

**UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA
ESCUELA DE POSGRADO**

“LUIS CLAUDIO CERVANTES LIÑÁN”



**MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL CON MENCIÓN EN DESTREZAS Y
TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL**

TESIS

**“EL RECURSO DE CASACION POR INOBSERVANCIA DE PRECEPTO
CONSTITUCIONAL: EL CONTROL DE LOS HECHOS”**

PRESENTADO POR

CÉSAR EUGENIO SAN MARTÍN CASTRO

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO PROCESAL
PENAL CON MENCIÓN EN DESTREZAS Y TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL**

ASESOR: DR. JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO

LIMA- PERÚ

2020

ÍNDICE

RESUMEN	IV
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN.....	VIII
Capítulo I: Fundamentos Teóricos de la Investigación	1
1.1. Marco Histórico.....	1
1.2. Marco teorico.....	38
1.2.1 Concepto y principios de la casación	38
1.2.1.1 El rol de la Corte Suprema	38
1.2.1.2 El recurso de casación	45
1.2.1.3 Notas esenciales del recurso de casación	48
1.2.1.4 Principios de la casación	61
1.2.1.4.1 Introducción.....	61
1.2.1.4.2. Principio de taxatividad y limitación.....	62
1.2.1.4.3 Principio de autonomía y no contradicción	67
1.2.1.4.4 Principio de prioridad	69
1.2.1.4.5 Principio de presunción de licitud	72
1.2.1.4.6 Principio de trascendencia	73
1.2.1.4.7 Principio de unidad inescindible de sentencias	75
1.2.2 Fines y funciones de la casación	77
1.2.2.1 Fines de la casación	77
1.2.2.2 Funciones de la casación	92
1.2.3 Motivos o causales de casación.....	101
1.2.3.1 PRELIMINAR	101
1.2.3.2 Inobservancia de precepto constitucional.....	109
1.2.3.3 Quebrantamiento de precepto procesal	116
1.2.3.4 Infracción de precepto material o sustantivo.....	124
1.2.3.5 Apartamiento de doctrina jurisprudencial	130
1.2.4 La casación y el juicio de hecho.....	136
1.2.4.1 Casación e infracción normativa	136
1.2.4.2 Casación y <i>quaestio facti</i>	143
1.2.4.2.1 Hechos y <i>quaestio facti</i>	143

1.2.4.3 Recurso de casación y examen de la Quaestio facti	149
1.2.4.4 Límites en el control casacional de la Quaestio facti	155
1.2.5 Control de la motivación fáctica.....	161
1.2.5.1 La motivación: aspectos generales	161
1.2.5.2 La motivación: lo fáctico y sus patologías	175
1.2.5.3 La causal de falta de motivación y de manifiesta ilogicidad de la motivación	195
1.2.5.4 Los errores en el régimen constitucional y legal de la prueba	208
1.2.6 Control de la presunción de inocencia.....	211
1.2.6.1 La presunción de inocencia: aspectos generales	211
1.2.6.1.1 Enunciado normativo y evolución histórica	211
1.2.6.1.2 Garantías institucionales.....	214
1.2.6.1.3 La inocencia como presunción legal	217
1.2.6.1.4 Manifestaciones	219
1.2.6.2 La presunción de inocencia: regla referida al juicio de hecho	224
1.2.6.2.1 Desarrollo legal	224
1.2.6.2.2 Las reglas de prueba de la presunción de inocencia.....	225
1.2.6.2.3 Las reglas de juicio de la presunción de inocencia	233
1.2.6.2.4 presunción de inocencia y causas de exención y aminoración de responsabilidad penal	243
1.2.6.3 Reglas legales y jurisprudenciales para la valoración de la prueba.....	248
1.2.6.4 La presunción de inocencia: carácter del precepto supremo	263
1.2.6.5 La presunción de inocencia: control en casación	266
1.3 Marco Conceptual	271
Capítulo II: El Problema, Objetivos, Hipótesis y Variables.....	274
2.1 Planteamiento del Problema.....	274
2.1.1 Descripción de la Realidad Problemática.....	274
2.1.2 Antecedentes Teóricos.....	274
2.1.3 Definición del Problema.....	275
2.1.3.1 Problema Principal	275
2.1.3.2 Problemas Específicos.....	275
2.2 Finalidad y Objetivos de la Investigación	276
2.2.1 Finalidad	276
2.2.2 Objetivo General y Específicos	276
2.2.3 Delimitación del Estudio	277
2.2.4 Justificación e Importancia del Estudio.....	277

2.3.1 Supuestos Teóricos.....	277
2.3.2 Hipótesis Principal y Específicas	278
2.3.3 Variables e Indicadores	278
Capítulo III: Método, Técnica e Instrumentos	282
3.1. Población y Muestra.....	282
3.2. Diseño (s) utilizados en el estudio.....	282
3.3. Técnica (s) e instrumento (s) de Recolección de Datos	282
3.4. Procesamiento de Datos	282
3.5. Aclaración.....	282
Capítulo IV: Presentación y Análisis de los Resultados	285
4.1. Presentación de Resultados	285
4.2. Contrastación de Hipótesis.....	289
4.3. Discusión de Resultados.....	291
Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones.....	292
BIBLIOGRAFÍA.....	296

RESUMEN

La presente tesis tiene como propósito establecer el marco conceptual del instituto de la casación y fijar sus lineamientos básicos. Asimismo, procura delimitar el control de la *quaestio facti* a través del recurso de casación. En este segundo punto es donde se ha procurado desarrollar con cierto nivel de profundidad lo que se entiende por juicio de hecho y, a continuación, cómo puede abordarse desde tres garantías en particular, imbricadas entre sí: presunción de inocencia, tutela jurisdiccional y motivación. Cada una de ellas tiene sus propias exigencias y modos en que la potestad casacional puede acometerlas. En nuestra Tesis creemos que estamos contribuyendo en algo a dilucidar tan acuciante problemática, dominada hoy en día por la primacía y carácter preferente de los Derechos Fundamentales.

Desde el plano metodológico, nuestra investigación es de enfoque mixto, de tipo cualitativa con un diseño *ex post facto*, es decir, se efectuó un estudio posterior a los hechos que han sido objeto de estudio. Se utilizó el método hermenéutico en esencia para poder interpretar las normas y pronunciamientos judiciales que fueron objeto de estudio. Se utilizó en esencia la técnica del análisis documental, que fue entorno a las teorías que comprenden el estudio abordado, así como el análisis de resoluciones judiciales.

Se concluye que el recurso de casación penal reconoce cuatro motivos o causales: inobservancia de precepto constitucional –se incluye la infracción de la garantía de motivación, de raíz suprema–, quebrantamiento de precepto procesal, violación de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial. Dos son los aspectos más resaltantes de esta clasificación. Primero, la expresa inclusión de la infracción de preceptos constitucionales, en especial de los derechos fundamentales, que ha permitido desformalizar la casación y dar un sentido más garantizador al examen casacional. Segundo, la incorporación de una causal que antes solo existía en lo civil, el apartamiento de doctrina jurisprudencial, lo que viene de la mano de dos ideas clave: (i) la noción de que pueden haber varias interpretaciones posibles de una norma penal y, por tanto, con fines de uniformidad corresponde a la Corte Suprema definir cuál es ellas es la más aceptable –más aún si el legislador, más de lo deseable, acude a tipos penales abiertos, cláusulas generales y elementos normativos, así como sanciona relaciones jurídicas– ; y,

(ii) la incorporación, aunque sin visos de obligatoriedad fuerte, del precedente judicial cuyos lineamientos deben cumplir todos los jueces del país.

Palabras Claves: Recursos de casación. Juicio de hecho. Motivación de resoluciones. Presunción de inocencia. Tutela jurisdiccional.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to establish the conceptual framework of the institute of cassation and establish its basic guidelines. Likewise, it seeks to define the control of the *quaestio facti* through the appeal. It is at this second point that an attempt has been made to develop at a certain level what is understood by a factual trial and, then, how it can be approached from three guarantees in particular, interwoven: presumption of innocence, jurisdictional protection and motivation. Each of them has its own requirements and ways in which the cassational authority can undertake them. In our Thesis we believe that we are contributing something to elucidate such a pressing problem, dominated today by the primacy and preferential nature of Fundamental Rights.

From the methodological point of view, our research is of a mixed approach, of a qualitative type with an *Ex post facto* design, that is, a study was carried out after the events that have been studied. The hermeneutical method was used in essence to be able to interpret the norms and judicial pronouncements that were the object of study. The technique of documentary analysis was used in essence, which was around the theories that comprise the study addressed, as well as the analysis of judicial decisions.

It concludes by affirming that the appeal for criminal cassation recognizes four motives or causes: non-observance of constitutional precept - it includes the infringement of the guarantee of motivation, of supreme root -, breach of procedural precept, violation of material precept and departure from jurisprudential doctrine. Two are the most salient aspects of this classification. First, the express inclusion of the violation of constitutional precepts, especially of fundamental rights, which has made it possible to de-formalize the cassation and give a more guaranteeing meaning to the cassational examination. Second, the incorporation of a cause that previously only existed in civil matters, the departure from jurisprudential doctrine, which comes from the hand of two key ideas: (i) the notion that there may be several possible interpretations of a criminal norm and, Therefore, for the purposes of uniformity, it is up to the Supreme Court to define which is the most acceptable - even more so if the legislator, more than desirable, uses open criminal offenses, general clauses and normative elements, as well as sanctions legal relationships - ; and, (ii) the incorporation, although without signs of strong obligation, of the judicial precedent whose guidelines must be met by all the country's judges.

Keywords: Appeals for cassation. Judgment of fact. Motivation of resolutions.
Presumption of innocence.

INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo, intitulado “El recurso de casación y control de los hechos en el proceso penal”, consta de dos grandes partes que comprenden el marco teórico, subdividida en cuatro capítulos la primera y en tres capítulos la segunda. La **primera parte** es, propiamente, la *parte general* del instituto de la casación –como diría CALAMANDREI, la casación consta de dos instituciones mutuamente entrelazadas: el Tribunal o Corte de Casación y el recurso de casación–, en la que se fija su surgimiento y las líneas matrices de la casación, así como se concreta su concepto, principios, fines, funciones y motivos del recurso de casación, sin descuidar el análisis de la propia Corte Suprema y su rol institucional, desde una perspectiva dogmática y desde su configuración orgánica diseñada, especialmente, por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se insiste en que el recurso de casación tiene notas características y principios que le dan una configuración *sui generis*, así como unos fines y funciones que están residenciados tanto en la nomofilaquia y la uniformidad jurisprudencial, como en la defensa del *ius constitutionis*, sin descuidar por cierto la tutela del *ius litigatoris*, aunque condicionado esta última al primero. Destacamos que el **control de los hechos** no fue un ámbito ajeno en la casación aural, ni en sus instituciones anteriores de las que surgió; que este control es plenamente posible en el marco de la defensa del *ius constitutionis* y su lógica ejemplificativa o disuasoria y profiláctica: *fonctions régulatrice et disciplinaire*; que es plenamente factible, y necesario, diferenciar entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*; que la fijación de los hechos está normativizada y, sobre este punto, existen reglas jurídicas y reglas epistémicas, ambas reconocidos por el tipo procesal correspondiente (artículos 158.1 y 393.2 CPP).

La **segunda parte** de esta Tesis, es propiamente la *parte especial* y demiurgo de nuestra investigación. En esta parte, que consta de tres capítulos, abordo como análisis antecedente, premisa, de los dos temas siguientes, el control del juicio de hecho. Aquí se analiza, básicamente desde la teoría del Derecho, qué es el hecho en su relación con el Derecho, qué es la *quaestio facti*, cómo se puede controlar y cuáles son sus límites. El examen del hecho se acomete, desde luego, a partir del Derecho probatorio, el cual permite un análisis directo desde las garantías de tutela jurisdiccional y presunción de inocencia, e indirecto desde la garantía de motivación. La regla de oro es que la casación no

realiza una valoración autónoma, una nueva valoración integral, del material probatorio; se limita a realizar, como dice FERRAJOLI, un juicio sobre el juicio.

La garantía de presunción de inocencia y, en lo no abordable por ésta, la garantía de tutela jurisdiccional, según se dejó anotado, está integrada debidamente por reglas, por normas legales y jurisprudenciales plenamente consolidadas, que exigen que la *quaestio facti* se construya debidamente, con pleno respeto del Ordenamiento y de los derechos del justiciable. Éstas apuntan a una interdicción de la arbitrariedad y controlan si se está ante una prueba, tal como la ley la tipifica, y si se respetan las exigencias de licitud y legalidad en su obtención y actuación. Además, en lo común, requieren que su valoración cumpla con exigencias epistémicas comúnmente aceptadas. Desde luego, para la condena –lógica de la presunción de inocencia como regla de juicio–, el estándar probatorio es muy alto y su finalidad política criminal es evitar la condena de inocentes. La Ley, en este último supuesto, también la disciplina y reconoce la necesidad de su debido cumplimiento (la libre valoración de la prueba tiene como límite que se valore, precisamente, el material probatorio existente y que se respeten las reglas de la sana crítica: leyes lógicas, máximas de experiencia y conocimientos científicos).

La motivación, como garantía constitucional específica, se difundió y adquirió perfiles propios con el Estado liberal y, luego, con el Estado constitucional. Desde el segundo momento evolutivo de la casación se impuso la motivación de las propias sentencias del Tribunal de Casación –inicialmente no se motivaban– y, luego, se exigió que lo hicieran con mucho rigor las sentencias de los Tribunales de Apelación y de Primera Instancia. La necesidad de justificar las conclusiones de las resoluciones judiciales, de que exista congruencia entre sus capítulos referidos a la motivación y entre éstos con la parte dispositiva o fallo, llevó al Tribunal de Casación como a la doctrina jurídica a construir clasificaciones de las denominadas “patologías de motivación” determinantes de la anulación de la sentencia impugnada.

En el Capítulo I se desarrolla el planteamiento del problema de investigación, los objetivos propuestos así como las hipótesis, la importancia y justificación del estudio.

En el Capítulo II se explica el marco teórico conforme se ha señalado en líneas anteriores.

En el Capítulo III se analiza al método empleado, la técnica e instrumentos de rocoleccion de datos, asi como el diseño de investigación.

En el Capítulo IV, se esclarece la discusión de los resultados.

Finalmente, en el Capítulo V se especifican las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. MARCO HISTÓRICO

∞ La casación si bien tiene un origen preciso, en la Revolución Francesa (1789) [CARRIÓN, I, 2012: 12], desde la cual se construyó lo que ahora, en su esencia, se entiende como tal: una institución integrada por dos elementos complementarios entre sí: la Corte de Casación (*Cour de cassation*) –que pertenece, según categorías modernas, al Derecho Orgánico Procesal– y el recurso de casación (*pourvois en cassation*) –que pertenece, según esas mismas categorías, el Derecho Funcional Procesal–. CALAMANDREI la calificó como institución perteneciente al ordenamiento judicial-político [CALAMANDREI, I, 1945: 26]–. Es un recurso considerado unánimemente como el recurso extraordinario por excelencia; y, en tanto institución histórica, no puede constreñirse a ese momento fundamental en el desarrollo de occidente. El instituto de la casación, en especial la *Cour de Cassation*, apuntó COLINT ET CAPITANT, es la obra maestra de la organización francesa actual, nacida de la Revolución [PABÓN, 2011: 17].

La formación (origen y evolución) de los recursos y la propia idea o noción institucional de la casación, indudablemente, debe indagarse (*i*) en el Derecho romano (durante los seiscientos años que duró la cultura romana), en su desarrollo y en su expansión, así como, de uno u otro modo, también, (*ii*) en el Derecho germánico; luego, (*iii*) en el Derecho común europeo de la Baja Edad Media; y, finalmente, en su recepción en el sistema jurídico del civil law, y (*iv*) en la práctica social y política francesa, cuya referencia por contraposición es, sin duda, el Antiguo Régimen francés (*Ancien Régime*), sistema político, económico y social imperante desde finales del feudalismo, aproximadamente desde el siglo XVI –sin embargo es de resaltar que específicamente a mediados del siglo XVI es el momento histórico en el que la casación tuvo su máximo desarrollo–.

∞ Acudir al Derecho histórico es, pues, fundamental, para entender la casación como institución jurídico política. Es claro que su denominación y rasgos fundamentales vienen de Francia, pero esta institución no surgió por generación espontánea, sino fue producto de una específica evolución histórica, de determinadas exigencias sociales y políticas, y

de concretas ideologías, es decir, de una definida cultura, que asume el pasado, reencausa el presente y orienta el futuro. No se puede decir, entonces, que la casación surgió ex novo a partir de la Revolución Francesa [NIEVA, 2003: 24]. Ninguna institución jurídica, por consiguiente, como acotó CALAMANDREI, surge directamente de la nada, sino que ésta suele servirse de previos elementos históricos, de figuras precedentes que de una u otra forma similar trataban y resolvían cuestiones semejantes [CALAMANDREI, I, 1920: 5]. Por otra parte, la expansión de la casación en Europa y en la América Hispana solo se explica por una ideología común, unos lazos históricos o de dominación determinados, y unos momentos políticos, coyunturas sociales e ideología que permitieron confiar en su utilidad para el desarrollo de la unidad del Derecho en los Estados nacionales –del imperio de la ley– y la afirmación de un Poder Judicial tendencialmente independiente del poder político y de otras influencias sociales; es decir, de una determinada idea de Estado y de sociedad. Y, las diferencias que surgieron como consecuencia de la recepción del modelo, se deben, dice DE LA PLAZA, al peso de las tradiciones jurídicas propias de cada nación [VECINA, 2003: 39].

∞ El somero análisis histórico, precedente a la Revolución Francesa, que se realizará solo permitirá destacar algunas ideas importantes que sirvieron de presupuesto del surgimiento de la casación. Estas son: *(i)* el nacimiento del recurso como medio de impugnación, *(ii)* la distinción entre vicios contra *ius constitutionis* y contra *ius litigatoris*, y *(iii)* la diferencia entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* –que propiamente surgió post revolución francesa–, aunque más importante es, sin duda, es la noción de examen del fondo del asunto –negado expresamente en la casación fundacional–. Sin embargo, no es que se pueda decir que se trata de antecedentes directos del recurso de casación, aunque sí que son conceptos relevantes.

DE LA PLAZA llega a decir, al respecto, que es de analizar estos antecedentes con ligera reticencia, en cuanto que su lejanía en el tiempo y las diferencias de base en el sistema judicial recomiendan prudencia a la hora de establecer equivalencias. CIUDAD ESPEJO, en esta misma perspectiva, apunta que desde el Derecho histórico es posible adelantar algunas ideas y conceptos, pero desde luego no se trata de institutos semejantes a la casación, sino de ideas que prepararon su advenimiento [LOREDO, 2004: 57, 59].

A. El derecho romano

∞ La comunidad romana atravesó tres etapas políticas: monarquía, república e imperio, que atravesaron desde un proceso popular acusatorio a uno inquisitivo, según sus condiciones históricas y socio-políticas. En el período del Derecho Romano clásico, se caracterizó por el denominado proceso formulario –en el que desapareció el rigor formal de la etapa anterior, la preclásica o arcaica que se distinguía por el sistema de las acciones de ley o legis acciones y donde imperaba en un primer momento un sistema místico respecto de la prueba–. El proceso, sobre la idea de división del trabajo, constaba de dos etapas, una ante el Pretor y otra ante el Juez Privado, y en ambas existía una fase *in iure* ante el Pretor –establecía las cuestiones de derecho– y una *apud iudicem* ante el Juez Privado en el que se practica la prueba y, además, se apreciaba la misma –conocía de la prueba de los hechos– [GUASCH, 1998: 23/26].

No se conocía el instituto de medios de impugnación de la sentencia, la cual se entendía asimilada al negocio jurídico: los procesos tenían un marcado carácter privado. La sentencia por el hecho de ser dictada por un juez era inatacable, producía efectos de cosa juzgada formal (*res iudicata pro veritate habetur*: la cosa juzgada por verdad debe tenerse); eran, pues, inimpugnables, tanto más si no había orden jerárquico entre los jueces –por lo menos hasta el año 14 de nuestra era [MONROY, 1998: 14]–. Solo se podía atacar, cuando se demandaba la ejecución de la sentencia (*actio iudicati*), mediante una excepción u oposición de nulidad de la cosa misma juzgada. La sentencia, cuando era inválida, se consideraba inexistente –*nulla sententia*, derivado de las palabras latinas *nec y ulla*: ninguna sentencia o sentencia inexistente–, pero no hacía falta una acción declarativa para tenerla como tal.

∞ En el período republicano la sentencia podía atacarse por vicios procesales tasados, relativos a la constitución y desarrollo de la relación procesal –vicios de actividad, que no vicios de juicio–: *vitium in procedendo*. Inicialmente esa oposición la realizaba un tercero, el *vindex* (un pariente o amigo del emplazado), y más adelante el propio emplazado a través de la *manus iniecto*. Los *vitium in iudicandi* carecían de consecuencias jurídicas, pero es a partir de este momento en que se pudo distinguir en una sentencia dos clases de vicios o errores: de actividad y de juicio (defectos de razonamiento).

∞ En el procedimiento formulario se introdujeron nuevos mecanismos de control de las sentencias, que se erigían como acciones, no propiamente como recursos, según el entendimiento contemporáneo. La oposición a una sentencia nula se concretó a través de la *infinitio iudicati*, la *revocatio in duplum*, la *restitutio in integrum* y, finalmente, la *intercessio*. La primera, importaba una oposición a la ejecución por razones formales y, en un momento posterior, se pudo sustentar la oposición en errores de juicio por especial gravedad –solo errores referentes a la existencia de la norma, no a su interpretación– y sobre la base, recién, de la distinción entre errores de hecho y de Derecho (*quaestio facti* y *quaestio iuris*), en los que los segundos eran más graves. La *restitutio in integrum* (“restitución por entero” o “reintegración a un estado jurídico anterior”), por su parte, buscaba retrotraer el procedimiento al momento en que se cometió la infracción, sin limitación de causas o motivos –se basaba en la equidad, esto es, se intentaba contra sentencias que si bien eran válidas con arreglo al *ius civile*, eran contrarias a la equidad [BUENDÍA, 2006: 33]– que produce un daño injusto–, aunque entendido como un medio de defensa de la legalidad; la sentencia se entendía como formalmente válida, pero sustancialmente injusta [ALZAMORA, 1966: 264]. A petición de los defensores de la república se intentaba este medio extraordinario si consideraban que en algo ha resultado perjudicado el derecho de la república [GUASCH, 1998: 28].

En este periodo se consideraban válidas, aunque pasibles de ser declaradas nulas, las sentencias que contuvieran un error relativo al derecho subjetivo de las partes, sea de hecho o de derecho. A las sentencias con violación expresa de la ley se les denominó *contra ius constitutionis* y, según CALAMANDREI, traducían un exceso de poder de los jueces, –por tratarse de un error en la premisa mayor del silogismo práctico– y a las afectadas con error en la apreciación del hecho o del derecho de las partes, se les llamó *contra ius litigatoris* –por referirse a un error en la premisa menor– y se les entendió como “sentencias injustas”, al punto que si no eran impugnadas lo resuelto adquiriría la calidad de cosa juzgada [MONROY, 1998: 14, 15].

El error de derecho in iudicando, como se apuntó, debía ser grave. Se consideraba grave, marcadamente, tres supuestos: **1.** *Sentencia contra tan manifestam iuris formam* (contra la forma de tan manifiesto derecho). **2.** *Sentencia expresim...contra iuris rigoris data* (expresamente dada contra el rigor del derecho). **3.** *Sentencia specialiter contra leges* (especialmente contra las leyes). En estas materias estaba en juego predominantemente el *ius constitutionis*, la observación de la ley en su alcance general y abstracto [MARCHESE, 1998: 55]. Lo central,

desde esta perspectiva, era la consideración de la especial categoría de vicios que informaban la sentencia cuestionada, no necesariamente la diferencia entre error iuris y error facti [HITTERS, 1998: 424].

∞ Finalmente, durante el periodo posclásico o justiniano, en la época imperial (siglo III), primero, con la asunción por parte del princeps de todos los poderes y quien se reservó la posibilidad de conocer siempre en última instancia los procesos judiciales, surgió el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, de instancia única, con prueba tasadas. Segundo, se introdujo la *apellatio*, como derecho de las partes (*ius appellandi*) que se acerca más a un segundo grado, al admitir nuevas pruebas y nuevos hechos con fundamento distinto al de primer grado. El plazo para apelar era de dos días si se litigaba en nombre propio o tres días si lo hacían en nombre de otro.

La función primordial de la *apellatio* fue corregir la injusticia y la ignorancia de los juzgadores sobre la ley –la esencia de la *apellatio* era el recaer sobre una sentencia final válida–. Se centraba indistintamente en errores *in iudicandi* e *in procedendo* –el concepto de apelación es, propiamente, uno intermedio entre validez e inexistencia, apunta a las sentencias válidas pero justas y se aplica a las sentencias que son contrarias al *ius litigatoris* por contener un *vitium in iudicando* [LÓPEZ, 2007: 16]–. Se entendió en ese momento histórico, asimismo, que las sentencias contrarias al *ius constitutionis* –era la modalidad más intensa de la *apellatio*: *contra leges et constitutionis*– son las que violaban la ley (inobservancia de la norma) de forma grave, afectas de nulidad en un principio y, posteriormente, recurribles vía *apellatio*, mientras que las sentencias contrarias al *ius litigatoris* suponían una inobservancia menor de la norma, que posteriormente pasó al campo de la nulidad pero solo por defectos formales o de procedimiento [LOREDO, 2004: 58]. El Superior no solo se limitaba a suprimir la sentencia viciada, como sucedida con el instituto de la nulidad, sino que además suponía una nueva decisión que venía a sustituir a la resolución apelada [LÓPEZ, 2007: 16].

Un instrumento más contra las sentencias, esta vez contra las de segundo grado, expedida en apelación, fue la *supplicatio*, que se interponían ante el emperador y se trataba de una concesión graciosa, no de un recurso propiamente tal entendido como derecho de la parte vencida. Se concebía como un remedio extraordinario, aunque con el devenir del tiempo, por su multiplicación, el soberano delegó su conocimiento en los propios prefectos pretorios (*praefecti pretorio*), de suerte que terminó siendo una demanda revocatoria ante el

propio juez que había expedido la sentencia, aunque como aclaró SCIALOJA, asistido por el *quaestor sacri palatii* [BUENDÍA, 2006: 32].

B. El derecho germánico

∞ La caída del imperio romano dio lugar a la primacía de los pueblos germánicos, quienes trajeron consigo una nueva organización política, social y jurídica que se fundió con la tradición romana, y que se desarrollaron entre la Edad Antigua y la Alta Edad Media.

∞ El cuestionamiento de la sentencia tenía peculiaridades. Una nota característica del Derecho germánico era la existencia de dos órganos para la emisión de la sentencia: el primero, encargado de formular una propuesta y presentarla a la asamblea –era la Asamblea Popular, un colegio de ciudadanos privados, (*Urtelsfinder*)–; y, el segundo, la Asamblea Judicial, encargada de convertir aquél dictamen en una sentencia obligatoria, en un mandato (*Richter*). En la audiencia que se realizaba para la decisión, intervenían las partes, que también formaban parte de la asamblea. Si en esa audiencia se objetaba la propuesta de los jueces, a partir de los alegatos de las partes, se producía la denominada *Urteilsschelte* o desaprobación, en cuya virtud se imponía un nuevo proceso para determinar cuál sería la sentencia. No se trata, entonces, de un recurso, pues este procedimiento evitaba que un dictamen se convierta en sentencia, que se emita por el *Richter*.

Esta concepción afirmó un principio clave en el derecho germánico, desconocido en el derecho romano. El principio de validez formal de la sentencia (*Prinzip der Formalkraft des Urteils*), es decir, de la inatacabilidad de la sentencia una vez es sancionada por el presidente de la Asamblea Judicial (fuerza formal de la sentencia (*Formalkraft*)).

∞ Cuando los pueblos germánicos se convirtieron en monarquías, la justicia quedó en manos de funcionarios reales como representantes del monarca, quienes se convirtieron en aplicadores de la ley, y el derecho ya no fue consuetudinario sino escrito. Bajo esta influencia, en el Derecho longobardo (*i*) la desaprobación (*Urteilsschelte*), por influencia del Derecho romano, se podía ejercer contra cualquier vitium del fallo, tanto in procedendo como in iudicando, sea de la naturaleza que sea, tanto de derecho como de hecho, de suerte que esta institución se convirtió en un recurso jerárquico que perseguía

la anulación del fallo por el superior, en una clara aproximación a la apelación romana, aunque con una sola función rescindente [LÓPEZ, 2006: 18, 19].

De otro lado, *(ii)* frente al fallo dictado tras la *Uterilsschelte*, se podía acudir al Rey en vía de *Reclamatio ad regis definitivam sententiam*, quien lo resolvía sobre la base de la equidad (Edicto de Rotario).

C. El derecho común

∞ La Edad Media fue un período histórico que se inició en torno a la crisis del Siglo III y culminó el Siglo XV; y se subdividió entre Alta Edad Media y Baja Edad Media –la primera duró hasta el Siglo V y la segunda tuvo un periodo final de Plena Edad Media que se inició en el Siglo XIV–. En la Baja Edad Media, en el siglo XII, en Italia, desde el denominado derecho estatutario, expresión de la fuerza de los municipios en las nacientes ciudades-estados, surgió la querrela de nulidad (*querela nullitatis insanabilis*), producto de la fusión entre el Derecho romano y el Derecho germánico –no todos los vicios tienen igual gravedad (los *vitium in procedendo* son los más graves), lógica romana; y, ni aun los más graves vicios pueden producir la inexistencia de la resolución, lógica germana, por lo que deben ser reclamados a través de la querrela de nulidad en el plazo de un año. Ésta era una acción constitutiva, decía PLAZA Y NAVARRO, o un auténtico medio de impugnación, apuntaba DEVIS, orientado a destruir una sentencia anulable, existente pero viciada [LÓPEZ, 2007: 19].

∞ La *querela nullitatis* era considerada un medio de impugnación, que se interponía por varias causales, asociadas al *ius constitutionis*. Éstas eran, según DURANTI, por razón del juez, de la jurisdicción, de los litigantes, del lugar, del tiempo, de la causa, de la cantidad y de manifiesta iniquidad (*rationi iudicis, jurisdictionis, litigatorum, loci temporis, causae, quantitatis, manifestae iniquitatis*) [ALZAMORA, 1966: 265] –que son casos de error manifiesto, en que se violaba el *ius constituionis* [DE LA RÚA, 2006: 8]–. Paralelamente, se configuró la querrela *inequitatis*, como contraposición del *ius litigatoris*, que se concedía contra la sentencia viciada por error de juicio. Su origen y justificación, como lo fue en el Derecho romano, es de carácter eminentemente político: garantizar al legislativo el respeto por parte de los jueces del fruto propio de su labor: la Ley [LÓPEZ, 2007: 21].

La *querela nullitatis* es concebida como un remedio extraordinario aplicable en defecto de cualquier otro medio de impugnación y dirigido frente a sentencias en las que se ha producido un defecto procesal, abuso o exceso de poder, contradicción con la ya juzgado o para asegurar la observancia de la ley, dando prioridad a los intereses públicos [LOREDO, 2004: 61] –se aplica el aforismo *Notoria injustitia et nullitas fraternizent et aequiparentur*: la notoria injusticia y la nulidad son hermanas y se equiparan) [MARCHESE, 1998: 56]–, a lo que CHIOVENDA estimó –según su concepción de la jurisdicción– que tenía un propósito político, una función nomofiláctica [MONROY, 1998: 17]. Se fundaba en la evidencia del error, de suerte, como enseñó CALAMANDREI, que éste debía ser notorius, manifestus, expressus, lo mismo que el *vitiu contra ius in thesi clarum* [DE LA RÚA, 2006: 9]. Este error, por lo demás, ha de ser el fundamento base de la parte dispositiva de la sentencia. La función de la institución es meramente negativa: revisa y anula la sentencia viciada.

∞ De otro lado, también se reconoció la *apellatio*, que tenía un plazo más corto para promoverla. Según DEVIS, ésta, como recurso jerárquico, estaba dirigida a combatir una sentencia injusta, no la anulable *circumscripita* a la *querela nullitatis*, y buscaba una decisión distinta del Superior, basada en el *ius litigatoris*. La *apellatio* lleva a la reproducción *ex novo* de la litis ante el juez superior y, como quedó expuesto, se circunscribe a la injusticia del fallo, no aquellos defectos que lo vician de nulidad [LÓPEZ, 2007: 209]. Su función es positiva: provoca una nueva decisión del litigio.

