emana del proceso en que las partes litigan.¹⁰ La excepción a esta regla se da cuando las sentencias son firmes y suponen la terminación del proceso, y las mismas son impugnadas mediante el recurso de revisión, en tal caso el derecho a impugnar tales sentencias es una nueva acción de carácter constitutivo, por lo que las legislaciones modernas prefieren regular tal caso como un procedimiento especial, como el Código Procesal Penal de Costa Rica.

II. Derecho a impugnar las resoluciones judiciales.

Como complemento de ese derecho que el ciudadano tiene para impugnar las resoluciones que le puedan resultar perjudiciales y como un

⁸ Vázquez R. Jorge. Derecho Procesal Penal. Rubinzal-Culzoni, Editores. Buenos Aires, Argentina, 1997, página. 462.

⁹ Una posición minoritaria ha sostenido que los recursos son una nueva acción o pretensión de naturaleza constitutiva, distinta de la acción, pretensión y resistencia iniciales de dicho proceso. Varela Gómez, Bernardino J. El recurso de apelación penal, página 37.

derivado del debido proceso, encontramos el derecho a una resolución judicial oportuna y fundamentada. La mayoría de las legislaciones modernas hacen referencia a tal derecho. Encontramos en la legislación guatemalteca el fundamento legal del mismo, en el artículo 12 de la CPG, y en el 11 bis del Código Procesal Penal. Pero al mismo tiempo de ser, un derivado de un derecho fundamental, encuentra su contraparte en el derecho a impugnar tales decisiones aunque estas sean oportunas y fundamentadas, pues tales circunstancias estarán siempre bajo el análisis de los interesados. De ahí, que las impugnaciones, basadas en el derecho a disentir que todo sujeto procesal tiene, respecto de las decisiones judiciales, son un medio de control, de la juridicidad general de las resoluciones y de la fundamentación o motivación suficiente de las mismas. Además de la derivación precedente, existen otros fundamentos constitucionales y legales respecto de los recursos, así: al principio de imparcialidad judicial, que es el deber ser, puede oponerse el principio de igualdad, si se estima que una resolución cualquiera, se ha emitido, en unos casos determinando los alcances de la ley aplicable en cierto sentido, y en otros casos en que las circunstancias son iguales interpretarlas en un sentido diferente, o bien, aunque no exista el precedente, estime el sujeto con interés en la resolución, que la misma ha sido emitida violando en alguna forma lo preceptuado en la ley.

El ejercicio del recurso o impugnación, como ataque a la resolución que es contraria a la pretensión, se concede, conforme el principio de igualdad procesal, en el ámbito penal, a todo aquel que participa en el proceso, tanto como acusador, imputado, defensor, y otros sujetos que puedan intervenir, puesto que no solo está dado como parte importante del

¹⁰ Ortells Ramos, en Varela Gómez, B. J., Ob. Cit. Pág. 38.

derecho de defensa del imputado, sino como un complemento del ejercicio de la acción que se deduce en el proceso. En el derecho guatemalteco, el derecho al recurso es realmente un derecho constitucionalizado, específicamente en cuanto al recurso de apelación de la sentencia de primera instancia (que el Código Procesal Penal designa como Apelación Especial), por cuanto la Convención Americana sobre derechos humanos establece el derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior, y porque la Constitución Política establece el principio general que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

El derecho al recurso no puede ser, conforme tales disposiciones, el derecho a cualquier recurso, sino solamente a aquel que las normas vigentes han establecido para el caso concreto, o sea, en el caso guatemalteco, el derecho fundamental al recurso es el derecho al recurso de Apelación (Especial) que es el recurso idóneo contra la sentencia de primer grado, sin que esto quiera decir que los demás recursos no estén contemplados dentro de un derecho genérico a los recursos, sino mas bien, que el de Apelación (Especial) llena la expectativa del derecho de toda persona a un recurso contra el fallo ante un tribunal superior, establecido en la mencionada Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se tratan en este trabajo como temas distintos, por razones metodológicas aunque no excluyentes, el derecho al recurso contra la sentencia, ante un tribunal superior, y el derecho a acceder a los recursos contra las demás resoluciones.

De esa manera el derecho al recurso en materia penal, es decir el Derecho para quienes ejerciten una pretensión contra la resolución se

reserva para quiénes figuran como partes del proceso, es decir para aquellos que:

- a) Estén legitimados como partes, demostrando o habiendo demostrado la calidad necesaria para contradecir lícitamente la resolución que oportunamente impugnan, que es la referencia en la legislación guatemalteca del artículo 398 Código Procesal Penal (únicamente podrán recurrir quienes tengan interés directo en el asunto).
- b) En coherencia con la fundamentación que se exige de la resolución que se impugna, el ataque contra ella debe estar así mismo fundamentado, esto es que si se tiene un derecho al recurso, su ejercicio no exime de razonarse con la motivación y el fundamento que el caso amerite.

III. Los recursos como derecho fundamental.

Existen distintos conceptos sobre el fundamento de los recursos,

como ya se ha indicado. En realidad existen varios puntos de vista para fundamentarlos: a) partiendo del derecho de las partes a objetar una resolución objetivamente errónea o a su criterio injusta, es decir, el derecho a cuestionar la falibilidad del juez, b) el estímulo psicológico de quien apreciando que su pretensión ha sido rechazada, estima que la misma es correcta, o que por lo menos en dicha resolución sus intereses no han sido plenamente satisfechos; c) constituir una garantía de orden público para afianzar el cumplimiento correcto de la ley y el de la aplicación de la misma en las resoluciones, reduciendo al mínimo la posibilidad de errores judiciales a través de un nuevo examen de aquellas por un tribunal distinto del que las ha emitido.

En la presente época existe una fuerte corriente, que considera los medios de impugnación como un derecho que se establece a partir de las Constituciones Políticas de los Estados. Como se sabe, el edificio jurídico que se denomina Constitución, tiene como cimientos a los derechos fundamentales. De esos derechos fundamentales se destacan para la protección del derecho al recurso el libre acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva constituyéndose como garantía de tales derechos su protección en la Constitución. Interesa por el momento señalar al menos estos dos, como principales generadores del derecho a los recursos, pero tras ellos hay toda una serie de derechos igualmente fundamentales que lo sustentan. En el caso del derecho español, ambos se encuentran perfectamente establecidos en el artículo 24 de la Constitución; esta constitucionalización de las mínimas garantías procesales se alcanza en

España según refiere Picó i Junoy hasta con la Carta Magna de 1978.¹¹ En el derecho guatemalteco, pueden encontrarse, de manera implícita el primero, en el artículo 28 pero de forma explícita en el 29, relacionados respectivamente con el derecho de petición y el libre acceso a los tribunales. En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución guatemalteca no hay una referencia expresa, como en la española, pero puede deducirse como implícito, de lo expuesto en el artículo 12, especialmente por la amplitud con que dicho artículo ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional guatemalteco.¹² Al expresar

¹¹ Picó i Junoy, Joan. Las garantías constitucionales del proceso página 20.

¹² En sentencia 01-04-97 expresó: "...en el artículo 12 de la Constitución ... Preceptúa la citada norma que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables; por consiguiente, nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin antes haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez competente y preestablecido. Los derechos de defensa y el debido proceso consisten en la observancia, por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio, la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de justicia, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectiva. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona del derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos o de usar un medio de impugnación contra las

dicho tribunal que el debido proceso se integra por toda la serie de actos, dentro de los que considera, la impugnación de las resoluciones judiciales, nos indica que la misma se encuentra garantizada como un derecho fundamental. En el medio guatemalteco hemos podido apreciar, como el derecho al recurso, a través del derecho de petición puede enervar incluso una resolución del Tribunal Constitucional, solicitud que la Corte Suprema de Justicia acogió sin reserva pese a existir una “orden” del Tribunal Constitucional.

Cuando en un sistema judicial no existen medios de impugnación o cuando se carezca de las normas que posibiliten el examen de las resoluciones, por tribunales superiores, se estarán negando las garantías de la tutela judicial efectiva y del libre acceso a los tribunales. Dentro de la tutela judicial efectiva, se encuentra comprendido el derecho a que las resoluciones, se encuentren expresa y razonablemente fundadas, derecho que solo encuentra certeza si existen los medios de impugnación necesarios para hacer que tales resoluciones sean convenientemente controladas por tribunales de superior jerarquía a la de los que las han emitido. Como consecuencia de lo anterior, se ha de destacar que el derecho al recurso, emerge de un cierto grupo de garantías entre las que hemos destacado las dos ya referidas, pero a las que pueden agregarse sin ninguna duda el derecho de defensa y el derecho a un proceso debido. El derecho a la impugnación, que indudablemente debe emanar de un gravamen como base objetiva solo puede considerarse efectivo si se sustenta a su vez en los derechos fundamentales.

resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación a la garantía constitucional al debido proceso. “Gaceta de la Corte de Constitucionalidad No. 44 página 45, expedientes acumulados 986-96 y 987-96.

Como expresa Suau Morey, el concepto de recurso jurisdiccional, como garantía que se origina en la propia Constitución, es aceptado actualmente: “Es de importancia advertir que la regulación internacional ha tendido vigorosamente a ubicar e instrumentar el tema de los recursos dentro de las garantías fundamentales que condicionan y limitan el poder punitivo del Estado. En este aspecto, se entiende que toda persona contra la que se ha decidido una sanción punitiva tiene derecho a un control de legalidad y justicia del pronunciamiento por parte de un órgano superior, lo que lleva a la idea de que, en realidad, los recursos en materia penal operan únicamente a favor del imputado... En este sentido, la posibilidad de recurrir ante un tribunal superior que revise la razón y legitimidad del anterior pronunciamiento condenatorio, aparece como una garantía contra eventuales arbitrariedades o excesos o contra una defectuosa aplicación del Derecho vigente; de tal forma, es al condenado al que, en todo caso, le asiste la instancia revisora.”¹³ Algunos sistemas que se rigen por tales conceptos adoptan la figura de las impugnaciones de las sentencias penales solamente a favor de los reos. No obstante, hay otros sistemas que los conceden a todos los sujetos procesales. Se aprecia que surge la problemática acerca de “si la necesidad de una correcta posibilidad recursiva es una exigencia que solo incumbe en orden a la situación del condenado o puede corresponder también al Ministerio Público o al querellante particular”, la cual se ha ido resolviendo conforme el sistema adoptado por las legislaciones. Por ejemplo, de acuerdo con lo que establece la LECRIM española el recurso de apelación puede ser interpuesto por el Ministerio Fiscal, el condenado y las demás partes,

¹³ Suau Morey, Jaime. Tutela constitucional de los recursos en el Proceso penal. Cit por Vázquez Rossi, J., Derecho Procesal Penal, página 469.

(artículo 846 bis b), el de Casación por el Ministerio Fiscal, los que hayan sido parte, los que sin haberlo sido resulten condenados y los herederos de unos y otros. El de revisión el penado y, cuando ésta haya fallecido su cónyuge, conviviente o herederos con el objeto de rehabilitar su memoria, o bien si existe fundamento, por el Ministerio Fiscal. En el caso de Guatemala, el recurso de Apelación Especial puede ser interpuesto por el Ministerio Público, el querellante por adhesión, el acusado o su defensor y en la parte que les corresponde, el actor civil y el responsable civilmente. El recurso de Casación puede ser interpuesto por las partes, ya indicadas con anterioridad, y la facultad de interponer el de revisión se otorga al propio condenado, a sus representantes, o a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos en caso de haber fallecido. Como puede apreciarse se sigue un sistema similar, en cuanto a la facultad de interponer los grandes recursos, otorgándola en general, a las partes del proceso penal.

Se sigue entonces la tendencia, a considerar el recurso, como un derecho fundamental, en el mismo sentido como en Guatemala¹⁴ como lo expresa la doctrina, por ejemplo en cuanto al derecho español, Martínez Pardo afirma: “En primer lugar hay que señalar que el derecho al recurso es un derecho fundamental, así lo reitera el Tribunal Constitucional al declarar que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE comprende el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios con los requisitos legalmente establecidos (STC 98-1991, de 9 de mayo) y

¹⁴ Resumiendo los anteriores criterios Varela Gómez: “En conclusión puede decirse que el fundamento del derecho de impugnación está constituido de un lado por la necesidad de evitar en lo posible los errores o injusticias de la resolución, junto con el germen o perjuicio que a la parte ha causado ésta, así como por la necesidad de asegurar el cumplimiento del deber de motivación y la unificación de la interpretación jurisprudencial de las normas, presupuesto de todo lo cual es la estructuración jerarquizada de los órganos jurisprudenciales.” (El recurso de apelación penal, página 37).

ese derecho al recurso es una de las garantías que debe presidir el proceso penal. Ahora bien, como afirma Gimeno Sendra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y dentro de él a un eficaz sistema de recursos, con el no menor derecho constitucional a un proceso “sin dilaciones indebidas” han de coexistir.”¹⁵

Cabe también distinguir que existen recursos contra decisiones judiciales que no son una sentencia y recursos contra sentencias. Se estima que tanto en uno como en otro caso, el recurso tiene su origen en el sistema de garantías ya mencionado. Sin embargo debe aclararse que en este trabajo hay una referencia específica a los recursos contra las sentencias de los tribunales. No obstante, aun en el caso de los recursos contra sentencias han de hacerse algunas aclaraciones. Por ejemplo en cuanto al sistema español, debe indicarse que “en relación con las causas seguidas por delitos graves se sigue el sistema de única instancia, de manera que en tales supuestos (procedimiento ordinario) no existe recurso de apelación y sí, únicamente el de casación. Por el contrario, cuando la causa es por delitos menos graves e, incluso, por faltas, existe recurso de apelación pero no es posible la casación. Coexisten por tanto, el sistema de única instancia y casación con el sistema de doble instancia con apelación sin casación. Junto a esto han de añadirse los supuestos de competencia del Jurado, pues en estos casos existe “apelación” y “casación”.”¹⁶

En la referencia al derecho guatemalteco en este punto, se indica que existe Apelación (Especial) contra la sentencia de los denominados Tribunales de Sentencia. También contra resoluciones del Tribunal de

¹⁵ Martínez Pardo, Vicente José. El derecho al recurso en el proceso penal. La doble instancia penal. En: Revista de Derecho y Proceso Penal., número 5. página 109.

Sentencia y el de Ejecución que ponga fin a la acción, a la pena o a una medida de seguridad, imposibilite que ellas continúen, impida el ejercicio de la acción o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena. En este trabajo se hace referencia a los recursos de apelación contra las sentencias de los tribunales de sentencia en general, en el capítulo respectivo para dar una idea de que configura un antecedente de la Casación. En nuestro sistema guatemalteco puede decirse que se sigue un sistema de única instancia, pero con doble casación, como se explica supra.

Por todo lo anterior puede decirse que la cuestión sobre si los recursos son un medio de control o una garantía ha llevado a la conclusión de que los recursos son un derecho fundamental, garantía que según Gimeno Sendra, ha de coexistir con la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.¹⁷

Aunque no es tema del presente trabajo hemos de señalar el significado de los recursos contra resoluciones de trámite en el proceso guatemalteco, en que prevalece la tendencia a un sistema acusatorio; en éste deben regir los principios atinentes al mismo, especialmente el de celeridad, que se ve afectado por los recursos de apelación contra decisiones de trámite. En el proyecto original del Código Procesal Penal tales recursos no existían, pues se dejó el procedimiento intermedio para depurar las incorrecciones que dieran lugar eventualmente a tales recursos. Sin embargo, se han quedado en la regulación contra las

¹⁶ López B. de Quiroga J. Instituciones de Derecho Procesal Penal, página 546.

¹⁷ Cit. Por Martínez Pardo, Vicente J. En: El derecho al recurso en el proceso penal, ob. Cit. Pág. 109, además la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha señalado que “una de las garantías fundamentales e inviolables en el proceso penal, es la posibilidad que tienen los sujetos procesales de hacer uso de las impugnaciones para atacar las resoluciones judiciales que crean que les son perjudiciales, como un medio de revisión de las mismas por parte de una autoridad diferente”. Sentencia en el expediente 175-96. CD Gacetas.

resoluciones de trámite lo que a nuestro entender incide en la falta de celeridad del proceso. Esta tendencia aparece de nuevo en las reformas del Código Procesal Penal del año 2003. Estas reformas se dirigen a establecer un procedimiento con plazos mas cortos que para el procedimiento común, en los casos de delitos menos graves, es decir, aquellos en los que la pena máxima de prisión no sea superior a cinco años. Con tales reformas, el legislador expresa su intención de que en tales casos los procesos sean de corta duración, pero la intención no llega más allá, pues al establecerse un recurso contra las resoluciones interlocutorias existirá demora con el trámite del mismo.

IV. Los Recursos en los ordenamientos constitucionales contemporáneos.

En las regulaciones constitucionales actuales se incorporan expresamente las declaraciones de carácter internacional, por ello el derecho interno queda vinculado a tales declaraciones.

En lo concerniente al derecho guatemalteco uno de lo grandes cambios del derecho constitucional actual ha sido el de la consolidación de las garantías y derechos fundamentales. La constitución se entroniza en las garantías y se proyecta en todos los campos del mundo jurídico y así, las garantías se encuentran en los cimientos del derecho, encontrándose en las categorías de la parte dogmática de la ley fundamental, llegando a consolidar los derechos fundamentales. Los recursos son parte de los derechos fundamentales, especialmente los de apelación de las sentencias: durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas ... h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.1 Convención Americana sobre

Derechos Humanos). Esta garantía, queda incorporada al derecho guatemalteco interno y es superior al mismo, por disposición Constitucional. Es además, un derecho humano que se complementa con el de igualdad, y que por ello, está inscrito dentro de los derechos reconocidos por la Constitución en la cláusula abierta del artículo 44. El artículo 44 de la Constitución Política de Guatemala, establece que: “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”

Pero, por otra parte, siendo un deber del Estado de Guatemala, el de garantizar, a los habitantes de la República, entre otros derechos el de la justicia, se estima que el derecho a impugnar, como parte del derecho a la justicia, está Constitucionalmente reconocido.

Además, el derecho a la impugnación no queda satisfecho con recurrir; su complemento está integrado también por una resolución fundamentada expresa y razonablemente, es decir, que los impugnantes deben conocer los motivos de los pronunciamientos sean estos razonables o adversos. El derecho al recurso se infringe, consecuentemente, cuando se oponen al mismo obstáculos indebidos, desproporcionados o inexplicables, o surgidos como consecuencia de errores conceptuales de los órganos judiciales. Lo anterior se explica por cuanto que eventualmente existe en las mismas leyes, requisitos atinentes a los recursos, que deben ser llenados fielmente para que los mismos puedan ser admitidos, los mismos, tienen carácter de obstáculos legales. Los obstáculos indebidos a

que nos referimos son aquellos que o bien no se encuentran en la ley, o no emanan de la naturaleza del recurso. Mencionamos también los obstáculos desproporcionados, esto es, que no se encuadren dentro de la naturaleza de los recursos, y los inexplicables, aquellos que arbitrariamente sean puestos por el órgano jurisdiccional sin atender ni a la ley ni a la naturaleza del recurso.

En las resoluciones judiciales, especialmente en las sentencias, deben las partes llegar a la certeza de que el juez, está plenamente enterado de las circunstancias del caso y que aplica la ley relacionada con el mismo con imparcialidad y en la plenitud de sus alcances. Ello solo se comprende si la resolución es fundamentada en forma expresa y razonable. Con ello, se evitan las formas estereotipadas de resolución y se da cabida a las resoluciones específicas y explicadas convenientemente para cada caso.

En cuanto al derecho español, el Tribunal Constitucional ha expresado que el derecho al recurso se relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva, y que el derecho al recurso debe configurarse no solo como un derecho al proceso de instancia sino también a los recursos establecidos en las leyes, y siendo que el derecho al recurso forma parte del derecho de tutela judicial efectiva (del artículo 24.1 CE), la mera posibilidad de entablar un recurso se ha convertido en un derecho fundamental.¹⁸

Para el derecho español, se ha expresado también que el derecho a que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior, norma contenida en el Pacto Internacional de derechos Civiles y políticos de 1966, se cumple mediante el recurso de Casación, tal como han afirmado el

Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.¹⁹ Se indica además que en el ámbito penal el legislador está excepcionalmente obligado ex Constitutione a prever un doble grado de jurisdicción al que someter el fallo condenatorio y la pena, por lo expresado en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁰

Para el ámbito iberoamericano tienen mayor trascendencia dos convenciones internacionales. Cabe citar en primer lugar por su origen histórico de mayor antigüedad, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos o pacto de Nueva York. En su artículo 14.5 se establece que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley.” Por otro lado, con mayor actualidad en el ámbito latino americano, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, establece dentro de las garantías mínimas de todo procesado, el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h). Tales convenciones internacionales tienen fuerza de ley interna en los estados que las han ratificado, como lo indican, tanto la decisión constitucional contenida en el artículo 46 de la Constitución guatemalteca: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, lo cual le da naturaleza constitucional al derecho al recurso contra la sentencia, como la interpretación que la doctrina ha dado a tal precepto, ubicando a la Constitución Guatemalteca dentro de los países que

¹⁸ Varela Gómez, Bernardino J. El recurso de apelación penal, página 43.

¹⁹ López B. de Quiroga, J. Ob. Cit. Pág. .547-

²⁰ De Diego D., Luis A. Constitucionalización del derecho a los recursos, página 2.

atribuyen a los tratados sobre derechos humanos, preeminencia sobre el derecho interno, pero situándolos por debajo de la Constitución.²¹

No obstante que el texto de la mencionada Convención Americana tiene defectos de redacción que la tornan confusa al momento de su aplicación en cada ámbito de los países a que va dirigida, se entiende, en el caso de la citada norma, que va dirigida a la protección de los procesados, especialmente de aquellos que han de sufrir una consecuencia jurídico penal, como una pena o medida de seguridad. Sin embargo en algunos países, como Guatemala, se extiende la posibilidad del recurso contra la sentencia, a las demás partes, incluso a las civiles. Se ha criticado la posición de estas legislaciones, en el sentido que la Convención no se propone, garantizar al Estado el derecho al recurso, sino por el contrario conceder garantías a quien sufre la coacción estatal, y por ello se encuentra la protección en una convención sobre derechos humanos, que son los de las personas individualmente consideradas. Sin embargo, es frecuente, la interposición de este recurso por el Ministerio Fiscal, y aún, la de acciones de amparo, por la no concesión de los mismos. Señalamos este hecho, como discordante con la naturaleza del sistema procesal seguido en nuestro país. En realidad, la garantía indicada, se explica en relación con el procesado, en que para ejecutar una pena en su contra, se requiere como mínimo, conforme lo dispone la CADV, de una doble conformidad judicial, si el condenado la requiere. Tal doble conformidad, puede llevar implícita la revisión total del fallo, lo que es conforme con una segunda instancia plena, o con la revisión de los fundamentos jurídicos del mismo, que es mas conforme con los juicios orales llevados en única instancia.

²¹ Minvielle, Bernardette, La convención Americana sobre derechos humanos, Doctrina Penal, página 66.

V. El recurso judicial y las acciones constitucionales.

El derecho a la impugnación no queda satisfecho con que el interesado pueda recurrir, su complemento está integrado también por una resolución fundamentada expresa y razonablemente, es decir, que los impugnantes puedan conocer los motivos de los pronunciamientos sean estos razonables o adversos.

En las resoluciones judiciales, especialmente en las sentencias, deben las partes llegar a la certeza de que el juez, está plenamente enterado de las circunstancias del caso y que aplica la ley relacionada con el mismo con imparcialidad y en la plenitud de sus alcances. Ello solo se comprende si la resolución es fundamentada en forma expresa y razonable. Con ello, se evitan las formas estereotipadas de resolución y se da cabida a las resoluciones específicas y explicadas convenientemente para cada caso.

No deja de ser frecuente en procesos judiciales de algunos países (como Guatemala), que los sujetos partes de los mismos, planteen acciones constitucionales, como la de amparo, haciéndolo en muchos de tales casos, cual si se tratara de otro recurso o impugnación más, aprovechando el resquicio que la ley constitucional deja para presentar esta clases de acciones dentro de los procesos judiciales. Realmente las acciones, tanto de petición de amparo, como la de inconstitucionalidad de leyes dan lugar a un proceso, un proceso especial si así se le quiere denominar, pero distinto de la jurisdicción ordinaria, y con objetivos específicos; en el primer caso, el control sobre la aplicación de derechos fundamentales y garantías, y en el segundo el control sobre el apego de la legislación ordinaria a las disposiciones de la Constitución.

En el ámbito del proceso penal, con el proceso de amparo debe perseguirse examinar la respuesta del órgano jurisdiccional, en una resolución concreta, en cuanto a la protección de un derecho fundamental o garantía. La respuesta del tribunal constitucional que analice el asunto implicará, en tal caso, que al volver al trámite jurisdiccional ordinario se haya subsanado la violación constitucional.²²

A simple vista, en tales casos se trata simplemente de la aplicación de la Constitución, como ley fundamental. Sin embargo existen algunas prácticas que desvían el objetivo del proceso Constitucional. En el caso de

²² Yáñez Velasco, Ricardo. Derecho al recurso en el proceso penal. Pág. 168.

Guatemala, por ejemplo, considerar como ha sucedido en recientes fallos, que el amparo se equipare a una super casación, en la que al mismo tiempo que se hace análisis de la aplicación constitucional se cuestiona y revierte el análisis del tribunal impugnado, en cuanto a la ley ordinaria, análisis y aplicación de ley que no han sido cuestionados de inconstitucionalidad. Ello, con violación de la técnica del proceso de amparo, de la propia ley, y de los principios que fundamentan el proceso de amparo, como el agotamiento de los recursos ordinarios.²³

Si bien el derecho al recurso, contiene intrínsecamente la obligación del juzgador de interpretar las normas que se refieren a los recursos con más favorabilidad hacia la interposición de los mismos, ello no quiere decir, que éste se abstenga de la aplicación de normas claramente establecidas. Esto lo decimos a propósito de la existencia de normas en cuanto a la

²³ En la sentencia del Tribunal Constitucional guatemalteco dentro del expediente 501-2001 puede apreciarse: 1. Los amparistas manifestaron que en el juzgado penal respectivo se inició proceso en su contra por Tráfico de estupefacientes, por virtud del hallazgo de una bolsa y varios sobres de cocaína localizados por la Policía Nacional Civil en un allanamiento efectuado supuestamente en su residencia. El Tribunal de Sentencia Penal respectivo, motivado por tales pruebas dictó sentencia condenatoria. En el recurso de apelación respectivo se fundamentaron en que es necesario encausar el razonamiento del tribunal de sentencia, pues éste había incurrido en una violación constitucional, impugnación declarada sin lugar. Al plantear recurso de casación ante la Corte Suprema, se fundamentaron en motivo de forma, infracción de norma procesal ordinaria relativa a requisitos formales de las sentencias en general y motivo de fondo: infracción de ley penal sustantiva, relacionada con lugar de comisión de los delitos. Al presentar su alegación en la audiencia del proceso de amparo, expresaron: “que enfrentan un juicio como consecuencia del informe presentado por los agentes de la Policía Nacional Civil quienes indicaron haber detenido a las postulantes en una casa, pero sin aclarar donde exactamente queda la misma, externo demostrado con el acta que suscribió el Ministerio Público...” El Ministerio Público alegó ante el tribunal constitucional que la Corte Suprema de Justicia había expresado que conforme a la ley el tribunal de casación solo conoce de los errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida, por lo que no le era posible analizar la valoración probatoria y si las conclusiones a que arribó el Tribunal de sentencia son congruentes con lo demostrado en el debate, porque ello es competencia exclusiva de dicho tribunal. La fiscalía insistió en que si el Tribunal de casación no había examinado los cuestionamientos de los amparistas era por defecto del planteamiento ya que le fueron sometidas a su conocimiento circunstancias que no le compete analizar, agregando que en el proceso los postulantes tuvieron oportunidad de hacer valer sus defensas, por lo que el amparo no era el medio para revisar lo resuelto en casación, pues de lo contrario se estaría creando una tercera instancia, prohibida en la Constitución política. El Tribunal Constitucional convierte el amparo en una super casación al indicar haber advertido que “la Cámara (de casación) reclamada tuvo por analizados por parte del tribunal... las alegaciones del defensor... con la sola relación que aquel tribunal hizo de la comparecencia del defensor a la audiencia de apelación; sin embargo, sin que sea necesario un juicio rebuscado o analítico, este Tribunal, como ya lo ha manifestado no encuentra que la simple relación a la defensa equivalga a l análisis y valoración...es necesario que la decisión aborde el examen de fondo de lo reclamado, sea para estimarlo o desestimarlo .lo que evidentemente no ocurrió al resolverse la apelación... configurándose el motivo de casación, de donde resulta que su desestimación, fundada en motivación carente de concordancia con la realidad de autos, merece la protección que el amparo conlleva. Apréciase la forma en que el Tribunal Constitucional realiza un análisis, primero en cuanto a argumentaciones de la defensa, y luego en cuanto a una realidad de autos, que ni este tribunal, con ser constitucional puede verificar, porque de lo contrario convierte el amparo en una tercera instancia, ni menos el de Casación, que por imperativo de la ley guatemalteca tiene limitada su esfera de análisis a lo planteado por el casacionista y que se refiera a errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida.. En donde es mas destacable la instauración de una super casación y por ende de una tercera instancia, es en la consideración del Tribunal Constitucional que expresa: “Del examen de las constancias procesales se evidencia que la resolución impugnada causa agravio, pues debió considerar que las recurrentes invocan en forma correcta violación constitucional. “ se aprecia con lo anterior, que el Tribunal Constitucional, reexaminó el proceso, convirtiendo el amparo en una tercera instancia. Para mayor referencia cfr. Sentencia de 28-02-02 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente, 501-2001. CD Gacetas.

admisibilidad de los recursos. Si hablamos del de casación éste contiene normas que se refieren al rechazo de plano de los mismos por la carencia de requisitos de admisibilidad. Por ejemplo, se refiere a que el fundamento legal del recurso debe expresarse con claridad y precisión. Al indicar el artículo 443 del Código Procesal Penal Guatemalteco que solo se tendrá por fundando el recurso cuando se expresen de manera clara y precisa, los artículos e inciso que autorizan el recurso. Lo obvio para un casacionista es que no solamente será motivo de rechazo la identificación incorrecta de la normativa aplicable sino la argumentación incoherente a su respecto y respecto de los casos de procedencia.

VI. La doble instancia y el examen por un tribunal superior.

Normalmente se identifica el término instancia con el de grado jurisdiccional, en tal sentido es utilizado en este trabajo, por las razones mas adelante indicadas.

En términos generales, lo impugnado ha de llegar a un tribunal de diferente grado para que este analice los fundamentos de la impugnación y determine si la misma es o no procedente, es decir, si los argumentos son de tal naturaleza convincentes que lleven a la conclusión que la resolución impugnada no puede mantenerse. Sin embargo tal examen, según el sistema procedimental que se haya utilizado puede realizarse de distinta forma. Una primera forma del mismo, es utilizada en los sistemas que utilizan un procedimiento que requiere la revisión total del caso, incluyendo los hechos y la prueba; en ella el examen implica un nuevo juicio, por lo cual existe un doble enjuiciamiento de los hechos. La segunda forma es utilizada en los procesos orientados hacia el sistema acusatorio con juicio

oral, en ella, existe una revisión de la sentencia por el tribunal superior, pero no en cuanto a los hechos ni la apreciación de las pruebas, sino en cuanto a los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, por motivo que el juicio oral no puede volver a repetirse en las mismas condiciones del juicio inicial, no pudiendo en consecuencia realizarse un nuevo juicio, excepto en los casos en que el tribunal superior, apreciando una violación procedimental o constitucional ordene repetir el juicio realizado en la primera instancia. No obstante que han de existir quienes digan que el juicio oral podría repetirse, y que existen sistemas que así lo permiten, tal como el norteamericano, que en la apelación así lo hace. Entendemos que el sistema de única instancia no posibilita la práctica de nuevas pruebas ni la aportación de nuevos hechos ante el tribunal superior.²⁴ Ciertamente existe una versión doctrinaria en relación con que el Tribunal Supremo español, que ha sostenido la irrevisabilidad de la convicción del tribunal de instancia sobre los hechos probados, tiende a abandonar dicho criterio con base en la interpretación que se ha hecho del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Esta versión descansa en la idea de que en la valoración de la prueba existan dos fases: una relativa a la credibilidad o verosimilitud de la prueba practicada en presencia del tribunal, credibilidad que depende de lo percibido en forma directa ya sea visual o auditivamente. La otra fase se hace consistir en las deducciones realizadas con base en las reglas de la lógica y la experiencia. La primera fase, se acepta, es irrevisable en amparo o casación, pero se cree que cualquier

²⁴ La Ley de Enjuiciamiento Criminal española en sus inicios estableció el principio de única instancia, “desechando, por lo que se refiere a las sentencias definitivas en los procesos por delito, el doble grado de jurisdicción mediante el recurso de apelación, e instrumentando contra ellas solamente un recurso extraordinario de nulidad como es el de casación...” (Varela Gómez, Bernardino J. Ob. Cit. Pág. 86)

tribunal superior podría controlar el segundo aspecto, pues, se indica que no depende de la inmediación si se han aplicado o no las reglas del correcto entendimiento humano como son las de la lógica.²⁵

Con base en nuestra práctica forense nos permitimos disentir parcialmente de esta corriente a partir de las fases de valoración de prueba que enuncia. Resulta que en muchos casos (que no es posible separar fácilmente del resto) el juez que tiene en su presencia el medio de prueba, comienza a realizar valoraciones a través de la percepción que está realizando, valoraciones que en un segundo estadio confirma o reafirma, pero que no inicia en esa segunda etapa; exigir al juez, además de la exposición detallada en la sentencia del resultado de las pruebas (lo que si exige el Código Procesal Penal de Guatemala por ejemplo) una exposición detallada del proceso lógico seguido en la valoración de las mismas, resulta además de minucioso y lento, un tributo exagerado a la escritura. Por supuesto que el juez o tribunal han de exponer en forma razonada el proceso lógico seguido en la valoración, pero no con el detalle a que se alude, y que por otra parte, en nuestro entender, minimiza la celeridad procesal. Además, la revisión del fallo, en los casos de instancia única, no está alejada nunca de la revisión de los hechos y de la prueba, si como sostenemos en este trabajo, no es posible revisar los conceptos jurídicos sobre un hecho sin aludir en alguna forma a la prueba.

Cuando un segundo examen de la resolución no supone el examen por un tribunal superior en grado jurisdiccional, no estamos ante la presencia de un recurso, sino de un remedio, como se expresa por la mayoría de

²⁵ Varela G. B. J., ob. Cit. Pág. 117.

autores contemporáneos.²⁶ La segunda instancia significa un aumento de grado jurisdiccional, en que el ad quem (superior) controla la decisión del a quo (inferior). Lo que realmente interesa para esta calificación es que hay un tribunal que tiene la capacidad conferida por ley de revisar lo que hizo otro, y no que sean diferentes tribunales los que conocen del caso ni que el mismo vuelva a repetirse en su totalidad. Tales tribunales con capacidad superior, forman en algunos casos otra instancia, y en otros un grado en la escala del conocimiento jurisdiccional. En términos generales, un recurso iniciará una nueva etapa del proceso ante un tribunal superior, y ello puede verse aún en los regímenes jurídicos de procedimiento escrito, como el caso del proceso civil que en Guatemala todavía responde a un procedimiento escrito e impulsado plenamente por las partes.

Refiriéndonos al proceso penal guatemalteco, podemos decir que el recurso de Apelación (especial) inicia una nueva etapa del proceso, que se ha dado en llamar etapa de impugnaciones, aunque dividir el proceso en etapas o instancias resulta impropio en un sistema con juicio oral, en que realmente existe una sola instancia, es decir, un desarrollo sistemático del proceso desde su investigación hasta la emisión de una sentencia, trámite que de acuerdo con el orden penal guatemalteco, no puede repetirse en otra instancia. En todo caso esta descripción de instancia es meramente referencial, pues hay recursos que no inician una nueva etapa del proceso sino únicamente posibilitan la revisión de ciertos actos. En el caso guatemalteco por ejemplo el llamado recurso de apelación genérica, que es una alzada ante el superior jerárquico para la revisión de autos de carácter

²⁶ Yáñez Velasco, ob. Cit. Pág.181.

interlocutorio, y el caso del recurso de casación, en que la ley expresamente indica que el Tribunal de casación conocerá únicamente de los errores jurídicos contenidos en la resolución que se recurra, es decir que en ningún caso se abrirá una instancia. El mismo razonamiento en cuanto a que no todo recurso genera una segunda instancia puede hacerse en cuanto al derecho español, en el que hay también apelaciones que no inician una nueva etapa del proceso ante órgano judicial superior²⁷ y, como en el caso de Guatemala como se verá después, solo cierta apelación lo hará, la especial y solo ella se vincula, y muy tangencialmente con la segunda instancia, aun y cuando en la apelación especial guatemalteca en forma limitada, pues solo puede ofrecerse prueba cuando el recurso se base en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo el acto, recibándose tal prueba en la audiencia. Y en el campo de la casación penal española, no puede tampoco decirse que se trate de una segunda instancia, pues el examen se circunscribe al análisis de los errores concretos denunciados. Sin embargo, existen sistemas en que se establece otro recurso que origina un doble grado cual es casación contra sentencias definitivas por delitos graves en derecho español²⁸. Dicho de otro modo, y en lo atinente a este derecho, por doble instancia se entiende “que las resoluciones definitivas pueden ser trasladadas a un Tribunal superior para que realice un nuevo enjuiciamiento mediante la interposición de un recurso al efecto, recursos ordinario y devolutivo (recurso de apelación). Por el contrario en la única instancia no existe un –nuevo juicio- por el órgano superior, sin perjuicio de que puedan

²⁷ Yáñez Velasco, R. Ob. Cit. Pág. 183.

²⁸ Idem.

establecerse contra la sentencia medios de impugnación extraordinarios (recurso de casación)".²⁹ La existencia de recursos que ocasionan la apertura y realización de una segunda instancia han llevado a expresar que la única instancia que en especial proclama el sistema acusatorio es realmente un mito, aún cuando la exposición de motivos de la LECRIM considera que la segunda instancia repugna a la índole y naturaleza del juicio oral y público.³⁰

Se agrega a lo dicho para el caso español, que en el ramo penal coexiste un doble sistema de procedimientos: el ordinario por delitos, cuya competencia objetiva corresponde a las audiencias provinciales y el procedimiento abreviado del que conocen los Juzgados de lo penal, que son procesos de doble instancia, agregándose la existencia del procedimiento ante el Tribunal del Jurado. El sistema de impugnación mediante apelación es el siguiente: a) para el caso del procedimiento abreviado, si éste se desarrolló ante el Juez de lo Penal o Juez Central de lo penal cabe el recurso de apelación contra las sentencias. Contra las de la Sala de lo penal de la Audiencia Provincial o Nacional el recurso procedente es casación y con base y aplicación supletoria del Libro V título II, capítulo I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.³¹ Para el caso guatemalteco se insiste, aunque ya se explicará con más detalle, que lo que sucede tanto en la apelación especial como en la casación es un re examen de los puntos cuestionados específicamente de la sentencia, conforme los casos de procedencia que se encuentran en la ley, no un

²⁹ Martínez Pardo J. Vicente, El derecho al recurso en el proceso penal.. Pág. 115.

³⁰ Martínez Arrieta, Andrés. Algunos aspectos del recurso de casación,. Pág. 8.

³¹ Martínez Pardo, Vicente J. Ídem.

nuevo conocimiento de todo el caso, es decir, que no se pone al Tribunal de la segunda instancia ante el mismo objeto procesal que fue juzgado en la primera instancia, sino únicamente ante la sentencia, en la parte que fue expresamente impugnada.

Se ha afirmado al respecto, que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos prevén el derecho a la doble instancia en el ámbito penal, cuestionándose que el recurso de casación garantice su cumplimiento en tal sentido, y se llega a la conclusión que la casación penal española no es una instancia, y que en consecuencia no cumple con la normativa internacional indicada.³² También se ha expresado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido conservadora en la aplicación de las normas internacionales relacionadas, pues ha declarado que interpretando extensivamente las normas de la casación penal puede decirse que tal recurso cumple con las mencionadas normas, noción con la que se identifica una mayoría de la doctrina, a diferencia de cierta minoría que estima que para dar cumplimiento a la norma internacional debe generalizarse la apelación.³³

Se estima que la casación bien puede cumplir la garantía de la norma internacional, que propiamente no establece un derecho a doble instancia, sino a que el fallo sea revisado por un tribunal superior.³⁴

³² Nieva F. Jorge. El hecho y el derecho en la casación penal, página 86.

³³ Nieva F. J. Ob. Cit. Pág. 88

³⁴ Así lo indica la sentencia del Tribunal Supremo español 76-82 en referencia a que el artículo 14.5 del PIDCP “no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la ley, orlo que ésta en cada país fijará sus modalidades.” Cit. Por Varela Gómez, B. J. ob. cit. Pág. 98

Para el caso de Guatemala, así puede entenderse, toda vez que la norma internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como ya se mencionó, se refiere al derecho a recurrir del fallo a un tribunal superior. La disposición de la Convención no ilegítima los procesos de instancia única siempre que exista al menos un recurso contra la sentencia, es decir, que se cumple lo establecido en la misma con la sola previsión del recurso de casación contra la sentencia.³⁵ Lo que sí puede señalarse negativamente, es la existencia del recurso de apelación especial, con igual naturaleza y características similares a la casación, cuya duplicidad violenta, por lo menos el principio de celeridad, lo que sucede en el procedimiento penal guatemalteco.

VII. Disposiciones comunes para todos los recursos.

Algunas reglas son comunes en cuanto al planteamiento de las impugnaciones, como se verá en las legislaciones de la mayoría de los países de América Latina. Lo destacable de la existencia de requisitos de orden general y especial, es que en cada caso particular de impugnación se aplican los principios relacionados con la misma, sin dejar de tomar en cuenta que hay requisitos generales que no deben dejar de observarse en todo recurso, a menos que la propia ley lo disponga. Dentro de tales reglas generales podemos indicar:

El principio de taxatividad. Este principio, que se refiere a la denominada impugnabilidad objetiva, dado que no todas las resoluciones son impugnables de igual manera, se concreta legalmente expresando que las resoluciones judiciales son recurribles únicamente por los medios y

³⁵ Minvielle, B. La convención Americana sobre derechos humanos....página, 104.

en los casos expresamente establecidos en la ley.³⁶ A manera de ejemplo en el caso de la legislación guatemalteca, la resolución impugnada carece de impugnabilidad objetiva cuando no es de las señaladas en la ley. Para el caso del recurso de casación, se señala como caso de resolución impugnabile, el fallo definitivo del tribunal de sentencia.

Impugnabilidad subjetiva. Se refiere a que pueden recurrir únicamente quienes tienen interés en el asunto y que están determinados expresamente como sujetos procesales.³⁷ Para el caso de Guatemala, pueden plantear recursos únicamente quienes tienen interés directo en el asunto, es decir, las partes.

Requisitos de interposición. La admisión está sujeta a condiciones formales que las legislaciones señalan y dentro de los plazos previstos.³⁸ Los plazos son específicamente señalados en cada recurso. Las condiciones de forma o modo se refieren a cómo debe constar el recurso, el que generalmente se acepta sea por escrito, pero hay excepciones como la ya dicha de reposición en el debate en el caso de Guatemala. Las condiciones de forma y modo también son aludidas en el artículo 450 del Código Procesal Penal de Paraguay.

³⁶ Así lo establecen las legislaciones de Guatemala, Honduras, Ecuador, Chile, Bolivia, Paraguay, El Salvador, Costa Rica, Argentina. En este último, como ejemplo, se menciona que “El Código nacional trata el tema en el libro IV, considerando el primer capítulo las prescripciones genéricas. Las mismas disciplinan el principio de taxatividad de los recursos, es decir estos medios solo existen en la medida de su regulación y en los casos que se establecen, ...” Vázquez Rossi, J. E. ob. Cit. Pág. 476.

³⁷ Art. 422 CPP Costa Rica; 398. Guatemala, 352 Chile. En similar sentido los otros códigos citados latinoamericanos.

³⁸ Como ejemplo, los Códigos de Costa Rica y Guatemala establecen que los recursos deben ser interpuestos en las condiciones de tiempo y modo que determine la ley. El costarricense se refiere a condiciones de tiempo y forma. Artos. 399 CPPG., 423 CPPCR.

Subsanación: Si el Tribunal advierte un defecto de forma o de fondo lo hará saber a la parte recurrente para que en el plazo indicado en la ley lo subsane. Esta es una disposición que en particular es referida por los códigos de El Salvador (artículo 407), Guatemala (artículo 399) y Costa Rica (artículo 15). En Guatemala, se observa plenamente en el recurso de apelación especial, con la característica que el plazo fijado para la subsanación corre a partir de la notificación al recurrente y no como en los casos generales, que los plazos corren a partir del día siguiente de la notificación, ello por disposición específica del CPP.

Desistimiento. También dentro de las normas generales, en algunos códigos aparece la posibilidad de que quien haya interpuesto el recurso pueda desistir. Así lo expresa el código argentino de la provincia de Córdoba (artículo 454), Ecuador (artículo 326), El Salvador (artículo 412), y otros.

Adhesión. Esta figura permite a quien no recurrió incorporarse a la impugnación efectuada por otra de las partes. Entre otros códigos, aparece en los de El Salvador,³⁹ Guatemala,⁴⁰ Costa Rica,⁴¹ y Paraguay.⁴²

Efecto extensivo. Algunos códigos establecen que sí existen varios coimputados, una resolución favorable a quien interpuso el recurso abarca a los demás, siempre que los motivos en que se haya fundado el recurso no se haya fundado en motivos exclusivamente personales del

³⁹ Art. 408,

⁴⁰ Artículo 417, referido al recurso de apelación especial: “Quien tenga derecho a plantear el recurso de apelación especial y no lo haya hecho, podrá adherir al recurso concedido a otro, dentro del período del emplazamiento ante el tribunal competente...”

⁴¹ Art. 421.

⁴² Art. 451.

beneficiado. Puede apreciarse en códigos como el de Ecuador, El Salvador, Costa Rica, Córdoba (Argentina), Paraguay, y Guatemala.

Este efecto extensivo se entiende siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales. Por lo demás, se estima que dicho efecto se basa en principios de igualdad y en que eventualmente se atenta contra el derecho de defensa si solo una queja es atendida en algo que atañe a varios.⁴³ Hay que considerar que el efecto extensivo es solamente en cuanto favorece a los coimputados, puesto que si los perjudica ello iría en contra de otro principio aplicado en cuanto a los recursos que es el de no reforma en perjuicio (*non reformatio in peius*) que es también utilizado en las legislaciones, por ejemplo Costa Rica (artículo 432 Código Procesal Penal), y el Salvador entre otras.⁴⁴

Otros recursos: existen además de los ya citados de reposición y súplica, el de queja. El de queja que en el ordenamiento español procede contra las resoluciones que denieguen el recurso de apelación y la que deniegue tener por preparado el recurso de casación o la que no estime el de reforma.⁴⁵ Así también, se utilizan recursos de apelación contra resoluciones interlocutorias. Este último podemos decir que se trata del equivalente de lo que en Guatemala conocemos como Apelación Genérica.

⁴³ Arce Viquez, citando a Ayán, señala que “se está en presencia de un motivo exclusivamente personal cuando el fundamento que se invoque agote su funcionalidad en la esfera de la posición procesal del impugnante, sin poder producir efectos, ni aun siquiera mediatos, en cuanto al coimputado no impugnante.” Arce V. Jorge L. Los Recursos. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, página 708.

⁴⁴ El párrafo final del art. 413 salvadoreño establece: “Cuando haya sido recurrida solamente por el imputado o su defensor, la resolución no será modificada en su perjuicio”.

⁴⁵ Artículos. 218 y 862 de la LEC.

Principio favor rei y non reformatio in peius

En el proceso penal guatemalteco, prevalece el principio de favorabilidad, que se destaca en cuanto debe aplicarse en relación con la libertad del procesado; normativamente aparece como derivación del derecho constitucional de ser tratado como inocente hasta que no se haya dictado sentencia absolutoria, por ello las disposiciones del Código Procesal Guatemalteco que restringen la libertad de los imputados o que limitan el ejercicio de sus facultades deben ser interpretadas restrictivamente. De esa manera también la facultad de recurrir no puede ser limitada, más allá de lo que la ley expresamente señala. Esta facultad de recurrir también encuentra coherencia con la prohibición de reformatio in pejus, que alude a la no reforma de la decisión sentencial si quien ha recurrido es el acusado. Se funda este principio en que no es razonable conceder a los impugnados la facultad de impugnar la resolución y al mismo tiempo exponerles a que por ejercitarla su situación se agrave. En Guatemala este principio rige expresamente en el caso de la apelación especial, aunque algunos tribunales lo han utilizado en otro ámbitos como sucede con el Tribunal Constitucional al analizar una decisión del tribunal de casación.⁴⁶ En Argentina, lo relativo a esta norma tiene jerarquía constitucional, prohibiéndose cualquier agravación de la sentencia, en caso

⁴⁶ No puede pasar inadvertido a esta Corte que las seis personas que figuran como condenadas en el proceso penal que figura el amparo sí han impugnado la sentencia condenatoria denunciando entre otros motivos, parcialidad en el Juez Presidente del tribunal de sentencia penal que los juzgó, sin embargo tal situación no puede servir como fundamento fáctico para interpretar, en perjuicio de las personas que fueron juzgadas y absueltas el principio de unidad del proceso ... de tal manera, que si sólo seis de los indicados han manifestado su inconformidad con la sentencia, entre otros motivos por cuestionar la imparcialidad del juzgador, el resultado de los medios de impugnación utilizados para el efecto no puede, menoscabando la seguridad jurídica, afectar a aquellas partes que sí están de acuerdo con la aplicación de justicia realizada por el órgano jurisdiccional". Sentencia del 11-06-2002 en el expediente 906-2001.

de que esta haya sido recurrido únicamente por el imputado o por su defensa.⁴⁷

El Código Procesal Penal Guatemalteco, al igual que la mayoría de los códigos, consagra esta garantía, que bien puede originarse constitucionalmente del derecho a la tutela judicial efectiva que ya indicamos se encuentra en la Constitución.

