



LA CASACIÓN PENAL
Y
EL PRINCIPIO DEL DOBLE CONFORME

ESPECIALIZACIÓN Y MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
TESINA

PROFESOR: DR. CARLOS ALBERTO CHIARA DÍAZ

AUTOR: JOSÉ CORDERO ACOSTA

ENERO DE 2009

ABSTRACT

Esta Tesina empezó siendo un trabajo de módulo que abordó el tema “Casación y cuestiones de hecho”, demostrando que su prioridad es la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia. Ahora, en complemento del anterior trabajo, incorporo un nuevo aporte (colocado al principio, por razones sistemáticas) ya más referido a la casación que, fundamentalmente, plantea una renovación de su modelo tradicional, por un nuevo paradigma en el que prima la tutela jurídica de los atributos esenciales del ser humano, por lo cual el proceso penal, en especial la casación, se orienta hacia tres referentes básicos, tales son: la situación de inocencia del procesado; íntimamente enlazado a esta, rige, mientras no se dé condena en firme, el principio *in dubio pro reo*; y, por último, el derecho de todo condenado a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior.

ABSTRACT

This thesis began as a module which included the theme “Cassation and Issues of fact”, showing its priority in the research for truth and achieving of justice. Now, in complement to the earlier work, the thesis joins a new part (as the first order, for systematic reasons) referring to the appealing, which essentially argues that its model is being renewed for a further paradigm that premium legal guardianship of the essential attributes of human beings, for which criminal proceedings, especially the appeal focuses on three basic references, these are: the state of innocence of the accused, closely linked to the governed, while not condemning outright the principle *in dubio pro reo*, and, finally, the right of every convicted person to have their sentence reviewed by a higher court.

ÍNDICE

ABSTRACT	1
INDICE	2
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I	9
LA IMPUGNACIÓN.....	9
1.1. La impugnación	9
1.2. Cometido o razón de la impugnación.....	11
1.3. El cambio de paradigma al amparo de la normatividad supra-estatal sobre los derechos humanos.....	16
CAPÍTULO II.....	20
LA CASACIÓN COMO EL RECURSO DE LOS RECURSOS O SUMA	
REVALORACIÓN DEL OBJETO	20
2.1. Antecedentes históricos.....	20
2.2. El carácter instrumental o de confirmación de certezas de la casación	21
2.3. Proyección actual o estado de la cuestión	24
CAPÍTULO III	27
ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE HECHO.....	27
3.1. Los hechos	27
3.2. Realización	28
3.3. Memoria	29
3.4. Demostración y sus medios.....	31
3.5. Crítica a la demostración y a la significación de los hechos	32
a) Fijación, fiabilidad y fuerza de los medios.....	32

b) El aporte de la intermediación y su viabilidad	34
c) Naturaleza de las normas sobre la crítica de los hechos.....	37
CAPÍTULO IV	40
EL FALLO Y LA IMPUGNACIÓN	40
4.1. La fundamentación del fallo o ejercicio de la sana crítica	40
4.2. Límites reales y jurídicos de la impugnación.....	43
4.3. Sobre la jurisprudencia ecuatoriana	47
4.4. Jurisprudencia extranjera.....	49
a) España: El caso Cesáreo Gómez Vázquez	50
b) Argentina: El caso Matías Eugenio Casal	51
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	59

INTRODUCCIÓN

*“Mejor dos veces sobre lo mismo o,
simplemente mejor dos veces,
porque posiblemente no lleguemos a lo mismo.”*

Hace pocos años, compartiendo, con un docto letrado del país, nuestra preocupación por el estado de la Administración de Justicia en el Ecuador, llegamos a la conclusión de que algo útil que podríamos emprender –entre el quehacer académico universitario y la tarea de un grupo de abogados, sensibles ante las evidentes falencias del ordenamiento jurídico ecuatoriano y más que nada de su aplicación en las realidades procesales– era llamar a capítulo a todo el sistema. Ya no solo ocuparnos de la crítica reiterada, de lo que Luis Hidalgo denomina la “Telaraña legal”, sino de preocuparnos por lo que hacen los jueces y para el caso de la materia penal –quizá esto sea lo prioritario– lo que sucede en el aparato fiscal, desde cuándo y hasta dónde se puede contar con una idónea investigación que articule una acusación coherente o, al menos, demuestre que se haya actuado agotando las vías disponibles de pesquisas y búsqueda de evidencias para acusar o, qué mejor, concluir que no hay mérito para promover el juicio. En suma, nos proponíamos algo así como “enjuiciar a los juicios”, “sentenciar las sentencias”, hasta donde todo esto sea posible, dentro de ciertos límites formales (ya que en pura razón, que deambula en los ámbitos de la imaginación, tales límites solo formales no son admisibles) realizar ejercicios de “casaciones sobre las casaciones”. Para ello, claro está, lo primero que debíamos esclarecer se refería a los límites y alcances del control, en cuanto a su legalidad o procedencia, siempre menor a las posibilidades especulativas ya que, si nos entregábamos al ejercicio de la crítica racional, sobre los procesos y sus fallos, esta tarea ventajosamente no soportaría ataduras jurídico formales. Así, si el mandato legal dice: tal impugnación tiene por límites el mérito de autos u, otra, permite aportar nuevas pruebas o volver a valorar anteriores diligencias demostrativas; todo ello, si, en definitiva, no depara un amplio control de lo juzgado,

comprendido del examen sobre la fijación de los hechos, es decir, del basamento fáctico para la aplicación de las consecuencias de derecho, mantendremos la frustración en cuanto no existe un verdadero control y, entonces, lo que deberíamos tratar de alcanzar sería una reforma que derribe límites absurdos del actual control;¹ en suma, no puede aceptarse que el derecho establezca murallas a la verificación de su propia realización, a las constataciones sobre los estados de certeza emanantes de sus mecanismos de aplicación o sobre la ecuacional imposición de sus normas a realidades demostradas. Hay quienes opinan, por ejemplo, que las instancias de impugnación no pueden convertirse en auditorías y que tales superiores auditores no pueden transformar los hechos de los administradores. Creo que la comparación es torpe; pues, si bien, apelaciones, casaciones y revisiones son comparables a las auditorías, ningún proceso, peor, aún, el penal, en sus etapas y de ellas, la más importante, la del juicio no comporta tareas de administración a jueces inferiores; en el proceso penal, se revela que el único que ha administrado bien o mal su vida, mediante sus comportamientos, es el acusado.

¿Qué hacen los jueces y los tribunales? Parece ser la pregunta escondida que se formula a lo que llamamos administración de justicia, no sin antes haberse respondido tras cruentas controversias, que caracterizan la historia de la humanidad, que el fin o la razón de la ley es la justicia. Justicia sin leyes o leyes basadas en la simple voluntad del poder son como fantasmas que deambulan en una irracional pesadilla de los seres humanos, peor, aún, cuando estos engendros toman cuerpo o adquieren vida en una aplicación incierta o impredecible de las normas al caso que se juzga. Precisamente, para conjurar estos demonios, desde la más remota antigüedad, la civilización ha creado mecanismos de solución a los conflictos interhumanos, realizando el derecho proclamado en las leyes, mediante el fallo de jueces y tribunales. En esto

¹ Contrario al “doble conforme”. (El cuento del japonés que decía: voy a preguntar dos veces sobre lo mismo, para ver si incurren en contradicción.)

consiste, más que administrar, hacer justicia, ofrecer una reinterpretación de los textos de Ulpiano para comprender de lo que estamos hablando, cuando nos referimos al valor justicia; pues, ya no se podría postular que justicia es dar a cada uno lo que es suyo; ante lo que se ha respondido con el irónico escepticismo de Hans Kelsen, exigiéndose que, previamente, se aclare ¿qué es lo suyo? lo cual, al no poderse responder en abstracto, obliga a cambiar la significación de justicia para concebirla, más bien, como una actitud o un mandato, que se cumple mediante una búsqueda persistente y permanente de dar a cada uno lo que es suyo. Es preciso, entonces, frente a las propuestas kelsenianas que, todavía, parecen estar entronizadas en el fenómeno jurídico, aclarar que es necesario lavar las materias en conflicto, es decir, las pretensiones de los miembros del cuerpo social, en las aguas del proceso; en ellas, luego de sedimentarse las escorias, saldrá a flote la verdadera sustancia o, al menos, la certeza de lo que corresponde a cada uno. Se revelará lo que “es suyo” y se precipitarán, al fondo, las gravas de las pretensiones infundadas. Estamos hablando, entonces, de todo lo que puede ser llevado a juicio, sometido a capítulo, hechos, pruebas, valoraciones, motivación y resoluciones y, ulteriormente, todo lo que sea materia de impugnación, tema que aborda el presente trabajo y que, en parte, ya fue desarrollado en mi anterior ensayo titulado “Casación y cuestiones de hecho”.

Se trata, en esta tesina, de profundizar sobre el cometido o razón de la impugnación, demostrar cómo se frustraría la búsqueda de la justicia si nos contentamos con solo arribar al primer fallo, concediendo, a los jueces de mérito, un poder u omnipotencia que no la tienen, la de decir la verdadera y última palabra para la cosa juzgada, sobre todo, en un tema tan fundamental, como el denominado de los hechos; pues, parece que, muy recientemente, los cultores de las ciencias jurídicas han descubierto que lo más importante para la verdadera realización del derecho, son,

más bien, las cuestiones fácticas; pues, son los hechos los que determinan la creación y permanente actualización de todo el espectro jurídico normativo,² que se puede afirmar que las normas son hijas de los hechos, aunque, muy a pesar de ello, el tema de la demostración de lo fáctico sea el que con más superficialidad se trata en el proceso penal, así, *«mientras los filósofos de la ciencia se han ocupado exhaustivamente de la posibilidad de conocer el mundo y de los métodos, para ello, los filósofos del derecho y los juristas, en general, se han preocupado más por los problemas de interpretación de las normas que por los problemas de prueba.»*³ Se trata de comprender que ni siquiera las denominadas ciencias duras, aquellas que tienen pretensiones de formular juicios objetivos, o de realidad, están libres de acusaciones de relatividad,⁴ por eso, en las ciencias normativas o del deber ser, se debe proceder con redoblada cautela, siendo, aún, más imperativo el atenerse a ciertas “reglas”⁵ que garantizan la indispensable comprobación de los hechos. Ventajosamente, todas estas exigencias de exhaustividad, hoy en día, se han plasmado en normas de rango supranacional, a las cuales deben adecuarse los ordenamientos jurídicos de los países signatarios de dos sendos tratados internacionales: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, según el cual, en su Art. 14, 5, *«se reconoce el derecho del condenado a un juicio revisorio en los términos siguientes: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá*

² Así, si no se mataría al prójimo, sustrajere sus bienes o forzaría a una persona a tener relaciones sexuales no tendrían porqué existir los tipos penales de homicidio, hurto o violación.

³ González Lagier, Daniel, Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial, p. 69.

⁴ Aunque, muchas veces, se confunde relatividad con complejidad, aquello de refugiarse en la relatividad, cuando no se comprenden los seres o las cosas, revela una pereza intelectual y, a medida que profundizamos en el conocimiento, más que de relatividad, hablamos de lo complejo e interdependiente.

⁵ Tales reglas, llamadas de sana crítica, constituyen, también, un repertorio normativo que imposibilita, como se demostrará, a lo largo de este trabajo, trazar la frontera entre cuestiones de hecho y de derecho.

derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»,⁶ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, según la cual, en su Artículo 8, Garantías Judiciales «2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior».

⁶ Transcripción de Cachón Villar, Pablo, La doble instancia penal y el recurso de casación, p. 13.

CAPÍTULO I

LA IMPUGNACIÓN

1.1. La impugnación

Impugnar es tanto como pedir que se enjuicie lo enjuiciado⁷ y ello no significa un simple y vacío juego de palabras. Precisamente, uno de los defectos de la máxima institución al servicio de la justicia denominada el proceso⁸, (pues se trata de su búsqueda)⁹ es verse afectada de un mal endémico consistente en el ritualismo procedimental que trastoca los verdaderos contenidos de investigación, probanzas, valoraciones, motivación y fallo en fórmulas vacías, que se reducen a un simple ceremonial formal. Se podría afirmar que no hay operaciones y personas que inspiren más desconfianza que los juicios y los jueces,¹⁰ incluso, muchos manuales y tratados sobre la materia procesal están plagados de meras descripciones de actividades procedimentales, que no profundizan los verdaderos contenidos temáticos, sin poder revelarnos que se trata de un complejo sistema interactivo de reglas operantes para la

⁷ Y pongo como objeto lo enjuiciado, que no se parta de cero o comienzo de un nuevo juicio, sino algo así como que el juicio se procese a sí mismo.