D. La casación en francia. Nacimiento y evolución

D.1 El antiguo régimen

∞ En la época feudal en Francia –aproximadamente hasta el siglo XVI– la evolución del proceso siguió una pauta distinta a la del Derecho común precedente, de base italiana, en la que paulatinamente se produjo un fenómeno de absorción de la *apellatio*, que permitía a un juez superior conocer integralmente de la causa, respecto de la *querela nullitatis* –el plazo de preclusión para apelar era de 30 años– de suerte que el único medio para atacar una sentencia llegó a ser la *apellatio* [LÓPEZ, 2006: 22].

Asimismo, surgieron los Parlamentos (*Parlements*) –a partir del siglo XI– que, entre otras funciones, administraban justicia en última instancia en el ámbito de su territorio –en el

ámbito de las baronías (*baronnie*), en la que los barones (*barons*) eran auténticos soberanos–, por lo que, en este sentido, se consideraban Cortes soberanas (*Cour souveraines*), al punto que, a diferencia de los jueces inferiores, disfrutaban de una discrecionalidad en la interpretación de la ley. Estos *Parlements* también se atribuyeron facultades legislativas: de un lado, de registro (*enregistrement*) de las ordenanzas reales, que suponía una especie de función de sanción o refrendo de las mismas; y, de otro lado, de promulgación de resoluciones de carácter reglamentario (*arrêts de règlement*) –que aunque podían ser casados por el Rey, pero mientras no sucediera tenían fuerza obligatoria [MONTERO–FLORS, 2009: 239]–.

Mediante la Ordenanza de 23 de marzo de 1302 se estableció la inapelabilidad de las sentencias de los *Parlements*, aunque se admitió un procedimiento ante el rey solo para aquellos fallos contra los que no cabía apelación. Se estableció, en estos asuntos, el *Requêtes de l'Hostel du Roy*, encargado de recoger las quejas para ser presentadas al soberano, de suerte que el Rey respondía como Juez en las llamadas *Lettres de la Chancellerie* corrigiendo los errores in iudicando –incluida la cuestión de hecho– y ordenando su reforma al *Parlements* que dictó la sentencia bajo el nombre de *lettres de proposition d'erreri*. [GUASCH, 1998: 33].

∞ El Rey, sin embargo, solo tenía autoridad en las tierras sometidas a su señorío feudal, no ejercía derecho sobre el territorio de las baronías; y, para luchar contra esta descentralización feudal, inicialmente utilizó a los *Parlements* para ampliar su poder en detrimento de los barones. No obstante, ante la autonomización y el poder creciente de los *Parlements*, derivado de las facultades asumidas, el Rey se vio obligado a limitar esa descentralización y recuperar el control sobre todo el país, para lo cual se sirvió de la administración de justicia, cuyo ejercicio asumió, lo que en efecto consolidó en el curso del tiempo, erigiéndose en un auténtico Juez Supremo a donde en última instancia llegaban las causas.

Cabe señalar, contextualizando los cambios, que la modernidad importó una enorme ebullición intelectual. Se consolidó la persecución penal de los delitos, se institucionalizó la figura del Ministerio Público y se concibió una justicia hegemónica, en la que se consagró un modelo de justicia vinculado al aparato público, al Estado, y uno de sus elementos, la ley, lo favorece. El proceso penal se impregnó de la idea de orden público y de una construcción del mismo desde y hacia lo público, desde una concepción política

absolutista y centralizadora. Se establecieron Tribunales Superiores de Justicia, se introdujo la instrucción secreta, se empleó el tormento y se privilegió la ley a la costumbre [BARONA, 2017: 223/225].

Uno de los primeros instrumentos que el Rey utilizó fueron los llamados *Etablissements de Saint Louis*, que serían resueltos por una *Curia regis*, que rodeando al soberano, le asesoraba directamente en la ejecución de su recién asumido ejercicio jurisdiccional [BUENDÍA, 2006: 38]. Empero, la multiplicidad de causas planteadas ante el Rey determinó la formación del Consejo del Rey (*Conseil du Roi*) como órgano asesor en varias materias, entre ellas las judiciales. Fue en el siglo XIV en que este Consejo se separó del Rey y se convirtió en un órgano autónomo, con la función de tribunal supremo, aunque juzgaba en nombre y por delegación del Rey, sin perjuicio de las funciones consultivas que retuvo. En su seno se instituyó el llamado *Requêtes de l'Hostel du Roy*, integrado por los llamados Maitres de Requêtes encargados de recoger las quejas para presentarlas al soberano (a semejanza de la *supplicatio* romana), para lo cual se arbitraron las llamadas *Lettres de Chancellerie* con el fin de anular las decisiones irrevocables de los *Parlements* [BUENDÍA, 2006: 38].

No obstante ello, los *Parlements* continuaron afirmando su soberanía en los territorios de su procedencia en defensa del Derecho privado de las provincias y de sus privilegios forales, negando muchas veces los registros de las ordenanzas reales y enfrentándose al poder del Rey que buscaba la centralización del Estado. El enfrentamiento duró desde finales del feudalismo (siglo XIV) hasta la Revolución Francesa (finales del siglo XVIII), que fue lo que denominó el Antiguo Régimen (*Ancien Régime*), que se entiende como la modernidad, cuyo punto de inició fue el descubrimiento de América en 1492.

∞ Agotadas las vías ordinarias, la *appelatio*, se concibió una posibilidad en que el monarca, sobre la noción de justicia retenida, de oficio o a solicitud de parte –que solo era una mera denuncia para determinar la intervención regia–, podía tomar conocimiento de los casos, anular o casar las sentencias de las *Cour souveraines* que de alguna manera contrariaban su voluntad soberana. Inicialmente la competencia del *Conseil du Roi* se circunscribía a aquellas decisiones que no cumplían las directivas del Rey dictadas a un juez para actuar de modo determinado; luego, a los supuestos de violación de normas o prohibiciones impuestas por el Rey; y, finalmente, cuando la violación se refería a cualquier ordenanza (a partir de la *Ordonnance de Blois* de 1579).

En esta perspectiva correspondía al *Conseil du Roi* anular (*annuler* o *casser*) “de son propre mouvement” las normas generales dictadas por los *Parlements*, sentencias que debían ser consideradas “nuls et de nul effet et valeur” [DE LA RÚA, 2006: 9]. En este ámbito no se diferenciaba claramente los *vitium in iudicando* de los *vitium in procedendo*: la violación de las Ordenanzas no era sino un modo de proceder en contra de lo impuesto por el Monarca [LÓPEZ, 2007: 23]. Las anulaciones tenían lugar tanto por violación de normas procesales como materiales, siempre bajo el entendido que esta potestad se ejercía para reprimir las desobediencias de los *Parlements* a los mandatos regios [BUENDÍA, 2006: 39].

∞ Por Reglamento de 11 de agosto de 1578 el *Conseil du Roi*, en cuyo interior anteriormente se había instituido el *Conseil étroit o privé*, se dividió en dos secciones: el Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*), destinado a asuntos políticos y de avocamiento de oficio (de *propre mouvement*), y el Consejo de las Partes (*Conseil des Parties*), dedicado a asuntos judiciales y de avocamiento de parte por estar circunscriptos a asuntos privados –que según los criterios de la época muy bien podrían tratarse de temas de Derecho penal–. A pesar de las ulteriores modificaciones operadas en el Consejo Real (*Conseil du Roi*) hasta el reinado de Luis XIV, que dieron lugar a la creación de nuevas secciones, el *Conseil des Parties* llegó a la época de la revolución francesa en su configuración original [HUALDE, 2017: 175].

El *Conseil des Parties* se considera el antecedente del Tribunal de Casación, aunque es un órgano de carácter político anexo al Poder Ejecutivo e investido para defender la supremacía del Rey en los asuntos públicos; luego, actuaba políticamente (defensa del interés real).

En 1667 el Rey Luis XIV dictó una Ordenanza Civil en cuya virtud se instauró definitivamente el sistema de impugnación contra las sentencias de los *Parlements*, que aludía a la violación por parte de ellas de las Ordenanzas, Edictos y Declaraciones Reales (posteriormente, se incluyó la vulneración de las *coutumes* o Derecho consuetudinario o *Droit coutumier*) [HUALDE, 2017: 176], aboliendo las *lettres de proposition d'erreri* precedentes y quedando la *requête civile* como único recurso contra las sentencias de última instancia con una naturaleza anulatoria y rescindente [GUASCH, 1998: 34]. Asimismo, (i) mediante la Ordenanza de 1669, seguida de la de 1737, ante la multiplicación de los *Parlements* (al de París, el más importante, se crearon otros más), correspondía al Rey fijar al órgano competente cuando se presentaban conflictos de competencia, mediante un procedimiento

conocido como *Réglement des juges*; y, cuando se trataba de sentencias contradictorias emitidas en un mismo caso por distintos *Parlements*, desde la Ordenanza de 2 de agosto de 1497, luego confirmada por otra del Rey Louis XII en 1498, con la constitución del *Grand Conseil*, se definía al órgano competente y se anulaba la sentencia emitida por el *Parlement* incompetente [HUALDE, 2017: 173].

Cabe precisar que recién en 1670 el Rey Luis XIV aprobó la *Ordonnance Criminelle*, aunque con mucha inspiración del procedimiento inquisitivo todavía, de suerte que se construyó los cimientos de un modelo integral de procedimiento penal –las Ordenanzas Criminales de Francisco I en 1539 no tenían esa cualidad–. Un elemento fundamental, con el surgimiento de las ideas del iluminismo, el Rey Luis XVI, en 1788 abolió la tortura [BARONA, 2017: 253]. Esa *Ordonnance* se abolió en 1791 por los revolucionarios franceses.

∞ El 28 de junio de 1738 se promulgó el Reglamento más relevante del Consejo de las Partes (*Conseil des Parties*). De este Reglamento es de destacar, con MONTERO–FLORS, lo siguiente: **1.** La partes debían presentar una demanda de casación (demandes en cassation), que se presentaba por medio de requête en forme de vu d’arrêt, en la que se destacaba no solo la descripción de los motivos de casación sino también la presentación de un depósito, que se perdía si la demanda estaba mal fundada o presentaba defectos de forma. **2.** El procedimiento se dividía en dos fases: una no contradictoria, en la que se examinaba la admisibilidad de la demanda, y la segunda, con audiencia de la otra partes, en la que se entraba al fondo del asunto. **3.** El Rey, no obstante, podía casar de oficio la sentencia del *Parlement* mediante el de propre mouvement si afectaba sus intereses, de suerte que la demanda de los particulares las utilizaba para imponer la vigencia de los mandatos regios [MONTERO–FLORS, 2009: 240/241]. **4.** Los motivos que daban lugar a que se case la sentencia de los *Parlements* podían ser *vitium in procedendo* y *vitium in iudicando*, incluso en casos de injusticia manifiesta o evidente derivada de la defectuosa apreciación del material probatorio, los errores de hecho [LÓPEZ, 2007: 25].

D.2 La Revolución Francesa

∞ Así las cosas, el *Ancien Régime* no podía subsistir. El punto de inflexión se situó, como es sabido, con el estallido de la Revolución francesa –con una cronología que se sitúa entre el 8 de agosto de 1788 (convocatoria a Estados Generales) y el 27 de julio de 1794

(caída de Robespierre)– en cuanto acontecimiento plural y omnicomprendivo que implicó la renovación de la realidad social, política y jurídica del momento, y a su vez, en lo que corresponde al tema de estudio, reelaboró el recurso de casación a partir del triunfo filosófico del iluminismo racionalista [LOREDO, 2004: 68, 69. MONROY, 1998: 19].

La Revolución francesa, expresó VICENS, no constituyó un episodio aislado, sino formó parte de un movimiento general en la sociedad atlántica (o sea europea y americana), a cuyo través se quiebra la estructura antigua de la sociedad para dar lugar a la expansión de la burguesía y a la nueva civilización industrial [BUENDÍA, 2006: 41].

Es evidente que en el caso de la Revolución francesa se asistió, como enseña FIOROVANTI, a la formación de una cultura de las libertades que resulta de una combinación entre el modelo individualista y contractualista, de una parte, y el estatalista de otra. En contraproposición con el *Ancien Régime* –con su estructura estamental– se afirmaron dos valores político-constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la soberanía de la nación, que fijan las coordenadas de un modelo político que al mismo tiempo libera al individuo y al Estado de la presencia de los viejos poderes feudales y señoriales, y que supuso la concentración del imperium en el legislador intérprete de la voluntad general y que aparece como máxima garantía de que nadie podrá ejercer poder y coacción sobre los individuos sino en nombre de la ley general y abstracta. Sin embargo, justo es decirlo: el punto débil de la Revolución francesa está en la garantía de los derechos, la cual, como es obvio, está ligada a la rigidez constitucional, es decir, a la presencia de una Constitución que sea como tal capaz de imponerse, para fines de garantía, sobre las voluntades normativas del poder político, incluida la ley, tan exaltada en el curso de la revolución [FIOROVANTI, 2016: 51, 52, 68].

∞ Desde el factor ideológico, como explican MONTERO–FLORS, los revolucionarios franceses estaban influidos por las obras de MONTESQUIEU y ROSSEAU –*De l'esprit des lois* (1974) del primero, y *De contract social; ou principes de droit politique* (1972) del segundo–. Sus ejes fundamentales fueron:

1. La división de poderes. Es la concepción formulada por MONTESQUIEU, sobre la cual se dictó la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 26 de agosto de 1789. Dijo que una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni establecida la separación de poderes no tiene Constitución. Además, señaló que tampoco existe libertad

si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. De otro lado, entendió en cierto modo un Poder Judicial disminuido, pues los tribunales no debían ser fijos –una vez que el jurado popular resolvía un asunto, se disolvía– pero sí los juicios y que los jueces debían limitarse a ser un *text précis de la loi*; los jueces no son sino *la bouche que pronnce les paroles de la loi*, la potestad de juzgar es en cierta medida nula –el poder de juzgar debía ser invisible y nulo–. Tal pensamiento permitió a ROBESPIERRE insistir en que la facultad de interpretar la ley se integra, en último caso, en el poder legislativo, como se anotó en el Decreto de 16-24 de agosto de 1790. La Constitución de 3 de septiembre de 1791 estatuyó que la función judicial no puede ser ejercida por el cuerpo legislativo y por el rey, así como que los tribunales no pueden ni inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni mezclarse con las funciones administrativa, o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones.

En consecuencia, este principio no implicó el equilibrio de poderes sino la superioridad práctica del legislativo, determinante a su vez de la creación del órgano de casación con una doble y clara finalidad: *(i)* evitar las intromisiones del poder judicial dentro de la esfera competencial del legislativo y *(ii)* excluir de la competencia del poder ejecutivo la potestad de casar sentencias [LOREDO, 2004: 71]. El Poder Judicial, entonces, queda subordinado al Legislativo, pues debía limitarse a aplicar la norma jurídica; mientras que el legislador, por el contrario, tenía como misión, no sólo hacer la ley, sino también interpretarla [GUASCH,1998: 35]; la idea fundamental a través de la casación era el “control político de la jurisdicción”. Es más, decía ROBESPIERRE que en un Estado que posee una constitución y una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley; en cuyo caso existe siempre identidad de jurisprudencia [BUENDÍA, 2006: 45]. TOCQUEVILLE, por ejemplo, en esta misma perspectiva, consideró que los jueces no podían hacer ningún juicio sobre la ley, pues no representaban a nadie –la interpretación incluso en otros países estaba prohibida, como es el caso de la legislación rusa, la austriaca y la prusiana de 14 de abril de 1780 (la *Kabinettordre de Friedrich der Grosse*)– [BACIGALUPO, 2006: 780, 781].

Hoy en día, sin embargo, son dos las nociones constitucionales que guardan relación con esta inicial elaboración conceptual de la Revolución francesa: separación de poderes y balance de poderes.

A. La primera (separación de poderes). Resulta de la combinación de dos funciones: principio de especialización de funciones y principio de independencia recíproca de los órganos, de suerte que **(i)** la función jurisdiccional es especializada bajo la condición de que el legislativo y el ejecutivo no tengan el poder de resolver controversias, y el legislativo y el ejecutivo no tengan el poder de apartar una decisión jurisdiccional de la autoridad de cosa juzgada, y de que **(ii)** el Poder Judicial es independiente de los otros dos órganos del Estado bajo la condición de que los jueces no sean nombrados por los otros poderes del Estado o, si lo son, su mandato no sea renovable, y que no pueden ser revocados o removidos bien por el ejecutivo, bien por la asamblea legislativa.

B. La segunda (balance de los poderes). Es una técnica de organización constitucional que es conocida como “*checks and balances*”: frenos (o controles) y contrapesos, sustentado en la idea montesquiana según la cual “el poder frena al poder”. Respecto del Poder Judicial, se entiende que no tiene poderes normativos, pero las normas están sujetas al control jurisdiccional de legitimidad constitucional, así como los actos del poder ejecutivo están sujetos al control de legalidad y los actos administrativos ilegales pueden ser anulados por los jueces [GUASTINI, 2016: 33/40].

Cabe puntualizar que en lo que se refiere al proceso penal, la cultura jurídica de las luces embistió, con todo el vigor de su crítica demoledora, los pilares de la inquisitio de matriz romano-canónica. Los ilustrados repensaron las reglas de la jurisdicción en función de la búsqueda de la verdad y de la tutela de la inocencia, inspirándose en la República Romana y en la Inglaterra de ese entonces. MONTESQUIEU, si bien no realizó una reflexión orgánica y completa sobre las garantías procesales, siguiendo a IPPOLITO, el catálogo de elementos que planteó es el siguiente: **(a)** las actuaciones procesales deben desarrollarse en las formas previstas por el derecho; **(b)** el juez debe ser super partes; **(c)** el derecho de defensa es un derecho natural que el derecho positivo debe garantizar; **(d)** la tortura judicial es inútil y contra natural; **(e)** el imputado tiene el derecho de mentir a los magistrados; **(f)** el derecho al juicio contradictorio es un corolario del derecho natural de defensa; **(g)** el tribunal del enjuiciamiento debe estar formado por individuos de la misma condición del imputado; **(h)** el imputado debe ser libre de ejercitar el derecho de recusación; por último, **(i)** la sentencia de condena no puede pronunciarse sobre la base de un solo testimonio [IPPOLITO, 2018: 93, 96].

Estas nuevas premisas del proceso penal, como enseña FERRAJOLI, introdujeron nuevos paradigmas en relación al proceso anterior. Son:

* Primero, la teoría del proceso judicial fue evolucionando y terminó por asumirse que el proceso es la única actividad jurídica cuya fuente de legitimación reside en la “verdad”, de suerte que la actividad jurisdiccional es de índole cognoscitiva: las sentencias son las únicas decisiones cuya validez jurídica, justicia o legitimación política, dependen de la verdad, más concretamente, de la verdad de su motivación –es una legitimación racional y legal, nunca representativa o electoral o de cualquier forma consensuada–, la cual se erige en la garantía principal del específico derecho fundamental referido a la inmunidad de la persona no culpable frente a una condena arbitraria.

* Segundo, desde HOBBS, se transformó la naturaleza de las fuentes del Derecho para evitar el arbitrio judicial, pues la ley es la que define exactamente el hecho que se considera calificado como delito (*auctoritas, non veritas, facit legem*), de la que a su vez se deriva la máxima “*veritas non auctoritas facit iudicium*”, es decir, si el juez está sujeto rígidamente a la ley, entonces, el juicio se transforma hacia la constatación fáctica y ésta a la cualificación jurídica de los hechos predefinidos por ley como garantía de la certeza del derecho –con posterioridad, se unió al principio de mera legalidad, el de estricta legalidad, que exigió la taxatividad o determinación de las reglas semánticas de formación del lenguaje legal, de modo que el legislador debe utilizar términos dotados de connotación empírica exactamente determinada, para permitir en el proceso penal la verificabilidad o la falsabilidad de la existencia de hipótesis de delito (es una meta-norma semántica de formación del lenguaje de las normas penales)–.

* Tercero, la desestimación, por obra del pensamiento iluminista, del método probatorio de la prueba legal –suprimido en Francia en virtud de los decretos de 8 y 9 de octubre de 1789 y del 16 y 19 de septiembre de 1791–, lo que en el plano filosófico o epistemológico se debió a LOCKE, LEIBNIZ y HUME, y en el plano de la teoría del proceso a FILANGIERI, PAGANO y CARMIGNANI. Con estos aportes se reconoció el carácter inductivo, y no deductivo, y por ende, siempre exclusivamente probabilístico de cualquier verdad empírica, también de la verdad procesal fáctica. Desde este momento se entenderá que el conocimiento obtenido a través del proceso siempre es opinable sobre el plano jurídico, y probable sobre el plano fáctico, debido a la intervención de decisiones sobre la verdad, sea en el marco de la interpretación de la ley, o en el de la valoración de las pruebas, las que se erigen, dice ANDRÉS, tanto en garantías de libertad como en garantías de verdad frente al arbitrio judicial (reglas sobre la semántica del lenguaje legal y reglas epistémicas de la lógica inductiva) [FERRAJOLI, 2019: 82/87].

2. La igualdad ante la ley. Este principio político fue consagrado en el artículo 1 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. La consecuencia del mismo fue que la ley deber ser la misma para todos, tanto en lo que protege como en lo que castiga. La Constitución de 24 de junio de 1793 puntualizó que todos los hombres son iguales y no admite distinción alguna por el nacimiento. Este principio informó fundamentalmente la obra de ROSSEAU –antes del *Du contract social, el Discours sur l'origine et les fondamens de l'inégalité parmi les hommes*–. Este autor afirmó que todo sistema de legislación debe tender a dos objetivos principales: libertad e igualdad, y que la libertad no puede subsistir sin la igualdad –la legislación debe tender siempre a mantenerla–.

3. La hipervaloración de la ley. ROSSEAU señaló que la ley no podía seguir siendo la declaración de la voluntad del soberano, sino que debía pasar a ser expresión de la voluntad general –así lo incluyó el artículo 6 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* y ratificó el artículo 4 de la Constitución de 24 de junio de 1793–. Esta concepción, empero, importó que la ley, de la que los Códigos eran su mejor expresión, solucionaban por sí mismos todos los problemas, que podían hacerlo todo y que en ellos se preveían todos los supuestos inimaginables –este fue el germen de la escuela exegética y del positivismo jurídico– [MONTERO–FLORS, 2009: 242/246].

De ahí que se entendió que era preciso como complemento un mecanismo para su protección, de suerte que la casación no se encarga de proteger la potestad legislativa del monarca, sino del propio Pueblo [LOREDO, 2004:71]. BECCARIA, desde esta filosofía política –propia de la ilustración o del iluminismo–, consideró la necesidad de una fuerte transformación del proceso penal y reconoció como fundamento del orden jurídico la “voluntad general”, es decir la ley democrática que debía ser la norma de la nación, al punto que estimó que el verdadero peligro para la vigencia de la ley era la función jurisdiccional, y señaló que ni siquiera la autoridad de interpretar la ley puede residir en los jueces de lo criminal, pues no son legisladores [BACIGALUPO, 2006: 780].

∞ Originariamente el *Tribunal de Cassation*, ante la deificación de la ley y la admitida superioridad del Legislativo –encargado de dictar las leyes–, no estaba concebido para controlar al Congreso ni al Poder Ejecutivo –limitar el poder absoluto del Rey–. Se centró en la defensa de la ley dictada por el Congreso y tenía como misión controlar al Poder

Judicial de los fallos que pudieran desconocerla –como el *Tribunal de Cassation* integraba el órgano legislativo, acota ANTILLÓN, el principio de separación de los poderes le impide realizar la aplicación de la ley al caso concreto (subsunción), ya que eso significa inmiscuirse en la esfera de competencia del juez [MORENO, 2013: 37]–; misión que inicialmente fue equívoca en la medida en que el *Tribunal de Cassation* inició su andadura antes de la culminación de la codificación por los revolucionarios, y además importó un grave tropiezo para hacer efectivo el ideal de la ley absoluta [BUENDÍA, 2006: 46, 47]. La desconfianza en los jueces era enorme, de ahí la necesidad de su control.

El *Conseil des Parties* representaba al Rey y encarnaba su injerencia en los asuntos judiciales, pero a la vez controlaba los excesos de los jueces. Esta última función fue aceptada por los revolucionarios, al punto que admitieron que hasta la entrada en funcionamiento del *Tribunal de Cassation* el *Conseil des Parties* seguiría ejerciendo sus funciones –aunque limitándolas– y, luego, que el *Tribunal de Cassation* asumiera las causas pendientes ante el *Conseil des Parties* (Decretos de 20 de octubre de 1789 y de 14 de abril de 1791).

El control para mantener al Poder Judicial dentro del estricto ámbito reservado al mismo, se concretó a través de dos medios: uno preventivo y otro represivo. El primero, denominado *référé facultatif*: recurso de urgencia facultativo (artículo 12 del Decreto de 16 de agosto de 1790, con antecedentes en la Ordenanza civil de 1667), en cuya virtud los jueces se dirigían al poder legislativo para solicitar aclaraciones cuando no podían detectar una norma positiva susceptible de ser aplicada al caso concreto que tenían que resolver y suspendían el procedimiento, con lo que se evitaba que los jueces llevaran a cabo una actividad interpretativa o de ampliación del Derecho vigente. El segundo, el recurso de casación (*pourvois en cassation*) que importaba la posibilidad de anulación, en interés del legislador, de las resoluciones judiciales que supusiesen a emanación de una norma general, dictadas incurriendo en infracción de ley o fundamentadas en interpretaciones arbitrarias de la misma [HUALDE, 2017: 178].

∞ En el proyecto de ley de la reforma del Poder Judicial de 22 de diciembre de 1789 se colocó al *Tribunal de Cassation* en la cúspide de la organización de la justicia, pero esta idea fue derrotada en los debates en la Asamblea Legislativa, por lo que este órgano fue excluido en el Decreto de reforma de la justicia de 16-24 de agosto de 1790. Cabe añadir que la nueva organización judicial tuvo como pilares: (i) separación entre los poderes

judicial y legislativo y judicial y ejecutivo; **(ii)** eliminación de los privilegios en materia de jurisdicción; **(iii)** generalización de la doble instancia (institucionalización de las *Cours d'appel*) –cuya formación específica y propia surgió con la dación de la Ley de 18 de marzo de 1800–; y, **(iv)** creación del Ministerio Público –sus funcionarios se denominaban *Commissaire du Roi*, que podían plantear el recurso de casación en interés de la ley (*cassation dans l'intérêt de la loi*), cuando se comprobara que la sentencia fuera “directamente contraria a la ley”– , dependiente del Poder Ejecutivo, con la misión de velar por la correcta observancia de las leyes [LOREDO, 2004: 71, 72].

La Asamblea Nacional no consideró que las funciones del *Tribunal de Cassation* eran propiamente jurisdiccionales y, como consecuencia de la discusión parlamentaria, se llegó al acuerdo que su función era nomofiláctica –política a su entender–, por lo que no podía integrarse al Poder Judicial –siendo así, el instrumento que se le entregaba, el denominado ‘recurso de casación’ (*pourvois en cassation*), originariamente no podía concebirse como un recurso procesal, pues no conocía de procesos y, por tanto, no podía llegar a él la fase del proceso que es un recurso [MONTERO-FLORES, 2009: 253]–.

Se asumió que la misión de aseguramiento de la observancia de la ley por los jueces no podía ser entregada al propio Poder Judicial. En esta perspectiva se consideró que tal función formaba parte de los cometidos del Poder Legislativo, de tal modo que la Asamblea Nacional creó un órgano específico, distinto de ella misma pero integrada al cuerpo legislativo: el *Tribunal de Cassation*, que quedaba *établi auprès du corps législatif* –al lado del cuerpo legislativo, que es una expresión concebida por el diputado DUPORT lo más neutra posible para salir de la polémica en cuestión, que estaba trabando los avances legislativos [NIEVA, 2003: 26]– (artículo 1 del Decreto de 27 de noviembre – 1 de diciembre de 1790). Este precepto, por lo demás, se repitió en el artículo 19 de la Constitución de 3 de septiembre de 1791. En este año, como se señaló, los revolucionarios derogaron la *Ordonnance Criminelle* de 1670 y se promulgaron otra bajo inspiración inglesa.

∞ En tanto órgano político, el *Tribunal de Cassation* limitaba su control a si los jueces habían aplicado o no la ley y si lo habían hecho correctamente, quedando fuera de él todo lo relativo **(i)** al fondo del asunto y **(ii)** a la interpretación de las leyes, elementos constitutivos que descartan que este modelo constitutivo de recurso de casación fuera un verdadero recurso de tipo jurisdiccional. El artículo 3 del Decreto de creación del Tribunal de Casación fijó su misión: examinar si el juez había contravenido expresamente el texto

de la ley “*contravention expresse au texte de la loi*”; es decir, como expuso CALAMANDREI, si se produjo un antagonismo expreso entre la letra de la ley y las afirmaciones del Juez [GUASCH, 1998: 37]. El control lo ejercía respecto de las sentencias de último grado, en *dernier ressort*. Y, no todos los *vitium in iudicando* eran de su conocimiento, solo aquéllos que consistían en una “contravención expresa del texto de la ley” (es decir, una clase de error cometido por el juez en la premisa mayor del silogismo judicial) [LÓPEZ, 2006: 28]. La contravención debía ser perceptible de la literalidad de la decisión y afectar al contenido de una disposición legal escrita, no a su espíritu o a un principio deducible de la misma u otras normas [HUALDE, 2017: 179].

Este artículo 3 del aludido Decreto de creación del *Tribunal de Cassation* no solo (i) autorizó la anulación de las sentencias que contenían una contravención expresa del texto de la ley (*le Tribunal de cassation annullera tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi*), sino también (ii) dispuso que “bajo ningún pretexto y en ningún caso el Tribunal de Casación podrá conocer del fondo de los asuntos” (*sans aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal de cassation ne pourra connaitre du fon des affaires*); y, (iii) estableció que después de haber anulado la sentencia, debía remitir el asunto a los tribunales del fondo (*après avoir cassé le jugement, le Tribunal de cassation renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaitre*) [HUALDE, 2017: 178]. Ello implicó que las funciones del Tribunal de Casación eran puramente negativas, al punto incluso que permitían al juez de reenvío revelarse contra su censura [MONROY, 1998: 57]. La cuestión de fondo para el Tribunal de Casación quedaba imprejuizada, y carecía además de la finalidad de unificación de la jurisprudencia de los tribunales, la cual con posterioridad se convertirá en la más importante de dicho órgano [HUALDE, 2017: 181].

La posición institucional del Tribunal de Casación, apunta MORÓN, es vital para destacar la naturaleza política de su función. La nota de independencia –al igual que la “cosa juzgada”–, como aduce VECINA, es típica de la jurisdicción y como el Tribunal no lo era respecto del Poder Legislativo no podía sostenerse que realizaba función jurisdiccional específica –no enjuiciaba, por lo demás, como decía MEYER, los derechos de las partes (*ius litigatoris*) sino era un órgano encargado de la defensa de la ley frente a los órganos judiciales (*ius constitutionis*) [HUALDE, 2017: 179]–. Es de recordar que la última palabra en caso de conflicto entre el órgano de casación y los jueces de instancia la tenía la Asamblea Legislativa a través del instituto del *référé législatif obligatoire* (recurso de urgencia obligatorio), y era a dicha Asamblea a la que anualmente debía rendir cuenta de

sus funciones [VECINA, 2003: 28, 29]. No obstante ello, es de tener en cuenta, como destacaba SATTI, que en función a la estructura del órgano en cuestión, ésta no podía ser llevada linealmente a la función legislativa –llevaba el germen de su propia modificación–, así como el hecho de que para que la casación proceda era fundamental el impulso privado, a la vez que la casación incluyó los *vitiums in procedendo*, pese a que se excluyó el conocimiento de la cuestión de mérito, y que, con posterioridad, la Constitución del 5 Fructidor año III (22 de agosto de 1795) puso término a la intervención de la Asamblea Nacional a través del *référé législatif* (recurso de urgencia) el cuerpo legislativo y le prohibió anular las decisiones del *Tribunal de Cassation* [DE LA RÚA, 2006: 16].

Las semejanzas formales con la función jurisdiccional –constitución del órgano, composición y sistema de elección, inspirados en el modelo judicial, y que los litigantes gozan de los mismos derechos y garantías que ante un tribunal ordinario (HALPERIN)– no pueden desconocer, desde luego, la adscripción al Poder Legislativo y el hecho de que su función principal era defender la obra de ese poder: la ley. Empero, tampoco puede desconocerse que la propia evolución de sus funciones y finalidades, trazadas firmemente por el propio *Tribunal de Cassation*, y luego por la ley, fue generando un cambio radical que terminó por incorporar finalmente a este órgano al Poder Judicial y adscribir el instrumento del que se servía al sistema de recursos (*pourvois en cassation*).