VIII. Clases de recursos en el proceso penal.

Existen distintas clasificaciones, comenzando por la que distingue entre aquellos que se plantean y resuelven por el mismo órgano jurisdiccional que emitió la resolución, y los que se plantean ante un órgano jurisdiccional distinto, denominándose a los primeros, remedios y a los segundos recursos. Dentro de tales remedios se ha considerado normalmente el denominado recurso de reposición (revocatoria o reconsideración). Este se plantea ante la misma instancia en que la resolución fue emitida, para que aquella subsane los agravios que pudo haber inferido. En el proceso penal guatemalteco se instaura para atacar las resoluciones emitidas durante el trámite del juicio. En el debate, debe interponerse verbalmente, y su trámite es inmediato, sin suspender el juicio. en lo posible. Las demás impugnaciones, como apelación, queja, casación y revisión serían verdaderamente recursos, por plantearse y tramitarse ante órganos distintos del que emitió la resolución.

⁴⁷ “La Corte Nacional reconoció jerarquía constitucional a esta norma, otorgándole carácter de garantía derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional, que prohíbe cualquier género de agravación de la situación derivada de la condena y condiciones de la misma, dictada por el tribunal inferior.” Vásquez Rossi, J. E. Derecho procesal penal, p. 477.

En España, el recurso que resuelve el mismo órgano que dictó la resolución es el de reforma (artículos 218 y 220 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el que ha de interponerse por escrito, con firma de letrado (artículo 221 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Cuando la resolución contra la que se recurre haya sido dictada por un tribunal colegiado el recurso se denomina súplica (artículo 238 Ley de Enjuiciamiento Criminal: el recurso de súplica contra un auto de cualquier Tribunal se sustanciará por el procedimiento señalado para el recurso de reforma que se entable contra cualquiera resolución de un Juez de instrucción).

También aparece la denominación de recursos ordinarios para aquellos que se consideran como instrumentos normales de impugnación y extraordinarios los que no son habituales y en cierto sentido se consideran excepcionales, ya sea porque para plantearlo deben llenarse requisitos específicos o porque su conocimiento es en los casos que la ley determina.

Se dice también que los recursos ordinarios proceden contra toda clase de resoluciones sin depender de causales específicas, sino mas bien de la realización de errores genéricos. En tanto los extraordinarios son aquellos que la ley admite contra determinadas resoluciones judiciales y con base en determinados defectos o vicios expresados en ella.

De tal manera serían ordinarios en el medio guatemalteco, la propia reposición, apelación y queja, y extraordinarios el de casación y el de revisión.⁴⁸

⁴⁸ A ese respecto Fairén Guillén expresa que los recursos ordinarios “no exigen para su admisión motivos específicos ni limitan las potestades del tribunal ad quem” y que los recursos extraordinarios “exigen para su apertura, motivos específicos fijados por la ley, y en los que se limitan las facultades de conocimiento del Tribunal ad quem. Fairén Guillén, Víctor. Ob. Cit. Pág. 482.

Capítulo II

Recurso de Apelación.

Aspectos previos. Recurso de apelación; antecedentes históricos; naturaleza y formas del recurso. Recurso de apelación en el derecho contemporáneo. Recurso de apelación en el procedimiento penal español. El denominado recurso de apelación especial en Guatemala. Sistemas Boliviano y Paraguayo. Requisitos del planteamiento del recurso de apelación especial en Guatemala. Procedimiento de la apelación especial en Guatemala. El control de admisibilidad de la apelación especial. Motivos del recurso de apelación especial. Apelación de otras resoluciones definitivas. Interposición conforme el Código Procesal Guatemalteco. Comentario crítico.

A. Aspectos previos.

Los recursos contra las sentencias y demás resoluciones que ponen fin al proceso, son en la actualidad conforme lo ya dicho en el capítulo relativo a los aspectos generales, garantías procesales que se basan en el derecho que toda persona tiene (conforme la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otras declaraciones de carácter internacional), en igualdad de condiciones a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

A partir de este capítulo tratamos los medios de impugnación contra las resoluciones que ponen fin al proceso, especialmente las sentencias. Dentro de ellos encontramos, en el sistema español los recursos de apelación contra las sentencias definitivas del procedimiento abreviado, los de apelación contra la sentencia del tribunal de jurado y el de casación, mencionándose también en este sistema los recursos de revisión y nulidad. En el sistema guatemalteco, contra las resoluciones que ponen fin al proceso, es decir, contra las sentencias de primera instancia puede

plantearse el recurso de apelación especial y contra la sentencia de apelación el de casación; la revisión procede contra la sentencia penal ejecutoriada.

B. EL RECURSO DE APELACIÓN.

I) Antecedentes históricos.

Posiblemente el antecedente mas remoto del recurso de apelación se encuentra en el derecho romano, especialmente en el derecho penal de las XII Tablas aunque con un carácter marcadamente privado. Con la creación del praetor peregrinus para dirimir el derecho entre extranjeros o entre éstos y ciudadanos romanos, aparece el ius gentium, pero también estructuras jerárquicas, pues contra las decisiones del magistrado jurisdiccional se permitía recurrir ante otro de mayor rango.¹ Durante algún tiempo se establecieron medios procesales contra la sentencia, para su utilización por litigantes que hubieran sufrido daño en un proceso, aunque no eran realmente recursos, pues estos últimos surgieron hasta la instauración en Roma del procedimiento cognitorio.² Posteriormente, con la entrada de los visigodos en la península ibérica, el remedium y el amparamiento se utilizaron como mecanismos para obtener un nuevo resultado en la causa. Posteriormente con la burocratización de los jueces, se originó una concepción de apelación mas cercana a las ideas actuales. Durante la baja edad media se termina una práctica de la alta edad media,

¹ “La Administración de justicia se encontraba repartida entre el pretor urbano y el peregrino, y contra las decisiones del magistrado jurisdiccional se permitía el recurso a otro de mayor rango. El presunto perjudicado por el decreto de un magistrado debía llamar o “apelar”, en el propio acto, a un tribuno, appellare que de surtir efecto invalidaba el decreto o decisión anterior.”Yáñez Velasco, ob. Cit. P. 33

² “Dentro del procedimiento cognitorio, el fallo emitido por el juez siempre era susceptible de revisión, por otro juez de categoría superior, a través de la appellatio. Yáñez V. R. Ob . cit. P. 39 Según Murga Gener, a quien cita en esa obra, “a diferencia de lo que ocurría en la época de vigencia del edicto pretorio donde este instituto cumplía una función exclusivamente revocatoria, en el Derecho Postclásico y Justiniano, en cambio, se fue transformando en un medio con fines recuperatorios”.

impidiéndose al mismo juez volver a examinar el asunto impugnado.³ La Constitución de Cádiz, dio origen a las garantías procesales a favor del reo y dentro ellas, tanto la apelación, como independientemente de que la sentencia fuese apelada, se ocupaba del fallo la audiencia territorial. Aparecían así, la apelación y lo que a partir del código de procedimientos penales de Guatemala de 1877, se llamó la consulta de la sentencia. Sin embargo, la revisión de la sentencia por un tribunal superior, tiene connotaciones distintas en el sistema inquisitivo y en los sistemas mixtos o acusatorio.

II. Naturaleza y formas del recurso.

En cuanto a su naturaleza se acepta generalmente que se trata de un medio de impugnación, pues por los vicios legales de la resolución o la infracción de las normas de procedimiento se solicita por la parte interesada la anulación de la sentencia de instancia. También se ha dicho que se trata de un medio de gravamen o de denuncia del gravamen pues el objetivo es que el órgano superior reforme o revoque una sentencia que se estima errónea o injusta por el perjudicado, quien invoca la satisfacción de su pretensión.

En cuanto a sus formas, se han reconocido tradicionalmente por lo menos dos tipos: la llamada apelación plena y la limitada. La primera constituye un nuevo procedimiento en donde pueden aportarse hechos posteriores a la sentencia recurrida y practicar en principio toda clase de pruebas.⁴ En este caso, se trata, mediante una segunda controversia, de obtener una segunda decisión judicial que recae no solamente sobre el

³ “Los tribunales inferiores van siendo controlados, de forma inmediata por los superiores, que a la vez son una manifestación del poder absoluto...La castellana enmienda de mayor juez será el *remedium ordinarium* mas utilizado contra una sentencia definitiva, llamado de “alzada” por el dato jerárquico.” Yáñez V. Ob. Cit. P.53.

⁴ Varela G. B. J., ob. Cit. Pág. 136.

material debatido en la primera, sino sobre el material nuevo incorporado con posterioridad. La otra forma no es tan innovadora, sino meramente revisora del proceso anterior, no se trata en tal caso de un juicio nuevo, sino de la revisión por el superior de todo el material del proceso seguido en la primera instancia. En algunas apelaciones de éste último tipo por excepción puede incorporarse algún material instructorio pero lo básico es que el tribunal superior se limita a ejercitar potestades de control, es decir, de revisión de la sentencia.⁵

Se ha dicho que en general la doctrina se pronuncia por este tipo de apelación revisora, que es la que justifica la apelación y dota de relatividad al doble grado de jurisdicción, que aparece como una concesión a las partes y no como una necesidad.⁶ Además en el derecho comparado existe una tendencia a consolidar el sistema de apelación limitada y paralelamente una decadencia de la plena, por lo demás, de difícil o imposible establecimiento especialmente por el hecho de tener que repetir por completo todo el proceso.

Legitimación para interponerla.

En términos generales la legitimación para interponer los recursos se concede a las partes. Esta regla encuentra alguna limitación en el proceso penal español conforme lo establece el art. 110 de la LECRIM por la necesidad de que las partes acusadoras y civiles se hayan personado antes del trámite de la calificación del delito. En el proceso guatemalteco los interponentes sólo pueden ser el Ministerio Público, el querellante por adhesión, el acusado o su defensor y las partes civiles en lo que les corresponda.

⁵ Id. Ob. y página Cit.

⁶ Así lo indica Guasp Delgado, cit. Por Varela G. ob. cit. Pág. 137.

Se considera, además que no basta con tener la calidad de parte, para estar legitimado para interponer el recurso, sino que es necesario que concurra el requisito de gravamen. Este requisito no se encuentra establecido en forma expresa en la ley guatemalteca, pero siendo que la noción de agravio es constitutiva de una ofensa que se hace a una persona o sus bienes, puede pensarse que se requiere en forma implícita en la norma que requiere como recurrentes únicamente a aquellos que tengan interés directo en el asunto. (Artículo 398 del Código Procesal Penal, facultad de recurrir). El agravio representa una disminución o detrimento del acervo jurídico que pretende tener quien se presenta en juicio. Aunque el agravio podría identificarse con la injusticia, no es conveniente hacerlo pues no puede convertirse en condición de ejercicio del derecho a impugnar,⁷ por lo cual se considera que la existencia de un motivo de apelación, denominado “injusticia notoria”, con ser tan amplio, subjetiviza el concepto, que por lo demás no ha podido ser armonizado en la jurisprudencia.

En los diferentes países de Iberoamérica tiene diferentes formas y objetivos. En algunos países se utiliza para la revisión de las resoluciones interlocutorias, no para la sentencia. Es el caso del Código Procesal Penal de Costa Rica en donde según el artículo 437 el recurso de apelación procede contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio o intermedio, siempre que expresamente sean declaradas apelables, causen un gravamen irreparable, pongan fin a la acción o imposibiliten que ésta continúe. En Honduras la apelación procede únicamente en determinados casos del procedimiento, no siendo admisible contra las sentencias de los tribunales de sentencia. En el proceso penal

⁷ Varela G. Ob. cit. Pág. 160.

chileno vigente, el recurso de apelación es admisible solamente en relación con determinadas resoluciones, quedando fuera del mismo, las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral, las que son inapelables. El juicio y la sentencia dictada en el mismo, solamente son impugnables mediante el denominado recurso de nulidad.⁸

III. Recurso de apelación en el derecho contemporáneo.

En el derecho contemporáneo, y por lo que analizamos más adelante, parecen coexistir dos formas de apelación, la que podríamos denominar clásica, derivada de la *apellatio* Romana, pasando por l'*appel* francesa, l'*apello* italiana, *die berufung* alemana y la apelación española, con el significado de provocación, reclamación o invocación a un órgano jurisdiccional superior para que teniendo un nuevo conocimiento del asunto, con las mismas facultades que el tribunal inferior, pueda dictar una nueva sentencia, con lo que quedan prácticamente definidas dos instancias una inferior y otra superior que realizan la misma actividad. La otra forma de apelación, denominada especial por las legislaciones guatemalteca y paraguaya, por ejemplo, siempre excitan a un órgano superior a que conozca sobre la alegación de un perjuicio causado por la sentencia del juez inferior, pero éste no puede conocer mas que de errores jurídicos cometidos, de fondo o de forma, por el tribunal inferior, es decir, no teniendo la totalidad de las facultades del juez inferior, como las de prueba, y semejándose en su conjunto mas bien a un recurso de casación.

En los sistemas procesales de doble instancia aparece el recurso de apelación como un acto de parte, encaminado a que la sentencia de primera instancia y eventualmente el trámite de la misma sean examinados por un tribunal superior. Los sistemas de única instancia, de los que forma

⁸ Arts. 364 a 371 del CPP de Chile.

parte Guatemala, hacen difícil compaginar su existencia con un nuevo examen de los hechos y la prueba, dadas las características de inmediación, oralidad y publicidad que en ellos prevalecen; aun cuando alguna doctrina es partidaria de que pueda sacrificarse tal inmediación, las bondades de la práctica de la inmediación desmienten por completo tal perspectiva. En estos últimos sistemas el derecho a que el fallo sea conocido por un tribunal superior, debe entenderse en cuanto a las cuestiones de derecho, sean éstas de fondo o de forma. Por tales razones una forma comprensiva de ambos sistemas al definirlo debe tomar en cuenta que se trata de “un nuevo examen de las cuestiones motivo de la impugnación ante un tribunal de grado superior al que dictó⁹ la resolución recurrida”.

Lo importante en cuanto al recurso, es que se acomode a las prescripciones de los textos internacionales en cuanto a constituir la garantía de que toda declaración de culpabilidad o de condena debe ser examinada por un tribunal superior, en el recurso correspondiente, que para el caso de Costa Rica por ejemplo, se denomina recurso de casación, en vista de que la apelación, se reserva para ciertas resoluciones de mero trámite y no contra las sentencias. En algunos países se sigue esta corriente, dando por satisfecho el requerimiento de la doble instancia ya sea con el recurso de apelación contra la sentencia definitiva o bien casación contra la misma, pero en todo caso, uno u otro.¹⁰ En igual sentido,

⁹ Vázquez Rossi, J. E. ob. Cit. Pág.480. pero siempre este recurso aparece más identificado con el sistema escrito, como el mismo autor señala: “ Por sus mismas modalidades, se encuentra ligado al procedimiento escrito, dentro del cual cobra su completo sentido, y en su particular desarrollo apareció fundamentalmente como un modo de control judicial del superior sobre los tribunales o jueces inferiores.” Ibidem.

¹⁰ “La Sala Constitucional ha considerado que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida”. Arce Viquez, Jorge L. Ob. Cit. Pág. 712.

de acudir a la casación como el medio impugnativo especial para los sistemas con juicio oral, se decanta la legislación argentina, confirmando que en tales sistemas la tradicional apelación es impracticable.¹¹ En todo caso, aunque resulta obvio, puede apreciarse que existe una apelación que además de impugnar la sentencia inicia la segunda instancia, con carácter ésta de reiteración de la primera, y otra aplicable a resoluciones de mero trámite. Por otra parte la llamada apelación especial, que impugna la sentencia, pero que no reitera o renueva el trámite sino que se limita al examen de los errores jurídicos de la primera¹² y que como ya se indicó, no permite volver a discutir los hechos base de la sentencia, que se consideran inmutables, como la prueba, que se considera intangible, a la manera de la Casación.

En España respetables autores contemporáneos reclaman la adecuación del sistema de recursos y en general del sistema penal a lo que proclaman, tanto la Constitución como los textos internacionales, pese a que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han afirmado que el recurso de casación realiza la tarea de segunda instancia. Propugnan por la existencia de un recurso de apelación con sede en los tribunales superiores de Justicia de cada comunidad autónoma y reservan

¹¹ En tales sistemas “el tribunal superior no tiene manera de controlar la meritación de las probanzas de hecho, ya que han regido durante el curso del debate los principios de concentración e inmediación y no se han protocolizado registros. De ahí que, como indicamos, el recurso de casación aparezca regulado como medio impugnativo propio contra sentencia definitiva en los códigos mixtos.” Vázquez Rossi, J. E. ob. Cit. Pág. 488

¹² Varela Gómez, refiriéndose al derecho español indica que éste permite la apelación independiente de algunas resoluciones interlocutorias, citando a otros autores entre ellos Prieto Castro que “cifran la distinción entre apelación y segunda instancia en otro referente, y la utilizan para distinguir entre recurso de alzada o apelación limitada, frente a una verdadera segunda instancia o apelación plena.” El recurso de apelación penal, página 68.

el recurso de casación para el Tribunal Supremo.¹³

En los demás países de América Latina aparece también el recurso de Apelación en distinta forma. En El Salvador, el recurso procedente contra la sentencia es el de Casación.¹⁴ En Ecuador el recurso de casación será procedente ante la Corte Suprema de Justicia contra la sentencia.¹⁵ En Bolivia, se admite el recurso de Apelación restringida contra las sentencias por inobservancia o errónea aplicación de la ley.¹⁶ En Paraguay se ha legislado el recurso de Apelación especial de la Sentencia de Primera Instancia.¹⁷ En el caso de la República de Honduras, contra las resoluciones definitivas dictadas por los Tribunales de Sentencia, es decir, en primer grado, solo cabe el recurso de casación¹⁸ con un sentido similar al costarricense que ya comentamos. En Chile, en razón de que las sentencias dictadas por el tribunal de juicio oral son inapelables, cabe el recurso de nulidad contra las sentencias, recurso que en unos casos es conocido por la Corte Suprema y en otros por la Corte de Apelaciones.¹⁹

Uno de los problemas planteados al instaurarse en Guatemala el juicio oral era sobre la necesidad de mantener un sistema de doble instancia o de única instancia. El hecho de que en la Constitución se

¹³ “Esta sede tiene diversas ventajas. Se cumple con lo dispuesto en el art. 152-1º. Párrafo 2º. CE conforme al cual – un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la Jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. La introducción de la apelación en los TSJ potenciaría su carácter autonómico y la posibilidad de constituir la cúspide de la organización judicial en cada comunidad autónoma, quedando concentrado el Tribunal Supremo a su labor de Tribunal de Casación. Al tiempo, esta novedad permitirá introducir en el Tribunal de Casación un esencial tamiz, mediante el que se realizará la labor de depuración que hará posible que el Tribunal cumpla su cometido centrándose en cuestiones de verdadero alcance social. En efecto, una vez superado el escollo que presenta la existencia de un único enjuiciamiento de la causa el Tribunal Supremo podrá alejarse del caso concreto y desde la abstracción de la norma jurídica cumplir con su misión de interpretación uniforme del ordenamiento, proporcionando la seguridad jurídica y haciendo posible el principio de igualdad en la aplicación de la ley.” López Barja. J. Ob. Cit. Pág. 548

¹⁴ Art. 421, CPP.

¹⁵ Art. 349 C de PP.

¹⁶ Art. 407 C de PP de Bolivia.

¹⁷ Art. 466 CPP de Paraguay.

¹⁸ Art.359 CPP de Honduras.

¹⁹ Arts. 364, 372, 376 CPP de Chile.

afirme: “En ningún proceso habrá más de dos instancias”²⁰ hizo pensar en la existencia necesaria de dos instancias, forma de pensar que no compartimos pues bien puede admitir la existencia de una sola instancia, pues lo prohibitivo de la disposición es que existan tres. Por otra parte, la confirmación por la propia Constitución de la existencia de la Corte de Apelaciones, hizo pensar en la exigencia de un recurso de Apelación, que entre otros casos conociera de la sentencia de los denominados Tribunales de Sentencia.

El proyecto original del Código Procesal Penal vigente en Guatemala, fue elaborado por Julio Maier y Alberto Binder, quienes estructuraron el mismo referido a un sistema acusatorio y siguiendo los lineamientos contenidos en las Bases para una legislación común Iberoamericana del Prof. Jorge Clariá Olmedo, el Código Procesal Penal de Italia y la Ordenanza Procesal penal alemana. Este código centra su importancia en el Juicio, que a su vez la centra en el debate oral, público y contradictorio, en presencia del tribunal de Sentencia. El proyecto había eliminado el recurso de apelación de la sentencia, dadas las dificultades de inmediación que para un Tribunal de apelación a la manera del procedimiento inquisitivo utilizado hasta 1994 tendría dicho recurso, de ser llevado en la forma tradicional. Razonablemente el proyecto había eliminado también la apelación contra las resoluciones de los jueces en la etapa preparatoria, dada la provisionalidad de las mismas, y la posibilidad de su revisión en la fase intermedia.²¹ Con base en la falacia de que la estructura constitucional hacia necesario el recurso de apelación y que su omisión desnaturalizaba el recurso de casación, se introdujo al Código Procesal Penal de

²⁰ Art. 211 de la Constitución Política de Guatemala.

²¹ Barrientos, César- Exposición de motivos. Código Procesal Penal. P. LXXIII.

Guatemala tanto el recurso de apelación genérica, establecido para impugnar algunas resoluciones interlocutorias durante el trámite del proceso, como el de apelación especial contra las sentencias definitivas, provocando éste último una especie de grado previo al planteamiento de la casación.

IV. Recurso de apelación en el procedimiento penal español.

En sus inicios (1882) la Ley de Enjuiciamiento Criminal española estableció como uno de sus principios el de instancia única, es decir que contra las sentencias definitivas en procesos por delito solo cabía casación pues la apelación se reservaba a las sentencias definitivas dictadas en juicios de faltas. Es hasta la reforma de la mencionada ley producida por ley 3-1967 de 8 de abril en que se introduce el sistema de doble instancia en determinados procesos por delitos menores, instaurándose el recurso de apelación contra las sentencias tramitado en la Audiencia Provincial. Con la Ley Orgánica 10-80 de 11 de noviembre se establece un nuevo procedimiento de enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes que también autorizó un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.²²

En España actualmente existe apelación en el juicio de faltas, ante la audiencia Provincial, constituida con un único magistrado. Como diferencia con la apelación existente en el procedimiento abreviado se establece que en el de faltas no se requiere la intervención de abogado y procurador para la interposición del recurso. También procede el recurso de apelación contra las sentencias definitivas dictadas en el procedimiento abreviado por el Juzgado de lo penal y por el Juzgado central de lo penal, en estos casos

²² Varela Gómez, B. J., Ob. Cit. Pág. 91

el recurso se interpone ante el juez que dictó la sentencia: la dictada por el juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente y la dictada por el Juez Central de lo Penal ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.²³ Pero contra las sentencias definitivas que deban dictar los órganos colegiados (Audiencias provinciales, Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores y Sala de lo penal de la Audiencia nacional) cuando deban enjuiciar a través del procedimiento abreviado solo cabe el recurso de casación.²⁴

Con ello puede apreciarse, y así lo afirma la doctrina, que no existe un sistema técnico de recursos, expresándose que no existe motivo para que los condenados por delitos más graves deban ver reducida su capacidad impugnatoria, solamente al recurso de casación, que como sabemos y se explica supra tiene un alcance limitado.

También existe la apelación en el caso de los juicios por Jurado. Las sentencias dictadas por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, son apelables ante las Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Son también apelables los autos dictados por el mismo que resuelvan cuestiones previas. Como aclaración para los lectores del continente americano, debe precisarse cual es la competencia de los tribunales referidos. En cuanto al Tribunal del Jurado su competencia está delimitada en su propia ley orgánica, que establece que tales tribunales son competentes para conocer en casos de delitos contra las personas,

²³ El recurso ordinario de apelación se encuentra regulado en el art. 795.1 de la LEC. El carácter general de los motivos de este recurso permite al tribunal examinar todo lo actuado, incluso la prueba. El art. 795.,3 permite la práctica de prueba que no pudo proponerse en la instancia anterior, las propuestas e indebidamente denegadas y de las admitidas que no se pudieron practicar.

²⁴ En el mismo sentido, Varela G. quien indica: “ a su vez la sentencia pronunciada en apelación por la Audiencia Provincial o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no procede interponer recurso de casación...con lo que se insiste en la idea de reservar esta última para las sentencias pronunciadas en única instancia por los tribunales colegiados, dejando la apelación como recurso frente a las sentencias de tribunales unipersonales. La justificación para ello no es de carácter técnico sino meramente coyuntural.” Ob. Cit. Pág. 250.

delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, delitos contra el honor, delitos contra la libertad y seguridad y delitos de incendios. Este recurso está regulado en la Ley orgánica 5-1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado. Dicha ley establece el recurso de apelación contra los autos, como los que resuelven el planteamiento de cuestiones previas, y contra las sentencias. Con esta regulación, se da por satisfecho en dichos tribunales, el derecho al doble examen a que se refieren las convenciones internacionales.²⁵

De acuerdo con el artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todos los recursos de apelación deben fundamentarse en alguno de los motivos siguientes:

- a) Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación. Esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.
- b) Que la sentencia ha ocurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil.
- c) Que se hubiese solicitado la disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo, y tal petición se hubiere desestimado indebidamente.

²⁵ “La nueva apelación aspira a colmar el derecho al “doble examen” o “doble instancia”, en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un tribunal superior, en función del carácter especial del procedimiento ante el Jurado, y sin perjuicio de la función propia que debe desempeñar, respecto de todos los delitos el recurso de casación.” Exposición de motivos de la Ley orgánica del Tribunal del Jurado en cuanto a los recursos de apelación y casación. Enjuiciamiento Criminal, páginas 672-673.

- d) Que se hubiese acordado la disolución del Jurado y no procediese hacerlo.
- e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

En los casos de los incisos a), c) y d) para que pueda admitirse a trámite el recurso deberá haberse formulado la oportuna protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada.

Algunos autores aconsejan a los litigantes que deben plantear primero los motivos relativos a la infracción del procedimiento o a la indebida disolución anticipada del Jurado, puesto que estos motivos, en caso de ser estimados producirán el efecto de devolver las actuaciones a la Audiencia para la celebración de un nuevo juicio.²⁶

Consecuentemente la situación es que se sigue reservando a las Audiencias Provinciales la competencia para conocer en delitos graves pero ellas a su vez son órganos de segunda instancia en los procesos por delitos menores y por faltas, los que a su vez son sustanciados en los Juzgados de lo Penal y de instrucción. El procedimiento abreviado que se sigue ha ampliado el número de delitos menores a considerar, por lo cual en dichas Audiencias la doble instancia es regla general.²⁷

En cuanto a los delitos graves, se sigue el principio de instancia única, para los que solamente procede el recurso de casación.

La doctrina y la jurisprudencia actuales en España se decantan en su mayoría por el establecimiento en los delitos graves del principio de la doble instancia, mencionándose entre los principales doctrinarios a Cortés

²⁶ Medina Gutiérrez V., Del Pozo Villegas, José L. Guía básica de los recursos en el Proceso Penal, pp. 46-47.

²⁷ Varela Gómez, B. J., Ob. Cit. Pág. 93.

Domínguez, Montero Aroca, Prieto Castro, Asencio Mellado, Ortells Ramos y Ruiz Vadillo entre otros, pero también debe mencionarse una minoría que están en contra de la implantación de tal segunda instancia en los delitos graves, como Suau Morey y Conde Pumpido.²⁸

En general, puede decirse que en el momento actual la apelación española adhiere a la concepción revisora tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.²⁹

Trámite de la apelación: El recurso se interpone por escrito, del que se da traslado a las demás partes, para que éstas puedan interponer recurso supeditado de apelación, volviéndose a dar traslado a las partes para presentar impugnaciones de la apelación supeditada. Si ésta no se formula, o si se ha formulado y transcurrido el mismo, se emplaza a las partes ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Supremo de Justicia para que se apersonen en el plazo de diez días.³⁰

Personado el apelante se señala día para la vista citando a las partes y, en todo caso, al condenado y tercero responsable en lo civil. La vista se celebra en audiencia pública en la que hacen uso de la palabra el apelante, el Ministerio Público y demás partes. Estimado el recurso por alguno de los motivos siguientes: infracción de procedimiento que produjere indefensión o bien que se hubiese acordado la disolución del Jurado no procediendo, la Sala mandará devolver la causa a la Audiencia para la celebración de nuevo juicio. Si el recurso no es admitido o bien los motivos en que se fundare no son acogidos, la Sala dicta sentencia

²⁸ Varela Gómez, id. Págs. 112,113.

²⁹ Varela G. B. J., idem, pag. 143, apoyándose en Gomez Orbaneja, Almagro Nosete, Fernández López, Fiaren Guillén, Cobos Gavala y Garberi Llobregat.

³⁰ Art. 846 bis d) LEC.

desestimando el recurso, motivando tal desestimación confirmando la resolución dictada en la instancia.³¹

V. El denominado recurso de apelación especial en Guatemala.

Las resoluciones apelables en sentido tradicional en Guatemala, son ciertas decisiones dictadas durante la primera instancia y antes del juicio.³² Se trata en este caso de la denominada apelación genérica, que es una revisión de la resolución, practicada por una Sala de apelaciones en los casos de decisiones interlocutorias dictadas durante el trámite del proceso.

Contra las resoluciones definitivas del tribunal de sentencia, que es el del juicio oral, procede la apelación especial. El examen que se practica por la Corte de Apelaciones es en cuanto a cuestiones de derecho, dicho examen no forma una nueva instancia, no se repite de nuevo el juicio, como sucede en los esquemas procesales de doble instancia. Por consiguiente, el proceso penal guatemalteco, con ser de instancia única, sufre las demoras (además de otras que no comentamos en este trabajo por no ser materia del mismo) de un recurso de apelación especial cuyo objetivo ya mencionamos, y de un recurso de casación con el mismo objetivo, aunque con algún tipo de requerimiento especial, como ya se indicará adelante, pero en términos generales son, en el medio guatemalteco un mismo recurso, pues el objetivo que se persigue es el mismo: en el sistema guatemalteco la apelación especial y la casación tienen por objetivo confrontar la aplicación correcta del derecho, siendo la única excepción cuando la apelación especial se base en injusticia notoria,

³¹ Medina G., V. Del Pozo V. J. L., Ob. Cit. Pág. 48.

³² El art. 404 del CPP señala que son apelables los autos dictados por los jueces de primera instancia que resuelvan: 1) los conflictos de competencia, 2) los impedimentos, excusas y recusaciones, 3) los que no admitan, denieguen o declaren abandonada la intervención del querellante adhesivo o del actor civil, 4) los que no admitan o denieguen la intervención del tercero demandado, 5) Los que autoricen la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público. 6) Los que denieguen la práctica de la prueba anticipada. 7) Los que declaren la suspensión condicional de la persecución penal. 8) Los que declaren el sobreseimiento o la clausura del proceso. 9) Los que declaren la prisión o la imposición de medidas sustitutivas y sus modificaciones. 10) Los que denieguen o restrinjan la libertad. 11) Los que fijen término al procedimiento preparatorio. 12) Los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil. 13) Los autos en los cuales se declare la falta de mérito.

caso en el cual se realiza un re examen de los hechos.³³ El recurso de apelación especial guatemalteco es realmente un recurso de casación abierto es decir, sin que la ley exprese los motivos específicos, solamente los de carácter tradicional, que son los conocidos motivos de fondo y de forma, que tiene como características:

a) Que debe plantearse con expresión de fundamento, indicando los motivos establecidos expresamente en la ley; b) hacer cita expresa de la ley que se considere infringida expresando la aplicación que se pretende; c) que deben darse por ciertos los hechos en que se basó el tribunal de sentencia para emitir el fallo; d) la revisión que hace la Sala de apelaciones se limita al control técnico jurídico de la aplicación de la ley, excepto en el caso de que exista una contradicción manifiesta en la sentencia recurrida.³⁴

De acuerdo con la legislación guatemalteca el recurso de apelación solo puede hacerse valer:

- a) Contra la sentencia del tribunal de sentencia;
- b) Contra la resolución de aquel tribunal y del de ejecución que: le ponga fin a la acción, a la pena o una medida de seguridad, imposibilite que ellas continúen, impida el ejercicio de la acción, o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena.³⁵

El recurso de apelación especial solo puede hacerse valer cuando la sentencia contenga alguno de los siguientes vicios:

- 1) De fondo: inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley.

³³ Barrientos, César, ob. Cit. P. LXXIV.

³⁴ Arts. 418,419,430 del CPP de Guatemala.

³⁵ Art.. 415 del CPP de Guatemala.

2) De forma: inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto del procedimiento. En este caso el recurso será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación o hecho protesta de anulación. No es necesaria la aludida protesta cuando se ha invocado la inobservancia o errónea aplicación de las disposiciones concernientes: 1) al nombramiento y capacidad de los jueces y a la constitución del tribunal; 2) A la ausencia del Ministerio Público en el debate o de otra parte cuya presencia prevé la ley. 3) A la intervención, asistencia y representación del acusado en el debate en los casos y formas que la ley establece. 4) a la publicidad y continuidad del debate, salvo las causas de reserva autorizada. 5) A los vicios de la sentencia. 6) A injusticia notoria.³⁶ En general puede decirse que no es necesaria la protesta de anulación relacionada, en los casos en que se trate de un vicio contenido en la sentencia que se impugna.

Como puede apreciarse en la apelación especial guatemalteca se incluyen los motivos por infracción de ley de procedimiento o lo que se ha conocido como el examen de los vicios in procedendo, y por infracción de ley sustancial, es decir los vicios in iudicando; es decir, que se trata del motivo de la apelación tradicional por motivos de fondo, y el motivo que en otros sistemas da lugar al llamado recurso de nulidad. En el caso a que nos

³⁶ Arts. 419, 420 CPP de Guatemala.

referimos entonces, la apelación por cualquiera de los motivos ha de fundarse en errores de derecho y no de hecho, con lo que su parentesco con la casación es evidente.³⁷

En los sistemas boliviano y paraguayo.

Como medio comparativo analizamos brevemente los motivos del recurso de apelación contra la sentencia que, en el Código Procesal Penal boliviano se denomina apelación restringida y en el paraguayo apelación especial como en el guatemalteco.

2.1. Bolivia: El recurso de apelación restringida se admite por violación de ley, dentro de los casos que la ley boliviana denomina, por una parte inobservancia, y por otra, errónea aplicación de la ley. Si el precepto legal que se invoca como inobservado o erróneamente aplicado constituye un defecto del procedimiento, el recurso solo es admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir, salvo ciertos casos, como: nulidad absoluta, o cuando se trate de los vicios de la sentencia. Este recurso se tramita en los Tribunales Superiores de Justicia y debe interponerse por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia. Deben citarse concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas expresando cual es la aplicación que se pretende.³⁸ Sus características le asimilan a la apelación especial de y aún a la Casación, guatemaltecas.

Trámite: una vez interpuesto el recurso, se pone en conocimiento de las demás partes, para que lo contesten fundadamente en el plazo de diez días. Si el recurso se fundamenta en un defecto de forma o de

³⁷ Refiriéndose al recurso de apelación y al de nulidad, se ha dicho: "Por los sistemas que mantienen los dos recursos separados, esta distinción conlleva la necesidad de una precisa distinción entre ambos errores; dicho de otro modo, entre los vicios de forma y de fondo. Para, en el primer caso, descartar la apelación y solo admitir la nulidad." Vescovi, Enrique. Los Recursos Judiciales. Pág. 104.

³⁸ Arts. 407-408 del CPP de Bolivia.

procedimiento se puede acompañar y ofrecer prueba con tal objeto. Dentro de los diez días de recibidas las actuaciones el Tribunal convoca a una audiencia pública que se rige en lo pertinente por las reglas del juicio oral. En la resolución si no es posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, el Tribunal anula total o parcialmente la sentencia y ordena la reposición del juicio por otro juez o tribunal.³⁹

VI. Requisitos del planteamiento del recurso de apelación especial en Guatemala

Dividiremos tales requisitos en forma y fondo. Los de forma aluden precisamente a la forma en que son presentados los recursos. La ley guatemalteca indica que debe ser interpuesto por escrito. Este dicho escrito debe además contener a su vez requisitos que la ley establece tales como: a) Expresión de fundamento, b) indicar separadamente cada motivo, no pudiendo invocar otros distintos con posterioridad al vencimiento del plazo con lo cual se observa el principio de preclusión. c) citar concretamente los preceptos legales que el recurrente considere erróneamente aplicados o inobservados; d) expresión concreta de la aplicación que pretende, esta exigencia es propia del recurso de apelación especial y constituye una diferencia específica con el de casación en el medio guatemalteco, esta exigencia va unida al objetivo del recurso, como es el examen, interpretación y aplicación del derecho que haya realizado el Tribunal del juicio. Por ello, además de manifestar el recurrente cual es el vicio que denuncia y la norma o normas que se han infringido, formulando una tesis al respecto, debe completar esta indicando la forma en que a su criterio debieron aplicarse tales normas. Básicamente para su admisión el

³⁹ Arts. 409 a 412 del CPPB.

recurso debe llenar requisitos de tiempo, argumentación, fundamentación y protesta.⁴⁰ Se trata además, de un recurso abierto, puesto que si existen defectos u omisiones de forma o de fondo, el tribunal lo hace saber al interponente dándole un plazo de tres días, contados a partir de la notificación al recurrente para que los subsane.⁴¹

Plazo de presentación. El requisito de tiempo es cumplido si el recurso es presentado dentro del plazo de diez días al tribunal que dictó la resolución recurrida. Debe tenerse en cuenta que la sentencia queda notificada cuando es leída en su totalidad a las partes al finalizar el debate y la deliberación respectiva, pero en el caso de que se difiera su lectura con posterioridad a tales actos procesales, la lectura debe realizarse a más tardar dentro de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutive. Se trata en este caso de un plazo común, que corre a partir del día siguiente de la notificación a todas las partes. Han surgido algunos problemas en cuanto a la notificación de la sentencia, que repercuten en el plazo para la interposición del recurso, tanto de apelación como de casación. El recurso de apelación debe plantearse en el plazo de diez días ante el tribunal que dictó la resolución recurrida, y como se dijo antes, la sentencia puede darse a conocer inmediatamente después de la deliberación, o cuando la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora torne necesario diferir la redacción de la sentencia, se leerá tan solo su parte resolutive, debiendo llevarse a cabo la lectura a más tardar dentro de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutive (artículo 390 del Código Procesal Penal Guatemalteco). La norma establece que la lectura vale, en todo caso como notificación. Esta disposición ha sido

⁴⁰ Arts. 418,425 del CPP de Guatemala.

⁴¹ Art. 399 del CPP de Guatemala.

tomada como si se dijera que vale aunque las partes no estén presentes, como ha sido criterio de algunas Salas de Apelaciones, lo cual es inaceptable, porque viola el derecho de audiencia. La lectura debe valer como notificación para los que comparecen, y si alguna de las partes no está presente en el momento de la lectura, caso que es factible sobre todo cuando se difiere la lectura de la sentencia, deberá hacérsele saber el contenido de la sentencia en la forma legal que corresponde.

En este recurso existe también un plazo particular, que es el que corre únicamente al interponente para la subsanación de defectos u omisiones de fondo o de forma en el planteamiento, los cuales el tribunal respectivo debe puntualizar previamente a la admisión formal del recurso. En la práctica guatemalteca, algunos tribunales indican que no señalan concretamente cuales son los requisitos incumplidos pues al resolver, no podrían desestimar el recurso por la omisión de algún requisito no indicado para su corrección, pero a nuestro criterio, el tribunal que no señala concretamente los requisitos incumplidos, viola el artículo 399 del Código Procesal Penal, que establece que “Si existiesen defecto u omisión de forma o de fondo, el tribunal lo hará saber al interponente”, pues esta es una norma de carácter general, no específica para la apelación, que les otorga la característica de hacerlo en forma abierta, para cumplir con el derecho de acceso al recurso. En caso de no hacerse en forma concreta, se está dejando al recurrente en estado de indefensión, al mismo tiempo, se falta al deber de fundamentar en forma clara y precisa la resolución. El Tribunal tiene el deber de no omitir los defectos u omisiones de forma o de fondo en que haya incurrido el recurrente, de otra forma, no tendría como conocer lo que el tribunal considera como tales.

Presupuestos. Existen también presupuestos subjetivos, en razón del interés que se represente al plantear la impugnación y objetivos, en razón de la resolución que se impugne. En cuanto a los primeros, se debe tener interés directo, es decir, no solamente ser sujeto procesal, sino ser agraviado en la resolución que se impugna; como se dijo, el agravio o perjuicio sufrido es habilitante, puesto que se impugna, desde el punto de vista del recurrente, para reparar un agravio o perjuicio que se ha sufrido. Es por ello que en la apelación si debe expresarse el agravio, pues la misma se establece para reparar los agravios recibidos, como se puede deducir de la doctrina que inspira el artículo 398 del Código Procesal penal guatemalteco: “únicamente podrán recurrir quienes tengan interés directo en el asunto.” Esto no ocurre con el recurso de casación, que según el artículo 438 del relacionado instrumento legal, está dado en interés de la ley y la justicia. La calidad de parte interesada es relevante también por la existencia del principio de no reforma en perjuicio, al que ya se aludió. Este principio no rige cuando los motivos se refieran a intereses civiles, según lo establece el artículo 422 del Código Procesal Penal ya relacionado.

VII. Procedimiento de la apelación especial en Guatemala.

Este procedimiento tiene varios momentos:

El acto de interposición:

- a) La fase de interposición se realiza ante el Tribunal que dictó la sentencia.⁴² Este remite las actuaciones al Tribunal de apelación y emplaza a las partes para que comparezcan ante dicho Tribunal, dentro del quinto día siguiente al de la notificación. Si el recurrente no

⁴² Art. 418 CPPG.

comparece dentro del plazo mencionado se declarará de oficio, desierto el recurso.⁴³

- b) Fase de Admisión. Una vez recibidas las actuaciones y vencido el plazo de comparecencia, el Tribunal de Apelación examina el recurso y las adhesiones para determinar si cumple con los requisitos de tiempo, argumentación fundamentación y protesta. Previamente a decidir sobre lo anterior, si el Tribunal encuentra en el recurso, defecto u omisión de forma o de fondo, debe fijar al recurrente un plazo de tres días para que lo subsane. Transcurrido el plazo debe resolver sobre la admisión formal del recurso. Si lo declara inadmisibile, devuelve las actuaciones.
- c) Debate. El debate se realiza ante el Tribunal. Se otorga la palabra al abogado del recurrente. También pueden intervenir los abogados de quienes no interpusieron el recurso. En este debate no se admiten réplicas. Los intervinientes pueden dejar notas escritas en el tribunal sobre sus alegaciones. Pueden también reemplazar su participación mediante un escrito; esta opción, se entiende en caso de imposibilidad de asistir, pues lo recomendable para los abogados es presentar su recurso, ya que es una oportunidad importante para explicar al Tribunal los puntos más relevantes del mismo. La oportunidad debe aprovecharse entonces, para matizar los aspectos que merecen resaltarse, no para reiterar o repetir los argumentos que se han formulado por escrito.
- d) Sentencia. Después del debate el Tribunal pasa a deliberar. Puede a continuación pronunciar la sentencia, o bien diferir la deliberación y el pronunciamiento por lo avanzado de la hora o la complejidad del

⁴³ Art. 424 del CPPG.

debe pronunciarse sobre cada uno de los motivos planteados y explicar beneficio del derecho, el asunto, dentro de un plazo de diez días. Como el recurso es dado en fallo los motivos para estimarlos o no. La falta de este razonamiento ha dado lugar a Casación por motivo de forma, con base en que se ha omitido un requisito formal de validez de la sentencia, como es la fundamentación.⁴⁴

- e) En la sentencia se examina si los vicios denunciados efectivamente aparecen en la sentencia impugnada. La comprobación da lugar a que se acoja el recurso. Si la sentencia acoge el recurso por motivo de fondo, debe resolver el caso en definitiva dictando la sentencia que corresponda. Si la sentencia se acoge por defecto de procedimiento, el fallo debe ser de anulación total o parcial de la resolución impugnada, ordenándose la renovación del trámite desde el momento que corresponda.
- f) En la sentencia no puede hacerse mérito de la prueba recibida, ni de los hechos que ha declarado probados el Tribunal de sentencia, conforme las reglas de la sana crítica. El debate oral no ha sido presenciado por el Tribunal de apelación, en consecuencia, la prueba es intangible para éste. Consecuentemente, los hechos que se han declarado como probados por tales medios, son también intangibles. Puede referirse a ellos únicamente para la aplicación de ley sustantiva o cuando exista manifiesta contradicción en el fallo recurrido.⁴⁵ En el

⁴⁴ Así lo ha considerado la CSJ de Guatemala en reiterados fallos,, por ejemplo la sentencia dictada en el recurso de casación No. 184-2001 en que con base en la doctrina: “Cuando se advierte violación de las garantías constitucionales del debido proceso y de acción penal, por falta de fundamentación, el Tribunal de Casación puede disponer la anulación y el reenvío para la corrección debida”, consideró, con base en jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que al libre acceso a los tribunales le es insito un derecho subjetivo público a la jurisdicción, que “impone la correlativa obligación al Estado,, por conducto del Organismo Judicial, de emitir decisiones fundadas en ley que garanticen el derecho de defensa, en observancia del principio de prevalencia constitucional.”

⁴⁵ Art. 430 del CPPG.

caso de que el recurso sea por motivo de forma, por vicio de la sentencia, especialmente el contenido en el artículo 394-3º., no haberse observado las reglas de la sana crítica, debe realizarse el examen lógico conveniente, desde luego sin revalorizar la prueba.

VIII. El control de admisibilidad de la apelación especial.

El control de admisibilidad corresponde a la Cámara de Apelación (comúnmente Sala, en la legislación guatemalteca). Así lo establece el artículo 25 del Código Procesal Penal: Recibidas las actuaciones y vencido el plazo previsto, el tribunal examinará el recurso interpuesto y las adhesiones para ver si cumplen con los requisitos de tiempo, argumentación, fundamentación y protesta. El juez aquo solamente recibe el recurso y eventualmente lo tiene por interpuesto pero no decide sobre su admisibilidad toda vez que fue el quien emitió la resolución recurrida; es al juez ad quem al que corresponde declarar la inadmisibilidad por: la extemporaneidad del recurso, por inexistencia de interés y en consecuencia, de agravios, por no existir la fundamentación debida, si no se exponen coherentemente los motivos, o bien los omita, es a ello lo que consideramos la ley alude al referirse a la argumentación del recurso.

IX. Motivos del recurso de apelación especial.

Se trata como ya se dijo de un recurso amplio, los motivos de forma (in procedendo) se refieren en forma amplia a inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto de procedimiento. Esto hace una diferencia con la casación del Código Procesal Penal Guatemalteco, pues en ésta, los motivos de forma, se refieren desde luego a defectos del procedimiento, pero están expresamente señalados, pero tal amplitud es

solo aparente como veremos. Los motivos de fondo se refieren también en forma amplia a inobservancia, interpretación indebida y errónea aplicación de la ley. Pero como se dijo, tal amplitud es aparente, puesto que ha sido evidente el apego de los Tribunales de apelación especial a los motivos y submotivos que para el recurso de casación existen, razonando las decisiones como si de éste se tratara, igual apego se señala a los litigantes.⁴⁶ Por lo establecido en torno a los motivos del recurso de apelación especial, puede decirse que el motivo genérico es la infracción de la ley, ya sea de procedimiento o ley sustantiva. Tal infracción puede consistir en su inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación, como refiere el Código Procesal Penal Guatemalteco en cuanto a los motivos de fondo, que curiosamente reduce a dos en el caso de motivos de forma: inobservancia o errónea interpretación de la ley.