⁸ Recordemos el cuento de Kafka ante la ley.

⁹ La justicia es una meta o supremo objetivo que, aunque no alcanzado, debe inspirar y moldear nuestras acciones.

¹⁰ Calvo Rojas, Eduardo, Menos tribunales, mejores jueces, p.1 «Sirva de muestra el testimonio del juez Gesta Von Orphane, del Tribunal de Filadelfia, que admitió haber decidido al azar 4.000 casos y se jactaba, además, de que el resultado no debió ser demasiado malo teniendo en cuenta que 2.300 de aquellas decisiones fueron luego confirmadas por tribunales superiores».

A excepción, claro está, de ciertos verdaderos juristas, catedráticos universitarios y, a la vez, jueces, precisamente, a ellos se deben los llamados anticipos jurisprudenciales (Cf. Cafferata Nores, José I. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional, p. 179).

verificación fáctica y la ponderación jurídica de las conductas humanas.¹¹ Así, a las dificultades naturales que conlleva la búsqueda de todo conocimiento a base de la reconstrucción histórica de acaecimientos pasados, se suma, aún más, los instrumentos y metodologías obsoletas aplicadas en la investigación de los hechos, las actuaciones probatorias, las valoraciones para la demostración de la material manifestación, como la de los otros elementos, de los tipos y demás caracteres del delito;¹² pues, en todo ello, no se usan, precisamente, tecnologías de punta, al menos, en nuestros medios tercermundistas, donde la criminalística científica, aplicada a reunir las piezas de convicción, solo se ve en las películas. Tal desprecio o quizá inocente prescindencia de actividad auténticamente probatoria, en especial, la referida a los hechos, bien, justifica la impugnación, como una necesidad o, más bien, un derecho a buscar la verdad, que se satisface, si por lo menos arribamos a razonables certezas.

Toda ciencia es una cacería de certezas, quizá, empezando por la comprobación de sus propios objetos, tema que se complica sobremanera en las ciencias sociales y, más aún, en las jurídicas; pues, muchos de los que llamamos hechos, no son simplemente tales, como un mineral o una célula. Así, pueden serlo las heridas, el paro respiratorio y hasta la muerte, en los límites de lo que alcancemos a comprender tales fenómenos, pero, en otros casos, no se trata sino de una existencia jurídica, como en los documentos, la

¹¹ Para explicar mejor lo que afirmo, recurriré una vez más a la metáfora de la computadora, pues se trata de un especialísimo procesamiento de datos.

¹² Es verdad que estamos operando en terreno movedizo, pues, si bien, puede ser aparentemente fácil la comprobación de la muerte, las heridas, el coito agresivo de una violación, ya no lo es definitivamente la constatación del dolo, de elementos subjetivos del tipo y de los requisitos de la culpabilidad, pues, en tales casos, nos topamos tanto con hechos psíquicos, como con valoraciones jurídicas.

buena conducta, la cosa ajena, entes que son esencialmente normativos.¹³

1.2. Cometido o razón de la impugnación

Creo que al haber tratado de precisar en qué consiste la impugnación, mediante una tentativa de esclarecimiento de su ser u ontología, su concepto o significación está indisolublemente unido a sus fines o cometidos, así como a las buenas razones que se han dado para la necesidad de impugnar y consagrar tal necesidad como un derecho fundamental, según José I. Cafferata Nores.

“En la concepción tradicional del recurso, en el derecho procesal penal argentino, se parte de la indiscutible base de que es posible que las resoluciones jurisdiccionales sean equivocadas (en los hechos o en el derecho) y por ende ocasionen un perjuicio indebido a los afectados... Tal posibilidad... revela la necesidad de permitir un re-examen y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia: esto se viabiliza a través de los recursos.”¹⁴

Para insistir en ello, cita una resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la parte que dice:

“Las causas para una posible revisión judicial son la 'ilegalidad', la 'irracionalidad' y la 'irregularidad procesal'. La 'ilegalidad' es la aplicación errónea o indebida del derecho que regula la facultad de resolver y, en especial, la infracción o el incumplimiento de las normas legales aplicables; la 'irracionalidad' se refiere a una resolución que prescinda hasta tal extremo de la

¹³ En estos casos, el derecho viene a ofrecer una valoración de objetos por él creados. Como si dijéramos a valorar lo, previamente, valorado.

¹⁴ Cafferata Nores, José I. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, p. 157.

lógica o de los principios morales generalmente admitidos, que ninguna persona razonable las habría tomado después de considerar la cuestión; la 'irregularidad procesal' consiste en el incumplimiento de los preceptos procesales, en la denegación de la justicia natural o en una injusticia procesal (TEDH, Weeks, sentencia del 2/III/87).¹⁵

Estas vienen a ser, entonces, las razones o la racionalidad de la impugnación, cuyo fundamental cometido es asegurar que antes de pronunciarse una resolución en firme o arribarse a la cosa juzgada, se pueda tener una razonable certeza de que los componentes o datos del caso, en mérito a su prolijo y exhaustivo esclarecimiento, puedan llevarnos a una inducción confiable sobre su veracidad, para basar o ser el objeto de la calificación jurídico penal o acertada subsunción,¹⁶ la cual depende, a su vez, de una correcta interpretación, tanto de lo sustantivo como de lo procesal del derecho aplicable.

Según Jorge Zabala Baquerizo, *«el motivo jurídico para ejercer el derecho de impugnación puede ser variado, pero la doctrina lo ha resumido en dos: vitium in procedendo y vitium in iudicando...[o sea] error de procedimiento... o vicio sustancial. Este, a su vez, puede referirse al error de hecho (error in facto) o, al error de derecho (error in iure).¹⁷* Yo diría que lo citado alude, más bien, a los fundamentos de la impugnación, es decir, a lo que serviría de basamento para que esta prospere, ya que los motivos equivalen a los determinantes psicológicos del ejercicio del derecho a impugnar

¹⁵ Idem. p. 158.

¹⁶ [Las] *«erróneas valoraciones jurídicas de los hechos que se tuvieron por acreditados en aquella [se hace referencia a la sentencia impugnada] que pueden manifestarse como errores en la subsunción legal»*, Idem. p. 159.

¹⁷ Zabala Baquerizo, Jorge, Tratado de derecho procesal penal, Tomo IX, p. 256.

y estos pueden ser de diversa índole, inclusive, la simple aspiración del impugnante de dilatar el fallo definitivo, o sea, el pronunciamiento de la cosa juzgada.¹⁸ En todo caso, vamos a tratar de no enredarnos en estos tradicionales esquemas de comprensión de la materia que nos ocupa, que, sin desconocer en muchos casos sus aciertos, mantienen una segmentación innecesaria de modalidades de la impugnación, concretamente, al separar apelación y casación, cuando una y otra se orientan al esclarecimiento de dos grandes referentes del proceso penal: la situación de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, reglas ambas constitucionalmente reconocidas y pertenecientes a ese derecho supranacional, emanado de los tratados internacionales. En su oportunidad, se profundizará sobre estas normas supremas, por ahora, basta anotar que, mientras no se desvirtúe toda duda, (razonable, acogiéndonos al sistema anglosajón)¹⁹ duda que no solamente se puede albergar sobre la correcta fijación de los hechos (para lo cual, también, se aplica un repertorio normativo) sino, también, de la correcta interpretación y aplicación del derecho; esta intrincada interrelación entre lo fáctico y lo jurídico²⁰ hace imposible separar cuestionamiento sobre hechos y cuestionamiento sobre derecho; ello demuestra el craso error de mantener apelación y casación, como si fueran compartimentos estancos, cuando estos recursos son una misma herramienta para

¹⁸ Cosa distinta es la motivación, como obligación de en base a una sana crítica dar a conocer las razones o buenos argumentos en los que se basa el fallo judicial.

¹⁹ Cf. Igartua Salaverría, Juan, Prolongaciones a partir de Laudan. *«La asimilación de la duda razonable al proceso penal español como estándar de prueba reporta grandes beneficios además de que encuentra un acomodo más garantista del que tiene en su ambiente jurídico originario, en los sistemas de common law. Esto, debido a la obligación de jueces y jurados de motivar en la sentencia o el veredicto...»*.

²⁰ El mismo problema ya se dio en el derecho sustantivo cuando se trató de diferencias entre error de hecho y error de derecho, categorías que han sido sustituidas por error de tipo y error de prohibición. Aunque todavía se mantienen dudas sobre cómo tratar ciertos casos, consultar: “Algunas reflexiones sobre el conocimiento en la teoría general del delito” del autor.

arribar a la convicción de que estamos en posesión de la verdad,²¹ sea que se mantenga la situación de inocencia del acusado, sea que esta fuese derrotada al despejarse toda duda sobre su responsabilidad, lo cual obliga, más bien, a unificar la impugnación contra lo ilegal, arbitrario o injusto, sea en la tramitación, sea en la resolución de una causa en su instancia de mérito.²² Siendo necesario, por otra parte, en todo momento o etapa procesal, guardar una permanente fidelidad al sistema acusatorio de nuestro proceso penal, en su carácter contradictorio o controversial, que diferencia los roles entre una acusación que debe demostrar con prueba plena la culpabilidad del acusado, precisamente, para enervar la situación de inocencia que le ampara y una defensa a la cual le basta mantener la duda sobre dicha culpabilidad, por ello, me permito afirmar que el fin o cometido de toda impugnación, tanto de la apelación como de la casación, es revisar o controlar la resolución sobre las pretensiones procesales de las partes, según criterios de verdad y de justicia, mediante una nueva decisión o pronunciamiento de un juez superior al del fallo impugnado. Aunque, en todo caso, debe quedar clara la necesidad de superar un tradicionalismo que ha sacralizado ciertas fórmulas procesales, negando, por ejemplo, que es la casación la que debe estar al servicio del control, sobre la justicia y la verdad de los juicios y no a la inversa, que el proceso, incluidas sus etapas de impugnación, deba mantenerse al servicio de ciertos fines, meramente políticos de la casación, [cuya] *«evolución histórica... desde sus orígenes remotos hasta*

²¹ O estados de certeza, a los cuales modestamente podemos aspirar los seres humanos.

²² En referencia a lo que acontece en España. *«Se atiende al sentido y evolución del recurso de casación penal, a la luz de la normativa internacional, con referencia expresa a determinados dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Por último, se examina el actual Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la legislación procesal y su adaptación a la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, con el que se pretende una efectiva generalización de la doble instancia penal y una reforma del recurso de casación, reforzando su función unificadora»*. Transcrito las opiniones de Cachón Villar, Pablo, La doble instancia penal y el recurso de casación, p. 13.

*la segunda guerra mundial... [presenta] un estilo... consolidado en el tiempo, a saber, el de otorgar preeminencia a su finalidad política (extraprocesal) de reafirmar la vigencia de la ley y garantizar la uniformidad de su interpretación jurisprudencial».*²³

Siendo fácil demostrar que este imperio del derecho y la jurisprudencia uniforme, más que estar al servicio de la justicia, han venido siendo tributarios del poder político, es decir, una forma de control, característica de los regímenes autoritarios, sobre la función judicial. *«Por ello, resultaba legítimo limitar el recurso a las lesiones del derecho objetivo exclusivamente... [sin que importe] la injusticia concreta y reconocida de una sentencia».*²⁴

En todo caso, para renovar la dogmática de la impugnación *«hay que convenir en que es preciso examinar globalmente cuál es el mecanismo de recursos dentro del sistema de enjuiciamiento de que se trate. En otras palabras, no es lo mismo referirse a la casación penal en un sistema que no tiene otro recurso [como en el caso del procedimiento penal ecuatoriano] que hacerlo dentro de un sistema que incorpora otro recurso previo (por ejemplo, el denominado recurso de apelación). Además, al organizar un sistema de recursos, también, es preciso tener en cuenta varios principios que están necesariamente implicados, como son los de inmediación, oralidad y publicidad.*²⁵

Hasta aquí he consignado unas reflexiones sobre la impugnación en general, tratando de esclarecer sus razones y cometidos, como una revisión o re-examen de lo actuado y resuelto por el tribunal de mérito. Nuestro sistema ecuatoriano emplea una bifurcación

²³ Pastor, Daniel R., La nueva imagen de la casación penal, p. 25.

²⁴ Ídem. p. 30.