∞ El *Tribunal de cassation* originariamente estaba integrado por 42 miembros, elegidos cada cuatro años por los departamentos de Francia. Eran elegibles los mayores de 30 años que tuvieran una experiencia de diez años como juez o como hombre de leyes. La función básica, como ya se anotó era, pronunciarse sobre las sentencias recaídas en los juicios realizados en última instancia –emitidas por las *Cours d'appel*–; y, como funciones secundarias, que no se basaban en la división de poderes, a semejanza del *Conseil des Parties*, tenía las de **(i)** juzgar las demandas sobre reenvío de un tribunal a otro por causas de sospecha legítima, **(ii)** conocer los conflictos de jurisdicción y los reglamentos de jueces, y **(iii)** procesar las demandas de responsabilidad contra todo un tribunal [MONTERO–FLORS, 2009: 249].

∞ La demanda de casación (*demandes en cassation*) podía sustentarse en dos motivos: *vitium in procedendo* (*Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes autont été violées*) y *vitium in iudicando* (*y tout jugement qui contiendra une contravention exprese au texte de la loi*).

El *vitium in iudicando* era muy circunscripto, pues, como sostenía CALAMANDREI, la sentencia solo podía ser casada cuando el juez hubiera considerado inexistente una ley o cuando considerara vigente una ley que no existía ya, es decir, cuando negara la obligatoriedad general de una ley. El *vitium in procedendo*, que se alejaba del llamado fin político de la institución, se centraba en los quebrantamientos a las formas prescritas bajo pena de nulidad [MONTERO–FLORS, 2009: 250, 251]. No se entendió la diferenciación entre vicios de juicio, vinculados al examen si se había producido una invasión de la actividad propia del Poder Legislativo, y vicios de actividad.

Los efectos como consecuencia de estimar el recurso de casación (*pourvois en cassation*) se amoldaron al tipo de error incurrido por la sentencia de apelación. Así:

1. Si se trataba de un *vitium in iudicando*, el artículo 3 del Decreto fundacional de 27 de noviembre de 1790 estipuló que el Tribunal de Cassation se limitaba a casar, a anular, la sentencia que contuviera una *contravention* exprese au text de la loi y remitir la causa a los tribunales ordinarios (*après avoir cassé...le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaitre, ainsi qu'il sera fixé ci-après*), aunque aquéllos no estaban vinculados a esa decisión de suerte que podía reiterar el fallo anterior. El artículo 22 de la Constitución francesa del 5 fructidor del año III (22 de agosto de 1795) estableció el *référé obligatoire au législateur* (recurso de urgencia obligatorio) cuando la sentencia había sido casada dos veces, por lo que la decisión quedaba en manos de la Asamblea Nacional para que dictara un decreto aclaratorio de la ley.

2. Si el *vitium* o error era *in procedendo*, el artículo 20 del Decreto de 1790 estatuyó que se procedía a casar el procedimiento reenviando el asunto al tribunal de origen (*será recommencée á partir du premier actea ú les formes n'auront pasé te observées; l'affaire será plaidée de nouveau sans son entier et il pourra encore y avoir lieu á la demanda en cassation entre le second jugement*), en cuyo caso este órgano judicial quedaba vinculado a la decisión del *Tribunal de Cassation* –supuesto concreto en que, a diferencia del anterior, sí actuaba jurisdiccionalmente– [MONTERO–FLORS, 2009: 251/253].

Queda claro, desde esta última precisión normativa, (i) que desde su inicio el *Tribunal de Cassation* conoció de los errores vinculados tanto a la ley material o sustantiva cuanto a la ley procesal –*vitiums in iudicando* e *in procedendo*–; y, (ii) que en ambos casos el juez juzga [NIEVA, 2003: 27].

D.3 La evolución de la casación post revolución francesa

Como ya se anotó, la legislación revolucionaria, internamente, sentó las bases de su propia evolución y ulterior reforma, en buena cuenta de la transformación o conversión del instituto de la casación. Pero, es importante destacar que, a raíz de la victoria de Napoleón I, que se coronó a sí mismo como Emperador de Francia en 1804 y edificó un poderoso imperio, se produjeron dos eventos trascendentales en materia legislativa: **1.** En el año 1808 se aprobó el *Codé d'instruction criminelle*, vigente a partir de 1811, con el que se construyó un proceso penal integral, el llamado sistema mixto (*processus mixtus*), al que se incorporaron elementos de viejo sistema francés con algunas manifestaciones positivas del sistema inglés: una etapa, de instrucción y de naturaleza inquisitiva, dirigida por el *juge d'instruction*, y otra etapa, el juicio adversarial ante un tribunal diverso y que, en los supuestos graves, actuaba bajo la forma de jurado –se derogaron las ordenanzas revolucionarias de 1791 de inspiración inglesa, que no pudieron contener la explosión de criminalidad durante el auge del periodo revolucionario–. **2.** En 1810 se aprobó la Ley de Organización Judicial, que instituyó el Ministerio Público, cuyo antecedente remoto se encontraba en la Ordenanza aprobada en 1301 por el Rey Felipe IV el Hermoso que creó los “*procereurs du roi*” [BARONA, 2017: 254, 256, 283].

∞ La evolución de la casación francesa tuvo como primer eje que el *Tribunal de Cassation* pasó a convertirse en *Cour de Cassation* y cabeza del Poder Judicial, y el recurso de casación (*pourvois en cassation*) pasó a transformarse en un verdadero recurso jurisdiccional, extraordinario y especial con motivos más amplios. Tres son los hitos que es del caso relievare: **1)** el institucional u orgánico, **2)** la configuración de la casación como recurso y la ampliación de sus motivos o causales, y **3)** el papel de la jurisprudencia y de su consiguiente unificación.

1. La Corte de Casación (*Cour de Cassation*). Inicialmente se elegía a los miembros del Tribunal de Cassation por elecciones, pero con la Constitución de 13 de diciembre de 1799 se inició el método de nombramiento semejante al de los demás miembros del Poder Judicial. El Senado era el encargado de elegir a los miembros del *Tribunal de Cassation* entre una lista de ciudadanos aptos para administrar asuntos públicos (según el Senado consulto de 16 de termidor del año X, si bien el Senado seguía nombrando a los

integrantes del *Tribunal de Cassation*, el Primer Consul, es decir, Napoleón, era quien enviaba al Senado las correspondientes ternas). Con la Carta Constitucional de 4 de junio de 1814, se consagró el principio de que la justicia emana del Rey y que se administra en su nombre por jueces que él nombra, los cuales son inamovibles. Este criterio fue ratificado por la Ordenanza de 17 de febrero de 1815, que además requirió para ser nombrado magistrado del *Tribunal de Cassation* las mismas condiciones de aptitud exigidas para los demás jueces.

Ahora bien, no solo se “judicializó” el método de nombramiento, sino que mediante el artículo 136 del Decreto del Senadoconsulto de 28 floreal del año XII (18 de mayo de 1804) el *Tribunal de Cassation* pasó a denominarse *Cour de Cassation*, y a sus integrantes se varió su denominación, de miembros del tribunal, al de consejeros (*les juges de la cour de cassation prennent le titre de conseiller*), mediante el artículo 1 del Decreto de 19 de marzo de 1810. Y, sus resoluciones ya no podían ser anuladas por la Asamblea Nacional (Constitución del 5 fructidor del año III de 22 de agosto de 1795). Para SATTÁ tal cambio no se trató de una mera curiosidad histórica, sino que consagró el definitivo reconocimiento de la suprema magistratura como órgano jurisdiccional, y su inserción en el ordenamiento judicial del Estado [VECINA, 2002: 36].

Por último, la Ley de 1 de abril de 1837, artículo 2, estableció que cuando la *Cour de Cassation*, en secciones reunidas, hubiera acordado una segunda anulación de una sentencia ya casada por el mismo motivo, el juez de reenvío debía atenerse a esa decisión, lo que a su vez dio lugar a la abolición, por innecesario, del *référé obligatoire* (recurso de urgencia obligatorio) ante la Asamblea Nacional [HUALDE, 2017: 183].

2. La conversión de la casación en recurso y la ampliación de los motivos de casación. La progresiva autonomía e independencia de la *Cour de Cassation* se vio coronada en los cambios en tres puntos esenciales, en relación a la legislación revolucionaria: **a)** la ampliación de los motivos *in iudicando* –que importó un control más amplio de las sentencias–, **b)** la motivación de las sentencias, y **c)** la supresión de la consulta a la Asamblea Legislativa (*référé législatif*: recurso de urgencia).

El trámite del recurso de casación, no obstante, se mantuvo esencialmente el mismo desde la época del *Ancien Régime*, del Reglamento de 1837. Es decir, una primera fase ante la Sala de requêtes, en la que participa únicamente el demandante, y una segunda fase

contradictoria ante la Sala correspondiente de la *Cour de Cassation*, con participación de ambas partes, informes y alegaciones [LOREDO, 2004: 78]

A. Como se tiene expuesto, inicialmente el motivo de casación in iudicando era la contravención expresa al texto de la ley: *contravention exprese au texte de la loi* (artículo 3 del Decreto de 1790). Posteriormente, con el carácter jurisdiccional que ya venía ostentando el órgano de casación, la Constitución de 3 de septiembre de 1791 –que fue seguida por las Constituciones de 1793 y 1795 y por la Ley sobre organización judicial y administración de justicia de 30 de abril de 1810– estipuló una expresión más amplia: la contravención expresa a la ley (*contravention exprese á la loi*), que dio lugar a fundar la casación contra una sentencia también por contrariar el espíritu de una ley o, en otras palabras, la intencionalidad que, racionalmente, se pudiese deducir de una norma legal. Posteriormente se agregó el motivo de falsa interpretación de la ley (*fausse interprétation de la loi*) –el más invocado– y, luego, el motivo de falsa aplicación de la ley (*fausse application de la loi*). Este último importó examinar la calificación jurídica de los hechos realizado por el juez ordinario y, por ende, a ingresar, de una u otra manera, al fondo del asunto (defectos de derecho relativos, ya no a la premisa mayor, sino a la premisa menor) [LÓPEZ, 2007: 30]–. Tal examen se inició con los Códigos Penal de 25 de septiembre-6 de octubre de 1791 y de Procedimientos Penales de septiembre de 1791 –también siguieron esta senda el artículo 23 de la Ley de 16-29 de septiembre de 1791 y el artículo 1 del Decreto de 29 de septiembre-21 de octubre de 1791, que prescribió: “*Les demandes en cassation ne pourront être formées que par cause de nullités [...] ou par fausse application de la loi*”. Luego, mediante un argumento a simili o analógico este motivo tuvo entrada en lo civil por resolución de 22 messidor del año IX (10 de julio de 1801)–. A través de la Sentencia de las Salas reunidas de 216 de julio de 1823 se empezó a fiscalizar en casación la calificación de los contratos; y, poco a poco, la “*contravention exprese á la loi*” cedería paso a la “*violation de la loi*” [VECINA, 2002: 36].

Finalmente, con el correr del tiempo, señaló BORÉ, la *Cour de Cassation* incorporó otro motivo (*moyen*) de casación: fundamentación insuficiente de la sentencia (*défaut de base légale*), que legalmente se consagró, en el ámbito civil, en el artículo 6 del Decreto de 24 de marzo de 1794. La ley de 20 de abril de 1810 comprendió las sentencias desprovistas absolutamente de motivación por incurrir en un vicio de forma (*défaut de motif*), mientras que desde 1872, por la Sentencia de la Sala Civil de 15 de abril de 1872, se incorporó la llamada insuficiencia cualitativa o “*dénaturation*”: Sentencia de la Sala Civil de 15 de abril

de 1872 [VECINA, 2002: 37]—. Otro antecedente, más intenso, se encuentra en la Sentencia de la *Cour de Cassation*, aunque excepcional, referida al control del derecho relativo a la constatación de los hechos (reglas de la prueba, autoridad de cosa juzgada y motivación de la resolución): Sentencia de la Sala de lo Penal de 22 de mayo de 1812, que vino a configurar, a final de cuentas, el avance desde la *revisio in iure* a la *revisio in factum* [BACIGALUPO, 2006: 785, 786].

Es polémica, sin duda, determinar desde ya si la casación originaria o clásica limitó el conocimiento a la *quaestio iuris* —lo que en todo caso sí era claro, por ejemplo, en el Derecho canónico (que no en el Derecho imperial de la *apellatio*), respecto de las sentencias matrimoniales y espirituales, cuyo texto preciso fue: *non solum in iure, sed etiam in facto*—, pues no existió una norma expresa al respecto. En efecto, expone NIEVA, el Decreto fundacional de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790 no dice que el Tribunal de casación *ne pourra pas jouer su le fai des affaires*, sino lo que especifica: “*El Tribunal de cassation ne pourra pas connaître du fond des affaires*”, donde “fondo” es todo, amalgama de hechos y derecho del caso concreto. La exclusión inicial de esta limitación vino explicada desde otra perspectiva: estos errores sobre el fondo no eran claramente visibles en una primera lectura de la sentencia, pero no por su naturaleza fáctica. Las bases originarias, según se explicó, fueron modificadas con la formal ampliación de los motivos de casación, en especial de la “*fausse application de la loi*” que implicaba descender al caso concreto aunque no pudiera resolver definitivamente el asunto pues debía reenviar la causa al órgano jurisdiccional de instancia [NIEVA, 2000: 32/34] y la progresiva praxis de la *Cour de Cassation*, luego consolidada legalmente. No fue, entonces, el legislador revolucionario —que instituyó la *Cour de Cassation*— el que impidió el conocimiento del hecho, sin el legislador post revolucionario, pues en la ley de 1 de abril de 1837, artículo 2, se consignó la frase: “*sur le point de droit*” (sobre un punto de derecho), que se entendió como *quaestio iuris*.

B. En un primer momento, el *Tribunal de Cassation* no motivaba sus sentencias, se limitaba a citar la ley infringida —su única misión era “casar sin motivar”—. Sin embargo, el propio Tribunal progresivamente fue motivando sus fallos, incluso los que no estimaban el recurso de casación, práctica que fue consagrada legalmente por el Decreto de 24 de marzo de 1794, artículo 6. A este precepto siguió la obligación de publicar sus decisiones mediante el Decreto de 1796 [MONTERO-FLORES, 2009: 257, 258].

C. La originaria concepción del recurso de casación (*pourvois en cassation*) que prohibía la interpretación legal y la necesidad de acudir a la Asamblea Nacional (*Corps législatif*), sea en vía de *référé facultatif* o de *référé obligatoire* (recursos de urgencia, facultativo u obligatorio), cuando era del caso indagar por el sentido o la legislación aplicable, fue superándose, primero, por una necesidad práctica de resolver los problemas planteados ante la *Cour de Cassation* y porque la Asamblea Nacional no se pronunciaba con rapidez y, a menudo, se limitada a señalar la viabilidad de la norma cuestionada, por lo que las consultas facultativas decayeron [BUENDÍA, 2006: 48]; y, segundo, por imperio de la Ley de 1 de abril de 1837, artículo 2, que eliminó la consulta obligatoria al establecer que dos decisiones coincidentes de la *Cour de cassation* sobre un mismo punto de derecho imponían la obligación de su cumplimiento por las Cortes de Apelación [GUASCH, 1997: 39].

3. La doctrina jurisprudencial y la necesidad de su unificación. Desde la propia evolución de la casación por obra del *Tribunal de Cassation*, primero, y de la *Cour de Cassation*, después, se fue consolidando un cuerpo de doctrina legal acerca del contenido y alcance de los preceptos legales que regían el procedimiento y la solución del asunto sometido a su conocimiento. En esta evolución contribuyó decididamente la obligación de motivación de sus sentencias –tras la anterior práctica de la *Cour de Cassation*, pese a estarle normativamente prohibido, de acompañar a la casación razonamientos jurídicos susceptibles de servir de directriz a la decisión del juez de reenvío o de influir sobre la jurisprudencia de los otros tribunales [VECINA, 2002: 37] y su ulterior publicación –en el *Bulletin Officiel*–, así como la codificación de la legislación –primero se promulgó el Código Penal de 1791, seguido del de 1810, y a continuación el Código Civil en 1804– y la progresiva superación del legislador de la desconfianza hacia los jueces heredado del *Ancien Régime* –éstos eran nombrados por el Rey, de ahí los recelos revolucionarios [MORENO, 2013: 35]–.

La exclusión de la intervención de la Asamblea Nacional a través de los *référé législatif* (recursos de urgencia, facultativo u obligatorio) por la Ley de 1 de abril de 1837, artículo 2, y la exclusividad de la jurisdicción para interpretar y aplicar la ley fue trascendental para avanzar en esta configuración institucional de la casación –a ello se agregó que en 1795 la Constitución de ese año ya había prohibido al *Corps législatif* anular las sentencias del *Tribunal de cassation*–. La reestructura de la casación se vio favorecida, sin duda, por el Código Civil francés, aprobado por la Ley de 21 de marzo de 1804, cuyo artículo 4, obligó

a los jueces a decidir los casos y no incurrir en denegación de justicia –interdicción del *non liquet*–: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”. El autor del Código Civil, JEAN–ETIENNE–MARIE PORTALIS, afirmó que “Cuando la ley es clara hay que seguirla, cuando es oscura es necesario profundizar sus disposiciones. Si falta la Ley, es necesario consultar la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural en el caso de silencio, la oposición o la oscuridad de las leyes positivas” [BACIGALUPO, 2006: 783].

La interpretación era pues una función inherente a los jueces, a la jurisdicción. Y si tal función la ejercían todos ellos, era inevitable garantizar la uniformidad de la jurisprudencia. Esta finalidad, unificadora de la jurisprudencia, la asumió la Cour de Cassation a través del *pourvois en cassation*.

D. 4 La actualidad de la casación francesa

∞ La evolución posterior del recurso de casación francés ha insistido en estas líneas fundamentales. Es, en cuanto a su naturaleza jurídica, un recurso (*recours-pourvois*) jurisdiccional –a pesar que se le denominó *pourvoi*– seguido ante un órgano jurisdiccional: la *Cour de Cassation*. Se abre a instancia de la parte afectada y está concebido a partir de precisos –es decir, concretos y limitados– motivos (*moyens*) –*vitium in iudicando* y *vitium in procedendo*– y contra determinadas decisiones dictadas en apelación, de ahí su naturaleza extraordinaria.

De otro lado, está delimitado a las cuestiones de derecho (artículos 567 y 591 del Código de Procedimiento Penal francés) –la *Cour de Cassation* no puede entrar en la valoración de las pruebas realizadas por el órgano de instancia: Sentencia de 5 de agosto de 1972–; limitación que, sin embargo, decae en los casos de casación sin reenvío. No obstante, la única fuga de este criterio restrictivo se da en los casos de defectos de motivación (artículo 593 CPP francés), aunque centrada en que la motivación del resultado sea inexistente, o bien dubitativa o contradictoria (Sentencias de la Sala de lo Penal de 3 de enero de 1978, de 3 de febrero de 1992 y de 1 de abril de 1965) –La casación civil incluyó el defecto llamado “*dénaturation*”, que consiste fundamentalmente en la errónea interpretación del *Iudex a quo* sobre las declaraciones que consten en un documento (un contrato, o incluso un acta del proceso) [NIEVA, 2003: 63]– sin que, a diferencia de la casación italiana, examine los vicios lógicos de motivación [NIEVA, 2000: 69].

∞ La moderna doctrina francesa, expresa HUALDE, afirma que la *Cour de Cassation* a través del *pourvois en cassation* realiza dos funciones: reguladora y disciplinaria (*fonction régulatrice* y *fonction disciplinaire*). La primera, se lleva a cabo mediante la interpretación y desarrollo de la ley, lo que da lugar al Derecho jurisprudencial, de suerte que ejerce una indudable influencia en los jueces de instancia derivada de su capacidad de convicción (*auctoritate rationis*). La segunda, tiene por objeto la anulación de las sentencias dictadas en contra de la ley o, dicho de otro modo, el mantenimiento de las normas legales preestablecidas, de suerte que el *pourvois en cassation* se establece en el interés general de que se respete la ley [HUALDE, 2017: 184].

Otra función, prejudicial esta vez, destinada a la contribuir a la finalidad de la uniforme interpretación del Derecho objetivo, que se viene imponiendo es la figura denominada “*Saisine pour avis*”, impuesta por el *Code de l'organisation judiciaire*, aprobado por la Ley de 15 de mayo de 1991, actualmente regulado por el artículo L 441-1, que consiste en el planteamiento, en los procesos civil y penal (similar existe en el Consejo de Estado: *procedure d'avis*, conforme al artículo L133-1 del Código de Justicia Administrativa), por un juez ordinario de una solicitud a la *Cour de Cassation* para aclarar la interpretación de una norma sin necesidad de esperar a los grados de apelación y de casación, siempre que se trate de una cuestión “de derecho nuevo, presente una dificultad seria o se pueda dar en numerosos litigios”. Esta figura es próxima a la que se plantea en el Derecho Comunitario Europeo (artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea) [GONZÁLEZ GARCÍA, 2010: 266].

La *Cour de Cassation* puede dictar sentencias desestimatorias y sentencias estimatorias. Las primeras se dictan cuando el recurso no tiene fundamento, y son importantes cuando, en estos casos, se señala claramente su aprobación respecto de la solución a la que han llegado los tribunales de instancia o en las salva una resolución criticable como consecuencia de su motivación sustituyendo el motivo equivocado por un motivo estrictamente jurídico, si tener en cuenta un motivo jurídico equivocado pero redundante (artículo 620, al 1) o sustituyendo directamente el motivo, lo que se conoce como desestimación con sustitución de motivos (Sentencia de 25 de mayo de 1982, I, 1987). Las sentencias estimatorias, dictadas cuando la sentencia impugnada no es conforme con el ordenamiento jurídico (artículo 604 CPC), requieren que se señale la norma de derecho sobre la cual la casación está fundada –también puede, de oficio, anular una sentencia tras

apreciar un motivo estrictamente jurídico, salvo disposición en contrario (artículo 620, al.2 CPC)–. Las más relevantes de las sentencias estimatorias son las que se pronuncian sobre un motivo de casación sustantiva, lo que supone específicamente la vulneración de la ley y la ausencia de base legal. La regla es que la estimación del recurso importe la remisión del asunto ante los tribunales de instancia, salvo disposición en contrario (artículo L.431-4 del Código de la Organización Judicial COJ y artículo 626 CPC), pero en un 4% de los casos la *Cour de Cassation* dicte una sentencia rescisoria. Lo hace en dos supuestos: **1.** Cuando la casación no implique que deba volver a enjuiciarse el fondo del asunto, puesto que ya no hay nada que enjuiciar –ello acontece ante un recurso por interés de ley o por exceso de poder, en uno fundado en la inadmisión a trámite de la apelación o, incluso, en caso de sentencias contradictorias–. **2.** Cuando, partiendo de los hechos constatados y valorados soberanamente por los tribunales de instancia, le sea posible aplicar la norma jurídica apropiada, de suerte que en este caso la *Cour de Cassation* tiene poder para poner fin al litigio asumiendo una función de tercer grado de jurisdicción, aunque tiene como límite que carece de poder alguno respecto de las cuestiones fácticas –le está prohibido acordar la práctica de pruebas– y no tiene en cuenta circunstancias sobrevenidas que hayan afectado al litigio [CADIET, 2008: 40/44].

∞ En el ejercicio de sus funciones la *Cour de Cassation*, desde las limitaciones intrínsecas del *pourvois en cassation*, está dotada de una potestad especial en el sentido de que no es un órgano de instancia, no es una segunda apelación. Entre recurso de apelación y recurso de casación existen dos diferencias fundamentales.

1. La *Cour d'appel*, teniendo en cuenta los errores denunciados, juzga de nuevo el asunto basándose en los materiales que constan en el expediente de primera instancia –o excepcionalmente con nuevas pruebas actuadas ante ella–, mientras que la *Cour de Cassation* se limita a comprobar si el error denunciado por el recurrente puede provocar la casación de la sentencia.

2. En materia probatoria, la *Cour d'appel* puede valorar de nuevo la prueba practicada y, eventualmente, puede practicar prueba nueva o complementaria, en cambio la *Cour de Cassation* solo puede comprobar si el razonamiento probatorio del *Iudex a Quo* siguió criterios lógicos –aunque la concepción jurisprudencial de la *Cour de Cassation* es más limitada, como ya se indicó–, pese a que no comparta la elección de esos criterios –a esa nota característica se denomina cognición limitada– [NIEVA, 2003: 85/87]. La *Cour de*

Cassation se circunscribe a comprobar si la decisión contenida en la sentencia dictada en segunda instancia es conforme a Derecho o si, por el contrario, infringe las normas que debieron haberse aplicado para resolver las cuestiones objeto de debate; el análisis casacional versa sobre si el juicio emitido sobre la cuestión controvertida ha infringido una norma jurídica [SIGÜENZA, 2010: 252, 253].

Un dato central. El hecho de que se otorgue facultad a la *Cour de Cassation* para dictar un fallo rescisorio tras el rescindente y, por tanto, solucione el litigio de fondo sin reenvío, es conceptualmente indiferente para la casación. Enseña GÓMEZ ORBANEJA, que cuando el Tribunal Supremo asume tal facultad ya no como actúa como órgano casacional sino que hace lo que haría otro juez de instancia, es decir, vendría a ocupar el lugar de un órgano judicial de segunda instancia, aunque –acota GUZMÁN FLUJA, con la limitación referida a la imposibilidad de reexaminar (ni alterar ni sustituir) el juicio de hecho, lo que, por cierto, no hace del Tribunal Supremo una tercera instancia– [GUZMÁN, 1996: 20, 21].

∞ Por último, la casación francesa privilegia el *ius constitutionis*, –y con él las finalidades nomofiláctica (término acuñado por CALAMANDREI) y de uniformización de la jurisprudencia para asegurar la unidad del Derecho objetivo– que es la función que siempre ha dominado, aunque desde luego no puede desconocerse el *ius litigatoris* que a final de cuentas, como propone MALTESE, requiere una conciliación de los dos. En el caso peruano, de la casación penal, esta función es más relevante desde que el recurso no es de carácter suspensivo.

∞ La naturaleza procesal del recurso de casación, hoy en día, no está en discusión, pues responde a todas sus notas características, al fundamento que sostiene la impugnación y a la necesidad de cumplir determinados presupuestos, en tanto garantía esencial del proceso derivada del derecho procesal fundamental del debido proceso. Todo recurso, y el recurso de casación, sin duda, desde sus notas características: *(i)* posibilita una revisión de lo resuelto (garantía de fiabilidad), *(ii)* acrecienta el nivel de acierto en la decisión (garantía de acierto), y *(iii)* estimula a quien dictó la resolución impugnada el celo y la diligencia en la medida que sabe que si es una resolución superficial, infundada o caprichosa puede ser censurada por un tribunal superior (garantía frente a la arbitrariedad judicial) [GARBERÍ, 2012: 526, 527].

El fundamento del recurso, que no se excluye en el recurso de casación, descansa *(i)* en el reconocimiento de la falibilidad del órgano judicial, y *(ii)* en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime no ajustada a Derecho [GIMENO, 2012: 795].

El recurso de casación, como todo recurso: *(i)* requiere que se observen determinados presupuestos procesales y materiales; *(ii)* está sujeto a un procedimiento signado en lo sustancial por los principios de audiencia, de contradicción y de igualdad de armas; y, *(iii)* reconoce unos efectos claramente definidos y articulados en la ley procesal. Los presupuestos comunes –que se extienden a todos los recursos–, están vinculados a la impugnabilidad de concretas resoluciones judiciales no firmes, a la concreta competencia funcional del órgano de revisión, a la conducción procesal y a la postulación de las partes, y al cumplimiento de determinados plazos (procesales), así como a la fundamentación del recurso y al gravamen o legitimación para recurrir (materiales). Dentro de los presupuestos especiales –que propios de la casación– se tienen la competencia funcional de la Corte Suprema, la determinación objetiva de determinadas resoluciones, la precisión de los motivos o causales permitidos por la ley, y los poderes de la Sala de Casación delimitados en orden a su cognición y posibilidad de fallos únicamente rescindentes o rescindentes y rescisorios. Las causas en que se puede fundar el recurso de casación y los motivos concretos que cabe esgrimir contra las decisiones de instancia son causas y motivos taxativos [PRIETO CASTRO, 1982: 393].

Cabe puntualizar que el recurso de casación en el proceso penal no es esencialmente distinto en sus órganos, fines y procedimiento, del recurso de casación civil. Su nacimiento y vigencia tienden a procurar la observancia de la ley sustantiva o procesal por los órganos jurisdiccionales del proceso, en la sentencia o a lo largo del procedimiento [IBAÑEZ, 1969: 314].

∞ Por otro lado, inicialmente el recurso de casación fue concebido desde su finalidad, a la que se calificó de política. SATTÁ decía que los fines de la casación, en esta perspectiva, son siempre subjetivos –no existen objetivados y abstractos en el derecho positivo–, es decir, son intereses de un sujeto con relación a un acto del juez que los grava, y que él entiende no correspondiente con la ley; por tanto, afirmó, no tiene sentido tal finalidad en el plano jurídico, lo que es distinto de indagar las razones de su configuración institucional y en todo caso para explicar algunas peculiaridades [DE LA RÚA, 2006: 19]. Agregó dicho autor que no es de otorgarle una relevancia trascendente al hecho de la elección

parlamentaria de los miembros del *Tribunal de Cassation*, y que lo esencial para su calificación de jurisdiccional o político es la posibilidad de impugnación de la sentencia por las partes con fundamentos en vicios de nulidad de actuaciones, por lo que se inclinó en concebirlo como un recurso jurisdiccional [GARBERÍ-GONZÁLEZ-CUELLAR, 1994: 169].

Sin embargo, no puede aceptarse este acercamiento pues importa una reducción de lo que hoy en día se entiende de lo “jurisdiccional”. Las notas esenciales de la jurisdicción están referidas al peculiar estatuto jurídico del juez y a la posición en que éste se encuentra el ejercer su función: *(i)* independencia frente a otros poderes, incluso de la propia estructura judicial; *(ii)* sumisión al Derecho para interpretarlo y aplicarlo –que envuelve actividades de tipo intelectual, volitivo y prudencial–; *(iii)* inamovilidad –que salvaguarda la función judicial de la injerencia o impedimento externo–; *(iv)* imparcialidad –carencia de vinculación alguna con el conflicto que se le plantea–; y, *(v)* responsabilidad personal del juez [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 2018: 39/46]. Sin duda estas notas esencial no tenía la casación fundacional; el órgano casacional no era independiente, la Asamblea Legislativa retenía la última decisión sobre el problema jurídico, y la interpretación era negada como actividad ínsita a lo jurisdiccional.

El encuadre de las decisiones judiciales al Derecho objetivo y la necesidad de uniformizar la jurisprudencia, finalidades exclusivas del recurso de casación –en especial esta última–, es un elemento esencial, constitucionalmente garantizado, de la potestad jurisdiccional: defender la ley, generar una doctrina jurisprudencial uniforme, afirmar la igualdad en la aplicación de la ley y afianzar el valor seguridad jurídica es la razón de ser del moderno instituto de la casación –para eso fue creado y así opera, o debe operar, en la praxis–, sin que a ello obste las notas generales de todo recurso que la casación comparte. En todo caso, las finalidades nomofilácticas y uniformadora constituyen las dos caras de una misma moneda [GARBERÍ-GONZÁLEZ-CUELLAR, 1994: 167].

Por lo demás, la Corte Suprema, al amparo del recurso de casación, no hace interpretaciones abstractas ni procede de oficio. Su actividad se desarrolla sobre el caso singular sometido a decisión judicial; y, al actuar sobre el caso singular, destruyendo una sentencia y determinando indirectamente el contenido de la nueva decisión, es evidente que ejerce función jurisdiccional. Su fin inmediato será, de encontrar errores jurídicos, anular, por motivos determinados, decisiones que ponen fin al proceso [MARCHESE, 1998: 65].

E. La revisión en alemania

∞ El recurso de casación francés sirvió de modelo en el resto de Europa Continental y su recepción se produjo a mediados del Siglo XIX. En Alemania, sin duda, la institucionalización de un recurso supremo, denominado “Revision” (*Revisionsinstanz*) desde la Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1877, tuvo sus propias particularidades, aunque su evolución fue algo paralela a la francesa, pero con distintos acentos –y es el recurso que menos se ha alejado de sus orígenes en más de 120 años de historia [NIEVA, 2000: 51].