Los motivos de forma se encuentran cuando se violenta el procedimiento establecido en la ley, es decir, el debido proceso. Pero, en el momento procesal oportuno se debió reclamar la subsanación del defecto procesal o hacer la protesta de anulación. En el caso de los motivos absolutos de anulación formal, no se requiere la protesta de anulación,

⁴⁶ Como ejemplo se presenta una parte de sentencia dictada en un recurso de apelación especial en que el litigante presenta su caso por motivo de forma, refiriéndolo a uno de los casos que son motivo de casación, aunque no lo indica expresamente: "...el sindicato denuncia la inobservancia de los artículos 385 y 394 inciso 3º., del código Procesal Penal, argumentando que el tribunal de sentencia no apreció la prueba observando las reglas de la sana crítica razonada, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo, haciendo una relación de declaraciones testimoniales producidas en el debate oral y público, con las cuales pretende que esta Corte entre a valorar tales órganos de prueba... Es oportuno señalar además, que cuando se denuncian como infringidas las normas a que se refiere el apelante, por referirse éstas a la valoración de medios de prueba mediante el sistema de la sana crítica razonada, es obligado que se formule tesis aceptable para fundamentar el recurso, lo que no se da en el presente caso, siendo éste y los razonamientos anteriores suficientes para desestimar el recurso por este otro sub caso "Sentencia de la Sala 4ª. De Apelaciones de lo penal del 4-IV-2002. El apelante se funda en el motivo relacionado en la sentencia, que es también un submotivo de la casación. El Tribunal, pese a que desestima el recurso, agrega que también pudo haberlo desestimado señalando un requisito que la ley no señala, como es formular "tesis aceptable para fundamentar el recurso", cuando es evidente el motivo de la apelación y el de la desestimación.

pero el recurso debe plantearse siempre por cualquiera de los dos motivos que se encuentran en la ley.⁴⁷

Los motivos de fondo han de referirse a la infracción de la ley sustantiva, por lo que la denuncia en cuanto a leyes infringidas ha de referirse a las de naturaleza material. La fundamentación y en general, la argumentación debe referirse a los hechos contenidos en el fallo de primer grado, indicando las razones para afirmar el vicio o infracción que se señale. El vicio, tanto en la propuesta de forma como en la de fondo, ha de señalarse con incidencia en la parte resolutive de la sentencia y que produzca un agravio al recurrente.

Se estima que, dados los requisitos legales comentados, la apelación especial debe atender los siguientes requerimientos:

1. Tribunal: Debe ser presentada por escrito ante el tribunal que dictó la resolución que se impugna.
2. Interponente: sujeto procesal agraviado con la resolución de que se trate. Puede ser el Ministerio Público, el querellante adhesivo, el procesado, el defensor quien puede recurrir autónomamente, y las partes civiles en lo concerniente a sus intereses.
3. Resolución que se impugna:
 - a) Sentencia del tribunal de sentencia
 - b) Resolución del tribunal de sentencia y el de ejecución que ponga fin a la acción, a la pena o a una medida de seguridad, imposibilite que ellas continúen, impida el ejercicio de la acción, o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

⁴⁷ Art. 419,2) del CPPG.

4. Fundamentación.
 - a) Señalar clara, expresa y separadamente los motivos de la apelación, de manera que queden individualizados los vicios a que se refiere el artículo 419 del Código Procesal Penal Guatemalteco citando concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados.
La argumentación respectiva debe referirse por separado a cada uno de los vicios que se señale.
5. Aplicación que se pretende. También en este caso debe realizarse la argumentación necesaria a efecto de que el tribunal de apelación se informe de cómo el apelante considera que debieron aplicarse los preceptos legales cuya aplicación en la sentencia respectiva considera viciada.
6. Fundamento de derecho del recurso.
Explicación sobre la motivación jurídica del recurso y la referencia a las normas que lo sustentan en particular.
7. Petición.
 - A) Si es por motivos de fondo, solicita se anule la sentencia apelada y se dicte la que corresponda conforme a la ley invocada.
 - B) Si es por motivos de forma, solicita se anule la sentencia y el acto procesal impugnado y que se envíe el expediente al tribunal respectivo para que lo corrija y oportunamente dicte la sentencia que corresponda.

X. Apelación de otras resoluciones definitivas.

En este apartado no nos referiremos a la apelación de las resoluciones interlocutorias, apelaciones que existen tanto en el derecho español como en el guatemalteco. En ellos el planteamiento se verifica ante el juez que dicta el auto recurrido y su resolución corresponde al superior jerárquico pero no se necesita en el momento del planteamiento expresar los motivos de la impugnación.⁴⁸ En el Código Procesal Penal de Guatemala se indica que para tales apelaciones se debe expresar el motivo en que se funda.

Nos referimos en este apartado mas bien a resoluciones que no son consideradas como sentencias, pero que le ponen fin a la causa.

Dentro de tales resoluciones tenemos:

1. Resoluciones del tribunal de sentencia y del tribunal de ejecución, que pongan fin a la acción, a la pena, o a una medida de seguridad y corrección, imposibilite que ellas continúen, impida el ejercicio de la acción, o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

Resoluciones del tribunal de sentencia que ponen fin a la acción: en tal caso, la resolución debe tener como efecto, la terminación del proceso, al menos respecto de quien se declara extinguida la acción penal o bien los autos de sobreseimiento definitivo. Este es el caso de la declaratoria de procedencia de las excepciones de falta de acción y de extinción de la persecución penal o civil, no se trata de

⁴⁸ En tales casos el recurso de apelación es subsidiario de reforma; este último puede interponerse contra todos los autos del juez de instrucción; artículos 217, 222 de la LECRIM española; esta ley admite además la apelación en otros autos interlocutorios del Tribunal del Jurado y en las sentencias del procedimiento Abreviado. En forma similar, en los artículos 404 y 405 del CPP de Guatemala se señalan como apelables ciertas resoluciones (autos) no definitivas dictadas por el juez en el procedimiento preparatorio (sumario) y las sentencias del procedimiento abreviado.

meros obstáculos a la persecución sino realmente motivos que impiden la tramitación posterior del proceso en el derecho guatemalteco.⁴⁹

En el proceso penal español, dentro de los autos definitivos que pueden ser apelados se encuentran los autos de sobreseimiento libre dictados por los jueces de instrucción en el procedimiento abreviado y los autos de sobreseimiento libre dictados por el juez de instrucción en el proceso del tribunal del jurado.⁵⁰

XI. Interposición conforme el Código Procesal Penal guatemalteco.

Tal como se encuentra legislado el recurso en el medio guatemalteco, una aproximación al escrito de interposición, puede constar de los siguientes elementos:

1. Encabezamiento: Integrado por el tribunal al que se dirige el escrito y los datos del recurrente:

- a) Tribunal. La solicitud se dirige al Tribunal que dictó la resolución recurrida. Artículo 418 Código Procesal Penal.
- b) Compareciente. El compareciente debe aportar los siguientes datos personales: nombres, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio, carácter con que interviene en el proceso. Artículos 302-1-2 y 398 Código Procesal Penal.

⁴⁹ En resolución del 16 de febrero de 2001 en el recurso 302-2000 la Corte Suprema de Justicia de Guatemala indicó al respecto: “que la resolución (que se impugna) no le pone fin al proceso toda vez que al declarar el sobreseimiento y la clausura provisional por algunos delitos que se tramitaban en contra del procesado, también declaró la apertura a juicio por otros delitos, por lo que se entiende que el proceso no ha finalizado y que la resolución impugnada carece de impugnabilidad objetiva.”

⁵⁰ Gimeno S., V; Moreno C., V.; Cortés D., V.; Derecho procesal penal. Pág. 737.

- c) Patrocinio profesional. Debe expresarse el nombre del abogado director del recurso, quien debe respaldarlo con su firma y sello. Artículo 197 de la Ley del Organismo Judicial.
 - d) Lugar para recibir notificaciones, Artículo 302-5 Código Procesal Penal.
2. Identificación de la sentencia contra la que se reclama y exposición de los hechos en que se basa el recurso. Previamente a la indicación de los motivos, es preferible sentar las bases fácticas a las que se refiere, es decir, los hechos formulados en la acusación y los hechos probados en la sentencia de instancia. No hay referencia expresa en la ley en cuanto a colocar esta parte, pero es preferible para referirse posteriormente a los motivos del recurso.
 3. Motivación del recurso: Vicios que se denuncian en la sentencia recurrida. Deben expresarse concretamente los motivos de fondo o de forma, en forma separada. Artículos 418, 419. En el caso de los de forma debe expresarse el momento en que consta el reclamo de subsanación o la protesta de anulación en su caso, exceptuando si se trata de los motivos absolutos del artículo 420. Cada motivo debe contener suficiente argumentación y fundamentación legal (Artículo 425) con indicación de las leyes infringidas, expresando la aplicación que se pretende de las mismas (artículo 418 fracción final).

4. Ofrecimiento de prueba únicamente en caso el recurso se base en un defecto de procedimiento. Artículo 428 Código Procesal Penal.
5. Fundamento de Derecho del recurso y cita de leyes aplicables.
6. Petición: si se trata de un motivo de fondo, la solicitud en cuanto a que se resuelva el caso en definitiva dictando la sentencia correspondiente. Artículo 431 Código Procesal Penal.
7. Si el recurso se basa en un defecto de procedimiento se pedirá la anulación de la resolución y se ordene la renovación del trámite desde el momento que corresponda en el tribunal competente.

Comentario crítico sobre algunos aspectos del sistema de apelación.

Por aparte se encuentra en este trabajo una referencia de lege ferenda, por lo que en este apartado hacemos una crítica a los principales aspectos cuestionables de la regulación actual:

1. La cobertura amplia para todo tipo de motivos de impugnación del fallo. La materia recursiva, pese a su importancia, no se encuentra suficientemente desarrollada en el medio nacional guatemalteco. Pese a que en 2004 se cumplen diez años de haber entrado en vigencia el sistema procesal establecido en el Código Procesal Penal se estima que en la materia recursiva especialmente lo relativo al

recurso de apelación de la sentencia (Apelación Especial) no hay significativos avances, en cuanto a la cantidad y calidad de planteamientos de los litigantes y lo mismo en cuanto a las sentencias de las Salas de Apelaciones. Lo anterior tiene múltiples causas, encontrándose dentro de las fundamentales una de origen: la carencia de una formación adecuada en este tema en la educación universitaria de las facultades de derecho, aunándose a la misma, la falta de atención a esta carencia en la Escuela Judicial o Unidad de Capacitación Judicial. Si se suma a ello, que la propia ley, dentro de las causas o motivos de apelación, hace un señalamiento general en cuanto a las de forma y de fondo, sin que la jurisprudencia o la práctica de los litigantes haya aún establecido uniformidad en cuanto al enfoque tanto de los planteamientos como de los razonamientos de las sentencias. Se estima que la amplitud de la ley en este tema, en lugar de ser una ventaja para los recurrentes es en cierto modo una desventaja, pues no permite que exista un número suficiente, sino que siempre habrá alguna causa que el litigante pueda esgrimir. Sin pretender que la limitación de las causas pueda ser una ventaja, si podemos indicar que una indicación *numerus clausus*, con una cláusula abierta, podría tener la ventaja de indicar a aquellos bisoños en el tema un camino por el cual dirigirse ciertamente, siendo la cláusula abierta necesaria para cualquier otro caso no recogido en la práctica forense.

2. Se estima también que la legislación guatemalteca en materia de apelación de la sentencia de primer grado, parte de una sustentación epistemológica rebatible: a) Que el tribunal de apelación pueda

conocer solamente los puntos de la sentencia impugnados expresamente en el recurso (artículo 421 del Código Procesal Penal Guatemalteco). O sea que, legalmente el tribunal de apelación no puede realizar un razonamiento pleno sobre el caso, sino únicamente en cuanto a los puntos expresamente impugnados. Se estima que tal disposición, violenta el contenido del artículo 8.h) de la Convención Americana sobre Derechos humanos, derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, entendiéndose que tal derecho es a recurrir de la totalidad del fallo, y en consecuencia a que se revise éste en forma plena. Posiblemente, y así es como se ha interpretado por alguna mayoría, la referencia legal es a que la resolución se refiera únicamente a aquellos puntos expresamente impugnados, y no a que el tribunal conozca de la sentencia solamente los puntos expresamente impugnados, porque esto último limita el conocimiento, que en todo caso en la práctica no podría realizarse pues el tribunal, aun para fallar sobre los puntos impugnados en forma expresa, debe conocer la totalidad del fallo. El mandato legal de que el tribunal de apelación “conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada expresamente en el recurso”, en atención a la norma de derecho fundamental de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya mencionada, no debería inhibir al tribunal del conocimiento pleno del caso, pues eventualmente pueden concurrir violaciones de orden constitucional no señaladas por el peticionante.

3. El problema de la apreciación de los hechos y de pruebas en la apelación especial guatemalteca. A) apreciación de los hechos y de pruebas. Que el tribunal de apelación, en su sentencia, no pueda

hacer mérito de los hechos ni de la prueba, como lo indica el primer párrafo del artículo 430 del Código Procesal Penal: “la sentencia no podrá en ningún caso hacer mérito de la prueba o de los hechos que se declaren probados”, es un tema no suficientemente clarificado por nuestra jurisprudencia de apelación, pues se estima que por ello existe la segunda fracción de dicho artículo: “Únicamente podrá referirse a ellos para la aplicación de la ley sustantiva o, cuando exista manifiesta contradicción en la sentencia recurrida.” El problema es la frase que indica: -en ningún caso-, que se estima particularmente por el autor, referida al planteamiento de recursos por motivos de forma, pues el efecto de declarar la inobservancia de formas procesales es ordenar su corrección y por tanto es innecesaria una estimación fáctica. Sin embargo esta frase -en ningún caso- parece ha sido tomada en las resoluciones de los tribunales competentes como norma general. Parece mas adecuado al examen técnico de este recurso, que es como se dijo realmente una casación, que se haga mérito y no únicamente referencia a ellos para la aplicación de la ley sustantiva. Es sabido que el efecto del reclamo por vicios de fondo declarado procedente es la resolución del caso de acuerdo con la ley sustantiva. Este tipo de casos se resuelve partiendo de los hechos establecidos en la sentencia de primer grado, es decir, de los hechos probados, por lo que el tribunal debe resolver de acuerdo con la ley sustantiva aplicable, haciendo una estimativa también sobre la propiedad con que fueron analizados y oportunamente declarados como probados. Además, no podría nunca realizar un análisis adecuado al referirse a manifiesta contradicción de la sentencia si no analiza convenientemente los

supuestos de hecho que eventualmente va a declarar contradictorios. Ello no quiere decir, en manera alguna, que se pretenda un nuevo análisis de la prueba por el tribunal de apelación, pero sí un examen de los presupuestos fácticos que se declararon probados, y dar la posibilidad al casacionista de alegar errores en la apreciación de la prueba deducibles de la propia sentencia.

4. Reafirma nuestra tesis en cuanto a que la intangibilidad de la prueba y de los hechos, es referida solamente al caso de los vicios in procedendo, el que el trámite de la apelación especial, admita prueba cuando el recurso se base en un defecto de procedimiento, pero de todas maneras, aún en el caso de que el planteamiento del recurso sea por motivos de forma, el tribunal debe realizar un verdadero examen fáctico para comprobar si los actos del proceso fueron llevados a cabo de conformidad con las normas establecidas en el código de procedimiento.

Algunos aspectos prácticos del recurso de apelación especial.

I. Planteamiento.

Ya se dieron anteriormente algunos criterios en cuanto al planteamiento desde el punto de vista de la expresión legal. Exploramos en este apartado una síntesis del contenido de un escrito de apelación especial.

A. aspectos introductorios.

- a) Autoridad a quien se dirige. En esta parte, el solicitante debe anotar inicialmente la identificación del proceso y el Tribunal al que se dirige. Este deberá ser el Tribunal de Sentencia que ha dictado la resolución que va a impugnarse. (Artículo 418 del Código Procesal Penal Guatemalteco).

- b) Impugnabilidad objetiva. Para destacar que la resolución impugnada es objetivamente impugnada ha de mencionarse cual es la sentencia o resolución apelada. (Artículo 415 del Código Procesal Penal Guatemalteco).

- c) Cumplimiento del plazo. A efecto de que el tribunal establezca que el recurso fue interpuesto en tiempo debe señalar, la fecha de la notificación al interponente y de la última en el proceso.

- d) Expresión de los puntos que se impugnan. Como el tribunal, de acuerdo con el 421 del Código Procesal Penal Guatemalteco “conocerá solamente de los puntos de la sentencia impugnada en el recurso”, se debe expresar concretamente tal extremo,

- e) Referencia de protesta. Cuando el recurso es por motivos de forma, debe señalar la forma y fecha de la protesta o de los reclamos de subsanación en su caso. Este requisito no es necesario en caso de que se reclame por motivos absolutos de anulación formal.

Cuerpo de la apelación:

- I. Expresión de los motivos por los que se introduce el recurso en forma separada, señalando concretamente el vicio que se denuncia. Los motivos de la apelación especial, son los de fondo y los de forma. Los de fondo a que se refiere el Código Procesal Penal Guatemalteco son: inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley. En otras palabras ha de referirse el postulante en este aspecto a infracción, por parte del tribunal de sentencia, de la ley sustantiva. Los de forma han de relacionarse con inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto de procedimiento. (artículo 419 del Código Procesal Penal Guatemalteco).

 - II. Fundamentación: relación expresa de los razonamientos y argumentaciones relacionadas con cada una de las infracciones legales denunciadas, citando concretamente los preceptos legales erróneamente aplicados o inobservados y señalando la aplicación que pretende. En cuanto a esto último es importante señalar que un recurso no queda debidamente fundamentado si no se expresa en que forma y con qué alcances debió el tribunal recurrido interpretar la ley que se señala como infringida. (Artículo 418 párrafo 2 del Código Procesal Penal Guatemalteco).

 - III. Fundamento de derecho y leyes en que se funda la apelación
- Cierre del escrito:

- I. La petición en términos precisos, en relación con los motivos alegados.
- II. Fecha y firmas respectivas.

Capítulo III

Revisión

Concepto y naturaleza de la revisión. Motivos. Trámite. La revisión en España. La revisión en Colombia. La revisión en Argentina. La revisión en Costa Rica. Escrito de solicitud de revisión. Sentencia.

I. Concepto y naturaleza.

Existen diversos criterios especialmente en cuanto a la naturaleza de la institución. Se le trata por algunos como un recurso, y por otros como una acción. Estimamos que por tratarse de una acción para anular una sentencia ya ejecutada y pronunciar otra se trata de un procedimiento especial. Este criterio se sostiene por la doctrina contemporánea, que afirma que la revisión en el ámbito penal es una acción independiente que da lugar a un proceso cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas.¹ En el caso, debe existir una sentencia con naturaleza de cosa juzgada, la que puede ser revisada por motivos de justicia o política judicial, a través de una acción de revisión, que tiende a dejar sin efecto la sentencia firme, ya ejecutada, acción que ha de fundarse en que posteriormente a la propia sentencia, se han presentado nuevos hechos o elementos de prueba que sean idóneos, que resulten aptos, bien para absolver a la persona que ya está condenada, bien para imponerle una pena menos grave. Este parece ser el criterio de la doctrina contemporánea, que se refiere al mismo expresando que no constituye un verdadero recurso, sino una acción autónoma de rescisión de sentencias firmes, no obstante lo cual su

¹ Cortés Domínguez, V. Cit. Por Diego Diez, Luis A. de. En: Los recursos contra las sentencias de conformidad. Pág.10

tratamiento sistemático, tanto en la legislación como en la doctrina, suele hacerse al referirse a los recursos propiamente o a las impugnaciones en general.

En los países en que se admite, la revisión es más bien un medio de impugnación contra un proceso en el que se ha dictado sentencia, con efectos de cosa juzgada, pero en el que aparecen, o bien pruebas nuevas que no pudieron ser conocidas en su momento en aquel proceso, o bien que se ha declarado que alguna de las que pudieron serlo, son falsas. Se trata, en todo caso de un proceso especial para invalidar el primero.

Conforme lo indica Clariá Olmedo, la revisión tenderá a demostrar la inexistencia del hecho, su no comisión por el condenado, la falta total de prueba o la conminación con pena menor.²

Este medio impugnativo tiene la característica de proceder contra las sentencias firmes, pasadas en autoridad de cosa juzgada, para hacer cesar los efectos de ésta, lo que ha llevado a expresar que mas que un recurso aparece como una acción con características específicas.³

Como una cuestión atinente a la realidad guatemalteca hemos preferido tratar el tema de la revisión, antes de la casación, en vista de que es apreciable la cantidad de procesos que no llegan a esta instancia, y que en nuestro medio, no es requisito plantear casación antes de revisión. Además el instituto de la revisión es una herramienta muy importante, especialmente para el abogado practicante, que debe conocer que tiene ante sí todo un procedimiento de naturaleza especial que no debe tratar como un recurso extraordinario ni mucho menos de carácter ordinario.

² Clariá O. Jorge. Derecho Procesal Penal. Cap. IV. Pág. 324.

³ Vásquez Rossi, J. Ob. Cit. Pág. 499

Naturaleza: Conforme se ha dicho, se ha opinado en forma diferente en cuanto a la revisión. Algunos la consideran realmente un recurso o medio de impugnación, tal el caso de la legislación guatemalteca que la incluye dentro de dichos medios, pero para otros se trata de una acción, estando el sustentante de acuerdo con estos últimos puesto que lo que se origina es un procedimiento con el objeto de anular una sentencia ya ejecutada, y pronunciar otra, por los motivos específicos señalados en la ley. Existe en este caso, cosa juzgada, pero motivos de justicia, es decir, razones de política judicial, hacen que se admita la existencia de una acción tendente a dejar sin efecto una sentencia firme, ya ejecutada, tomando en cuenta que muy posteriormente al proceso y a la propia sentencia, pueden presentarse nuevos hechos o elementos de prueba que sean idóneos para absolver a la persona que ya está condenada, o para imponerle una condena menos grave.⁴

Objeto: consecuentemente, la revisión persigue la anulación de la sentencia penal ejecutada, es decir firme, y en la que el reo se encuentra cumpliendo o está por cumplir la pena o medida de seguridad que se le haya impuesto en la sentencia que se persigue anular; en ese orden, puede interponerse en cualquier tiempo, y plantearse cuantas veces sea necesario, si se funda en elementos distintos.

Procedencia: de acuerdo con el Código Procesal Penal Guatemalteco sólo procede a favor del condenado; este es el sentido de la procedencia también en otras legislaciones que admiten la acción de revisión. El planteamiento de la acción está a cargo del condenado, del Ministerio

⁴ “Sobre el particular, la doctrina italiana ha señalado que la revisión se orienta de acuerdo con el favor rei y tiende a hacer triunfar la justicia sustancial o material sobre la formal. En tal sentido argumentaron Manzini y Leone...” Vázquez Rossi, J. Cit. Pág. 500.

Público o en el caso de aplicación retroactiva de una ley penal mas benigna, del juez de ejecución.⁵

II. Motivos.

En el Código Procesal Penal Guatemalteco pueden apreciarse motivos generales y especiales para la revisión. En general procede cuando nuevos hechos o elementos de prueba, por sí solos o en conexión con los medios ya examinados en el proceso respectivo sean idóneos para fundar la absolución del condenado o para una condena de menor gravedad, por aplicación de otro precepto penal distinto al de la condena.

Básicamente deben existir, o bien nuevos hechos, o bien nuevos elementos de prueba, tales nuevos hechos o elementos deben ser idóneos para fundar la absolución o una condena menor, y deben dar lugar a la aplicación de otro precepto penal, diferente al de la condena.⁶

En especial son motivos de revisión según el Código Procesal Penal Guatemalteco.

1) La presentación, después de la sentencia, de documentos decisivos ignorados, extraviados o que no se hubieren incorporado al proceso.

Tales documentos deben tener la calidad de decisivos, tal calidad a que alude la ley nos parece referencia a que fuesen determinantes para la absolución, y que aparezcan, después de emitida la sentencia. Debe tratarse de documentos de los cuales se ignoraba su existencia hasta fecha posterior a la sentencia, hubiesen sido conocidos pero que estaban extraviados o bien que no se incorporaron al proceso por cualquier causa.

⁵ Art. 454 del Código Procesal Penal Guatemalteco.

⁶ Art. 455 del Código Procesal Penal Guatemalteco.

2) La demostración de que un elemento de prueba decisivo, apreciado en la sentencia, carece del valor probatorio que en la sentencia se le asignó, por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.

En este caso, un elemento de prueba que en este caso sirvió para la condena, se demuestra ya sea de inmediato o en período correspondiente, que no tenía el valor que la sentencia le asignó por carecer de valor legal por ser falso o adulterado o bien por haberse declarado su invalidez.

3) Si la sentencia condenatoria fue pronunciada con prevaricación, cohecho, o alguna maquinación fraudulenta cuya existencia fue declarada en fallo posterior firme. Es decir, que se necesita como demostración, otro fallo en el que conste la condena del prevaricador o cohechante.

4) Si la sentencia se basó en otra que posteriormente fue anulada u objeto de revisión.

5) Si se demuestra, después de la condena con nuevos hechos o elementos de prueba que el hecho o la circunstancia que agravó la pena, no existió o que el condenado no lo cometió.

6) También puede pedirse la revisión para la aplicación retroactiva de una ley penal mas benigna que la aplicada en la sentencia.

Requisitos de forma para el planteamiento de la revisión:

1. Debe promoverse por escrito ante la Corte Suprema de Justicia.
2. Debe hacerse referencia concreta a los motivos en que se funda la acción. Es decir, señalar los nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que sirven para la absolución del condenado o para emitir una

en su contra pero de menos gravedad que aquella de la que se pide su revisión. En todo caso, la motivación debe ser suministrada por el accionante.

3. Debe hacerse referencia a las disposiciones legales aplicables.
4. Debe acompañarse toda la prueba documental que se invoca, o indicar el lugar en donde esté.
5. Si la demostración no surge de una sentencia judicial irrevocable, debe indicar todos los medios de prueba que sirvan para demostrar sus afirmaciones.

III. Trámite.

Una vez recibido el memorial, el tribunal decide sobre la procedencia de la impugnación. Sin embargo, puede otorgar un plazo para que se completen los requisitos que hagan falta, en su caso.

Al notificarse al interesado sobre la admisibilidad de su pretensión se le instruye para que designe un defensor; si no lo nombra se le designa de oficio.

Admitida la revisión el tribunal da intervención al Ministerio Público o al condenado, disponiendo la recepción de los medios de prueba si fuere necesario o útil para la averiguación de la verdad.

Posteriormente se realiza la audiencia para que se manifiesten quienes intervienen en la revisión, pudiendo acompañar alegatos escritos.

Finalmente el tribunal emite resolución en la que puede declarar: A) sin lugar la revisión. B) que anula la sentencia. En este caso, puede remitir a nuevo juicio si el caso lo requiere o pronuncia directamente la sentencia. Si ésta es absolutoria se ordenará la libertad del que fue condenado, la restitución total o parcial de la suma que pagó en concepto de multa en su caso, la cesación de las penas accesorias con devolución de los efectos del comiso. En el caso de una sentencia menos grave se aplicara la nueva pena o practicará un nuevo cómputo, con abono del tiempo pasado en prisión.

IV. La Revisión en España.

De acuerdo con lo que establece el artículo 57.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se trata de un medio extraordinario de impugnación que debe tramitarse ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual, respecto de su naturaleza “ha considerado que la revisión tiene como fundamento y finalidad la prevalencia de la auténtica verdad sobre la sentencia firme, y con ello el triunfo de la justicia material sobre la justicia formal. Supone el recurso de revisión una forma de atacar la sentencia firme, y por tanto la cosa juzgada.”⁷ En cuanto a su naturaleza, la mayor parte de autores aprecia que se trata de un procedimiento diferente, es decir, un juicio, no obstante contener algunas afinidades en relación con los recursos.⁸ Desde un punto de vista formal, se ha expresado también que

⁷ Medina, Virginia; Pozo, J. L., Ob. Cit. Pág. 59

⁸ Incluso se objeta que la propia ley le denomine recurso: “La denominación legal de recursos que la revisión tiene en el título II, Libro V, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es errónea e inapropiada, a menos que se desnaturalice la esencia misma de los recursos. Aunque la revisión presenta innegables afinidades con los recursos en general y con la casación en particular, también muestra desemejanzas irreconciliables que impiden cualquier confusión entre ellos.” Diego Díez, Luis A., de. Los recursos contra las sentencias de conformidad, página 9.

existen diferencias con los recursos normales porque la revisión se plantea y tramita una vez que el proceso ha terminado por sentencia firme.⁹

Debido a ello, se establecen concretamente los motivos de la acción de revisión. El principal requisito es que la sentencia esté firme, y pueda el caso acomodarse a uno de los siguientes:

a) Cuando estén sufriendo condena dos o más personas en virtud de sentencias contradictorias por un mismo delito que no haya podido ser cometido mas que por una sola.

b) Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena.

c) Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto. A estos fines podrán practicarse todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión.

d) Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado.¹⁰

⁹ Diego Díez, Luis Alfredo de.,idem, página 10.

¹⁰ Art. 954 Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.

Como puede apreciarse, el primer requisito es que la sentencia esté firme, es decir, que tenga la calidad de cosa juzgada, pero básicamente el precepto sobre la revisión es aludido en el inciso 4 del artículo 954 de la LECRIM. De paso señalamos alguna diferencia en el uso de términos en el Código Procesal Penal Guatemalteco y la ley española, por ejemplo el texto guatemalteco requiere que los nuevos hechos o elementos de prueba sobrevengan después de la condena, y en cuanto al mismo tema, la ley española hace referencia a que sobrevengan después de la sentencia. En otro aspecto, la ley española requiere que los hechos o pruebas evidencien “la inocencia” del condenado en cambio la ley guatemalteca requiere que los hechos o pruebas, sean idóneos para fundar la “absolución” del condenado. De acuerdo con Carlos Climent, es necesario realizar una reinterpretación de los términos “evidencien inocencia”, y al verificarla llega a la conclusión que con ellos, la ley se refiere a demostrar la tesis de la inocencia del condenado.

En cuanto a la expresión legal “conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba”, el citado autor expresa que nuevos elementos de prueba son todos aquellos que avalados por un medio probatorio cualquiera, tienen aptitud para modificar decisivamente la relación de hechos probados fijados en la sentencia condenatoria, hasta el punto de poder fundamentar la tesis de la inocencia o inculpabilidad del condenado, y nuevos hechos son aquellos “no directamente relacionados con la relación fáctica de la sentencia condenatoria, pero que tienen que ver con el proceso dentro del cual ha sido dictada dicha sentencia como son todos aquellos hechos ligados a los presupuestos del proceso.” El citado Climent señala una condición de admisibilidad de la revisión que

parece fundamental: “basta con que se llegue a la conclusión provisional de que, de confirmarse la realidad de ese nuevo hecho o nueva prueba, procedería la declaración judicial de la inocencia o de inculpabilidad del condenado y, por tanto, una nueva sentencia en la que fuese anulada la sentencia condenatoria que se revisa.”¹¹

Legitimación: están legitimados para promover o interponer el recurso: el penado y, cuando haya fallecido lo podrán hacer: su cónyuge o quien haya mantenido convivencia como tal, sus ascendientes y descendientes, con el objeto de rehabilitar su memoria y se castigue, en su caso al verdadero culpable.¹² En este caso también pueden ejercitar el derecho correspondiente para el resarcimiento de los daños, en aplicación de lo establecido en el artículo 121 de la CE y 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Ministerio de Justicia, podrá ordenar al Fiscal del Tribunal Supremo que interponga el recurso, cuando a su juicio hubiere fundamento bastante para ello.¹³

Al Fiscal General del Estado, cuando tenga conocimiento de algún caso en que proceda y que a su juicio haya fundamento bastante para ello de acuerdo con la información que haya practicado.¹⁴

Trámite: Solicitud, audiencia al Ministerio Fiscal, autorización o denegación de la interposición del recurso, resolución. Autorizado el recurso el promoviente dispone de quince días para su interposición. Antes de dictar

¹¹ Climent Durán, Carlos. Sobre la revisión penal ... páginas 4,5,7.

¹² Art. 955 LEC

¹³ Art. 956 LEC

¹⁴ Art. 961 LEC

la resolución la Sala puede ordenar si lo entiende ¹⁵oportuno la práctica de diligencias pertinentes.

V. La Revisión en Colombia.

En este país se sigue la tendencia de considerar la revisión no como un recurso sino como un proceso mediante el cual se pretende cambiar una situación jurídica consolidada, en otras palabras, hay una acción cuyo interés no es simplemente señalar yerros de una resolución, sino que va mas allá, instaurar un proceso, si se quiere de carácter especial, mediante el que se revisa lo ya juzgado, pero cuya revisión es imprescindible en aras de reparar una injusticia, haciendo caso omiso de la santidad de la cosa juzgada, merced a la existencia de pruebas o hechos no conocidos sino posteriormente. Concretamente los motivos de revisión en el derecho colombiano son;

Si en el hecho punible no existieron tantas personas como las condenadas u objeto de medida de aseguramiento, la necesaria ausencia de autoría en alguna o algunas de ellas, determina esclarecer en relación con cuales se mantiene el principio de certeza;

Si se profirió sentencia existiendo causales objetivas de improcedibilidad, deberán decretarse;

Si con posterioridad se conocen hechos nuevos, en cuanto no conocidos por el juzgador de instancia, o prueba nueva sobre hechos conocidos, que sean en sí suficientes para corroborar la inocencia o inimputabilidad del sindicado, deberán analizarse en sede de instancia con

¹⁵ Art. 957 LEC

miras a establecer la eventual absolución o modificación de la naturaleza de la punición;

Si la sentencia condenatoria ha tenido como fundamento un criterio jurídico de la Corte Suprema que posteriormente fue modificado, en forma tal que hubiese determinado la absolución, se debe proferir la sentencia de conformidad al nuevo criterio.¹⁶

Cuando se demuestre que el fallo fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero.

Cuando se demuestre que el fallo cuya revisión se pide se fundamentó en prueba falsa.¹⁷

Legitimación: corresponde promover la revisión, según la legislación colombiana al defensor, el fiscal, el Ministerio Público o a los titulares de la acción civil.

Procede contra las sentencias ejecutoriadas.

VI. Argentina.

Dentro de los motivos de revisión señalados en la ley argentina apreciamos: a) incompatibilidad de dos sentencias penales firmes que, ante la misma imputación material objetiva, contienen conclusiones de hecho diametralmente opuestas; b) falsedad u otra conducta delictiva determinantes de la sentencia fraudulenta que se ataca, cuya existencia se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable; c) sobreveniencia de hechos y elementos de prueba, en cuanto hubieren acaecido o fueren obtenidos con posterioridad a la sentencia o fueren recién conocidos.¹⁸

¹⁶ Espitia Garzón, Fabio. Código de Procedimiento Penal Comentado. Pág. 227.

¹⁷ Disposiciones del art. 232 del C de PP colombiano.

¹⁸ Clariá O., Ob. Cit. Pág. 324.

La acción en este caso corre a cargo del condenado, sus representantes legales en caso de incapacidad y por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, si hubiere fallecido o estuviere ausente con presunción de fallecimiento.¹⁹ Debe señalarse también que en el caso de que la sentencia resultante de la revisión fuere absolutoria, el tercero civilmente condenado puede reclamar la restitución del monto pagado en concepto de indemnización, lo cual debería desarrollarse en la misma forma en la ley guatemalteca, que en cuanto a tal indemnización solo alude a que la sentencia, “también deberá pronunciarse, a solicitud, sobre la indemnización.”²⁰

VII. Costa Rica.

En el libro segundo del Código Procesal Penal de Costa Rica aparece, dentro de los procedimientos especiales, el procedimiento para la revisión de la sentencia. Se excluye de manera explícita atendiendo a la técnica correcta, la revisión como un recurso y se regula como un proceso especial. Los casos de procedencia para la acción de revisión son:²¹

- 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 falsa.
- 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

¹⁹ Clariá O. Id. Pág. 325.

²⁰ Art. 462 párrafo 2 del CPG.

²¹ Art. 408 del CPP de Costa Rica.

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 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 mas favorable.

En este inciso podemos apreciar una similitud con la norma establecida en el artículo 455 del Código Procesal Penal de Guatemala, que se refiere a los motivos generales de la revisión, que como ya se dijo antes, si bien aparece dentro de los recursos no aparece regulada como tal, sino más bien como una acción que da origen a un trámite especial que lleva precisamente a la revisión de la Sentencia.²²

- f) 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.
- g) Cuando la sentencia no ha sido dictada mediante el debido proceso u oportunidad de defensa.

²² La indicada similitud puede advertirse en la siguiente transcripción del artículo mencionado: “Artículo 455. Motivos. Procederá la revisión cuando nuevos hechos o elementos de prueba, por sí mismos o en conexión con los medios de prueba ya examinados en el procedimiento, sean idóneos para fundar la absolución del condenado, o una condena menos grave, por aplicación de otro precepto penal distinto al de la condena, u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversa de la anterior.”

Legitimación: Podrán promover la revisión, de acuerdo con la ley costarricense: a) el condenado o aquel a quien se le ha aplicado una medida de seguridad y corrección; si es incapaz, sus representantes legales; b) el cónyuge, el sobreviviente con por lo menos dos años de vida común, los ascendientes, descendientes o hermanos, si el condenado ha fallecido; c) El Ministerio Público. (artículo 409)

En caso de que la demanda de revisión no se encuentre dentro de las hipótesis que la autorizan, o resulte manifiestamente infundada, el tribunal que conozca, que es un tribunal de casación, declara su inadmisibilidad (artículo 411).

Vale la pena mencionar dentro de la regulación de la revisión costarricense, la norma relativa a que no es admisible plantear mediante la revisión, asuntos ya discutidos y resueltos en casación, salvo que se fundamenten en nuevas razones o nuevos elementos de prueba (artículo 411).

Al dictar sentencia el tribunal podrá rechazar la revisión o anular la sentencia respectiva. Si la anula puede remitir a un nuevo juicio o dictar directamente la sentencia. En el juicio de reenvío no pueden intervenir los mismos jueces que conocieron del anterior, ni se pueden imponer sanción más grave que la fijada en la sentencia revisada. (artículos 416,417 del Código Procesal Penal de Costa Rica).

Dispone también la legislación costarricense que si a causa de la revisión se reconoce un error judicial en el que el condenado cumplió una pena indebidamente, a instancia del interesado el tribunal puede ordenar el pago de una indemnización a cargo del Estado, siendo los

jueces que dictaron la sentencia solidariamente responsables (artículo 419).

VIII. El escrito solicitando revisión en el derecho guatemalteco.

El escrito iniciando la acción de revisión debe contener ciertos requisitos que la ley establece, siendo ellos:

- a) Autoridad: la revisión debe promoverse ante la Corte Suprema de Justicia.
- b) Motivos: debe contener una referencia concreta a los motivos en que se funda, es decir, basarse en los motivos propios de la revisión, los cuales en forma general y específica se encuentran contenidos en el artículo 455 del Código Procesal Penal. Como la revisión es una acción contra una sentencia condenatoria firme, debe aludir concretamente:
 - a) En general a nuevos hechos o elementos de prueba. La alusión a “nuevos”, significa que surgieron posteriormente al proceso que dio lugar a la sentencia; estos nuevos hechos o elementos de prueba, por sí solos o en conexión con elementos de prueba ya examinados en el proceso anterior, deben ser idóneos para fundar la absolución o imponer una condena menos grave.
 - b) Son motivos especiales de revisión:
 - a. La presentación después de la sentencia, de documentos decisivos ignorados, extraviados o que no se hubieren incorporado al procedimiento;
 - b. La demostración de que un elemento de prueba decisivo apreciado en la sentencia, carece del valor probatorio asignado por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación;
 - c. Cuando la sentencia condenatoria

ha sido pronunciada a consecuencia de prevariación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia fue declarada en fallo posterior firme; d. Cuando la sentencia penal se basa en una sentencia que posteriormente ha sido anulada o ha sido objeto de revisión; e. Cuando después de la condena sobrevengan hechos o elementos de prueba que solos o unidos ya examinados en el proceso, hacen evidente que el hecho o una circunstancia que agravó la penal, no existió, o que el condenado no lo cometió; f. La aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia.

- c) Referencia concreta a las disposiciones legales aplicables al caso. La acción debe referirse concretamente a qué disposiciones legales la fundamentan.

En reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia nacional ha indicado a los accionantes que deben cumplir tales requisitos, vale por todos el fallo recientemente emitido en el Recurso 27-2003, que indica: “Esta Corte estima que para ser admisible la acción de revisión debe reunir los requisitos de tiempo, forma, y modo que establece la ley para ser declarado admisible por las siguientes razones: a) no se señala de manera clara, concreta y precisa cuál o cuáles son los hechos o elementos de prueba que han sobrevenido posteriormente a la sentencia condenatoria que fundan la acción intentada; b) la acción de revisión carece de las disposiciones legales aplicables al caso; c) la acción intentada carece de motivación ...”.

La sentencia ha de referirse concretamente al motivo de la acción, analizando en primer lugar, si los hechos o elementos de prueba son

efectivamente nuevos, y seguidamente, sin son idóneos para fundar la absolución del condenado o una condena menos grave, o bien si la acción se funda en uno de los motivos especiales, ésta llena los requisitos que cada uno de tales motivos específica.²³

²³ Por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el recurso 03-2003 indica: “Al ser analizados los elementos de prueba ofrecidos en la revisión, se determina que las sentencia recibidas como medios de prueba no cumplen con la exigencia del artículo 455 inciso 5 del código Procesal Penal pr no ser hechos o elementos de prueba que hayan sobrevenido después de la condena ...”.

Capítulo IV

Introducción al Recurso de Casación.

I. Historia: fuentes mediatas e inmediatas. II. Generalidades sobre el recurso: Importancia de los derechos fundamentales para la sustentación de la casación penal: la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales. Infracción de precepto constitucional como motivo del recurso de casación. La doctrina constitucional y su respeto al sistema casacional. Casación en el derecho español (naturaleza). Otros sistemas. Casación en América Latina. Fundamentos y objetivos de la casación. Concepto. Legitimación. Interposición. Importancia de los hechos y el derecho en el recurso. Resoluciones recurribles en casación. Causas de inadmisión. Aspectos prácticos del planteamiento y trámite.

I. Historia.

a) Fuentes mediatas.

Si se considera, a la manera del profesor Serra Domínguez que el instituto de la casación en la actualidad es un instrumento indispensable para garantizar la interpretación uniforme de cualquier ley,¹ bien puede pensarse que ha tenido antecedentes históricos remotos en instituciones que han servido para realizar la tarea que ha desempeñado a lo largo del tiempo. Puede decirse entonces que se encuentra un antecedente en los antiguos tribunales de contenido religioso como el de los Heliastas y el areópago de la antigua Grecia y el Sanedrín del pueblo hebreo.² Ya en época posterior, el derecho

¹ Serra Domínguez Manuel, prólogo en: El hecho y el derecho en la casación civil. Guasch Fernández, Sergi. Pág.11.

² Guasch Fernández, S. ob. cit. Pág. 19.

romano tuvo elementos que si bien se dirigían al recurso de casación no constituían este recurso, no pudiéndose hablar de él ni en el período preclásico, clásico o republicano, en donde fueron desconocidas las figuras que tuvieran una connotación de los recursos tal como en la actualidad se les concibe. En las épocas post clásica y justiniana aparecen la *appellatio* y los recursos extraordinarios de *restitutio in integrum* y *supplicatio*. En cuanto el primero, se le ha considerado, como se dijo, como un recurso extraordinario; exigía un gravamen, se hacía depender de justas causas, que aunque *numerus apertus*, podrían asimilarse a los actuales motivos de casación.³ Se señala por los autores, una diversificación de la finalidad de la *restitutio*.⁴ Para Buigues su única finalidad es casatoria mientras que para Doval de Mateo es un precedente del recurso de revisión, sin que pueda diferenciárseles claramente como antecedente de tales instituciones, aun y cuando se ha insistido en señalar a la *restitutio* como un medio eficaz para la defensa de la legalidad.

En cuanto a la *appellatio* su función principal era la de corregir la injusticia y la ignorancia de los juzgadores. Una de las posibilidades de la apelación era *contra leges et constitutiones*, en la que se diferencian elementos del objeto del recurso: como los romanos no hacían contraposición expresa entre el *error iuris* y el *error facti*, como señala Orestano, esta distinción se da en la contraposición *contra ius constitutiones* o *contra ius litigatoris*, no necesitando la primera apelación sino solo la segunda, reconociéndose así el fundamento del derecho subjetivo al recurso.⁵

³ Idem, pág. 27.

⁴ Buigues Oliver en un sentido y Doval de Mateo en otro, ambos citados por Guasch F. S, *ibid.* Pág. 27.

⁵ Cit. Por Guasch F. S, *ibid.* pág. 28.

En el derecho común de la edad media se asigna a la Escuela de Bolonia la separación entre los errores in procedendo y los errores in iudicando⁶ y además se distinguió doctrinalmente la querela nullitatis y la querela iniquitatis, dirigida la primera contra la sentencia que tenía un vicio anulable por errores in procedendo y la segunda contra sentencias viciadas por errores de derecho que pudieron corregirse en la apelación. En el derecho canónico, todo error in iudicando, de hecho o de derecho daba lugar a la querela cuando el mismo fuese notorius, manifestus o expresus, siendo estos últimos aquellos que se oponían a la letra expresa de la ley.⁷

b) Fuentes inmediatas.

Se admite por la doctrina que el origen del recurso de casación se encuentra en el derecho francés.⁸ En el derecho feudal, previo al proceso revolucionario hubo una división de los órganos jurisdiccionales en Parlamentos para restar vigor al poder del rey, que no renunciaba a intervenir en los asuntos judiciales; reseña Guasch, (acudiendo a la acuciosa y siempre vigente información que en su día aportara Calamandrei⁹) que por Ordenanza de 1302 se estableció la inapelabilidad de las sentencias de los jueces (Parlements), admitiendo un procedimiento ante el rey en los fallos de las Cortes soberanas contra los que no cabía apelación, estableciendo un órgano que se encargaba de recoger las quejas para ser presentadas al soberano. El rey respondía como Juez corrigiendo los errores in iudicando y ordenando al parlamento que lo dictó su reforma. Para

⁶ Como señala Ribeiro Mendes, cit. Por Guasch F. S, id. Pág. 31 en donde señala que el origen de tal división se atribuye al abad Palermitano.

⁷ Guasch F., S. Ob. cit. Pág. 32.

⁸ Así en: Bonet N., Cit. P. 21; Guasch F., S, Ob. Cit. p. 32; Nieva F., J, Ob. Cit, p. 24, en España.

⁹ Cit. Por Guasch F., S. Ob. Cit. Pág. 33.

hacer frente a los parlements se escindió el antiguo Consejo del Soberano creándose el Consejo de Estado, uno para asuntos políticos y el Conseil des Parties para conocer de recursos sobre cuestiones privadas que iniciaban los particulares en materia judicial constituyendo así el germen del Tribunal de Casación.

El rey por medio del Conceil restaba poder a las decisiones de los jueces (parlements).¹⁰ En la Ordenanza de 1667, Luis XIV instaura el sistema de impugnación de las sentencias parlamentarias; lentamente se fue configurando lo que hoy es el recurso de casación a favor de los particulares, pues a la disolución del Conceil por el advenimiento de la revolución francesa, le sigue su transformación por decreto del 1 de diciembre de 1790 en el Tribunal de casación,(Tribunal de Cassation), utilizando los revolucionarios para definir la función del nuevo órgano la misma idea del antiguo régimen: “garde du corps de lois” con lo que se renova la concepción como un órgano contralor constitucional para vigilar la actividad de los jueces así como la función nomofiláctica. Por eso puede decirse que en sus inicios el tribunal de casación tuvo una función eminentemente fiscalizadora pero poco a poco fue afirmándose su función jurisdiccional al indicarse las formas de casarse las sentencias: no solamente por violación al texto de la ley, sino por la violación de su

¹⁰ “El Conseil des parties tenía la misión de controlar las rebeliones de los jueces regionales (parlements) que encubiertos bajo el manto formal de sus sentencias, habían alcanzado ya en el siglo XVIII un enorme poder político opuesto al monarca. Se trataba de que dichos jueces no impidieran la aplicación de la ley regia en sus territorios jurisdiccionales respectivos, constituyendo de este modo una suerte de poder autónomo. Por tanto, la función declarada del Conseil des parties era “la garde du corps de lois”. Nieva F. Jorge. Ob. Cit. Página.25.

espíritu.¹¹ La diferencia entre la casación del antiguo régimen y la del período revolucionario puede encontrarse en la diferente trascendencia de sus funciones. Por ello es de importancia, no solamente histórica, sino para la doctrina contemporánea, el conocimiento de lo que se considera la primera regulación del recurso de casación el Decreto de 27-11-1790 de la Asamblea Constituyente Francesa, que en su artículo primero expresa: “Habrá un tribunal de casación establecido junto al cuerpo legislativo” y el artículo tercero, que delimita la función y alcance del recurso: “Anulará todos los procedimientos en que hayan sido olvidadas las solemnidades legales y toda sentencia que contenga una contravención adversa al texto de la ley”.¹² Con ello se establecieron para la posteridad los motivos de forma y de fondo que son marco de la casación penal aun en nuestros días.

De tal suerte que puede admitirse que realmente la casación nació en el contexto histórico de la revolución francesa, siendo los motivos de su instauración por la Asamblea Constituyente de 1790 la protección de los principios de igualdad ante la ley y el de separación de poderes. En sus inicios, la Corte de casación tenía una función

¹¹ Fernández Soler Valeria y comps., siguiendo a De la Rúa, indican: “Una vez derogado el Código de Napoleón se admitió ampliamente la casación por interpretación viciosa de la ley, lo que obligó al tribunal a indagar el espíritu de la norma, eliminándose así la prohibición de motivar la sentencia. Se reguló el reenvío adquiriendo así una función positiva. El tribunal tomó el nombre de Cour de Cassation a partir del senadoconsulto de 28 Floreal año XII (18 de mayo de 1803) adquiriendo así su naturaleza jurisdiccional definitivamente, incorporándose al poder judicial del Estado.” Monografías.com. Recurso de casación penal, página 2.