²⁵ López Barja de Quiroga, Jacobo, La reforma de la casación penal, p. 5.

en las vías impugnatorias, en las que se mantienen un recurso de apelación que se utiliza, predominantemente, para la revisión de los posibles vicios fácticos, o sea, sobre la fijación de los hechos y su valoración, sin perjuicio de que se aborden cuestiones de derecho, lamentablemente no aplicable a las sentencias del Tribunal de mérito y un recurso de casación reducido tradicionalmente a resolver los errores *in iure*, que, hoy en día, pugna por traspasar tan artificiales límites, lo que se analizará precisamente en el siguiente tema.

1.3. El cambio de paradigma al amparo de la normatividad supra-estatal sobre los derechos humanos

La justicia penal de hoy se edifica sobre nuevos pilares, tales son la situación o estado de inocencia, el *in dubio pro reo* y el derecho inculcable de que toda condena se someta al doble conforme.

Nuestro país, desde hace algunos años, se adhirió al nuevo modelo revisorio, quizá por esa bendita novelería de participar en las vanguardias tutelares de los derechos humanos; posiblemente, sin que nuestros cultores del derecho hayan comprendido los verdaderos alcances del compromiso que se adquiere al suscribir y ratificar los tratados internacionales, ya que nuestros escasos doctrinarios, así como nuestros magistrados siguen profesando la doctrina vetusta y ventajosamente superada sobre la naturaleza y fines de la casación, reducida a sus funciones nomofiláctica de la ley y unificadora de la jurisprudencia; sufrimos, entonces, de una absurda dicotomía; pues, mientras la constitución y todo su dependiente andamiaje jurídico profesan los nuevos paradigmas, el control judicial transita por la vereda del frente, lo cual lamento, pero, ventajosamente, no me impide continuar anotando las presentes reflexiones para la

renovación de la doctrina ecuatoriana sobre el control judicial, particularmente, sobre la casación.

El gran progreso del derecho moderno está en la universalización de sus fórmulas, aquellas soberanías estatales, casi feudales, han cedido el paso a una implantación internacional de consenso, cada vez, más fortalecida, siquiera en lo relativo a la tutela de los derechos fundamentales del ser humano. Se habla de los derechos humanos o atributos de la persona reconocidos por el derecho internacional en sendos tratados, de los cuales son signatarios la mayoría de los países contemporáneos, que imperan en las diferentes ramas del derecho, aunque en este trabajo me limitaré al ámbito penal acotado a lo procesal impugnatorio, o sea, a las normas de la tutela penal efectiva y del debido proceso, en cuyos márgenes, a su vez, se encuadran la situación de inocencia y la regla²⁶ *in dubio pro reo*,²⁷ cuyo juego dialéctico es el motor del proceso penal, tanto del fallo de mérito, como de sus ulteriores revisiones.²⁸ Es, entonces, la hora de afirmar, que si se ha llegado a un consenso sobre el derecho fundamental del condenado, a que

²⁶ Prefiero utilizar el vocablo regla como perteneciente a norma ya imperante, antes que principio, que puede confundirse con lo programático. Por lo tanto, vale lo siguiente: como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma... *Por lo tanto, aun cuando todas las normas de derecho fundamental directamente dictadas tuvieran exclusivamente carácter de principios —algo que, como se mostrara, no es así— existirían entre las normas de derecho fundamental tanto algunas que son principios y otras que son reglas de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso...»*. Transcrito de Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p.52.

²⁷ El control de la presunción inocencia y del principio *«in dubio»*, Pastor R, Daniel, Op. cit., p. 62.

²⁸ Creo que el ciclo de la revisión podemos saber cuándo empieza, pero jamás cuándo termina. Revisión se hace en la apelación, también, en la casación, pero ahí no se concluye; se puede revisar lo (aparentemente) pasado en autoridad de cosa juzgada, por eso, en materia penal se dice que no rige su intangibilidad, claro que, entonces, se trataría de un recurso extraordinario o según algunos de un nuevo proceso de revisión, por tanto, si todo consiste en revisión, incluso, según el léxico de los tratados internacionales, lo conveniente es unificar impugnaciones que pretenden un mismo cometido, tales son la apelación y la casación.

el fallo en su contra sea revisado, esto conlleva que la presunción de inocencia y la subsistencia de duda²⁹ se mantienen hasta que, mediante cualquier medio impugnatorio, se revise el fallo de condena, ya que la situación de inocencia es, como tal, una situación jurídica³⁰ y la duda es un estado de la mente,³¹ sin perjuicio de que el derecho mande dudar, mientras no exista una certeza en contrario, por eso, una y otra situaciones perduran, mientras no se dé, mediante cualquier medio impugnatorio, un nuevo fallo en contrario.

*...como vía más destacada, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: 1º una prueba de cargo suficiente; 2º una prueba de cargo que haya sido constitucionalmente obtenida; 3º una prueba de cargo que haya sido legalmente practicada y 4º una prueba de cargo que haya sido racionalmente valorada. Estos cuatro parámetros permiten una amplia revisión del juego probatorio y, en consecuencia, el recurso de casación ha ensanchado sus límites, convirtiéndose, prácticamente, en una segunda instancia, al menos, en lo que se refiere a la impugnación de sentencias condenatorias.*³²

²⁹ Con mucho respeto no comparto la opinión de que el fallo de mérito elimina la presunción de inocencia, ni muchos menos afecta al in dubio, ni que sea posible distinguir, como lo hace Enrique Bacigalupo, dos dimensiones en el principio in dubio pro reo. La duda es un planteamiento de racionalidad no solo subjetivo sino inter-subjetivo; una comunidad jurídica científica debe opinar sobre si hay o no duda; se trata de poder pronunciarse con certezas según una opinión generalmente compartida, no solamente por un juez o tribunal por más docto que sea. Cf. Bacigalupo, Enrique, La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, p. 69.

³⁰ Ante cualquier imputación penal, el derecho considera que el imputado es inocente, mientras no se pruebe lo contrario.

³¹ Se mantiene en duda todo aquello que no se demuestra como verdadero con argumentos plausibles.

³² Cachón Villar, Pablo, La doble instancia penal y el recurso de casación, Revista Jurídica de Castilla y León, N° 10, septiembre-2006, p. 22.

Es, pues, la casación el recurso idóneo para una revisión integral del fallo de condena, si no, se impondría que primero deberían revisarse los hechos en apelación y luego la aplicación del derecho en la casación, sin repararse en que tal tratamiento incurre en el absurdo de independizar lo interactivo, al desconocer la totalidad operante del derecho, en cuanto se lo reduce a una pura abstracción habitante del universo de los silogismos, desvinculado de la realidad subyacente, puesto que, también, se opera normativamente en todas las inducciones de fijación de los hechos. ¡No puede darse la valoración de un objeto sin primero haberse esclarecido hasta la saciedad el objeto de valoración! Siendo imposible, a su vez, fijarse tal objeto de valoración sin operaciones regladas, es decir, que, tanto el ser como el deber ser, se demuestran mediante procesos normativos.³³ Todas estas reflexiones nos demuestran la superficialidad bizantina que se ha mantenido en el tratamiento del control judicial, al no habérselo comprendido en su dimensión esencial que es la de constituir un problema de búsqueda de la verdad, en suma, un problema de conocimiento. Siendo así, no se puede mantener un divorcio entre la reflexión ontológica y la jurídica, pero este es un tema que se abordará en el segundo capítulo.

³³ Hoy en día, ya nadie discute que el derecho, al imponer que debemos atenernos a la razón, la ciencia y la experiencia, como normas de fijación de hechos y valoración probatoria, está haciendo suyas las leyes de constatación empírica, las de la lógica y la tópica que privilegia los argumentos plausibles.

CAPÍTULO II

LA CASACIÓN COMO EL RECURSO DE LOS RECURSOS

O SUMA REVALORACIÓN DEL OBJETO

2.1. Antecedentes históricos

Sintetizando diríamos que la Casación nació para la defensa de la ley, creció para la unificación de la jurisprudencia y madurará cuando se la conciba como el recurso total.³⁴

Una gran parte de la doctrina destaca que las tareas tradicionales de la casación no se han cumplido, así la interpretación uniforme de la ley, aparte de ser de imposible logro, puede estar cuestionada en cuanto a su conveniencia misma, tanto en cuanto bloquee la significación progresiva de las mismas palabras de la ley y la evolución de todo precepto legal.

Novoa Monreal destaca, en su obra el Derecho como obstáculo al cambio social, ese peligro de conservadorismo retardatario ocasionado no tanto por el derecho, cuanto por su aplicación distorsionada o tradicionalista, que podría denominarse el legalismo.

El gran progreso de la humanidad, atribuible al derecho está, precisamente, en la lucha por el derecho, en haber forjado los principios rectores del constitucionalismo moderno, siempre latentes en el espíritu humano desde la más remota antigüedad, hoy, ventajosamente, positivados. Es decir, haber construido el repertorio irreversible de los fundamentos del fenómeno jurídico, solo allí, encontramos un edificio sólido, aunque, paradójicamente, en permanente y progresiva construcción, atribuible a la inteligencia del hombre, no solo de juristas sino, en general, de la ciencia y el intelecto humanos de todos los tiempos. Que sobre ese gran corpus de sabiduría se elabore una jurisprudencia

³⁴ Empleo el término “para” en el sentido de significar una preposición de destino.

unificada para ser acatada por todos los controles judiciales casacionales, bienvenido sea, pero no pretender que sean las legislaciones nacionales, de legitimidad frecuentemente dudosa, las que utilicen el control casacional como un instrumento a su servicio.

Quisiera que no se den malos entendidos, afirmo que no puede admitirse tutela de derecho vigente sustantivo o adjetivo, que admita blindaje alguno a una sentencia de mérito, defendiendo aparentes postulados, tales como: la libre convicción de los jueces, afirmando que inmediación, publicidad, oralidad y el contradictorio adversarial solo pueden darse en el juicio de mérito, o sea, cualquier reduccionismo al re-examen total, doble conforme o confronte, que garantiza la normativa supranacional y la búsqueda de la verdad, tema del cual me ocupo a continuación.

2.2. El carácter instrumental o de confirmación de certezas de la casación

Quizá, donde más frecuentemente ocurre ese trastocamiento por el cual lo instrumental se vuelve fin en sí mismo, es en el ámbito del derecho, puesto que sus operadores, sobre todo, los del llamado control judicial han consagrado un fetichismo de lo dogmático jurídico, que considera una herejía modificar los fines o cometidos tradicionales de la casación penal. Incluso, desde el punto de vista epistemológico, hasta ahora no se ha reparado en que se viene manteniendo una extravagante situación, tal es que la ocupación de los juristas se concentra no tanto en el esclarecimiento de los casos o fenómenos problemáticos, cuanto en la discusión de fórmulas; esto resulta tan peregrino como si en la medicina nos preocupáramos de discutir sobre los tratamientos antes de diagnosticar las patologías.

Abundando en lo antes dicho, si en la realidad no ocurrieran ciertos hechos, de peligro

o de daño a la justa y pacífica convivencia humana, es decir, algo que afecte gravemente al cuerpo social, no tendría sentido alguno la aplicación de soluciones jurídico penales. Esto es tan cierto como que sobrarían terapias y remedios, si el ser humano no enfermara; sin embargo, en uno y otro caso, lo primero es el diagnóstico de las disfunciones, antes que las discusiones sobre las fórmulas terapéuticas; debiéndose, entonces, privilegiar el tema del conocimiento de una realidad problemática llamada a juicio, lo que nos aboca al mismo punto de partida: descubrir la verdad.³⁵

Sin embargo, cuando se habla de verdad o, más bien, de búsqueda de la verdad, planteamos un problema tan arduo como el de la justicia; ambas búsquedas van de la mano y constituyen la gran aventura del conocimiento:

*«El procedimiento judicial es, en gran medida, un método, regulado jurídicamente, de investigación histórica, precisamente porque uno de sus fines, según veremos, consiste en el intento de averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica, positiva o negativa, que constituye el objeto del procedimiento».*³⁶

*«¿Qué es verdad? ¿Qué es falsedad? Nadie debe esperar una respuesta mía a estas cuestiones. Y quizá nadie en el mundo pueda darla; por eso, no me planteo este dilema. Trataré, en cambio, de conseguir algo distinto: mostrar que es necesaria la búsqueda de esta cuestión como es necesaria la búsqueda de la verdad en el proceso penal».*³⁷

³⁵ Sería tonto pensar que estamos frente a un problema de interpretar la farmacopea o la ley y de unificar los tratamientos, como insólitamente viene proclamando la doctrina tradicional de la casación.