Señala BACIGALUPO que las diferencias se encuentran, en la perspectiva histórica, en dos razones: **1.** La codificación estaba más avanzada –en Prusia desde 1871 se contaba con la Ordenanza General de Tribunales (*Allgemeine Gerichtsordnung*) y desde 1794 con el Derecho General del País (*Allgemeines Landrecht*)–. **2.** La teoría de la interpretación del derecho, desde SAVIGNY, había alcanzado ya un desarrollo considerable –el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) no estaba sometido a la consulta obligatoria parlamentaria obligatoria o facultativa–. El sistema procesal alemán a mediados del siglo XIX tenía tres instancias, pero paulatinamente se fue abandonando. Este recurso supremo (la Revisión) se instauró en Prusia en 1833 y, luego de la unificación alemana en 1871, se centró en la violación de ley (*Gesetzesverletzung*) –que puede ser material o procesal, erigiéndose esta última como motivos absolutos–, entendiéndose como tal cuando una norma jurídica no ha sido aplicada o cuando ha sido incorrectamente aplicada (artículo 337 de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozessordnung*) –StPO– [BACIGALUPO, 2006: 787], y siempre, anota ROXIN, que exista un nexo de causalidad entre la infracción y la parte dispositiva de la decisión judicial de tal modo que sin aquélla ésta hubiera terminado siendo posiblemente otra [VECINA, 2003: 69].

∞ Como la unificación alemana fue un objetivo fundamental del Estado, el recurso supremo –la Revision– tuvo como principal y primera finalidad garantizar la Unidad del Derecho sobre todo el territorio nacional, a partir de la creación en 1879 del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) cuya misión fue asegurar la unidad desde la perspectiva de interpretación del Derecho y desarrollarlo (*Rechtfortbildung*). La unidad de la jurisprudencia en la interpretación (*Auslegung*) y aplicación (*Anwendung*) del ordenamiento jurídico, y su contribución a potenciar el principio de seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*),

sirviendo de complemento necesario para garantizar la unidad del Derecho (*Sicherung der Rechtseinheit*), son pues los fines esenciales de la Revisión germana [VECINA, 2003: 44]. Además, su naturaleza es el de ser un medio de gravamen –aunque, parcial– (*Rechtsmittel*), sobre todo cuando se trata de la casación material o sustancial, que se hace valer tras la apelación (*Berufung*). El examen impugnativo, empero, está limitado a las pretensiones anulatorias de las partes, aunque si el Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*) –creado por la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949–, aunque por imperio del artículo 557.3 de la Ordenanza Procesal Civil (*Zivilprozessordnung*) –ZPO– su examen se extiende a otros errores jurídicos detectables de oficio, de suerte que realiza a final de cuentas una nueva valoración completa en lo jurídico [BUENDÍA, 2006: 84]. El principio *iura novia curia*, en este ámbito, se cristaliza en la máxima *freie Revisionspraxis*. No se puede atacar directamente una apreciación fáctica del *Iudex a Quo*, pero para destruir ese dato de hecho es preciso alegar una violación jurídica que tenga por efecto la desvirtuación de ese hecho [NIEVA, 2000: 53].

∞ Desde el principio de obligación de esclarecimiento de los hechos (*Aufklärungspflicht*), afirmado en el artículo 244.II StPO, el *Bundesgerichtshof* (BGH) asume así una función de control (*Kontrollfunktion*) –clave en el proceso penal alemán–, consistente en comprobar si se ha procedido o no a realizar en la instancia todas las constataciones necesarias para el establecimiento de cada elemento que integra la calificación legal de cada elemento que integra la calificación legal. Inicialmente, en 1920, con el surgimiento de la teoría de la capacidad de rendimiento, afirmada por BELING, se inició una fuerte proyección a los hechos o a la *quaestio facti*, sobre la base de una distinción entre cuestiones de hecho (*Tatfragen*) y cuestiones de derecho (*Rechtsfragen*), entendida no lógicamente sino teleológicamente y apreciaba desde la causal de violación de ley (*Gesetzesverletzung*).

Es significativo, sobre el particular, el artículo 338.7 StPO que decreta la casación de la sentencia, cuando la misma contiene una ausencia absoluta de motivación (*Wenn das Urteil keine Entscheidungsgründe enthält*). Este control, explicaba ROXIN, se expresaba desde tres perspectivas: **1.** De la observancia de las leyes de la lógica (*Denkgestze*), de la experiencia de la vida (*Lebenserfahrung*) y del conocimiento científico (*wissenschaftliche Erkenntnis*) o de los hechos públicos o notorios (*offenkundige Tatsachen*). **2.** De la exhaustividad de la ponderación de la prueba (*Vollständigkeit*), de tal manera que se casa una sentencia si

omitió discutir posibles alternativas fácticas o jurídicas o que no hayan completado sin vacíos el conjunto de indicios que en ella se consignen –un límite a lo revisable, acota PETERS, es el principio de inmediación de la prueba personal, de igual manera la sentencia presente defectos jurídicos de la práctica probatoria (*Aufklärungspflicht*) o de su valoración– [NIEVA, 2000: 56, 57]. **3.** De la inspección ocular en los casos en que constan en la causa como instrumenta sceleris escritos o dibujos u otra clase de imágenes de carácter político, pornográfico, etcétera, basándose en que de otra manera no sería posible revisar la aplicación de la ley al caso. Esta posibilidad, incluso, se extendió al juicio de individualización de la pena dentro del marco legal (Sentencia BGHSt, 17, 35, de 9 de enero de 1962) [BACIGALUPO, 2006: 789, 790].

F. El proceso penal contemporáneo

∞ La progresión del proceso penal, de la mano con la evolución del recurso de casación, importa tener en cuenta los ejes característicos de ambas instituciones –la segunda inserta en la primera–. El proceso penal, al decir de FERRAJOLI, se vinculó estrechamente al Derecho penal y, a partir de sus principios y garantías, de modo complementario, instituyó cuatro grandes principios teóricos. La base de su configuración práctica se encuentra en el principio de legalidad penal –de los delitos y de las penas–, del que se configuró el principio de legalidad del proceso, a saber, de la reglamentación jurídica y, por ende de la limitación de la potestad coercitiva y punitiva del Estado, los cuales constituyen una garantía de la libertad personal del ciudadano contra los posibles arbitrios del poder Estatal [FERRAJOLI, 2018: 121].

1. El primer principio es el de jurisdiccionalidad. La potestad judicial, en exclusiva, está atribuida a los jueces que integran el Poder Judicial –rígidamente separado de los otros poderes públicos–, autónomos e independientes entre sí. Los jueces están sujetos únicamente la ley y son inamovibles, así como que la acción penal es inderogable, se prohíbe las jurisdicciones y jueces de excepción. Todo ello, aunque tendencialmente, garantiza la igualdad formal de los ciudadanos en el plano jurisdiccional y reduce los espacios de arbitrariedad potestativa de los jueces.

2. El segundo principio es el de presunción de inocencia. El imputado es considerado inocente hasta que recaiga contra él una sentencia condenatoria firme. Por tanto, el

proceso y la condena son condiciones necesarias del juicio de culpabilidad. El principal corolario de este principio es la carga probatoria a cargo del ente acusador, de la que fluyen siete garantías que caracterizan al proceso penal como un procedimiento probatorio. Son: **(i)** imputación precisa y unívoca por el Ministerio Público en función a hechos concretos comprendidos en tipos penales; **(ii)** función del interrogatorio concebido como instrumento de defensa y de instauración del contradictorio entre las partes, con el reconocimiento al imputado de guardar silencio y no confesarse culpable; **(iii)** obligación de motivación de los autos y sentencias; **(iv)** tipicidad de las pruebas y rígida disciplina de sus procedimientos de formación; **(v)** doble grado de jurisdicción y, por tanto, la comprobación, en apelación, de la fundamentación de las pruebas recogidas en primer grado; **(vi)** absolución, sin cargos, no solo “cuando falte”, sino también cuando sea “insuficiente o contradictoria” la prueba de la culpabilidad; y, **(vii)** de forma más general, el *favor rei* que a nivel procesal se traduce en el principio directivo *in dubio pro reo*.

3. El tercer principio es el de ritualidad de los actos y publicidad del debate. Todas las actividades procesales, desde la formulación de la acusación hasta la adquisición de las pruebas, desde los actos de investigación preparatoria y debate hasta las sentencias e impugnaciones, y hasta la ejecución de las penas impuestas, deben acontecer en las formas y los tiempos taxativamente previstos por la ley. La garantía final a este respecto es el recurso de casación, que afianza la correcta interpretación y aplicación de la ley penal.

4. El cuarto principio es el de contradicción: paridad entre las partes y posición de tercero del juez. Corresponde a un método de formación de las pruebas y de averiguación de la verdad. Importa un procedimiento de indagación fundado sobre el conflicto, aunque normativamente disciplinado y ritualizado, entre partes contrapuestas: la acusación y la defensa. Esta conflictividad, que es la más esencial garantía de la presunción de inocencia, se realiza sobre la base de dos condiciones: **(i)** la diferenciación del juez respecto de las partes y la consiguiente imparcialidad o posición de tercero o neutralidad del juez respecto a los hechos objeto del proceso; y, **(ii)** la perfecta paridad de posiciones y poder entre las dos partes del contradictorio y, por ende, un constante control del imputado sobre la actividad de la acusación, en particular sobre los momentos de formación y de discusión de las pruebas, el cual solo puede ser asegurado por su defensa técnica, a la que se reconocen un sistema de garantías [FERRAJOLI, 2008: 122/126].

1.2. MARCO TEORICO

1.2.1 Concepto y principios de la casación

1.2.1.1 El rol de la Corte Suprema

∞ Desde el Derecho Orgánico Procesal la casación se residencia en la Corte Suprema de Justicia. El artículo 143 de la Constitución no solo reconoce expresamente a la Corte Suprema de Justicia como un típico órgano jurisdiccional que administra justicia en nombre de la Nación, a la vez que implícitamente le confiere el máximo nivel jerárquico [RUBIO, 2017: 52]. El artículo 141 de la Constitución fija su tarea: *(i)* falla en casación; y, *(ii)* falla en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema, conforme a ley. Adicionalmente, estima que en temas de derecho militar-policia conoce en recurso de casación contra las decisiones de esa jurisdicción especializada (artículo 173 Const.); y, en el caso de acusación constitucional contra Altos Funcionarios Públicos, conoce originariamente en sede de instancia (artículo 100 Const.).

Dichos preceptos constitucionales, interpretados sistemáticamente, dan cuenta de dos roles:

1. Uno común o propio, destinado al grueso de los asuntos que debe conocer, para el que reserva en exclusividad el conocimiento del recurso casación. Un recurso previo, necesario, que debe cumplirse acabadamente para el acceso a la Corte Suprema es el recurso de apelación, en virtud del principio de doble grado de jurisdicción.

2. Otro originario o, según los casos, impugnativo instancial, sea que la acción se inicie en la propia Corte Suprema o se entable en las Cortes Superiores. Una acción iniciada ante los órganos de la justicia especializada penal, de primera instancia (juzgados de investigación preparatoria y juzgados penales), no puede ser de conocimiento de la Corte Suprema a través del recurso de casación.

∞ El artículo 31 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin embargo, no asumió fielmente esta concepción estricta de la competencia genérica de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, la extendió a los asuntos de

materia constitucional y, difusamente, a los demás que las leyes señalan, lo que en consonancia con la ya amplia extensión competencial acordada por la propia Ley Fundamental, censurable por cierto, crea una carga difícil de asumir con celeridad y resta organicidad y sentido a la misión del Tribunal Supremo [MONROY, 2006: 659/660].

Es de entender, empero, que la referencia a la Ley en la Constitución es (i) a los asuntos definidos como de conocimiento originario de la Corte Suprema y de conocimiento inicial de las Cortes Superiores; y, (ii) dentro de los posibles asuntos jurídicos objeto de su conocimiento, el mínimo indispensable, pues de otro modo se afectaría el principio de aceleramiento procesal y el derecho a la interdicción de las dilaciones indebidas, que integran la garantía del debido proceso. La legislación orgánica, en este sentido, integra el denominado “Bloque de Constitucionalidad”, por lo que sus disposiciones, con rango de Ley Orgánica, deben circunscribir lo propio y específico de la potestad jurisdiccional y, en especial, de la Corte Suprema como órgano constitucional.

De otro lado, como señaló el Tribunal Constitucional, a la Corte Suprema, según sus fines esenciales, el recurso de casación, en tanto medio de impugnación excepcional –además de extraordinario y último recurso jurisdiccional–, sólo puede aceptarse (presupuestos de admisión y procedencia) en la medida en que con su ejercicio –a los efectos de fundabilidad– sea posible generar una interpretación aceptable del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia [STC 00474-2003/AA-TC, de 21 de abril de 2004].

∞ El Código Procesal Penal, sobre este particular, solo encargó a la Corte Suprema el conocimiento de lo siguiente:

* Primero, de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los Altos Funcionarios Públicos: Presidente de la República, Congresistas, Ministros de Estado, magistrados del Tribunal Constitucional, miembros de la Junta Nacional de Justicia, jueces de la Corte Suprema, fiscales supremos, Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (el artículo 99 de la Constitución fijó una relación de aforados bajo el sistema de *numerus clausus*). Lo hizo en vía de jurisdicción originaria (artículo 449). Se trata de una materia reservada por la Constitución a la Corte Suprema y, por consiguiente, de conocimiento obligatorio.

El “aforamiento”, en cuanto privilegio procesal y criterio de reparto de la competencia objetiva, tiene como fundamento asegurar la independencia y la libertad de un determinado órgano constitucional o Autoridad en el ejercicio de sus poderes y funciones de relevancia constitucional (STCE 55/1990, de 28 de marzo). El constituyente intentó por esta vía preservar el alto cargo de denuncias políticas infundadas que, como consecuencia de la “judicialización” de la vida política, invaden nuestros órganos jurisdiccionales, partiendo de la base de que, en un sistema de denuncia como derecho, el Fiscal Provincial puede ser más proclive a su admisión [GIMENO, 2012: 177].

Cabe señalar que la Corte Suprema, originariamente, tiene otras dos atribuciones.

1. Interviene en el proceso auxiliar de extradición emitiendo la correspondiente resolución consultiva, conforme al artículo 37 de la Constitución y artículos 513/527 del CPP. **2.** Solicita el suplicatorio para el levantamiento del fuero a los congresistas que cometen delitos comunes, quienes gozan de inmunidad conforme al artículo 93 de la Constitución (Resolución Legislativa 011-2004-CR, de 23 de octubre de 2004).

* Segundo, de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por Jueces y Fiscales Superiores, miembros del Tribunal de Justicia Militar-Policial y Procurador Público del Estado. El artículo 454.3 CPP lo hizo igualmente en vía de jurisdicción originaria, que sin embargo muy bien podría ser de conocimiento de la Corte Superior.

* Tercero, de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por Jueces de Primera Instancia, Fiscales Provinciales y Adjuntos Provinciales, y de otros funcionarios que señale la ley –pese a que su función no podría tener directa relevancia constitucional–, en vía de recurso de apelación (artículo 454.4 CPP).

∞ No ha sido la Ley Orgánica del Poder Judicial la disposición legal que determinó o concretó la misión casacional de la Corte Suprema, pese a que por su naturaleza orgánica debió hacerlo. Este Código orgánico solo señaló que la Corte Suprema conoce de los procesos en vía de recurso de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva (artículo 32). Así, únicamente prescribió, como una de las competencias genéricas de las Salas Jurisdiccionales de la Corte Suprema (Civil, Penal, y Constitucional y Social), el conocimiento de los recursos de casación que le incumben (artículos 33/35).

Ha sido la Ley Procesal Común (el artículo 384 del Código Procesal Civil), la que señaló los fines esenciales del recurso de casación a cargo de la Corte Suprema de Justicia –aplicable a todos los Órdenes Jurisdiccionales por imperio de la Primera Disposición Complementaria y Final–. Los aspectos específicos, en la lógica predominantemente funcional procesal, pertinentes al Orden Jurisdiccional Penal –la competencia funcional–, han sido desarrollados por el Código Procesal Penal mediante los artículos 427/436.

∞ Como ya se examinó, con cierto nivel de profundidad, en el capítulo precedente, y siguiendo los lineamientos de CALAMANDREI, la evolución histórica de la casación está vinculada a Francia y, en lo concreto, con un mayor nivel de precisión, a la regulación italiana, sin descuidar la casación española hasta antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 –que son el fundamento y base ideológica de la casación peruana–. En este orden de ideas, el artículo 384 CPC estipuló como fines del recurso de casación *(i)* la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y *(ii)* la uniformidad de la jurisprudencia por la Corte Suprema de Justicia. La casación es, pues, es un instituto exclusivo de la máxima autoridad del Poder Judicial: la Corte Suprema –institucionalmente como Corte de Casación (*Cour de cassation*)–. Corresponde a sus Salas Jurisdiccionales, Permanentes y Transitorias –que están integradas por cinco Jueces Supremos cada una: artículo 30 LOPJ–, al absolver en grado en casación (*pourvois en cassation*), establecer las líneas jurisprudenciales del Ordenamiento jurídico y, además, garantizar una aplicación aceptable e igualitaria de la norma objetiva (fines de uniformización y de nomofilaxis), de suerte que se alzaprima el quehacer regulador de la jurisprudencia –la denominada *fonction régulatrice*, en la perspectiva de la doctrina procesalista francesa–.

La Corte Suprema de Justicia, como Corte de Casación, al decir de SANCINETTI y FERRANTE, cumple un fin político institucional valioso –propriadamente jurisdiccional, en cuanto función de control judicial normativo–. En ella se concentra, como un fin asequible, el poder de interpretar (aplicar más bien) toda la ley y de unificación de la jurisprudencia; y, en este sentido, parece estar dirigida la obligación de todos los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar la jurisprudencia sentada en sus fallos [RODRÍGUEZ, 2008: 43].

La Corte de Casación, es de insistir, no somete a un nuevo juicio al imputado, pues ante ella no puede postularse un debate probatorio generalizado –el recurso de casación no fue concebido como un medio adicional para litigar libremente–. Limita su potestad al control de los errores de juicio o de actividad denunciados, y como tal comporta la elaboración de un juicio lógico jurídico sobre la sentencia misma, siguiendo el derrotero trazado en las causales invocadas. Su rol es la de realizar un juicio de validez de la decisión impugnada (Corte Suprema de Colombia. Auto 23.554, de 11 de abril de 2007) [FIERRO, 2013: 80/81].

∞ La Sala Penal de la Corte Suprema, en el examen de un caso, y desde la perspectiva de la generalidad, parte de los preceptos legales –constitucionales u ordinarios– denunciados por la parte procesal como vulnerados por la Corte Superior y según las causales fijadas por ésta. Se concentra (*i*) en examinar si se presentó o no un error jurídico en la resolución de vista y si éste es trascendente (si influye o no en el sentido de la resolución impugnada), a la vez que (*ii*) puede extenderse a la fijación de los hechos, como presupuesto necesario para la aceptable aplicación de la norma sustantiva o material, en tanto en cuanto no se hubiere comprobado y establecido legalmente, esto es, de conformidad con el Derecho probatorio penal (examen de la conformidad jurídica de la motivación cualitativa de la *quaestio facti*), siempre de los estrictos límites del cumplimiento de la garantía de motivación –en lo puntual, integrada a la garantía de tutela jurisdiccional– y, en su caso, de la garantía de presunción de inocencia. Así fluye de los artículos 430.1 y 432 CPP.

Cabe señalar, en este segundo aspecto, como dice BULYGIN, una incorrecta determinación fáctica repercute en una incorrecta aplicación de la ley, ya que no podrá afirmarse que la ley se ha aplicado al supuesto de hecho previsto en la norma, truncándose de hecho la voluntad del legislador; o dicho de otra forma, con VECINA, una determinación fáctica incorrecta de la ley “al forzar una subsunción de los hechos falsamente determinados en una norma jurídica que de no haber existido tal vicio, resultaría inaplicable al caso particular” [PÉREZ MANZANO, 2006: 1130/1131].

Ello viene a significar que la Corte Suprema, en materia penal, bajo una concepción clásica de la casación, estaría limitada a llevar a cabo un control de tipo técnico-jurídico de la resolución impugnada, pero en la actualidad, aunque

con carácter excepcional y limitadamente, la propia ley le atribuye cierto control sobre los hechos. La cuestión de hecho, en un primer acercamiento, como acota FENECH, comprende todo lo que se refiere a la declaración material y a la valoración del hecho, que queda a la libre convicción del juzgador –aunque nosotros diríamos a la valoración del juez siguiendo las reglas de la sana crítica–, y no solo el hecho principal, sino las circunstancias del mismo, entendiéndose por declaración del hecho no sólo es aspecto positivo, sino también el negativo [FENECH, II, 1952: 473].

Es común aceptar la dificultad para separar cuestión de hecho y cuestión de derecho, la cual presenta distintas intensidades, según lo analizaremos en un capítulo específico, en tanto que el hecho está delimitado por el tipo legal (*tatbestand* o *fattiespecie*) y desde esta perspectiva debe examinarse. Siguiendo a MANZINI, puede sostenerse que el proceso intelectual que da como resultado la resolución judicial presenta tres momentos. El primer momento es la “determinación del hecho”, en su perspectiva objetiva –elementos descriptivos y valorativos, que dan cuenta de la conducta social desplegada por el agente (circunstancias del mundo exterior)– y subjetiva (referidos al mundo interno del autor, bajo la forma de dolo y otros elementos subjetivos: móviles, ánimos, tendencias, etcétera, así como imprudencia o negligencia) [HURTADO-PRADO, I, 2011: 401, 436. GARCÍA CAVERO, 2019: 406], que es propiamente la *quaestio facti*. En este punto, insiste MANZINI, es de distinguir la asunción y la valoración de la prueba, de las deducciones lógico-jurídicas que el juzgador obtiene de tales pruebas, en la que todo lo concerniente a la prueba es una apreciación de mero hecho (*quaestio facti*), aunque es posible un control casatorio sobre el elemento lógico propio de la declaración jurisdiccional, esto es, sobre la correspondencia de las conclusiones con las premisas. Si éstas no justifican la conclusión, no se trata ya de una apreciación de hechos, sino de un error lógico-jurídico, que no puede escapar a la casación. El segundo momento, determinado el hecho, de carácter conceptual, es la “calificación jurídica del hecho”, cuya corrección ingresa al campo de lo jurídico, de mero derecho (*quaestio iuris*), que no puede sustraerse a la casación. El tercer momento, es la “aplicación de la norma” –aplicación de la norma al hecho ya calificado–, también propia de la *quaestio iuris*, que incluso puede implicar apreciaciones de hecho, y el control casacional se concreta o

realiza siempre que el precepto legal no conceda poderes discrecionales –MANZINI da cuenta, según se incorpore o no facultades discrecionales en normas absolutas y normas discrecionales– [FENECH, 1952: 473/474].

∞ Es importante destacar por qué resulta necesario abordar los preceptos sobre la prueba y las reglas de apreciación de la misma. Ello está vinculado, sin duda, a la relación entre prueba y verdad. Esta relación, afirma FERRER, es de carácter teleológico. Desde la concepción de este último autor, es dable sostener lo siguiente:

1. Se parte de la premisa que una de las funciones principales del Derecho es la regulación de la conducta. Su cumplimiento requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y solo si, se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias.

2. La finalidad de la prueba como institución jurídica es, entonces, la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso.

3. Objetivamente la idea de que la proposición, acerca de la ocurrencia de un hecho determinado, es verdadera, partiendo de COHEN, es la noción de “aceptación” –que FERRAJOLI denomina: “aceptabilidad justificada” y que juega un papel fundamental en el razonamiento práctico–. Ésta, siguiendo a ULLMANJ-MARGALIT y MARGALIT, funciona como una presunción, que facilita la adopción de una decisión práctica; y, para evitar una concepción irracional y subjetiva de la prueba, es necesario disponer de criterios externos a la decisión del propio juez que permitan evaluar su corrección.

4. El elemento clave de la correspondencia con el mundo de un enunciado probatorio es de la suficiencia de elementos de juicio. Por tanto, la decisión-acto del juez estará justificada si la proposición fáctica es aceptable, y ésta lo estará, de cara a su evaluación, si existen en el expediente judicial elementos de juicio suficientes a su favor, los que dependen del contexto en que se decide, vale decir, de los elementos de prueba incorporados en la causa–.

5. El juez, por cierto, en la selección de las premisas fácticas de su razonamiento, puede equivocarse. Los elementos de juicio disponibles pueden no justificar la adopción de las premisas fácticas aceptadas o puede no haber tenido una obligación jurídica de resolver como lo hizo sobre la base de alguna regla sobre la prueba [FERRER, 2005: 73/100].

Siendo así, a partir de los errores del juzgador, es factible y necesario la intervención de la Corte de Casación. Se está ante normas de prueba y criterios de sana crítica que regulan cómo debe reconstruirse procesalmente los hechos objeto del proceso penal, y bajo qué condiciones esta reconstrucción resulta aceptable.

∞ De igual manera, y con un mayor énfasis hacia la creación de la doctrina jurisprudencial, en función “...a la naturaleza del asunto objeto de decisión...” –lo que confirma la misión primordial de uniformidad de la jurisprudencia suprema–, la Sala Penal podrá disponer que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial (legal) vinculante (artículo 433.3 CPP), que se convoque a un Pleno Jurisdiccional si la importancia del asunto lo determine o si existen criterios discrepantes sobre un asunto determinado (artículo 433.4 CPP). Esta doctrina legal, incluso, por mandato del artículo 22 del TUO de la LOPJ, se establece cada trimestre a partir del examen de la producción jurisprudencial de cada Sala Jurisdiccional.

1.2.1.2 El recurso de casación

∞ Desde el Derecho funcional procesal la casación es un recurso jurisdiccional –el último posible a un litigante– a cargo exclusivamente de la respectiva Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia –recurso, al decir de COUTURE, significa literalmente “regreso al punto de partida”, es un “recorrer, correr de nuevo el camino ya andado” [HITTERS, 2004: 52] –. Ha marcado muchísimo, desde luego, la historia y concepción francesa de este recurso –concebido inicialmente como una acción de impugnación independiente–, e igualmente las circunstancias específicas de su recepción en los diferentes países, así como la evolución que ha venido atravesando al socaire de las exigencias políticas, sociales y culturales, pero desde luego permanecen determinados rasgos comunes que permiten catalogarlo como tal [GARBERÍ-GONZÁLEZ-CUELLAR, 1994: 159].

∞ La casación, en esta perspectiva común, no solo es (*i*) un recurso especial, entendido siempre como medio de gravamen devolutivo, radicado, en exclusividad, en la Corte Suprema de Justicia –sujeta a un fino rigor formal, aunque no formalista, para su admisión–, de suerte que también es un recurso

supremo. Además, **(ii)** es un recurso de “puro derecho” –señalaba CARNELUTTI que la casación surge como institución de estricto derecho, para corregir los vicios de la resolución de segunda instancia [IRRAGORRI, 1974: 271]–; **(iii)** de finalidad pública (o sea de interés general y de orden público); **(iv)** de carácter no instancial, pues no soluciona el litigio de fondo, no es una instancia más ni constituye una prolongación del juicio en que resulte posible la continuación del debate fáctico y jurídico propio del trámite regular del proceso (Sentencia 32.718, de 28 de abril de 2010. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal); y, **(v)** extraordinario, centrado en examinar si en determinadas resoluciones de mérito –no todas, sino las emitidas en apelación y que tienen carácter definitivo– se han incurrido en vicios jurídicos legalmente predeterminados, los que de ser relevantes o fundamentales y causales (juicios de relevancia y pertinencia) en relación con la parte dispositiva de la decisión; –es decir, en qué medida la infracción de las normas invocadas ha incidido en el fallo de la resolución de vista impugnada y generado un gravamen para recurrir [GIMENO, 2017: 624], determinará su rescisión o anulación –el Derecho objetivo comprende no solo **(i)** la ley, sino también **(ii)** las costumbres (siempre que estén reconocidos como tales en la Ley o en la jurisprudencia: STSE de 12 de junio de 1980), **(iii)** los principios generales del Derecho, y **(iv)** las reglas de la sana crítica–. Cabe aclarar que la voz francesa “*casser*”, se corresponde con el español “romper”, en el sentido de anular o dejar eficacia jurídica las sentencias de los órganos jurisdiccionales [HUALDE, 2017: 172], de suerte que se trata de un recurso de anulación [MORENO RIVERA, 2013: 59].

Es de resaltar que la casación es, como consecuencia de su evolución histórica y jurídica, un recurso, no una acción de impugnación, aunque, en su origen francés, sí lo era –el *Tribunal de Cassation* no integraba el Poder Judicial, estaba integrado a la Asamblea Nacional–. La resolución de vista no debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada, es una resolución no firme, más allá de sus características especiales. Es viable, como todo recurso cuando median errores inmanentes al proceso, esto es, acaecidos durante su tramitación, y cuando las decisiones atacadas no han adquirido el atributo de firmeza. Una acción de impugnación (la revisión penal) requiere, por el contrario, primero, la firmeza de la sentencia, y, segundo, la presencia de errores trascendentes al mismo, y tienen origen en vicios

producidos fuera del ámbito del juicio y siempre, cronológicamente, anteriores a la promoción de éste [HITTERS, 1998: 211. HITTERS, 2004: 39]–.

Por intermedio del recurso de casación se denuncia un vicio de la decisión judicial, pero no origina un nuevo juicio –lo que, históricamente, fue patente cuando la casación se jurisdiccionalizó y el órgano de casación se trasladó a la cima del Poder Judicial: la Corte Suprema de Justicia–. CHIOVENDA y CALAMANDREI reconocieron, al respecto, que las diferencias que, en su génesis científica, tenían las acciones de impugnación, por lo demás de naturaleza eminentemente iusprivatista vinculada al derecho de anulación, que pretende dejar sin efecto un negocio jurídico anulable, y los medios de gravamen –de raíz procesal y prototipo del recurso– luego se “contaminaron” y se fundieron, intercambiaron funciones y formas de ejercicio [HITTERS, 1998: 202/203].

∞ Lo primero que cabe destacar, desde una perspectiva general, que la casación es un medio de impugnación y, como tal, por su intermedio las partes expresan su voluntad en sentido contrario a una situación jurídica establecida, de la que se pretende que no produzca o no siga produciendo efectos jurídicos –incide, utilizando las categorías acuñadas por CALAMANDREI, en una sentencia impugnante (de ahí la previsión del artículo 11 de la LOJP), no sujeta a gravamen [HITTERS, 2004: 33]–. Lo segundo es su carácter excepcional y limitado, más propiamente, extraordinario; y, no obstante que, a final de cuentas, por su alcance puede calificarse de mixto: rescindente y rescisorio (revocatorio) –según, claro está, el motivo o censura denunciada–, es un recurso circunscripto a resoluciones determinadas –es decir, limitadas– y por motivos tasados, de competencia funcional exclusiva de la Corte Suprema [MONROY, 1998: 21/24].

∞ El recurso de casación es, propiamente, un medio de control judicial sobre los jueces y sus resoluciones, destinado a establecer si la aplicación de la norma al hecho declarado se realiza de acuerdo con el ordenamiento jurídico que gobierna las etapas del proceso (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1046, de 2001). Examina la validez de la sentencia y restaura el orden turbado por un fallo no ajustado a derecho, de ahí que su examen se entrega al órgano de cierre de la jurisdicción que garantice la función de unificar la interpretación del Derecho [MORENO RIVERA, 2013: 64].

La casación penal, pues, está concebida para asegurar la aplicación uniforme de la legalidad penal –material, procesal y de ejecución– en todo el Estado, evitando así que la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los numerosos órganos jurisdiccionales penales diseminados en su territorio provoquen irritantes desigualdades de trata con base en una legalidad única [ARMENTA, 2010: 268]. Con todo ello, la casación, siguiendo a CLARÍA OLMEDO, constituye una garantía en pleno desarrollo para la realización del orden jurídico [LETELIER, 2013: 65].

∞ Siendo así, es posible definir la casación penal, siguiendo en lo pertinente a GIMENO SENDRA, como un medio de impugnación en sentido estricto, de carácter extraordinario y de efectos no suspensivo y extensivo, a través de unos motivos tasados, que puede interponer contra determinadas resoluciones dictadas en apelación por las Salas Penales de la Corte Superior, quien haya sido perjudicado por ellas, por el que se solicita de la Sala Penal de la Corte Suprema que anule (“case”) la resolución recurrida, todo ello con fundamento en la existencia de vicios en la interpretación y aplicación de las normas de Derecho constitucional u ordinario, material o procesal, aplicables al caso [GIMENO, I, 2007: 617; GIMENO, 2015: 910].