¹² Urbano Castrillo, Eduardo de. La nueva casación penal, pág. 15.

nomofiláctica.¹³ Pero la diferencia fue que mientras el Conseil protegía personalmente al Rey, el Tribunal protegió la conservación de la ley, objetivamente considerada. Además, el conseil habiendo sido creado por el Rey, protegería a éste de la infracción de las ordenanzas reales, asegurando el absolutismo, no siendo un órgano jurisdiccional, como el Tribunal de casación, del que no se sabe a ciencia cierta si fue un órgano legislativo o jurisdiccional, aunque no se duda de su función nomofiláctica y de tutela de la división de poderes.¹⁴ Por ello también debe agregarse otra diferencia: el concepto del legislador revolucionario en cuanto a que el principio de legalidad emanado de la voluntad popular, era la clave del nuevo sistema político que propugnaba pudiendo afirmarse que con la casación el legislador quiso asegurar el predominio de la ley sobre cualquier voluntad individual. La separación de poderes supuso un elemento esencial para la Revolución, por ende, dentro de tal esquema era muy difícil la configuración de un Tribunal de Casación estrictamente jurisdiccional contrapuesto a los otros poderes, especialmente al Legislativo, por lo que no es tampoco difícil colegir la subordinación de la casación a éste último, como un órgano auxiliar que controlaba toda contravención de la ley y destacando de una vez la función nomofiláctica que ya se ha

¹³ Agrega Bonet Navarro que “De ese modo su función mas que juzgar sobre el “ius litigationis”, es decir, sobre las demandas de las partes, se trataba de defender el “ius constitutionis” o, lo que es lo mismo, la vigencia de la ley en las resoluciones judiciales. Para ello había que basarse en el error “in procedendo”, con el fin de anular el procedimiento, o en el error “in iudicando” para anular la sentencia. Este error “in iudicando”, basado en un primer momento en que el Tribunal consideraba existente una ley derogada, o inexistente una vigente, fue ampliándose a la interpretación errónea, a la aplicación indebida de la ley, hasta admitir cualquier error de derecho.” Bonet Navarro, José. Casación e infracción de principio constitucional. Pág. 22.

¹⁴ “Finalmente como es sabido, se concibió como un órgano, aupres du corps legislatif, no siendo sino hasta la ley de 27 de ventoso del año VIII (18 de marzo de 1800) cuando el Tribunal de cassation consiguió su independencia del Poder legislativo, según el relato de PICCA-COBERT, La Cour...” Nieva Fenoll, ob. cit. Pág. 27.

señalado, aun cuando se duda de su posibilidad de asegurar la unidad de la jurisprudencia que en la actualidad tiene, dados los conceptos de la época sobre la misma.¹⁵ El Tribunal de Cassation se estableció por Decreto de noviembre 27 de 1790, año en que también se¹⁶ estableció que la apelación era la institución que fundamentaba y daba contenido al principio de doble grado de jurisdicción en materia civil. De tal manera debía limitarse al control de si el Tribunal había aplicado o no la ley y si lo había hecho correctamente, quedando fuera de su control todo lo relativo a la cuestión fáctica y a la interpretación de la ley. Su actividad dependía de que el juicio contuviera une contravention exprese au texte de la loi. Aun su actividad no era jurisdiccional y la misma se aproximaba al poder legislativo que ostentaba la soberanía sobre la interpretación de la ley. De ello deriva que originalmente se conciba la casación en forma dicotómica: para unos su función era jurisdiccional, para otros es una función política y subordinada al poder legislativo. Al convertirse el Tribunal en Cour de Cassation, se ampliaron sus poderes a los casos de errónea interpretación y falsa aplicación de la ley, con lo que debían entrar en el caso concreto y en su resolución dejar pautas de las que los jueces no podían apartarse para no ver revocadas sus decisiones. Como lo refieren respectivamente Calamandrei y De La Plaza a partir de la ley de 1 de abril de 1837 en que al existir una segunda casación de sentencia ya casada por el mismo motivo, la autoridad judicial de reenvío debía conformarse con la decisión dictada por la Corte, es cuando adquiere la casación su aspecto jurisdiccional. En cuanto a la casación penal, los comentaristas asumen que este tribunal desde su inicio se ocupó

¹⁵ Al respecto Guasch F., cita las palabras de Robespierre: “¿jurisprudencia? Que detestable palabra ya no hay mas jurisprudencia que la ley. La ley es vuestra jurisprudencia. Es también la mas firme y sólida garantía de vuestros derechos y de vuestras libertades.” Ob. cit. Pág. 36.

¹⁶ Guasch. F., S. id. Pág. 37.

fundamentalmente de asuntos de interés privado, pero ello no significa que se ocuparan solo de tales asuntos, como los de naturaleza penal. Ello puede explicarse en algunas razones: por ejemplo, desde el Conseil des parties, las partes podía tener intereses particulares en los asuntos de carácter penal, ya que existía cierto número de recursos para las partes en el proceso penal anterior a la revolución. El propio Calamandrei,¹⁷ fundamentado en doctrina francesa indicaba que una sección específica del Conseil conocía de los asuntos de orden público entre los podían contarse los del orden penal. Como la estructura formal del Tribunal de Cassation fue heredada del conseil, no es difícil la recepción de la sección que se ocupaba de los asuntos penales.¹⁸ La tendencia revolucionaria de querer sustituir lo que representara el antiguo régimen no tuvo un camino fácil; ante ello, es posible percatarse que siendo el modelo penal anterior, de carácter netamente inquisitivo, difícilmente las partes penales podían plantear recursos; al darse una mayor apertura en la fase revolucionaria, los recursos penales fueron aumentando aunque el número de recursos civiles fue siempre mas voluminoso, no debiéndose olvidar también que el proceso penal y el derecho atinente fueron considerados en una época como apéndice del Derecho penal.¹⁹

La casación penal tuvo una evolución más rápida que la casación civil, como lo reconocen los estudios al respecto, especialmente el de Nieva Fenoll, quien refiere que por la ley de 16 de septiembre de 1791 se abrieron dos nuevos motivos para ella, como eran: la falsa aplicación de la ley y la violación o la omisión de

¹⁷ Cit. Por Nieva Fenol, J. ob. cit. Pág. 28.

¹⁸ “Por ello, de nuevo, todo lo expuesto con respecto al Tribunal de Cassation cabe extenderlo también a la casación penal. Manifestación de lo que decimos es un decreto de 14 de abril de 1791, que transfería todos los asuntos pendientes ante el Conseil de parties, directamente al tribunal de cassation. Más definitiva aún es la ley de 29 de septiembre de 1793 (2 de Brumario del año IV) que se refiere a la ya existente sección criminal del Tribunal de cassation ...” Nieva F. J. idem, pág. 29.

¹⁹ V. Carnelluti, F. Cuestiones sobre el proceso penal. Pág. 15

las formas esenciales de la instrucción procesal.²⁰ El reconocimiento de la falsa aplicación de la ley como motivo de la casación penal, fue mas que todo para asegurar el cumplimiento del code penal de 1791, pero esa posibilidad de analizar la falsa aplicación de la ley le otorga carácter jurisdiccional al recurso, al menos en lo relativo al ámbito penal, aun y cuando no podía ofrecer la solución del asunto, para lo cual se instituye el reenvío.²¹ En un siguiente período el Tribunal de Cassation pasa a ser Cour de Cassation, la que trasladó el motivo de falsa aplicación de ley al campo civil. A partir de ello la Cour conoció del fondo de los asuntos, pese a que la ley que le había instaurado prohibía dicho conocimiento, pero a partir de las críticas que se hicieron a la ley de 1 de abril de 1837 que autorizaba tal práctica, la Cour vio limitada su competencia a las cuestiones de derecho lo que se ha reflejado en muchas legislaciones de la época actual, incluso la de Guatemala.

II. Generalidades sobre el recurso. Importancia de los derechos fundamentales para la sustentación de la Casación penal.

Desde el punto de vista del derecho español, a decir de Bonet Navarro²² los derechos fundamentales y en particular el artículo 24 de la Constitución española, son los que tienen verdadera relevancia a la hora de fundar un recurso de casación penal.

Se reconoce la importancia de deslindar la jurisdicción ordinaria de la constitucional, ante todo porque las relaciones entre ambas no son fáciles de deslindar en la práctica. Sin embargo hay posiciones

²⁰ Ob. cit. Pág. 33

²¹ Nieva F. J. idem, pág. 34

²² Bonet Navarro, José, Ob. Cit. Pág. 179

completamente opuestas a este deslinde, como la de Alvarez Conde²³ quien manifiesta que el deslinde es imposible pues la supremacía de la Constitución no tolera la distinción entre la cuestión de legalidad ordinaria y constitucional, pero esta expresión que no supera mas allá de lo teórico, no evita que en la práctica sucedan fricciones, especialmente entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, fricciones que no suelen ser particulares del Estado español como veremos.

Por tanto es importante, al menos delimitar con bases legales los aspectos que deban o no deban tratarse o conocerse por unos y otros, y se reconoce, verbigracia en cuanto al amparo, su carácter subsidiario en relación con la administración jurisdiccional común, que da como consecuencia la permisión de su utilización cuando se hubieren agotado los recursos utilizables en la justicia ordinaria, reconociéndose también, que ese carácter subsidiario no le concede una connotación de una instancia jurisdiccional más, y en consecuencia el Tribunal Constitucional no puede examinar, valorar, ni sustituir la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, sino exclusivamente en cuanto suponga una infracción de los preceptos constitucionales,²⁴ como se evidencia de lo expuesto por el propio Tribunal Constitucional en sentencia 62-1982, en que indica al referirse a la aplicación del artículo 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional que “la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al

²³ Cit. Por Bonet N., J., Ob. Cit. Pág. 183.

²⁴ Bonet N. J., Ob. Cit. Pág. 181.

proceso, acerca de los que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional.”²⁵

Más bien, entre ambas jurisdicciones deben existir relaciones de coordinación, como bien lo indica Gimeno Sendra²⁶ “al poder judicial corresponde en la tutela de los derechos fundamentales pronunciar la primera palabra, en tanto que al Tribunal Constitucional, dentro de nuestro ordenamiento, ostenta la última... se da ocasión a los Tribunales ordinarios de restablecer el derecho fundamental vulnerado desde el momento mismo del nacimiento del conflicto con la consiguiente economía procesal, tanto para las partes como para el Estado.” Esta expresión, como se indica supra puede aplicarse en el caso de la relación casación-amparo en el derecho guatemalteco, significaría que la Constitución debe tener su debida aplicación en el campo de la jurisdicción ordinaria, pues es el juez ordinario es el garante mas común de los derechos fundamentales con mayor razón en el proceso penal de Guatemala, en que se ha establecido normativamente la prevalencia de los derechos fundamentales y se ha instituido un funcionario encargado del control de las garantías.²⁷ Salvo mejor opinión, se estima que el mejor deslinde, lo hace el TC español en la sentencia 11-1992 de la Sala 2ª. del TC de 30 de marzo de 1992, cuando expresa: “...no es necesario insistir, en que el Tribunal Constitucional no es una instancia de revisión que permita el control jurídico de las decisiones judiciales, en función de su corrección

²⁵ “En efecto, el Tribunal Constitucional no está facultado ara enjuiciar la adecuación de la resolución impugnada al ordenamiento jurídico en su conjunto; de modo que no podrá examinar, valorar ni sustituir la interrelación u aplicación de las normas jurídicas, sino exclusivamente en cuanto simultáneamente suponga una infracción de los preceptos constitucionales; y ello porque le está vedado sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios.” Bonet N: José. Ob. cit. Pág. 181.

²⁶ Cit. Por Bonet N. J, idem, pág. 185.

²⁷ Artículo 16 del CPPG: “Respeto a los derechos humanos. Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la Constitución y los tratados internacionales sobre respeto a los derechos humanos.” Artículo 47. “Los jueces de primera instancia tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación...”

desde el punto de vista legal. El desarrollo del procedimiento, la fijación y valoración del supuesto de hecho, la interpretación de la legalidad ordinaria y su aplicación al caso concreto son competencia de los jueces ordinarios y su control y revisión no corresponde a este Tribunal, salvo la existencia de una violación de un derecho fundamental específico y en relación además con esa violación específica. El trazado de las fronteras entre la legalidad ordinaria y el derecho fundamental resulta menos claro en relación a las garantías substanciales del procedimiento que para asegurar un juicio justo configura como derechos fundamentales el art. 24 CE. Ello implica que determinadas decisiones judiciales que aplican normas procesales pueden tener trascendencia constitucional y, en consecuencia, revisables en este proceso de amparo, en cuanto que constituyen lesiones específicas de esas garantías constitucionales, pero estos “quebrantamientos de forma” con trascendencia constitucional han de considerarse como excepción a la regla general de competencia exclusiva de los Tribunales en la aplicación de la legislación material y procesal.”²⁸

III. La infracción de precepto Constitucional como motivo del recurso de casación.

En España el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial introdujo como motivo casacional la infracción de norma constitucional “4. En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional.” En este supuesto que se abrió como una tercera vía junto a los tradicionales motivos de fondo y de forma, la competencia

²⁸ Cit. por Bonet Navarro, J. idem. Pág. 192-193.

para decidir el recurso corresponde siempre al Tribunal Supremo, independientemente de se la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional. El ya citado Bonet N. considera esta ley como irrelevante, que nace con una finalidad política en el sentido de ser mas bien simbólica o jurídico didáctica.²⁹ Aunque como refiere dicho autor, el Tribunal Supremo ha aclamado la trascendencia de la referida norma, llegando a considerarle como una tercera vía procesal, señala que el propio Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en otras ocasiones, que la misma no ha creado una vía procesal autónoma, y que eventualmente lo ha negado rotundamente, por lo que concluye que la manifestaciones del Tribunal Supremo en cuanto a la referida ley son “lingüísticamente desmesuradas”.³⁰

Según otro sector de la doctrina, este precepto ha influenciado notablemente la casación penal, como lo indica Martínez Arrieta, quien afirma que refuerza la nueva función atribuida a la casación,³¹ de velar por las garantías constitucionales.

En conclusión el mencionado Bonet expresa que el artículo 5.4 referido no crea la casación por infracción de precepto constitucional sino que la reconoce, y con ello la incentiva, porque realmente, afirma, que lo que había ocurrido, “en términos metafóricos, es que la Constitución construyó una auto vía casacional por la que, por falta de

²⁹ Estima que es un precepto irrelevante por tres razones: “1º. Porque su carácter, mas que técnico, en tanto en cuanto era jurídicamente innecesario, fundamentalmente es jurídico didáctico, recordatorio de que la Constitución no es un mero “pasquín político”, sino un texto de ley. 2º. Porque su incidencia no ha sido más que incentivadora en la formulación de recursos. 3º. Porque el problema de la casación por infracción de precepto constitucional trasciende al artículo 5.4 LOPJ, de modo que subsistiría aunque fuere derogado. “ob. Cit. pág. 188.

³⁰ Como caso concreto en que lo ha negado cita la STC, Sala 2ª. De 20 de noviembre de 1989 “cuando manifiesta que “el recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales, tiene, en la actualidad, un respaldo no sólo en la Constitución, sino también en el artículo 5.4 LOPJ. Este artículo, sin embargo, no ha creado una vía procesal autónoma, sino que lo único que declare que la infracción de un precepto constitucional es fundamento suficiente para la casación, con lo cual, paralelamente no hace sino reforzar el carácter del artículo 24.2 CE como infracción de norma sustantiva que los Tribunales deben observar en la aplicación de la Ley Penal.”

³¹ Martínez Arrieta, Andrés. El recurso de casación penal. Pág. 20.

señalización , ni los recurrentes ni los juzgadores se habían atrevido a circular. Y cuando el artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial la ha señalado debidamente, mayoritariamente se ha creído ver en la señal la auto vía.”³²

En lo que al sistema guatemalteco atañe, existe una disposición en cuanto a los motivos de fondo del recurso, en donde se establece como submotivo, que la resolución viole un precepto constitucional o legal por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación, cuando dicha violación haya tenido influencia decisiva en la parte resolutive del fallo. La postulación del caso encuentra limitaciones por encontrarse entre los submotivos de fondo, pues no ha faltado tribunal de casación que haya rechazado el recurso por pretender que por tratarse de recurso de fondo la materia a denunciarse como infringida debería ser siempre de naturaleza material y no instrumental, por lo que se sugiere no exista tal limitación y se legisle en el futuro como una causal mixta.

IV. La doctrina constitucional y su respeto al sistema casacional.

De acuerdo con Bonet y Ramos Méndez la doctrina constitucional ha ido paulatinamente eliminando las barreras formales que impedían el acceso al recurso de casación, sin que ello implique que éste pierda su carácter en cuanto a lo limitado de las causales que permiten el acceso al mismo.³³

³² Ob. Cit. pág. 206

³³ Ramos Méndez expresa que ello no supone “que el recurso haya de perder su carácter en cuanto a lo limitado de las causales que lo abren. No se trata de eso. Los postulados constitucionales exigen simplemente que se examinen los motivos a través del tamiz de la Constitución y que no se desechen con las fórmulas cabalísticas acuñadas por la rutina.” Cit. Por Bonet. Ob. Cit. Pág. 208, quien agrega: “el recuso de casación no ha sufrido con la Constitución Española modificación en cuanto a sus estructuras esenciales, sino que simplemente ha impuesto una interpretación favorable a la admisión del recurso a través de exigir que los requisitos y presupuestos del mismo tengan alguna justificación o utilidad en relación a los derechos de las partes. De ahí a considerar que se crea un nuevo cauce mediante el cual el recurso de casación se convierte en una especie de recurso de amparo previo, sin presupuestos, limitaciones ni efectos perfectamente determinados, dista una gran distancia.” Id. Pág. .209

El recurso tiene límites, que los da la propia ley al establecer cuales son las causas por las que procede. El Tribunal Constitucional no puede, aun considerándose con amplitud, ampliar el número de motivos por los que procede el recurso ni las bases establecidas por la ley.

Desde el punto de vista de la CPG, como ya se mencionó precedentemente, el artículo 12 que se refiere al debido proceso, congloba aspectos de tutela judicial como el acceso a la jurisdicción, el derecho de defensa, aportar prueba, y el de impugnar las resoluciones judiciales por los medios legales establecidos. El acceso a los recursos en Guatemala, tiene por tanto fundamento constitucional, y en caso de afectación a tales derechos opera el amparo como instrumento que la CPG determina para restablecer la situación jurídica afectada en tales casos.

V. La casación en el Derecho español.

En España se discute la recepción de la casación francesa indicándose que la casación española se apartó del origen político que tuvo la francesa, para dar respuesta a necesidades prácticas de la jurisdicción con un órgano casacional en el vértice del sistema: el Tribunal Supremo; éste nace como continuador del Consejo Real de Castilla, en la Constitución de 1812 que dispone su instauración como Supremo Tribunal de Justicia, con tres Salas, una de las cuales se dedicaba a asuntos de ultramar, tribunal que representa, a decir de Guasch, “la instauración de la división de poderes como máximo órgano jurisdiccional”. Aunque algunos autores señalan antecedentes de la Casación en legislación del Fuero Juzgo, Leyes de Toro y

resoluciones del Justicia mayor del Reino de Aragón en las Cortes de Zaragoza y Teruel (1398, 1427)³⁴

Se afirma y admite por grueso sector de la doctrina que el precedente real de la actual casación es el recurso de nulidad.³⁵ En España se atribuye el nacimiento de la casación al deseo de simplificar el sistema de recursos existentes especialmente para eliminar los recursos de segunda suplicación y el de injusticia notoria que no gozaban de prestigio, estableciéndose en el artículo 26l.9 de la Constitución de Cádiz³⁶ tal reforma, que en el ámbito civil se hizo a través del recurso de nulidad solo por cuestiones de forma, debiéndose señalar de nuestra parte la importancia histórica para el derecho español de la colonia americana por la referencia a su aplicación en ultramar, la que tuvo vigencia por corto tiempo; sin embargo, el Real decreto de 4 de noviembre de 1838 estableció un recurso de nulidad que parece ser al que se refiere Fairén Guillén y al que se ha considerado como “el primer precedente de la casación española actual”, excluyéndose el mismo de la casación penal, cuya evolución no se realizó al mismo tiempo que la de la casación civil.³⁷ Por ley del 17 de julio de 1813 se descartó la nulidad en el ámbito penal, por una serie de dificultades prácticas basadas en la carencia de una legislación procesal penal adecuada a las ideas ilustradas de los liberales de la época.³⁸ El Real Decreto del 4 de noviembre de 1838 reiteró la prohibición del recurso de nulidad para asuntos penales debido a razones humanitarias por haberse tenido la ley penal como

³⁴ Vicente y Caravantes, Alcalá Zamora y Fairén, respectivamente. Guasch F., S. Ob. Cit. Pág. 41

³⁵ Guasch F. S. Ob. Cit. Pág. 42

³⁶ Nieva F. J. Ob. Cit. . Pág. 42 traslada el contenido total del referido artículo. “Toca a este Supremo Tribunal (...) Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254. Por lo relativo a Ultramar, de estos recursos se conocerá en las audiencias en la forma que se dirá en su lugar.”

³⁷ Nieva F. J., id. Pág. 43.

³⁸ Nieva F. J. id. Pág. 45

cruel en el sentir de la sociedad³⁹, llegándose al Real Decreto del 20 de junio de 1852 en que se establece la casación para los delitos de contrabando y defraudación.⁴⁰ Pero otros como Jiménez Conde, afirman que el sistema de casación español está adaptado y amoldado al sistema francés.⁴¹ El recurso de casación civil apareció hasta el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 lo cual se afirma por el autor citado quien indica que en esta fecha se realiza el verdadero origen de la casación española. Sin embargo autores como Gómez Orbaneja, afirman que la casación aparece en España en la Constitución de 1812 con el nombre de recurso de nulidad, indicando que éste tenía naturaleza distinta a la casación francesa.⁴² La casación penal se establece con carácter general hasta la ley de 18 de junio de 1870 (si se prescinde de la mencionada de 20 de junio de 1852 que concedía la casación en las causas de contrabando y defraudación, artículos 96 a 113) que la incluye en el capítulo I, Título VI, del libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicha ley suprime la tercera instancia y deja el recurso de casación como el único admisible contra las sentencias de segunda instancia. De lo anterior se pasó a la Ley provisional de Enjuiciamiento criminal de 1872 y de ahí a la Compilación de disposiciones vigentes sobre Enjuiciamiento Criminal, teniéndose finalmente la primitiva versión en LECRIM de 1882.⁴³ De las modificaciones sufridas a partir de tal versión pueden señalarse: a) la reforma de 1933 en que se establece un motivo general para los vicios in iudicando y se introduce el error de hecho en la apreciación de la

³⁹ Gómez Orbaneja y Almagro, Cit. Por Martínez Arrieta, A. Algunos aspectos del recurso de casación, p. 2

⁴⁰ Martínez Arrieta, Andrés. Ob. Cit. Pág. 2.

⁴¹ Además, “cabe afirmar que la influencia de la doctrina extranjera, sobre todo francesa, tuvo cierta trascendencia en España, al menos en lo que se refiere a la “puridad jurídica” de los motivos de la LECRIM de 1882 en el momento de su aprobación.” Nieva F. J., Ibid. Pág. 49.

⁴² Bonet N., J., Ob. Cit. Pág. 22..

⁴³ Nieva F. J. Ibid. Pág.47.

prueba basado en un documento auténtico, siendo la impresión sobre tal reforma, que a partir de ella la casación se apartó de los principios clásicos, permitiendo que el Tribunal Supremo aprecie el error en relación con un documento auténtico y pudiera redactar un nuevo hecho probado, consiguientemente una nueva calificación jurídica.⁴⁴ b) la reforma de 1949 que establece como causa de inadmisión la de no tener el documento aportado el carácter de auténtico; mediante esta reforma también se reordenan las causas de impugnación en general y se amplían las resoluciones susceptibles de ser impugnadas a los autos de sobreseimiento libre, excluyéndose del recurso las sentencias de segunda instancia de los juicios de faltas. c) reforma de la ley 6-1985 de 27 de marzo que suprime el adjetivo “auténtico” para los documentos acreditativos del error denunciado como base del recurso La Ley Orgánica 5/1995 dispone la suficiencia de la invocación de precepto constitucional para fundamentar el recurso de casación, lo que supone un nuevo motivo de impugnación como se comentó infra . d) ley de 19 de julio de 1988, que introduce dos nuevas causas de inadmisión de fondo: por haberse desestimado “en el fondo” con anterioridad recursos sustancialmente iguales, y por carencia manifiesta de fundamento. e) Ley Orgánica 5-95 de 22 de mayo que instituyó el Tribunal de Jurado que dispone la casación contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia en la apelación contra las sentencias del Tribunal de Jurado.

Naturaleza de la casación española:

En el derecho español la casación sigue manteniendo la naturaleza de ser un recurso extraordinario, por varias razones:

⁴⁴ Martínez A. Andrés, Ob. Cit. Pág. 2.

1º. Para su conocimiento el recurso tiene motivos limitados. Y además el Tribunal de casación no puede conocer de las cuestiones de hecho

2º. No toda cuestión puede ser discutida en casación, solo de los defectos que la ley establece como motivos de la casación.

3º. La razón principal de ser recurso extraordinario se establece porque el Tribunal Supremo solo revisa ciertos errores de la anterior instancia. El tribunal se limita a establecer si existen los errores denunciados como motivo de casación. Básicamente, en la casación lo que existe es un examen de la estructura lógica reflejada en la motivación de la sentencia,⁴⁵ examen que nunca afecta a la totalidad de la sentencia, sino a aquellos aspectos de ella que a través de los motivos establecidos en la ley se impugnan.

VI. Otros sistemas de casación en derecho comparado.

Por la importancia que tienen algunos otros sistemas casacionales, los analizamos a continuación, especialmente los que tienen en la actualidad una influencia directa en la legislación procesal penal del nuevo mundo.

- a) El sistema alemán: el modelo original de casación, denominado en Alemania Revisión, no ha tenido grandes cambios desde su establecimiento en la ordenanza procesal de 1877, que se basó⁴⁶ en el modelo francés pero que lo modificó en algunos aspectos. Por ello se dice que el modelo alemán es el que menos se ha alejado de su orígenes según Peters (43) pues apenas ha cambiado la revisión establecida en la citada ordenanza. En la revisión alemana mediante la casación, el recurrente puede limitarse a indicar en que medida impugna la resolución y en que medida desea que ésta sea anulada y si la

⁴⁵ Nieva F. J. Ob. Cit. Pág. 85.

⁴⁶ Peters, Kart. Strafproces. Cit. Por Nieva F. Ob. Cit. Pág. 51.

anulación debe acaecer por vicio de fondo o de forma, momento en que procederá a formular el motivo, es decir, realizará la argumentación jurídica, ya que lo único necesario ha de ser según Roxín⁴⁷, que el recurrente al menos haya alegado una infracción de norma jurídica material, por lo que cabe concluir que no hay limitaciones en cuanto a las alegaciones de índole jurídica. A diferencia de otras casaciones europeas la alemana tiene la naturaleza específica de ser una instancia limitada a aspectos de derecho.⁴⁸ Tiene en común con la casación francesa sus funciones nomofiláctica y de unificación a través de la jurisprudencia.

De acuerdo con Schlüchter⁴⁹ la casación pretende una corrección a posteriori de los defectos o fallos legales observados en la sentencia en aras de la unidad jurídica y de la justicia. La apelación sirve para el control fáctico de la primera instancia; su conocimiento corresponde a la pequeña Sala Penal del Tribunal del Land. El recurso de casación es conocido por el tribunal superior del Landgericht (equivalente al Tribunal Superior de Justicia en España), cuando se trata del denominado recurso de casación directo contra sentencias del Amtsgericht, así como si se trata de sentencias procedentes del tribunal del Land en apelación y sentencias dictadas en primera instancia por dicho tribunal. El Tribunal Supremo conoce de sentencias en primera instancia del tribunal superior del Land cuando se basa en una violación del derecho federal.

⁴⁷ Cit. Por Nieva F. J., id. Pág. 52

⁴⁸ Para Nieva Fenoll lo fundamental en este sistema es que la sentencia se base en una violación de ley que permita su casación, además, “No se puede atacar directamente una apreciación fáctica del juez a quo, sino que para destruir ese dato de hecho, es preciso alegar una violación jurídica que tenga por efecto la desvirtuación de ese hecho.” Cit. Pág. 53

⁴⁹ Schlüchter, Ellen. Derecho Procesal Penal, cit. Por Urbano, E. Ob. Cit. Pág. 81.

Motivos: solamente tiene un motivo: la violación de ley ya sea material o procesal, conteniendo además enlistado de motivos absolutos de casación. Sólo se entra a examinar las infracciones alegadas por el citado motivo de infracción de ley, en los siguientes casos: a) los que se basan en un defecto legal por violación de una ley no empleada de modo correcto debiendo ponderarse la influencia causal de la infracción en el resultado del fallo; b) los que se refieren a infracciones graves del procedimiento, es decir, no es motivo cualquier infracción sino solamente las consideradas de importancia. Para ello hay un listado de motivos que en general comprenden defectos de constitución y competencia del tribunal, ausencia en el proceso de sujetos de obligada comparecencia, violación del principio de publicidad o del derecho de defensa y motivación fuera del plazo de la sentencia recurrida.⁵⁰ El recurrente no puede discutir las apreciaciones fácticas del juez a quo, manteniéndose la limitación del tribunal de casación a las cuestiones jurídicas. La doctrina alemana hace depender el límite de lo revisable y no revisable en casación de ciertos criterios, siendo el principal que son irrevisables los hechos pues es fundamental el principio de inmediación, es decir que el tribunal de casación no puede revisar los hechos que dependen de la presencia del juez, pues no estuvo presente cuando se realizaron. La libre valoración de la prueba puede fiscalizarse en casación, si tal fiscalización se basa en normas jurídicas, y se realiza con una valoración racional, adecuada al caso, y con una contundencia que pueda destruir la presunción de inocencia.⁵¹ El tribunal de casación

⁵⁰ Nieva F. J.; Ob. Cit. Pág. 55.

⁵¹ Nieva F. J. id. Pág. 56.

también controla el cumplimiento de la mínima actividad probatoria así como las máximas de experiencia comunes y técnicas. El órgano casacional dicta sentencia si se trata de una sentencia de absolución, o de sobreseimiento, o de imposición de una pena absolutamente determinada si las sentencias pueden emitirse sin necesidad de nuevas apreciaciones fácticas, en lo demás, procede el reenvío.⁵²

De acuerdo con Schmid, falta en la ordenanza una norma que obligue al tribunal de casación a seguir el criterio fáctico del tribunal aquo, pero el recurrente se encuentra sometido a la limitación hecho-derecho porque no puede discutir apreciaciones fácticas del juez aquo. El tribunal entonces, no se encuentra limitado a la apreciación de cuestiones jurídicas, sino que puede apreciar las fácticas, siendo la principal limitación la irrevisabilidad de hechos en que es fundamental la inmediación; los hechos que dependan de la presencia del juez en la presentación de la prueba no pueden ser revisados en casación.⁵³

En Alemania, también corresponde al tribunal de casación, controlar el cumplimiento del deber judicial de practicar todas las averiguaciones necesarias para la solución del caso, con independencia de lo que las partes soliciten, y de valorarlas sin dejar ningún punto relevante a la incertidumbre.⁵⁴

Otro dato importante es el relativo al control del volumen de los recursos, que al parecer ha sido uno de los motivos, como en otros países, para intentar la reforma de la casación. En Alemania se ha

⁵² Nieva F. *ibid.* Pág. 58.

⁵³ Nieva F. *ibid.* Pág. 56.

⁵⁴ Nieva F. J. *Ob. Cit.* Pág. 57.

venido dando una leve descentralización de la casación por el establecimiento de una fase de admisión que permite la inadmisión en unos casos, la admisión prematura en otros o incluso la estimación prematura del recurso. La inadmisión procede por: a) inobservancia de las normas procesales de interposición del recurso y de consignación de los motivos de casación; b) por ser el recurso manifiestamente infundado.⁵⁵

b) Sistema italiano: en este sistema la casación no representa una instancia, como en el alemán, sino que se examina únicamente lo que haya sido impugnado siempre que corresponda a uno de los motivos de la casación.⁵⁶ La Corte di cassazione tiene limitada su competencia a cuestiones jurídicas limitándose los motivos a infracciones jurídicas denunciabiles. Tales motivos son el exceso de poder, inobservancia o errónea aplicación de la ley penal o de otras normas que deban tomarse en cuenta en tal aplicación, la infracción de normas de procedimiento, falta de práctica de una prueba decisiva, y ausencia o manifiesta ilogicidad de la motivación si el vicio resulta del texto impugnado. Aunque ha realizado algunas innovaciones, se dice que es similar al recurso de casación francés originario.⁵⁷

El recurso de casación tiene en Italia rango constitucional. El artículo 11 de la Constitución dice: “Contra la sentencia y contra las medidas sobre la libertad personal, pronunciada por los órganos jurisdiccionales ordinarios es admitido siempre el recurso de casación por violación de la ley.” De lo anterior se infiere que puede ser interpuesto tanto contra las sentencias

⁵⁵ Nieva F., J. Ob. Cit. Pág. 59

⁵⁶ Nieva F. J. Ob. Cit. P. 60. En relación con los arts. 609 y 606.3 del código procesal penal italiano.

⁵⁷ Así lo indica al menos Nieva F. J. idem, página 59.

como contra las medidas contra la libertad personal, pues la Corte Constitucional juzga las controversias surgidas sobre legitimidad constitucional no sobre violaciones al derecho a la libertad producidas en el proceso penal.⁵⁸ Se plantea ante la Corte Suprema de Casación, la cual tiene las funciones de realizar la interpretación uniforme de las leyes, la unidad del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las jurisdicciones y la resolución de los conflictos de competencia.⁵⁹

El recurso de casación contra las sentencias de apelación puede ser planteado por los siguientes motivos: a) violación o aplicación errónea de una ley penal, o de otra clase de normas jurídicas de necesaria observancia en un proceso penal; b) infracciones procesales que originen nulidad, anulabilidad o caducidad de la resolución; c) falta de práctica de una prueba decisiva; d) ausencia o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte del texto impugnado; d) exceso de poder.⁶⁰

En la tramitación se destaca la audiencia en la que las partes exponen sus informes. Esta casación, que funciona como último remedio contra las infracciones legales, tiene una consideración amplia e incluso se aplica en los casos en que en la apelación se ha reproducido la prueba, ya que en la apelación italiana pueden discutirse tanto los aspectos fácticos como los jurídicos.⁶¹

Es un dato importante a destacar para nuestro estudio que ésta casación no es una nueva instancia, como se dijo, pues solo se revisa en ella, lo expresamente impugnado siempre que la

⁵⁸ Urbano C., E. Ob Cit. Pág. 83.

⁵⁹ Urbano C. E. id.

⁶⁰ Nieva F., J. Ob. Cit. Pág. 61.

⁶¹ Urbano C., E., Ob. Cit. Pág. 84.

infracción denunciada se corresponda con un motivo de casación, con lo que también puede advertirse su naturaleza extraordinaria, así como que parte de la distinción entre hechos y derecho, y aunque como se ha dicho antes, tiene una consideración amplia en cuanto a los hechos su juicio se remite a las cuestiones jurídicas, pues la Corte di Cassazione solo puede conocer de la legalidad de la sentencia recurrida.⁶² Otras características que se le atribuyen son sus efectos suspensivos, devolutivo y extensivo. El primero concierne no solo a la casación sino a todo el resto de recursos, el segundo concurre por ser la corte el único órgano competente para conocerlo; el extensivo ocurre en los casos de pluralidad de imputados por un mismo delito, si el recurso ha sido planteado por defectos procesales que afecten no solamente al recurrente.

El recurso tiene una consideración amplia y extensiva a los hechos, no obstante la tendencia originaria de observar únicamente el aspecto jurídico, pero la Corte dispuso incluir en el examen de casación los defectos de motivación, en los que realiza un examen de los aspectos fácticos como expresan Cristiani y Leone, al extremo que en opinión de este último el defecto de motivación ha llegado a configurar un motivo autónomo de la división tradicional en motivos de fondo y de forma.

La regla general de la resolución es el reenvío pero existen casos en que se realiza una decisión definitiva por la propia Corte; también, siguiendo una tendencia abolicionista del reenvío generalizada en Europa en el ámbito civil, es posible una casación sin reenvío o que la Corte pueda dictar sentencia sin sobrepasar los límites de su competencia.⁶³

⁶² Nieva F., J. Ob. Cit. 61.

⁶³ Nieva F. J. idem, Pág. 64.

Para controlar el volumen de los recursos existen dos medios: a) un extenso número de causas de inadmisión (falta de gravamen para recurrir, no ser la resolución recurrible, defectos procesales en la interposición del recurso, alegación de motivos no previstos en la ley, carecer el recurso de fundamento, haberse alegado violaciones legales no denunciadas en la apelación, si hubiese sido posible); b) que los escritos de las partes estén firmados por un Letrado (difensore) inscrito en el libro especial de la Corte.⁶⁴

c) Casación en Francia

Como sabemos y ha sido referido en este capítulo, en Francia se origina la casación, la que puede interponerse contra los fallos de la Cámara de Acusación, la Corte de Apelación y la Corte de los Assises, planteamiento que se realiza ante la Cour de Cassation, la cual actuando como guardiana de la ley, garantizando su respeto y correcta interpretación a fin de obtener una aplicación uniforme de la ley, únicamente puede conocer de las infracciones jurídicas, no así en cuanto a los hechos.

La Cour no analiza aspectos fácticos, examinando solo si la sentencia recurrida contiene violación de ley, circunstancia por la cual los doctrinarios, entre quienes se señala a Stefani, Levasseur y Bouloc destacan su carácter extraordinario.

d) La casación en el Sistema guatemalteco:

Puede hablarse realmente de un Código Procesal Penal en Guatemala, a partir del promulgado el 7 de enero de 1898, durante el Gobierno del Presidente Reina Barrios, porque como el mismo presidente de la Corte Suprema de Justicia indicara en su informe de presentación del referido cuerpo legal, existía para entonces un

⁶⁴ Nieva F.,J. Ibid. Pág. 65

Código de procedimientos en materia criminal que “ni siquiera merece este título”.⁶⁵ Este Código de Procedimientos penales de 1898 se había hecho “calcado en gran parte sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España” de 1882, que como sabemos contenía la primitiva versión española de la casación penal. El guatemalteco contenía también los recursos de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma. Por la importancia histórica que para casacionista guatemalteco pueda tener, se mencionan sucintamente los casos de procedencia por infracción de ley que contenía dicho código:

a) cuando los hechos que se declaran probados en la sentencia sean calificados y penados como delitos no siéndolo. b) cuando tales hechos no se califiquen o no se penen como delitos siéndolo. c) cuando constituyendo delitos tales hechos se haya cometido error de derecho en su calificación; d) cuando se haya cometido error de derecho en la determinación de la participación de los procesados; e) cuando se haya cometido error de derecho en la calificación de las circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes; f) cuando la pena no corresponda a la calificación aceptada de la participación o de las circunstancias atenuantes o agravantes; g) cuando se haya cometido error de derecho al emitir (sic) o desestimar las excepciones de cosa juzgada, prescripción, amnistía y falta de autorización para proceder contra funcionarios.

Por quebrantamiento de forma era procedente en los siguientes casos: a) cuando se denegó prueba pertinente propuesta en tiempo y forma; b) cuando se omitió la citación a juicio del procesado y del

⁶⁵ Nota de presentación del Código de procedimientos penales de 3 de octubre de 1897 del presidente de la Corte Suprema de Justicia Antonio Batres Jáuregui al Presidente de la República de Guatemala José María Reina Barrios. Portada del Código.

acusador, y éste hubiere fenecido sin su intervención; c) si en la sentencia no se expresó cuales fueron los hechos probados, o existía contradicción en ellos; d) cuando la sentencia no resolvía todos los puntos objeto de la acusación o la defensa; e) si se dictó por menor número de magistrados del señalado en la ley; f) si concurrió algún magistrado pendiente de resolver su recusación; g) por incompetencia; h) por defecto de citación para la sentencia y toda diligencia probatoria.

El recurso se estableció para los delitos, no para las faltas, no siendo admitidos tampoco en los casos de quebrantamiento de forma en que no se pidió la sustanciación de la falta en la instancia en que se cometió y reproducido en la segunda, según el caso.⁶⁶

Dicho Código tuvo vigencia durante 72 años, habiendo sido derogado al promulgarse en 1973 el Código Procesal Penal que pretendía según la sana intención de su inspirador el entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Hernán Hurtado Aguilar orientar el sistema hacia uno mixto, que no logró pues habiendo tenido como base el código de 1898 era evidente su tendencia inquisitiva. En este Código de 1973, procedía la casación por motivos de fondo o por quebrantamiento sustancial del procedimiento. Los submotivos de fondo, escuetamente mencionados eran:

- a) Si los hechos que se declaran probados en la sentencia son calificados y penados como delitos no siéndolo.
- b) Si tales hechos no se calificaron o sancionaron como delitos siéndolo.
- c) Cuando siendo delitos tales hechos se cometió error de derecho en su calificación.

⁶⁶ Artículos. 676 a 679 del CPPG de 1898.

- d) Si se cometió error de derecho al determinar la participación de los procesados en aquellos hechos.
- e) Si se cometió error de derecho en la calificación de los hechos si constituyeron circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes.
- f) Si la pena impuesta no correspondía a la calificación de los hechos, a la participación o a la estimación de circunstancias modificativas.
- g) El error de derecho al admitir o desestimar las excepciones de cosa juzgada, prescripción del delito, amnistía, indulto o falta de autorización para proceder en los casos de antejuicio.
- h) El error de derecho en la apreciación de la prueba que resulte de documentos o actos auténticos.
- i) Infracción de norma constitucional
- j) Por incongruencia entre los hechos probados y lo resuelto.

Los submotivos por quebrantamiento sustancial de procedimiento eran:

- a) falta de jurisdicción o competencia del tribunal a quo, o negarse a conocer teniéndola.
- b) La omisión de notificación personal, si ello influyó en la decisión.
- c) Por no haberse abierto a prueba procediendo, y por denegarse medios de prueba si ello influía en la decisión.
- d) Si no se expresaron los hechos probados o existió contradicción entre ellos.
- e) Cuando no se resolvían todos los puntos sobre los que debía versar el proceso.

Una revisión de tales motivos nos permite expresar que básicamente eran los mismos del código de 1898.

Consecuentemente, la crítica de dicho recurso era la crítica al sistema: su exagerado (e indebido) formalismo, producía inadmisiones que se reducían en la negación casi completa del derecho al recurso.

Tal situación, se esperaba cambiara con el advenimiento del Código Procesal Penal que emitido en 1992 comenzó a tener vigencia el 1 de Julio de 1994. Los autores del anteproyecto (J. B. Mayer y A. Binder) habían oportunamente expresado en la expresión de motivos que el sistema propugnado en él era acusatorio, por tener como base la acusación del Ministerio Público y como centro del sistema el Juicio Oral con un debate público y contradictorio.

Con un sistema de Juicio oral ante un Tribunal de Derecho, y en general por la tendencia al sistema acusatorio, los medios de impugnación de las resoluciones debían también seguir tales orientaciones. Consecuentemente, los anteproyectistas postulaban que se suprimiera la apelación a la manera tradicional, tanto como impugnación de las resoluciones interlocutorias, por haberse planteado la existencia de una etapa intermedia del proceso que tenía la como objetivo la depuración de posibles vicios e irregularidades, y como impugnación de la propia sentencia, impugnación que se convertía de acuerdo con los códigos anteriores en una revisión total del proceso lo que no era coherente con el nuevo sistema, básicamente de única instancia, y como impugnación contra la sentencia tenía solamente el recurso de casación limitada a las cuestiones jurídicas y procesales que la afectaran. No obstante, el anteproyecto no tuvo éxito en el tema de las impugnaciones, habiéndose regulado con una apelación

especial contra la sentencia, y el recurso de casación, como se comenta supra.

VII. Fundamentos y objetivos de la casación.

En general, el recurso se fundamenta en el principio general del derecho a impugnar las resoluciones desfavorables, como un derecho fundamental: persigue asegurar la interdicción de la arbitrariedad por medio de la observancia de los derechos fundamentales y la unificación de la interpretación de la ley penal sustantiva y procesal.⁶⁷

En la mayoría de países de Hispano América la casación es un recurso de carácter extraordinario que se tramita ante la Corte Suprema, aunque como se verá mas adelante, no tiene en todos los mismos caracteres. En algunos (casos de España y Guatemala) el recurso se dirige contra la sentencia del Tribunal de segunda instancia, llámese en un caso Tribunal Superior, o en el otro Tribunal de apelaciones. En otros, se dirige contra la sentencia del Tribunal del Juicio oral (Costa Rica, Honduras, El Salvador) asumiendo que se garantiza el derecho a un recurso ante un tribunal superior (establecido en las convenciones internacionales ya mencionadas), con éste, que de todas maneras solo persigue, al igual que en los del primer caso, examinar la corrección jurídica del fallo dictado en primera instancia.

Por ello, examinamos primero los caracteres de la casación española y guatemalteca, y luego las demás mencionadas, para hacer luego las conclusiones en referencia a tales grupos y en forma genérica, en los apartados respectivos.

⁶⁷ Martínez Arrieta, Andrés Algunos aspectos del recurso de casación..., página 6.

Lo concreto en forma general para la casación es que este recurso es de carácter extraordinario, se plantea ante la Corte Suprema o Tribunal Supremo, quien se encarga de tramitarlo y resolverlo, quedando el caso en autoridad de cosa juzgada, exceptuándose únicamente los casos en que se acuda al Tribunal Constitucional, Corte de Constitucionalidad o quien hace sus veces.

a) Fundamentos.

Los fundamentos de la casación deben siempre encontrarse en la Constitución, sin que deba pensarse, como mas adelante se indica, que la casación sea un amparo previo. Debe pensarse en sus fundamentos, cuanto en sus objetivos que son, por lo menos apodícticos y de unificación jurisprudencial, como se explicará en el apartado correspondiente.

1. Desde el punto de vista del derecho español.

Se afirma que la función de la casación penal y la civil es la misma pues, son medios de impugnación con motivos tasados que se dirigen a la nulidad de la sentencia, cuando es de fondo, o del proceso, cuando es de forma, además de una función predominantemente parciaria, mas acentuada en el proceso penal que en el civil, siendo en consecuencia un remedio eficaz para la protección de los intereses de las partes. De esa cuenta su fundamento general ha de encontrarse en el derecho al recurso protegido por el art. 24 CE que se ha comentado supra en el capítulo I.

2. Desde el punto de vista del derecho guatemalteco.

Comparando los derechos constitucionales, con el resto de preceptos del ordenamiento jurídico nacional, realmente los que

tienen mayor relevancia, cuando se trata de fundamentar el recurso, son los preceptos constitucionales. El propio ordenamiento penal común lo reconoce, al indicarse que el Tribunal de casación, cuando “advierta violación de una norma constitucional o legal, podrá disponer la anulación y el reenvío para la corrección debida.”⁶⁸ Consecuentemente el Tribunal de casación, actúa aún de oficio en los casos en que advierte una violación constitucional, no iniciándose un procedimiento como si se tratara de un amparo, puesto que el examen casacional, sí bien parte del mismo punto del amparo, como son los hechos que se hayan tenido por probados en el Tribunal de sentencia, debe realizarse a la luz de los motivos establecidos en la ley, uno de los cuales es la violación de precepto constitucional, siempre que dicha violación haya tenido influencia en la parte resolutive de la sentencia.⁶⁹ Además, el amparo exige como requisito, en los asuntos de carácter judicial que tengan establecidos recursos que puedan ventilarse de conformidad con el principio del debido proceso, que se haya hecho uso de los mismos. En sentido contrario, el Tribunal constitucional de amparo no debe sustituir a los tribunales ordinarios en la interpretación que de las normas realizan, salvo que suponga en tal interpretación una infracción de los derechos constitucionales.

Tampoco puede sugerir a los tribunales ordinarios la forma en que deben realizar la interpretación de la legislación ordinaria.

Derecho Argentino: Fernández Soler, Planchart, Rossio y Rubilar Godoy encuentran el fundamento de la casación en los principios constitucionales que garantizan la corrección y legalidad formal del

⁶⁸ Artículo 442 del CPP de Guatemala.

⁶⁹ “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.” Artículo 204 CPG.

juicio previo, así como los que aseguran el respeto a los derechos individuales y las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, dentro de lo que destacan el mantenimiento del orden jurídico penal, por una mas uniforme aplicación de la ley sustantiva.⁷⁰

b) Objetivos de la casación.

En un principio la casación tuvo, además del objetivo de control de la legalidad, que es la función nomofiláctica a que hemos hecho referencia, también pretendió dar solución al caso concreto que era objeto de impugnación, según indica Martínez Arrieta.⁷¹

No obstante señalar que la formación de jurisprudencia es uno de los principales fines, Nieva Ferrol estima que la casación tiene unos fines aparentes y otros estrictos. Dentro de los fines aparentes coloca la formación de jurisprudencia y casación de la sentencia contraria a derecho, explicando que la formación de jurisprudencia es una finalidad aparente porque a través de ella el Tribunal Supremo garantiza la protección de la norma, de tal suerte la jurisprudencia se convierte en un medio para proteger la ley, y en cuanto a la casación de la sentencia contraria a derecho no puede ser una finalidad, porque las sentencias que no casan la resolución impugnada también forman jurisprudencia. En cuanto a los fines estrictos distingue entre inmediatos o principales, y mediatos. En el primer grupo coloca como fin principal, la función nomofiláctica, es decir la protección del orden jurídico, pero al mismo tiempo es un medio de defensa para el reo, tomando en cuenta la irreparabilidad del perjuicio que acaece con la sanción penal, especialmente con la privación de la libertad, que ha

⁷⁰ Fernández Soler, Valeria, ob. cit. Pág. 2.