³⁶ Maier, Julio B. J., El proceso penal contemporáneo, p. 510.

³⁷ Gössel, Heinz, Karl, El proceso penal ante el estado de derecho, p. 169.

Quizá nunca se pueda decir la última palabra sobre el problema de la verdad como fiel adecuación de los objetos a nuestras ideas o imágenes mentales, es decir, sobre la fiabilidad de nuestros conocimientos, pero nadie osará afirmar algo tan disparatado como que la fiabilidad depende de que respetemos y mantengamos, como única, la primera aproximación a la verdad,³⁸ que lo más confiable emana de que no se repita la operación cognoscente de percepción y reflexión sobre lo censo-percibido. Este trabajo empieza diciendo todo lo contrario: “mejor dos veces sobre lo mismo” y está destinado a probar el mérito de este aserto, confrontando, precisamente la verdad con las formas jurídicas, como reza el título de un celebre ensayo de Michel de Foucault.³⁹ Pues bien, ese objeto sobre el cual se debe realizar una persistente búsqueda de su verdad es un hecho, también, ente jurídico (evocando a Carrara) denominado delito y un privilegiado instrumento de esa búsqueda es la casación penal que, como se demostrará, puede ayudarnos a arribar a la máxima meta a la que se puede llegar, esto es, a la convicción de que estamos en posesión de la verdad, o sea, en el denominado estado de certeza.⁴⁰

Para que la casación cumpla el anotado propósito, es decir, sea como debe ser, una excelente herramienta del control judicial con pretensiones de justicia y verdad, es necesario despojarle de sus lastres históricos, principalmente, del empecinamiento de ciertas doctrinas que han magnificado el concepto de inmediación y que, además, sostienen que esta situación no puede darse en la casación, ni tampoco la necesaria

³⁸ Que nadie ose tocar fijación de los hechos, las pruebas y su valoración hecha por el tribunal de mérito.

³⁹ Para este gran pensador, la historia de Edipo es la de la búsqueda de la verdad, aplicando los antiguos procedimientos griegos. Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas.

⁴⁰ En próximas notas se precisará sobre la relación entre verdad y certeza,

publicidad inherentes al modelo acusatorio, nada de lo cual es cierto, como se demostrará en el tercer capítulo.

2.3. Proyección actual o estado de la cuestión

La doctrina dominante parece comprender, gracias a la gran calidad de sus portavoces, que lo ritual formal debe ceder el paso a lo epistemológico y verdaderamente gnoseológico. Como anteriormente ya se precisó, se trata de un proceso de descubrimiento de la verdad, situado en sus factibles dimensiones de adquisición de certezas; de tal manera que, actualmente, no creo que tenga sentido discutir sobre lo ritual formal, permanecer atados al ceremonial procesal, ni seguir rindiendo culto a la llamada intermediación, como si esta se tratara de un trance místico; modernamente, se da una reivindicación de la tónica, no en el sentido de manipular la verdad mediante elocuentes argucias persuasivas o pirotecnias verbales, sino apoyada en los progresos de las ciencias demostrativas, desde la prueba del ADN hasta los adelantos de la psicología clínica, y más apoyos científico-tecnológicos recientes.

Se puede afirmar que, a partir de la normativa de los tratados internacionales, se arrasó como diría Julius Hermann Von Kirchmann, con bibliotecas enteras,⁴¹ que albergaban obsoletos dogmas como aquel de la soberanía de la convicción de los jueces, para sustituirlo con la razonable adecuación de lo proclamado en el fallo con la realidad; pues, se trata de lograr no solo la convicción subjetiva del juez, sino una que pueda ser ampliamente compartida por quienes analizan la racionalidad del proceso seguido hasta lograr tal convicción, lo cual requiere de más de una verificación crítica, como lo propone la doctrina del doble conforme, debiendo tenerse presente que, si bien es verdad que nuestro conocimiento solo reproduce imágenes de la verdad, ello no obsta a

⁴¹ Von Kirchmann, Julius Hermann, "La ciencia del derecho", Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

que se admita la existencia de la propia verdad y el deber del juez de buscarla.

En todo caso, según la concepción dominante, el Juez del hecho no ha cumplido su deber de hallazgo de la verdad, con su mera convicción de haber cumplido tal deber; sino que, como resalta el Tribunal de Casación, él debe haber satisfecho tal deber; también, fácticamente, con independencia de su representación subjetiva. Si el Juez del hecho partiera de esta exigencia, la apreciación de un suceso que, supuestamente se habría producido a las 22 horas del día 24 de diciembre en Munich, a plena luz del sol, tendría que ser revocada por el Juez de casación, porque la imagen del Juez del hecho sobre el comportamiento conforme a la verdad no coincide con el acontecimiento real, por lo que se hace precisa una comparación entre la imagen de la verdad del Juez del hecho y la propia verdad. La imaginable objeción de que, aquí, el Juez de casación se limita a comparar su propia imagen con la del Juez del hecho, no la considero relevante. Cierto es que, también, el Juez de casación tiene su propia imagen sobre el curso del acontecimiento conforme a la verdad, pero ello solo después de que él haya comprobado la imagen de la verdad del Juez de instancia y si esta imagen comprende un real curso del acontecimiento. Una comprobación de esta índole parece plena de sentido, en tanto existe fácticamente un acontecimiento real fuera de la representación judicial. Con otras palabras, en el caso planteado de la comprobación por el Juez de casación de las constataciones fácticas, se prevé la existencia de la verdad como objeto de una imagen de la verdad, posiblemente, formada de manera defectuosa.

Lo mismo es válido para la exigencia de explicación de una defectuosa

*apreciación de la prueba.*⁴²

Por todo ello, lo que viene a continuación es como operar una cámara escondida que registra y nos revela la presencia de los indiscutibles habitantes de la realidad, que son los hechos, a los cuales ventajosamente ya se viene concediendo la prioridad que se merecen tanto en el proceso penal, en general, como en la casación, en particular.

Los señores naturistas no son tan ingenuos como para pretender conocer la vida y las costumbres del ornitorrinco en una mañana o una tarde de discusión, mientras contemplan al ornitorrinco, es más efectivo dejar por un gran lapso una vídeo-grabadora escondida en el hábitat del animal.

*Pero si los señores naturistas creyeran que el ornitorrinco solo existe en su imaginación no dejaran ninguna cámara escondida en el bosque, porque no conocen que exista vídeo-grabadora alguna capaz de registrar fantasías.*⁴³

⁴² Idem, p.p. 185, 186. Cf. Gascón Abellán, Marina, Concepciones sobre la prueba. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo.

⁴³ Es una apreciación personal tendiente a confirmar la realidad de los hechos independiente del sujeto cognoscente.

CAPÍTULO III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE HECHO

3.1. Los hechos

Si se habla de hechos es sobre algo que sucede en el tiempo y el espacio y, sin entrar en discusiones sobre estas categorías, todos los días, un carro se nos cruza, vuela un pájaro, asistimos a un velorio, estudiamos; algunas veces, contemplamos una riña, hemos presenciado la muerte de un ser humano, disparos, lesiones, sufrido un robo, etc. En ocasiones, nuestros sentidos captan estos acaecimientos; otras, como cuando estudiamos o leemos una crónica, se da una asimilación mental o intelectual de estas realidades. Entre estos hechos, algunos son producto del hombre, a los cuales se los denominan actos humanos, de ellos solo interesan al derecho aquellos que conllevan cierto efectos, que contravienen precisamente al “deber ser” que la ciencia normativa mantiene como expectativa de realización, a través de sus normas. *«El derecho no propone lo que es, como las ciencias naturales, sino que predica coactivamente lo que debe ser»*,⁴⁴ realidad y deber son los polos del fenómeno normativo, en cuanto a que la realidad dependiente del comportamiento humano tiene que orientarse hacia los referentes axiológicos del derecho; lo contrario es, precisamente, lo antijurídico o injusto, siendo el delito lo jurídicamente desaprobado y castigado con una pena.

*«El delito, antes de recibir la calificación jurídica de delito, es un hecho que se realiza en el mundo fáctico, o sea, depende hasta tal punto de la fenomenología real que, sin su previo acontecer, no se puede concebir ni siquiera como abstracta hipótesis. Es por esta razón, que el estudio de la teoría del delito difícilmente puede acomodarse a una tajante división entre las categorías del ser y del deber ser...»*⁴⁵ Más aún, si no se hace una continua recurrencia a

⁴⁴ Ruiz Jiménez, Joaquín, Apuntes tomados por José Cordero Acosta de las clases de Filosofía del Derecho, Madrid, 1964.

⁴⁵ Cousiño Mac Iver, Luis, Derecho penal chileno, p. 262.

sucesos materiales de constatación, en gran parte, empírica, en cuanto a su demostración, como la fijación de los hechos y su valoración, mal podemos hablar de actuaciones procesales. El punto de partida de todo enjuiciamiento penal es, precisamente, la demostración de la material manifestación o aparición física del hecho considerado en la ley como infracción, denominado en la doctrina, desde los prácticos de la Edad Media, “*el cuerpo del delito*”.⁴⁶ El cómo se da los hechos, en el sentido de su manifestación, se analiza a continuación.

3.2. Realización

Nada tiene importancia o significación jurídico-penal, mientras no ocurra un hecho humano en el mundo externo, circundante a un espectador –sea este simple testigo o destinatario– lo que se denomina exigencia de «*objetividad de los hechos*».⁴⁷ Esto que parece tan obvio, antes pasaba desapercibido; pues, según el anterior Código de Procedimiento Penal de corte inquisitivo, bastaba la simple *notitia criminis* para iniciar un proceso. El instructor solo estaba obligado a comprobar si lo denunciado se refería a un tipo de la parte especial del Código Penal y no como ahora que se debe actuar sobre una mínima comprobación de la realización de lo denunciado. Se trata de «*constatar... si un hecho... ha tenido lugar...*»⁴⁸ A esto llamo realización, aunque propiamente consista en su demostración.⁴⁹ Ahora bien, el tema no se refiere a la simple acción u omisión encasillable en una figura delictiva, es decir, a lo que es objeto de calificación típica, sino a todo el complejo fáctico portador de innumerables elementos

⁴⁶ Cf. Díaz A., Clemente, El cuerpo del delito, en la legislación procesal argentina, p. 35.

⁴⁷ González Lagier, Daniel, Los hechos bajo sospecha, p. 70.

⁴⁸ Op. cit., p. 72

⁴⁹ Cordero Acosta, José, Prólogo, El juez ecuatoriano y el nuevo código de procedimiento penal, de Simón Valdivieso Vintimilla, p. p. III -VI.

significativos, algunos de los cuales se expresan en su mera objetividad; otros, dada su naturaleza subjetiva, deberán ser esclarecidos mediante procesos de inferencia, *«pues la conducta delictiva como suceso concreto... registra datos... algunos cognoscibles a simple vista y otros no»*,⁵⁰ en todo caso, cumplimos con la noción del derecho penal del acto, si fijamos como premisa la realización de lo que en la teoría del conocimiento se denominan los hechos externos. Solo los acaecimientos⁵¹ fácticos, percibibles e inteligibles tienen relevancia jurídico-penal, siempre que de ellos quede algún rastro o memoria.

3.3. Memoria

Partimos de un objetivismo moderado, que admite que objeto y sujeto cognoscente interactúan en ese proceso que es el conocimiento, debiendo aceptarse que *«no todas las propiedades de la realidad son independientes del observador o que no siempre tenemos acceso fiable al mundo»*,⁵² lo cual obliga a ser muy cautos, en la tarea de registro o memoria de los hechos, materia de un proceso judicial. Pero, una cosa es poner a «los hechos bajo sospecha para determinar en qué medida podemos conocerlos con objetividad»⁵³ y, otra muy distinta, creer que todo conocimiento es engañosamente subjetivo, en especial, el de los hechos objeto del procedimiento penal, los cuales, generalmente, dejan los suficientes rastros como para no poder compararlos

⁵⁰ Desimoni, Luis María, La evidencia en materia criminal, p. 31.

⁵¹ «Un acaecimiento, suceso, acontecimiento, etc. ...es cualquier cosa que tiene lugar en el espacio-tiempo... un fenómeno es un acaecimiento o un proceso tal como aparece a un algún sujeto humano; es un hecho perceptible, una ocurrencia sensible...». Mario Bunge, citado por González Lagier, Luis, Op. cit., p. 73.

⁵² González Lagier, Daniel, Op. cit., p. 71.