1.2.1.3 Notas esenciales del recurso de casación

∞ Son cinco las notas características esenciales del recurso de casación penal que, desde nuestro Código Procesal Penal, se desprenden del concepto arriba esbozado. Cabe señalar que como recurso que es –acto procesal de parte que se siente perjudicada por una resolución judicial, por la que pide la actuación de la Ley a su favor [CORTÉS, 2017: 589]– prolonga la continuación del proceso –extiende su pendencia–, y se dirige contra resoluciones que no han adquirido firmeza o, lo que es lo mismo, que no posean los efectos de la cosa juzgada [GIMENO, 2007: 553]. El Código adoptó, como único medio de rescisión de la cosa juzgada, la acción de revisión penal (artículos 439/445 CPP).

1. Es un medio de impugnación en sentido estricto. Esta característica se vincula con la pretensión impugnativa de anulación o rescisión de la resolución judicial impugnada –no es un medio de gravamen, típico del recurso de apelación contra

sentencias—. Su esencia extraordinaria, al decir de GUASP, estriba en que exige causales especiales para su incoación y se limitan los poderes de la Corte de Casación; es decir, no puede ser ejercitado ante cualquier agravio, sino que se necesita una especial legitimación cuya apertura depende de la existencia de un motivo legal [HITTERS, 1988: 206/207]. Se sustenta –la *causa petendi*– en la ilegalidad de la resolución impugnada, sea por vicios o errores, que puede versar sobre la irregularidad de la actividad procesal desarrollada para arribar a la solución (*vitium in procedendo*); o puede implicar la incorrección del juicio contenido en el pronunciamiento (*vitium in iudicando*) [GORSO, 2004: 28]. Se denuncia la violación de la ley material o de la ley procesal, de jerarquía constitucional o de nivel ordinario. Su estimación determina la anulación o rescisión de la resolución judicial.

Es de aclarar que la palabra “error” o “*vitium*” no se usa en el sentido técnico de vicio de la voluntad, sino, por el contrario, en el de vicio del acto y, por tanto, para la existencia del motivo o causal es indiferente la condición psicológica del juez, que el juez sabía que violaba la ley y quiso violarla, siendo de destacar, por ejemplo, en el caso de error in iudicando, la pugna entre la sentencia y la norma jurídica depende un falso juicio acerca de ésta, sin interesar el origen del vicio [CARNELUTTI, III, 1944: 753].

Considera CALAMANDREI que es mejor referirse a inexecución de ley y a errónea declaración de ley, en vez de *vitium in procedendo* y *vitium in iudicando*, respectivamente; que en el error in procedendo hay siempre inexecución de una ley procesal, mientras que en el *vitium in iudicando* puede haber errónea declaración tanto de la regla procesal como de la material; que, siendo así, si durante el juicio el juez resuelve equivocadamente cuestiones atinentes a la relación procesal o a la admisibilidad de un medio de prueba, hay violación de normas de esencia procesal, pero se produce un defecto *in iudicando*. Tal posición, sin embargo, es opinable y tiene opositores notables, como ALSINA y DE LA RÚA, así como quienes proponen alternativas intermedias a la propuesta de CALAMANDREI, como la de PRIETO CASTRO, quien afirma que no importa tanto la esencia de la norma violada (material o procesal) sino el destino que ha tenido el precepto en el caso concreto; y, la de FAIRÉN GUILLÉN, el mismo que plantea una distinción entre normas “procesales” y normas de “procedimiento”, al punto de proponer una clasificación

tripartita de errores: *in iudicando* e *in procedendo*, en cuyo interior diferencia los errores *in procedendo* y los errores de actividad. No obstante ello, la clasificación tradicional ha servido de pauta para la configuración legislativa del recurso de casación, por lo que no es posible ignorarla [HITTERS, 1998: 224, 230/233].

2. Es un medio de impugnación extraordinario. Es una clasificación de los recursos que está referida a su ámbito, es decir, a lo que se “devuelve” al tribunal superior [MONTERO, 2017: 436]. La casación, como se sabe y destaca la STSE 660/2000, de 12 de diciembre, en sus orígenes históricos era un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los jueces, a efectuar por la *Cour de Cassation* que en funciones de verdadera policía jurídica depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada –o, mejor dicho para nosotros, aceptable–, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, de ahí su naturaleza de recurso extraordinario.

El recurso de casación se interpone solo frente a determinadas resoluciones –no todas– y por determinados y concretos motivos o causales, admitidos como tales por la ley –la causa *petendi* no se plantea libremente, está legalmente predeterminada– (véase: artículo 427 CPP). Es de acotar que en los recursos ordinarios se permite revisar la resolución objeto de recurso desde cualquier punto de vista, es decir, con base en cualquier irregularidad que puede justificar su reforma o anulación [ARMENTA, 2010: 257/258]–. Existe, pues, en la casación una limitación de las resoluciones recurribles y, sobre todo, de los motivos de impugnación (véase: artículo 429 CPP), los cuales vienen tasados por el legislador y, como ya se anotó, se circunscriben a posibilitar la anulación de la resolución impugnada [GIMENO, 2007: 595].

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación, primero, impide que pueda extenderse la recurribilidad de la sentencia a supuestos no expresamente previstos por la ley procesal penal (STSE 8/2010, de 20 de enero); segundo, no admite la necesaria presencia del imputado en la audiencia de casación, incluso cuando se deja sin efecto una sentencia absolutoria (STSE 441/2014, de 5 de junio) –el carácter extraordinario de este recurso descarta arbitrar un trámite de audiencia

del acusado absuelto, con actuación de pruebas, en particular las personales, que carece cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo (STSE 865/2015, de 14 de enero de 2016)–; y, tercero, por la distancia con las fuentes de prueba sobre las que se ha basado la respuesta judicial en la instancia, cierran la puerta a una revisión de la valoración probatoria suscrita por el *Iudex A Quo* (STSE 404/2014, de 19 de mayo).

∞ El artículo 427 CPP fija el objeto impugnable en casación. Se centra, primero, en las sentencias definitivas, autos de sobreseimiento, autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena, o que denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por Salas Penales Superiores; y, segundo, en una suma de gravamen o *summa gravaminis* (que en el Derecho procesal penal se denomina “*summa poena*”) para lo penal –pena privativa de libertad, en su extremo mínimo, mayor de seis años–, y *summa cassationis* para lo civil: cincuenta Unidades de Referencia Procesal, a todo lo cual se le denomina “cuantía mínima del gravamen”.

Los motivos o causales del recurso de casación están establecidos, bajo el sistema de *numerus clausus*, en el artículo 429 CPP. Es de definir los motivos o causales, en tanto integran la causa petendi impugnativa casatoria, según HITTERS, a los defectos o errores que se aduce puede tener una resolución, los que la hacen pasible de ser atacada en vía de recurso de casación [MONROY, 1998: 28]. Se centran en: (i) la inobservancia de garantías constitucionales, (ii) el quebrantamiento de precepto procesal, (iii) la infracción de precepto material, (iv) la violación de la garantía constitucional de motivación –como causal autónoma derivada de la fuente italiana (artículo 606, apartado 1, literal ‘e’, del CPPI)– y, además, (v) el apartamiento de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema o, en su caso, del Tribunal Constitucional. Esto significa que el ámbito de conocimiento de la Corte Suprema aparece limitado, exclusivamente, a las cuestiones suscitadas en los motivos legalmente predeterminados.

Es de acotar que los vocablos “motivos” o “causales” no se utilizan de manera unívoca, sino que admiten varias acepciones. La idea de “motivos” o “causales” abarca, al decir de HITTERS, tres estratos distintos: **1.** Como causa remota, determinada por la ley en la que se debe apoyar el recurso (alguno de los incisos

del artículo 429 del CPP). **2.** Como causa específica en la que concretamente se ampara la pretensión impugnativa (el específico motivo invocado, como por ejemplo, la inaplicación del artículo 14 CP, sobre error de tipo en un delito sexual). **3.** Como indicación de los defectos (las específicas censuras, que pueden ser múltiples, contra la resolución de vista, que podrían ser tratándose de un mismo motivo, por ejemplo, centrado en la infracción de precepto material, tanto la incorrecta interpretación del tipo penal, la no aplicación del tipo de imperfecta ejecución o del tipo de intervención delictiva: autoría o participación, y de la circunstancia agravante cualificada de reincidencia) [HITTERS, 1998: 214].

3. Es un medio de impugnación de efecto no suspensivo y extensivo. Estas son características comunes al régimen de recursos penales, conforme a lo dispuesto en los artículos 412 y 408 del Código Procesal Penal. Cabe enfatizar, sin embargo, que todo recurso, en cuanto tal, produce dos efectos generales: *(i)* impide que la resolución impugnada adquiera la autoridad de cosa juzgada, y *(ii)* su admisión crea la expectativa de reforma o anulación de la resolución impugnada y una nueva posibilidad de resolver sobre lo ya resuelto [ARMENTA, 2010: 258].

Ahora bien, por el primer efecto –no suspensivo–, la resolución impugnada se ejecuta provisionalmente, sus efectos no se paralizan o suspenden. El efecto contrario, el suspensivo, produce una prohibición de llevar a efecto lo resuelto. Cabe puntualizar que el único recurso suspensivo es de apelación de sentencias y autos equivalentes: artículo 418.1 CPP. La ejecución provisional, sin embargo, no pertenece al campo de la ejecución como tal, sino al ejercicio cautelar [LEONE, III, 1963: 21].

Por el segundo efecto, común a los recursos penales, la impugnación en casación favorece a los no recurrentes –los que no recurrieron o los que lo hicieron irregularmente–, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales –este efecto vale tanto para el objeto penal cuanto para el objeto civil–; es decir, siempre y cuando se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados en virtud de los cuales se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que le fuere adverso [CORTÉS, 2017: 593]. Esto último es el denominado efecto expansivo pro reo [TOMÉ, 2019: 582].

Se requiere, por tanto, *(i)* que la impugnación resulte admisible y no renuncie a ella el que la ha propuesto; y, *(ii)* que, por los motivos de la impugnación, pueda extenderse a los coimputados –no se extenderá el efecto beneficioso si atañen a condiciones o cualidades de la persona que los ha propuesto: relativos a la anomalía síquica grave, el estado de pariente más próximo, la calidad de extranjero, de delincuente habitual o reincidente, a la exclusión del dolo, salvo que estos motivos personales tengan influencia también en relación a los otros imputados (por ejemplo, calidad de funcionario público, que sirva para definir el título delictuoso en relación a todos los concurrentes)–. El efecto extensivo, en todo caso, se verifica independientemente del sistema de defensa seguido por el no impugnante [MANZINI, V, 1954: 15].

4. Es un medio de impugnación devolutivo. Como regla general significa que el recurso de casación contra sentencias o autos de vista –su tramitación y resolución– es de conocimiento por un órgano jurisdiccional superior en el sistema organizativo del Poder Judicial, a quien se eleva la causa. El efecto devolutivo significa la transferencia de la *cognitio causae* a un juez superior [LEONE, III, 1963: 13]–, y puede ser más o menos completo según que la impugnación se refiere a toda la parte dispositiva de la resolución o solo a algún capítulo o punto de ellas [MANZINI, V, 1954: 11].

Como regla específica, el único órgano que conoce del recurso de casación es la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia –de una competencia más limitada, como luego se verá–. Ésta es la que tiene, en exclusividad, competencia funcional para su conocimiento (artículos 26.1, 428 y 432 CPP). Esta competencia se engarza con la finalidad, exclusiva y excluyente, de la Corte Suprema: uniformidad de la jurisprudencia respecto de la aplicación del conjunto del Derecho penal –material, procesal y de ejecución–; ella sola está llamada a cumplirlo.

5. Es un medio de impugnación limitado o no instancial. Por tanto, está centrado en la infracción del ordenamiento jurídico –a la comisión de defectos o errores que se aduce puede tener una resolución–. El poder de la Sala Penal de la Corte Suprema está delimitado al conocimiento de determinadas violaciones al ordenamiento jurídico, lo que se verifica, esencialmente, desde la motivación o

argumentación de la resolución de vista impugnada o, antes, desde la actividad procesal realizada para su dictación.

El recurso de casación no tiene carácter instancial, es decir, por medio de él no se vuelve a juzgar el objeto procesal –valorar las pruebas y determinar las conclusiones inferidas de ellas–. Presupone el agotamiento del recurso ordinario con la expedición de una decisión de vista. No es una tercera instancia, sino un juicio sobre el juicio o, como anotó la Corte Suprema de Colombia, la casación es esencialmente un juicio de validez (Auto 25053, de 16 de mayo de 2006).

Sobre el particular se puede agregar lo siguiente: **1.** En la tercera instancia el conocimiento es mucho más amplio, mientras que en la casación hay motivos específicos reglados en forma expresa –se conoce la decisión de segunda instancia circunscripto a las casuales taxativamente señaladas en la ley y, dentro de ellas, las censuras que hubiesen sido seleccionadas y desarrolladas por el propio impugnante–. **2.** En la tercera instancia se juzga “de nuevo”, en la casación se “controla” lo decidido. **3.** En las sendas ordinarias funciona el *iura novia curia*, en la casatoria no –aunque hoy en día a partir de los alcances de la garantía de tutela jurisdiccional y de los alcances que va adquiriendo la democracia constitucional es dable reconocer que corresponde a la Corte Suprema superar los defectos del escrito de recurso de casación para decidir sobre el fondo del asunto impugnativo planteado–. **4.** En la casación no se pueden invocar hechos nuevos ni tampoco pruebas posteriores, mientras en los carriles comunes sí se toleran estas posibilidades [HITTERS, 1998: 181/182].

Es sabido que el artículo 139.6 de la Constitución reconoció la garantía de la pluralidad de la instancia, que el artículo 11 del TUO de la LOPJ entendió como el doble grado de jurisdicción. Emitida la sentencia de segunda instancia, la creación constitucional del recurso de casación no podía ser siempre o exclusivamente la protección de los intereses de los concretos justiciables de cada litigio –se asumió que dos instancias parecen suficientes para garantizar en la inmensa mayoría de los casos la justicia de la decisión–, por lo que a través de este recurso extraordinario el objetivo que debía perseguirse era, primordialmente, la unificación de la jurisprudencia y la aceptable interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico [DÍEZ-PICAZO, 2016: 293]. Es claro, entonces, que el objetivo último y principal del recurso de casación se centra en la unificación y

creación de jurisprudencia para, partiendo de él, satisfacer los derechos de las partes [CALDERÓN, 2017: 478].

Ello explica los filtros de acceso a la casación: sentencias o autos equivalentes en función a la *summa poena* y, en su caso, a la *suma cassationis*, sin perjuicio que, a modo de corrección a estas limitaciones, la instauración de la denominada “casación discrecional” (artículo 427.4 CPP), dirigida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial –centrada en la aceptable interpretación del Derecho objetivo y en la uniformidad jurisprudencial en la aplicación del Derecho penal–.

∞ Los errores que puede examinar, por su naturaleza, se clasifican, como lo asumió el derecho positivo, en errores in iudicando e in procedendo –acuñados, como recordaba CALAMANDREI, por el ABATE PALERMITANO–, esto es, de normas jurídico-materiales y de normas jurídico-procesales, respectivamente. A éstos también se les denominan, en los términos de CHIOVENDA, vicios del juicio y vicios de actividad –propios de la terminología latina–, aunque es de reconocer que, como reconociera CALAMANDREI, también existen errores in iudicando por defectuosa aplicación de la ley procesal [HITTERS, 2004:77/78].

Siendo así, dos son los objetos del recurso de casación: **1.** El examen de la labor de interpretación y aplicación del Derecho objetivo material (los preceptos que sirven para resolver las cuestiones objeto del proceso) y la unificación de la doctrina jurisprudencial. **2.** El análisis de la regularidad y validez de la actuación procesal llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales de instancia, y el cumplimiento por los mismos de las normas que rigen los actos y garantías del proceso [MONTERO–FLORS, 2009: 24/25]. En ambos casos, la jerarquía de las normas puede ser constitucionales u ordinarias. Es de puntualizar, sin embargo, que cuando se trata de la legislación constitucional sus perfiles de supervisión son más amplios, de suerte que, como explica ASENCIO, es el ámbito o extensión del derecho fundamental denunciado o materia de censura el que determina la competencia funcional de la Corte Suprema, de suerte que en este caso el *ius constitutionis* se ve absorbido por él en tanto que, por la naturaleza del precepto constitucional que lo reconoce, siempre debe de velar por la restitución del derecho afectado satisfaciendo los intereses del recurrente [ASENCIO, 2015: 492].

∞ Respecto del objeto de la relación procesal de impugnación viene a consideración la distinción entre error o *vitium in procedendo* o error o *vitium in iudicando*. Lo que se denuncia a través del recurso son errores o vicios en que habría incurrido la resolución de vista, sea errores del juicio o errores de actividad.

El *vitium in procedendo* consiste en un error de la sentencia o del procedimiento –en este último supuesto, es un vicio de un acto procesal distinto de la sentencia– de tal índole que de él derive la nulidad –queda claro que la convalidación del acto viciado excluye la casación, ya que excluye la nulidad– [CARNELUTTI, III, 1944: 753, 757].

El *vitium in iudicando* importa que el precepto legal, en tal supuesto, está representado en la resolución de vista de modo distinto del que es. Éste, a su vez, se escinde en **(i)** error en la declaración de los hechos y **(ii)** error en la subsunción de las circunstancias de hecho bajo las normas de ley (*vitium in iudicando facti* y *vitium in iudicando iuris*, respectivamente).

Es de aclarar que los llamados “errores de actividad”, no obstante se traducen a veces en errores de juicio, puesto que el juez al hacer que la conducta y la actividad de las partes y la propia se ajusten a las normas procesales, casi siempre tienen que aplicar e interpretar el derecho procesal, lo que implica, mediante actos jurisdiccionales, la aplicación de normas procesales que regulan la actividad de las partes o de los mismos órganos jurisdiccionales [ROCCO, III, 1972: 401]. Se trata, el *vitium in procedendo*, en todo caso, de un error en la aplicación del precepto, mientras que el *vitium in iudicando* es un error en el acertamiento de la norma [CARNELUTTI, III, 1944: 760].

∞ La distinción entre ambos tipos de errores o *vitiums* da lugar a una clasificación interna del recurso de casación. Como **(i)** recurso procesal y como **(ii)** recurso material en función a las denominadas resoluciones procesales y resoluciones materiales. Dicen, al respecto, MONTERO–FLORS:

1. Recurso procesal. En todos los supuestos en que una resolución judicial no se pronuncia sobre la pretensión, esto es, sobre el objeto del proceso en sentido estricto, se está ante una resolución procesal, y el recurso que se admita contra la misma perseguirá únicamente la adecuación de lo decidido a la norma procesal, lo que se resolverá normalmente en la nulidad de la resolución, por lo que puede

hablarse de recurso procesal. Así, será un recurso procesal cuando la casación se base en infracción de normas o garantías procesales.

2. Recurso material. Cuando la resolución procede a aplicar las normas materiales, que sirven para decidir sobre el objeto del proceso, es decir, sobre la estimación o desestimación de la pretensión interpuesta por el actor –la acusación fiscal en lo penal–, se está ante una resolución material y los recursos contra ella se dirigirán a obtener otra resolución en la que se modifique la impugnada. Este es el caso de la casación cuando se base en infracción de normas materiales [MONTERO–FLORS, 2001: 35].

Es de aclarar, no obstante, que ante una infracción de precepto material se casa la resolución de vista –este es el objetivo de la casación–, pero como el órgano que posee el *pourvois en cassation* (la Sala Penal de la Corte Suprema) tiene, a su vez, potestad jurisdiccional se autoriza que, en la misma sentencia casatoria, se pronuncie sobre el fondo del asunto, que es lo que se denomina “casación sin reenvío”, en cuyo caso el fallo será tanto rescindente o anulatorio como, adicionalmente, rescisorio (artículo 433.1 CPP).

∞ Se afirma, tradicionalmente, que el recurso de casación se centró en la cuestión de derecho –lo que, por cierto, no es así pues originariamente la prohibición se vinculaba a la cuestión de fondo, que no es lo mismo que cuestión de hecho–. Esta afirmación, de pretendidos ribetes absolutos, partió de asumir, en pureza, un segundo criterio clasificatorio del error, que permitió discernir el tipo de *vitium* admitido en casación: se trata del error de hecho y el error de derecho. A partir de esta inicial concepción, de resaltar exclusivamente la cuestión de derecho, bajo determinada concepción, se sostiene que interesa al Estado tener un juez superior a todos, no ya para que se valoren los hechos de modo uniforme (pretensión que, según se dice, es absolutamente imposible), sino para que se interprete y aplique la ley uniformemente. Por lo demás, desde una visión amplia es de reconocer que el *vitium in iudicando* (*i*) puede incidir en la calificación jurídica de los hechos objeto del proceso (normas de derecho material) o (*ii*) puede afectar también a las normas que regulan la actividad o conducta del juez, de las partes y en general de todos los partícipes del proceso [MONROY, 1998: 29]–. La intangibilidad del *factum*, dice DE URBANO, es la consecuencia de practicar prueba dirigida a su modificación, y al hecho de que la casación es un recurso en el que lo

predominante es la defensa del ordenamiento jurídico y de la uniformidad de la jurisprudencia que lo interpreta y aplica, y en consecuencia, corregir sus defectuosas interpretaciones y aplicaciones [DE URBANO, 2002: 46].

Apunta MANZINI que una cuestión de derecho tiene siempre interés general, en cuanto se refiere necesariamente a la aplicación de la ley; que la solución dada a ella puede servir para un número indefinido de casos similares; que, en cambio, la resolución de cuestiones de hecho depende de las peculiaridades de los casos singulares relativas a los elementos objetivos y subjetivos de los hechos, que concretamente difieren siempre entre sí, haciendo imposibles las soluciones de carácter unitario y general [MANZINI, V, 1954: 163].

Es verdad que no es posible la comprobación de los hechos por la Sala de Casación a partir de una valoración propia, autónoma, del material probatorio, centrada en la reconstrucción de los hechos afirmados por las partes, tanto más si en sede casatoria está prohibido ofrecer nuevas pruebas y alegar hechos nuevos –el procedimiento de casación no lo permite, y el recurso de casación no importa un triple examen, nuevo para la Corte Suprema, del material probatorio–. Cabe aclarar que la labor de subsunción del hecho en la norma jurídica correspondiente integra la *quaestio iuris*, y que una labor distinta es fijar formalmente los hechos que integran la *causa petendi* de la pretensión. No obstante lo señalado inicialmente, en este caso –respecto de la fijación formal de los hechos–, el examen casacional puede –y debe– centrarse en todo aquello que es universalizable y que permite una revisión de sus términos en tanto intermediada por el Derecho objetivo –en último término, como ya se tiene entendido, el error en la aplicación de la norma es de la esencia del recurso de casación–.

Siendo así, el derecho probatorio, precisamente, regula, en general y específicamente, lo que debe concebirse por prueba y cómo ha de utilizarse en el proceso penal. El Código Procesal Penal, por tanto, *(i)* define lo que es prueba, *(ii)* disciplina la obtención de las fuentes de prueba y la ejecución o actuación de los medios de prueba, *(iii)* determina cuándo una prueba es utilizable y cuándo se está ante pruebas prohibidas, *(iv)* impone sanciones procesales –la inutilización– en relación a la denominada “prueba ilícita”, y *(v)* establece las reglas de valoración racional de la prueba y el estándar probatorio –el Tribunal Supremo Federal Alemán, por lo demás, ha considerado expresamente que, en todo caso, es una cuestión de derecho la utilización de las reglas de la lógica o las máximas de

experiencia en la apreciación de la prueba [HESS, 2015: 439]–. El derecho probatorio, desde el recurso de casación, entonces, permite *(i)* un juicio de legalidad o legitimidad de la prueba y *(ii)* un juicio de logicidad –o más ampliamente, de sana crítica– de las conclusiones obtenidas al valorarla, juicio último legalmente impuesto al juez –lo que propiamente no es un meramente fáctico, sino vinculado a la correcta declaración del hecho probado desde las reglas jurídicas–.

Asimismo, la Constitución y las leyes de desarrollo reconocen como garantía de los justiciables la motivación de las resoluciones judiciales –exigible, puntualmente, tanto frente a sentencias condenatorias cuanto frente a sentencias absolutorias–, y sistematizan sus requisitos internos y externos, y, a partir de ellos, es posible identificar los defectos de motivación sujetos a censura casacional. La motivación comprende la argumentación respecto de los hechos y del derecho; ambos ámbitos integran el juicio jurisdiccional.

∞ Es de reconocer, no obstante, que esta distinción, en el juicio jurisdiccional, entre los elementos de hecho y los elementos de Derecho, y el reconocimiento que la sentencia se basa en la existencia de un silogismo formado por una norma jurídica como premisa mayor (el elemento jurídico de la decisión), un conjunto de hechos particulares como premisa menor (el elemento fáctico de la decisión) y una conclusión que asigna a estos hechos la consecuencia jurídica prevista por la norma –solo aceptable desde la justificación interna de la decisión judicial: relación de deducción entre las premisas y la conclusión, pero no para la justificación externa, es decir para justificar la corrección de las premisas–, también está relacionada con la propia estructura de la norma jurídica, que identifica dos elementos: el supuesto de hecho abstracto y la consecuencia jurídica para esta clase de hechos. Por tanto, en la decisión judicial se distinguen dos problemas: las cuestiones jurídicas o *quaestio iuris*, que están vinculadas a la premisa mayor del silogismo, y las cuestiones factuales o *quaestio facti*, que se vinculan con la premisa menor.

Luego, esta tajante distinción, entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, clarísima en la justificación interna, no lo es respecto de la determinación de las premisas (justificación externa), la cual se fija en cómo se determinan las referencias factuales presentes tanto en la premisa mayor como en la menor, para, a partir de

ahí, indagar en la subsunción de los segundos en el primero. Es de partir, para aclarar las cosas, de dos tipos de referencias a “hechos”: el primero, referido a las circunstancias del mundo material, objeto del proceso penal –enunciados relativos a comportamientos–; y, el segundo, el supuesto de hecho previsto por la norma jurídica aplicable a los hechos objeto del proceso penal –definición completa y abstracta de una clase de hechos–.

En consecuencia, las referencias a hechos están previstos en la premisa menor del silogismo judicial y en la premisa mayor, aunque de un modo distinto. De suerte que para determinar la premisa mayor del silogismo judicial en términos suficientemente precisos para su aplicación a un caso concreto, es relevante que estén establecidos la conducta, comportamiento o los actos que conforman el supuesto de hecho normativo [EZQUIAGA, 2013: 147/154].

∞ Es evidente, por ejemplo, que se puede otorgar carácter de prueba a una fuente de información no reconocida por la ley, que se puede utilizar una prueba ilícita – que por ley es inutilizable–, que se puede omitir la valoración de determinado material probatorio relevante, que se puede interpretar falsamente un medio de prueba, o que, entre otros supuestos, no se aplique o se haga incorrectamente un principio lógico, una máxima de la experiencia o un aporte científico consolidado –es decir, la exigencia de que se supere el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela jurisdiccional (STSE de 9 de julio de 2012)–. Con estos defectos o errores, como es patente, se inobserva o infringe tanto normas jurídicas, como principios jurídicos y reglas de la sana crítica (leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos: artículos 158.1 y 393.2 CPP), que informan la debida reconstrucción de los hechos y su correcto entendimiento para declararlos probados o improbados; se incurre, pues, en una infracción del ordenamiento jurídico.

Como ya se indicó con anterioridad, *(i)* la premisa fáctica, antecedente de la aplicación de la norma jurídica, se construye falsamente por los errores en la comprobación del hecho derivado de la inobservancia del derecho probatorio; y, *(ii)* estos preceptos, los que integran el derecho probatorio, inciden en la definición del conflicto jurídico penal.

Por consiguiente, la cultura de la prueba debe potenciarse y para ello es indispensable su control lógico en casación (sustento del artículo 429.4 CPP), en

tanto que el artículo 394.3 CPP exige que la sentencia que incorpore en su texto lleve a cabo “...la valoración de la prueba que la sustenta [la motivación], con indicación del razonamiento que la justifique”. La incisividad de la garantía de la prueba –del derecho a la prueba que se reconoce a las partes procesales– es, en suma, una unidad con la incisividad del control sobre el juicio probatorio, de la logicidad del razonamiento probatorio, esto es, con la posibilidad de un juicio sobre el juicio, no sólo de derecho –perspectiva material-, sino también sobre el hecho [FERRAJOLI, 1996: 451/452].

∞ Estas cuestiones, si aplicamos las prevenciones de MANZINI, son de interés general, cuidan la obra del legislador y, al margen del hecho individual objeto del proceso penal, se resuelven desde el pleno respeto del derecho probatorio. Su incumplimiento puede servir para un indefinido de casos similares. Es posible, en suma, dictar soluciones de carácter unitario y general en este ámbito. Como anotáramos en el capítulo inicial, la casación francesa finalmente la incorporó como una labor casacional mediante el concepto de “defecto de base legal” y la revisión germana mediante la noción de “deber de esclarecimiento”.

1.2.1.4 Principios de la casación

1.2.1.4.1 INTRODUCCIÓN

∞ El recurso de casación por su carácter especial y extraordinario, de exclusivo conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, que está llamado a cumplir fines y funciones específicas en aras de la aplicación aceptable del ordenamiento jurídico y de la uniformidad jurisprudencial, así como de la defensa del *ius constitutionis*, sin descuidar claro está, el *ius litigatoris* (función indirectamente parciaria del citado recurso), tiene, como es obvio, principios que lo informan, compatibles con su especial naturaleza (ya abordada en los acápites anteriores), y que han de ser rigurosamente respetados.

∞ Como se sabe, el ordenamiento jurídico no solo está conformado por normas–regla, también por normas–principios. Estas últimas están llamadas a proporcionar una orientación suficiente a la casación como instituto orgánico

procesal y funcional procesal; o, como dice ZAGREBELSKY, a suministrar criterios para tomar posición ante situaciones concretas [MORENO RIVERA, 2013: 91]. El razonamiento que informa este recurso, tiene expuesto la Corte Suprema de Colombia (Sentencia 34102, de 17 de junio de 2010), se debe sujetar a parámetros de debida fundamentación y, por lo tanto, debe cumplir unos requisitos de mínima de lógica, los cuales se plasman en determinados principios –que obviamente se extraen de la legislación concreta–. Estos comprenden tanto el planteamiento del escrito o solicitud de casación, la construcción de la proposición jurídica, el juicio de admisibilidad, el procedimiento o trámite de casación y la sentencia de casación, cuya coherencia y sistemática deben orientarse a la finalidad y función de indicado recurso [PABÓN, 2003: 124].

∞ La regulación del recurso de casación, en lo específico, se encuentra en la Sección Quinta del Libro Cuarto del Código Procesal Penal (artículos 427/436); y, en lo general y de aplicación supletoria, en el Capítulo Cuarto del Título Decimosegundo de la Sección Tercera del Código Procesal Civil (artículos 384/400). De sus preceptos, y siguiendo la metodología asumida por la doctrina procesalista colombiana, es posible identificar, al menos, seis principios casatorios de carácter nuclear: *(i)* taxatividad y limitación, *(ii)* autonomía y no contradicción, *(iii)* prioridad, *(iv)* presunción de licitud, *(v)* trascendencia, y *(vi)* inescindibilidad de la sentencia.

1.2.1.4.2. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD Y LIMITACIÓN

∞ El principio de taxatividad –también denominado principio de crítica vinculante– tiene como destinatario a la parte procesal impugnante. La solicitud casatoria únicamente puede aceptarse por los motivos o causales que expresamente consagra la ley procesal, y atendiendo a los requisitos de forma y contenido de cada reproche que se formula (Corte Suprema de Colombia. Auto 38.038, de 18 de abril de 2012) [FIERRO, 2013: 31]. El artículo 429 CPP identifica los motivos bajo un sistema de *numerus clausus*: **1.** Inobservancia de precepto constitucional (esencialmente, derechos o, como dice la dogmática procesalista argentina “garantías”, constitucionales. **2.** Quebrantamiento de precepto procesal. **3.**

Infracción de precepto material. 4. Violación de la garantía de motivación –aun cuando es un derecho fundamental, conforme a la fuente italiana, se independizó en una causal específica. 5. Apartamiento de doctrina jurisprudencial. Es así que el artículo 428, apartado 1, literal b), del CPP sanciona con la inadmisibilidad del recurso si éste “*se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código*”.