⁷¹ Martínez A. Andrés. El recurso de casación penal. Pág.3.

sido la sanción mas utilizada en nuestra época. Como fin mediato señala la preservación del principio de igualdad, como finalidad de inevitable cumplimiento puesto que la protección de la norma por un único ente jurisdiccional lleva a que sea interpretada igualitariamente.⁷²

Alguna doctrina contemporánea le asigna una finalidad unificadora de la interpretación de la ley. 1) En Argentina su finalidad es “resguardar el principio de igualdad ante la ley asegurando la interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva su interpretación al más alto tribunal de la Justicia nacional o provincial, ante el cual la causa llega con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados.”⁷³

Cabe agregar que a los fines clásicos de la casación, ya antes evidenciados: la tutela del derecho objetivo buscando la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, que tiene como medio la unificación de la jurisprudencia, en el ámbito penal debe agregarse el no menos importante fin de garantizar la defensa y los derechos constitucionales que de ella derivan, evitando la ejecución de una sentencia definitiva que el imputado o las demás partes con capacidad para plantearla suponen injusta.

Puede decirse también que, en los códigos de procedimiento penal de la actualidad, además de la función nomofiláctica, se conserva otra, consustancial con el efecto suspensivo de su tramitación: también se trata de un último recurso jurisdiccional para el reo.

El único fin mediato sería la preservación del principio de igualdad, a través de la creación de una jurisprudencia uniforme. De

⁷² Ob. Cit. Págs.82-84.

⁷³ Fernández Soler, Valeria, ob. cit. Pág. 2.

todas maneras , la protección de la norma da como consecuencia la jurisprudencia, y viceversa: realmente no se trata de que el recurso de casación exista para garantizar el principio de igualdad, sino que la protección de la norma a cargo de un único órgano jurisdiccional, conlleva que ésta sea interpretada de modo igualitario, pues de lo contrario, no se estaría protegiendo a la norma.

En resumen puede decirse que su principal fin, aunque no el único, es la unificación de la interpretación de las normas jurídicas, al comprobar la corrección o incorrección de la aplicación del derecho en las sentencias impugnadas. Con ello también cumple una finalidad de seguridad jurídica a través de la fijeza de la doctrina relativa a ese mismo orden jurídico, pues una de las formas de la casación actual, es precisamente la de la casación para la unificación de la doctrina jurisprudencial.

VIII. Concepto

Se considera este recurso, como “un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio.”⁷⁴

Este concepto abarca las posibilidades de la Casación en el sistema de la mayoría de países de América Latina, como veremos en las diferentes conceptualizaciones que mas adelante transcribimos siendo importante acotar que contiene la premisa de que el recurso debe basarse en motivos de derecho, que están determinados

⁷⁴ Fernández Soler, V. y comps. Ob. cit. Pág. 2.

puntualmente en la ley, y que tiene como objeto principal la aplicación correcta de la misma, y que tiene como consecuencia, la anulación de la sentencia y una nueva decisión.

Gómez Orbaneja ha establecido su concepto a través de los efectos que persigue: “mediante el recurso de casación, y con efecto suspensivo y devolutivo –total o parcial- se pide a un tribunal supremo, único en su clase, la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas por sí o no sujetas ya a ninguna otra impugnación, por errores de derecho sustantivo o procesal.” Con lo que destaca una característica de las resoluciones atacables en casación: su definitividad, es decir, que no puedan estar ya en forma alguna, sujetas a otra impugnación por ninguna vía, ni puedan ser revisables ya en instancia alguna. Agrega el citado autor que el recurso fue “creado para mantener a los órganos jurisdiccionales en el marco constitucional del sometimiento a la ley, y a cuyo cometido pronto vino a añadirse la unificación de la interpretación.”⁷⁵

Se ha de señalar entonces, que por encima de cualquier característica, el recurso de casación emerge de la necesidad de defender la estricta y exacta observancia del derecho, de reparar los agravios que una sentencia, por ende, injusta pueda causar, y con ello unificar los criterios jurisprudenciales y doctrinarios, para propiciar la igualdad ante la ley y el debido proceso, como originariamente había sido postulado por el Conceil de Parties, pues derivado de postulados que se basan en los derechos fundamentales del hombre, el recurso pretende defender al ciudadano de las arbitrariedades en la interpretación legal , y restaurar los agravios que se causen.

⁷⁵ Cit. Por Martínez Arrieta, A. Ob, Cit. Pág.2.

Aludiendo a su característica unificadora de criterio legal, Waldo Ortúzar Latapiat señala que “El recurso de casación, en su base jurídica y política, tiene por objeto velar por la recta y genuina aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo la infracción de la misma, y logrando en sumisión, al ser ejercida por un mismo y solo tribunal, la uniformidad de la jurisprudencia. Esta finalidad de interés público, el respeto a la ley, sobrepasa en importancia a aquella otra de orden privado, cual es la reparación de los agravios que se pueden inferir a las partes con las resoluciones violatorias de la ley.” Como vemos además de la función uniformadora, de carácter público le señala la reparadora en relación con los intereses particulares.⁷⁶

La casación penal es entonces un medio impugnativo contra la sentencia de instancia que ya no admite otro recurso, que se dirige a examinar los errores jurídicos cometidos al aplicar la ley por los tribunales de instancia. No se trata en consecuencia, de una nueva instancia, pues se dirige a corregir las fallas por violación de ley, a través de la anulación de la sentencia, cuando procede, y a la emisión de una nueva, ya sea por el propio tribunal de casación o por otro tribunal, de acuerdo con las previsiones del tribunal de casación

IX. Legitimación

La aptitud para el planteamiento del recurso es formulada generalmente en los códigos, inclinándose hacia quienes han sufrido un agravio con el fallo impugnado. De acuerdo con el art. 854 de la LECRIM, puede interponerse por:

- a) El Ministerio Fiscal;
- b) Quienes hayan sido parte en los juicios criminales
- c) Quienes sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia

⁷⁶ Cit. Por Fernández Vega, H. Casación Penal. Pág. 5.

- d) Los herederos de unos y otros
- e) Los actores civiles no podrán interponerlo sino en cuanto pueda afectar a las restituciones, reparaciones e indemnizaciones que hayan reclamado.

En el derecho guatemalteco la legitimación corresponde a quienes han tenido calidad de partes en el proceso, y hayan sufrido un agravio con la sentencia que impugnan. con lo que reflejarán su interés en el asunto.

1. Interposición.

De acuerdo con el artículo 873 LECRIM española el recurso se interpone ante la Sala segunda del Tribunal Supremo, que es la Sala de lo penal dentro de los plazos señalados en el art. 859, la que debe hacerse por escrito firmado por abogado y procurador de acuerdo con lo dispuesto en el art. 874. que establece las formalidades que debe llenar, siendo ellas fundamentalmente:

- a) La expresión del fundamento o fundamentos aducidos como motivos, encabezados por un resumen de su contenido, con la cita del artículo de la LECRIM que autoriza cada motivo.
- b) La reclamación o reclamaciones en cuanto al quebrantamiento de forma.⁷⁷

X. IMPORTANCIA DE LA DISTINCION ENTRE LOS HECHOS Y EL DERECHO EN EL RECURSO DE CASACIÓN.

ASPECTOS GENERALES DE LA DISTINCION.

Siendo que en términos generales, en los países en que el recurso se aplica, la tendencia es que se trate de un examen sobre la corrección jurídica del fallo, es decir, únicamente respecto de las cuestiones de derecho, la importancia del conocimiento de los límites

⁷⁷ Cortés Domínguez, V. Derecho Procesal Penal, página 756.

para el análisis entre los hechos y el derecho es evidente. El análisis de esta división hechos-derecho, es un punto de partida válido para una concepción correcta del recurso de casación, y para que este cumpla sus funciones principales, el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*.⁷⁸

Las disposiciones legales atinentes (p.e. los artículos 849.1, 849.2, 850, 851, 852 de la LECRIM de España, y el 442 del Código Procesal Penal de Guatemala) se refieren al conocimiento de los errores jurídicos, estando sujeto el tribunal a los hechos que se declaren probados, por tanto los recurrentes no pueden referirse a hechos diferentes a los establecidos por el Juez aquo, ni dar por supuestos hechos y referirse a ellos como si estuvieran probados.⁷⁹

En lo atinente a la legislación española el precitado Nieva, afirma que realmente la LECRIM limita el ámbito del recurso a las infracciones jurídicas que no tengan relevancia en el relato fáctico del caso, no pudiendo afirmarse en forma rotunda que dicha ley responda a la bipartición hechos-derecho. Menor rotundidad puede afirmarse en cuanto al Código Procesal Penal Guatemalteco que no contiene una norma similar en cuanto a declarar inadmisibles un recurso en el que no se respeten los hechos que la sentencia declare probados, a la manera del 884.3 de la LECRIM de España, aun cuando puede declararse su improcedencia por apartarse la solicitud de fondo de los hechos probados en la sentencia recurrida, los cuales está obligado el tribunal a respetar por disposición expresa de la ley.⁸⁰

⁷⁸ Nieva F. J. ob. Cit. Pág. 95.

⁷⁹ Al respecto, Nieva F. indica que “Para darse cuenta de esos deslices hay que entrar en una lectura profunda de todo el escrito de interposición, comparándolo con un no menos profundo análisis de los hechos probados, operaciones ambas que no deberían realizarse en la fase de admisión, a riesgo de prejuzgar el fondo del asunto...en otras palabras, no son errores que salten a la vista.” Ob. Cit. Pág. 99.

⁸⁰ El art. 442 del CPP establece que el tribunal de casación está sujeto a los hechos que se hayan tenido como probados en el tribunal de sentencia.

Se ha señalado que precisamente la característica de ser un recurso extraordinario, deviene del hecho de que en la casación no puede haber discusión sobre los hechos, lo que en Guatemala también sucede en cuanto a la apelación de la sentencia de primera instancia, que como se dijo se denomina apelación especial. De esa cuenta en el medio guatemalteco, podría pensarse que éste último es también un recurso extraordinario. Se desea recalcar que tanto por lo que establece el 884.3º de la LECRIM española,⁸¹ como por lo que indica el 442 del Código Procesal Penal de Guatemala,⁸² se trata de un recurso extraordinario, pues a la característica de intangibilidad de los hechos se debe agregar como complemento, que se trata de un recurso en beneficio del derecho, esto es, que el tribunal de casación examina únicamente la fundamentación jurídica de la resolución impugnada de acuerdo con el caso de procedencia que ha servido para introducir el recurso.

También se señala al recurso de casación de ser extraordinario, por lo limitado de los motivos por los que puede introducirse, lo cuales están enumerados en la ley. Esta tendencia se sigue en los países que la establecen⁸³ como el recurso último ante el Tribunal Supremo o Corte Suprema según el caso.

Si bien, en cuanto a la trascendencia de los hechos y el derecho en la casación existen posiciones que señalan que no es posible concebir una división de la realidad entre hechos y derecho, y que incluso es imposible pensar en una norma jurídica desvinculada del

⁸¹ “El recurso será inadmisibile...3º. cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados...” Art. 884.3º de la LECRIM española.

⁸² “El Tribunal de Casación conocerá únicamente de los errores jurídicos contenidos en la resolución recurrido. Está sujeto a los hechos que se hayan tenido como probados por el tribunal de sentencia...” Art. 442 DPP de Guatemala.

⁸³ “En España, al igual que en Italia y en Francia... existe un listado de motivos de casación.” Nieva F. Ob. Cit. Pág.78.

hecho regulado,⁸⁴ estimamos que se trata de una posición extrema, pues lo que la normativa estipula no es que se prescindiera de los hechos, sino que se respeten los fijados en la sentencia.⁸⁵

No puede negarse la vinculación entre los hechos y el derecho en todo proceso, ya sea civil o penal, sin embargo es bien claro que en el recurso de casación se examina la aplicación de la norma jurídica a los hechos, o más bien, la correcta aplicación de la norma jurídica, que ha sido el objetivo de la casación desde la época del *Coinseil de Parties*, la protección del derecho o función nomofiláctica.

Consecuentemente los juicios fácticos y los juicios jurídicos se entrecruzan en la mente del juez a lo largo del proceso, por lo que éste no puede separar sus apreciaciones fácticas y jurídicas. En la casación lo que el tribunal aprecia es la aplicación de los conceptos normativos sobre lo fáctico, con el objeto de apreciar las posibles infracciones legales que los recurrentes señalen, es decir, que la diferenciación, si es que existe, no tiene importancia práctica, puesto que el juez durante el proceso no puede escindir en forma total los hechos del derecho, no puede pensar por una parte, con un lado del cerebro en los hechos, y con la otra en el derecho, si parafraseamos la indicación de Nieva F.⁸⁶ Sin embargo tal distinción ha afectado a la casación española, y a la guatemalteca, como lo veremos.

Trascendencia de la distinción hechos derecho en los motivos de la casación.

⁸⁴ Como lo hace p. e. Nieva F. Ob. Cit. Págs. 95 y ss.

⁸⁵ El art. 884.3º de la LECRIM. española indica que el recurso será inadmisibile: “Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados. El 442 del CPPG establece que el Tribunal “Está sujeto a los hechos que se hayan tenido como probados por el tribunal de sentencia.

⁸⁶ “Podría decirse además que no es posible dividir el cerebro del juez en dos hemisferios, uno dedicado al hecho, y el otro al derecho.. El juicio en si mismo considerado, constituye una unidad inescindible, y lo s juicios históricos, lógicos y de valor se entremezclan entre sí, de forma que no es posible ofrecer un juicio histórico sin que previamente el Juez tenga in mente los juicios lógicos que para casos similares habrá aprendido con motivo de su formación jurídica, juicios lógicos en los que por cierto, ya se confunde hecho y derecho.” Ob. Cit. Pág. 130.

A. para mejor comprensión analizaremos por separado tal trascendencia en los países de principal referencia en este trabajo como son España y Guatemala.

1. Existen suficientes elementos para determinar, en la legislación española, lo trascendente de la distinción. Por ejemplo el número 2 del artículo 851 de la LECRIM: Cuando en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado sin hacer expresa relación de los que resulten probados. En relación con la aplicación de dicha normativa, en los casos en que las sentencias se limitan a declarar genéricamente que los hechos de la acusación no han sido probados, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dicho en Sentencia de 31-1-1986: “1º. Que para que la narración histórica de una sentencia penal absolutoria se ajuste a lo dispuesto en el número 2 del art. 142 de la LECRIM en relación con el número 2 del artículo 851, es preciso que se declare probada una resultancia que constituya adecuado *substractum* o soporte fáctico, bien de la atipicidad de dichos hechos, bien de la concurrencia de alguna causa de exclusión del injusto, bien de la ausencia de participación en tales hechos por parte del procesado o procesados, bien de la no deducción de la culpabilidad de ellos a tenor del texto referido, o bien, finalmente de la concurrencia de alguna excusa absolutoria o de falta de cumplimiento de cualquier requisito de procedibilidad.” Con lo transcrito puede apreciarse que aun en el caso mencionado por la sentencia el soporte fáctico es indivisible de una consideración jurídica, y por otra parte, que aunque su principal oficio sea el análisis de errores jurídicos, no le es posible prescindir de los hechos totalmente. Por ello importa conocer la distinción formulada en España por Prieto Castro Fernández, en relación con la existencia del hecho y la esencia del

hecho, quien indicaba que solo esta última corresponde al examen del tribunal del casación.⁸⁷ Sin embargo, aunque la diferenciación representa un notable esfuerzo para su autor, en definitiva la existencia del hecho representa su propia esencia. Algunos autores como Satta pretenden establecer distinción entre lo que pertenece a la averiguación del hecho y lo que se refiere a la valoración del hecho ya averiguado, que es una derivación de la distinción entre hecho y derecho.⁸⁸ La importancia práctica, en este y en el derecho guatemalteco, es que la ley da el conocimiento de los aspectos jurídicos al tribunal de casación, relevándolo de los aspectos fácticos, que quedan con otros elementos, a cargo del tribunal de instancia.

XI. Resoluciones recurribles en casación:

Existen dos clases de resoluciones recurribles en casación: autos y sentencias. Nos referimos básicamente, en lo relativo al derecho guatemalteco en este trabajo a las sentencias y autos de las salas de apelaciones.

- a) Sentencias. Se presentan como recurribles en casación las sentencias definitivas dictadas por las salas de apelaciones al resolver recursos de apelación especial planteados contra las sentencias de los tribunales de sentencia (artículo 437-1 del Código Procesal Penal). Del precepto legal se obtiene que existen sentencias definitivas y no definitivas. Las definitivas, a las que nos hemos referido en sección aparte de este trabajo, son aquellas con las que termina el proceso. En las sentencias no definitivas no hay terminación del proceso, generalmente ordenan el reenvío para la iniciación de otro juicio; en otras palabras se dicta sentencia para indicar que es necesario dejar

⁸⁷ Cit. Por Nieva Fenoll, J., Ob. Cit. Pág. 238.

⁸⁸ Nieva F. Ob. Cit. Pág. 239.

sin efecto el juicio realizado, y que se reenvía el caso al tribunal que corresponde para el nuevo juicio o para la nueva sentencia en donde se subsanen los defectos que dieron origen a dicho reenvío.

También es posible plantear casación contra las sentencias dictadas por las salas de apelaciones al resolver recursos de apelación contra las sentencias emitidas por los jueces de primera instancia, en los casos en que estos dictan sentencia en el procedimiento abreviado. (artículo 437-3 Código Procesal Penal).

- b) Casación contra autos. Puede plantearse recurso de casación contra los autos definitivos dictados por las salas de apelaciones. Consecuentemente existen también algunos autos que tienen por efecto terminar el proceso, como los siguientes:
 - a) autos dictados por las salas de apelaciones resolviendo recurso de apelación especial contra el auto de sobreseimiento dictado por el tribunal de sentencia .
 - b) Autos dictados por las salas de apelaciones cuando resuelven recurso de apelación contra resoluciones de los jueces de primera instancia en los casos siguientes:
 - I) La apelación que resuelve la impugnación del sobreseimiento o clausura del proceso. De acuerdo con el Código Procesal Penal (Artículo 328) el juez de primera instancia puede sobreseer a favor del imputado cuando resulte evidente la falta de alguna de las condiciones para la imposición de una pena o cuando no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y sea imposible requerir fundadamente la apertura del juicio.
 - II) Cuando la sala resuelve recurso de apelación contra resoluciones del juez de

primera instancia sobre excepciones u obstáculos a la persecución penal, debiendo entenderse en este último caso, que aunque se trate de excepciones u obstáculos a la persecución penal que no terminen el proceso, no serían las resoluciones definitivas a que alude la ley comentada.

XII. Causas de inadmisión del recurso.

En España los motivos de inadmisión son regulados por los artículos 884 y 885 de la LECRIM, y pueden sintetizarse así:

- a) Se contempla como causa de inadmisión el interponer el recurso por causa distinta de las expresadas en los arts. 849 a 851. Autores contemporáneos estiman que dicha causa le da el carácter de extraordinario al recurso, pues solo puede interponerse por los motivos establecidos en la ley⁸⁹, sin embargo se estima que el carácter extraordinario del recurso más atiende a su naturaleza que a una estimación tasada de los motivos, que hace mas bien alusión a las tendencias al rigorismo de la admisión o la apertura de la misma.
- b) Cuando se interpone contra resoluciones distintas de las comprendidas en los artículos 847 y 848, es decir, si el recurso se interpone contra resoluciones en las que el recurso no se encuentra establecido, por ejemplo, no procede contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo penal o de instrucción; sentencias absolutorias si el recurrente no es parte acusadora, o contra los autos de ejecución.⁹⁰

⁸⁹ Como lo hace Urbano Castrillo: “Con ello, se confirma la naturaleza extraordinaria del recurso, y como, a diferencia de la apelación, no puede fundarse sino en alguno de los motivos expresamente tasado, que por infracción de ley y quebrantamiento de forma, se incluyen...” (La nueva casación penal, página 45).

⁹⁰ Urbano de Castrillo, Eduardo de. La nueva casación penal, página, 44.

- c) Si no se respetan los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquellos, salvo lo dispuesto en el número segundo del artículo 849. En algunas legislaciones, como la guatemalteca, esta disposición de inadmisibilidad, dejó de existir tomando en cuenta que para apreciarse hay que realizar un examen de fondo del recurso como el que se realiza para dictar la sentencia del mismo, como se analizará en la parte correspondiente de este trabajo, exceptuando el caso de la notoria incongruencia o contradicción con los hechos.
- d) Cuando no se han observado los requisitos que la ley exige para su preparación o interposición. Dentro de estos requisitos se citan la mezcla en un mismo motivo de motivos legalmente diferenciados, la falta de cita de la norma invocada, la ausencia de firma del recurso por el Letrado, etc.⁹¹
- e) En los casos de quebrantamiento de forma si el interponente no hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes o la oportuna protesta.
- f) En cuanto al motivo de error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que demuestren la equivocación del juzgador, cuando el documento o documentos no hubieren figurado en el proceso o no se designen concretamente en las declaraciones de aquellos que se opongan a las de la resolución recurrida. Ello hecha la salvedad que se trate de documento ya introducido en el momento procesal oportuno.
- g) Cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento. Dentro de ellos se incluyen, a decir de Urbano Castrillo, cuando

⁹¹ Urbano C. Ob. Cit. Pág. 46.

se invocan principios como in dubio pro reo o non bis in idem sin que exista la menor base para ello, o los que cuestionan el relato de los hechos relatados como probados en la sentencia.⁹²

- h) Cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

Este caso puede apreciarse cuando las situaciones iguales planteadas han sido resueltas en igual sentido en múltiples oportunidades anteriores en sentido denegatorio

Motivos de inadmisión en el recurso de casación guatemalteco:

Para comenzar téngase presente que en el código se especifican varios motivos, aunque no se establezcan especialmente en el artículo que se refiere a los requisitos propiamente dichos (443); por ello quienes no conocen un poco mas a fondo el recurso pueden con nosotros, clasificar tales motivos en la siguiente forma:

- a) motivos de inadmisión por no referirse a la forma y plazo establecidos en la ley. A ellos alude el mencionado artículo 443:

- 1) Expresión de los fundamentos legales que autorizan el recurso. La propia ley expresa que solamente se tendrá por debidamente fundado cuando se expresen de manera clara y precisa los artículos e incisos que autoricen el recurso. Los artículos que autorizan el recurso son el 440 cuando se trata de motivos de forma, y el 441 cuando son de fondo. Ellos a su vez contienen, el 440 seis incisos, y el 441 cinco, pero además la ley exige que se expresen de manera clara y precisa. La claridad que exige la ley en

⁹² Urbano C. Ob. Cit. Pág. 48.

cuanto al fundamento legal, es la relativa tanto a la exposición de dicho fundamento, de manera que no quede al tribunal duda alguna, en primer lugar sobre el caso de procedencia: para motivos de forma el agravio ha de ser sobre el quebrantamiento sustancial del procedimiento, para el motivo de fondo el agravio ha de referirse al razonamiento de fondo de la resolución que afecta el derecho material . Pero no debe quedar duda al Tribunal respecto de la tesis que el recurrente postula, así como de la forma en que estima en que la ley debió ser aplicada. Ello debe hacerse en virtud de que el tribunal de casación no actúa de oficio, sino por instancia de las partes que están obligadas a señalar los errores jurídicos de la resolución que impugnan, una sentencia de casación no puede en tal virtud, y en virtud de la naturaleza de la casación, emitirse oficiosamente, aunque así lo dijere alguna sentencia del Tribunal Constitucional guatemalteco⁹³. La manifestación de que el recurso está dado en interés de la ley y la justicia (art. 438), ha de interpretarse en el sentido nomofilático, es decir, por uno de los principales motivos por los que conforme se ha estudiado en la parte histórica, se estableció el recurso, o sea, para la protección del régimen jurídico. Algunos (por cierto muy pocos) recurrentes han expresado, que el requisito de la mención de la aplicación que se pretende de la ley, solo es necesario para la apelación especial,

⁹³ Véase, entre otras, la sentencia de 24-10-2002, especialmente el Considerando II, en donde se indica que la desestimación de un motivo de casación “merece la protección que el amparo conlleva, y ordena a la Corte Suprema de Justicia dictar una nueva sentencia tomando como base, no lo expuesto por el recurrente, sino lo considerado por la Corte Constitucional.” Exp.1196-2001.

porque en tal recurso se establece expresamente en el artículo 418 in fine, olvidando que dicho recurso, es realmente una casación disfrazada con tal nombre, y olvidando también el requerimiento de claridad que se establece en el comentado artículo 443.

- 2) Requiere además el precepto legal mencionado que se expresen también los artículos e incisos que se consideren violados de las leyes respectivas y obviamente dicha cita requiere ser hecha con la misma claridad y precisión relacionada precedentemente, es decir con las argumentaciones, tesis que se sustenten y aplicación pretendida; además este último requerimiento se impone especialmente en aquellos recursos en que se plantea el submotivo relacionado con infracción constitucional o legal por falta de aplicación, errónea interpretación o indebida aplicación, pues la expresión sobre la norma que debió aplicarse y los alcances con los que debió aplicarse contribuye a la claridad de tal submotivo. Por otro lado la práctica indica que tal claridad se refiere a que cuando sean varias las leyes e incisos infringidos debe hacerse argumentaciones separadas pues el tribunal solo puede conocer los errores que se le señalen en forma clara y precisa. Este último razonamiento ha sido expuesto por distintos tribunales de casación nacionales, sin embargo se estima que el razonamiento que generalmente se hace de que deben hacerse las citas y razonamientos en tal forma, por la naturaleza técnica del recurso, no es inteligible para el profano por lo que es adecuado que en la

resolución se razone que es por el propio requerimiento de claridad que impone la ley.

- 3) Otro aspecto a considerar dentro de los requisitos, es el señalado en el artículo 442. El tribunal de casación solo conoce de los errores jurídicos del fallo impugnado, que es el fallo de la sala, en consecuencia, el recurrente, cuando ataca el fallo de primera instancia, impide al tribunal el examen del recurso, pues no cumple con señalar los errores que la ley requiere para examen, no pudiendo examinar otros errores que no sean los que la ley señala. Es decir, que es causa de rechazo el que los argumentos se dirijan a atacar tanto el fallo del tribunal de apelación como al de primer grado, por ser atacables únicamente los de la resolución recurrida.
- 4) Con carácter de prohibición, encontramos en el artículo mencionado en su segunda fracción lo siguiente: El tribunal de casación está sujeto a los hechos que se hayan tenido como probados por el tribunal de sentencia. Esto trae dos consecuencias: una, el tribunal de casación solo puede referirse a hechos probados; en tal virtud la segunda consecuencia se refiere a que no puede hacerse mérito alguno de la prueba; el tribunal de casación no podrá realizar valoración de prueba, precisamente porque tiene que referirse a hechos ya probados. La única excepción o limitación a la inamovilidad del relato de los hechos y a la intangibilidad de la prueba es la contemplada en la parte final del artículo 442, en los casos en que advierta violación de una norma constitucional o legal,

caso en que podrá disponer la anulación y el reenvío para la corrección debida. De tal manera, se impone el rechazo del recurso cuando se pide o al menos sugiere al tribunal el análisis de hechos probados o bien de la prueba que ha servido para su determinación. Ninguna cita legal, argumento o razonamiento deben estar dirigidos a que el tribunal realice determinación de hechos o valoración de las pruebas.

De lo anterior puede concluirse que si bien el sistema procesal guatemalteco contiene un artículo que se refiere a la forma de presentación, los demás artículos relativos al recurso contienen otras normas que se refieren a requisitos a cumplir cuando se realiza el planteamiento. En resumen: requisitos en cuanto al caso y subcasos de procedencia, en cuanto a la claridad y precisión de las citas y su argumentación, que también contiene la tesis, la argumentación coherente, la aplicación pretendida de la ley, de señalar los errores jurídicos de la resolución recurrida y de observar la inamovilidad de los hechos probados y la intangibilidad de la prueba. De ahí otra conclusión a título personal: si bien la infracción de norma constitucional se encuentra regulada dentro de los subcasos de procedencia por motivos de fondo, ello no es obstáculo para plantear la infracción de normas constitucionales que se refieran al procedimiento; la Constitución es en sí, una ley de fondo, pero contiene también en nuestro caso disposiciones de orden procedimental, cuya infracción puede ser impugnada a través de los motivos de forma, con base en el artículo 440 inciso 2º., por infracción de los requisitos legales para la validez de la sentencia, concretamente el de falta de fundamentación de la misma en una

disposición constitucional, pero con mayor propiedad puede alegarse motivo de fondo por infracción de la norma constitucional que corresponda.

Subsanación de los defectos en la interposición del recurso.

Los defectos o carencias del recurso que puedan ser subsanables, no deben llevar a su rechazo in limine. Las causas de inadmisión deben aplicarse siempre que no afecten el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y por consiguiente de acceso al recurso. En tal sentido se ha emitido la doctrina del Tribunal Constitucional español con el objetivo de facilitar el acceso a los medios de impugnación.⁹⁴

Esa ha sido también la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional guatemalteco en recientes fallos, en los que se admite la posibilidad de dar oportunidad a la subsanación de defectos con el objeto de favorecer especialmente los derechos de acceso a la justicia, el de petición y el de defensa.⁹⁵

Por consiguiente, cuando los defectos en la interposición sean subsanables, el tribunal de casación debe conceder un plazo para la corrección que sea necesaria.

XIII. Sustanciación del recurso.

1) En España aparecen fases previas al diligenciamiento propiamente dicho como son la preparación y presentación del recurso. De acuerdo con el artículo 855 de la LECRIM “El que se proponga interponer un recurso de casación, pedirá, ante el Tribunal que haya dictado la resolución definitiva, un testimonio de la misma y manifestará la clase

⁹⁴ Varela Gómez, B. J., Ob. Cit. Pág. 57

⁹⁵ En ese sentido las sentencias de la Corte Suprema Justicia de Guatemala dentro de los expedientes 399-2002 y 1533-2002. En la primera se expresa textualmente: “..la autoridad contra la cual ahora se acciona, previo a decidir sobre la admisibilidad formal del recurso de casación presentado debió, en aplicación del segundo párrafo del artículo 399 del CPP fijar al recurrente plazo para que subsanara los defectos u omisiones advertidos y una vez subsanados éstos, proseguir el trámite del recurso de conformidad con la ley...”

o clases de recurso que trate de utilizar. Cuando el recurrente se proponga fundar el recurso en el número 2º del artículo 849, deberá designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento que muestren el error en la apreciación de la prueba. Si se propusiere utilizar el de quebrantamiento de forma, designará también, sin razonamiento alguno, la falta o faltas que se supongan cometidas, y, en su caso, la reclamación practicada para subsanarlas y su fecha.” Esta petición, de acuerdo con el 856 debe hacerse dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia. Ruiz Vadillo critica esta regulación expresando que “un abogado que defendió al procesado en la instancia, que puede no ser, ni tiene por qué serlo, experto en la casación, prepara un recurso y lo prepara mal, y como consecuencia de ello, después el especialista se encuentra injustificadamente condicionado por lo que podemos llamar borrador de recurso que preparó deficientemente su colega.”⁹⁶

Forma de preparación: a) debe concretar la clase o clases de recursos a utilizar, es decir, debe concretar el motivo de fondo o de forma en que se base el recurso; b) si es en relación con documentos debe expresar el extremo o punto del documento que acredita el error; c) en los casos in procedendo la designación de faltas y reclamaciones efectuadas; d) promesa de constituir depósito o de responder por su importe.⁹⁷

De acuerdo con el artículo 858 mediante resolución que dicta dentro de los tres días siguientes, el Tribunal tiene por preparado el recurso si la resolución reclamada es recurrible en casación y si se han llenado los requisitos exigidos por la ley. El artículo 859 indica que en la misma resolución, se manda expedir el testimonio de la

⁹⁶ Cit. Por Luzón Cuesta, José M. El recurso de casación penal. Pág. 230.

⁹⁷ Luzón Cuesta, J. M. Ob. Cit. Pág. 233

sentencia y una vez librado se emplaza a las partes a que comparezcan a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La parte que no ha preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento (artículo 861).

Posteriormente viene la interposición del recurso como ya se ha mencionado. El recurso se interpone ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por escrito, firmado por Abogado y Procurador autorizado con poder bastante, que debe contener: a) el fundamento o fundamentos doctrinales y legales del mismo; b) el artículo de autorice cada motivo; c) la reclamación o reclamaciones de subsanación del quebrantamiento de forma, si la falta es de las que exigen tal requisito; d) el número de copias necesario para cada una de las partes. (Artículos 873,874 de LECRIM). Se requiere, como en otros países que contienen esta forma de casación, que los motivos del recurso sean individualizados en párrafos separados, al punto de considerar como causa de inadmisión la mezcla de cuestiones diferentes en un solo motivo.⁹⁸

Nos interesa señalar dos aspectos del artículo 874: los relativos a la concisión y claridad, pues de alguna manera se relacionan con aspectos que se tratan supra respecto de la legislación guatemalteca. Se ha indicado que la concisión es una referencia a la brevedad y que en cuanto a la claridad, la referencia es a que los motivos sean inteligibles para las partes y para el Tribunal, por lo que su ausencia sería motivo para requerir la subsanación de la deficiencia, estimándose como subsanable también la falta de presentación de copias.⁹⁹

⁹⁸ Luzón Cuesta, J. M. Ob. Cit. Pág. 250.

⁹⁹ Luzón Cuesta, J. M. Ob. Cit. Pág. 251.

Una vez interpuesto el recurso y transcurrido el término del emplazamiento, la Sala designa al Magistrado ponente, y dispone que el Secretario forme nota autorizada del recurso en término de diez días. Luego pasan los autos al Magistrado ponente para instrucción por el término de diez días. Previo informe del ponente la Sala dicta resolución sobre la admisión o inadmisión del recurso.(Artículos 880,883 de la LECRIM).

La vista puede celebrarse o no de acuerdo con el artículo 893 a), pero si las circunstancias concurrentes o la trascendencia del asunto hacen aconsejable la publicidad del debate se realiza en todo caso. Concluida la audiencia pública se dictará sentencia dentro de los diez días siguientes (Artículo 899 de la LECRIM).

2) La tramitación en el derecho guatemalteco es similar, diferenciándose en la fase de preparación del recurso que se utiliza en España, no así en Guatemala se por lo que solamente existiría: a) la fase de presentación del recurso, que es mediante un escrito firmado por abogado colegiado, llenando los requisitos establecidos en la ley, b) la fase de admisión o inadmisión, que en la actualidad siguiendo la tendencia establecida por doctrina de la Corte de Constitucionalidad, consiste en un auto en el que se requiere al recurrente la subsanación de incorrecciones posibles, dándole un plazo de tres días. Una vez subsanadas se señala día para la vista. c) Vista pública, en la que se presenta oralmente el recurrente, pero las demás partes pueden referirse al recurso, con la variedad que pueden presentar sus alegaciones mediante escrito, con lo cual la vista no se celebra, si quienes han de intervenir se presentan por escrito.

Capítulo V

Los motivos de la casación en particular: de fondo, de forma. Motivos de fondo en particular. Casos de procedencia del recurso en España. Los motivos por infracción de ley. Infracción de precepto constitucional. Motivos de forma en particular.

Además del motivo de infracción de preceptos constitucionales, que ya se comentó al hacerse referencia a los fundamentos constitucionales de la casación y que se comenta brevemente líneas adelante, trataremos en este apartado los motivos tradicionales de fondo y de forma.

Como ya se mencionó quienes siguen la tendencia monista de identificar hechos - derecho, apuntan la imposibilidad de examinar únicamente el derecho en la casación pues de todas maneras el tribunal analiza en general el fallo, lo cual efectivamente en la práctica así resulta; no obstante, volvemos a insistir en que lo realmente proscrito de la casación es la censura de los hechos que sirven de plataforma a la acusación y que se han dado por probados en el tribunal de sentencia. Lo que realmente se requiere es que se señale por el recurrente, el error o errores de derecho cometidos en la fallo que se impugna, y que dicho error esté comprendido dentro de las causales de casación. Entendido así, puede indicarse que la fundamentación del mismo para el recurrente, ha de hacerse exclusivamente por motivos de derecho (motivos que en ningún momento pueden dejar de vincularse a las causales para plantear el recurso) ya sean estos de fondo, esto es, por infringirse la ley, o bien de forma, es decir, de procedimiento.¹

¹ Es nota característica que “esta invocación de derecho fijará el objeto del recurso ... en este medio impugnativo puramente jurídico, el objeto será un error de derecho, una norma de derecho violada y, por virtud del principio de congruencia (y dispositivo) el Tribunal (Corte) no podrá fallar por otras razones.” Véscovi, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos... Pág. 283.

I. Motivos de fondo:

las infracciones a la ley que se examinan como motivos de fondo, son aquellas que inciden en el fondo de la resolución recurrida. Ha sido expresado en las distintas legislaciones, aludiendo generalmente a que en la sentencia o fallo se ha infringido la legislación sustantiva.² Clariá O. Indica que este motivo tiene su fuente en la legislación italiana y se dirige al contenido jurídico de la sentencia, ya sea en uno de sus aspectos, o bien en su totalidad. Este autor indica que del señalamiento de infracción escapan las normas procesales, mas no las que aún estando en el Código Procesal sean de naturaleza sustantiva,³ posición no compartida por algunos como Nieva, quien refiriéndose al derecho español expone que aunque las normas procesales españolas no obligan a ello, es un requisito de los motivos in iudicando, el que las normas infringidas deben ser relevantes para la solución de fondo, lo que no excluye que pueda alegarse la infracción de ciertas leyes procesales como motivo de fondo si éstas han tenido trascendencia en la aplicación de la ley sustantiva⁴ pero lo que no puede hacerse es denunciar la infracción de normas procedimentales como submotivos de fondo, por el hecho de no estar previstas por el legislador como submotivos de forma, puesto que si aquel no las ha dispuesto en la enumeración de submotivos de forma es porque no ha querido sancionar cualquier infracción procedimental con la casación.⁵

² Por ejemplo en la legislación argentina aludiendo a “inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva”, como lo indica Clariá Olmedo, J. (Ob. Cit. Pág. 287), o como lo hace el Código Procesal Penal de Guatemala al indicar que el recurso de casación es de fondo “si se refiere a infracciones de la ley que influyeron decisivamente en la parte resolutive de la sentencia (artículo 439), o bien la disposición introductoria del art. 849 de la LECRIM española que se refiere en general a que “se entenderá que ha sido infringida la ley...”

³ Ob. Cit. Pág. 287

⁴ Nieva F. Ob. Cit. Pág. 145.

⁵ Nieva, F.

Lo importante para determinar el tipo de error cometido ha de ser la naturaleza de la norma violada, no su origen ni su inserción en determinado cuerpo legal. Si la norma tiene como finalidad el resguardo de derechos subjetivos o señalar el ámbito de aplicación de la ley penal sustantiva, el error a denunciar ha de ser sustantivo o de fondo.⁶ La Ley de Enjuiciamiento Criminal española incluye como motivos de fondo, o infracción de ley no solamente la infracción propiamente dicha sino además el error en la apreciación de la prueba. Estos, se producen en el momento de la sentencia y afectan el razonamiento jurídico y fáctico que debe hacer el tribunal.⁷ El artículo 849 de la mencionada ley, establece los motivos que permiten la interposición por este caso de procedencia: “1º. Cuando dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido⁸ un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal. 2º. Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.” De tal manera que la norma infringida, a que debe referirse el recurso ha de ser de naturaleza sustantiva, o bien otra norma que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.

II. Motivos de forma.

Si la norma tiene por finalidad regular el procedimiento el motivo es de forma, al alegarse el quebrantamiento del mismo. El procesalista español Fenech agrupa los motivos de forma según afecten al

⁶ De la Rúa, Fernando. El recurso de casación, página 100.

⁷ Cortés Domínguez, Valentín., Ob. Cit .Página 744.

⁸ Cit. Por Luzón Cuesta, J. M., Ob. Cit., Página 138.

sujeto de la sentencia, a los que corresponderían los números 5º, y 6º, del art. 85l. Si afectan al objeto en los números 3º. y 4º, y a la forma en los números 1º, y 2º. Estos motivos se refieren al quebrantamiento de formalidades procesales esenciales que la ley detalla. Hay una serie de motivos de casación por quebrantamiento del procedimiento señalado, por ello se dice que el vicio in procedendo consiste básicamente en la infracción de normas procesales. Como motivos de casación por infracción al procedimiento, ya se dijo, no todos los vicios del procedimiento se sancionan con la casación, sino aquellos que recaen sobre una actividad del procedimiento considerada esencial, y que se encuentren expresamente determinados en la ley.⁹

III. Motivos de fondo en particular:

En algunas legislaciones hay referencia a la infracción de normas penales de carácter sustantivo en general o a la de otras normas del mismo carácter, como lo establece el art. 849,1º de la LECRIM española¹⁰ mientras que en otras hay una referencia amplia a la violación de un precepto legal.¹¹ En general, podemos decir que los motivos de fondo se refieren a la denuncia de infracción de la ley sustantiva.

⁹ Así lo expresa el art. 439 del CPPG: “Es de forma cuando verse sobre violaciones esenciales del procedimiento.”

¹⁰ “Cuando... se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.”

¹¹ Como en el art. 441,5) del CPP de Guatemala: “Si la resolución viola un precepto constitucional o legal, ... cuando dicha violación haya tenido influencia decisiva en la parte resolutoria de la sentencia o del auto.” En el mismo sentido, en acotación a la ley argentina, Vivas Usher, G. “por ley sustantiva debe entenderse tanto la ley penal y civil contenida en los respectivos códigos, como toda otra disposición que... signifique una cuestión de fondo... cualquiera que sea el texto legal en el que la norma se encuentre ordenada.” (En: Manual de Derecho Procesal Penal, página 508).

Casos de procedencia del recurso de casación en España:

El artículo 847 de la LECRIM establece los casos de procedencia: por infracción de ley (o sea lo que en el ámbito iberoamericano conocemos como motivos de fondo), y los motivos por quebrantamiento de forma. Procede el recurso, de acuerdo con el artículo 848 de la ley citada contra las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio por delitos en única instancia, contra las dictadas en recurso de apelación y en única instancia por las Salas de los Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y contra las dictadas por el Tribunal del Jurado. También procede contra los autos definitivos, en los siguientes supuestos:

- a) contra los autos dictados en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, solo por infracción de ley. También contra los autos que tengan carácter de definitivos dictados por las Audiencias Provinciales cuando a sí lo disponga la ley. (los autos de inhibición de las audiencias, artículo 25; los autos de las Audiencias decidiendo sobre su competencia en los supuestos de requerimiento de inhibición, art. 31; los autos de las audiencias declarando haber lugar a la recusación, art.69; el auto resolutorio de las declinatoria de jurisdicción cuando declare haber lugar a ella, artículo 676.3).
- b) los autos de sobreseimiento dictados por la Audiencias en el proceso común, aun cuando se ha dicho que los términos del art. 848 I plantean serios problemas.¹²

¹²Cortés Domínguez, V. Ob. Cit. Pág.742. Estima en cuanto al sobreseimiento provisional que “no cabe recurso de casación, pues realmente son resoluciones judiciales que no cierran definitivamente la cuestión planteada: por propia naturaleza, los autos de sobreseimiento provisional son provisionales y admiten con posterioridad a ser dictados nuevas situaciones judiciales que tengan como fundamento nuevos hechos o un conocimiento mas exactos de la situación.”

Los motivos por infracción de ley:

1º. Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, según el artículo 849.1º LECRIM. El precepto o norma infringida debe estar en el Código Penal aunque también se admite que la ley procesal pueda ser denunciada por esta vía siempre que tenga trascendencia en la aplicación de la ley sustantiva, de lo cual no cabe duda, pero si cabe en cuanto a la expresión :”u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal” contenida en el artículo mencionado, que ha dado lugar a que no haya seguridad en la referencia a normas no penales o a normas penales pero no sustantivas.¹³ No obstante que la jurisprudencia ha indicado que la referencia legal es a una norma penal sustantiva u otra (no penal, pero también sustantiva) que deba ser observada en la aplicación de aquella”,¹⁴ lo cierto es que una interpretación inflexible al respecto negaría la casación por infracción de ley cuando la norma violada es de carácter procesal que pueda dar lugar a la¹⁵ condena o a un fallo absolutorio, citándose como ejemplo la discusión en juicio oral de la existencia de cosa juzgada, en que su inaplicación determine la condena. En la actualidad, por la existencia del artículo 5.4 LOPJ que permite el planteamiento del recurso por infracción constitucional, existe una interpretación amplia del caso, pues la Sala 2ª, ha indicado en primer término que la infracción de una disposición de la LECRIM no encaja en el motivo del art. 849.1, salvo que pudiera incidir en infracción de

¹³ A ello se refiere Luzón Cuesta: “El problema está en concretar que se entiende por “otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal,” pues, como ya destacara Gómez Orbaneja, la frase “del mismo carácter” puede interpretarse en dos sentidos; o bien ha de tratarse de una norma no penal...pero de carácter sustantivo, o bien de una norma penal, pero de naturaleza adjetiva o procesal.” Ob. Cit. Pág. 52.

¹⁴ Luzón C., J. M., ob.cit. Pág. 53.

¹⁵ Cortés D., V., Ob. Cit. Pág. 745.

un precepto constitucional.¹⁶ Ejemplo de esta infracción sería el principio de presunción de inocencia; en este caso el mismo tiene un carácter procesal pues no se refiere a los elementos típicos del hecho sino a que la culpabilidad del procesado resulte debida y suficientemente probada. En este caso el principio de inamovilidad de los hechos probados tiene su limitación, no en cuanto a que se realice una nueva valoración de la prueba sino en cuanto a que se debe examinar la existencia de suficiente actividad probatoria de cargo. La Sala Penal del Tribunal Supremo ha expresado que la misión del Tribunal de Casación en relación con el principio de presunción de inocencia es comprobar y verificar si la Audiencia dispuso del mínimo de actividad probatoria practicada con las debidas garantías; la valoración de la prueba es facultad de la Audiencia, por lo que el recurso de casación no puede ser constitutivo de una segunda instancia.¹⁷

2º. El error en la apreciación de la prueba. Contenido en el artículo 849.2º: “Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.” Se considera por algunos autores que este motivo ya no tiene razón de ser, por la existencia del 849.1º, y por los defectos que existen en la redacción del mencionado motivo, siendo ellos:¹⁸ a) que el hecho de revisar el error en la apreciación de la prueba sustrae al carácter extraordinario al recurso y le convierte en una segunda instancia, como afirma Martínez Arrieta; b) que la frase:

¹⁶ S. 615-1994 de 20-5, Cit. Por Luzón C. J., M., ob. Cit. Pág. 54.

¹⁷ Luzón C., J. M., Ob. Cit. Pág. 59

¹⁸ Nieva F. J. Ob. Cit. Pág. 174

”que demuestren la equivocación del juzgador” es innecesaria pues hay una referencia a error, que es, una equivocación del juzgador; c) igual suerte corre la frase: “sin estar contradichos por otros elementos probatorios”, pues el error no puede estar contradicho por otros elementos pues de lo contrario no sería error, que no son los documentos lo que deben ser contradichos sino el error que de ellos se desprende. Se afirma también contrariedad hacia dicho motivo indicando que no es propio del proceso penal anudar el error a un documento, pues muchas de las pruebas, exceptuando aquellos casos en que son su esencia (como las falsedades documentales), en el proceso penal no se reflejan en documentos.

Se señala también como aspecto negativo de la regulación indicada, que la misma, ni la jurisprudencia aclaran si se trata de error de hecho o de derecho si bien podría indicarse que el error de hecho no tiene incidencia en la casación penal, pero si se sigue la corriente monista en cuanto a la inseparabilidad en el proceso penal del hecho y el derecho, “El Tribunal Supremo debe revisar la sentencia recurrida en aquellos puntos afectados por los motivos de casación, tanto si se estima que se refieren al hecho como al derecho,” pues la actividad probatoria es fundamentalmente jurídica y se realiza en una fase valorativa. Esta corriente enunciada por Nieva F. en su obra llega a afirmar que este motivo está de más en el artículo 849 si en el motivo del numeral 1º. se realiza la interpretación de la infracción de las reglas de la sana crítica, a las que identifica como reglas de la experiencia.¹⁹

¹⁹ Ob. Cit. Pág. 179.