⁵³ Op. cit., p. 72.

con la piedra lanzada al estanque, cuyos efectos se manifiestan en fugaces ondas concéntricas.⁵⁴ Cuando se habla de memoria, nos referimos a que los acontecimientos o hechos externos al observador, en alguna forma, se registran mediante huellas y señales, lo que en lenguaje forense se denomina evidencias, o sea, *«lo que se ve bien [y]...se comprende por sí»*,⁵⁵ las cuales se imprimen en un ámbito o lugar y que, en alguna forma, son aprehendidas en la mente de un observador. Se da, entonces, *«la relación entre lo conocido y el conocimiento, [lo] inteligible en acto y el intelecto...»*⁵⁶ Existe, por tanto, dos registros: el que dejan las cosas en las demás cosas y el que capta de las cosas, la mente humana; todo lo cual se incorpora a ese gran almacén de datos que se denomina la memoria, integrada al más grande sistema operativo jamás imaginable, ya que puede *«percibir el mundo, aprender, recordar y controlar acciones, pensar y crear nuevas ideas, controlar la comunicación con otros, crear la experiencia de los sentimientos, las intenciones y la autoconciencia...»*⁵⁷ Es importante anotar que, en las imágenes captadas, puede darse recuerdo o reproducción; el recuerdo llamado, también, reconocimiento se da cuando la imagen *«aparece como anteriormente vivida. La seguridad del reconocimiento es, particularmente, grande para los acontecimientos principales de la propia vida, acompañados de numerosas circunstancias... La reproducción exige... en cambio, de más fuertes asociaciones que el mero reconocer... requiere atención voluntaria en la recepción del excitante (aprender)...»*⁵⁸ Se da, en suma, la diferencia entre el conocer y el recordar, de gran importancia

⁵⁴ Cf. Gascón Abellán, Marina, “Los hechos en el derecho” en el Seminario Los hechos en el derecho, ases argumentales de la prueba, Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, p. 31.

⁵⁵ Desimoni, Luis María, Op. cit., p. 38.

⁵⁶ Op. cit., p. 43.

⁵⁷ Johnson Lairdd, Philip N., El ordenador y la mente, p. 31.

⁵⁸ Brugger, Walter, Diccionario de Filosofía, p.p. 360-361.

en el tratamiento procesal, pues, mientras el testigo recuerda, el investigador aprende. En todo caso, el conocimiento precede a la memoria; no existe memoria sin conocimiento, pero, tampoco, el conocimiento puede darse sin ayuda de la memoria, ya que el acontecimiento no se procesa sin memoria. Modernamente y, tras superarse las teorías conductistas, y, gracias al auge de la psicología cognitiva, se plantea la pregunta *«¿Qué procesan los procesos mentales?... La respuesta es un inmenso número de percepciones, ideas, creencias, hipótesis, pensamientos y recuerdos... Cada una de estas entidades son representaciones mentales o símbolos de uno u otro tipo»*,⁵⁹ que se albergan en el gran almacén de la memoria, todo o gran parte de esto debe aflorar o manifestarse en el proceso penal, merced a una demostración que utiliza ciertos medios.

3.4. Demostración y sus medios

Demostrar significa probar, la noción de prueba trasciende al derecho y se extiende a todas las ciencias del saber humano, historiadores, sociólogos, periodistas, físicos, químicos, médicos psiquiatras y cualquier otro investigador deberá probar los hechos. En el derecho, también, se requiere de una tarea reconstructiva; pero, ya no solo para demostrar la verdad, o, al menos, la certeza de un hecho, sino, principalmente, para convencer al juez sobre tal certidumbre; pues, lo trascendental en cualquier proceso, no digamos en el penal, radica en lograr el mayor grado posible de esclarecimiento de los hechos, tarea tras la cual, solo resta la de menor dificultad, consistente en aplicar el derecho.

Como afirma Hernando Devis Echandia *«no solamente la prueba en su sentido general, procesal y extraprocesal tiene un sentido polifacético... sino también en su aspecto puramente procesal...»*,⁶⁰ es decir, que podemos concebir la prueba como actividad, como medios y como resultado. *«Actividad cuando, [nos procuramos] un hecho físico [que] nos lleva al*

⁵⁹ Johnson Laird, Philip N., Op. cit., p. 33.

⁶⁰ Devis Echandia, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, p. 20.

*conocimiento de otro... físico o moral, y el que nos conduce al conocimiento de otro que no ha sido perseguido directamente, constituye la prueba de este...*⁶¹ medio, cuando se hace referencia a un instrumento útil para la prueba, es medio todo lo que sirve para conocer cualquier cosa o hecho... testimonios, pericias, documentos, etc.; por último, como resultado, se considera prueba al efecto de convicción logrado tanto en la mente del juez como en la de cualquiera que valora lo actuado.⁶² En este trabajo, interesa ocuparnos de la noción de prueba resultado, sobre todo, en cuanto a la fijación de los hechos, tanto objetivos como subjetivos del delito, o sea, de la base fáctica de la ponderación jurídica del fallo de responsabilidad penal, sobre todo, ocuparnos del análisis del casi sacro principio de inmediación, demostrando la falacia de ciertas afirmaciones que lo hacen depender de lo que ocurra en el tribunal de mérito como, cansinamente, se reitera en nuestra jurisprudencia. Ahora bien, el tema de los hechos en su relación con la prueba, en sus significaciones de actividad, medios o resultados es algo absolutamente vinculado a ciertas reglas o exigencias normativas que, sin menoscabo a la discrecionalidad de la actividad, la libertad de los medios y la obtención de la convicción resultante, hacen imposible determinar si el estamento en su determinación y significación puede reducirse a una simple cuestión de hecho o si implica, también, cuestiones de derecho.

3.5. Crítica a la demostración y a la significación de los hechos

a) Fijación, fiabilidad y fuerza de los medios

Para tratar sobre la fiabilidad y la fuerza de la prueba, es necesario -siguiendo a Juan Igartua Salaverría- precisar cierta terminología, según la cual, *«la declaración de fulano es 'fuente de prueba'; su testimonio (con sus aditamentos extra lingüísticos incluidos) constituye un 'medio de prueba'; la sustancia probatoria que el juez... obtiene... de ese medio... se convierte en el*

⁶¹ Op. cit., en cita de Framarino Dei Malatesta, Nicola, Lógica de las pruebas en materia criminal, p. 48.

⁶² No se trata, como hemos visto antes, de lograr la convicción subjetiva del juez, sino de una convicción compartida por cuantos examinen todo el periplo recorrido hasta su logro.

*‘elemento de prueba’; y el ‘resultado de prueba’ será el desenlace de las operaciones mentales por las que el juez concluye si el elemento de prueba demuestra o no el hecho investigado».*⁶³

Siendo así, la fiabilidad y fuerza de los medios dependerán de factores tanto objetivos, referentes a la idoneidad del medio para producir elementos de prueba, como subjetivos, concernientes a la calidad y credibilidad de la fuente.

Sobre la fijación, como queda analizado, el conocimiento de un hecho depende de su percepción e interpretación; pero, tanto la percepción, como la interpretación advienen a nosotros mediante unos causes probatorios, que son el testigo, la huella, la mancha de sangre, la pericia, etc. Lo fijado es lo probado o demostrado; ello implica no solo la utilización de medios, sino una evaluación de resultados, que la doctrina denomina la “sana crítica”, consistente en un discurso o argumentación racional sobre actuaciones y logros probatorios. En este discurso, se ponderan argumentos, se verifica el correcto empleo de las probanzas en cuanto a su idoneidad y fiabilidad, todo debe llamarse a capítulo si se quiere cumplir con la sana crítica, esta viene a llenar el vacío que se daba en los sistemas de la tarifa legal o el de la íntima convicción del juez; yo creo, además, que la sana crítica tiene como principal mérito el de constituir un correctivo a cualquier subjetivización del conocimiento, ya que si no se puede evadir del todo los problemas originados por la interdependencia entre la percepción y la interpretación –por un lado, *«la percepción... de un hecho influye en la interpretación del mismo... por otro, nuestros esquemas de interpretación orientan a percibir unos aspectos de la realidad más que otros»*⁶⁴, sí podemos dar conocer a los demás las razones de nuestras evidencias a fin de compartirlas y lograr aquello que se denomina el conocimiento ínter-subjetivo, mediante el cual se logra la

⁶³ Igartua Salaverría, Juan, El comité de derechos humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio, p. 109.

⁶⁴ Op. cit., p. 105.

comunicación inter-humana y todo desarrollo cultural. La historia demuestra que, a pesar de las múltiples diferencias de percepciones e interpretaciones, debido a la pertenencia de los seres humanos a diferentes culturas y aún dentro de una misma cultura, *«nuestras interpretaciones de los hechos son bastante análogas o compartidas»*.⁶⁵

b) El aporte de la inmediación y su viabilidad

Cuanto cuenta o cuanto contribuye el llamado principio (más bien situación) de inmediación al éxito de la fijación de los hechos y la valoración probatoria, es cuestión que depende de que entendamos por inmediación y de qué clase de prueba en cuanto a la fuente y los medios se trate. Tradicionalmente, la inmediación sentaba sus raíces en el modelo inquisitivo, destacándose *«la mejor calidad de la apreciación de la prueba... representada por el hecho de que el juez que había decidido en primera instancia, hubiera sido, además, el instructor de la causa y gozando así del máximo de inmediación en todas sus fases...»*.⁶⁶ Se opinaba que: *«La inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba... especialmente de testimonios, inspecciones judiciales, indicios... pero, significa, también, que el juez no debe permanecer inactivo, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las peticiones por las partes... y para ordenar oficiosamente otras»*.⁶⁷ Hoy, la discusión no se centra en negar las ventajas de la inmediación respecto a la apreciación de la prueba, puesto que el sistema acusatorio concentra la prueba en el juicio oral, correspondiéndoles a las partes –acusación y defensa– fundamentar sus pretensiones en constancias probatorias, peticiones y actuaciones a su iniciativa, aunque controladas en cuanto a su legalidad por el juzgador, a quien corresponde su ulterior análisis; en consecuencia, a diferencia

⁶⁵ Op. cit., p. 108.

⁶⁶ Ibáñez, Perfecto Andrés, Sobre prueba y proceso penal, p. 51.

⁶⁷ Devis Echandia, Hernando, Op. cit., p. 128.

del anterior modelo inquisitivo, hoy, el juez no actúa, sino valora la prueba, a ello coopera la intermediación, cuya utilidad se manifiesta en las pruebas personales, ya que las reales o materiales, una huella dactilar, unas lesiones, unas manchas de sangre, un registro y cotejo de ADN no dependen para su eficacia de que su práctica sea contemplada por los juzgadores; no así, las pruebas orales o declaraciones de personas, las cuales se acompañan de actitudes portadoras de datos significativos: *«la prontitud de las respuestas, la linealidad o las rectificaciones en el discurso, el timbre de voz, la expresión de la cara, la gesticulación, la tranquilidad o el nerviosismo, el titubeo o la contundencia*, [Todo lo cual, son situaciones a tomarse en cuenta]. *«En otros términos, la intermediación es una técnica que sirve para extraer de la fuente de prueba todas las informaciones relevantes»*, [sin embargo, constituye un error condicionar la valoración de lo lingüístico a lo escénico] *«el azoramiento, la tartamudez, el nerviosismo, etc. son parte de la prueba, por tanto y por lo pronto, datos a valorar, no criterios para valorar»*.⁶⁸ Ahora bien, se ha llegado a afirmar que la percepción dada en la audiencia oral del juicio es única e irrepetible, así se colige, por ejemplo, de la opinión de Enrique Bacigalupo cuando dice: *«el criterio de la Audiencia se basa... en su propia percepción de las declaraciones, que –como es sabido– no puede ser objeto de revisión por un tribunal que no vio con sus ojos ni oyó con sus oídos las declaraciones de los testigos y del acusado»*⁶⁹. Pues, si bien es verdad que esto puede ocurrir cuando no se aplican las modernas tecnologías electrónicas y audiovisuales de registros de datos y escenas, hay que tener mucho cuidado en supervalorar gestos, actitudes y expresiones; en primer lugar, por ser absolutamente manipulables, de eso la publicidad da buena cuenta, por algo se habla de sobreactuar, fingir, teatralizar y hasta de venta de imagen; en segundo lugar, porque la percepción e interpretación de los hechos puede depender de la mayor o menor concentración

⁶⁸ Op. cit., p. 109.

⁶⁹ Cit. por Juan Igartua Salaverría, Op. cit., p. 87.

y/o predisposición del observador. Así, mientras el testigo depone, el juzgador puede tener su mente ocupada en otros temas o su mirada clavada en una atractiva espectadora, o sea, que la mismísima inmediación puede ser desaprovechada por la mente humana, no así, por los registros audiovisuales, al ser aprovechados en un control casatorio.