∞ El principio de taxatividad entiende que las causales previstas en la ley constituyen casos únicos, debidamente tipificados. Cada causal por separado (y al interior de la misma), señala CALDERÓN, comporta unos extremos y contenidos básicos e inequívocos, respecto a los cuales, no es aceptable una adecuación analógica [MORENO, 2013: 92]. La taxatividad además de ser normativa –y en el entendido que las normas además de poseer proyecciones descriptivas, también tienen alcances valorativos–, también es una taxatividad **conceptual**. Ello importa, de un lado, que el casacionista deberá ajustar sus censuras, atendiendo exclusivamente a las causales normadas y a los contenidos valorativos que caracterizan e identifican cada causal en sus singulares motivos y sentidos de violación [PABÓN, 2003: 125]; y, de otro lado, que la Corte Suprema, en clave de congruencia o correlación, no puede fundamentar oficiosamente sus sentencias en causales que no haya sido alegadas o que no estén prevista por la ley o en motivos distintos de los que aleguen los concurrentes, sino que debe ajustarse estrictamente a los términos del objeto procesal y a las causales que la ley enumera taxativamente [RODRÍGUEZ, 2008: 69].

Desde la perspectiva general de los recursos, se entiende que el principio de taxatividad afirma que la posibilidad de que una decisión judicial sea revisada suele estar prevista en la ley, la que configura además el medio de impugnación, que es, dice MAIER, una **cláusula de cerramiento** o **clausura**. Pero este principio no puede ser sostenido a ultranza, y, por tanto, tiene excepciones. Primero, el error en la calificación del recurso no determina, *per se*, la inadmisión del recurso –rige, por tanto, el principio derivado de la canjeabilidad del recurso. Segundo, siguiendo a la doctrina italiana, el control impugnativo puede extenderse a las “resoluciones anormales” (*provvedimenti abnormi*), es decir, aquellas que quedan fuera del esquema normativo previsto por el legislador. La jurisprudencia identificó dos clases de *provvedimenti abnormi*: (i) resoluciones que padecen de “anormalidad

estructural” (*abnormità strutturale*), es decir, las que por su extrañeza quedan fuera de la previsión legal; y, **(ii)** resoluciones que sufren de “anormalidad funcional” (*abnormità funzionale*), las que no obstante son manifestaciones abstractas de un poder legítimo, se justifican sólo fuera de las hipótesis y casos previstos por la ley. Estas resoluciones se encuadran dentro de la noción de resoluciones que causan un gravamen irreparable; y, de otro lado, como enseña GRILLI, requieren que estén afectas a un vicio para el cual no está prevista sanción procesal alguna, que no sean de otra manera impugnables y que provoquen una paralización del procedimiento [LETELIER, 2013: 29, 30].

∞ La congruencia exige, pues, a la Corte Suprema ceñirse en su decisión a los aspectos exclusivamente denunciados por el impugnante. Obviamente, esta consecuencia, que se denomina “principio de limitación” del recurso de casación –no se debe desbordar la propuesta formulada por el casacionista– tiene un límite y una corrección. La Corte no puede ni debe reparar los errores en que incurre quien impugna en casación; no le está dado sustituirlo en su función específica y eminentemente técnica [IRRAGORRI, 1974: 272].

En efecto, **(i)** no rige la congruencia cuando se trate de cuestiones declarables de oficio; esto es, frente a nulidades insubsanables vinculadas a la inobservancia de garantías procesales de relevancia constitucional (concordancia de los artículos 432.1 y 150 del CPP). Asimismo, en aras de afirmar la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 Const.), **(ii)** se puede adaptar un motivo de casación al que realmente corresponde, asumiendo una concepción menor formal y rigorista de la naturaleza del recurso de casación, cuando por error se invoca una causal cuando es otra, de cuyo texto se desprende con claridad, se trata de la teoría, de cuño hispano, de la “voluntad impugnativa” (véase las SSTSE 29/1999, de 23 de enero, y 1393/98, de 11 de noviembre, asumidas desde la primera sentencia casatoria 1-2007/Huaura, de 26 de julio de dos mil siete) [SAN MARTÍN, 2015: 723].

∞ Este principio deriva del denominado “principio de debida fundamentación y demostración”, en cuya virtud, expone MORENO RIVERA, el recurrente tiene un doble deber:

1. Deber de sustanciación suficiente, por el que el escrito de casación debe bastarse a sí mismo para la provocar la anulación de la resolución de vista –debe cumplir con el principio lógico o, mejor dicho, epistemológico, de razón suficiente, que dice del fundamento de los enunciados que se predicen (Corte Suprema de Colombia. Auto 21.844, de 2013 de febrero de 2008)–. Las razones dadas por el casacionista deben ser suficientes, *(i)* en el sentido de tener por lo menos la capacidad de suscitar al menos una mínima duda sobre la legalidad de la sentencia recurrida en casación; y, concurrentemente, *(ii)* deben bastar para lo que se necesita [FIERRO, 2013: 45].

2. Deber de crítica vinculante, en cuya virtud el casacionista debe introducir una causa de pedir fundada en las causales legalmente previstas y cumplir con los requisitos de forma y contenido de acuerdo a la selección que ha realizado [MORENO RIVERA, 2013: 100]. El impugnante, con base a la causal escogida, debe exponer en forma clara y precisa los argumentos de su inconformidad y las normas que estime infringidas, en tanto que a un cargo no sustentado no se le puede dar respuesta (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 34.102, de 17 de junio de 2010). La solicitud casatoria debe ser lítero-suficiente.

Como luego se ahondará, las decisiones impugnadas suben a la Corte Suprema protegidas con la presunción de acierto, tanto en la aplicación del derecho como en la apreciación del material probatorio ejecutado, el casacionista debe atacar con su solicitud todas y cada una de las conclusiones del fallo que pugnen con el derecho que reclama. Esta censura debe estar debidamente sustentada –ha de introducir argumentos incontestables, el error que se denuncia ha de ser manifiesta como consecuencia de una explicación clara, bien articulada, sólida y contundente–, puesto a un cargo o censura no sustentada no se le puede dar respuesta [FIERRO, 2013: 28/29].

∞ Igualmente, en la misma perspectiva del principio derivado de limitación y conforme al principio de taxatividad, surge el denominado “principio de inoponibilidad”. El núcleo de este principio consiste en que el impugnante no debe enfrentar a su particular criterio con la del Tribunal Superior. El disenso de la parte procesal tiene un ámbito de aplicación: no se trata de disentir ni discutir la *ratio decidendi* de la sentencia de vista, sino debe proponer y demostrar un error judicial

atribuible a los jueces de instancia que tengan entidad para casar la sentencia que emitieron. El recurrente debe, en consecuencia, debe formular un cargo que se corresponda con un error legalmente considerado por la ley y debe aportar una solución que debe asumir la Corte de Casación [RODRÍGUEZ, 2008: 85/86].

Esta noción importa, como derivado, siguiendo a FIERRO, la afirmación del principio de no factibilidad de controvertir certeza probatoria. Las discrepancias de las partes con la apreciación probatoria del juez de apelación no son materia casacional, más aún cuando existe legalmente impuesto el sistema de apreciación libre de la prueba o sana crítica, por lo que el casacionista debe demostrar es la existencia de errores trascendentes relativos a los límites de este sistema de prueba libre afincado en las reglas de la sana crítica, cuya sujeción implica el correcto empleo de bases científicas, lógicas y empíricas dentro de la motivación de las decisiones judiciales (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 14.957, de 17 de enero de 2002) [FIERRO, 2013: 48/49].

∞ Técnicamente, como efecto de principio de limitación se deriva el principio de debida técnica. Este principio se desprende de los artículos 405.1.c) y 430.1 CPP. El casacionista –el agraviado por la decisión impugnada y facultado por la ley para hacerlo– debe: **1.** Precisar las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación. **2.** Indicar la casual y la formulación de la censura que plantea, en forma clara y precisa –previamente, como es lógica, deberá introducir una síntesis de los hechos objeto del proceso o, en su caso, del debate, y una síntesis o sinopsis de los actos o actuaciones procesales, que será el marco fáctico-referencial y de su confrontación con la ley–. **3.** Citar los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados. **4.** Precisar los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su causa de pedir. **5.** Expresar la petición concreta que corresponda: anulatoria o revocatoria.

Desde esta perspectiva, y en orden a una debida técnica, en tanto la casación es un juicio técnico de impugnación, valorativo y preciso, el casacionista debe: **1.** Elegir con puntualidad la causalidad que invoque y de ser varias dar cuenta cuál es la pretensión principal y cuál la subordinada –el argumento impugnativo, desde la lógica argumentativa, debe guardar unidad conceptual sin que sea permitido negar y afirmar de manera simultánea una determinada hipótesis, presentar exposiciones encontradas: es lo que se denomina principio de identidad (Corte Suprema de

Colombia. Auto 31.018, de 18 de marzo de 2009)–. **2.** Limitar su solicitud casacional a los extremos y contenidos conceptuales o valorativos de la causal escogida –debe ser armónico en la sustentación y demostración de las censuras que formula–. **3.** Detallar sus planteamientos con claridad y precisión, de suerte que debe plasmar con visos de comprensión: *(i)* la existencia de los yerros del juez de apelación y el sentido de la violación o infracción denunciada; y, *(ii)* la naturaleza de los vicios *in iudicando* o *in procedendo*, y su incidencia en la sentencia recurrida [PABÓN, 2003: 145/146]. Este principio, entonces, gobierna la presentación formal de la solicitud casatoria y determina que es inadmisibile, dentro de un mismo reparo o censura, y de manera sincrónica, acudir a planteamientos de diversas causales, de tal manera que corresponde al casacionista señalar las causales invocadas, las censuras o reparos concretos individualizados y sus respectivos fundamentos [FIERRO, 2013: 51/52].

Señaló, al respecto, la STSE 659/2000, de 18 de abril, que la ley procesal exige una exposición ordenada, individualizada, concisa y clara de los motivos del recurso, lo que desde luego conlleva la prohibición de que se aleguen de forma conjunta, amalgamada y genérica las infracciones normativas imputadas a la sentencia; además, debe mencionarse taxativamente las normas vulneradas, sin remitirse a otros escritos del impugnante, y –de ser el caso– concretarse las actuaciones que determinaron las vulneraciones.

1.2.1.4.3 PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y NO CONTRADICCIÓN

∞ Este principio se pone en dos situaciones: *(i)* cuando la resolución de la Corte Superior –señaladamente la sentencia de vista– hubiese incurrido en varios errores; o, *(ii)* cuando el impugnante recurra con diversos cuestionamientos de contenidos o sentidos diferentes. Igualmente, una última situación se presenta *(iii)* cuando el impugnante denuncia cargos excluyentes –de suerte, que para evitar contradicciones, su pretensión impugnativa en este caso debe ser subordinada: artículo 87 CPC–.

∞ En todos estos casos el impugnante deberá plantear separadamente, de modo independiente, cada causal invocada –en capítulos diferentes– (artículo 430.1 CPP). Ello es así porque cada causal constituye una especie de “adeguación típica

causalística”, en la que cada una, en cuanto a sus motivos y sentidos de violación, comporta unos extremos y contenidos esenciales e identificables y diferenciales, por lo que no se pueden entremezclarlos. Es de entender que lo relevante desde el principio de autonomía son los concretos cargos formulados contra la resolución de vista, no el motivo o causal invocada. Es posible denunciar, bajo la causal de inobservancia de precepto constitucional, varias disposiciones constitucionales afectadas (por ejemplo, presunción de inocencia y defensa procesal) e, incluso, desde cada una de ellas, varios cargos en función a los concretos ámbitos en que cada garantía se expresa. Estos varios ataques deben enunciarse y justificarse separada o autónomamente [RODRÍGUEZ, 2008: 75]. Cada cargo, además, debe ser autosuficiente; los varios errores denunciados al interior del mismo cargo o causal, según los casos, deben ser expuestos y demostrados argumentalmente de modo separado (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 21.302, de 19 de agosto de 2004).

∞ En virtud de este principio no se aceptan, dentro del mismo cargo, argumentaciones opuestas o irreconciliables. Un mismo hecho no puede dar lugar a plantear motivos diferentes. Así, por ejemplo, respecto de la infracción de precepto material, no se puede invocar que se interpretó erróneamente la disposición y que esa misma disposición se aplicó falsamente al caso concreto; o que el error denunciado se presenta como una causa de justificación y, a la vez, como una causa de exculpación –se trata de una censurable mixtura de censuras–; o que respecto de la vulneración de la garantía de motivación referida a un medio de prueba se sostenga que se interpretó erróneamente y, asimismo, que se ignoró su valoración. Tampoco cabe, por contradictorias, que en un mismo cargo (infracción de precepto material) se entremezclen con confrontaciones de hecho o de carácter probatorio –ésta supone que el hecho está fijado irremediamente–. Las **pretensiones subordinadas** funcionan dentro del mismo cargo, en la medida en que sus elementos puedan estar presentes o no en línea descendente, como sería el caso entre una eximente completa y una incompleta –esta última, más allá de su propia fundamentación, solo tendría lugar, en cuanto a su análisis casacional, si la primera o principal sea desestimada–.

∞ En **conclusión**, de acuerdo al principio de autonomía, cada motivo o causal debe ser enunciada y desarrollada separadamente –ello es así porque cada uno de ellas son creadas para examinar y corregir un ámbito determinado del hacer judicial, bien *in iudicando* o bien *in procedendo*–. Y, conforme al principio de especificidad o no contradicción –es un principio de lógica formal, referido a la correcta lógica de razones desde el punto de vista formal, que exige que la motivación o sustento del recurso debe guardar una unidad conceptual de tal modo que en una misma línea hermenéutica, no es lógico afirmar y a la vez negar alguna circunstancia, hecho o determinada teoría [FIERRO, 2013: 46/47]–, solo es permitido aducir cargos o censuras excluyentes siempre y cuando sean presentados en forma independiente, aislada y propuestos de manera subordinada. Cada censura o cargo ha de ser directa e inequívocamente atinentes al contenido y alcance del motivo o causal invocada; y, fundamentalmente, debe ser presentado con claridad, precisión, sustento jurídico y demostración contundente del error denunciado. Además, cada causal tiene su particular forma de formulación, demostración y alcance, así como que a cada una de ellas corresponde una configuración y estructura especial (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 12.025, de 29-8-2002) [FIERRO, 2013: 25].

∞ Conforme al **sistema acusatorio** y a los **principios** que lo informan, la censura debe sostenerse durante el procedimiento impugnativo –no solo la apertura del recurso depende de un acto de parte y éste debe estar fundado–. Desde la actividad de las partes, la incomparecencia del recurso dentro del término de emplazamiento ante la Corte Suprema provoca que el recurso se declare desierto; y, además, se admite el desistimiento del recurso como modo de poner fin al mismo, que produce efectos previa ratificación del interesado [LETELIER, 2013: 77]. Este es el modelo asumido por el CPP: artículos 431.2 y 406, y 341 CPC.

1.2.1.4.4 PRINCIPIO DE PRIORIDAD

∞ El principio de prioridad parte de la posibilidad, aceptada legalmente, de que pueden formularse varios cargos o censuras contra la resolución de vista, por lo que guarda armonía con el principio lógico de no contradicción. Los cargos o las censuras, por razones de método, lógica y coherencia, no solo (*i*) deben ser expuestos, apunta RAMÍREZ BASTIDAS, independiente y autónomamente, sin mezclas

argumentativas y conceptuales [MORENO RIVERA, 2013: 93], sino también (ii) deben ser presentados de manera escalonada en mérito a la naturaleza del vicio o error denunciado y su consecuencia –su incidencia procesal–.

En el caso de vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo*, la técnica de casación exige que primero se planteen los vicios procesales –estos reparos son prevalentes– y, luego, siempre como subordinados, los vicios materiales o sustantivos. Señala al respecto el artículo 388, inciso 4), última oración, del CPC, asumiendo este principio, lo siguiente: “Si el recurso contuviera ambos pedidos [anulatorio y revocatorio], deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado”. Este precepto tiene su fundamento lógico en que de prosperar el pedido anulatorio – que dice de la estructura básica del proceso– sería inútil el estudio de los motivos de derecho material [RODRÍGUEZ, 2008: 80/81].

Además, cuando se trata de varias censuras centradas en la inobservancia de preceptos procesales (errores de garantía), de grave quebrantamiento de formas, igualmente se deben plantear bajo un orden de preferencias en función a la de mayor cobertura o incidencia en la suerte del procedimiento (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 14.078, de 8 de noviembre de 2000). Empero, desde la necesidad de que, en la medida de lo posible, es de rigor un pronunciamiento de fondo sobre los motivos del recurso, la Corte Suprema de oficio –que, por lo demás, es el sentido de la norma procesal nacional– ha de acoger la causal procesal antes que la material; y, en su caso –como ya se sostuvo–, la de mayor cobertura, cuando las causales fueren las referidas a errores de garantía.

∞ Por último, si el vicio procesal está referido a una afectación exclusiva a los derechos del imputado –no aparece una vulneración simultánea de derechos de las otras partes o comprometan situaciones de interés general– y, por razones de fondo, sea del caso eximirlo de responsabilidad penal, debe procederse a preferir esta segunda opción, en tanto reporta una mayor significación sustancial, lo que está a tono con las garantías de jerarquía constitucional de presunción de inocencia y de defensa procesal (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 30.948, de 5 de mayo de 2000). En este caso, enfatiza MORENO RIVERA, la preferencia no solo está enraizada en los mencionados derechos fundamentales de incidencia procesal, sino que además importa un mandato del propio proceso jurisdiccional:

prevalencia de los derechos sustanciales en aras de afirmar la paz jurídica, que es una meta del proceso penal (artículo III, primer párrafo, del Título Preliminar, del CPC). Sobre este punto, es de postular con VOLK que el proceso penal se encarga de superar una perturbación social, asegura la vigencia de las normas penales y alcanza de esta forma la paz jurídica; la sentencia debe resolver el asunto, y no se logra nada procediendo interminablemente [VOLK, 2016: 45].

De este principio de prioridad surge, como principio previo, el de prohibición de proponer censuras nuevas no planteadas en apelación. Ha de haber una congruencia entre la revisión que la parte pueda realizar en el recurso de apelación y en el de casación; ellas no pueden distribuir los motivos impugnativos entre el Tribunal de apelación y el de casación, ya que la función de este último va dirigida al examen de la sentencia del Tribunal Superior y su acomodación a derecho. No cabe, *per saltum*, plantear temas, que al apelar, no se estimó conveniente incluirlos en el bloque de los desacuerdos con la sentencia de vista, pues además de privar a las demás partes del derecho de contradicción en apelación, se podía dar el absurdo de estimar algún motivo, no examinado por el Tribunal Superior, a pesar de considerar plenamente ajustada a derecho la sentencia dictada por aquél, anularla o dictar otra en términos diferentes (STSE 1202/2005, de 27 de octubre).

Este principio, sin embargo, reconoce excepciones. La doctrina legal del Tribunal Supremo Español ha reconocido dos: **1.** Infracción de derechos fundamentales que puedan ocasionar materialmente indefensión, permisión que se da en atención a la naturaleza del derecho vulnerado y que debe ser protegido. **2.** Infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia eximente o atenuante) y que pueden ser apreciadas sin dificultad en el trámite casaciones porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada (STSE 707/2002, de 26 de abril). No asumir estas excepciones, estipuló la STSE 1544/2005, de 29 de diciembre, conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tanto sólo porque su alegación no consta en el acta del juicio, expresa o formalmente aducido por su Abogado defensor.

1.2.1.4.5 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LICITUD

∞ El principio de presunción de licitud significa que la resolución de vista, por ministerio de la ley, está revestida de la doble presunción de legalidad y acierto, por lo que le corresponde al casacionista o censor la carga de procesal de desvirtuarlas con la construcción y demostración de una proposición jurídica, de manera que se demuestre tanto el error como su relevancia [RODRÍGUEZ, 2008: 82]. El artículo 388.3 CPC asume este principio, pues impone la carga de demostrar el vicio o infracción normativa que denuncia en casación –su existencia–, así como su incidencia directa sobre la decisión impugnada.– Los cargos contra la resolución de vista se proponen y se demuestran por los impugnantes; la casación no es un procedimiento impugnativo de afirmaciones, sino de demostraciones [IRRAGORRI, 1974: 272].

Se parte de un dato sólido. La sentencia de vista tiene carácter definitivo –que aún no ejecutoriado o firme, sobre la cual debe predicarse el principio *res iudicata pro veritate habetur*–. La segunda instancia agota el proceso penal declarativo de condena (artículo 11 *in fine* LOPJ). Por ende, goza de una presunción *iuris tantum* de legitimidad o de certeza y produce sus plenos efectos (Corte Suprema de Colombia. Sentencias 10.968, de 10 de octubre de 1995, y 34.102, de 17 de junio de 2010).

Luego, si la resolución de vista es la premisa mayor del silogismo judicial, la premisa menor está constituida por los cargos o censuras que se formula contra ella, por lo que sí y solo si se demuestra su ilicitud, y cause perjuicio cierto, será **casada** –conclusión– [RODRÍGUEZ, 2008: 82].

∞ Este principio, a su vez, da lugar al principio de no debate en instancia; esto es, sobre la base de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que importa eliminar la posibilidad de reabrir el debate de instancias, precisamente en reconocimiento al principio de presunción de licitud de que gozan las decisiones judiciales. Por consiguiente, la censura casacional ha de estar residenciada sobre los motivos que taxativamente estatuye el artículo 429 CPP, pues en ningún momento se está juzgando al acusado, lo que se encuentra en tela de juicio es la

decisión judicial [MORENO RIVERA, 2013: 97/98]. Enfatiza la Corte Suprema de Justicia de Colombia que el acceso a un recurso adicional, extraordinario, no puede sino obedecer a una razón excepcional con una finalidad igualmente especial, de ahí que la solicitud impugnativa casatoria debe estar razonadamente sustentada desde las causales legamente estatuidas por el legislador (Sentencia 14.083, de 24 de octubre de 2002).

En materia de apreciación probatoria, no se trata de antagonizar con los jueces de mérito y plantear una conclusión distinta del resultado probado. La casación está prevista para especiales acontecimientos, por lo que, en este ámbito, de la motivación fáctica, lo que interesa son las conclusiones probatorias contraevidentes. Debe demostrarse la presencia de un error legalmente relevante y, por ende, que revelen que los juicios de hecho del juez de mérito están alejados de tal forma de la realidad del proceso, que resultan absurdos e ilógicos [FIERRO, 2013, 48] –lesivos a las reglas de la sana crítica– y, antes, que no se sustentó en verdadera prueba o que ésta es ilícita.

1.2.1.4.6 PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA

∞ El principio de trascendencia parte de una noción simple: los errores, procesales o sustantivos, se erigen en una condición necesaria pero insuficiente para estimar el recurso de casación: no todo error cometido enerva o desquicia la sentencia. Hace falta que el error trascienda, es decir, se proyecte, produzca efectos hacia un resultado. Por ende, además de su gravedad, el error debe tener repercusiones nocivas en la resolución de vista, que si no se hubiera presentado, el resultado sería favorable al impugnante o menos gravoso [RODRÍGUEZ, 2008: 83].

∞ A esto último se refiere el artículo 388.3 CPC cuando prescribe que el casacionista debe demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada. Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema acotó que “[...] *el impugnante tiene que establecer una relación de correspondencia entre los fundamentos de la resolución que rebate y las infracciones que menciona*” (Casación Civil. Sentencia 4254-2014/El Santa, publicada el 30 de mayo de 2014). Esta relación de correspondencia, sin embargo, no es un asunto meramente lógico sino que apunta

a demostrar, desde el resultado del *vitium*, que de no ser por este error el fallo hubiera sido diferente. Se debe demostrar, entonces, un error evidente, con la trascendencia suficiente como para revocar o modificarlo lo decidido por las instancias [FIERRO, 2013: 52].

∞ El casacionista, en su escrito de recurso de casación, primero, debe mostrar e indicar el error, clasificarlo como vicio *in procedendo* o *in iudicando* y señalar el precepto legal infringido; y, segundo, demostrar su trascendencia y sus perniciosos efectos en los resultados de la sentencia [RODRÍGUEZ, 2008: 83]. Se debe, por tanto, exponer las consecuencias del error incurrido por el Tribunal Superior, para determinar si la envergadura de la misma varía o no el sentido del fallo [MORENO RIVERA, 2013: 102], de suerte que, como estatuye el artículo 432, numeral 3, CPP, “*Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria*”.

∞ El error que denuncia el impugnante, en tanto el escrito de casación es un juicio técnico-lógico jurídico y objetivo que se elabora contra la sentencia de segunda instancia en unidad inescindible con la de primera instancia –como luego se explicará–, debe ser objeto de una justificación cualitativa. El casacionista, por la vía de la trascendencia argumentativa, debe demostrar la incidencia de la consumación de dicho error en las resultas de lo sentenciado, es decir, debe también puntualizar y demostrar, que de no haber incurrido en dichas falencias, otros habrían sido, u otros habrían podido ser las definitivas de lo fallado [PABÓN, 2003: 150].

Sobre este tema, GARCÍA MARAÑÓN formuló dos precisiones que es de rigor asumir: **1.** Que el vicio debe recaer en un acto que haya determinado la decisión contenida en el fallo de modo esencial. **2.** Que tal condición se percibe mediante el empleo del *método de supresión mental hipotética*, por el cual, eliminando el acto viciado mediante una conjetura, se advierte que la sentencia hubiese resultado diferente [RODRÍGUEZ, 2008: 84].

Queda claro, por consiguiente, que el casacionista está sujeto a dos postulados desde este principio de trascendencia. **1.** Que, como la Corte Suprema, a través del recurso de casación, tiene una misión más de orden sistémico, para proteger la

coherencia del ordenamiento, la aplicación aceptable del derecho y la uniformidad de la jurisprudencia, y afirmar con ellos los valores de igualdad y seguridad jurídica, el casacionista debe marcar el error y demostrar su ostensible existencia, así como, concurrentemente, la connotación que tiene dentro del profeso, es decir, que el error tenga la posibilidad de desarticular o lo adjetivo o lo sustantivo de la decisión judicial impugnada –el error debe ser manifiesto o contraevidente y trascendente, es decir, tener plena aptitud de trocar una sentencia condenatoria en absolutoria o en atenuar o agravar la situación jurídica del imputado, con los límites de la interdicción de la reforma peyorativa–. **2.** Que el error ostensible debe estar realizado en la decisión impugnada, puesto que ésta es el objeto de la casación; el equívoco debe aparecer en la decisión [FIERRO, 2013, 35/37].

1.2.1.4.7 PRINCIPIO DE UNIDAD INESCINDIBLE DE SENTENCIAS

∞ El principio de inescindibilidad de la sentencia, señala MORENO RIVERA, parte de reconocer dos notas distintivas de la casación penal nacional: **1.** Que no existe la casación *per saltum* –no es posible, bajo ninguna circunstancia, acudir directamente al Tribunal Supremo contra una sentencia de primera instancia–. **2.** Que las sentencias dictadas en el proceso “*conforman una unidad conceptual y temática, siempre y cuando no se contradigan entre sí*” (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 11.851, de 21 de noviembre de 2002) [MORENO RIVERA, 2013: 100]. Incluso, ello sirve para fijar el interés para recurrir (Corte Suprema de Colombia. Sentencia de 12 de noviembre de 1999).

Es claro que el objeto de ataque en casación es la sentencia dictada por el juez de alzada, a la que se integra la sentencia de primera instancia en lo que no hubiere sido objeto de modificación por el fallo de la Sala Penal Superior, y que el parámetro de comparación para establecer su ilegalidad no puede ser aquella sino la ley que se dice conculcada [FIERRO, 2013: 37].

∞ Estas dos notas distintivas deben tenerse presente cuanto se interpone recurso de casación. La inescindibilidad de las sentencias de primer y segundo grado –su unidad jurídica inescindible, su unidad de decisión– es esencial para la correcta formulación de la solicitud impugnativa de casación. Señala sobre este punto

RODRÍGUEZ que se deben atacar los efectos de ambas sentencias, de manera que si prospera el cargo o censura casacional, los efectos impugnados quedan sin valor, salvo que se hayan pronunciado en sentido opuesto, vale decir, una absolutoria y la de segunda instancia condenatoria, o a la inversa; de manera, que si cuando ambas sentencias tengan el mismo sentido, son una sola [RODRÍGUEZ, 2008: 84].

∞ Es verdad que el **objeto impugnable**, propiamente, es la resolución de vista; y, contra ella, se dirigen las censuras casacionales. Por tanto, si y solo si la sentencia de vista difiere de la sentencia de primera instancia, y en todo lo que difiere, se considera como un acto jurisdiccional propio o autónomo frente al de primera instancia. Pero cuando la sentencia de vista confirmó la de primera instancia, ambos fallos se entienden como una unidad lógica, de suerte que si la primera no se pronuncia sobre unos hechos o medios de prueba considerados en la sentencia del *Iudex A Quo*, conforme a este principio, se ha de referir a lo que consignó ese juez. Vale decir, cuando el *Iudex Ad Quem* no disiente de las decisiones del *Iudex A Quo*, éstas quedan vigentes (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 24.612, de 26 de abril de 2006) [RODRÍGUEZ, 2008: 85].

Lo expuesto trae consigo una conclusión evidente, derivada del hecho de que las sentencias de primera y segunda instancia forman una unidad jurídica inescindible cuando coinciden en el mismo sentido, es decir que en sus aspectos, motivaciones y resoluciones que no se contrapongan. Lo precedente importa concluir que si la sentencia de segunda instancia obvió a un determinado tema o a una precisa prueba, es menester demostrar que tampoco la sentencia de primera instancia lo hizo, o el examen operó diferente, para que así pueda cabalmente alegarse que se dejó de lado, dentro presupuesto del falso juicio de existencia, un trascendente elemento probatorio (Corte Suprema de Colombia. Auto 30.129, de 16 de septiembre de 2008).

1.2.2 Fines y funciones de la casación

1.2.2.1 FINES DE LA CASACIÓN

∞ Compatible con su origen histórico, y desde la perspectiva del **positivismo jurídico** y del **formalismo interpretativo**, propio de concepción jurídica de los revolucionarios franceses, y desde los estudios fundamentales de CALAMANDREI –de conceptualización de los caracteres de la casación, más que de análisis propiamente históricos o descriptivos [TARUFFO, 2006: 86]–, se configuraron dos *finēs* de la casación: la nomofilaquia y la uniformidad, entendidos como el conjunto de metas y aspiraciones que el recurso de casación lleva consigo [MORENO RIVERA, 2013: 75]. Tal vez el ejemplo paradigmático de esta concepción, del modo de definir los fines y el rol de la Corte Suprema, es el artículo 65, primer párrafo, de la Ley del Ordinamento Giudiziario de Italia, de 30 de enero 1941, con antecedentes en el artículo 122 de la precedente Ley Unitaria de 1865 y en el artículo 61 de la Ley de 30 de diciembre de 1923 –es de resaltar, sin embargo, que estas dos leyes no hicieron mención a la uniformidad, aunque acudiendo al Derecho comparado se tiene que la casación francesa, a partir de la Ley de 1 de abril de 1837, atendiendo a la fuerza de los hechos, incorporó la función unificadora de la jurisprudencia al obligar al juez de apelación, en una segunda casación, a conformarse con la decisión de la Corte de Casación [MONTERO – FLORS, 2009: 259]–. La disposición legal italiana preceptúa que: “*La Corte Suprema de Casación, como órgano supremo de justicia, asegura la exacta observancia y la interpretación uniforme de la ley, la unidad del Derecho objetivo nacional [...]*”, de suerte que afirma que la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema está residenciada en la defensa de la ley y la tutela de la uniformidad de la jurisprudencia. Tal referencia legislativa, determinó que se define a la Corte Suprema como “**custodi de las normas**” [CHIARLONI, 2008: 56].

El artículo 384 del CPC, según la Ley 29364, de 28-5-2009, desde este aparente mismo enfoque jurídico, estipuló lo siguiente: “*El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema*”. El CPP no tiene un precepto similar –ninguna otra Ley Procesal la tiene–, aunque es evidente que la finalidad de la casación, como institución orgánica y funcional procesal, es única en todos los Órdenes Jurisdiccionales.

Ambas legislaciones –la italiana y la nacional– apuntan a la salvaguarda de la legalidad, ordinaria y constitucional, y fundan la doble tarea de la Corte Suprema.

Así regulada, la casación –más respetuosa con sus orígenes–, según señalara el Tribunal Supremo Español, “...es un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del Derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La Ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por la Corte Suprema” (STSE 476/2017, de 26 de junio).

∞ La idea que subyace en el enunciado normativo italiano es dual en su planteamiento. Dos consideraciones pueden merecer su contenido, al decir de TARUFFO:

Primera, **observancia** es sinónimo de aplicación de la ley y por tanto persigue controlar que los jueces la respeten o cumplan, es decir, que la ley haya sido exactamente aplicada.