Sin embargo, se ha señalado que si bien este motivo ha venido a alterar el recurso de casación, se reconoce que permite poner de manifiesto la arbitrariedad de la valoración probatoria del Tribunal, contraponiéndola con los términos claros y precisos de un documento, aunque el cauce abierto sea estrecho pues, en materia penal el documento ofrece escasa importancia.²⁰

La LECRIM limita esta oportunidad para el planteamiento del recurso a los casos de error basados en prueba documental, es decir, en documentos que lo sean por sí mismos.²¹ No pueden reputarse como documentos que acrediten el error del juzgador, aquellos que hayan sido creados dentro de la causa, por ejemplo los atestados policiales, las declaraciones de acusados y testigos, los informes periciales, las certificaciones, la sentencia dictada en el mismo proceso y anulada por quebrantamiento de forma, el acta del juicio oral y los documentos en que se ha perpetrado la falsedad como *corpus delicti*.²²

Infracción de precepto constitucional:

Como se dijo en anterior capítulo, la LOPJ en su artículo 5.4 establece la alegación en casación de la infracción de precepto constitucional. Además de lo ya expuesto, se reitera por los autores lo innecesario del mismo, dada la existencia del artículo 9.1 de la CE, el que debe interpretarse en consonancia con el 849.1º. de la LECRIM, por ser la Constitución una norma jurídica

²⁰ Luzón Cuesta. J. M. Ob. Cit. Pág. 75, apoyándose en Ruiz Vadillo.

²¹ De acuerdo

con Luzón C. para el conocimiento de lo que es el documento, el “punto de partida lo ofrece la Sala 2ª, al declarar que ‘la interpretación normativa de lo que deba reputarse documento...ha de atender más que al contenido (dispositivo, confesorio o testimonial) del pensamiento escrito que todo documento supone, a su integración en la causa, es decir, si se trata de actos procesales con origen en la misma y en ella documentados, o si, por el contrario, consisten en escritos producidos fuera de aquella y que se aportan o incorporan a la misma; debiéndose estimar que la segunda de tales posibilidades es la que determina el concepto de documento.’” (Ob. Cit, página 76).

²² Luzón C. J. M., ob. Cit. Págs. 78-87.

de rango superior que debe ser observada en la aplicación de la ley penal.²³ Se ha dicho por la doctrina como por la jurisprudencia, que el hecho de el artículo 5.4 se consigne expresamente la infracción de precepto constitucional como motivo de casación, no quiere decir que la incorporación del ámbito de la casación por la vía de la vulneración de derechos fundamentales no sea posible por medio de lo establecido en los números 1 y 2 del artículo 849.²⁴ . Se señala como una de las formas en que puede haber referencia a hechos en la casación, sin que pueda dejar de analizarse, cuando se alega infracción de derecho fundamental si se ha atribuido valor probatorio a pruebas ilícitamente obtenidas, actividad judicial que si se denuncia como infracción a derecho fundamental debe analizarse, y así se ha hecho, por el Tribunal Supremo. De esa cuenta se ha hecho análisis en casación de derechos fundamentales tales como derechos de libertad personal, derecho a la intimidad, al derecho de defensa, a la presunción de inocencia, etc.

Infracción al principio de presunción de inocencia:

Para realizar el planteamiento de casación por este motivo debe tomarse en cuenta que algunos autores parten de la diferenciación entre *In dubio pro reo* y presunción de inocencia: ésta entraría en juego en caso de ausencia de prueba de cargo, con carácter apriorístico si el acusado no ha sido condenado, siendo siempre un derecho del ciudadano, en tanto el *in dubio pro reo* operaría en el momento del juicio, si el juzgador tiene duda a la luz de la prueba practicada, es decir, se trataría de una obligación del juez.²⁵ Sin embargo otra posición no diferencia entre ambos principios pues es tanto como diferenciar entre

²³ Idem. Pág. 182.

²⁴ Luzón C. José M. Ob. Cit. Página 50.

²⁵ Corriente seguida por Ruiz Vadillo y Vásquez Sotelo cits., por Nieva F. J, ob. cit. Págs. 186-187.

insuficiencia y ausencia de prueba que para efectos de la condena significan lo mismo.²⁶

En cuanto a la naturaleza jurídica de la presunción de inocencia, se acepta que se trata de una verdad interina ex constitutionis, y es temporal pues temporalmente sustituye a la que es declarada en sentencia. Como tal, debe tenerse como un principio general del derecho, positivizado, para el caso español en el artículo 24.2 de la Constitución, siendo en consecuencia por tanto, una norma jurídica.²⁷

Se reconoce que la efectividad del principio en casación es restringida: el TC español en Sentencia de 28 de julio de 1981 reconoció que para analizar infracciones jurídicas deben tomarse en cuenta los hechos, salvo que la infracción sea evidente. El Tribunal Supremo no puede por imperativo legal analizar los elementos probatorios de la sentencia, sino únicamente si ellos son suficientes a efectos de la decisión condenatoria del tribunal a quo. Se ha señalado el anterior criterio, como diferenciador de la actividad del Tribunal Supremo, respecto del tribunal de instancia. El análisis en cuanto a si tales medios son suficientes, debe ser con base en las reglas de la sana crítica, máximas de experiencia o reglas de la lógica.²⁸ Debe reconocerse en tal sentido que indudablemente el Tribunal Supremo al realizar el análisis de la apreciación probatoria de la sentencia impugnada debe emprender una nueva, aunque limitada, apreciación probatoria, dada la intangibilidad de los hechos y de las propias pruebas. El Tribunal Supremo realiza el mismo examen lógico

²⁶ Nieva F. J. Ob. Cit. Pág. 188.

²⁷ Nieva F., J. Ob. Cit. Pág. 191.

²⁸ Nieva F., J. Ob. Cit. Pág. 195.

realizado en su oportunidad por el juez de instancia, solamente que su labor es revisora de la actividad valorativa del mismo.

En cuanto a la base legal para la denuncia de infracción al principio de inocencia se ha afirmado que la misma puede hacerse a través del artículo 849.2 LECRIM, tesis formulada por el Tribunal Supremo y mantenida por el TC antes de la existencia del art. 5.4 de la LOPJ. Se indicaba que tal infracción constituía un error in procedendo por su influencia en el procedimiento.²⁹ Sin embargo, conforme la naturaleza de la presunción de inocencia, de ser un principio jurídico, es evidente que se trataría de un vicio in iudicando. Con el apareamiento de la nueva LOPJ en 1985 y especialmente del artículo 5.4, se ha aceptado su utilización, no sin crítica, como ya vimos en capítulo precedente, agregando a la misma el que si bien viene a solucionar el problema de la invocación del motivo para la casación, lo procedente hubiera sido para resolver el mismo por la vía legislativa, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como lo asegura más de un autor.³⁰ Pero también existe el criterio de que el cauce procesal adecuado es el 24.2 CE junto a la aplicación de la ley sustantiva penal, no siendo necesario crear un precepto como el 5.4 de la LOPJ ya indicado. Merece destacarse la crítica hecha en sentencias del Tribunal Constitucional a lo que aparentemente ha sido ya una invocación un tanto desmedida del principio de inocencia.³¹

²⁹ Nieva F., J. Ob. Cit. Pág. 200. indica además que el TC al argumentar: “La valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener carácter de tal es sin duda el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar, y como tal puede ser aducido para fundamentar el recurso de casación”, realiza una interpretación extensiva del art. 849.2 y lo tacha claramente de inconstitucional.

³⁰ Tal el caso de Nieva F., J., Ob Cit. Pág. 200, Bonet N., J. ob. cit., y López B., J. ob. cit. Pág. 546

³¹ Que “se ha convertido para muchas defensas, en algo trivial, que produce graves trastornos en la recta administración de Justicia, obstaculizando el cumplimiento de funciones que le son propias sin fundamento alguno.” Sentencias de 10-07-87 y 21-06-1991. cits. Por Luzón Cuesta, José M., ob. cit. Pág. 50.

IV. Motivos de forma en particular:

Estos motivos se refieren a denuncias sobre infracciones de carácter formar, es decir, quebrantamiento del procedimiento.

Entre los motivos de forma en el derecho español tenemos

1. En el artículo 850 de la LECRIM se encuentran cinco motivos de forma: a) Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente. Se ha dicho que este motivo no ha de confundirse con el de indebida admisión de prueba, debiendo denunciarse esta última mediante otro cauce procesal.³² Luzón Cuesta apoyándose en la doctrina jurisprudencial informa que el fundamento de este motivo se encuentra en la indefensión que se produce a la parte que lo sufre, aún cuando los términos denegación indebida de pruebas e indefensión no sean equiparables en forma absoluta, porque para que tal supuesto ocurra el recurrente debería justificar que el fallo pudo haber sido distinto si la prueba omitida se hubiere practicado.³³ La jurisprudencia ha incluido en este motivo, dos supuestos, uno relativo a la denegación de práctica de prueba y otro la negativa a suspender el juicio para la realización de la prueba admitida, siendo en consecuencia, distintos los requisitos de forma que se exigen para la invocación del relacionado motivo, y en cuanto a los de fondo tendrán que relacionarse con la pertinencia, necesidad y posibilidad de la prueba a que

³² Luzón C. J. M., ob. cit. Pág. 91.

³³ Luzón C., J. M., ob. cit. Pág. 91.

se haga referencia.³⁴ b) Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas. Con lo establecido en la ley puede apreciarse que son las partes que han debido ser citadas a juicio oral, lo que responde al motivo de prohibición de indefensión. c) Cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan, siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa. Este motivo se limita al testigo y a la pertinencia de la pregunta o preguntas que se le dirijan. d) Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio. En este caso, de acuerdo con la doctrina, se abarca no solamente las preguntas dirigidas a testigos, sino también a los acusados y peritos, aunque el precepto no lo menciona expresamente.³⁵ e) Cuando el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya

³⁴ Luzón C. J. M., ob. cit. Pág. 99.

³⁵ Luzón C., J. M., ob. cit. Pág.130.

recaído declaración de rebeldía. En este caso, es necesario que la parte recurrente se oponga a la celebración del juicio y deje constancia de su protesta.

2. En un segundo grupo de vicios a denunciar por forma, se encuentran aquellos cometidos no para llegar a la sentencia sino en ella misma: “cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.”(Artículo 851.1 LECRIM). La consignación de conceptos jurídicos como si se tratase de hechos probados, es a lo que se ha llamado el motivo de predeterminación del fallo. Para su concurrencia, de acuerdo con la jurisprudencia, deben presentarse los siguientes requisitos: a) utilización de expresiones técnico-jurídicas, recogiendo como hechos probados los propios tipos penales; b) que tales expresiones no pertenezcan al lenguaje común (lo cual es difícil pero se debe referir a que el concepto sea utilizado con su auténtico contenido jurídico); c) relación causal de las expresiones con el fallo, de tal manera que si se prescinde de la expresión la sentencia carezca de contenido fáctico. Éste último sería el requisito esencial mediante el cual se apreciaría también que no se trata de un defecto de forma, según la intención legislativa, pero como también lo demuestra la evolución

jurisprudencial del motivo.³⁶ Actualmente se está castigando con la casación a un auténtico vicio in iudicando consistente en la aplicación indebida de un precepto jurídico a un supuesto de hecho aparentemente inexistente, precisándose que tal concepto jurídico sustituya al relato fáctico, lo que sería un error de juicio relativo a un vicio in iudicando como ya se dijo.³⁷ Por lo demás, se ha expresado que el motivo en la actualidad no tiene razón de ser, por el desarrollo que le ha dado la jurisprudencia, y parte de una estricta división entre hecho y derecho que también carece de importancia a la luz de la lógica. Tampoco puede dejar de apreciarse que este tipo de defectos puede concurrir en el Tribunal de jurado en dos vías: una a través del Magistrado - Presidente, tanto cuando redacta para el jurado el objeto del veredicto, como cuando debe introducir calificaciones jurídicas favorables al acusado y cuando redacta la sentencia. La otra a través del propio jurado, a través de una errónea apreciación de la prueba o por infracción de máximas de experiencia en su valoración, con lo que se estaría propiamente ante errores jurídicos.³⁸

En la normativa legal citada, cabe distinguir, según alguna doctrina tres submotivos:

a) la relación de hechos claros y terminantes en la sentencia.

Este motivo se basa en que sobre tales hechos habrá que

³⁶ Nieva F., J. ob. cit. Pág. 206.

³⁷ Nieva F., J., ob. cit. Págs. 209-210.

³⁸ Nieva F., J., ob. cit. Pág. 212.

hacer la valoración jurídica que conduce ya sea a la condena o a la absolución.³⁹

- b) Manifiesta contradicción entre los hechos. Si existieran en la sentencia, afirmaciones antitéticas sobre los hechos, serían incompatibles y producirían un vacío fáctico en la misma.
- c) Predeterminación del fallo, que como hemos visto antes consiste en que las palabras que se empleen en la sentencia para referirse a los hechos se encuentren en la tipología penal con carácter normativo y jurídico. En contrario, no habrá tal predeterminación cuando suprimida in mente la frase controvertida quede suficiente esencia en el fallo como para construirlo dentro de los cánones legales.⁴⁰

Defectos de motivación

Algunas legislaciones, como se aprecia supra, analizan los defectos de motivación dentro de los motivos de forma, ello puede apreciarse especialmente en la legislación guatemalteca.:

A través de la denuncia de defectos de motivación se pueden analizar tanto defectos de forma como de fondo en la sentencia, pues en un caso, podrá carecer de motivación por no tener fundamentos, y en otro contenerla pero en forma insuficiente con lo cual se apreciaría mas bien un vicio en el juicio lógico de la sentencia.

Al respecto se ha declarado por el TS que la omisión de motivación de una resolución judicial implica haber prescindido

³⁹ Citando las STS de 14 de diciembre 1985 y 20 octubre 1988, Cortés Domínguez refiere que “es necesario que, existiendo un relato de los hechos probados, este no se haga de forma vaga, ambigua, oscura, ininteligible o inasequible en su sentido o en su intención a la inteligencia de un hombre medio, de tal manera que se sepa en todo caso que es lo que se ha querido manifestar.” ob. cit. Pág. 750.

⁴⁰ Cortés Domínguez, ob. cit. Pág. 751.

totalmente de las normas esenciales del procedimiento por una parte, y por otra, dicha infracción produce indefensión.⁴¹

El legislador español sanciona con la casación por estos motivos la infracción del artículo 142.2 de la LECRIM⁴² los cuales se encuentran previstos en el Art. 851.1 y 2 de la misma,⁴³ siendo los casos: a) expresión confusa de los hechos probados. Tales expresiones deben ser flagrantes, relativas a defectos extrínsecos de la motivación. La jurisprudencia ha señalado que en tales casos el defecto consiste en la omisión de “datos fundamentales, empleándose juicios dubitativos, utilizándose frases ininteligibles o careciéndose de afirmaciones fácticas, todo lo cual determine incompreensión de lo que se pretendía manifestar, o una laguna o vacío en la descripción de lo hechos relacionados con la calificación jurídica.”⁴⁴

c) El motivo del art. 851.2º.

Puede también interponerse recurso de casación por motivo de forma, cuando en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados. Este es el caso en que la sentencia carece de modo absoluto de declaración de hechos probados o cuando esta se limita a declarar genéricamente que no están probados los hechos base de la acusación, como lo ha declarado la jurisprudencia. De acuerdo con la doctrina, la aplicación de este precepto adolece

⁴¹ Luzón C. J. M., ob.cit. Pág. 62

⁴² “Las sentencias se redactarán con sujeción a las reglas siguientes:...2. Se consignarán en Resultados numerados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados...”

⁴³ “Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa: (quebrantamiento de forma) 1º. Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideren probados, ...2º. Cuando en la sentencia solo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados.

⁴⁴ Sentencia del 27-2-1996, en Nieva F., J. ob. cit. Pág. 224.

de “arcaísmo” pues responde a la costumbre existente en 1933 para casos de absolución, en que se consignaba la relación de hechos con suma brevedad, lo que es inaceptable pues el relacionado uso forense ya no es tan frecuente en la actualidad

Aunque una reinterpretación vigorosa del motivo establecido en el art. 851.1 en el cual parecer estar ya sancionado el mismo⁴⁵ debería permitir la posibilidad de plantear el recurso. En todo caso lo que se requiere es la existencia de sentencias que no expresen en lo mínimo las razones que han tenido en cuenta para dar como probados o no probados los hechos objetos de la acusación.

Agrega la relacionada doctrina, la importancia de la parte de la sentencia en que se describen los hechos probados y se motive la apreciación de la prueba de los mismos, puesto que dicha parte es relevante al momento de plantear las impugnaciones a las sentencias. Se señala también que la motivación jurídica podría contener errores tales que la harían carente o insuficiente, lo que puede ser impugnado a través del mencionado art. 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

El motivo del artículo 851.3

Cuando no se resuelva en la sentencia sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.

En este apartado es posible denunciar la infracción al principio de correlación entre acusación y sentencia, es decir, la congruencia entre lo pedido por el acusador y la sentencia, así como si el juzgador ha omitido las cuestiones precisadas por la defensa en el momento procesal oportuno.

⁴⁵ Especialmente en Nieva F., J., ob. Cit. Pág. 232.

El motivo del artículo 851.4. Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación si el tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733.

En general el tribunal puede sancionar por un delito distinto del que fue presentada la acusación y lo que preserva el 733 es el derecho de que nadie sea condenado sin ser oído.

En el ordenamiento criminal español se establece que el Tribunal Supremo dicta una sentencia, es decir que se evita el reenvío constituyéndose ésta en la segunda dentro del caso, siendo éste uno de los rasgos definitorios de la casación española. Por tal motivo, su ámbito no está limitado a cuestiones de derecho⁴⁶ sino de hecho como el ya señalado anteriormente.

La discusión de la limitación de la casación a cuestiones de **Derecho**

La distinción para que el Tribunal de casación conociera únicamente de cuestiones de derecho de la sentencia impugnada, nació con el ánimo de reducir el volumen de los recursos ante los Tribunales de casación.⁴⁷

En España esta distinción (hecho-derecho) fue formulada por Prieto-Castro Ferrándiz, quien influenciado por la doctrina alemana trató de superar la relacionada distinción.⁴⁸ Otros, por ejemplo en Italia, Satta propone establecer la distinción entre aquello que pertenece a la averiguación del hecho y la valoración del mismo una vez averiguado, con lo que siempre se sitúa en la distinción entre hecho y derecho.

⁴⁶ Nieva F. J., ob., cit., pág.235.

⁴⁷ Nieva F., J., ob., cit., pág.237.

⁴⁸ Nieva F., J., ob., cit., pág.238.

Con el objeto de reducir los efectos de la distinción Roxín estima que cuando se trata de una apreciación jurídica que puede ser expresada en conceptos jurídicos estaríamos hablando de derecho y cuando una averiguación fáctica puede ser descrita en el lenguaje cotidiano estaríamos ante la parte de hechos, con o cual no evita la distinción entre hecho y derecho.

Se ha estimado por algunos autores, por ejemplo Henke⁴⁹ que el examen de los motivos que se refieran a la directa percepción del juez aquo sobre la prueba no sería posible en casación, tesis que ha sido desarrollada en España por Bacigalupo, quien expresa que en la apreciación judicial existen dos niveles, uno en que la apreciación judicial depende de la percepción de la prueba , y otro en que el juez aplica los principios rectores de la lógica (máximas de experiencia) al realizar sus deducciones sobre la prueba. Esta tesis indica que el examen casacional solamente puede realizarse en cuanto a este último nivel es decir, el examen casacional estaría limitado a lo que no depende de la inmediación.

No obstante, hay quienes, niegan que el nivel de la percepción de la prueba pueda sustraerse completamente del examen que se realiza en casación, pues el Supremo siempre podría entrar en el examen referido a través de la motivación.⁵⁰

Como conclusión de lo anterior, puede indicarse que toda la prueba que no ha desfilado ante el Tribunal Superior no es controlable por éste, a no ser que pudiera reproducirse ante él de alguna manera, pero ello distorsionaría la originalidad de la prueba. Por lo anterior, se ha estimado preferible el control del razonamiento del juez a través de la motivación de la percepción directa que éste

⁴⁹ Cit. Por Nieva F., J., Id. Pág. 244.

⁵⁰ Como Miranda Estrampes, Manuel, cit. Por Nieva F., J. Ob. Cit. Pág. 245.

ha tenido de la prueba.⁵¹ Aun cuando el criterio de la inmediación es aceptable para delimitar la función del Supremo, no es un sustituto eficaz de la delimitación ya mencionada entre hecho y derecho, delimitación que como ya se dijo, fue establecida para controlar el volumen de trabajo del Supremo⁵² medida que en sí es de orden práctico y muy eficaz, pues no establecer una delimitación, daría como resultado un Tribunal Supremo conformado desde un punto de vista teórico, para atender toda clase de asuntos, pero ineficaz, dado que la ilimitación de asuntos daría como resultado insoportables y cuantiosas dilaciones, y llegaría a dar como resultado en un momento dado la imposibilidad de la prestación de sus funciones. Estas razones parecen ser suficientes para estimar necesarios los mecanismos de control del volumen de asuntos. Pero en algunos casos tales limitaciones son inaceptables porque vulneran derechos fundamentales, tal el caso del art. 885, pues para algunos la inadmisión debe estar precedida de una audiencia previa, una vez expuestos los motivos de la misma.⁵³

⁵¹ Nieva F., J. Ob. Cit. Pág. 246.

⁵² Nieva F., J., ob. Cit. Pág. 247.

⁵³ Nieva F., F., ob. Cit. Pág. 248.

Capítulo VI

Los motivos de la casación en el Derecho Guatemalteco

Aspectos generales. Las resoluciones recurribles en casación. Legitimación. Requisitos. Admisibilidad. Casación por motivos de forma. Por infracción de ley o motivos de fondo. Planteamiento. Sentencia.

I. Aspectos generales.

Es importante tener en cuenta que en nuestro medio (guatemalteco) la casación penal, tanto como la civil, representan la revisión última de la aplicación de la ley. Fundamentalmente también, hay que tomar en cuenta, por la propia naturaleza de la institución, que no se trata de otra instancia ante la que se pide una revisión completa de lo actuado por el tribunal inferior, sino que es una revisión de los aspectos taxativamente determinados en la ley y específicamente denunciados y alegados por el recurrente, por ser el objetivo de la decisión casacional la declaración sobre la corrección o incorrección jurídica del fallo de dicho tribunal.

Para los efectos de la impugnación de las resoluciones judiciales por tribunales superiores, conviene tener en cuenta, la disposición constitucional en cuanto a que: “En ningún proceso habrá más de dos instancias...”¹ que da lugar a estimar, tanto que existan dos instancias en los procesos, pero que bien pueden estar conformados por solamente una, pues lo preceptivo es que no haya más de dos. De esa cuenta en nuestro ordenamiento jurídico existe la doble instancia en el proceso civil, habida cuenta de que en la primera se analiza la prueba por el juez a quo, y en la segunda también existe la posibilidad de hacerlo sin restricciones significativas por el tribunal superior. Queda para la Casación civil el examen de las cuestiones de derecho de la sentencia de segunda instancia (con la salvedad de lo relativo del examen de

¹Art. 211 de la CPG.

derecho, sin que ello signifique que pueda prescindir totalmente de los hechos). En el ámbito penal, se ha establecido para los delitos de menor gravedad (Con la vigencia del Decreto 51-2003 que reforma el Código Procesal Penal para que los jueces de paz conozcan los casos de menor trascendencia y cuya pena no exceda los cinco años de prisión), una primera y única instancia, en que los jueces analizan y valoran la prueba emitida directamente ante ellos en el debate oral, y como medio de impugnación de la sentencia de tal instancia, un recurso de apelación, denominado apelación especial (con el fin de diferenciarlo de las apelaciones de las resoluciones que pueden hacerse durante el trámite del proceso, ya relacionadas supra), y se prescinde de la casación en dichos supuestos. Esta ley, pese a haberse aprobado en marzo de 2003, aún no tiene positividad pues hacen falta aspectos atinentes a mayor número de fiscales y defensores, pero existe la posibilidad de su puesta en práctica en breve, de una manera escalonada, es decir, comenzando con algunos juzgados del interior del país, aplicándose posteriormente en el resto y en la medida que la Fiscalía y el Servicio de Defensa Pública se vayan incrementando.

Se ha estimado, ya que no existen discrepancias al respecto, que la Apelación Especial, llena las expectativas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto al “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”², y que en general como se dijo, tiene las características de un recurso de casación y no de una apelación tradicional, por lo cual se propugna en este trabajo, porque la mencionada apelación especial, reformándola en aspectos no suficientemente claros, ocupe el lugar de la casación que se tramita actualmente ante la Corte Suprema, y que ésta última sea una casación para la unificación de doctrina.

² Art. 8. h) CADH

Principios generales de carácter legal aplicables en el recurso de casación guatemalteco actual:

Es importante tener en cuenta que en la legislación procesal penal guatemalteca, existen principios aplicables a todos los recursos y principios de carácter especial aplicables al recurso de casación. Los primeros se encuentran en el libro de Impugnaciones, título I, disposiciones generales del Código Procesal Penal Guatemalteco, que se refieren en general, a la facultad de recurrir, a la forma y condiciones de interposición de los recursos, el desistimiento de ellos y su efectos en relación con el principio favor rei. Se entiende, por disposición preceptiva de la ley, que la aplicación de tales principios se realiza, cuando no existe una norma especial en las disposiciones atinentes a cada recurso.³

II. Las resoluciones recurribles en casación.

El artículo. 437 del Código Procesal Penal establece que el recurso de casación procede contra sentencias o autos definitivos de las salas de apelaciones. De lo anterior se establece solamente procede contra dos clases de resoluciones: sentencias y autos definitivos. La sentencia, como se sabe es la resolución final del juicio, en que el tribunal tiene por probados o no los hechos planteados en la acusación, mediante la que según sea de condena o de absolución se impone o no una pena. De una manera sintética, se dice que es el acto jurisdiccional que pone fin al proceso resolviendo definitivamente la cuestión criminal.⁴ Las sentencias contra las que procede el recurso de casación son las de las salas de apelaciones.⁵

En conclusión podemos decir, que las resoluciones definitivas por las que puede plantearse recurso de casación, son aquellas (sentencias o autos) que imposibilitan la continuación del proceso como un acto conclusivo del mismo.

³ La LOJ de Guatemala, establece que las disposiciones especiales de una ley prevalecen sobre las de carácter general.(Artículo 13).

⁴ Cortés D. V., ob. cit. Página 671.

Por el contrario, las resoluciones cuya consecuencia es que el procesado siga vinculado al proceso, no tienen carácter de definitivas, ya que no ocasionan un agravio de imposible reparación posterior. Ha existido cierta confusión, entre los litigantes en relación con: a) las sentencias de reenvío de las salas, es decir contra las anulativas que ordenan la renovación del trámite por el tribunal competente desde el momento que corresponda, y b) los casos que señala el Artículo 437-4º. Del Código Procesal Penal, que indica que procede el recurso contra sentencias o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones que resuelvan los recursos de apelación contra las resoluciones de los jueces de primera instancia que declaren el sobreseimiento o clausura del proceso, y los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal. Especialmente en el caso de la fracción final, relativa a excepciones u obstáculos a la persecución, ha de entenderse que tales resoluciones resuelvan excepciones con cuya resolución se termina el proceso, y no aquellas que proporcionan a las partes la posibilidad de continuar con el mismo, es decir, que en las definitivas hay un pronunciamiento que imposibilita el ejercicio de la acción penal de una forma definitiva. En ese orden de ideas, se sigue que hay dos tipos de sentencias, las definitivas ya referidas, que tienen como efecto terminar el proceso y las no definitivas que ordenan la continuación del mismo o tienen como efecto que el proceso continúe de inmediato o bien posteriormente. El Código Procesal Penal Guatemalteco contiene los casos de resoluciones definitivas atacables en casación: como las sentencias de las salas que resuelven los recursos de apelación especial. En el procedimiento penal guatemalteco tenemos ejemplos de resoluciones o sentencias no definitivas: uno de los mas comunes es el de la sentencia de reenvío, que ordenan remitir la causa al tribunal impugnado para que subsane defectos de procedimiento.

⁵ Artículo 437 del Código Procesal Penal Guatemalteco.

Los autos contra los que procede son también los autos definitivos. Nuestra ley procesal establece desde un principio la característica de definitividad, entendiéndose por tal aquella resolución que finaliza un proceso, es decir, la resolución implica que el proceso ha de terminar, por ello, nuestra legislación con tiene varios casos de autos definitivos, como los que señala el propio artículo 437 del Código Procesal penal, tales como los de sobreseimiento definitivo del caso. La definitividad en los autos, estimamos que se refiere a que su efecto sea terminar el proceso, se refiere pues al tipo de gravamen que la resolución causa: si el gravamen es irreparable por la vía del procedimiento normal, la resolución es definitiva, pero si es reparable en el mismo proceso y los sujetos procesales han de seguir vinculados al mismo, la resolución no es definitiva. De acuerdo con el Código Procesal Penal Guatemalteco los autos de las salas de apelaciones contra los que es posible recurrir en casación son: a) autos dictados por las salas de apelaciones resolviendo recurso de apelación especial contra el auto de sobreseimiento dictado por el tribunal de sentencia; b) los autos dictados por las salas de apelaciones contra resoluciones de los jueces de primera instancia (jueces de la fase de investigación) en los casos siguientes: I- la apelación que resuelve la impugnación del auto de sobreseimiento o clausura del proceso (conforme el artículo 328 del Código Procesal Penal Guatemalteco el juez de la fase preparatoria puede sobreseer a favor del imputado cuando resulte evidente la falta de condiciones para la imposición de una pena o cuando no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir fundadamente la apertura del juicio. II-Cuando la sala resuelve recurso de apelación contra resoluciones del juez de primera instancia sobre excepciones u obstáculos a la persecución penal. Se insiste en que el legislador ha señalado claramente la exigencia sobre el carácter definitivo de tales resoluciones, es decir, que deben causar un agravio no reparable dentro del

mismo proceso, por lo cual, aún en el caso de excepciones (como algunas de prejudicialidad) que no terminan el proceso sino lo paralizan por un tiempo, se entiende, a nuestro juicio que no tienen carácter de definitivas. También existen en la jurisprudencia ejemplos de resoluciones que, aunque derivadas de fallos⁶ emitidos en Apelación especial, no tienen el carácter de definitivas, como las sentencias anulativas del fallo de primera instancia que tienen como efecto la renovación del trámite y aún la repetición del debate; no son definitivas porque no causan un agravio de imposible reparación ulterior. Reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha expresado que para que proceda el recurso de casación es preciso que se trate de una sentencia definitiva o de un auto que ponga fin a la acción o a la pena o que haga imposible que continúen.⁷

III. Legitimación

La norma general de las impugnaciones en el derecho guatemalteco en este aspecto, es que solo pueden recurrir quienes tengan interés directo en el asunto, particularmente solo pueden tener interés quien han sido agraviados con la resolución, el interés es a su vez determinado por el agravio que se ha sufrido, El interés directo se presume siempre en la parte que ha sido agraviada, aunque para claridad en el planteamiento debe expresarse el interés y el agravio que se ha sufrido. Al plantear el recurso de casación es imperativo que su planteamiento sea efectuado únicamente por las partes, no existiendo como en el caso de la Apelación especial, la posibilidad de adherirse

⁶ En ese sentido la Sentencia del 11 de enero de 2000 dictada por la CSJ, y otras.

⁷ En tal sentido la sentencia de la CSJ de 21 noviembre 2001, recurso 273-2001: "Conforme nuestro ordenamiento procesal vigente, el recurso de casación procede contra las sentencias o autos definitivos que pongan fin al proceso, a la acción, a la pena o que hagan imposible que continúe la tramitación del mismo, entendiéndose que hay definitividad cuando la sentencia o el auto dictado ha terminado el proceso, decidiendo el fondo de la cuestión controvertida o investigada. Al examinar el recurso de casación presentado, ésta cámara determina que debe rechazarse de plano, pues el auto contra el cual se interpone confirma la resolución apelada, ordenando se continúe con la tramitación del proceso, por lo que no le pone fin al mismo, careciendo así la resolución impugnada del requisito de impugnabilidad objetiva, necesario para poder interponer un recurso de casación."

al mismo. Dentro del agravio, ha de figurar el vicio que se denuncia y el derecho que sustenta tal denuncia. El agravio ha de expresarse también con claridad, ello es importante porque si se encuentra clara y suficientemente expresado, aunque en el planteamiento haya existido error en la denominación del motivo, ello no impide el conocimiento, no hay causa de inadmisión porque no hay posibilidad de confusión para el tribunal. El agravio puede tenerse por individualizado si además de la cita precisa de las leyes violadas se indica cuál es la aplicación que se pretende, es decir, la forma en que debieron aplicarse, así como el alcance con que debieron ser aplicadas las leyes infringidas. Esto permitirá, sin duda alguna al tribunal de casación individualizar concretamente el vicio que se denuncia y justifica el planteamiento del recurso, en otras palabras, hace que el recurso subsista por sí mismo.⁸ Lo dicho anteriormente tiene mayor importancia aún, en el caso de que el recurso sea por el motivo establecido en el artículo 441 inciso 5º. Es decir por infracción legal por indebida aplicación o falta de aplicación, submotivos en los que hay que acudir, primero a la indicación sobre la norma legal que debió ser aplicada.

IV. Requisitos

Para un correcto planteamiento deben llenarse requisitos temporales, formales y modales (artículos 433, 439 del Código Procesal Penal⁹); dentro de los temporales se alude al plazo de quince días para su presentación, dentro de los formales, que sea un escrito que contenga los motivos por que se

⁸ La Corte Suprema se ha referido al tema en los siguientes casos. Expediente 9-97: "al examinar el presente recurso, se establece que si bien comprende la cita de los artículos que se consideran violados, se omitió la manifestación clara y precisa de los casos de procedencia del recurso y de los artículos e inciso que los contienen, omitiéndose además, tesis concretas sobre las violaciones que se denuncia,, pues los argumentos del recurrente están dirigidos contra la sentencia de primer grado." En igual sentido, exp. 15-97.

⁹ 442: "El Tribunal de Casación conocerá únicamente de los errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida", es decir, si en el planteamiento no se señalan concretamente los errores jurídicos, el Tribunal de Casación se ve impedido de resolver. 443"deberá ser interpuesto... dentro del plazo de quince días de notificada la resolución que lo motiva.."el requisito de tiempo. "con expresión de los fundamentos legales... Solo se tendrá por debidamente fundado cuando expresen de manera clara y precisa los artículos e incisos que autoricen

introduce, su fundamentos legales: la cita clara y precisa de los artículos que lo autorizan, comprendiendo obviamente tal claridad, la argumentación atinente a las infracciones, pues de otro modo, por disposición de la ley, no puede tenerse por debidamente fundado, así como los artículos e incisos que se consideren violados de las leyes respectivas. En cuanto al requisito de modo: el Tribunal de casación se encuentra limitado, por lo cual conoce solo de los errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida y que se le señalen concretamente, en consecuencia el litigante ha de acomodarse al modo del recurso, consistente en que la denuncia ha de hacerse a través de los cauces (motivos y submotivos) que la ley establece. De otra forma, el Tribunal estaría impedido de conocer el fondo del recurso. El cumplimiento de estos requisitos señala el carácter técnico del recurso, es decir, que debe utilizarse la técnica que la ley señala. Cuando estos requisitos no se cumplen el recurso se rechaza. Aún cuando la Corte de Constitucionalidad ha expresado el criterio de que debe concederse al recurrente, el plazo de tres días para que subsane los defectos,¹⁰ tales defectos tendrían que ser aquellos de carácter formal y totalmente subsanables, como el número de copias, pero obligar a la Corte a que indique cuales son los demás defectos es desnaturalizar el recurso, pues ello obliga a la Corte, de entrada, a realizar un análisis de fondo. Por ello, se

el recurso...Asimismo, los artículos e incisos que se consideren violados de las leyes respectivas..."

¹⁰ Por todos, el fallo de 17-06-2003, en el exp.154-2003 de la Corte de Constitucionalidad dijo: "al examinar los antecedentes, en particular la resolución objetada en amparo, ha podido establecer que la casación promovida fue rechazada por las siguientes razones: a) el recurrente no indicó el sub caso de procedencia con el que plantea su recurso; b) el recurso no contiene un razonamiento lógico jurídico que permita al Tribunal determinar si existe o no la violación que denuncia; c) no se señala cual es el influencia decisiva de la infracción en la parte resolutive del fallo, d) se argumentan violaciones procesales y no de fondo; e) en la petición de fondo se pide que se case una sentencia que no existe. La autoridad impugnada sabe que... cuando en el planteamiento de la casación el recurrente incumple alguna exigencia legal que diere lugar a su corrección debe fijarle el plazo de tres días que prevé el artículo 399 del Código Procesal Penal para que subsane su error..." Resolución falaz, si se toma en cuenta en este caso, que el rechazo, especialmente en el inciso b) relativo a que el recurso no contenía un razonamiento lógico jurídico que permitiese determinar la infracción, unido al inciso a) que no señalaba el sub caso de procedencia, es de carácter definitivo toda vez que denominar a estos, "errores que dan lugar a la corrección del recurso, es permitir, a través de un amparo la presentación de un nuevo recurso.

insiste en que lo legal es que al no cumplirse los requisitos el recurso debe ser desechado de plano¹¹, por la razón legal establecida en el artículo 444 Código Procesal Penal Guatemalteco, y por razones técnicas relacionadas con el objetivo del recurso.

En todo caso los requisitos formales están limitados por la esencia o modo del recurso que es el señalamiento de los errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida, que sería en todo caso la sentencia de la sala de apelaciones; de tal manera, el recurrente nada aporta cuando se refiere a lo que considera errores del Tribunal de instancia, pues la decisión expresa de la ley es que se refiera a errores de la mencionada Sala, error que se comete por litigantes frecuentemente.

En cuanto al fundamento del recurso, éste debe referirse siempre a los motivos generales del mismo. La propia ley obliga a tener por fundado el recurso, únicamente en caso cuando se expresen de manera clara y precisa los artículos e incisos que autoricen el recurso. La ley no pide únicamente cita de las leyes que autoricen el recurso, pide que se “expresen”, es decir siguiendo la connotación del Diccionario de la Lengua Española,¹² que se hagan patentes para darlos a entender, los motivos que autorizan el recurso. Además exige la ley, claridad y precisión, es decir que la información sobre los submotivos y la argumentación sobre las infracciones debe hacerse de modo tal que no quede duda alguna sobre la pretensión del recurrente. La Corte de Constitucionalidad ha tenido una doctrina vacilante al respecto, ello recientemente, pues en algunos fallos ha negado el amparo precisamente por la falta de claridad que el tribunal de casación ha esgrimido para el rechazo, lo

¹¹ Así lo establece el art. 445 del Código Procesal Penal.-

¹² Tomo I, Vigésima edición, página 622.

que impide el conocimiento del recurso, pero en otras ocasiones ha admitido los amparos.¹³

V. Admisibilidad del recurso.

Para la admisibilidad del recurso es necesario que se señalen los errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida, y se expresen con claridad y precisión los fundamentos legales que lo autorizan expresando de manera clara y precisa los artículos e incisos que lo autorizan así como los artículos e inciso que se consideren violados de las leyes respectivas. Ello implica que el recurso tiene límites que no pueden excederse; lo que el tribunal de casación necesita es que el planteamiento contenga una relación clara y precisa de los errores jurídicos de la resolución recurrida y la demostración que los mismos fueron cometidos en la misma. Por ello, insistimos, los argumentos no deben dirigirse contra la sentencia de primer grado, sino contra la sentencia del tribunal de apelación.¹⁴

La cita del caso de procedencia y los artículos infringidos es imperativa: Lo establecido en la ley hace referencia a que no puede citarse únicamente el caso de procedencia, aunque ello fuere en forma suficientemente clara, la ley exige la de los artículos e incisos que se consideren violados de las leyes respectivas. Esto lleva al tema de la naturaleza de las leyes que se citan como

¹³ Dando razón al tribunal de casación sobre el rechazo sobre falta de claridad del recurso, cfr. Fallo de la Corte de Constitucionalidad en exp. 539-2000: "Esta Corte... comprende que el imperativo contenido en el artículo 443 (del Código Procesal Penal... referente a que la admisibilidad de la casación se sujeta a que en el escrito respectivo se expresen de manera clara y precisa los artículos e incisos que autorizan el uso del recurso, se cumple cuando el recurrente cita y desarrolla los submotivos contenidos en los artículos 440 y 441 de aquel código. Esta aseveración tiene sustento en el hecho de que tales submotivos conforman la materia sobre la cual ha de versar la casación, son la base del recurso y atienden el fondo del asunto. Por tal razón, la exigencia contenida en ese precepto -artículo 443- debe entenderse como la obligación impuesta al casacionista para que genere el marco referencial, con análisis pormenorizado, que servirá de base al tribunal de casación al momento de emitir la resolución definitiva."

¹⁴ Así lo ha expresado constantemente la Corte Suprema: "El Tribunal de casación tiene limitado su conocimiento únicamente a los errores de la resolución recurrida, sin embargo los fundamentos fácticos del recurso en cuestión básicamente se concretan a señalar los errores jurídicos que, a juicio del recurrente contiene el fallo del Tribunal de Sentencia y no el de segunda

infringidas. Cuando el recurso es por motivo de forma, es obvio que las leyes a citar sean de naturaleza procedimental, pues lo que denuncia es un vicio in procedendo. Por otra parte si el motivo es por infracción de ley, es decir, por motivo de fondo, deberán citarse las que afectan el fondo del asunto, normalmente de carácter sustantivo.

Coherencia en la argumentación: otra posibilidad de inadmisión se encuentra en que no exista coherencia entre el submotivo que se invoca y la argumentación, fundamentación o razonamiento. Es decir, al tener una tesis sobre la infracción el recurrente debe hacer una fundamentación de la misma en forma coherente con la ley infringida. Por ejemplo, si el submotivo por el que se pretende introducir el recurso corresponde a los casos de quebrantamiento de forma, la argumentación debe ser coherente con ese motivo, es decir, relacionada con la infracción de procedimiento .¹⁵

VI. Recurso de casación por motivos de forma:

La ley procesal penal guatemalteca indica que por motivos de forma procede el recurso únicamente por los siguientes casos:

- 1) Cuando la sentencia no resolvió todos los puntos esenciales que fueron objeto de la acusación formulada, o que estaban contenidos en las alegaciones del defensor.

Este motivo, como se aprecia, contiene a su vez, dos submotivos:

- a) Cuando la sentencia no resolvió todos los puntos esenciales que fueron objeto de la acusación formulada. El precepto legal se

Instancia que es el recurrido....(por lo que)... se impone rechazar de plano el recurso analizado." Sentencia en expediente 132-97.

¹⁵ Así lo ha expresado la Corte Suprema: "El recurrente indica que interpone el recurso de casación por motivo de forma fundamentándose para el efecto en el inciso 2 del artículo 440 del Código Procesal Penal: Si la sentencia... no expresó de manera concluyente los fundamentos de la sana crítica que se tuvieron en cuenta, pero la tesis sustentada no tiene coherencia con el caso invocado, puesto que señala que la Sala debió haber analizado la alegación de su defensor y que tampoco debió haber omitido el análisis de la declaración de los testigos de descargo." (Sentencia en exp. 27-2000.

refiere a la no resolución de puntos esenciales de la acusación. Se entiende que tales puntos esenciales son aquellos contenidos en la acusación que formula el Ministerio Público con la petición de apertura del juicio, que señala el artículo 332 bis del Código Procesal Penal, especialmente aquellos a que se refieren los incisos 2,3 y 4 del relacionado artículo, de tal suerte que la ley a citar como infringida ha de ser ésta última. Se entiende que este submotivo solo podría ser alegado por el Fiscal o, en su caso, por el Querellante adhesivo, si ha planteado la Apelación.

b) Cuando la sentencia no resolvió todos los puntos esenciales que estaban contenidos en las alegaciones del defensor. Al respecto, los puntos esenciales han de referirse al derecho intrínseco de defensa del imputado, y obviamente tienen un postulante determinado: el defensor cuyas alegaciones han sido preteridas por el Tribunal de apelación, o en su caso, el imputado, en cuyo favor fueron proferidas tales alegaciones.

En ambos casos, el recurrente debe indicar cuales son todos los puntos esenciales de su pretensión y cuales son aquellos sobre los que no se resolvió en la sentencia.

2) Si la sentencia no expresó de manera concluyente los hechos que el juzgador tuvo como probados y los fundamentos de la sana crítica que se tuvieron en cuenta.

También en este caso puede apreciarse que hay mención de dos clases de infracción:

a) La no expresión de manera concluyente de los hechos que el juzgador tuvo como probados. Indudablemente los hechos tenidos como probados han de ser referidos a los que el Tribunal de instancia declaró. Este sub caso parece un resabio de la legislación anterior, así como una

contradicción de la ley. Si posteriormente expresa que el Tribunal de casación está sujeto a los hechos que se hayan tenido como probados por el tribunal de sentencia,¹⁶ su no expresión ninguna importancia tiene puesto que realmente correspondió a otra instancia declarar como probados tales hechos. No obstante lo dicho, algunos recurrentes han planteado recursos porque la Sala no expresó “los hechos que el juzgador tuvo como probados”, porque la generalidad de Salas se refiere a los mismos, como a los que el tribunal de sentencia tuvo por probados, haciendo innecesaria su repetición.

b) Cuando la sentencia no expresó los fundamentos de la sana crítica que se tuvieron en cuenta. En la mayoría de recursos planteados por este submotivo, se argumenta que la Sala no ha expresado los principios de la sana crítica en que se fundó, cuando lo que requiere este submotivo, es que no existan los fundamentos de este medio de valoración de la prueba de manera concluyente. Lo que la ley establece es que tales fundamentos sean efectivamente racionales y que se encuentren concluyentemente, es decir, que pueda arribarse a la conclusión que se tuvieron en cuenta al momento de la sentencia.

3) Cuando es manifiesta la contradicción entre dos o más hechos que se tienen por probados en la misma resolución.

Esta referencia legal es al caso que el Tribunal de Apelación se refiera en forma contradictoria a dos o mas hechos que se hayan tenido por probados. Los hechos que tanto el tribunal de apelación como el de casación deben respetar, son los que el Tribunal de Sentencia (esto es, en la primera instancia) haya determinado en el fallo respectivo. Estos hechos no pueden ser apreciados en forma contradictoria. Evidentemente aparece en este supuesto, el difícil problema de diferenciar entre los hechos y el derecho, problema

¹⁶ En cuanto a la intangibilidad de los hechos, art. 442 del Código Procesal Penal:

superado por la posición monista que precisamente postula la indiferenciación de ambos conceptos.¹⁷ Esta posición doctrinaria, esbozada en Alemania por Otto, expresa que el derecho solo existe en realidad cuando lo declara el juez mediante el juicio jurisdiccional, siendo en dicho juicio en donde refleja también su convicción sobre los hechos.¹⁸ Lleva esta posición a indicar que en consecuencia es absurdo limitar el conocimiento del Tribunal de casación únicamente al aspecto jurídico. En este trabajo adherimos hacia una posición moderada, en el sentido que la casación debe mantenerse, no ya con el perfil de la limitación antedicha, sino con el de constituirse en garante de la función nomofiláctica, es decir, como el supremo ordenador y protector del ordenamiento jurídico, conociendo que existe renombrada doctrina que basa la existencia de la casación en la dualidad mencionada, llegando incluso a considerar que la distinción es el concepto más importante de la casación.¹⁹

4) Cuando la resolución se refiere a un hecho punible distinto del que se atribuye al acusado.

Este submotivo al plantearse como infracción del procedimiento, debe tener como fundamento el que durante la resolución se haya dado al hecho una connotación distinta a la que se atribuye como motivo del juicio. La resolución debe referirse a un hecho punible y sea otro el motivo de la acusación y del

Limitaciones...Está sujeto a los hechos que se hayan tenido probados por el tribunal de sentencia..."

¹⁷ "no puede sino afirmarse que hecho y derecho son indivisibles en cualquier fase del proceso, e incluso son inseparables fuera del proceso, puesto que el derecho fuera del proceso no existe si no va referido a un hecho." Nieva F. Jorge. El hecho y el derecho en la casación penal, página 124.

¹⁸ Cit. Por Nieva F. Id. Pág. 129.

¹⁹ "No creemos que la diferenciación deba establecerse con un criterio teleológico, fundado en la finalidad de uniformar la jurisprudencia que se atribuye a la casación. Esta finalidad que, como ya hemos visto, está en realidad en el origen político del instituto, es ajena a su estructura puramente procesal. Creemos que debe invertirse el ángulo de observación: no se distingue el hecho del derecho para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, sino que esta uniformidad se obtiene, en mayor o menor medida, gracias a esta característica del recurso. El juez de casación resuelve casos concretos donde se controvierten intereses singulares. En cada uno de ellos de e examinar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas efectuadas por el Tribunal de juicio a los hechos establecidos, no en cuanto esa interpretación y aplicación sean "susceptibles de reproducirse por imitación o contagio, sino en cuanto norma general y abstracta, contenida en el ordenamiento jurídico positivo y aplicable al caso concreto." De la Rúa, Fernando, El recurso de casación, página 115.

juicio. Al introducir como submotivo de la casación el relacionado, deben mencionarse como infringidos, artículos relativos al procedimiento, y específicamente al derecho constitucional de defensa en lo relativo a la falta de intimación del hecho al que se refiere la resolución; ello, entre otros es violatorio del procedimiento, y cambia la forma normal del procedimiento de seguir el juicio por una imputación específica.

5) Cuando el fallo impugnado ha sido dictado por un tribunal incompetente por razón de la materia, cuya incompetencia no ha sido advertida.

Si el tribunal de sentencia o la sala ha sido incompetente por razón de la materia, y tal hecho no fue advertido con anterioridad es procedente el recurso por motivos de forma, pues con ello se quebranta el procedimiento, especialmente el derecho constitucional al juez natural.

6) Si en la sentencia no se han cumplido los requisitos formales para su validez.