No siendo, entonces, afirmaciones inmutables, el que la inmediación solo pueda darse en la audiencia oral y aquello de la fugacidad de las expresiones que acompañan al mensaje verbal, ya que casi todo puede registrarse y reproducirse, hoy en día, incluso con mayor fidelidad (captándose múltiples planos de visión, matices de voz y demás actitudes, que escapan a la simple percepción sensorial humana) debe admitirse que puede darse hasta un mayor contacto con los eventos de prueba, cuando estos se valoran conforme a una variedad de datos, logrados con el empleo de medios electrónicos audiovisuales, con los que se puede, inclusive, captar imágenes y actitudes de los jueces en la Audiencia, para comprobarse si, efectivamente, mantenían atención en el evento o les embargaba un evidente aburrimiento. Debe, entonces, aceptarse que la inmediación, en cuanto posibilidad de contemplación de la prueba, en su gestación, puede darse a posteriori, gracias a un registro que llamaríamos virtual –incluso, más fiel y completo que el grabado en la poco fiable memoria de los jueces– y al cual sí es posible que el Tribunal Superior tenga acceso.⁷⁰ Es verdad que nunca se podrá practicar idéntica prueba, (lo actuado, actuado queda) pero sí se puede tomar íntimo contacto con su escenificación, ventajosamente, mediante apoyos tecnológicos conseguimos la perennidad de la memoria. Es necesario, además, afirmar que la fijación de los hechos, su percepción e interpretación dependen de la buena calidad de la prueba empleada, para demostrar la existencia

⁷⁰ Discrepo de Juan Igartua Salaverría, en cuanto acepta aquello que «los tribunales del recurso (apelación y casación) no se encuentran en situación de participar en una puesta en común inter-subjetiva con el tribunal de instancia por la arrolladora razón de que no han asistido a la declaración oral y, por eso, carecen de referencia directa para fiscalizar si el órgano de instancia ha percibido bien, ha percibido todo o ha acentuado su percepción donde debía».

de los elementos relevantes en la solución del caso, indudablemente, la inmediación ayuda a esta tarea, pero no la sustituye.

En este punto, es, también, preciso señalar los reparos formulados a la llamada inmediación, empezando por preguntarnos de qué inmediación estamos hablando, si la mayoría de los conocimientos advienen a nuestra mente a través de los sentidos, nuestros medios corpóreos, si dependemos del lenguaje con todas sus ambigüedades, si los hechos no nos son presenciales, sino relatados o rastreados, esto por una parte, y, por otra, qué ventaja aporta al descubrimiento de la verdad o a la prueba en sí, el estar con las narices pegadas frente al pizarrón de la audiencia, cuando mejor sería valorar las cosas con la perspectiva y la distancia suficiente como para que la razón prime sobre el asombro por las múltiples noticias o información con que se nos bombardea en el juicio oral.⁷¹

En mi opinión, no es lo más acertado enredarnos en la discusión sobre un tema que, en definitiva, es de técnica procesal; creo que debe mantenerse el criterio de la inmediación como una ayuda o apoyo a la buena práctica de la prueba, en el sentido de involucrar de una u otra forma a quienes tengan interés en el correcto desarrollo de la audiencia del juicio oral; pero, también, es cierto que esta acertada manera de tratar las cosas no solo que se puede, sino que se debe registrar audiovisualmente, para, si fuera del caso, reexaminarse en casación, sin que nada impida que este nuevo examen sea también público y participativo.

c) Naturaleza de las normas sobre la crítica de los hechos

Si tanto para la fijación de los hechos como para su valoración, procedemos mediante procesos lógicos de inferencia, así como recurrimos a datos de la ciencia o a normas de la experiencia y todo esto acata una regla procesal suprema que es la aplicación de la sana crítica, es obvio que

⁷¹ Cf. Maier, Julio B. J., ¿Es la inmediación una condición de la condena penal? Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. Composición, en la obra El proceso penal contemporáneo, p. 841.

no nos desenvolvemos solo en el ámbito de lo puramente fáctico, lo cual nunca, por otra parte, se da, incluso, en las constataciones experimentales de las ciencias duras. Algo más, influido como está, actualmente, el Derecho Penal por la teoría de la imputación objetiva, que se ha expandido a la determinación normativa del dolo, ¿de qué hechos o acaecimientos de pura verificación empírica estamos hablando? *«La posibilidad de revisar algunas cuestiones probatorias ha sido admitida con base en la idea de que determinadas valoraciones sobre la fijación de los hechos probados contenidos en las sentencias de instancias no pueden considerarse como una mera constatación de datos fácticos»*.⁷² ...sobre todo, las demostraciones de hechos psicológicos, que conllevan juicios de valor, *«cuya ubicación idónea son los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia»*.⁷³

Hemos visto, también, que el conocimiento es un producto de percepciones e interpretaciones, que no basta *«recibir pasivamente una estimulación, sino procesarla...»*,⁷⁴ así, según un *«trasfondo»*⁷⁵ cultural existente, seleccionamos, clasificamos y valoramos hechos, no pudiendo darse valoración alguna sin normas de valoración, es decir, sin lógica, ciencia o experiencia; los hechos, por tanto, no se reducen a meros acaecimientos que se graban por sí mismos, sino a fenómenos resultantes, en los que cuentan y mucho los aportes valorativos del sujeto cognoscente; por tanto, la fijación de los hechos y, no digamos, su valoración requiere de procesos normativos, en los cuales es casi imposible diferenciar si tratamos con datos puramente objetivo materiales, con procesos subjetivos o temas puramente normativos; recordemos la

⁷² Ragués I Vallès, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, p.p. 370-371.

⁷³ Op. cit., p. 371.

⁷⁴ Igartua Salaverría, Juan, Op. cit., p. 106.

⁷⁵ Op. cit., p. 106.

afirmación del Juez Frank cuando dice «*Los hechos son ambas cosas: subjetivos y objetivos*».⁷⁶

Todo esto se ve con mayor claridad a la hora de motivar los fallos, es decir, cuando se tienen que exponer los fundamentos de las conclusiones a las que se arriba, lo que se resume en el ejercicio de la sana crítica.

*Por el positivismo dogmático, con su banalización de las dificultades de la interpretación y la consecuente negación de autonomía conceptual y relevancia a la cuestión de hecho en la experiencia jurídica y, muy particularmente, en la procesal, se ha dado un contexto en el que de la afirmación de la inexistencia de reglas legales de valoración probatoria, a la afirmación de la inexistencia de reglas de cualquier clase en la materia, no había más que un paso, que se dio con facilidad. Es como emerge el juez que llega hasta nosotros, tributario de cierta interpretación de conveniencia del *da mihi factum*... y de una confortable concepción de la convicción judicial como experiencia mística o casi».⁷⁷*

⁷⁶ Frank, Jerome, Derecho e incertidumbre, p. 65.

⁷⁷ Ibáñez, Perfecto Andrés, Sobre prueba y proceso penal, p. 57.

CAPÍTULO IV

EL FALLO Y LA IMPUGNACIÓN

4.1. La fundamentación del fallo o ejercicio de la sana crítica

Perfecto Andrés Ibáñez recuerda que en un texto... de finales de los 60 podía leerse *«no hay porqué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o de los sentenciadores...»*.⁷⁸ Este mismo autor recuerda una jurisprudencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español, que declaraba *«el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario, dada la soberanía que la ley le concede para dicha valoración y que debe parecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones... el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas...»*.⁷⁹ Hoy, al contrario, la motivación tiene rango constitucional, ya no solo para las sentencias judiciales, sino para toda resolución emanada de autoridad, según el Art. 76 de la C. E.

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

...1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de

⁷⁸Op. cit., p. 56.

⁷⁹ Ibáñez, Perfecto Andrés, Op. cit., p. 57.

hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

El deber de motivar no es solo un freno al autoritarismo y a la arbitrariedad, sino una respuesta a la necesidad de que lo resuelto deba ser comunicado para su comprensión y cumplimiento; comprensión que no puede darse si no se explica, sobre todo, en forma racional e inteligible, a los destinatarios, el cómo se obtuvo la convicción sobre los hechos, ya que la aplicación, a estos, de la ley pertinente es tarea menos complicada.

Ya, anteriormente, se ha explicado sobre la complejidad del proceso cognitivo; los hechos no advienen a la mente con indiscutible certidumbre, sino a través de mediaciones,⁸⁰ esto es, por intervención de pruebas personales y reales, cuyos resultados dan esa certeza razonable que fundamenta un fallo. Explicar la correcta utilización y valoración de tales mediaciones no tendría, por otra parte, trascendencia alguna, si no se abre la posibilidad de su rectificación fundada en aceptables cuestionamientos sobre su coherencia; esto es algo tan elemental, como que las razones que no puedan cuestionarse no son tan racionales, pues, si lo fueran, resistirán a cualquier cuestionamiento; en suma, sana crítica es solo la que sale indemne de cualquier ulterior sana crítica; de no ser así, se consagraría una indefensión ante el error, una intangibilidad de la valoración efectuada por el juez de primer grado, aun en el caso, no descartable, de cambios de las premisas aportadas por las reglas de la ciencia y la experiencia. La motivación, por tanto, constituye una condición de existencia del fallo y como tal está reconocida en la Constitución y en el Código de Procedimiento Penal, a cuyo tenor:

Art. 304-A.- Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá

⁸⁰ En este sentido la “inmediación”, entendida como algo que no ha sido “mediado” o que es percibido como conocimiento puro, algo así como clarividencia mística, es inadmisibile en el proceso penal, ello talvez puede darse en la inspiración poética.

condenando o absolviendo al procesado. Cuando el Tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria. Si no estuviere comprobada la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o existiere duda sobre tales hechos, o el procesado hubiere acreditado su inocencia, dictará sentencia absolutoria.

Art. 309.- Requisitos de la sentencia. - La sentencia deberá contener:

- 1. La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para identificarlo;*
- 2. La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados;*
- 3. La decisión de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;*
- 4. La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas;*
- 5. La condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción; y,*
- 6. La firma de los jueces.*

Pero, si reconocemos que la existencia de la sentencia depende de la motivación, la suerte de la resolución está condicionada a la sostenibilidad o sustentabilidad de todo este andamiaje dialéctico que es la motivación, no pudiendo aceptarse racionalmente tal sustentabilidad, si no existe oportunidad alguna de someter a ulterior examen su parte fundamental referida a las cuestiones de hecho; de allí, que predicarse la intangibilidad de la valoración probatoria, hecha por los jueces del Tribunal Penal, resulta contradictorio con la fiabilidad de la motivación.

4.2. Límites reales y jurídicos de la impugnación

Antes se hizo un análisis de la naturaleza y los fundamentos del derecho a impugnar (Cf. Infra. p. 8) y, en líneas anteriores, se ha demostrado cuáles son los fines y las consecuencias de la motivación, siendo, quizá, la más importante de ellas, el poder someter a prueba,⁸¹ el fallo, sin perjuicio de que la impugnación procesalmente signifique una garantía necesaria a la situación de inocencia; interesa destacar que suele tener algunos causes, tales son los recursos de apelación, de nulidad, de casación y de revisión.⁸² Para los efectos del presente trabajo, nos concretamos a la casación, ya que, además, la apelación, hoy en día, está limitada a los juicios de acción privada, al auto de prisión preventiva o a los de sobreseimiento.

A la saga de la evolución del recurso en derecho comparado y de las exigencias de los pactos internacionales sobre derechos humanos, entre nosotros, se sigue manteniendo una interpretación que limita la casación a las finalidades de establecer la uniformidad de la jurisprudencia, consagrar el imperio de la ley y rectificar el agravio sufrido por el recurrente en casación, restringiendo, en todo caso, el objeto de examen y resolución casacionales, exclusivamente, a los temas de violación de ley en el fallo impugnado y, además, que tal violación se dé en la sentencia, según prescribe el 349 del CPP:

El recurso de casación será procedente, ante la Corte Suprema de Justicia, para cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.

⁸¹ Utilizo el vocablo en el sentido de que el fallo pueda ser sometido a prueba de errores, es decir, a una suerte de control de calidad.

⁸² Cf. Zavala Baquerizo, Jorge, Jurisprudencia especializada penal, p. 1.