Segunda, **observancia** es individualización de la interpretación correcta de las normas jurídicas en sí consideradas, de suerte que la misión de la Casación es la de intérprete de la ley. La Corte Suprema, a partir de esta segunda consideración, está destinada a definir el significado propio de la norma, más que a verificar si ha sido correctamente aplicada en el caso concreto [TARUFFO, 2006: 92/93].

A. Por nomofilaquia se ha de entender, entonces, como interpretación general y abstracta de la ley. La casación, por tanto, debe asegurar que la observancia u aplicación de la ley sea *exaeta*. Ello, sin embargo, importa asumir la noción de cálculo deductivo, de suerte que interpretar es descubrir y declarar el significado de la norma; el método interpretativo asumido es de la deducción. La exigencia implícita, por tanto, es la de **certeza interpretativa**.

B. A esta concepción se vincula la **finalidad casacional** de uniforme interpretación de la ley. Es un valor que apunta a que las decisiones de la Corte Suprema deben servir de guía de la jurisprudencia de los jueces. Asume que la misma norma debe ser interpretada en el mismo sentido en los distintos casos concretos. Su valor constante es el de igual tratamiento a los casos “iguales”.

∞ El enunciado normativo patrio ya no menciona los términos “observancia” y “exactitud”. Los cambia por los vocablos “aplicación” y “adecuada” para referirse, más que a la norma jurídica, al Derecho objetivo –concepto, desde luego, más amplio–. Así: **1.** Lo adecuado es, gramaticalmente, lo apropiado para alguien o algo, aunque la segunda acepción reconocida por el DRAE del adjetivo “exacto” es lo perfectamente adecuado –la sinónima es patente y la equivocidad del término también–. **2.** La aplicación de las normas jurídicas, del Derecho objetivo, es un concepto más complejo, que envuelve la noción de interpretación pero importa algo más. Por aplicación del derecho objetivo se ha de incluir la interpretación del mismo –es decir, de las normas o preceptos dictados o reconocidos por el Estado [VALVERDE, 2010: 107]–, pues no se entiende cómo podría dejarse de lado la labor interpretativa del juzgador.

Ahora bien, como es lógico, el entendimiento de estos términos y del precepto en su totalidad, debe estar en función a los aportes contemporáneos de la teoría del Derecho, a una teoría aceptable de la interpretación y a una coherente definición de las funciones que una Corte Suprema está llamada a desarrollar en un Estado moderno [TARUFFO, 2006: 141].

∞ La interpretación, primero, ya no se concibe como individualizar y hacer explícito el significado intrínseco, implícito pero objetivamente dado, de la norma; como un acto de mera declaración del derecho, al margen de elecciones valorativas. Segundo, la interpretación se define, en cambio, como un conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete adscribe un sentido a la disposición legal [HURTADO, 2011: 187/188]. En consecuencia, la actividad decisoria del juez es creativa, en cuanto “crea” y “escoge” el significado que será atribuido a la norma, sin desconocer que existen límites, criterios y directivas que guían esta actividad [TARUFFO, 2006: 108].

Interpretar es, por ende, atribución de un significado al enunciado normativo que ha sido previamente seleccionado. La interpretación puede llevarla a cabo cualquier persona, de suerte que existe *(i)* interpretación auténtica (a cargo de quien emitió la norma), *(ii)* interpretación oficial (a cargo de los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones), *(iii)* interpretación doctrinal (a cargo de los juristas),

(iv) estratégica (a cargo de los abogados en un litigio), y (iv) judicial u operativa (a cargo de los jueces) [MORESO-VILAJOSANA, 2004: 175/176]–.

El significado de un enunciado, acota GUASTINI, no es una mera cuestión de hecho, pues las leyes están formuladas en un lenguaje natural y es absolutamente claro que todo enunciado de una lengua natural se halla, en cierta medida, viciado de indeterminación semántica. En consecuencia, cuando se adscribe un significado se ejecuta un acto lingüístico no asertivo, sino directivo, que no puede ser justificado por referencia a hechos, sino a valores [PRIETO, 2005: 188/189].

Seguendo a PERELMAN, una buena decisión judicial será aquella que consigue armonizar la información que le proporciona el sistema jurídico y la información que recibe del medio social (hechos que se juzgan, de un lado, y necesidades, ideas de justicia, etcétera, vigentes en la sociedad, de otro); es decir, una decisión que flexibiliza las normas (merced a las técnicas argumentativas) para adaptarlas al medio social. El Juez no es que pueda ser objetivo (este es un valor que pertenece a las ciencias pero no al Derecho) sino que debe ser imparcial: no debe tratar de manera desigual casos semejantes; sus decisiones han de ser socialmente aceptables [ATIENZA, 2018: 361/362].

En tal virtud, es de reconocer que la Corte Suprema, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, tiene la función de atribuir sentido al Derecho y de cuidar su desarrollo. Al hacerlo, a partir de las valoraciones debidamente racionalizadas, revela una “creación” no sólo por hacer surgir algo que no pre-existe a la interpretación o que deriva lógicamente de la ley, sino también por ser la expresión de la voluntad del Poder Judicial, indispensable para que el Derecho pueda desarrollarse en la sociedad [MARINONI, 2015: 73]. El Poder Judicial recrea constantemente el Derecho enriqueciéndolo en base del criterio de los jueces –donde prima, siempre, decimos nosotros, el de los jueces supremos– cosa que se formula a través de la jurisprudencia como fuente del Derecho [RUBIO, 2017: 53]. Por consiguiente, hoy en día está universalmente admitido que la actividad interpretativa de la jurisprudencia contiene ineliminables momentos de creación del derecho; el juez ya no es visto como la mítica *bouche de la loi*. El Juez, dice CHIARLONI, no sólo crea el derecho del caso concreto a través de la actividad de subsunción de los verificados en las particulares *fattispecie* legales (creando junto a éste, en el tiempo, un derechos de los casos idénticos o análogos que no podría

ser prerrogativa del legislador, a menos de imaginarlo capaz de abandonarse a un imposible furor analítico); el juez crea también nuevas reglas derivándolas de los principios, aumentando la extensión de las cláusulas generales, dando valor a la equidad, legitimando reglas emergencias por la praxis [CHIARLONI, 2008: 56, 57]. En esta perspectiva la **jurisprudencia**, y en el campo penal más que ningún otro, cumple una función irremplazable en el proceso de concreción del mandato normativo abstracto a la realidad social que representa el caso concreto, porque aporta pautas interpretativas de aplicación probable, siempre convenientes y absolutamente indispensables en los supuestos en que el legislador renuncia a delimitar exhaustivamente la materia de prohibición y recurre a los llamados tipos penales “abiertos”, a “cláusulas generales”, o introduce elementos valorativos en el tipo, cuya aplicación requiere una previa labor de concreción que puede considerarse “cuasinormativa” [MADRIGAL, 2008: 5].

∞ La aplicación de un documento normativo –norma legal, tratados, costumbre– por la autoridad judicial es fungible respecto de la interpretación –su área semántica coinciden o, mejor dicho, existe una superposición parcial de las áreas semánticas de ambos supuestos–. Ello se debe a los enfoques propuestos por la Escuela Histórica del Derecho (SAVIGNY). Pero, la actividad de los jueces, a diferencia de la actividad de los juristas u otras personas u operadores jurídicos, tiene consecuencias relevantes sobre las situaciones jurídicas de otros sujetos, y la continuidad o discontinuidad de cuyas operaciones tiene repercusiones importantes para la estabilidad o la mutación de un sistema jurídico; y, por tanto, tiene un carácter creativo de derecho nuevo y no reducibles a un mero fenómeno intelectual ni a una mera atribución de significado a documentos –la interpretación para la aplicación, que es el caso de los jueces, se presenta en forma de motivación– [TARELLO, 2015: 64/69].

∞ Ahora bien, es verdad que en la actividad de los jueces la aplicación presupone interpretación de una disposición legal –el DICCIONARIO DEL ESPAÑOL JURÍDICO reconoció que la interpretación es la determinación del sentido de una norma o regla de derecho con ocasión de aplicarla al caso concreto, así como que constituye una de las facultades básicas de los jueces y tribunales [2016: 963]–. Pero ahí no queda la aplicación. Ésta entraña la labor de *subsunción*, esto es, identificar la

conducta concreta que integra la pretensión procesal con el supuesto de hecho – general y abstracto– del tipo legal. No obstante, para llegar a la subsunción, dos son las tareas que deben acometerse: *(i)* fijación o prueba de los hechos, y *(ii)* reformulación del significado de la norma elegida a la luz del sistema jurídico en su conjunto [PRIETO, 2005: 198].

El Derecho en su fase de aplicación, en todo caso, no permite la certeza –esta incertidumbre hace necesaria una elección por parte del juez, que requiere una adecuación rápida del Derecho a los cambios de las situaciones sociales, la adaptación equitativa del Derecho a los casos concretos particulares, etcétera–. Los jueces realizan, parafraseando a PECZENIK, una “transformación”, un paso no deductivo, un “salto”, cuando derivan de la disposición de la ley (el texto) una norma (el significado atribuido al texto), en mérito a una serie de factores, tales como: *(i)* la textura abierta del lenguaje jurídico, *(ii)* la discrecionalidad de las elecciones semántica y jurídicamente posibles respecto de un contexto dado, y *(iii)* la presencia de ideología, valores e intereses que confluyen en los jueces y otros operadores jurídicos [COMANDUCCI, 2004: 96/97, 99].

En buena cuenta, señalan MORESO–VILAJOSANA, la aplicación del Derecho es una resolución judicial, en la que se plasma el resultado de la actividad consistente en decidir casos individuales a partir de normas generales, sean prescriptivas o constitutivas. Esta actividad, a su vez, ha de estar motivada o justificada, es decir, el fallo de un juez debe estar basado de forma argumentada en las normas jurídicas aplicables y en una descripción adecuada de los hechos relevantes –artículo 139.5 Const.– [MORESO–VILAJOSANA, 2004: 176/177].

∞ En orden al Derecho penal, acotan JESCHECK – WEIGEND, la aplicación de la ley significa (para el supuesto de condena) el pronunciamiento de una pena para un hecho, basado en las leyes en las que se encuentra un comportamiento descrito a través de elementos abstractos (el tipo penal) que está conminado con la pena como consecuencia jurídica [JESCHECK–WEIGEND, 2002: 163]. La ley penal solo se aplica a través del proceso, el cual, por lo demás, se concibe como un método dialéctico que busca ante todo el respeto de las garantías y derechos de quienes en él intervienen, la aproximación de la verdad (histórica, forense o judicial) y la aplicación aceptable del Derecho sustancial –se ha de tomar en cuenta el bloque de constitucionalidad–, de suerte que la Corte Suprema a través del recurso de casación

debe ser consecuente con esta axiología (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia de 20 de octubre de 2005).

∞ Todo ello no hace sino relieves o tener presente que en la interpretación, con fines de aplicación del Derecho, se presentan dudas y controversias en función a tres contextos descolantes: lingüístico, sistémico y funcional. Las **normas jurídicas**, aunque naturalmente estén expresadas en un lenguaje, no tienen solo una “dimensión” lingüística (las normas, claro está, se expresan en un lenguaje determinado), sino que se encuentran insertas también en una dimensión sistemática (forman parte del sistema jurídico) y otra funcional (las normas jurídicas persiguen objetivos o finalidades relevantes).

Estas tres dimensiones o coordenadas explican las dificultades interpretativas, por lo general presentes en la actividad jurisdiccional, a partir de lo cual es dable afirmar que los criterios o instrumentos interpretativos, necesarios para concretar esta labor –en el entendido de que se trata de medios o argumentos para la justificación o motivación de las decisiones judiciales–, pueden ser clasificados en tres grupos: *(i)* instrumentos del criterio de interpretación gramatical, en el que se situarían el argumento semántico y el argumento a contrario; *(ii)* instrumentos del criterio de interpretación sistemático, al que pertenecen el argumento a coherencia, el argumento sedes materiae, el argumento a rubrica, el argumento sistemático y el argumento de la no redundancia; y, *(iii)* instrumentos del criterio de interpretación funcional, que por su carácter residual engloba el argumento teleológico, el argumento histórico, el argumento psicológico, el argumento pragmático, el argumento a partir de los principios y el argumento por el absurdo. El juez debe, pues, someter el significado propuesto a un triple control o test lingüístico, sistemático y funcional [EZQUIAGA, 2017: 218/219], y la Corte Suprema, a través del recurso de casación, debe controlar el rigor de este procedimiento hermenéutico.

∞ En atención a lo expuesto es patente que debe redefinirse lo que debe entenderse por “adecuada aplicación del Derecho objetivo” y “uniformidad de la jurisprudencia”.

1. La finalidad nomofiláctica –esta palabra etimológicamente proviene de los vocablos griegos *monos*, “ley” y *philasso*, “guardar, vigilar, cuidar”– consistirá en asegurar que la ley material y procesal, que todo juez está llamado a aplicar, sea interpretada, siguiendo a PERELMAN, de un modo socialmente aceptable. Bajo esta premisa, como afirma PROTO PISANI, la Corte Suprema asume un rol de Corte reguladora de la jurisprudencia. La Corte Suprema, en tal virtud, debe asegurar que esta interpretación sea aceptable por parte de los jueces llamados a aplicar la norma jurídica. En un Estado Constitucional la nomofilaquia, así entendida, atiende a la exactitud del método de interpretación de la ley, pues de esta forma se busca garantizar que la elección de la interpretación esté fundada en las mejores razones, sean estas lógicas, sistemáticas o valorativas desde una motivación razonable y proporcional; de suerte, lo que en rigor hace la Corte Suprema, a través de esta finalidad, no es otra cosa que verificar el respeto del principio de constitucionalidad [GLAVE, 2012: 109].

2. La finalidad unificadora de la jurisprudencia importará una función de “**garantía objetiva**”, conforme a un interés que trasciende de aquel vinculado a la singular controversia: el interés general a la unificación de la jurisprudencia. La función de uniformidad de la jurisprudencia asume un fundamental aspecto de Derecho constitucional –**finalidad de carácter constitucional**– en la medida en que es dirigida a actuar el artículo 2.2 de la Constitución, puesto que el principio-derecho de igualdad de los ciudadanos ante la ley en tanto puede ser plenamente actuado, en cuanto la ley sea interpretada de modo uniforme por los jueces que son llamados a aplicarla. Esta función es cualitativamente diversa de la del juez de mérito, puesto que atiende a formular el derecho a aplicarse no tanto o no solo a la controversia en actuación, sino a aquellas futuras. La interpretación que fija la Corte Suprema está destinada a un valor persuasivo y ejemplar [PROTO PISANI, 2018: 541/542] –aunque en nuestro país, en determinados casos, su valor es de obligatoriedad, ciertamente con cierta flexibilidad, para los jueces–.

Con esta finalidad de unificación jurisprudencial la Corte Suprema cumple un triple encargo: **(i)** aplica la ley de manera calificada; **(ii)** centraliza la interpretación del Derecho objetivo; y, **(iii)** los demás órganos jurisdiccionales deben tomar como paradigmas esta interpretación sin desconocer cada caso en particular. Pero, además, en su labor de construcción teórica y adaptadora del

Derecho objetivo, sirve de inspiración al legislador para la reforma del Derecho [RODRÍGUEZ, 2008: 95]. En esta misma línea se pronunció la Sentencia C-14, de 11 de marzo de 1993, de la Corte Constitucional Colombiana.

A través del recurso de casación, entonces, se persigue un fin que es esencialmente jurídico pero también indirectamente político: defender la integridad del ordenamiento jurídico frente a las desviaciones del Poder Judicial, esto es, “mantener a los órganos jurisdiccionales bajo el imperio de la ley”, sin perjuicio de erigirse en una garantía de la separación de poderes, de la supremacía de la ley democrática y, contemporáneamente, de interdicción de la arbitrariedad, del abuso de poder, del trato discriminatorio y de la contradicción jurisprudencial [MADRIGAL, 2008: 6, 7].

∞ Es pertinente resaltar que HALPERIN, al analizar los nueve primeros años de funcionamiento del Tribunal de Casación francés, esclareció que la creación del partió del reconocimiento unánime de una serie de principios y de recurso de casación la comprobación de desacuerdos en otras máximas, por lo que la Asamblea Constituyente de 1790 adoptó, como era de esperar, una solución de compromiso. Y, entre la línea de unanimidad, bajo una concepción realista –de observación de la práctica de los tribunales–, el legislador constituyente reconoció que el recurso de casación buscaba no solo controlar y reprimir las eventuales violaciones de la letra impresa de la ley por los jueces, sino también mantener la uniformidad de la ley y luchar contra la formación de jurisprudencias divergentes [GUZMÁN, 1996: 27/28]. Por tanto, el rol regulador del *Tribunal de Cassation*, aunque tímidamente, se reconoció desde un primer momento de la historia de la casación.

∞ La *nomofilaxis* –expresión acuñada por CALAMANDREI–, que por lo demás es una función propia de todos los órganos jurisdiccionales, es consustancial a la actividad jurisdiccional [LOREDO, 2004: 201], en la actualidad solo puede ser entendida, señala BRANCACCIO, como “valor tendencial” o “metodológico”, no exacto, por medio de la cual la casación puede dotar de efectividad al principio derecho de igualdad en la aplicación de la ley y a la seguridad jurídica, valores superiores que la casación debe proteger [GARBERÍ – GONZÁLEZ-CUELLAR, 1994:

170]. Su relevancia puntual por la casación estriba, precisamente, en el control de la debida aplicación de las distintas normas a través de la supervisión de la interpretación que de las mismas lleva a cabo el juez de mérito. Esta finalidad de la casación está vinculada, entonces, a la capacidad que tiene la Corte Suprema para conseguir una evolución de la jurisprudencia que puede considerarse, en palabras de BORRÉ, “coherente” y “responsable”, a través del sometimiento de las decisiones innovadoras de los órganos judiciales de instancia ante ella con objeto de que esta última enjuicie su conformidad con el ordenamiento y haga públicos los motivos de su rechazo a admisión, de tal forma que la sentencia puede servir como precedente para la resolución de conflictos posteriores [GARBERÍ – GONZÁLEZ-CUELLAR, 1994: 173].

∞ En cuanto a la **uniformidad de la jurisprudencia**, desde el entendido *(i)* que no existe una única y exacta interpretación de una disposición legal –SALUDEN, en 1983, llegó a decir que en el 99 por 100 de los casos existe cuando menos dos interpretaciones plausibles de un texto normativo–, y *(ii)* que el juez, al decir de FERRAJOLI, no realiza una mera función reconocitiva, sino una función que es siempre el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas; es de reconocer, igualmente, que esta finalidad tendrá un **valor tendencial y espacial**, como consecuencia, acota FRANCESCHELLI, de un sistema social caracterizado por el pluralismo y las rápidas transformaciones sociales. No obstante ello, es de tener en consideración, como apuntaba DE OTTO, la existencia de una pluralidad de órganos jurisdiccionales no es un requisito o exigencia de la función jurisdiccional, cuyos efectos en relación a la dispersión de sus decisiones, se busca corregir mediante la organización en grados del Poder Judicial y la existencia de recursos devolutivos; y, siguiendo a VELA, la presencia de un órgano jurisdiccional que indique el camino a seguir a los jueces es necesaria para hacer que la unidad de las fuentes creadoras del derecho se corresponda con la unidad de las fuentes realizadores del mismo [VECINA, 2002: 134/135].

Por ende, esta finalidad **uniformadora** se funda en la necesidad de que se sienten unas bases para asegurar la igualdad y la seguridad jurídicas. Así, entonces, resulta imprescindible que la competencia para conocer de los recursos de casación se atribuya a un único órgano que determina la interpretación más adecuada en cada momento, garantizando igualmente la oportuna evolución de los criterios

jurisprudencial al objeto de adecuarlos a las necesidades sociales urgentes [LOREDO, 2004: 203].

∞ Queda claro que la **uniformidad** como fin primordial de la casación exige un único órgano jurisdiccional –esto es lo propio y exclusivo de la Corte Suprema– que se encargue de unificar el criterio con el que ha de interpretarse y aplicarse las leyes, así como consolidar la necesaria y debida actualización de los criterios interpretativos. La Corte Suprema, mediante el recurso de casación, sirve a una finalidad diferente de aquella a la que sirven todos los órganos jurisdiccionales [CALAMANDREI, II, 1945: 29]; finalidad que es eminentemente pública, dirigida a la obtención de la seguridad jurídica mediante la certeza de la aplicación uniforme del Derecho [BARJA DE QUIROGA, 2019: 2696].

La finalidad de **uniformidad**, a su vez, acota CABAÑAS, ha de cumplirse tanto de una vertiente externa como interna. La primera, la externa, es la que se le interrelaciona con los órganos jurisdiccionales inferiores (en este sentido vertical), por lo que verificará el adecuado empleo de la legalidad al supuesto de hecho examinado y evitando así desviaciones. La segunda, la interna u horizontal, es la unidad de criterios desplegada por las propias Salas Jurisdiccionales de la Corte Suprema al aplicar su jurisprudencia. Con la consecución del primer aspecto la Corte Suprema preserva el valor de la seguridad jurídica y una aplicación en lo posible igualitaria de la ley entre los ciudadanos ante supuestos de hechos similares facilitando la predecibilidad de las decisiones; y, con el segundo aspecto, la propia Corte Suprema se vincula de hecho por la aprobación de los criterios jurisprudenciales que ha forjado él mismo, y no puede separarse de ellos si no los motiva suficientemente y con vocación de vocación de generalidad futura [CABAÑAS, 2010: 396/397].

La **uniformidad** tiene, asimismo, un directo entronque constitucional desde el principio de unidad jurisdiccional (artículos 138, primer párrafo, y 139, inciso 1, Const.), que, en palabras de BUENDÍA, no solo tiene que observarse desde la exclusiva óptica de la organización del Poder Judicial, también hace referencia, por no tener un significado unívoco, a la unidad material del Ordenamiento jurídico. No es suficiente que los jueces sean exclusivos y únicos en su labor jurisdiccional, además es necesario que en sus decisiones exista unidad y coherencia, dentro del lógico respeto al principio de independencia judicial y de

la necesaria evolución y adaptación del Derecho. Se demanda, por consiguiente, dice LÓPEZ AGUILAR, unidad jurisdiccional no sólo en los medios, sino también en los cometidos y resultados, pues el sistema jurídico se basa en los principios de unidad, integración y completitud, los que a su vez deben encontrar reflejo en la función jurisdiccional [BUENDÍA, 2006: 254].

A final de cuentas, en este caso es de relieves que la tarea de aplicar el Derecho implica, por fuerza, una labor interpretativa y, como tal, ante las diversas soluciones posibles, es imprescindible un órgano jurisdiccional único que se encargue de uniformizar las decisiones. Ello, consecuentemente, sirve para el adecuado desarrollo del derecho-principio constitucional de igualdad y, además, permite utilizar la casación como sistema para controlar la aplicación de las normas por los jueces de instancia. La misión que resulta de esta finalidad trae indefectiblemente consigo el establecimiento de la seguridad jurídica, valor esencial de un Estado Constitucional [BARJA DE QUIROGA, 2019: 2697]. Esta finalidad, por consiguiente, encuentra su fundamento constitucional en la puesta en relación del artículo 139.3 con el artículo 2.2 de nuestra Ley Fundamental, es decir, en la integración de los derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso con los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica [GIMENO, 2008: 118].

Pero no solo eso, es de tener en consideración que la nomofilaquia también se refuerza en los tiempos actuales, frente al desorden legislativo, a las constantes intervenciones legislativas, a la mala factura de las normas, a la incerteza que genera la sucesión caótica de reglas referidas a una misma materia, etcétera, que es lo que se denomina “descodificación”, porque a la Corte Suprema, como apuntó DENTI, le corresponderá una intervención autoritativa que elimine las incertezas interpretativas –éstas provienen de los jueces de mérito, que son muchos, pero no pueden extenderse a la Corte Suprema que es una y, como tal, debe decir una sola palabra: la última [CHIARLONI, 2008: 66].

∞ En conclusión, la primera nota esencial que es de destacar que el objetivo último y principal de la regulación del recurso de casación, según los Códigos Procesal Civil y Penal, se centra, como finalidad primordial, en la unificación y creación de jurisprudencia para, partiendo de él –del objetivo o finalidad por la que se

instituyó–, satisfacer los derechos de las partes [CALDERÓN, 2017: 478]. Parafraseando parcialmente a ALSINA es de sostener que la uniformidad en la aplicación del Derecho objetivo es una consecuencia necesaria de la unidad del ordenamiento jurídico, que es lo que corresponde hacer a la Corte Suprema ante el riesgo de conclusiones contradictorias de los órganos jurisdiccionales de mérito [ALSINA, 1942: 664].

La **unidad** en la interpretación y aplicación del Derecho, como garantía de los derechos a la igualdad y seguridad jurídica de todos los ciudadanos, exige un órgano jurisdiccional superior –la Corte Suprema– que actúe no solo de árbitro de diferencias, sino del efectivo instrumento de decisión última que dote a los ciudadanos del instrumento eficaz para obtener la garantía de aquellos derechos – el recurso de casación, sin duda– [MADRIGAL, 2008: 7].

Desde esta perspectiva, entendido así el recurso de casación, se tiene, según explica PALACIOS PAREJA, que:

1. La interpretación del Derecho objetivo está dirigido predominantemente al futuro, dirigida a influenciar la jurisprudencia sucesiva –el CPP y la LOPJ orientan la misión de la Corte Suprema hacia la creación de precedentes (vid.: artículos 80.4, 22 y 116 LOPJ, así como artículo 433 CPP)–.
2. El objeto de la tutela de la legalidad encomendada a la Corte Suprema, a través del recurso de casación es la individualización del significado propio del precepto considerado en sí mismo –La Corte Suprema realiza una actividad interpretativa orientada a indicar en términos generales aquellos que considera como la interpretación propia de la norma–.
3. La tutela de la legalidad importará la elección de los alcances de un precepto legal que mejor corresponda a criterios de valor derivados del sistema jurídico.
4. La unificación de la jurisprudencia está en función a los valores de igualdad, seguridad jurídica y certeza del derecho en tanto objetivos a alcanzar en la impartición concreta de justicia.
5. El objeto de la garantía de la legalidad es el sistema de las normas jurídicas. Cuando se desarrolla este control sobre el caso concreto es solo un aspecto específico para el desarrollo de una función de carácter general. El específico objetivo institucional consiste en la actuación de la ley en cuanto tal, más que sobre la satisfacción del interés particular [PALACIOS PAREJA, 2015: 505/507] –recuérdese que esta última finalidad está cubierta por el recurso de apelación–.

∞ Los **valores** contenidos en lo que se entiende por nomofilaquia y uniformidad, desde la común perspectiva de la interpretación, asegurada a través de la autoridad de la Corte Suprema, son cuatro:

Primero. El principio de igualdad (tratar las situaciones iguales en modo igual), de modo que, como resaltó SCHAUER, la igualdad como tal y el respeto del precedente representan, respectivamente, el perfil espacial y el perfil temporal del más amplio principio normativo de coherencia.

Segundo. La predecibilidad de las decisiones, que reduce la conflictualidad y permite seguridad y programabilidad del tráfico jurídico.

Tercero. La autoridad misma de la Corte Suprema, de suerte que la coherencia interna determinada por decisiones estandarizadas en un sistema de precedente produce un reforzamiento de la institución judicial en el cuadro de los poderes del Estado.

Cuarto. La eficiencia, en cuya virtud una praxis jurisprudencial uniforme requiere de los jueces que se adecuen a una cantidad de trabajo intelectual incomparablemente menor de la requerida a quien se dedica a resolver cada caso en particular sin apoyarse o quererse valer de la *auctoritas rerum similiter iudicatarum* –menor cantidad de trabajo para cada caso en particular significa mayor eficiencia de la actividad jurisdiccional en su conjunto gracias a la superior velocidad del proceso decisorio, con mayor cantidad de casos definidos por unidad de tiempo– [CHIARLONI, 2008: 58].

∞ Se ha venido sosteniendo que el recurso de casación tiene una tercera finalidad, la **dikelógica**, que importa dispensar justicia en el caso concreto –el Tribunal Supremo no debe perder de vista la justicia del caso–, más aún si nuestra casación, como la hispana, desde siempre fue jurisdiccional y realizó no solo tareas de jurisdicción negativa sino también de jurisdicción positiva (fallo rescindente y rescisorio), de suerte que siempre debe advertir las necesidades de tutela de los justiciables, pero sin necesidad de convertirse en una tercera instancia. Aceptando esta finalidad, HITTERS plantea que puede lograrse de forma “oblicua o indirecta”, esto es, por medio del control de las infracciones legales, revisando la correcta aplicación (en sentido amplio) y la doctrina legal, lo que básicamente se plasma a

través del control de la motivación de la decisión de vista [HITTERS, 1998: 179/180]. Este mismo autor sostiene que si se privilegia esta tercera finalidad el riesgo es convertir la casación en una tercera instancia [HITTERS, 1998: 438].

Es correcto sostener que uno de los fines del proceso penal es la decisión sobre la punibilidad del imputado: *(i)* materialmente correcta, *(ii)* obtenida conforme al ordenamiento procesal penal y *(iii)* que restablezca la paz jurídica, siempre desde una lógica de ponderación de estos tres criterios [ROXIN – SCHÜNEMANN, 2019: 59] –de su confluencia proporcional se desprende la meta de justicia del proceso jurisdiccional–. Sin embargo, no debe confundirse la meta del proceso con fin de un concreto recurso, ni siquiera, a su interior, del sistema de recursos en general.

∞ De modo fundamental corresponde al recurso de casación, por sus notas características y limitación, la finalidad homogeneizadora. La defensa del derecho del recurrente se cumple con el recurso de apelación con una doble instancia efectiva y generalizada –hacer justicia es su misión esencial–. La evolución que sufrió el recurso de casación especialmente desde los cambios operados en los siglos XIX y XX *(i)* al superarse el positivismo y afirmarse la posición preferente de los derechos fundamentales, *(ii)* al transformarse la aversión que se tenía al Poder Judicial por una similar a los poderes políticos –en especial al Poder Ejecutivo–, *(iii)* al instituirse un Poder Judicial independiente e instaurarse modelos de autogobierno frente al sistema bonapartista, *(iv)* al reconocerse a los jueces la interpretación y aplicación del Derecho objetivo e, incluso, el control de la constitucionalidad de la ley –supremacía de la Constitución–, y *(v)* al consolidarse un sistema procesal penal de corte acusatorio (oralidad, publicidad, inmediación y libre apreciación de las pruebas), autoriza a entender de modo distinto el rol que debe cumplir.

Es claro que la absolución del grado en casación inevitablemente afectará a las partes litigantes, más aún cuando esté en examen la efectiva tutela de los derechos fundamentales –por su posición preferente la potestad casacional estará en relación con el contenido y rol (ámbito) del derecho fundamental presuntamente afectado y a su efectiva restitución satisfaciendo los intereses del recurrente (el cumplimiento del *ius constitutionis* se confunde con los derechos del imputado)–, pero ello en modo alguno equipara la justicia del caso concreto, como efecto

colateral, con la finalidad propia: uniformidad en la aplicación del derecho y de la jurisprudencia nacional [ASENCIO, 2015: 486/493, 499].

1.2.2.2 FUNCIONES DE LA CASACIÓN

∞ Determinada la **finalidad** de la casación, esto es, el fin, objeto o motivo para el que se fundó o instauró: uniformidad del Derecho y nomofilaquia –en la concepción inaugurada por CALAMANDREI, de controlar que los jueces no se aparten de la ley y que se mantenga en el Estado una uniformidad de la jurisprudencia [LÓPEZ IÑIGUEZ, 2004: 137]–, resta determinar las funciones de la casación, vale decir, la tarea que corresponde a la casación –exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia mediante el recurso de casación– [DRAE, 2019: Voces: fin, finalidad y función].

Es obvio que la casación (**i**) en tanto institución jurídica que consagra la necesidad de una interpretación –diremos nosotros– aceptable –que no exacta– del Derecho y la uniformidad de la jurisprudencia como valor tendencial y espacial, y (**ii**) en cuanto recurso jurisdiccional persigue la reparación de un agravio en beneficio del recurrente [LÓPEZ PULEIO, 2004: 208], aunque como efecto colateral, de suerte que se presenta una permanente tensión entre las funciones denominadas *ius constitutionis* –protección del derecho de los litigantes– y *ius litigatoris* –protección del interés público–.