En este caso es la sentencia la que carece de alguno de los requisitos establecidos en la ley para su validez. El artículo 389 del Código Procesal Penal establece los requisitos de la sentencia de primer grado. Tales requisitos, en lo aplicable, dada la naturaleza de la instancia, rigen para la sentencia de segundo grado, debiendo correlacionarse tal dispositivo legal, que es específico, con lo establecido en la Ley del Organismo Judicial, también en lo aplicable, pues el artículo 148 de tal ley, es de mayor aplicación en el campo del derecho civil.

La sentencia a que se refiere este submotivo es la de la Sala de Apelaciones, cuyos requisitos se obtienen del artículo 389 del Código Procesal Penal, exceptuándose los que sean muy característicos de la sentencia de primer grado, así como del mencionado 148 Ley del Organismo Judicial, en lo aplicable de acuerdo con la naturaleza del proceso penal.

Puede mencionarse como ejemplo de ley violada en este submotivo un artículo de frecuente utilización, como el 11bis del Código Procesal Penal, que puede servir de base para argumentar la falta de fundamentación de la sentencia, que origina la violación al derecho constitucional de defensa. En este caso debe tenerse en cuenta que aunque el relacionado artículo 11 bis, hace alusión a motivos de hecho, es claro que en el caso de la sentencia de Apelación ésta no puede hacer referencia a tales motivos, por indicación específica en cuanto a la sentencia de segundo grado en el sentido de no hacer mérito de los hechos que se declaren probados.²⁰

La motivación en este caso hablará suficientemente sobre los razonamientos que el tribunal ha tenido. El examen en este respecto se ha de referir a la ausencia de motivación, o como dice el Código Procesal Penal, carencia de motivación, concretamente la falta de exposición de los motivos que justifiquen la decisión judicial o fundamentos eficaces que la sustenten. La motivación a que se refiere esta ley, no es distinta a las de todas las resoluciones; específicamente la de la sentencia es aquel cúmulo de razones, que se dirigen en primer lugar a los elementos específicos de prueba que el juzgador ha considerado mas fiables para formar su convicción, así como las que le han dado esa fiabilidad, y desde luego las

razones que le permiten llegar a la conclusión contenida en el fallo.²¹

²⁰ El artículo 430 del Código Procesal Penal establece: "Prueba intangible. La sentencia no podrá en ningún caso hacer mérito de la prueba o de los hechos que se declaren probados conforme a las reglas de la sana crítica razonada. Únicamente podrá referirse a ellos para la aplicación de la ley sustantiva o cuando exista manifiesta contradicción en la sentencia recurrida."

²¹ "Cuando el fallo se base en pruebas directas, la resolución judicial explicitará cuales sean y en su eficacia representativa del hecho; si opera con presunciones, dejará constancia de los indicios -suficientemente probados- en que se apoyan, y del razonamiento lógico que permite -por presunciones e informaciones- llegar a la conclusión culpabilizadora o absolutoria. Una adecuada fundamentación obliga a descartar aquellos elementos de prueba que puedan

VII. Casos de Procedencia por infracción de ley o motivos de fondo.

Previamente a considerar cada uno de los submotivos en particular, es importante hacer notar que en relación con los motivos de fondo, todos los submotivos establecidos en el artículo 441 del Código Procesal Penal están afectados por un requisito previo que incumbe a todos los submotivos: que se refieran a infracciones legales, en primer lugar, y segundo: que tales infracciones hayan influido decisivamente en la parte resolutive de la sentencia o auto impugnados. Ha de notarse que la influencia de la infracción, se destaca con la palabra: decisivamente, esto es, que la influencia de la infracción sea la que determina o resuelve el fondo del asunto. Esto hace una diferencia en la casación guatemalteca, con el motivo de forma. En el vicio in procedendo debe darse la violación del procedimiento, necesitándose que ésta sea una violación esencial, en consecuencia, no cualquier violación al procedimiento habilita la casación, sino la infracción sustancial, es decir la que quebrante las garantías del debido proceso. Además, es importante señalar que el hecho de que no toda infracción procedimental permita el acceso al recurso, no quiere decir que pudiera accederse al mismo por infracción de norma legal, especialmente por el submotivo establecido en el artículo 441 inciso 5º. “si la resolución viola un precepto constitucional o legal”, pues esta disposición es atinente a los recursos por motivos de fondo, es decir, cuando se trata de la violación de una norma sustantiva, no implicando tampoco que no puedan alegarse infracciones de normas que aunque de contenido procesal tengan trascendencia en la aplicación de una ley sustantiva.

1. Error de derecho al tipificar hechos como delictuosos no siéndolo.

Este es el primer submotivo por error de derecho, consecuentemente ha de averiguarse en primer término si existe tal error de derecho, es decir en este

caso, una falsa apreciación al tipificar. Los hechos deben ser tipificados, es decir inscritos en un tipo, sin ser delictuosos. Esta es una infracción de carácter sustantivo, se trata del caso de calificar como delito una conducta, que bien puede ser ilícita o no, pero en todo caso no delictiva, como ejemplo se señala el caso de señalar como estafa un incumplimiento de pago originado por una deuda de carácter civil. Debe señalarse pues, en primer lugar un error jurídico consistente en que se atribuya ilicitud penal a un hecho, no encontrándose la misma determinada en el código respectivo.

1. Cuando siendo delictuosos los hechos se incurrió en error de derecho en su tipificación. En este caso el tribunal cuya resolución se impugna califica defectuosamente los hechos delictivos, dando a uno, por ejemplo la denominación de otros. En este caso la diferencia con el anterior, es que en el primer caso, los hechos no son delictivos. En este caso ambos hechos son delictivos, solo que el tribunal, que en derecho guatemalteco conforme la legislación vigente será siempre el de Apelación, yerra en la calificación, por ejemplo califica como robo unos hechos constitutivos de hurto.
2. Si la sentencia es condenatoria no obstante existir una circunstancia eximente de responsabilidad, o un motivo fundado para disponer el sobreseimiento definitivo.

En este submotivo existen varios aspectos que deben ser considerados. El primero, relativo al fallo a impugnar; debe ser siempre un fallo condenatorio, dada la condición exigida en la ley. En el mismo debe existir una circunstancia eximente de responsabilidad. En este punto, el legislador no indica si la eximente es de responsabilidad penal, o de que clase de responsabilidad está hablando. Normalmente se conocen las circunstancias que eximen de responsabilidad penal, que se

encuentran en el Título III de la parte general del código penal. Sin embargo, no restringe la ley a estas circunstancias, pues al hacerlo hubiese indicado que se trataba de la responsabilidad penal. Por tal razón se han planteado recursos de casación con base en este submotivo, que esgrimen la existencia de una eximente de responsabilidad civil, especialmente cuando el casacionista es una de las partes civiles que ha sido condenada en el proceso.

También el sub caso de procedencia alcanza la situación de existir un motivo fundado para disponer el sobreseimiento definitivo.

3. Si la sentencia tiene por acreditado un hecho decisivo para absolver, condenar, atenuar o agravar la pena, sin que se haya tenido por probado tal hecho en el tribunal de sentencia.

En este caso el tribunal de apelación tiene por acreditado uno de los hechos a que se refiere el submotivo, que no se tuvo por probado en el tribunal de sentencia. Lo importante es que el hecho que ha servido a la sala, se haya tomado como decisivo, y el tribunal de sentencia no lo tuvo por probado.

4. Si la resolución viola un precepto constitucional o legal por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación, cuando dicha aplicación haya tenido influencia decisiva en la parte resolutoria de la sentencia o del auto.

Este submotivo es uno de los más utilizados por los litigantes cuando esgrimen motivos de fondo. Se trata del típico motivo de fondo por infracción de ley. Nuestra legislación establece las clases de infracción a que ha de referirse el casacionista. También ha de señalar la forma en que dicha violación ha tenido influencia en el fondo de la sentencia. Pero la ley exige que la influencia de que se trate sea

decisiva, por lo que ha de suponerse que se refiere a que es trascendental para el fallo.

La violación puede ocurrir, de acuerdo con la descripción literal de la ley, en varias formas:

1º. Por errónea interpretación del precepto legal. De acuerdo con constante jurisprudencia,²² dentro de este concepto se comprende especialmente la aplicación de una norma legal de las indicadas, a una hipótesis no contemplada en ella, o desobedeciendo la norma pese a citarse como base del razonamiento.

2º. Si la resolución viola el precepto legal por indebida aplicación. En este caso la jurisprudencia ha estimado que se ha aplicado la norma a una situación que necesita la aplicación de otra por ser más apropiada ésta última, es decir, que la aplicación de la ley ha sido incorrecta porque no se ajusta a los hechos a los que se refiere y sí es posible ajustar otra norma a tales hechos.

3º. Si la resolución viola el precepto por falta de aplicación. La norma jurídica que corresponde no se aplica total o parcialmente por la Sala de Apelaciones.

Nótese que, el caso de la indebida aplicación y la falta de aplicación, son excluyentes, es decir, no pueden coexistir, por lo que la fundamentación del planteamiento por estos submotivos ha de ser muy cuidadosa, a efecto de que el Tribunal de Casación tenga una visión clara de la impugnación, y que advierta que esta efectivamente ataca los fundamentos esgrimidos por la Sala, es decir, los errores jurídicos, como lo establece la ley. (el artículo 442 ya citado.).

VIII. Planteamiento concreto del recurso.

²² Fallos de la Corte Suprema. Recientemente en fallo del Recurso 155-2003.

El escrito conteniendo el recurso de casación contendrá los siguientes elementos:

1. Introdutorios: a) Tribunal a quien se dirige el recurso: Debe dirigirse a la Corte Suprema de Justicia, pues así lo requiere expresamente el artículo 443 Código Procesal Penal; b) El nombre de la persona que interpone el recurso, que ha de ser uno de los sujetos procesales, por indicarlo así los artículos 398 Código Procesal Penal: únicamente podrán recurrir quienes tengan interés directo en el asunto, y 438: El recurso de casación... podrá ser interpuesto por las partes.
2. Básicos: a) expresión concreta de los motivos, con referencia a si se trata de motivos de fondo o de forma, así como de los artículos e incisos de ellos que se hayan infringido en la resolución impugnada (artículos 439,440,441 Código Procesal Penal; b) la fundamentación del recurso, es decir, la expresión de los argumentos, respecto de las violaciones que se denuncian, en forma clara y precisa, ello implica que tales argumentos se han de realizar en cierto orden, comenzando por los aspectos de forma, analizando la ley que se denuncia como infringida, tanto en cuanto a la forma en que ha sido infringida, como en cuanto a la que el interponente pretende que se aplique, es decir, los alcances que el postulante da a dicha norma. La referencia a la fundamentación, claridad y precisión, la hace el artículo 443 del Código Procesal Penal. Por supuesto la claridad hace también relación a la pureza del lenguaje jurídico a utilizar.²³

²³ "Las reglas gramaticales, especialmente las ortográficas y las sintácticas, deben observarse con el mayor cuidado pues alimentan la presencia del interponente o del Abogado auxiliante. Los señalamientos e impugnaciones pueden ser hechas con firmeza e incluso en el ataque a la decisión de la Sala, puede permitirse cierta dureza, y censuras abiertas y elocuentes sin que se llegue al insulto, a la diatriba ni a la vulgaridad. Deben ser frenados los impulsos ofensivos del interesado que lastimado por la decisión de la Sala quisiera en descargo a su resentimiento, que se usaran frases cargadas de palabras ofensivas."Hurtado Aguilar, Hernán, Manual de casación penal, página 112.

3. Peticiones. A) Si el recurso es de forma la solicitud de la anulación de la sentencia, y el reenvío al tribunal que corresponda. B) Si se trata de motivo de fondo, que se declare procedente el recurso, se case la sentencia impugnada y se resuelva el caso conforme a la ley doctrina aplicables.

IX. La sentencia en casación.

Así como el postulante de la casación debe atenerse a las limitaciones propias del recurso, por su naturaleza extraordinaria, el tribunal en su sentencia tiene las mismas limitaciones, y debe referirse únicamente a los errores jurídicos que le han sido denunciados que se encuentren en la resolución recurrida. En la legislación guatemalteca, el tribunal de casación no tiene ninguna posibilidad de referirse a los hechos, como sí la tiene el de apelación especial, aunque sea para referirse a ellos para la aplicación de la ley sustantiva o cuando exista manifiesta contradicción en la sentencia recurrida. Como en la práctica es realmente difícil hacer abstracción de los hechos del proceso aunque se analicen errores jurídicos de la resolución que se impugna, se estima que una futura legislación mas realista en cuanto al recurso, prescinda de la dicotomía y acoja una tesis monista en relación con el tema hechos derecho.

Capítulo VII

Propuesta de reforma de la legislación guatemalteca en materia de recurso de apelación especial contra la sentencia.

I. Antecedentes

Aspectos de los recursos en el proceso penal guatemalteco que deben tomar en cuenta como precedentes:

No hay un buen estudio sobre el tema de los recursos, especialmente sobre el de casación si no se toma en cuenta la forma en que se diseñó originalmente el sistema de recursos en lo que fue el proyecto Mayer Binder que dio origen a lo que actualmente es el Código Procesal Penal Guatemalteco. Este diseño original es desconocido por la mayor parte de estudiosos del tema, lo cual no es razonable si convenimos en que dicho proyecto fue el que abrió el camino de lo que actualmente es la legislación procesal penal contemporánea en nuestro medio. Se explica en la exposición de motivos del citado proyecto, que las novedades más importantes quedaban descritas más por lo que se omitió regular que por lo regulado. Así, se hace referencia a que en este proyecto se prescindió de la apelación tradicional como duplicación de la primera instancia, pues la regla de inmediación inscrita en tal proyecto manda “que solo los jueces que presenciaron el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia”.¹

¹ “También sin esa regla, cualquier neófito se daría cuenta de que un tribunal posterior, que no ha presenciado el debate, carece de base para el fallo, pues, aun apelando a métodos modernos de reproducción, la inasistencia de los jueces de fallo al debate que lo funda provocaría la pérdida de toda la sustancia y razón de ser del juicio oral, implicaría un regreso a la delegación. Es por todo ello que Binding dijo, con razón, que concebir un recurso amplio contra la sentencia obtenida sobre la base de un debate oral, inmediato y público (apelación) no era concebir una “segunda instancia”, en el sentido de un re examen del caso en relación a los elementos de prueba que el tribunal de “primera instancia” tuvo como fundamento para decidir, a su vista, sino, por el contrario concebir una nueva o segunda primera instancia, mejor o peor que la primera, pero con base en su propio debate y en su propia adquisición probatoria, esto es, sin función alguna de control.” Binder, A., Maier Julio, B. J. La Reforma de la Justicia Penal, páginas 18-19.

No se niega en el anteproyecto la posibilidad de que en este sistema exista la apelación, pero en ella, advierte, deben tenerse en cuenta por lo menos, las exigencias de un nuevo debate oral y público en el que se cite de nuevo a todos los órganos de prueba, y se lleve a cabo la elucidación de todos los órganos de prueba frente al tribunal revisor, con la advertencia también que estos tendrán mayores pérdidas de tiempo y molestias, debiendo señalarse además de lo indicado, que el segundo debate estando más alejado temporalmente del momento del hecho, y aún en el caso (dudoso para el medio guatemalteco) de utilizarse los mejores recursos tecnológicos, hará a los mencionados órganos de prueba menos efectivos, por la dificultad del recuerdo sobre los hechos, o la desaparición de algunos vestigios, poniendo finalmente a la disposición del caso en jueces peor informados, además, como advertía Binding, que este nuevo debate sería una nueva primera instancia, y su resultado una nueva sentencia de única instancia, y lo que es peor, no pudiéndose afirmar en forma alguna que el segundo juicio tenga mejores posibilidades de acierto que el primero.²

Se pasa directamente en el proyecto inicialmente mencionado al recurso de casación, que en el proyecto es una casación abierta, sin motivos específicamente determinados y que en el proyecto se denomina recurso de anulación. Este recurso de anulación fue tomado a su vez del anteproyecto por los autores del proyecto del actual código César Barrientos y Alberto Herrarte, para “inventar” lo

² Desaparecía en dicho proyecto el recurso de apelación, tanto como forma de impugnación de la sentencia, como medio impugnativo en etapas anteriores, para no permitir interrupciones en la investigación y aprovechar en beneficio de la celeridad, sin menguar las facultades de los sujetos procesales quienes tienen a su alcance otros medios de impugnación con idéntico valor que la mera apelación, tales como la revisión de las medidas de coerción y otras. Binder A., Maier J., ob. cit. página 20.

que hoy se denomina apelación especial. En la actualidad, la legislación chilena ha recogido este recurso de anulación, con mucho éxito, obviándose por consecuencia la apelación denominada en nuestro medio especial y la casación pues la anulación ocupa el lugar de ésta última.

Es deseable que como medio de impugnación directa de la sentencia de primer grado, quede sólo la apelación (denomínese apelación especial o simplemente apelación) y que el recurso ante la Corte Suprema de Justicia, el de casación tenga por razón de existencia la de unificar la doctrina de los tribunales. Es deseable también que una futura legislación contemple el destierro en definitiva el amparo en material judicial, pues aunque ese destierro puede parecernos aparente conforme lo dispuesto en la ley de amparo, en el sentido que en materia judicial únicamente procede éste cuando “después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”³, en la práctica, dado su número, se ha utilizado esta noble institución para demorar sin justificación alguna los procesos, y tomando en cuenta también que la multa máxima a los abogados por la interposición de amparos notoriamente improcedentes es de mil quetzales (al cambio a la fecha de la edición el equivalente a ciento doce dólares aproximadamente).

Propuesta de reforma de la legislación guatemalteca en materia de apelación especial.

A) El futuro de la apelación especial en Guatemala.

La regulación establecida en los artículos 217 y 218 de la CPG

³ Art. 46 de ley de Amparo (Guatemala).

ha hecho pensar que debe establecerse una corte de apelaciones, y consecuentemente que los procesos deben tener un recurso de apelación y una sentencia de apelación. En esa virtud el legislador establece en el Código Procesal Penal el recurso de apelación especial, que es el utilizado para impugnar las sentencias de los tribunales de sentencia.

El legislador constituyente, originalmente establecido en 1985, no podía tomar en cuenta que en la reforma de la legislación procesal penal que se originó en 1991 y se concluyó, con su entrada en vigor en julio de 1994, se establecería un sistema, con implantación del juicio oral y con tendencia hacia el modelo acusatorio. Este giro procesal, hace que la apelación, concebida a la manera del modelo inquisitivo, es decir, la apelación tradicional, no pueda ser utilizada, y que deba utilizarse una fórmula que, sin necesidad de repetir la fase de prueba, permita analizar los fundamentos jurídicos de la sentencia, y analizar los errores que aquellos contengan. En consecuencia el legislador establece, con el nombre de apelación especial realmente una casación abierta, si se toma en cuenta que los casos de procedencia no contienen un número cerrado de ellos, sino que establece en forma amplia los motivos generales contenidos en el artículo 419 del Código Procesal Penal: el recurso solo podrá hacerse valer si la sentencia contiene cualquiera de los siguientes vicios: a) de fondo: por inobservancia, interpretación indebida o aplicación errónea de la ley, b) de forma: inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto del procedimiento. Una de las primera consecuencias de esta amplitud, que peca por exceso, es cierta desorientación de los litigantes, al tener que plantear concretamente

sus impugnaciones, especialmente por la falta de una sistematización de la jurisprudencia al respecto.

II. Propuesta:

En el entendido que estamos realmente ante una casación, podrían reformularse los motivos del recurso, no para limitarlos, sino para delimitar algunos, a manera de guía para los sujetos procesales. Algunos o la totalidad de estos motivos pueden ser los contenidos actualmente en el recurso de casación (artículos 440 y 441 del Código Procesal Penal) con la diferencia que deberá agregarse una disposición de carácter general, que se refiera a cualquiera otros motivos que ataquen los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia, en un caso, o bien que ataquen la infracción de las formas esenciales del proceso.

La propuesta persigue una reforma legal que establezca, en cuanto a los motivos de la apelación especial, lo siguiente:

- a) que la motivación del recurso debe referirse al fundamento jurídico de la sentencia.
- b) En coherencia con el segundo párrafo del artículo 418, que se deben indicar separadamente los motivos, así como separadamente las alegaciones en cuanto a las infracciones legales correspondientes. Ello depura los planteamientos y evita rechazos por falta de claridad.
- c) La falta de tradición casacionista hace que los litigantes no cumplan, sin culpa de su parte, la última fracción del artículo 418. Un requerimiento concreto acerca de la necesidad para el tribunal de conocer la ley aplicable o la forma de su interpretación desde el punto de vista del recurrente, puede ser de utilidad para el tribunal.

En orden a lo anteriormente expresado, los motivos de la apelación especial, pueden ser expresados en una futura reforma de este recurso, de la siguiente manera:

“Artículo xx. Casos de procedencia. Procede el recurso de apelación especial (podría sustituirse por casación) por infracción de un precepto legal. Si la infracción constituye un defecto del procedimiento el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o hecho protesta de anulación.””

La procedencia del recurso queda así señalada en forma amplia, contemplando la infracción de toda ley, fundamentalmente las de carácter constitucional, pero también las de carácter material o sustancial o bien las de procedimiento, los clásicos casos de procedencia por razones de fondo o de forma. Se señala que por conveniencia de los sujetos procesales, especialmente de litigantes neófitos, que generalmente lo somos todos al plantear nuestros primeros recursos la ley puede expresar submotivos especiales que, sin ser limitativos puedan servir de guía, ya que la inexperiencia en casación, hace incurrir en desorientación y ello puede ser motivo de resoluciones de rechazo o al menos acerca de defectos señalados por la Sala. Esto es, se señalan unos submotivos, que son a manera de referencia, pero se deja abierta la puerta para otros casos que la ley no pueda contemplar, en beneficio del derecho al recurso.

Se abandona también la referencia a inobservancia, aplicación indebida o interpretación errónea, dejando amplitud para el señalamiento de la infracción, pues la especificación en la ley sobre tales aspectos ha dado motivo a rechazos, no siempre convenientes a los derechos de defensa y de uso de recursos. De esa manera, la

ley indicará la posibilidad, más no la obligatoriedad del uso específico de los motivos. A saber:

“Artículo xx. Podrá interponerse el recurso de apelación especial cuando se infrinja la ley en alguno de los siguientes casos:

- 1) Por violación de norma constitucional.
- 2) Cuando la sentencia no resolvió los aspectos fundamentales de la acusación.
- 3) Cuando la sentencia no resolvió los aspectos fundamentales de los alegatos de la defensa.
- 4) Cuando la sentencia no expresó concretamente los hechos que el Tribunal tuvo por probados.
- 5) Cuando en la sentencia no quedaron establecidos los fundamentos de la sana crítica que se tuvieron en cuenta.
- 6) Cuando habiéndose expresado los hechos que el tribunal tuvo por probados, existe contradicción entre dos o más de ellos.
- 7) Cuando la resolución se refiere a un hecho punible distinto al que se imputa al acusado.
- 8) Cuando el tribunal que dictó el fallo era incompetente por razón de la materia.
- 9) Cuando la sentencia no contiene los requisitos formales.
- 10) Cuando se incurra en error al tipificar los hechos. Cuando no obstante existir una causa eximente de responsabilidad o de sobreseimiento, se dictó sentencia condenatoria.
- 11) Cuando en la sentencia se tuvo por acreditado un hecho decisivo para absolver, condenar, atenuar o agravar la pena, sin que se haya tenido por probado.

- 12) En cualquier otro caso en que la resolución infrinja la ley, cuando dicha infracción haya tenido influencia decisiva en el resultado de la sentencia o el auto.””

Como puede apreciarse se reúnen todos estos motivos es un solo caso de procedencia que es el de infracción de la ley, pues tanto los vicios de fondo como los de forma pueden quedar incluidos en él.

Se estima que una regulación en el sentido indicado puede dar mejores perspectivas al planteamiento de apelaciones especiales, tomando también en cuenta el principio favor libertatis. Por otra parte, ayudaría a delimitar mejor los razonamientos de los recurrentes, toda vez que los casos señalados constituyen un punto de referencia para la fundamentación del recurso, que es un requisito del planteamiento. Como antiguo litigante en materia de recursos y ahora juez de casación, el autor considera que al realizar el planteamiento tendrá un mejor enfoque para sus motivaciones si tiene un marco de referencia como el submotivo establecido por la ley. Además, no será un marco rígido pues el litigante que considere no encontrar su motivación en el *númerus clausus* de la ley podrá manifestarlo en la cláusula abierta dejada para el efecto que puede encontrarse en el número trece anterior. Por otra parte, en la resolución en donde se indique un plazo para la corrección de errores, la Sala puede hacer referencia muy concreta al caso, si estima que en cuanto al mismo no se han llenado requisitos, no pudiendo ocurrir lo que en algunos casos, en el sentido que se concede el plazo para la corrección de defectos, sin que en la resolución se indique concretamente cuáles son éstos.

Como consecuencia de la no utilización de motivos de inobservancia, errónea aplicación o interpretación indebida, los

artículos relativos a la sentencia, que en la actualidad mencionan tales casos, deben reformarse para establecer una norma general como la siguiente:

“Artículo xx. Sentencia (efectos). Si la sentencia acoge el recurso

relativo a infracción de ley de carácter sustantivo, el tribunal de apelación dictará la sentencia que corresponde. Si la infracción señalada es de carácter constitucional o se refiere a un defecto del procedimiento, anulará la resolución impugnada ordenando la renovación del trámite desde el momento que corresponda.

Los demás preceptos existentes actualmente de apelación especial, deberá acomodarse, especialmente para referirse, al motivo general de infracción de ley.

En conclusión se estima que un futuro recurso de apelación especial, debe sin eufemismo alguno, cumplir la función que actualmente cumple la casación ante la Corte Suprema de Justicia pues como se ha indicado, su naturaleza es prácticamente la misma, y se evitaría lo que en la actualidad ocurre, que exista doblemente el recurso de casación en detrimento no solamente de principios procesales básicos, especialmente el de celeridad y el de favor libertatis, sino esencialmente del propio sistema procesal guatemalteco y de una técnica mas depurada en el planteamiento de los medios de impugnación.

No faltarán quiénes clamen por una completa segunda instancia, del tipo de la denominada apelación plena, que como vimos es prácticamente imposible por la imposibilidad de reproducir en forma idéntica la primera instancia. Lo que puede hacerse y eso posiblemente sea más bien una técnica a utilizar en las cámaras de apelación, es tener a la disposición la filmación completa del juicio

en primera instancia, algo a lo que hay que aspirar, y que posiblemente las condiciones económicas de nuestro país, especialmente del sector justicia, impidan de momento pero que puede dar buen resultado si se toman en cuenta los siguientes aspectos:

- a) la garantía del doble grado de jurisdicción en el sentido que para que el tribunal de apelación pueda conocer el juicio anterior se debe filmar, y que el conocimiento del razonamiento sobre los hechos probados y de los medios de prueba, se amplíe a la fórmula arriba propuesta, lo que posibilita el derecho a un segundo examen de manera mas completa.
- b) Se permita al recurrente discutir abiertamente no solo sobre el derecho sino también sobre los hechos declarados como probados por el Tribunal de sentencia; esto hace que el recurso esté a la altura de dictámenes sobre la segunda instancia emitidos por comités internacionales sobre derechos humanos que reclaman que “el fallo condenatorio y la pena sean revisadas íntegramente” y que esa revisión no se limite a los aspectos formales o legales de la sentencia.⁴
- c) Posibilitada por medios tecnológicamente aceptables, como la grabación o la filmación, la comprobación de la valoración de la prueba alcanzaría no solamente a las pruebas documentales sino a las pruebas puramente personales, pues sobre todas debe proyectarse el control de la racionalidad del juez que dictó la sentencia en primera instancia.

⁴ Como el dictamen del Comité de Derechos Humanos de las NN. UU. Del 20-7-2000, cit. Por Urbano C. E., La nueva casación penal. Página 55.

- d) El tribunal de apelación ha de ser mas exigente en cuanto a la motivación de la sentencia no solo en cuanto a los elementos de prueba, la calificación jurídica de los hechos y de la pena a imponer sino, en un aspecto en donde se ha descuidado mucho la motivación: aludo aquí a la falta de motivación en primer lugar en cuanto a las responsabilidades civiles, y en segundo, más importante aún según mi criterio, la falta de motivación sobre los juicios de inferencia obtenidos por el Tribunal de Sentencia, grave falla que debe eliminarse en una nueva apelación especial. La eliminación de esta falla conlleva por otra parte la obligación del tribunal de hacer constar de manera concreta y específica los fundamentos jurídico racionales que le llevaron a la decisión de fondo, con lo que se obtendría un juicio, razonamiento o sentencia más técnico e integral.
- e) Finalmente la decisión legislativa sobre la realización de la vista en forma obligatoria, con el objeto de que la reproducción de la prueba por los medios tecnológicos ya mencionados, conste a todos los sujetos procesales y se tenga casi por repetido el juicio oral de la primera instancia.
- f) Se considera que realizando las modificaciones necesaria en el sentido relacionado, se estaría cumpliendo en mejor forma la disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el derecho a la revisión del fallo por un tribunal superior, revisión que por ahora solamente se realiza en los aspectos jurídico formales.

Capítulo VIII

Presente y futuro del recurso de casación: ensayo de lege ferenda.

Algunas cuestiones sobre la casación en la época presente.

Que se encuentra duplicado en la legislación guatemalteca.

El retardo en el trámite. Un solo recurso contra la sentencia satisface el requerimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Múltiples formalismos. Utilización del amparo como tercera instancia. Fundamentos de una nueva casación guatemalteca.

I. Algunas cuestiones sobre el recurso en la época presente.

Existen en la época actual algunos aspectos del recurso de casación guatemalteco, sobre los que vale la pena detenerse en vista de que a pesar de que los litigantes nacionales, no han cuestionado, o al menos no seriamente, tales aspectos forman parte de cuestionamientos que se hacen a la existencia del mismo. Tales cuestionamientos son, en resumen:

1. Que el recurso de casación se encuentra establecido de una manera doble aunque con distinta denominación en el proceso guatemalteco.
2. Que como consecuencia de realizarse un doble planteamiento sobre la misma materia se produce un retardo en el trámite procesal, por lo que es necesaria una reforma procesal dejando establecido un solo recurso que en Guatemala se denomina Apelación especial pero con la naturaleza de una casación, y establecer una casación para la unificación de la doctrina que conocería la Corte Suprema de Justicia.

3. Que el derecho establecido en el Pacto de San José, a que un tribunal superior revise el fallo, se satisface con una sola de las impugnaciones de la sentencia de Instancia.
4. Que pese a que existe alguna jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en cuanto a la reducción de ciertos formalismos tradicionales, los mismos continúan aplicándose, demorándose también el trámite.
5. Que existe también jurisprudencia de la misma corte constitucional en cuanto a aspectos estrictamente jurisdiccionales de la Casación, cuya aplicación va en detrimento no solamente de la institución sino también de la celeridad procesal.

Existen algunos otros cuestionamientos, pero se tratarán dentro de los temas anteriormente indicados.

1. Que el recurso de casación se encuentra doblemente establecido en la legislación guatemalteca.

Ya anteriormente se hizo alusión a la existencia de una doble casación, sin embargo volvemos al tema con mayor detenimiento. Lo primero que debe de señalarse es que conforme los fundamentos del actual sistema procesal guatemalteco, no es posible una apelación tradicional, es decir, una revisión total del caso por el tribunal de alzada. Lo que procede en la apelación es el re-examen de los aspectos jurídicos tanto de fondo y de forma del caso, puesto que la situación de hecho quedó establecida ante el Tribunal del Juicio. Este nuevo examen se realiza en un tribunal de segundo grado, que generalmente es el tribunal de apelaciones. Por ello, el recurso contra la sentencia de primer grado en el sistema guatemalteco, es el de Apelación, al que el legislador denominó

especial, para diferenciarlo del recurso de apelación de autos interlocutorios emitidos por el juzgador de primera instancia. El objetivo es el ya dicho: examinar las cuestiones jurídicas de fondo y de forma que las partes denuncien como infracción, la decisión de la ley en este caso (artículo 442 Código Procesal Penal Guatemalteco) es que el tribunal está sujeto a los hechos que se hayan tenido por probados en el tribunal de sentencia. Por ello también en lo que fuera anteproyecto del Código (1989), elaborado por A. Binder y J. Mayer, únicamente se estableció como impugnación de la sentencia, el recurso de casación, pues el juicio penal de única instancia sobre los hechos como el nuestro, solo admite contra la sentencia un recurso limitado a las cuestiones jurídicas procesales y materiales que la afectan, exceptuado el caso de las infracciones constitucionales dentro del mismo. Omitía el anteproyecto un recurso amplio como el de Apelación de la Sentencia tradicional que abarcaba los hechos y las pruebas, pues en el sistema de juicio oral que se adoptó (finalmente al aprobarse el código en 1992, y al entrar en vigencia éste en 1994), una apelación tradicional significaba duplicar el juicio en relación con los hechos, es decir realizar una primera instancia por segunda vez, contraviniendo los principios del juicio oral, especialmente el de inmediación, y por evitarse hasta donde sea posible los problemas de la imposible repetición, en la práctica, del juicio en la segunda instancia.

El legislador nacional de la época, con sus escasos conocimientos sobre juicio oral y la amplia práctica forense sobre el sistema inquisitivo y el procedimiento escrito, quedó desorientado ante el anteproyecto porque aún la Constitución política, al referirse a la organización del poder judicial, hace

mención en la sección tercera capítulo IV del título IV de la “Corte de Apelaciones”, y advertido en cuanto a que regular una apelación tradicional implicaría un retroceso al sistema netamente inquisitivo que se utilizaba, reguló la Apelación especial, en la que el objetivo fuera coherente con el sistema de juicio oral, es decir, el análisis de las cuestiones jurídicas procesales y materiales que afectaran la sentencia de primer grado, solamente que para diferenciar este recurso de la casación, se reguló la apelación especial como una casación abierta, sin enumeración concreta o limitada de los motivos es decir *numerus apertus*, (solo indicando que el mismo procede por motivos de fondo y de forma) otorgando la ley la posibilidad de una manera concreta, de ampliar o corregir el recurso cuando en el planteamiento del mismo exista defecto u omisión de fondo o de forma, caso en que el tribunal concede al interponente un plazo de tres días para la subsanación que corresponda.¹ Por ello pensamos que el legislador realmente lo que reguló fue una casación especial, por ser abierta, y no una apelación, pues no es una apelación con re-examen de la totalidad del caso, ni una apelación limitada sino un recurso en el sentido que los redactores del anteproyecto sugirieron para el caso de regular una apelación: que respetara los principios del juicio oral y público. La primera sugerencia fue la relativa a que si se establecía una apelación, se debió establecer un nuevo debate, con nueva citación de los órganos de prueba, señalando que esta nueva celebración no carecería de motivos de rechazo, fundamentados, puesto que se trataría de un debate más alejado temporalmente del momento del hecho y menos efectivo por la

¹ Artículo 399 del CPP de Guatemala.

capacidad de recuerdo de testigos. Es decir, en el caso de sistema de juicio oral de dos instancias, la segunda debió ser, un nuevo juicio con nueva sentencia, no un control sobre la decisión anterior.²

Sin embargo, el legislador se decidió por una casación con el nombre apelación especial, lo que hace técnicamente que exista esta casación con el ya referido nombre, y la casación que conoce la Corte Suprema, que es una casación cerrada (*numerus clausus*), con base en los submotivos de fondo y de forma a que expresamente se refiere y que ya han sido comentados.

Aunque la exposición de motivos del Código (no del anteproyecto), indica que la casación es de alguna manera la repetición de la apelación especial,³ se disiente totalmente de tal aserto, pues realmente lo que ocurre es lo contrario, se repite en casación la casación que con el nombre de apelación especial figura en el Código, solamente que la que se tramita ante la Corte Suprema debe formularle por los submotivos que la ley enumera. De acuerdo con la exposición de motivos, el legislador es proclive a la teoría dualista, que hace una separación entre los hechos y el derecho pues al referirse al recurso (aunque separa la apelación especial de la casación) indica que la función de la apelación y de la casación es partir de los hechos que el tribunal de sentencia ha tenido por probados, pues tales hechos, sobre los que el tribunal de sentencia ha dictado su fallo son intangibles e inmodificables. También se disiente en este trabajo de este último aserto pues los

² Binder, Alberto; Maier Julio B. J. Exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Penal para Guatemala. Págs. 61, 62.

³ Código Procesal Penal, exposición de motivos. Pág. LXXV

hechos no son absolutamente separables de las consideraciones jurídicas, es más, les sirven de base, pues como afirma el ya citado Nieva Fenoll, los hechos y el derecho considerados desde un punto de vista monista están repletos de vasos comunicantes cuando entran en el proceso.⁴

El instrumento indispensable para garantizar la interpretación de la ley penal material y procesal estaría entonces constituido por la primera casación, la llamada apelación especial de nuestra ley procesal guatemalteca, por lo que volver a una segunda versión de dicho instrumento para que la Corte Suprema, vuelva a realizar la misma tarea, solo que referida a casos específicos de procedencia, es andar doblemente el mismo camino en perjuicio de una administración de justicia rápida y objetiva.

De ese orden concluimos en que la casación guatemalteca no responde a las necesidades que podrían justificarla; por una parte, por exceso, ya que existe un recurso con la misma finalidad (conseguir la sujeción de los jueces al cumplimiento y observancia del principio de legalidad: función nomofiláctica), y tratándose de un sistema de única instancia en cuanto a la presencia del tribunal para la elucidación de los medios de prueba, es suficiente con el mencionado recurso de apelación especial, que por supuesto requeriría de algún complemento no sustancial, al que mas adelante nos referimos en la propuesta específica de lege ferenda. Es preciso entonces realizar al mismo tiempo una reforma sustancial al recurso de casación para que tenga el contenido y objetivo de ser unificador de la doctrina jurisprudencial de los tribunales inferiores.

⁴ En “El hecho y el derecho en la casación penal”. Página 131.

2. El retardo en el trámite.

El hecho en sí de plantear un segundo recurso de casación o casación propiamente dicha, que en el fondo debe comprender los mismos motivos básicos que la apelación especial, es decir, motivos de forma o quebrantamiento del procedimiento y motivos de fondo o de infracción de la ley penal material que hayan influido en la decisión, implica de hecho un retardo, al tener que esperar el trámite que conlleva, su admisibilidad, la vista pública y la elaboración de la sentencia. Por si ello fuera poco, y tomando en cuenta que normalmente los imputados que plantean este recurso se encuentra en prisión, cuando se dan resoluciones de inadmisión o improcedencia de la casación, los interesados acuden al amparo, lo que hace que deba tomarse en cuenta también el tiempo que lleve dicho proceso constitucional, que, como agregado, también puede plantearse contra la sentencia de casación, cuando lo conveniente al principio de celeridad procesal sería el planteamiento de una apelación especial (como una casación de la actualidad, solamente reformada en el sentido de dar mas amplitud para su admisión) y dejar la casación para la unificación de la doctrina, con los caracteres que adelante describimos.

Es deseable que como medio de impugnación directa de la sentencia de primer grado, quede solo la apelación (denomínese apelación especial o simplemente apelación) y que el recurso ante la Corte Suprema de Justicia, el de casación tenga por razón de existencia la de unificar la doctrina de los tribunales. Es deseable también que una futura legislación destierre en definitiva el amparo en materia judicial, pues aunque esa ausencia es aparente conforme lo dispuesto en la ley de amparo,

en el sentido que en materia judicial únicamente procede éste cuando “después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”⁵, en la práctica, dado su número, se ha utilizado esta noble institución para demorar sin justificación alguna los procesos, y tomando en cuenta también que la multa máxima a los abogados por la interposición de amparos notoriamente improcedentes es de mil quetzales (al cambio a la fecha de la edición el equivalente a ciento doce dólares aproximadamente).

3. El derecho a un recurso contra la sentencia, establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se satisface con la apelación especial establecida en el Código Procesal Penal.

Como ha mencionado supra, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8.2.h el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Como se ha indicado antes, el Código Procesal Penal ha previsto el recurso de apelación especial contra la sentencia, en los casos en que se ha mencionado. Por su forma de regulación, motivos de fondo y de forma, (indicando taxativamente cuales son unos y otros) y la referencia a la cita concreta de motivos y preceptos legales así como la aplicación que se pretende de aquellos que se estiman infringidos (ya sea por errónea aplicación o inobservancia),⁶ no existe una diferencia sustancial con la denominada propiamente casación, que también se refiere a motivos de fondo y de forma, la cita

⁵ Art. 46 de ley de Amparo (Guatemala).

⁶ Arts. 418, 421,430 del CPP.

concreta de motivos y preceptos legales y la aplicación que se pretende.⁷ Y si nos adentramos en la materia de ambos recursos, resulta que en Apelación Especial el tribunal solo puede conocer de los puntos expresamente impugnados de la Sentencia (Artículo 421) lo que la hace similar a la de Casación, en la que el tribunal solo puede conocer de los errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida, y obviamente señalados por el recurrente. Además, la similitud ya relacionada y comentada en cuanto a los hechos: en la apelación especial el tribunal en su sentencia no puede hacer mérito de la prueba o de los hechos que se declaren probados (artículo 430 Código Procesal Penal); el Tribunal de Casación está sujeto a los hechos que se hayan tenido como probados por el tribunal de sentencia (artículo 442 Código Procesal Penal); la diferencia puede estar en que el Tribunal de Casación no puede referirse a los hechos, solamente a los errores jurídicos que se le señalen; en cambio el de apelación puede hacer referencia a los mismos para la aplicación de la ley sustantiva o cuando exista contradicción en la sentencia recurrida, (artículo 430 Código Procesal Penal fracción final), lo que no puede significar una diferencia sustancial toda vez que en la práctica los tribunales de apelación difícilmente hacen relación de tales hechos en los casos señalados, pues en lugar de ello, cuando hay referencia a aspectos fácticos se cae en la apreciación de hechos y de prueba.

En consecuencia, salvo unos pocos aspectos diferenciativos, existen realmente dos recursos contra la sentencia, que son de naturaleza similar, como lo admite uno

⁷ Arts. 439,440,441,443 del CPP

de los comisionados para la elaboración del proyecto que sirvió de base en el Congreso Nacional para la emisión del Código Procesal Penal.⁸

De tal manera, con uno solo de los recursos, el de apelación especial puede quedar cumplido el derecho humano a la revisión del fallo por un tribunal superior.

4. Reducción de formalismos para el planteamiento de la apelación y la casación.

No obstante la existencia de la norma general relacionada con la posibilidad del tribunal de hacer saber al interponente sobre los defectos u omisiones de forma o de fondo en que haya incurrido al interponer el recurso, la misma no supone un freno total a la exigencia de formalismos, por distintas razones.

En lo relativo a la apelación especial, si bien aparece muy utilizada dicha norma desde el inicio de la vigencia del código, existen algunas razones para creer que tal utilización es puramente formal; como ejemplo de dichas razones citamos: a) Que algunas resoluciones que hacen saber defectos de planteamiento se refieren en forma muy abstracta a ellos, de manera que el apelante o aún su abogado patrocinante, tienen dificultad en reconocer el error u omisión a que se refiere el tribunal y consecuentemente para corregirlo; b) que a pesar de haberse concedido el plazo para la subsanación correspondiente, y oportunamente haberse admitido para su trámite el recurso, en la decisión de fondo algunas sentencias hacen referencia a otros errores cuya subsanación no se requirió concretamente al concederse el plazo para la subsanación.

⁸ Barrientos P. César, ob. Cit. Pág. LXXV

En los recursos de casación la aplicación del precepto relativo a la corrección de errores es relativamente reciente. Ha sido a partir de varios fallos del Tribunal Constitucional en materia de amparo, relacionado con la aplicación del mismo, en que el Tribunal de Casación (Corte Suprema de Justicia) ha concedido tal amplitud. Sin embargo, el aspecto de eliminación de formalismos no es un caso cerrado en este recurso: existe una norma relacionada con el recurso de casación que hace alusión a que si no se llenan los requisitos establecidos para el recurso, el mismo debe ser desechado de plano. (Artículo 445). Para no dejar una brecha a nuevas interpretaciones de futuros tribunales constitucionales, se estima que para una aplicación general del artículo 399 ya relacionado, que concede un plazo para la corrección del recurso, debe acudir a la vía de la inconstitucionalidad del artículo 445 del Código Procesal Penal.

5. El amparo como tercera instancia.

La existencia de los dos recursos antes mencionados, cuya naturaleza es similar, pone en duda el derecho de recurrir del fallo ante un tribunal superior, pues el tribunal constitucional, para fundamentar sus fallos en que concede amparo contra la Corte Suprema por emisión de casación penal, ha estimado que el acceso a ésta última es parte del relacionado derecho, pero además, lo que es mas grave, se ha referido en alguna ocasión a la forma en que el tribunal debió analizar la prueba. En abono al espíritu de protección de los derechos constitucionales a que se ha hecho alusión puede decirse que no es difícil caer en confusiones en cuanto a la protección de los mismos, cuando se tiene un aparato tal de recursos en la

vía ordinaria y también puede llegar a ser gran tentación para un tribunal, el hecho de apreciar incorrecciones en la interpretación de normas jurídicas, pero que tendrían en la vía ordinaria alguna manera de ser corregidas.

Por ello, se propone que exista un solo recurso contra la sentencia en Guatemala, que por su naturaleza participe del sentido de la casación, pero que por implicaciones legales a partir de la misma Constitución deba seguir siendo llamado apelación especial. Por esas mismas implicaciones, derivadas por ahora de mandatos constitucionales, puede ser de alguna conveniencia regular la casación para la unificación de la doctrina nacional, en la forma en que más adelante se sugiere.

II. Fundamentos de una nueva casación guatemalteca.

Como punto inicial es preciso buscar el efecto social positivo que tendría una nueva regulación sobre la casación. Se estima que aparte de contar con un instrumento último de control de legalidad a partir del caso concreto se debe buscar como efecto social positivo.

- a) Una respuesta pronta, o la más pronta posible del servicio de justicia, en relación con el inicio del caso. Una nueva regulación que evite ese análisis de igual contenido jurídico realizado tanto por las salas de apelaciones como por la Corte Suprema, que únicamente duplica los esfuerzos judiciales y demora los procesos.
- b) La posibilidad de asegurar, mediante la unificación de la doctrina la unidad del ordenamiento jurídico y la igualdad social lo que también conlleva la posibilidad de

adaptación de los fallos judiciales a la cambiante realidad social.

- c) El recurso de casación para la unificación de la doctrina como competencia de la Corte Suprema de Justicia puede ser el instrumento para asegurar la unidad del orden jurídico y la seguridad jurídica, persiguiendo evitar la dispersión de criterios doctrinarios en la interpretación de la normas que realizan los tribunales y consecuentemente constituyéndose en un mecanismo de dicho ordenamiento.
- d) El principal requisito de recurribilidad es la existencia de una posible contradicción; las sentencia alegadas como contradictorias deben ser idóneas para cumplir con la función de contraste con la sentencia objeto del recurso; en esa virtud ha de ser han de ser anteriores a la sentencia recurrida, han de haber adquirido firmeza y debe existir por lo menos una por cada tema de contradicción. En cuanto al tema de contradicción debe tomarse en cuenta que se trata de pronunciamientos distintos, es decir, que patentice el apartamiento o desviación de la resolución recurrida en relación con lo que ya esté resuelto, apartamiento que debe ser sobre un extremo esencial o relevante para la decisión. También deberán tomarse en cuenta los hechos que son los declarados como probados en las sentencias y relacionados con fundamentos o pretensiones substancialmente iguales. En cuanto a las infracciones procesales deberán tomarse en cuenta en las dos sentencias propuestas como tema de contraste que una

misma infracción lleve a soluciones diferentes y que el contraste llegue a producirse en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones substancialmente iguales.

Regulación posible:

1. El recurso de casación penal debe seguir siendo objeto de conocimiento de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.
2. Resoluciones recurribles. Sólo serán objeto de casación las sentencias definitivas de las salas de apelaciones.
3. Motivos de casación. Cuando existan problemas de contradicción entre las sentencias de las salas de apelaciones o éstas se fundamenten en jurisprudencia inexistente. Los recursos contra los autos que actualmente conoce la Corte Suprema de Justicia serían conocidos en todo caso por las salas de apelaciones.
4. Tramitación. Para simplificar en lo posible el trámite se propone que se suprima el contenido del artículo 445 vigente y que el contenido del artículo 399 ambos del Código Procesal Penal pase a formar parte de las disposiciones del recurso de casación. Además, se debería establecer un único artículo para las causas de inadmisión por ejemplo, la extemporaneidad y lo relacionado con las resoluciones no recurribles en este apartado también debe señalarse al tribunal que no puede rechazar un recurso por motivos que solo cabe analizar al hacerlo en cuanto al fondo del asunto. Para la interposición del recurso debe hacerse mérito en la contradicción del fallo con la jurisprudencia existente en su apartamiento de la doctrina jurisprudencial o en el aporte de la

sentencia o sentencias de contraste. También, puede preverse la inadmisión parcial de algunos motivos en un recurso dejando al tribunal la resolución del resto de motivos en que se deduzca un razonable fundamento.