Según palabras de uno de nuestros tratadistas: *«No cabe excusa alguna para que el recurso de casación se convierta en recurso de apelación cuando la respectiva Sala ilegalmente hace un estudio completo del proceso y no solo de la sentencia como es su deber»*.⁸³ En diferente opinión, se dice sobre la casación que:

«es la historia de la atribulada búsqueda de una identidad, ya que originariamente no debía siquiera ser un órgano jurisdiccional, sino paralegislativo: custodio de la ortodoxia normativa, de la interpretación única y verdadera de la ley; después se ha convertido en juez de la legitimidad del proceso; ahora, se está transformando en juez último del hecho. Por tanto, la casación ha irrumpido victoriosa en la antaño ciudad prohibida de los hechos».⁸⁴

Esto se debe a las exigencias mismas del debido proceso, pues, al eliminarse, en nuestro sistema, la segunda instancia (de apelación) en materia penal, cómo, si no es ampliando el control casatorio, se puede garantizar al acusado el derecho reconocido en el Art. 14, 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, y el Art. 8, 2º, h) de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, que exigen una doble instancia a su favor, la cual no debe limitarse a examinar simples defectos formales de la sentencia de primer grado, sino analizar los temas de fondo o de mérito, que fundamentan la condena. A veces, las discusiones jurídicas se enredan en filigranas conceptuales desconocedoras del carácter instrumental del derecho, sobre todo, del procesal penal; este debe servir a la realización de la justicia, agotando las posibilidades de lograr grados de certeza en las decisiones; el fallo justo es el que deviene de un proceso exhaustivo y acertado en cuanto a la valoración probatoria de los hechos. No

⁸³ Op. cit., p.p. 2-3.

⁸⁴ Igartua Salaverría, Juan, Op. cit., p. 42.

tiene importancia alguna debatir sobre cuál es el cometido impugnativo de la casación, sino determinar si, a su amparo, se puede lograr un efectivo control del fondo de una decisión, si no es así, estamos incumpliendo con el debido proceso, siendo necesario, entonces, restablecer la apelación como mecanismo idóneo para tal cometido.

Pasemos a desenredar el tema esclareciendo qué corresponde a cada recurso, siendo un dato previo recordar las siguientes operaciones procesales, relativas a las cuestiones de hecho, actuación de prueba, valoración probatoria y motivación de la resolución. Si un sistema de apelación permite nueva producción de prueba, estaríamos prácticamente ante un nuevo juicio, como ocurre en nuestra segunda instancia en materia civil; si solo se permite penetrar en la valoración realizada por el juez de primer grado, con la consiguiente posibilidad de revocarla y reemplazarla por otra, hablaríamos de una apelación limitada o en mérito de autos⁸⁵ respecto de la casación. Hoy, no se la puede reducir a un simple control de la pureza legal, sino, más que nada, de la justificación de la valoración efectuada por el inferior, pudiendo anularla. Toca, entonces, haciendo eficaz la sana crítica, comprender que el paso innovador para resguardo del debido proceso radica en el imperativo de la motivación, la cual forzosamente tiene que abarcar un correcto tratamiento de las cuestiones de hecho en el proceso, es decir, corrección de fijación y corrección de las inferencias, en suma, construir la gran premisa de lo fáctico ya que la otra premisa del silogismo es el derecho aplicable al caso; se trata de verificar la correcta *«conexión entre la labor probatoria y la ponderación jurídica...»*.⁸⁶ Sin reventarle las costuras a nuestro actual recurso de casación, nada indica que en su

⁸⁵ Quiero insistir, aunque muchos no compartan mi opinión, que la famosa intermediación no necesariamente es conculcada en una apelación sin nuevo aporte de pruebas, claro está, si se toman las precauciones de registros audiovisuales de lo actuado en la audiencia.

⁸⁶ Döhring, Erich, La prueba su práctica y apreciación, p. 13.

ámbito esté vedado la realización de una nueva valoración de la prueba ya practicada y valorada en primera instancia, sobre todo, si descartamos ese mito de que la inmediación depende de los sentidos, no siempre tan atentos de los jueces de la audiencia y, además, superamos la infundada autonomía entre los hechos y el derecho, la cual sería indiscutible si aquellos se manifestaran con tal evidencia, que haría superflua cualquier demostración de su existencia; sin embargo, como esto casi nunca ocurre, será necesario investigar y demostrar lo fáctico de acuerdo con métodos fiables que el derecho hace suyos (demostraciones jurídicamente aceptables) en suma, los hechos dependen del derecho, como el derecho aplicable al caso penal (tipo y demás caracteres) depende de los hechos, por lo cual, tanto es violación de ley, el calificar de homicidio hechos de autoinmolación, como cometer errores en la demostración de indicios y ulteriores inferencias, que conduzcan a una constatación equivocada de los hechos, haciendo aparecer como muerte causada por otro (homicidio) lo que realmente se trata de una autoinmolación, pudiendo afirmarse que nuestra casación sí posibilita el control y rectificación de estas falacias.⁸⁷

En suma, hago mías las opiniones que transcribo «...en lo relativo a los medios de impugnación... conforme a los Arts. 1.1, 8.1, 8.2, apartado h y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hay...un derecho a recurrir el fallo adverso ante el Juez o Tribunal Superior, cualquiera sea la denominación del medio otorgado, pero que debe ser eficaz a los fines de poder articular los cuestionamientos y agravios que lo sustentan... Dicho contralor queda reservado, en último término, en calidad de garantía de un doble contralor legitimante de la sentencia condenatoria para el imputado... En ningún supuesto

⁸⁷ Diríase que no solo es tema de derecho, la ley que se aplica al caso; sino los procesos de constatación del caso.

pueden invocarse, por los órganos jurisdiccionales, razones formales de improcedencia o inadmisibilidad que cercenen o impidan lograr en los casos concretos esa función de contralor y legitimación...».⁸⁸

4.3. Sobre la jurisprudencia ecuatoriana

Aunque se dan fallos contradictorios, por lo general, las salas de lo penal de nuestra Corte Suprema siguen manteniendo el criterio tradicional de la casación limitada al error de derecho, así se consigna en los siguientes fallos:

24-09-2003

"El recurso de casación según sostiene nuestra doctrina judicial, no constituye propiamente nueva instancia. Tiene como objeto principal analizar la sentencia impugnada para determinar si existe la violación de la ley, que alega el recurrente. No puede la Sala de Casación hacer nueva valoración de la prueba, además de que le está vedado calificar los hechos...".

12-11-2003

"CASACIÓN, VALORACIÓN DE LA PRUEBA: El recurrente pretende que la Sala vuelva examinar la prueba... Ajeno a la naturaleza del recurso de Casación es volver a examinar la prueba -expresa la Sala- ya que no se trata de una apelación de la sentencia dictada por el Tribunal Penal. La Casación Penal tiene por objeto fundamental establecer, si es del caso, violaciones a la ley en el fallo recurrido, que pudieran derivarse de una contravención expresa al texto legal, o por haberse hecho una falsa aplicación o una interpretación errónea de la norma...".

⁸⁸ Chiara Díaz, Carlos, Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal, p. 746.

12-11-2003

CASACIÓN, VALORACIÓN DE LA PRUEBA: Los recurrentes, por un lado, el acusador reclama se condene al acusado por robo, mientras que el acusado pide se concluya que la acusación es temeraria y maliciosa, afirmando que se ha valorado la prueba en perjuicio de las partes... La Sala expresa que el recurso de casación no permite hacer un reexamen del caudal probatorio apreciado por el Tribunal Penal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, este recurso únicamente permite la corrección de errores de derecho que pudieron haberse cometido por el juzgador al transgredir el texto de la ley, o hacer una errada aplicación o interpretación de la norma... ”.

21-01-2004

“El recurso de casación es de naturaleza extraordinaria para resolver solo las cuestiones de derecho, a tal punto que el examen de los hechos queda total y absolutamente eliminado de la esfera jurídica... ”.

10-02-2004

“... Como medio de impugnación privilegiado, este recurso persigue se declare la ilegalidad de la sentencia como consecuencia de la comprobación de los vicios que la parte recurrente le impute al fallo. Corresponde... a la Sala, analizar el fallo definitivo y contrastarlo con la norma sustantiva utilizada, a fin de determinar si ésta ha sido o no acertadamente aplicada. Por su carácter especial y extraordinario, en casación está vedado examinar la totalidad del proceso... ”.

Sin embargo ya se admite examen de valoración probatoria en los siguientes fallos:

3-09-2003

VALORACIÓN DE LA PRUEBA: La recurrente manifiesta que al no realizarse

un análisis completo de las circunstancias de descargo, el juzgador se apartó de las reglas de valoración de la prueba conforme la sana crítica, irrespetando los artículos 64 y 326 del Código de Procedimiento Penal de 1983 aplicable al caso; alejándose de lo que debe contener la sentencia en cuanto a la comprobación de la existencia de la infracción, así como de la culpabilidad del sentenciado... La Sala encuentra evidentes contradicciones en la determinación de la procedencia de las pruebas constantes del proceso y en la parte expositiva y motiva del fallo controvertido, por lo que, en efecto, se violan los artículos citados por la recurrente, más aún en atención a las condiciones personales y la edad de la recurrente que vuelven incontrovertible la duda del juicio, ya que corresponde al Estado a través del Ministerio Público comprobar sin dudas y habilitando la certeza del juzgador, la culpabilidad de la procesada. Se ha violado el artículo 24, numeral 7 de la Constitución, expresa el Tribunal de Casación.

25-11-2003

VALORACIÓN DE LA PRUEBA, PRINCIPIO DE CONCORDANCIA: Está en entredicho la valoración de la prueba, la cual no es concordante con el contenido de la sentencia. La Sala descubre del análisis de los autos que hay contradicciones graves entre las pruebas actuadas, las cuales no pueden conducir inequívocamente a la conclusión que ha llegado el juez de instancia, por lo cual, en aplicación del principio de concordancia de la prueba, la sentencia pierde todo sustento y viola la aplicación de la sana crítica a la prueba así actuada.

4.4. Jurisprudencia extranjera

Dada la limitada extensión de este trabajo, paso a reseñar dos casos paradigmáticos sobre la relación entre casación y cuestiones de hecho, que, por lo demás, hacen

relación con los pactos internacionales sobre la materia, casos de opiniones encontradas, por lo que dan una excelente información sobre el estado actual del tema.

a) España: El caso Cesáreo Gómez Vázquez

Cesáreo Gómez Vázquez fue condenado por la Audiencia Provincial de Toledo como responsable del delito de asesinato en grado de frustración a la pena de doce años y un día de reclusión menor... La Segunda Sala del Tribunal Supremo deniega la casación, en base, fundamentalmente, a no admitir en esta sede una nueva valoración de la prueba, lo cual se colige de los siguientes argumentos:

*Aún a fuerza de repetitivos se ha de insistir en que de modo reiterado y hasta la saciedad, tanto la jurisprudencia de esta Sala, como la del Tribunal Constitucional, ha venido proclamando de modo constante que para que pueda tener viabilidad ese principio presuntivo es imprescindible⁸⁹ que de lo actuado en la instancia se aprecie un verdadero vacío probatorio, debiendo decaer o quebrar cuando existan pruebas, bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatória, siendo también de destacar en este orden de cosas **que tales pruebas corresponde ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal a quo**,⁹⁰ de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*

...Ahora bien, aunque lo verdaderamente pretendido sea la aplicación del principio in dubio pro reo, la solución desestimatoria es la misma, pues olvida la parte recurrente que este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba, valoración que,

⁸⁹ Se refiere a la presunción de inocencia. (La nota es del autor.)

⁹⁰ La negrita es mía: pretendo destacar aquello de negar en casación la revisión de la valoración hecha por el inferior.

como hemos dicho y repetido, nos es impermisible.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, el 20 de julio del 2000, toma nota de los argumentos del autor respecto a una posible violación del 14, 5 del Pacto, al no volver a evaluar el Tribunal Supremo las circunstancias que llevaron a la Audiencia Provincial a condenarle. El Comité nota, también, que, según el Estado Parte el Tribunal Supremo, sí revisó la valoración de las pruebas del tribunal sentenciador. No obstante, la posición del Estado parte de que las pruebas fueron revisadas en casación y sobre la base de la información y documentos en manos del Comité, este reitera el Dictamen del caso Cesáreo Gómez Vázquez y considera que la revisión no es completa de acuerdo con el artículo 14, 5 del Pacto. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4, del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5, del artículo 14 del Pacto.

Así, resultó observado el Estado Español, aunque una buena doctrina, al comentar lo ocurrido, demuestra que no se trata de concluir en la falta de idoneidad de la casación española para adecuarse a las disposiciones del Pacto que exigen de una segunda instancia revisora completa, sino de algo atribuible únicamente al caso concreto juzgado.⁹¹

b) Argentina: El caso Matías Eugenio Casal

Antecedentes:

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de la Capital Federal condenó... a Matías Eugenio Casal a la pena de cinco años de prisión, con costas, como coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas... la

⁹¹ Ver la obra tantas veces citada de Igartua Salaverria, Juan

defensa del nombrado dedujo recurso de casación, invocando la causal prevista en el Art. 456, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación. El rechazo del recurso interpuesto provocó la presentación de la queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal, la que corriera igual suerte... Contra dicha resolución se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja...

La resolución invoca:⁹²

Que la Sala 11 de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar la queja del impugnante, expresó que la presentación recursiva, más allá de la forma en que fuera planteada, tenía por objeto la modificación de la calificación atribuida al delito, lo que tornaba improcedente la viabilidad del recurso de queja, ... por cuanto del modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal a quo valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica... atribución que le es propia y que es resulta ajena... "a la revisión casatoria... que... corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...".

Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Que... se debate el alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrada por el Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos

⁹² Me permito solo transcribir los considerandos de interés al objeto de este trabajo.

Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el Art. 75, inc. 22.

[Que] *...En virtud de lo antedicho y, hallándose cuestionado el alcance de una garantía de jerarquía de derecho internacional... puesto que la omisión en su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional...*

[Que] *...la casación fue la instancia que no entendía de hechos, sino sólo de la interpretación de la ley, para que ésta no se distorsionase en su aplicación, con el objetivo político de garantizar la voluntad del legislador y reducir al juez a la boca de la ley... [Sin embargo] ...hoy [No] ...puede afirmarse que la interpretación limitada originaria siga vigente en el mundo. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas muestran en casi todos los países europeos una sana apertura del recurso de casación hasta abarcar materias que originariamente le eran por completo extrañas, incluso por rechazar la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, tan controvertida como difícil de sostener.*

[Que]... *No existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta.*

[Que] *...el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable... lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación... Esto es lo*

único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso...

[Que] *...se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación... lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación... Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición...*

[Que] *...en modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación...*

[Que] *...cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática... y... es poco menos que inoperante... Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular*

esa valoración... la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que postula...

El Fallo

Declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la resolución recurrida.

Hasta aquí, he transcrito, en un apretado extracto, lo que considero que fundamenta una doctrina innovadora sobre la casación. En relación a los temas desarrollados en este trabajo, respecto a la diferencia entre la valoración probatoria y su control y a la imposibilidad de un pleno deslinde entre cuestiones de hecho y derecho, todo conducente a demostrar que la casación pueda admitir un amplio control sobre la valoración probatoria actuada en el fallo recurrido, comprensivo del proceso de esclarecimiento de los hechos.

CONCLUSIONES

Desde que se instituyó el sistema procesal penal oral acusatorio, se ha venido coartando un verdadero como amplio control sobre lo actuado en la Audiencia, cuando mucho, se ha mantenido el recurso de casación limitado a la legalidad de las sentencias.

Si lo resuelto por el Tribunal de Mérito, por obligación constitucional y legal debe venir motivado, no puede darse motivación, dada su función fundamentacional, a la que deba dispensarse de un examen exhaustivo, comprensivo de lo ontológico y lo normativo.

La obligación de un doble control (doble conforme o doble confronte) aparte de las razones antes señaladas, proviene de las exigencias del debido proceso, no siendo verdad, como parece afirmar una opinión sobre el caso Cesáreo Gómez Vázquez, que la situación de inocencia (mal llamada presunción) se mantiene hasta la primera sentencia; antes de decir la última palabra de cosa juzgada, hay que revisar todo lo revisable, ya que solo cuando se haya despejado cualquier duda en contrario desaparece tal condición de inocencia..

Nadie discute las ventajas de la inmediación en cuanto a la fijación de datos, únicamente, se precisa que la situación de inmediación ya no depende, como hasta no hace muy poco sucedía, de la sensopercepción de los jueces del Tribunal de Audiencia; ventajosamente, la moderna tecnología peremniza imágenes y sonido que pueden ser reproducidos ilimitadamente.

En consecuencia de lo antes dicho, el control casatorio no tiene los límites de la inmediación, sino de la imposibilidad de repetir las pruebas, ello solo es posible en revisión (pero, entonces, penetramos en los lindes de otro recurso) pero, eso no afecta al control de lo actuado, debiendo tenerse muy clara la diferencia entre la producción de

la prueba, su valoración y la verificación de su valoración o examen de la motivación. Ante la pregunta sobre si nuestra casación en su texto legal puede abarcar control de valoración probatoria y, además, cuestiones de hecho, la respuesta es afirmativa, ya que también se viola la ley cuando se tratan inadecuadamente los hechos, pues ello supone necesariamente violar el criterio normativo de la sana crítica.

Resulta indispensable reclamar un mayor esmero, de todo el aparato procesal penal, en el tratamiento de los hechos, desde las investigaciones iniciales a cargo de la fiscalía, hasta la exigencia de una real producción de prueba en el plenario, ya que en la audiencia, muchas veces, se convalida como si fuese prueba un memorial de datos, mediante eufemismos como aquel de “judicializar” lo actuado en la instrucción fiscal; esta inadmisibles práctica engendra un viciado sucedáneo de verdadera prueba.

No cabe duda que siempre será de suma importancia, para el entendimiento y la aplicación del derecho, el tema de su interpretación o hermenéutica; es decir, la búsqueda de la voluntad de la ley, que no corresponde, necesariamente, con su historia; ni mucho menos, con la pretendida voluntad del legislador, pero, lo más importante radica en los temas de la verdad y la prueba en el proceso judicial, debiendo destacarse que el principal problema para la justa aplicación del derecho es epistemológico, sin que podamos aceptar que el conocimiento sea sustituido con la persuasión, es decir, que ya no se trate de buscar la verdad, sino de construir una, para la resolución del caso, que en la discusión entre cognoscitivismos y constructivismo salga victorioso este último.⁹³

⁹³ No voy a ocuparme de este tema en el presente trabajo, ampliamente tratado por Gascón Abellán, Marina, en sus ensayos titulados, “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo”. “La prueba judicial: Valoración racional y motivación, “Los hechos en el derecho” en el Seminario Bases argumentales de la prueba”, Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México. Textos recogidos en la Bibliografía, al final. Creo que mi conocimiento, si puede ser compartido con los demás, ostenta la jerarquía de persuasivo, siendo ocioso tratar de diferenciar entre un conocimiento correcto y un conocimiento persuasivo. Claro está, que tanto el conocimiento como la persuasión, hacen profesión de fe en los buenos argumentos, es decir, en todo aquello que se emplea para una correcta

Para terminar, nuestro Máximo Tribunal debe actualizar sus conocimientos sobre la moderna doctrina en materia de impugnación, que hace de los recursos, instrumentos de realización de la justicia, en vez, de mantenerlos como fórmulas rituales, tributarias de obsoletas teorías, superadas por la concepción del actual Estado Democrático de Derecho, que privilegia un sistema expansivo de tutela de los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- BACIGALUPO, Enrique. **La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios**, Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc, S.R.L., 1994.
- BOBINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal contemporáneo**, Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 1988.
- BRUGGER, Walter. **Diccionario de filosofía**, Barcelona: Editorial Herder, 1983.
- CACHÓN VILLAR, Pablo. **La doble instancia penal y el recurso de casación**, [en línea]http://www.google.com.mx/search?hl=es&q=La+Doble+instancia+penal+y+el+recurso+de+casaci%C3%B3n&btnG=Buscar+con+Google&meta=lr%3Dlang_es
- CAFFERATA ÑORES, José I. **Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional**, Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., * FALTA EL AÑO
- CALVO ROJAS, Eduardo. **Menos tribunales, mejores jueces**, [en línea] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174787>
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**, Tomo III, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- CORDERO ACOSTA, José. Prólogo al libro **El juez ecuatoriano y el nuevo código de procedimiento penal**, de Simón Valdivieso Vintimilla, Quito: Edit.

Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003.

“El conocimiento en la teoría general del delito”, Trabajo de módulo, Postgrado de especialización en maestría en derecho penal, Cuenca: Universidad del Azuay, 2008.

- COUSIÑO MAC IVER, Luis. **Derecho penal chileno**, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto y OBLIGADO, Daniel Horacio. **Garantías, medidas cautelares e impugnación en el proceso penal**, Rosario: Editorial Jurídica Nova Tesis, 2000.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. **El recurso de casación penal**, Impresos Múltiples, S.A. de C.V., 2006. [en línea]
- http://www.google.com.mx/search?hl=es&lr=lang_es&sa=X&oi=spell&resnum=0&ct=result&cd=1&q=Eduardo+Urbano+Castrillo&spell=1
- DESIMONI, Luis María. **La evidencia en materia criminal**, Buenos Aires: Edit. Abaco de Rodolfo de Palma, 2001.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**, Buenos Aires: Editor Víctor P. Zavalía, 1974.
- DÍAZ, Clemente A. **El cuerpo del delito en la legislación procesal**, INCOMPLETO
- DÖHRING. **La prueba. Su práctica y apreciación**, Berlín: Ediciones Jurídicas, 1964.
- FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**, Barcelona: Gedisa Editorial, 1991.

- FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**, México: Distribuciones Fontamara S. A, 1991.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, **Concepciones de la prueba**. *Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, de Michele Taruffo, [en línea]
http://www.google.com.mx/search?hl=es&q=Concepciones+de+la+prueba&btnG=Buscar+con+Google&meta=lr%3Dlang_es

La prueba judicial: Valoración racional y motivación, [en línea]
www.uclm.es/postgrado.derecho/02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf

“Los hechos en el derecho” en el Seminario Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba, Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, [en línea]
<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>

- GONZÁLEZ AYESTA, Cruz. **Inmediación y mediación en el conocimiento de la verdad**, (*La perspectiva de Tomás de Aquino.*) [en línea] www.e-aquinas.net/pdf/gonzalez_ayesta.pdf.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Los hechos bajo sospecha**. *Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*, [en línea]
http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digital/filo/testi/analisi_2000/gonzales.pdf
- GÖSSEL HEINZ, Karl. **El proceso penal ante el estado de derecho**, Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2004.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Sobre prueba y proceso penal**, [en línea]

www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_05.pdf -

Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, [en línea]
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_08.df

- JOHNSON LAIRD, Philip N., **El ordenador y la mente**, Barcelona: Paidós, 2000.
- **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, Jacobo. **La reforma de la casación penal**. [en línea]
<http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/la-reforma-de-la-casacion-penal>
- LEONEL, Giovanni, **Tratado de derecho procesal penal**, Tomo III, Buenos Aires: Ejea, Ediciones Jurídicas, 1963.
- MACEDA, Gabriela Alejandra y ORTENZI, Tamara Laura. “CASAL”: **Precisa respuesta al Derecho al Doble Conforme**, [en línea]
<http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/casal.htm> *
- MAIER, Julio B. J., **El proceso penal contemporáneo**, Lima: Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orego, 2008.
- NAVARRO, Guillermo Rafael, **Técnica del procedimiento penal**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.
- PASTOR R., Daniel. **La nueva imagen de la casación penal**, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2001.

- PÉREZ BARBERA, Gabriel, **Casación penal y posibilidad de control**, [en línea] <http://www.apdp.com.ar/archivo/barbera.htm>
- RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, Barcelona: M. Bosch Editor, 2001.
- ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**, Valencia: Edit. TIRANTLOBLANCH, 2000.

Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

- RUIZ JIMÉNEZ, Joaquín, Apuntes tomados por José Cordero Acosta de las clases de Filosofía del Derecho, Madrid, 1964.
- SALABERRIA IGARTUA, Juan. **El comité de derechos humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio**. Madrid: Edit. Civitas, 2004. [en línea]
[www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones_discusiones_05 .pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones_discusiones_05.pdf) –
- TARUFFO, Michele. **Racionalidad y crisis de la ley procesal**, [en línea]
www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_14.pdf
- TATARSKY, Diego. **La doble instancia judicial y el recurso de casación en materia penal**. *Una mirada desde la normativa constitucional*, [en línea]
http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/trabajos/tatarsky_diego.pdf *
- VON KIRCHMANN, Julius Hermann. **“La ciencia del derecho”**, Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

- ZABALA BAQUERIZO, Jorge, **Jurisprudencia especializada penal**, Tomos I y II, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

Tratado de Derecho procesal Penal, Guayaquil: Editorial Edino, 2007.