5. Vista. Aunque también en nuestro medio se ha dicho que la vista pública no tiene la misma importancia en la casación que en el juicio oral, se estima que en ésta hay aportes importantes para el tribunal que éste no puede dejar de apreciar, el autor ha sugerido, sin éxito que las deliberaciones del tribunal también sean públicas. Además, se sugiere que las vistas públicas no se puedan celebrar si no está presente el defensor letrado del recurrente.
6. Sentencia. Los aspectos formales de la sentencia en general pueden subsistir sin embargo, el aspecto de fondo del análisis deberá siempre ser el de la infracción jurídica que se cometa en relación con la contradicción apartamiento o inexistencia de la doctrina del tribunal de casación. Por ello, se sugiere que se separe del nuevo recurso la práctica de reenvío obligándose al tribunal que conozca de la casación a que dicte una única sentencia la cual en sus concretas consecuencias deberá ser conforme a la técnica que emplea actualmente la Corte de Constitucionalidad señalando que la doctrina establecida en una sentencia impugnada contradice o se aparta de la establecida por el tribunal de casación.

Capítulo IX

Proyecciones para una nueva casación española.

Al parecer es ya en la actualidad una idea generalizada, que el sistema de casación penal necesita una urgente reforma.¹

Dada la cantidad de recursos, que se incrementa con el número de litigantes, los motivos de in admisión se han convertido realmente en un filtro para el control de dicha masificación. Desde hace mucho tiempo se han propuesto diversos sistemas para el mencionado control, mencionándose como precedente al respecto el Informe Cortina (1860) que proponía la creación de una Sala de admisión para tales efectos y el Proyecto de reorganización del Tribunal Supremo de 1863 que previó la integración de dos salas de admisión una para lo civil y una para lo penal. La labor de in admisión está regulada actualmente por la Ley de Demarcación y planta judicial de 28-12-1988 pudiéndose apreciar su efectividad a través de la estadística: de 15630 asuntos que tenía pendientes la Sala penal en 1989, se ha pasado a 6000 a finales del 2001, llegando a resolverse el 90% de los asuntos por año.² Tal filtro o selección al momento de la decisión sobre la admisión, funciona también, en el Tribunal Constitucional español en donde según datos de noviembre de 1999 de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio

¹ Martínez Arrieta, Andrés. Algunos aspectos del recurso de casación. Pág. 3. Este autor, que resume las ideas generales de la doctrina actual, estima que “la casación actual no responde a las finalidades que la justifican. De una parte, por exceso, pues la inexistencia de una doble instancia, conforme a los Pactos internacionales firmados por España, obliga al Tribunal Supremo a tratar de abarcar el espacio vacío y dar contenido a la revisión del hecho. Pero también por defecto, pues son muchos los delitos respecto a los que no es posible unificar la interpretación jurisdiccional,--“ Ob. cit.

² Urbano Castrillo, Eduardo de. La nueva casación penal. Pág. 43.

de Justicia, se inadmiten el 95% de los 5000 recursos de amparo que son presentados anualmente.³

Como ejemplo de la limitación a que se hace referencia, se señala en derecho comparado que en la casación italiana el recurso es inadmisibile si se plantea por motivos distintos de los previstos en la ley, si el recurso es manifiestamente infundado o se deduce por infracciones de ley no postuladas con los motivos de la apelación.⁴

Múltiples fallos del Tribunal de Casación español expresan la necesidad de que las resoluciones sobre inadmisión sean fundadas, y que se den a conocer en forma amplia las razones del rechazo en forma tal “que se exteriorice el proceso mental conducente a su parte dispositiva”.⁵

Algo muy importante, digno de tomarse en cuenta por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, es que la jurisprudencia del Tribunal de Casación español y la doctrina del mismo, son contestes en que en la primera fase del recurso es legítimo el control por el tribunal de casación, de los motivos invocados por el recurrente, a través de un análisis de si se han cumplido los mismos llegando a declararse que “el cumplimiento de los requisitos legalmente fijados, pasa incorporarse al contenido del artículo 24.1 CE”⁶ sin que ello signifique para el tribunal de casación un libre arbitrio para establecer formalismos exagerados, o un rigor desproporcionado en el análisis de tales motivos.

³ Urbano Castrillo, E. ob. cit. Pág. Idem.

⁴ Urbano Castrillo, E. Ibid.

⁵ STC 310-1995, de 20 de nov. Cit. Por Urbano de Castrillo, op. Cit. Pág. 44

⁶ ATC 22-1996, de 29 de enero. Cit. Por Urbano de Castrillo. Op. Cit. Pag. 45.

En la LECRIM española existen dos tipos de motivos que determinan la inadmisión del recurso:

- 1) motivos formales: a) interponer el recurso por motivos distintos de los establecidos en la ley (artículos 849 a 851), confirmando con ello, dice Urbano de Castrillo, su carácter extraordinario, pues solamente puede fundarse en los motivos explícitamente citados en la ley.⁷ B) Plantear el recurso contra resoluciones distintas a las señaladas en la ley (artículos 847 y 848), es decir por ejemplo, plantearlo contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal o de Instrucción; sentencias absolutorias si el recurrente no es parte acusadora, o contra autos como los de ejecución o de sobreseimiento provisional. C) Plantearlo sin respetar los hechos probados o en contradicción o incongruencia con los mismos. La excepción en el caso se extrae de lo dispuesto en el número segundo del artículo 849, es decir, si se plantea el enfrentamiento de los hechos con un documento que pueda revelar el error del Tribunal de Instancia. D) El incumplimiento de los requisitos exigidos en la preparación o interposición del recurso. E) En el caso de enfrentamiento de los hechos con un documento, cuando éste no figure en el proceso o no se designen concretamente las declaraciones de aquellos que se opongan a las de la resolución recurrida.
- 2) Motivos de fondo: a) Cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento. Estos serían los recursos dirigidos contra resoluciones no recurribles o que carezcan de los mínimos

⁷ Ob. y pág. Cit.

presupuestos jurídicos para su viabilidad.⁸ B) Cuando el Tribunal Supremo haya desestimado antes otros recursos sustancialmente iguales en el fondo. En este caso es de importancia tener a la vista el material jurisprudencial en resoluciones que han desestimado el recurso en casos sustancialmente iguales.

Estado actual de la situación en cuanto a si la casación española llena el cometido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Existen al parecer, corrientes que se inclinan por la necesidad de que se regule un recurso de apelación, previo al recurso de casación, tales como Fairén Guillen y López Barja de Quiroga, para quienes la casación no es completamente el recurso a que se refiere Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.5, e incumple el derecho a la segunda instancia penal, comentándose por ellos que la casación española al no permitir un re examen de los hechos probados no satisface el derecho al doble grado de jurisdicción. Tales posiciones emergen del dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de Julio de 2000. En aquel dictamen el mencionado comité “insta encarecidamente al Estado parte a que instituya el derecho de apelación de los fallos de la Audiencia Nacional a fin de cumplir los requisitos previstos en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.”⁹

La respuesta de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a esta excitativa, en lo que atañe al recurso de casación refiere que este

⁸ Urbano C. E., ob. cit. Pág. 48

recurso es el único “del proceso español que permite una repetición del juicio ante un nuevo tribunal, como surge del artículo 901 bis a) LECRIM, y de su interpretación jurisprudencial.” Dicho artículo se refiere a que Cuando la Sala de Casación estime que se cometió el quebrantamiento de forma a que se refiere el recurso, declarará haber lugar a él y ordenará la devolución de la causa al Tribunal que proceda para que la reponga al estado que tenía cuando se cometió la falta y la sustancie y termine. Como asidero de derecho comparado la Sala se apoya en regulaciones de otros Estados europeos, como Austria, en donde la ordenanza procesal “solo permite la apelación respecto de ciertos puntos, en realidad, de derecho... sin prever la repetición del juicio”, Alemania en donde “el Tribunal Constitucional no garantiza la doble instancia...Por lo tanto, la repetición del juicio es tampoco necesaria.” En Francia indica, “la repetición del juicio en la apelación tampoco es necesaria” y finalmente que en Italia “la Constitución solo prevé como necesario un ‘recurso de casación por violación de ley’”.¹⁰ Agrega el alto Tribunal que la “jurisprudencia ha reducido las cuestiones de hecho, que quedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquellas que necesitarían de una repetición de la prueba” y que en consecuencia “el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos.”¹¹

⁹ Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Caso Gómez Vásquez. 20 julio 2000. Cit. Por Urbano C. E. ob. cit. Págs. 51 y ss.

¹⁰ ATS 14-12-2001, cit. Por Urbano C. E. ob. cit. Pág. 60 y ss.

¹¹ Auto del 13-12-2001, en Urbano C. E. Ob. cit. Pág. 66.

Propuesta para una reforma

El dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha puesto énfasis y despertado nuevamente la crítica sobre el recurso de casación, del que se había venido diciendo que “jamás representó lo que un verdadero recurso de esta naturaleza ha de significar a los efectos de la anulación de un fallo falto de equidad o de justicia desde un aspecto sustantivo, o violación de preceptos procesales, desde el punto de vista formal”.¹² También se ha dicho, podríamos decir, a nivel oficial que el “recurso de casación en materia penal ha perdido buena parte de la función unificadora de aplicación y desarrollo de los grandes principios y garantías del orden penal.”¹³ Pero por aparte se reclama también por un nuevo sistema de recursos penales, que incluya la renovación de la apelación con una implantación generalizada de ésta y una reformulación del recurso de casación, por eso, dice Urbano Castrillo “se hace indispensable, la defensa de una apelación previa al recurso de casación, que aparecería después, y una vez que se hubiera posibilitado “revisar el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena” mediante una apelación, insertada en el sistema de recursos.”¹⁴ Agrega que la situación actual (en cuanto a los recursos) no puede ser calificada sino claramente de insatisfactoria, pues el recurso de casación en la hora actual puede ser tildado de insuficiente pues “por un lado está en manos de los intereses privados del proceso (su interposición y

¹² Fernández Boixader, Narciso. Cit., por Urbano C. E., ob.cit. pág. 77

¹³ En las consultas realizadas para elaborar el Libro Blanco de la Justicia (Madrid, 1997) “pudo verificarse la opinión unánime favorable a restringir el ámbito del actual recurso de casación, reduciendo al Tribunal Supremo a u función genuina de unificación de doctrina.” Libro Blanco de la Justicia, 1997, pág. 222

en base a qué motivos) y por otro, mas de la mitad de los tipos delictivos no tienen acceso a la casación (en base a las reglas de competencia, art. 14.3 LECRIM).”¹⁵

La crítica emanada del conocimiento del recurso así como la propia práctica ha hecho que oficialmente se hayan propuesto distintas alternativas para reformar el actual sistema de recursos:

1. La propuesta contenida en el discurso inaugural del año judicial 2000-2001 del Presidente del Tribunal Supremo, pronunciado el 15-9-2000, que en lo relativo a la reforma de los sistemas de recursos contiene los siguientes aspectos:

a) La introducción de un recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias, a residencias ante los Tribunales de Justicia respectivos.

b) Existiendo la doble instancia debajo del Tribunal Supremo configurar un doble sistema de medios para asegurar la unidad del orden jurídico (de tipo preventivo mediante las intervenciones prejudiciales ante el Tribunal Supremo, y de tipo resolutivo a través del recurso de casación limitado a la unificación de la doctrina). Es importante conocer estos medios preventivos, mediante ellos los Tribunales que conocen el recurso de apelación, deben planear al Tribunal Supremo, antes de dictar sentencia, cuestiones interpretativas sobre las leyes relevantes para la decisión.

A) cuando existan precedentes de otros tribunales en

¹⁴ Ob. Cit. Pág. 78

¹⁵ Urbano C. E., ob. Cit. Pág. 79.

diverso sentido (divergencias horizontales). B) Cuando tengan que apartarse de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (divergencias verticales). C) Cuando no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada. En cuanto al recurso de casación para unificación de doctrina procedería en los casos señalados en los artículos 849 1º, 850 y 851 LECRIM si la decisión recurrida a) fuere contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; b) fuere disconforme con la doctrina establecida por otros Tribunales Superiores de Justicia; c) se refiere a cuestiones nuevas sobre las que no exista doctrina del Tribunal Supremo.¹⁶

2. La ponencia del Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo, sobre la reforma de los sistemas de recursos en el orden jurisdiccional penal que se basa sustancialmente en ampliar el acceso a la casación y darle el contenido para el que fue creado el recurso, reforma, que contiene como elementos:
 - a) La reforma del sistema de recursos en el orden jurisdiccional penal basada en la doble instancia, introduciendo un recurso de apelación contra las sentencias que actualmente se dictan en única instancia por las Audiencias Provinciales, y del que conocería el Tribunal Superior de Justicia (es decir una Sala de lo penal, independiente de la Sala de lo Civil, y una apelación para las sentencias dictadas por la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional del que conocería un tribunal de

¹⁶ Urbano C., E., ob. Cit. Págs.69 y ss.

apelación que es preciso crear: dicha Sala de Apelación creada en la Audiencia Nacional.

- b) Mantenimiento del actual sistema en los juicios de faltas y procesos por delitos menos graves pues ya tienen el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.
- c) Establecimiento del recurso de apelación en las causas por delitos graves, generalizando la segunda instancia para toda clase de delitos.¹⁷

En cuanto a una futura casación se señalan las siguientes características.

1) La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia recurrida, y éste solo puede basarse en una posible 'infracción de ley'. Se comenta que así, el recurso sería más técnico pues no suspendiéndose la ejecución disuade la interposición de meros recursos dilatorios, y por otra parte evita la relativa a posibles errores de hechos pues estos han tenido que ser resueltos en la segunda instancia.¹⁸

2) Clases: como consecuencia de lo anterior existirían dos clases de recursos: para unificación de doctrina y los de causas contra aforados. En los recursos para unificación de doctrina ha de distinguirse entre recursos contra sentencias de las Audiencias Provinciales y recursos contra sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. El recurso para la unificación de doctrina se utiliza ya en el ramo laboral y en lo administrativo.¹⁹

¹⁷ Urbano C., E., ob.cit. págs. 71 y ss.

¹⁸ Urbano, E. Ob. Cit. Pág. 73

¹⁹ La regulación de los recursos administrativos en el proceso administrativo vigente arranca de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 27 de diciembre de 1956... el sistema se

3) Requisitos. Respecto de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia se exigiría encontrarse en uno de los siguientes casos: a) Ser contraria a la doctrina del Tribunal Supremo; b) en los casos en que no exista doctrina del Tribunal Supremo; c) en los casos de disconformidad entre sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. Como tema de nueva incorporación se propone el de interposición de cuestiones previas. Estas cuestiones previas procederían: a) Cuando no exista jurisprudencia del TS en la cuestión que se trate, b) Si el Tribunal de Segunda Instancia considera razonadamente que debe modificarse la doctrina sobre alguna cuestión determinada.²⁰

En opinión de reconocidos juristas²¹ dicho sistema no va a cumplir las finalidades del sistema general de recursos penales por las siguiente razones:

1. No se alcanzará la seguridad jurídica mediante la interpretación unificadora última por el Tribunal Superior ya que este seguiría resolviendo propio caso multitud de causas.
2. No podría darse cumplimiento al derecho a un proceso sin dilaciones, pues el Tribunal Superior seguirá tan sobrecargado como en la actualidad.

completaba con un recurso extraordinario de apelación ... y con un recurso de revisión que combinaba los motivos peculiares de este recurso con otros que en realidad eran propios de un recurso de casación. Entre los casos de "talante casacional" que abrían paso al recurso de casación figuraba el siguiente:... "Si las salas de lo contencioso administrativo hubieren dictado resoluciones contrarias entre sí respecto a los mismos litigantes u otros distintos en igual situación, acerca del propio objeto y en fuerza de idénticos fundamentos." Sin embargo esta hasta la ley 10-1992 en que se produce la introducción del recurso de casación, que sustituye al recurso de apelación a la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Xiol Ríos, Juan Antonio. El recurso de casación para la unificación de doctrina. Pág.3

²⁰ Urbano C., E., ob. Cit. Pág. 74.

²¹ Como Vidal Andreu, Guillermo en La casación penal, apuntes para el futuro, pág. 52.

3. Los Tribunales Superiores de Justicia seguirán siendo considerados como tribunales de apelación sin ser tal su esencia constitucional.
4. Los delitos menos graves tendrán derecho a casación sin pasar por la Sala del Tribunal Supremo de Justicia de su territorio jurisdiccional.

En caso de generalizarse la doble instancia se prevén como aspectos importantes para la regulación de una futura casación los siguientes:

El aspecto general mas importante, que el recurso solamente se basaría en una posible infracción de ley, y su interposición como se dijo, no suspendería la ejecución de la sentencia.

Justificación de una nueva casación en España:

Se ha dicho que el recurso de casación español no ha representado lo que es un verdadero recurso de esta naturaleza, tanto desde el punto de vista sustantivo para la anulación de la infracción de la ley, como desde el punto de vista formal para la reparación de las solemnidades legales, pues por una parte el deber de atenerse a la intangibilidad de los hechos, no permite al Tribunal Supremo adentrarse en las cuestiones fácticas del proceso y del otro, el tener que cumplir fielmente los requisitos de carácter formal que la ley señala para la presentación han impedido la revocación de gran cantidad de sentencias en caso de que tales obstáculos hubiesen sido superados.²² Se refleja con lo antedicho la insatisfacción respecto del recurso, del que mucho se ha esperado por ser el último y decisivo en el recorrido penal, crítica

que no es desconocida para este recurso, cuando se formula legislativamente en términos parecidos, y con iguales resultados jurisdiccionales, como en Guatemala, en donde también ha primado la tesis de la separación entre hechos y derecho en la casación.

La posición actual en España es en dirección hacia una apelación previa al recurso de casación, apelación que en la actualidad falta, por haberse entendido que la misma riñe con el sistema de juicio oral; pero la posición parece justificarse en lo expresado por la STC 5-90, en lo relativo a que la segunda instancia comporta un nuevo examen por parte del tribunal superior respecto del asunto, revisión que alcanza tanto a los hechos como a la interpretación legal, mientras que la casación conoce únicamente a través de los motivos legalmente tasado sin que en ella pueda verificarse un examen completo de la cuestión.²³ Se agregan a los antecitados motivos de insatisfacción otros no menos importantes, como el hecho de que por disposición legal en España mas de la mitad de los tipos delictivos establecidos en el Código Penal, no son materia de casación por razones de competencia.

Existiendo propuestas para un nuevo diseño de la casación, se señala como de importancia la búsqueda de un efecto social positivo, que sería, la búsqueda de un instrumento de control de la legalidad, con carácter de definitivo, que tenga como finalidad el aseguramiento de la unidad del ordenamiento jurídico, como consecuencia la igualdad social y contribuya a promover la

²² Fernández Boixader, cit. Por Urbano C. E- ob. cit. Pág. 77.

²³ STC cit. Por Urbano C. E. ob. cit. Pág. 79.

seguridad jurídica al moverse sobre pautas de certeza y racionalidad.²⁴

De acuerdo con Urbano, la nueva casación española debe buscar:

a- La unidad del ordenamiento jurídico, garantizada mediante la aplicación del derecho en una instancia centralizada.²⁵ Tal instancia debe seguir siendo el Tribunal Supremo o tribunal de casación.

b. El recurso para la unificación de doctrina. Este recurso sería una casación abierta a toda clase de materias, con el límite único de la admisión, evitando la dispersión de criterios en la interpretación de las normas por los órganos jurisdiccionales. Como requisito fundamental aparece, la existencia de una sentencia de contraste, que es contradicha por la que es objeto del recurso, siendo también básico que tales sentencias sean anteriores a la recurrida, firmes cuando se dicta la sentencia recurrida y que sea una por cada tema de contradicción. Esta modalidad del recurso, funciona ya con igual nombre en el orden social, orden que puede ser el instrumento o prototipo sobre el cual formular el de carácter propiamente penal. Del mencionado orden se obtienen lo que serían requisitos de la contradicción: 1- la existencia de pronunciamientos distintos; 2- respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en la misma situación; 3- en mérito a hechos fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.²⁶

²⁴ Urbano C. E- Ob. cit. Pág. 94.

²⁵ Bacigalupo, E., La unidad del orden jurídico como interés individual o como interés general. Cit. Por Urbano, E.- ob. cit. Pág. 95.

²⁶ Urbano, E.- ob. cit. Pág. 98.

El orden social proporciona además otros puntos de vista para ser tomados en cuenta en la nueva casación penal española a saber:

a) De acuerdo con los procesalistas españoles contemporáneos no es suficiente plantear la perspectiva de una nueva casación penal, sino que además debe realizarse un nuevo diseño de todo el sistema de recursos para ello requieren la existencia de la doble instancia y en la cúspide del sistema el recurso de casación que mediante la doctrina del tribunal superior procura la unidad, en este caso, del ordenamiento penal.²⁷

b) La tendencia es asegurar la doble instancia conectada al recurso de apelación propiciando, como lo afirma Urbano Castrillo que el tribunal más próximo a los hechos proceda a su revisión con la posibilidad de admisión y práctica de prueba y que finalmente dicho tribunal realice el análisis sobre los errores o aciertos de la resolución que se impugna, agregando que si bien debe admitirse la apelación contra toda resolución que haya causado algún gravamen debe limitarse la posibilidad de práctica de prueba exigiéndose cierta vinculación con las pretensiones de la instancia a manera de que no se trate de un juicio repetido que abra de nuevo el asunto cada vez, negando de hecho, una revisión de lo resuelto.²⁸ Para el debido respeto a los derechos fundamentales del condenado debe permitir la discusión del hecho y el derecho derivado de las conclusiones contenidas en la sentencia, por lo cual es necesario que se posibilite la reiteración de lo discutido y decidido en primera instancia por un órgano judicial distinto

²⁷ Como lo hace el citado Urbano Castrillo. Ob. cit. Pág. 107.

del que tomó la primera decisión y que se encuentra en una instancia procesal superior.

c) En cuanto a la crítica relativa a la falta de inmediación respecto de la prueba se afirma que la admisión de prueba en segunda instancia puede contradecir el soporte fáctico de lo resuelto en la primera propiciando así conclusiones jurídicas diferentes a las alcanzadas en ella, y además, la comprobación de la valoración de la prueba practicada en la instancia alcanzaría no solamente a las pruebas propias del recurso tradicionales como la documental sino a las de naturaleza personal como las testificales, proyectándose sobre ambas el control de racionalidad, licitud y suficiencia incriminatoria.²⁹

d) Se agrega que esta tarea requiere perfeccionar los mecanismos de acceso al tribunal de apelación lo que a su vez requiere una mejor plasmación del desarrollo de juicio oral grabándolo siempre y filmándolo siempre en los casos que sea necesario. Finalmente se trataría de no sustituir el juicio del inferior por el del superior a partir del re examen de las cuestiones planteadas por el recurrente.³⁰

e) Consecuentemente se configuraría un recurso de apelación penal de aplicación general para toda clase de procesos y que en los realizados por delitos graves sería una auténtica segunda instancia. De acuerdo con los postulantes el conocimiento de los recursos de apelación contra las sentencias de primera instancia dictadas por las audiencias provinciales sería competencia de los tribunales superiores de justicia previa división de la sala de lo civil y penal en dos salas, siendo ésta última la que tendría asignado el conocimiento de los

²⁸ Urbano Castrillo, Ob. cit.págs. 108, 109.

²⁹ Urbno Castrillo Eduardo, de ob. cit pág. 110.

recursos de apelación. Este recurso sería entonces un mecanismo de depuración de errores tanto de hecho como de derecho el tribunal de apelación tendría la oportunidad de corregir.³¹

Fundamentos de una nueva casación:

Una vez establecidos los aspectos a tener en cuenta para una nueva apelación la casación quedaría reservada para cuestiones de índole jurídica aunque esté en juego la unificación de la doctrina antes que el caso concreto puesto que a decir de los entendidos: la Corte de casación no está para corregir errores de un órgano judicial situado en un nivel distinto al suyo pues para ello estaría el recurso de apelación que se tramitaría en un órgano superior (que puede ser único o bien residenciable entre dos órganos: Audiencias para la apelación contra las resoluciones de los juzgados o Tribunales Superiores de Justicia para las apelaciones de las sentencias de las Audiencias).³²

De esta manera el tribunal de casación reserva su labor para la producción de jurisprudencia en aquellos casos en que se ha producido una interpretación jurídica errónea que atente contra la seguridad e igualdad jurídica por apartarse de la doctrina fijada por dicho tribunal o bien por pronunciarse sobre una cuestión nueva sobre la que no existiera doctrina.

Temas sobre los que podría construirse la nueva casación penal.

³⁰ Urbano Castrillo, Eduardo, de ob. cit. Pág. 111.

³¹ Urbano Castrillo, Eduardo, de ob. cit. Pág. 112.

³² Urbano Castrillo, Eduardo, de ob. cit. Pág. 114.

1. **Competencia.** El recurso de casación seguiría siendo competencia de la sala segunda del Tribunal Supremo.
2. **Resoluciones recurribles.** La propuesta se inclina por limitar la casación a los supuestos de mayor entidad, es decir se tiene prevista únicamente para sentencias, no para autos contra los que actualmente cabe (establecidos en el artículo 848 LECRIM: autos definitivos que dispongan el sobreseimiento libre por entender que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y se hallare procesado por ellos alguna persona; los dictados por las Audiencias declarándose incompetentes; los dictados por los Tribunales Superiores de Justicia al resolver en apelación recursos en relación con los artículos 36 LOTJ y 676 LECRIM; los autos de las Audiencias que acuerden o denieguen la revisión de sentencia; los autos que denieguen el requerimiento de inhibición; contra los que desistan y resuelvan sobre la competencia; respecto al auto que resuelva sobre recusación; los que resuelvan sobre declinatoria y los que admitan excepciones de cosa juzgada, prescripción del delito, amnistía o indulto; los que fijen el límite de cumplimiento de las penas y los de condena condicional y contra la resolución en ejecución de sentencia de abono de prisión preventiva). En cambio la nueva casación se dirigiría al examen de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia, la de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento del Jurado con respecto a aforados, las de la Audiencia Nacional dictadas en segunda instancia y la del

propio Tribunal Supremo en caso que conozca en primera instancia.³³

3. **Tramitación.** Se ha sugerido simplificar al máximo la tramitación así como eliminar otros institutos verbigracia el depósito; se ha sugerido también otorgar legitimación a todos los objetos con gravamen.³⁴
4. **Admisión. Estaría a cargo de una Sala de Admisión.** Se postula que las nuevas causas de inadmisión puedan establecerse en un único artículo en que se incluyan motivos de forma insubsanables como la extemporaneidad o la irrecurribilidad de la resolución y aquellas en que el Tribunal Supremo haya desestimado en el fondo otros recursos substancialmente iguales. Se sugiere también la supresión de la causa de “carencia manifiesta de fundamento” en vista que en todo caso es una causa cuyo análisis debe reservarse para el fondo del asunto no para su admisión.³⁵
5. Por el cambio en la finalidad del recurso los requisitos para su interposición deberán basarse en la contradicción, apartamiento o inexistencia de doctrina jurisprudencial y aportarse las sentencias que así lo comprueben, por lo que la causa de inadmisión deberá referirse a estos aspectos.³⁶ También podría preverse la inadmisión parcial de los motivos del recurso admitiéndose sólo aquellos en que se detecte razonable fundamento para estudiar su estimación.

³³ Urbano Castrillo, Eduardo, del ob cit pág. 117.

³⁴ Urbano Castrillo, Eduardo, del ob. cit pág. 118.

³⁵ Urbano Castrillo, Eduardo, de ob. cit. Pág. 119.

³⁶ Urbano Castrillo, Eduardo, de ob. cit. Pág. 119.

6. Vista. Debe quedar reservada a la consideración del Tribunal la realización de vista pública dado que ella tiene un carácter distinto que en el juicio oral pues en la casación como lo expresa **Alvarez-Cienfuegos** no entra en juego el principio de inmediación.³⁷ El Tribunal Constitucional ha subrayado la importancia de la vista y ha otorgado amparo cuando se ha privado a la parte indebidamente de la posibilidad de intervenir en ella a través de la defensa letrada por considerar que se infringe el derecho de defensa y de tutela judicial efectiva (STC 110/1994, de 11 de abril).³⁸ También dicho tribunal ha considerado una irregularidad procesal el que se celebre la vista sin la presencia del letrado que defienda los intereses del recurrente por suponerse una clara situación de indefensión. Por otra parte, la resolución de recursos sin vista implica una anomalía que dentro de otras cosas impide la colegialidad y la intervención efectiva de las partes.³⁹
7. Sentencia. Aún cuando algunos de los aspectos regulados actualmente son válidos para la nueva casación (por ejemplo: la prohibición de *reformatio in peius*) se requieren algunas modificaciones pues siendo el fundamento de recurso una infracción jurídica la tradicional diferencia de quebrantamiento de forma y motivos de fondo desaparecen en gran medida y además, puede aprovecharse para desterrar la técnica de reenvío y que sea el Tribunal de Casación quien dicte la única

³⁷ Cit. Por Urbano Castrillo, Eduardo de ob. cit. Pág. 121.

³⁸ Urbano Castrillo, Eduardo de, ob cit. pág. 121

³⁹ Urbano Castrillo Eduardo de ob. cit. Pág. 122.

sentencia cuyo contenido sería desestimar el recurso o estimar la infracción cometida.

Conclusiones.

Derecho al recurso.

1. El fundamento general de los recursos es la falibilidad humana, siendo que los procesos judiciales son juzgados por seres humanos.
2. El derecho al recurso es un derecho incondicional que todo ciudadano tiene para impugnar las resoluciones judiciales que le perjudican, especialmente para hacerlo en relación con aquellas que más le perjudican como pueden ser las sentencias. Es un derecho equiparable al de acción, pues permite a los sustentantes ejercitar los derechos reconocidos en la ley, consecuentemente, tiene rango constitucional, al aceptarse por las Constituciones que los tratados y convenciones relativos a derechos humanos tienen rango constitucional y preeminencia sobre el derecho interno. En Guatemala este derecho es aplicable de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Constitución. En España puede deducirse su constitucionalidad a partir de la integración que establece el artículo 10.2 CE con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales, integración deducible también de los que establece el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
3. Las notas que caracterizan el derecho al recurso contra la sentencia en material penal son: a) Los recursos contra las sentencias están a cargo de las partes, no se promueven de oficio; b) deben promoverse frente a la sentencia recaída en el proceso y atacar sus fundamentos y decisiones; c) la nueva

resolución que se genere es susceptible de afectar al fallo impugnado anulándolo tanto para que el tribunal superior pueda emitir uno nuevo, como para que el inferior pueda, en el caso de las impugnaciones de forma, reparar el vicio de procedimiento; d) es una condición importante para poder interponer el recurso, que la sentencia cause un agravio al interponente, es decir, que la resolución sea perjudicial para sus intereses.

4. Los recursos son actos de los sujetos procesales, debiendo realizarse presupuestos subjetivos aluden a que deben ser interpuestos por aquellos que tienen un interés directo en el resultado del proceso, es decir, por las partes. Los presupuestos objetivos aluden: a) a la impugnabilidad de la resolución, es decir que está impugnable materialmente: que el legislador haya establecido esta concreta impugnabilidad; b) es preciso que los derechos e intereses del recurrente hayan sido afectados, se requiere gravamen; c) que la resolución que se impugne no haya adquirido firmeza. Los presupuestos formales aluden: a) a que el recurso debe ejercitarse dentro del plazo temporal fijado en la ley; b) plantearse ante la autoridad designada en ella; c) cumpliendo requisitos de forma, como el de interponerse mediante escrito, con firma de abogado; identificando la resolución que se impugna, y la cita precisa de los errores señalados a la resolución, así como de las leyes infringidas.
5. La Constitución de Guatemala establece el derecho de recurso a través de dos vías:
 - a) Lo del artículo 12 que se refiere a los derechos de defensa y al debido proceso. De acuerdo con la

interpretación del tribunal constitucional guatemalteco, consisten en la observancia por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y en general la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente par procurar la obtención de justicia. La CC ha dicho que si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona del derecho de acción ante el juez, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos o de usar un medio de impugnación contra las resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación a la garantía constitucional al debido proceso.

- b) La del artículo 46 que establece el principio general que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno y siendo que Guatemala ratificó oportunamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es derecho interno de nuestro país el relativo a que todo ciudadano tiene derecho de recurrir de los fallos de los tribunales penales ante juez o tribunal superior. Establecido en el ordenamiento jurídico interno de Guatemala el postulado anterior tiene vigencia entonces el derecho a un recurso contra la sentencia lo que se satisface con la existencia en el Código Procesal Penal del recurso de Apelación Especial..

6. El recurso de Apelación Especial en Guatemala a partir del artículo 415 del Código Procesal Penal tiene un similar contenido al del recurso de casación establecido a partir del artículo 437 del mismo Código por las siguientes razones:
 - a. Sólo puede plantearse por los motivos establecidos en dicha ley (específicamente el artículo 419 se refiere a los motivos de forma y de fondo del recurso de apelación especial, y los artículos 441 y 442 se refieren a los motivos de fondo y de forma del recurso de casación). Aún y cuando tales motivos para uno y otro recurso no son los mismos, su naturaleza, de ser de fondo y de forma, sí lo es.
 - b. Los fundamentos y argumentaciones de ambos recursos deben relacionarse con los motivos que se esgrimen y con las leyes que se relacionan con tales motivos. Por ello los agraviados deben indicar la aplicación que pretenden en cuanto a la ley que se denuncia como infringida.
 - c. El derecho a este recurso sólo corresponde a los agraviados con las infracciones que se denuncien.
 - d. El incumplimiento de los requisitos establecidos tanto para el recurso de casación como para el de apelación especial ocasiona su inadmisión.
7. Como consecuencia de lo anterior, el recurso de casación es una reiteración del de apelación especial, además por las siguientes razones:

- a) Ambos recursos exigen el cumplimiento de requisitos similares.
 - b) Ambos recursos exigen fundamentación y motivación similar.
 - c) En ambos casos se establece el principio de inalterabilidad de los hechos probados y de intangibilidad de la prueba estimada por el tribunal de sentencia.
8. La duplicidad en la revisión del fallo de instancia en Guatemala, mediante recursos de similar contenido influye en la falta de celeridad del proceso penal guatemalteco por las siguientes razones:
- a) Recurso de apelación especial, de ser un derecho genérico de impugnación del fallo de primer grado ha llegado a convertirse en un derecho específico si tomamos en cuenta que sólo puede plantearse por motivos específicos, y que su utilización no es obligada, por lo cual no se plantea en todos los casos. Por otra parte en cierto número de casos en que se plantea, por exigirse para su planteamiento el cumplimiento de requisitos, la inexperiencia en el tema de casación por parte de los defensores técnicos, hace que incurran en frecuentes motivos de inadmisión..
9. En consecuencia se hace necesario una reforma al Código Procesal Penal en el tema de los recursos con las siguientes orientaciones.

- a) Debe redefinirse el recurso de apelación especial concretando los motivos de fondo y de forma por los que debe plantearse.
 - b) Debe dejarse el recurso de casación, con el fin exclusivo de la unificación de la doctrina y jurisprudencia; su tramitación debe continuar en la sede de la Corte Suprema de Justicia.
10. En España el derecho de recurso se integra con carácter general en la tutela inicial efectiva del orden judicial. El tribunal constitucional ha estimado que el recurso de casación asegura el indispensable sometimiento de las decisiones de los tribunales a la ley unificando la interpretación jurisprudencial, a la vez que erigiéndose en un valioso medio para aplicar, defender y velar por el derecho a la tutela judicial efectiva (orientación que se desprende de la sentencia 110/1985 del TSE).
11. En España se ha estimado por la doctrina y el tribunal de casación ¹ que a la par de una nueva casación penal debe rediseñarse globalmente el sistema de recursos a fin de asegurar la doble instancia y establecer el recurso de casación como cúspide del sistema, recursos, que tendría como finalidad procurar la unidad interpretativa del ordenamiento penal, en tal virtud el recurso de apelación debería satisfacer las exigencias derivadas del derecho a un segundo examen o pronunciamiento referente a errores cometidos en el juicio oral.
12. En los países de América Latina en donde existe el sistema de juicio oral como instancia única de apreciación de hechos y

¹ Por ambos, Urbano Castrillo, La Nueva Casación Penal, pág. 107.

pruebas, la sentencia es impugnada únicamente mediante casación.

13. En Guatemala la sentencia de instancia es impugnada mediante apelación especial, pero ésta, no tiene las características de una apelación tradicional sino de una casación en sus manifestaciones generales.
14. En los sistemas procesales en que rige la doble instancia el recurso de apelación es el medio impugnativo de más aplicación.
15. En algunos países como Costa Rica, Honduras y El Salvador la apelación sólo tiene el alcance para impugnar los pronunciamientos interlocutorios dictados antes del juicio.
16. En la apelación especial de Guatemala no es posible referirse a la prueba ni hacer una nueva valoración de la misma, la única excepción es en el caso de que leeré curso se basa en un defecto de procedimiento y se discute la forma en que fue llevado a cabo el acto.
17. El recurso de casación es un recurso extraordinario por las siguientes razones:
 - a) No forma una instancia es decir, no puede hacerse valoración de los hechos probados ni de los medios de prueba recibidos en la instancia.
 - b) Se concede ante el tribunal de superior jerarquía del ordenamiento judicial.
 - c) Su fundamentación se debe limitar a los motivos de derecho establecidos en el ordenamiento respectivo, y en general se refieren a la infracción (de fondo o de forma) de la ley.

- d) La impugnación más importante de la casación es frente a la sentencia definitiva pero los códigos modernos (Costa Rica, Honduras, El Salvador, Guatemala) la admiten también contra ciertos autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que éstas continúen.
 - e) En el recurso de casación es incensurable el hecho probado, regla que si no se respeta convierte a la casación en una segunda instancia tradicional.
18. El vicio in iudicando, en general, se refiere a la infracción de la ley sustantiva, infracción que comprende todo lo que el juzgador ha asumido jurídicamente respecto a la cuestión de fondo en la sentencia. En el Código Procesal Penal de Guatemala la infracción de la ley puede manifestarse a través de una errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación como correspondiendo la infracción por inobservancia a una conducta omisiva del tribunal: comisión de lo ordenado por la norma. La errónea aplicación aparecería cuando el tribunal da a la norma un significado distinto del que le corresponde, o bien, aplica una norma que no corresponde.
19. El vicio in procedendo se refiere a la inobservancia del ritual establecido en las normas procesales. Como motivo de casación ha de referirse a infracción sustancial del procedimiento previamente establecida con sanción de nulidad absoluta.
20. La infracción de norma constitucional puede denunciarse en casación, en Guatemala al amparo de los artículos 175 de la Constitución Política 9 de la Ley del Organismo Judicial y 44. 5°

del Código Procesal Penal. En España mediante el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aun cuando algunos autores estiman su irrelevancia.

21. En el recurso de casación no está prevista ninguna actividad probatoria pues sus motivos son estrictamente jurídicos.
22. La revisión es una acción que da lugar a un procedimiento especial. En la revisión el objeto impugnado es una sentencia condenatoria firme; queda excluida entonces la sentencia absolutoria con base en dos principios: non bis in idem por seguridad jurídica y prohibición de reformatio in peius como garantía de no perjudicar un derecho adquirido; se trata de una demanda rescisoria de la sentencia condenatoria fundada en la posible injusticia del pronunciamiento condenatorio.

Abreviaturas:

CPG	Código Penal de Guatemala
CPP – CPPG	Código Procesal Penal – Código Procesal Penal de Guatemala
CE	Constitución de España
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CSJ – CSJG	Corte Suprema de Justicia – Corte Suprema de Justicia de Guatemala
CC	Corte de Constitucional (Guatemala)
TC – TCE	Tribunal Constitucional – Tribunal Constitucional de España
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal (España)
CPPA	Código Procesal Penal de Argentina
CPPB	Código Procesal Penal de Bolivia
CPPE	Código Procesal Penal de España
CPPCR	Código Procesal Penal de Costa Rica
CPPH	Código Procesal Penal de Honduras
CPPEs	Código Procesal Penal de El Salvador
CPPCH	Código Procesal Penal de Chile
CPPC	Código Procesal de Cuba
CPPP	Código Procesal Penal de Panamá

CPPCO	Código Procesal Penal de Colombia
LOJ	Ley del Organismo Judicial de Guatemala
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
SCC	Sentencia de la Corte de Constitucional (Guatemala)
CPG	Constitución Política de Guatemala
TS	Tribunal Supremo

Apéndice

Conclusiones específicas sobre una nueva casación en Guatemala.

Para muchos juristas guatemaltecos conocedores del tema, entre los que se incluyen abogados en práctica, magistrados, jueces y profesores universitarios, por ser el actual recurso de apelación especial un examen relacionado con cuestiones de derecho, es similar al actual recurso de casación. Se piensa también que, en tales circunstancias, lo que se da técnicamente es una doble regulación del recurso de casación por similares motivos, y que por ello, también técnicamente es posible, especialmente por razones de economía procesal y por respeto de los derechos de los procesados, que se unifique el recurso de casación que por los mismos motivos básicos existe en forma diversificada. Una vez unificado en sede de la Corte de Apelaciones, tendrá que pensarse en la modalidad del examen que debe corresponder a la Corte Suprema de Justicia.

Parece adecuado sugerir que el objetivo del actual recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, en el futuro sea la unificación de la doctrina, pues así la jurisprudencia de dicha Corte alcanzaría rango de doctrina legal; el objetivo entonces sería, orientar eficazmente la unidad del orden jurídico penal nacional.¹

¹ Las fuentes directas de esta orientación son: a) Libro Blanco de la Justicia, del CGPJ español, especialmente el discurso del Presidente del TSE denominado: “Del modo de arreglar la justicia”, así como los informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el CGPJ, y la propuesta de reforma de los sistemas de recursos en el orden jurisdiccional penal planteada por la Sala Penal del TSE. Madrid, 2001. En la misma dirección se encuentra el recurso de casación penal en Italia, en donde se regula la Corte Suprema de Casación para la “exacta observancia y la uniforme interpretación de las leyes, la unidad del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las diversas jurisdicciones y la resolución de los conflictos de competencia y de atribuciones”. Hendler, Edmundo. Sistemas procesales penales comparados.

Si se analizan las estipulaciones de la propuesta contenida en el artículo 440 del Código Procesal Penal ² se apreciará que el recurso procedería cuando la decisión recurrida fuera contraria a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, o disconforme con la establecida por los Tribunales competentes para la Casación (apelación especial actualmente).

Estos aspectos del recurso se basan en las siguientes pautas:

- a) La unidad del orden jurídico, puesto que por su origen histórico puede deducirse que la razón de ser del recursos fue fundamentalmente “controlar la aplicación del derecho en una instancia centralizada y garantizar de este modo la unidad del ordenamiento jurídico.”³
- b) El recurso de unificación de doctrina en concreto: como lo puede afirmar cualquier litigante en el medio guatemalteco en el recurso de casación se ha ido reduciendo el acceso al mismo, como una forma de gobernar la situación en cuanto a la multiplicidad de solicitudes, orientándose la interpretación y las resoluciones hacia la defensa de la norma aplicable a los casos concretos, generalmente en aspectos procesales.
- c) Por razones legales y prácticas puede decirse que la unidad del orden jurídico está fuertemente amenazada. Las razones pueden asumirse en que no los todos tienen acceso a la casación, pues solo un escaso porcentaje de sentencias de las Salas llegan a casación. Las razones

² La propuesta de un nuevo artículo 440 sería: “... a) cuando existan divergencias sustanciales entre el fallo cuestionado y otro u otros, de tribunales de igual categoría sobre casos anómalos; b) cuando el fallo cuestionado se ha apartado de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia o es contrario a la normal”. Fue adaptado por la Comisión de Reformas con algunas variantes).

³ Bacigalupo, Enrique. La Unidad del orden jurídico como interés individual o como interés general. Actualidad jurídica Arazandi, Madrid, 2000.

legales se condensan en que por tratarse de motivos enmarcados en la ley, puede considerarse el recurso actual como de carácter cerrado.

- d) El sistema propuesto intenta combinar, tanto una casación abierta pero limitada por la ley y por el filtro de la admisibilidad establecida en el artículo 439 del proyecto,⁴ a sentencias que hagan necesario un pronunciamiento para ir conformando la unificación de la doctrina dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal. Con ello se persigue evitar la dispersión de criterios en la interpretación de las normas aplicadas por los Tribunales y propiciar la función uniformadora del ordenamiento. La modalidad propuesta descansa en la necesidad de aportar sentencias de contraste que contradigan la que es objeto del recurso, constituyéndose la contradicción en un requisito de recurribilidad. Al demostrarse la contradicción, se transforma en estimación. A fin de concentrar el debate sobre lo discutido, debe establecerse el número mínimo de sentencias por cuestión debatida (v. Inciso c) del artículo 439 propuesto). La inadmisión se da cuando no se aprecia la identidad sustancial de casos, por lo cual deben fundamentalmente llenarse dos requisitos: a) la existencia de pronunciamientos distintos; b) respecto de los mismos procesados u otros diferentes en la misma situación, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. (v. Art. 440 propuesto). En cuanto a las infracciones de procedimiento, lo importante

⁴ El proyecto de reformas del Código Procesal Penal, elaborado por una comisión designada por la Corte Suprema de Justicia.

sería que al señalarse como tema de decisión una misma infracción procesal, aquellas llegaran a soluciones diferentes.

- e) Cabe hacer una referencia en cuanto a la propuesta del artículo 444.⁵ En el derecho de la comunidad europea se ha visto que la uniformidad del referido derecho al basarse en el planteamiento exclusivo de cuestiones de derecho lo que permite ir enriqueciendo la doctrina jurídica: “La importancia de este mecanismo de interpretación de las normas comunitarias consultadas, por el órgano jurisdiccional nacional, ha sido muy grande en estos años, favoreciendo la impregnación de los derechos nacionales por el ordenamiento comunitario, y uniformando en gran medida la práctica jurídico-judicial en los estados miembros”.⁶

El sistema mencionado no está exento de críticas, pero merece una reflexión, pues si bien no cuenta con tradición en nuestro medio (como tampoco el RCUD), podría convertir a la CSJ en una especie de consultorio sobre cuestiones de interpretación de legalidad ordinaria, cuando se sabe que la verdadera casación se construye sobre el análisis de una decisión judicial ya dictada, a instancia de la parte que considera ha sufrido un gravamen.

La propuesta concreta sobre la reforma legal es la siguiente:

⁵ Este mecanismo legal se utiliza con el nombre de cuestiones de prejudicialidad en el TUE, en las constituciones alemana 1949, italiana de 1949 y la española actual; la comisión no aceptó esta fórmula procesal, por tal razón no se incluyeron en la propuesta.

⁶ Pescatore, Pierre. Las cuestiones prejudiciales, en: El derecho comunitario europeo en su aplicación judicial.

TITULO VI

CASACIÓN

Artículo 437.-Competencia y Procedencia. El recurso de casación, será conocido únicamente por la Cámara penal de la Corte Suprema de Justicia y procede sólo contra las sentencias o autos definitivos que pongan fin al proceso dictados por las salas de apelaciones que contradigan la doctrina jurisprudencial existente.

Artículo 438. Doctrina jurisprudencial. *La interpretación de las normas penales sienta doctrina legal y debe de ser interpretada por la Cámara penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual producirá esta doctrina con tres fallos contestes. La Cámara penal, podrá separarse de su propia doctrina jurisprudencial, razonando su innovación , la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que llegara a emitirse los tres fallos contestes en el mismo sentido.*

Artículo 439.-Forma y Plazo: El recurso de casación debe ser planteado por las partes mediante escrito que se presente ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su sede, por los motivos expresamente establecidos, dentro del plazo de quince días de notificada la resolución que lo motiva.

Artículo 440.- Admisibilidad: Para ser admitido, el recurso deberá ser razonado y fundamentado. La parte recurrente debe señalar concretamente cada uno de los siguientes puntos:

- a) El interés con que actúa.
- b) La contradicción o el apartamiento del fallo impugnado con la doctrina.
- c) Indicar y aportar los fallos de contraste en que funda sus aseveraciones y señalar los puntos de contradicción .

d) Indicar la trascendencia para la justicia, de declararse procedente el recurso.

El incumplimiento manifiesto e insubsanable de tales requisitos será motivo de rechazo, pero si la Cámara lo establece puede admitir el recurso parcialmente en cuanto a motivos en que aprecie un razonable fundamento.

Artículo 441.- Casos de Procedencia. Este recurso de casación procede únicamente contra resoluciones o sentencias que hayan emitido las Salas de Apelaciones y, sólo, en los siguientes casos:
a) Cuando existan divergencias sustanciales entre el fallo cuestionado y otro u otros, de tribunales de igual categoría sobre casos análogos.

b) Cuando el fallo cuestionado se ha apartado de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia o es contrario a la misma.

En estos casos, es requisito ineludible que los hechos, fundamentos y pretensiones a que se refieren las distintas sentencias sean sustancialmente iguales y, que a pesar de ello, se haya arribado a pronunciamientos distintos.

c) Cuando sobre el caso no exista o se *considere modificar la* doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 442. Vista La vista será pública, y obligatoria, debiendo el Tribunal señalar los puntos sobre los que ha de ser informado. Las partes podrán concurrir e intervenir en ella según lo estime el Tribunal y se regirá de conformidad a lo que establece el art. 426.

Artículo 443. Sentencia. El aspecto central del análisis deberá siempre ser el de la infracción jurídica que se cometa con la contradicción, apartamiento o inexistencia de la doctrina. La sentencia se dictará en un plazo de 15 días de finalizada la vista pública.

Artículo 444. Efectos. Si la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, estima que la sentencia o resolución recurrida quebranta la unidad de la doctrina existente, casará la resolución impugnada y resolverá el caso con arreglo a la doctrina aplicable.