∞ Desde la perspectiva inaugural de CALAMANDREI, en el recurso de casación el *ius constitutionis* es una consecuencia de la finalidad **uniformadora** que se le encomienda. Esta finalidad, primero, posibilita que el ordenamiento jurídico no acabe siendo un galimatías de interpretaciones divergentes –además, si los órganos jurisdiccionales inferiores siguen la jurisprudencia del Tribunal Supremo, evitarán con mayor probabilidad la casación de las resoluciones que dicten–; y, segundo, favorece la existencia de una interpretación homogénea del ordenamiento jurídico [NIEVA, 2003: 78]. El *ius constitutionis* es, a nuestro juicio, compatible con la protección del ordenamiento jurídico, que se tutela a través de la **finalidad uniformadora**, única a cargo de la Corte Suprema por su posición institucional. **Uniformar** solo puede hacerlo un único órgano situado en la cúspide

del sistema judicial y, además, solo es posible en mayor medida a través del recurso de casación, en tanto por su naturaleza jurídica perfila su actuación en la dimensión de cohesionar el ordenamiento jurídico.

Es verdad que el recurso de casación, en cuanto medio de impugnación, es instado por la parte que resulte afectada por una resolución judicial, pero su viabilidad está condicionada a que se perfile un interés público centrado en la uniforme aplicación del Derecho objetivo. El *ius litigatoris* solo determina la posibilidad de articular el recurso de casación a fin de examinar la justicia de la decisión –es el émbolo principalmente impulsor del recurso–, pero solo puede concretarlo desde la protección del interés público. La salvaguarda de los principios de igualdad ante la ley y de seguridad y certidumbre jurídicas cobra su último sentido y su plena eficacia en cuanto inciden, por vía de consecuencia en la solución del caso concreto y con ello en la protección de los derechos de los litigantes [GUZMÁN, 1996: 49/50]. La hermenéutica de la misión uniformadora refuerza el valor de la seguridad jurídica; el saber la gente y los operadores jurídicos “a qué atenerse” sobre el **derecho viviente**, que es el que se fija en la doctrina de los fallos de la Corte Suprema [MORELLO, 2000:107/108]. Es verdad, como acota NIEVA, que el recurrente posee un interés jurídicamente protegible y, en la medida de lo posible, la *Cour de Cassation* debe brindarle dicha protección [NIEVA, 2003: 80], pero ello se entronca ineludiblemente en el objetivo fundamental de la infracción del ordenamiento jurídico y de la unidad interpretativa del mismo.

Lo relevante es la finalidad atribuida al recurso de casación y las consecuencias o resultados del mismo. Si solo, como **función**, se busca el *ius litigatoris*, aunque se limite el ámbito de conocimiento del recurso, la casación será una tercera instancia. Por el contrario, cuando lo pretendido sea otra finalidad, más general, no será tal tercera instancia, pues, aunque coetáneamente se logre satisfacer un derecho interés, la razón del recurso será la protección de la igualdad ante la ley y sus repercusiones excederán al concreto asunto analizado [ASENCIO, 2015: 476].

∞ La **unificación de la jurisprudencia** es la finalidad superior para que a través del recurso de casación –rol exclusivo de la Corte Suprema– se unifique la jurisprudencia. Por medio de la uniformización jurisprudencial, a su vez, se consolidará una aplicación aceptable del Derecho en la búsqueda de su coherencia interna. No se trata de afirmar que el *ius constituionis* es compatible con la finalidad nomofiláctica

y el *ius litigatoris* lo es con la finalidad unificadora de la jurisprudencia, pues lo último, propia del Tribunal Supremo, no puede materializarse adecuadamente sin la aceptable aplicación del Derecho.

La defensa del *ius constitutionis* y la tutela del *ius litigatoris*, a final de cuentas, aun cuando se entienda, como sostiene JAUERNIG, que el fin primordial de la casación es la consecución de la **uniformidad jurisprudencial**, son elementos indisolubles en cuanto a la tarea de la Corte Suprema. Lo que interesa a la generalidad, también debe interesar al particular. Lo que interesa al Estado también interesa al particular pues la defensa del Ordenamiento jurídico, no hace sino coadyuvar con el concreto interés de la parte que recurre [BUENDÍA, 2006: 89].

Por lo demás, si se reputa que los intereses de las partes están suficientes garantidos en las instancias inferiores –específicamente con el principio de doble grado de jurisdicción, que es lo que legalmente ha sancionado nuestro Ordenamiento (artículo 11 *in fine* LOPJ)–, el recurso de casación está destinado, exclusivamente, a llenar una función pública con prescindencia de los intereses de las partes: afianzar los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad [ALSINA, 1946: 665].

En **conclusión**, como apunta ASENCIO, la función uniformizadora, aunque atienda a la sujeción de los tribunales a la interpretación de la ley que efectúa el Tribunal Supremo, supera a aquella en tanto asegura, al menos la igualdad en todo caso y la seguridad jurídica [ASENCIO, 2015: 497].

∞ Es de enfatizar que si se potencia decididamente la función uniformadora –al punto que, concordante con esta perspectiva, el artículo 427.4 CPP da lugar, excepcionalmente, al recurso de casación cuando la Sala Penal de la Corte Suprema: “...*considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial*”; y, el artículo 429.5 del mismo Código introduce un específico motivo de casación cuando “...*la sentencia o auto se aparte de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional*”–, en detrimento de la nomofilaxis y de la salvaguarda del *ius litigatoris*, ello es así porque el legislador estimó que estas dos últimas no son finalidades y funciones esenciales del recurso de casación, ni para su satisfacción se requieren necesariamente los servicios de un

único órgano jurisdiccional situado en la cúspide de la organización judicial, cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional [GIMENO, I, 2007: 619/620].

∞ No es posible que esta función, encaminada preferentemente –nunca exclusivamente– a la **unificación de la jurisprudencia**, sin tener presente no solo el principio de legalidad, sino también los principios de seguridad jurídica y de igualdad, sin perjuicio de excluir la arbitrariedad, cuya relevancia constitucional es indiscutible. El Tribunal Constitucional ha definido estos cuatro principios.

1. El principio de legalidad exige que el juez encuentre el Derecho aplicable al caso concreto al amparo del *iura novit curia*, y que la norma jurídica correspondiente la interprete razonablemente pues está sometido a ella, individualizándola en el caso sometido a su conocimiento. La Corte Suprema, mediante el recurso de casación, defiende este principio controlando que los jueces apliquen aceptablemente las disposiciones legales. Pero es de entender que la sujeción del juez a la ley, que dimana del principio de legalidad, siguiendo a FERRAJOLI, no es sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto **válida**, es decir, coherente con la Constitución; la **validez** no se entiende como mera existencia formal de la ley, sino es una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menor opinable y siempre remitida a la valoración del juez [FERRAJOLI, 2010: 26].

Este principio, explicó HASSEMER, suscita seis reflexiones centrales. Así: **(i)** Es una expresión general del interés del legislador en imponer su voluntad a la praxis judicial y del interés de la jurisprudencia en la consistencia de su acción, y experimenta en el Derecho penal un reforzamiento específico. **(ii)** Procede del *Code pénal* francés de 1810, seguido por el Código penal prusiano de 1851 y por el Código Penal del Reich de 1871 (StGB). **(iii)** Tiene su fundamento en los ideales de la Ilustración, al punto que apareció a la luz no sólo como *Magna Charta Libertatum del delincuente*, sino primeramente como *Magna Charta Libertatum del ciudadano*. **(iv)** Con la teoría del conocimiento del idealismo alemán y de la filosofía política de la Ilustración murió la fe generalizada en el Derecho natural como fuente y guía del Derecho positivo, lo que fue preparado por la teoría del Contrato social (*contrat social*) –esta última encontró la justificación del Derecho en la voluntad del hombre racional en la “*volonté générale*”, y sabía que la clave se

encontraba en el criterio de la “racionalidad”, la cual se ha de imponer a través de un contrato, imaginado idealmente, que realizarían todos los miembros integrantes del Estado—. (v) Desde la declaración de independencia de los Estados Unidos de 1776 hasta la declaración francesa de 1789 el principio de legalidad ha sido concentrado en el Derecho penal, lo cual es lógico porque los límites de la libertad que traza el Derecho penal no sólo son límites de la libertad individual, sino también límites de la intervención estatal. (vi) Contemporáneamente este principio mantiene diversas exigencias tanto frente al legislador como frente al juez; del legislador exige que formula las descripciones del delito del modo más preciso posible (*nullum crimen sine lege certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*nullum crimen sine lege praevia*); y, del juez exige que sus condenas se basen en la ley escrita y no en el derecho consuetudinario (*nullum crimen sine lege scripta*) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del afectado (*nullum crimen sine lege stricta*: la llamada “prohibición de la analogía”) [HASSEMER, 1984: 310/314].

2. El principio de seguridad jurídica ha sido calificado como un principio consustancial al Estado constitucional, implícitamente reconocido en la Constitución y una garantía que informa todo el ordenamiento jurídico. Es un valor superior que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (STC 001-2003/AI-TC, de 4 de julio de 2003). Este principio no es un bien en sí mismo para la casación sino que surge de la propia práctica de la casación; es el efecto instantáneo de la legalidad [GUASCH, 1998: 168].

3. El principio de igualdad, reconocido por el artículo 2.2 de la Constitución, se concibe en dos planos convergentes. Como un principio rector de la organización y actuación del Estado Constitucional, y como un derecho fundamental de la persona. En este último sentido, la igualdad comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratad igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. Sin embargo, este derecho no significa,

siempre y en todos los casos, un trato legal uniforme hacia los ciudadanos; supone tratar “igual a los iguales” y “distinto a los que son distintos” (SSTC 0261-2003/AA-TC, de 26 de marzo de 2003; y, 0016-2002/AI/TC, de 30 de abril de 2003). Desde la perspectiva judicial el presupuesto de la desigualdad en la aplicación de la norma jurídica exige que un mismo órgano judicial no dicte resoluciones contradictorias en identidad de supuestos de hecho y en la adscripción de significados a la norma jurídica; y, desde otro ángulo la igualdad se manifiesta distinguiendo de manera razonable y justificada entre situaciones diferentes [GUASCH, 1998: 171].

Respecto a este último punto, tiene expuesto el Tribunal Constitucional Español que “Mientras que el principio de igualdad ante la Ley es de carácter material y pretende garantizar la identidad de trato de los iguales, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es predominante formal, de manera que lo que exige no es tanto que la Ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal” (STCE 1/1990, de 15 de enero). Por lo demás, el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas (STCE 76/2005, de 4 de abril).

La disposición del artículo 2.2 de la Constitución, al decir de GUASTINI, es un principio (a) con antecedente abierto –no enumera exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia relativa, o no enumera exhaustivamente las excepciones en presencia de las cuales la consecuencia no se produce– y (b) defectible –admite excepciones implícitas, no establecidas por la norma, ni por ninguna otra norma del ordenamiento y, por consecuencia, totalmente indeterminadas–. Además, expresa un principio de igualdad genérico, por lo que los casos iguales deben ser tratados de manera igual, y los casos diferentes deben ser tratados de manera diferente. Por un lado, este principio admite excepciones (el legislador debe tratar de manera distinta situaciones objetivamente distintas) y, por otro lado, tiene un supuesto de hecho abierto (el

legislador debe tratar de igual forma situaciones objetivamente iguales) [GUASTINI, 2016: 173/175].

Inicialmente, con la Revolución francesa, la noción de igualdad ante la ley tuvo como finalidad prioritaria la abolición de la sociedad estamental, y se entendió como sumisión de todos los ciudadanos a la misma ley; es decir, igualdad en la aplicación de la ley, de suerte que ésta ha de ser aplicada sin hacer distinciones que no estuvieran prevista por ella misma: el respeto por la igualdad quedaba absorbido en el genérico respeto por la legalidad. Por lo demás, la uniformidad de criterios interpretativos, requisito imprescindible para la igualdad en la aplicación de la ley, quedaba asegurada esencialmente a través del recurso de casación. Contemporáneamente, el principio de igualdad ante la ley ha ido adquiriendo otro sentido: que el contenido de la ley sea igualitario, de suerte que lo decisivo es la igualdad “en la ley” o “frente al legislador”, que denotó la quiebra del antiguo “legicentrismo” y la consiguiente implantación en los Estados modernos de mecanismos de control de constitucionalidad, en el que ambos sentidos del principio de igualdad (igualdad ante la ley e igualdad en la ley) coexisten y se complementan mutuamente [DÍEZ PICAZO, 2013: 178/179].

4. El principio de interdicción de la arbitrariedad se entiende como la prohibición o exclusión de la arbitrariedad, entendida genéricamente como el reverso de la justicia y el Derecho, y en concreto como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como todo aquello carente de vínculo con la realidad. Está proscrito por el derecho *(i)* lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; *(ii)* lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y, *(iii)* lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica (STC 0090-2004/AA-TC, de 5 de julio de 2004). En esta misma perspectiva el Tribunal Constitucional Español tiene expuesto que el precepto que lo contiene tiene un carácter general e indeterminado, y que lo arbitrario es *(i)* cuando un acto de un poder público engendra desigualdad o una discriminación, *(ii)* cuando ese acto carece de toda explicación racional o no se asienta en criterios objetivos, legítimos y razonables, o *(iii)* no entra dentro del margen de configuración del que goza el órgano público en ejercicio de su libertad de opción en este ámbito [SSTCE 73/2000, de 14 de marzo; 27/1981, de 20 de

julio; 108/1986, de 29 de julio; 174/2016, de 17 de octubre; y, 140/2015, de 22 de junio].

∞ Es de insistir en la primacía de la finalidad de **uniformización de la jurisprudencia** y de la correspondiente función centrada en el *ius constitutionis* importa asumir, desde luego, una concepción de la Corte Suprema en dos niveles:

1. Desde la tarea que tiene, como un órgano jurisdiccional de precedentes, en el que prevalece una misión proscriptiva en la resolución de los casos; es decir, no el control de las decisiones de las Cortes Superiores, sino la uniformización de la jurisprudencia.

2. Desde la perspectiva técnica, como un órgano jurisdiccional extraordinario; esto es, que no reanuda el objeto procesal sino controla la corrección jurídica de las decisiones de las Cortes Superiores. Solo debe preocuparse con la cuestión de Derecho— [CAVANI, 2018: 143/144, 150]—.

Es verdad que el artículo 384 reformado del CPC hace referencia a la nomofilaquia pero referida al caso concreto. Empero, ello no puede entenderse que la ley impuso una lógica casacional de control de casos y no de precedentes, pues desde la perspectiva meramente recursal —el *pourvois en cassation*, según la doctrina francesa— es imposible que la Corte Suprema no tome en cuenta la pretensión impugnativa. Lo relevante es la perspectiva institucional, que se encarga a la Corte Suprema —como dicen los franceses, la *Cour de cassation*—: uniformidad de la jurisprudencia en función a una aceptable aplicación del Derecho objetivo. El acento, pues, se da en la denominada “función reguladora” de la casación, que es llevada a cabo mediante la interpretación y desarrollo de la ley, lo que da lugar a la creación de normas jurídicas propias: el llamado **Derecho jurisprudencial**, ello en contradicción —siempre aparente— al Derecho positivo, que nace de la ley y da lugar a disposiciones generales y abstractas —que el juez debe respetar, dado que sus decisiones siempre serán *secundum legis*: las decisiones que interpretan la ley agrega algo nuevo al orden jurídico legislado, pero no lo invalida o integra— [HUALDE, 2017: 184].

Como la decisión judicial, en especial de la Corte Suprema aporta un contenido al orden jurídico, no debe limitarse, en perspectiva común, a los litigantes involucrados en el caso —sin descuidarlos, claro está—: se extiende a toda la

colectividad con el carácter de derecho. La decisión de la Corte Suprema no solo revela la interpretación de la ley, sino que también fija la interpretación que debe orientar la vida social y pautar las decisiones judiciales [MARINONI, 2015: 73].

∞ La regulación de los **finesy funciones** del recurso de casación (*pourvois en cassation*) y la misión consiguiente de la Corte Suprema (*Cour de cassation*) permite entender, siguiendo a TARUFFO, a tono con lo estatuido en la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el **tipodeCorteSuprema** que hemos adoptado, con sus propias particularidades, es el del modelo de *Cassation* franco italiana –en todo caso, diferente al modelo de *Revisión* austro-alemán y al modelo la *Supreme Court* del Reino Unido y de Estados Unidos–, con el añadido que retiene el control difuso de la constitucionalidad de las normas, bajo el entendido que los principios constitucionales son un factor esencial en la interpretación y en la aplicación de la ley ordinaria de parte de cualquier juez del ordenamiento.

En esta perspectiva, como toda Corte Suprema, la peruana tiene como rasgo común: la tutela y promoción de la legalidad. La tutela tiene un carácter **reactivo**, que se manifiesta cuando una violación del derecho ya se ha verificado y su intervención, entonces, está dirigida a eliminarla y, cuando es posible, a neutralizar o eliminar sus efectos. La promoción tiene un carácter **proactivo**, que se manifiesta cuando sus decisiones están dirigidas a obtener efectos futuros, sea en el sentido de prevenir violaciones de la legalidad, sea en el sentido de favorecer la evolución y la transformación del Derecho.

Respecto de la **legalidad** propiamente dicha, el núcleo fundamental de la misión de la Corte Suprema es su dimensión **reactiva**, en cuya virtud realiza un control de legitimidad de la decisión en el caso individual: verifica si la ley ha sido correctamente aplicada por los jueces de mérito y, además –decimos nosotros–, garantiza la uniformidad interpretativa de la misma dentro del ordenamiento. Es de tener presente que el recurso de casación no está generalizado y no se erige en una suerte de derecho subjetivo individual corresponde a toda parte en todo proceso; está sujeto a determinados presupuestos y, excepcionalmente, puede extenderse a otros supuestos si el caso lo amerita –casación discrecional–, con lo que asume una función **proactiva** que se orienta a la solución de cuestiones específicas

pero capaces de orientar decisiones futuras sobre problemas de relevancia jurídica supraindividual.

Los derechos fundamentales no son ajenos a la Corte Suprema y al recurso de casación. Es concebido como el primer motivo casatorio. La propia enunciación de los derechos fundamentales, apuntó FERRAJOLI, implica una referencia inevitable a la jurisdicción, pues a ella compete su tutela, en línea reactiva y proactiva.

Finalmente, una modalidad de desarrollo de las funciones de la Corte Suprema es la técnica del precedente y la vigencia del Derecho internacional –a través de su doctrina jurisprudencial–. La LOPJ y el CPP plantean esta posibilidad y la promueven intensamente, aportando incluso por su obligatoriedad, sin duda relativa. Lo que ha faltado es la técnica de la selección de los recursos a fin de cuidar el flujo de recursos que debe y puede resolver el Tribunal Supremo, a partir del *certiorari* anglosajón o, mucho mejor, de la *grundsätzliche Bedeutung* de la cuestión de Derecho invocada con el recurso ante el *Bundesgerichtshof*, y la condición de que la decisión de la Corte realice la *Fortbildung des Rechts* y sea necesaria para la unificación de la jurisprudencia [TARUFFO, 2016: 232/247].

1.2.3 Motivos o causales de casación

1.2.3.1 PRELIMINAR

∞ El Código Procesal Penal, a diferencia del Código Procesal Civil reformado, presenta una multiplicidad de supuestos, que se erigen en causas de pedir específicas. Es de precisar, con carácter previo, que la pretensión impugnativa se dirige a cuestionar una resolución judicial buscando su revocación o nulidad; que la referida pretensión está integrada por la causa de pedir y por la petición; que la causa de pedir impugnativa es el hecho jurídico que da sustento a la pretensión, en pureza, a una de dos consecuencias: el *vitium in iudicando* –se refiere al contenido de la decisión– o el *vitium in procedendo* –se refiere a defectos internos en una resolución o en el procedimiento precedente– (que tratándose del recurso de casación se refiere a los motivos de casación, centrado en la infracción de determinados preceptos legales, materiales o procesales: artículo 429 CPP); que

la petición impugnativa es la manifestación concreta de lo que se pide, esto es, que la decisión cuestionada sea invalidada o revocada [CAVANI, 2018: 56/58]; que, finalmente, debe diferenciarse la pretensión de los fundamentos de la misma, pues los fundamentos impugnativos son las argumentaciones tendientes a demostrar la existencia del error configurativo del motivo [LLOBET, 2017: 692]. Así fluye, por lo demás, de los artículos 358 y 388, incisos 2 y 4, CPC; y, 405, apartado 1, literal c) y 430.1 CPP.

∞ Conforme a la estructura normativa del artículo 429 CPP, se puede afirmar lo siguiente:

1. Reconoce varios motivos o causales de casación (*moyens*) –condiciones de la impugnación, el decir de CARNELUTTI–: cuatro en total. Se catalogan a partir de tres modalidades clasificatorias: **(i)** teniendo en cuenta la jerarquía de las normas: inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, incisos 1 y 4) y vulneración de preceptos ordinarios (artículo 429, incisos 2 y 3); **(ii)** en función al tipo de norma en que inciden: normas jurídicas (los cuatro primeros incisos del artículo 429) y jurisprudencia (artículo 429, inciso 5); y, **(iii)** en función a la naturaleza de las normas: quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, incisos 1 y 2) e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3).

2. Desde las variedades de casación, es decir, según las características de la violación incurrida, se tienen seis: **(i)** la inobservancia, **(ii)** la indebida o errónea interpretación, **(iii)** la indebida o errónea aplicación, **(iv)** la falta de aplicación, **(v)** la ilogicidad, y **(vi)** el apartamiento.

3. Por otra parte, la casación puede clasificarse **(i)** en función a los presupuestos y circunstancias procesales, y **(ii)** en función a los derechos que procura proteger. Se trata de especies o formas de casación [FIERRO, 2013: 19, 23].

* En el **primer tipo clasificatorio**, se tiene, en primer lugar, la casación usual, la habitualmente utilizada para recurrir decisiones judiciales de segunda instancia (artículos 427, apartados 1 y 2, y 429 CPP); en segundo lugar, la casación excepcional o discrecional, que se permite en aquellos casos en que usual o habitualmente no sería posible acudir en casación, pero que es viable, discrecionalmente, en razón a la necesidad de desarrollo jurisprudencial (artículos 427, apartado 4, y 430, apartado 3), o como estatuye el artículo 392-A del Código Procesal Civil, cuando

sea menester cumplir con algunos de los fines previstos en el artículo 384: nomofilaquia y uniformización jurisprudencial; en tercer lugar, la casación vinculada al objeto penal, al objeto civil o mixta, según se denuncien situaciones exclusivamente referidas a lo penal (artículo 427, apartados 1 y 2), a lo civil (artículo 427, apartado 3), o a ambos –penal y civil acumulativamente–; y, en cuarto lugar, por la petición o *petitum* que trae consigo (anulatorio o revocatorio: artículo 388, inciso 4, CPC), la casación puede ser rescindente y, conjuntamente, rescindente y rescisoria, según se vulnere una norma procesal o una norma material, siempre y cuando, en este último supuesto, se requiera o no un nuevo debate para decidir sobre el fondo del asunto (artículo 433, apartado 1).

* En el **segundo tipo clasificatorio**, se tiene la casación material y la casación procesal. La primera está circunscripta a las normas de Derecho material y, también, a las normas procesales aplicables al momento del enjuiciamiento, pero que no rigen la forma y los límites de la potestad de resolver, sino que influyen en el propio sentido estimatorio o desestimatorio del pronunciamiento sobre la pretensión [ORTELLS, 2001: 586]. La segunda está referida a las reglas de procedimiento y garantías o derechos procesales: normas reguladoras del proceso y de la sentencia. Los vicios o errores pueden ser *vitium in iudicando in iuris*, *vitium in iudicando in factum*, y *vitium in procedendo*, según se trate **(i)** de error en la declaración del Derecho, de la norma que debe regular el caso; **(ii)** de error que se origina tanto en una desacertada declaración de los hechos respecto de la valorabilidad de los medios de prueba, cuanto en una equivocada apreciación de los medios de prueba, lo que conduce, en ambos casos, a la aplicación indebida de una norma material ajena a la solución del conflicto y la inaplicación de la norma que debe regular el caso; y, **(iii)** de error en las reglas de las formas propias del juicio o del procedimiento o en la violación de las garantías procesales de las partes (**yerro de estructura** y **yerro de garantía**) [FIERRO, 2013: 155, 160, 228].

∞ Mucho se ha discutido si esta pluralidad de causales autónomas y de variedades de casación resulta razonable y si es posible reconducir la casación a una sola causal y variedad: infracción normativa (sea de norma de derecho de carácter general o de la doctrina legal o jurisprudencial). Esta última opción es la que asumió, por ejemplo, la Ordenanza Procesal, Civil y Penal, Alemana y, en nuestro país, el

Código Procesal Civil reformado, con lo que se evitó una tendencia al formalismo enervante en el acceso a este recurso extraordinario al punto de desestimarlos liminarmente cuando no se realizaba una correcta precisión de la variedad de casación asumida por el censor o casacionista, es decir, si se trataba de un supuesto de inobservancia, de indebida o errónea interpretación o aplicación, de falta de aplicación, de apartamiento o de ilogicidad –en este último supuesto, vinculado a la garantía de motivación, con la variedad de ausencia de la misma–.

∞ En buena cuenta, la noción de infracción comprende el supuesto en que la norma o jurisprudencia se interprete o se aplique incorrectamente, el de la falta de aplicación, o el de su interpretación o aplicación indebida. Infracción es igual a equivocación –dice el DRAE que equivocación es: “cosa hecha con desacierto”– ; imputar infracción de una norma o jurisprudencia a una decisión judicial es afirmar que en la misma se ha incurrido en error –según el DRAE, error es: “concepto equivocado o juicio falso”– al interpretar o aplicar el derecho y que ésta repercute en la parte dispositiva de la decisión, el error debe trascender a la parte resolutive [MONTERO – FLORS, 2009: 413/414]. Como enseña el DRAE, interpretar es: “determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas”, y aplicar es: “imputar a alguien un hecho o conducta”. En esta misma línea crítica abogaba DE LA RUA, al sostener que todos estos supuestos están comprendidos en la formulación genérica de violación de ley –en todo caso, las diferencias son de modo pero no de sustancia–[DE LA RÚA, 2006: 36, 37].

∞ Ahora bien, es notoria, desde los motivos de casación, la diferencia entre **preceptos constitucionales** –que incluye los principios y valores constitucionales– y **preceptos ordinarios** –que incluso pueden incluir las normas reglamentarias, muy en especial cuando se trata de tipos penales en blanco o, también, abiertos–, y entre legislación y jurisprudencia –en todo caso, su perfil se esclarecerá al examinar cada causal casatoria–.

La diferencia se vuelve, en cambio, confusa y hasta cierto punto redundante, cuanto se ingresa al esclarecimiento de las variedades de casación. En efecto, desde la perspectiva gramatical, se tiene lo siguiente:

1. **Inobservancia**, significa todo aquello que colisiona con el cumplimiento exacto y puntual de lo que la ley, constitucional u ordinaria, dispone. Es sinónima de contravenir, o sea de obrar en contra de lo que está mandado por la ley.
2. **Indebido**, significa lo ilícito o injusto; es decir, lo no permitido legalmente o que no está arreglado a la razón legal.
3. **Erróneo**, significa lo que contiene error o un concepto equivocado. Es un juicio falso al interpretar o aplicar la ley.
4. **Falta de interpretación o aplicación**, significa, de un lado, infringir una disposición, equivocarse al interpretarla o aplicarla, carencia o privación de la interpretación o aplicación de una disposición legal; y, de otro lado, como sinónima de *ausencia*, vale decir, de falta o privación de interpretar, aplicar o motivar –en este último supuesto: formular explicaciones de la razón o motivo que se ha tenido para proceder como se hizo al interpretar, aplicar o justificar una determinada conclusión fáctica o jurídica–.
5. **Manifiesto**, significa patente, claro o indiscutible. Está, específicamente, dirigido a la ilogicidad o, mejor dicho, a la falta de lógica de la motivación, es decir, a lo que no está conforme a las reglas de la lógica.
6. **Apartar**, significa separar; esto es, establecer distancias entre la doctrina jurisprudencial y lo que finalmente se decide en la concreta resolución judicial; no seguir o respetar, irrazonablemente, el precedente judicial.

∞ Bajo el anterior texto del artículo 386 del CPC, la Sala Civil de la Corte Suprema entendió que **falta de aplicación** –o **inaplicación**– de una norma material o de doctrina jurisprudencial importa la omisión de aplicar una norma de derecho material o doctrina jurisprudencial que es necesario para la solución de la controversia (Sentencia 3773/2000, de 2 de septiembre de 2002); que **aplicación indebida** de una norma material tiene lugar cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecido en el proceso –es un supuesto de falsa aplicación de la ley– (Sentencia 1787/2001, de 1 de octubre de 2002); que **interpretación errónea** de la norma significa que si bien se eligió una norma pertinente, se le dio un alcance o sentido que no le corresponde –equivocación o error en el contenido de una norma– (Sentencia 1448/2000, de 30 de octubre de 2000); que **contravención** de normas procesales importa que no se respetaron los derechos procesales de las partes, que se obviaron o alteraron los actos de procedimiento, que se trasgredieron los

normas procesales y los principios procesales (Sentencia 3106/2001, de 31 de julio de 2002).

En esta misma línea, con DE LA RUA, es de señalar que **inobservancia** significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica –es omisión de cumplirla–; y, que **errónea aplicación** es la inadecuación o falta de correspondencia de la aplicada con el caso concreto, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, o es aplicada con una mala interpretación de su mandato –esto último es un problema de errónea interpretación–. En definitiva, la errónea aplicación implicará siempre una inobservancia, y viceversa [DE LA RUA, 2006: 38].

La **falta de aplicación**, explica PABÓN, importa ignorar la existencia de una norma jurídica en vigor, o considerar como norma jurídica una norma que no está ya o que no ha estado nunca en vigor. La **aplicación indebida** es un error de conceptualización, es decir, un error sobre la relación que tiene lugar entre el caso particular concreto y la norma jurídica, en cuya virtud el juez yerra al establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso concreto jurídicamente cualificado y el hecho específico hipotizado por la norma. Y, la **interpretación errónea** es un error de hermanéutica acerca del significado y comprensión de la norma, en cuanto a su alcances normativos se refiere [PABÓN, 2003: 218, 223, 228].

∞ Como se puede colegir de lo anteriormente expuesto, de uno u otro modo, todas estas variedades son innecesarias o sobreabundantes, solo introducen confusión y pueden generar inadmisiones formalistas para acceder al recurso de casación con seria lesión al principio de primacía de los derechos sustanciales, de lograr la paz social en justicia conforme está proclamado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. La rigidez en la interpretación de las normas procesales es contraria a este principio (Sala Civil. Sentencia 454/2001, de 5 de noviembre de 2001). En consecuencia, es de partir de la premisa que resulta imperativo resolver el conflicto jurídico que dio lugar al proceso –en este caso al recurso de casación– y emitir al respecto una decisión motivada en el Derecho objetivo, por lo que es de rigor obviar todo aquello que sea salvable o superable desde la perspectiva procesal en aplicación de la garantía de tutela jurisdiccional. Inadmitir un recurso de casación porque se censuró una decisión judicial bajo el supuesto,

por ejemplo, de indebida aplicación cuando debió invocarse el supuesto de errónea interpretación es un claro ejemplo de formalismo enervante, constitucionalmente rechazable.

Queda claro, como estipuló el Tribunal Constitucional Español, que las formas procesales se han de entender en garantía de los derechos e intereses jurídicos de las partes que intervienen en el proceso –los requisitos formales del acceso a los recursos no son valores autónomos que tienen sustantividad propia, sino que solo sirven en la medida en que sean instrumentos para conseguir su finalidad legítima (STCE 172/1005, de 21 de noviembre de 1995)–; que en estos casos rige el principio hermenéutico *pro actione*, que si bien no opera con igual intensidad en el sistema de recursos, la denegación de un recurso, siendo más rigurosa el acceso a la casación, no permite realizar una interpretación rigorista y formalista de sus condiciones de admisión –las reglas legales sobre la materia deben ser tratadas restrictivamente, es decir, procurando la mayor accesibilidad a dicho remedio procesal extraordinario como integrado en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, atendiendo el “*substratum*” de los derechos en juego (STCE 128/1991, de 6 de junio de 1991)–; que, por tanto, los defectos subsanables deben ser superado; que, en buena cuenta, la función que cumple el examen de las condiciones de admisibilidad de los recursos es la de establecer una garantía de la integridad objetiva del proceso, cifrada fundamentalmente en que la relación jurídica procesal se trabaja adecuada y correctamente, lo que resulta indispensable para la plena eficacia de las garantías constitucionales de relevancia procesal (STCE 37/1995, de 7 de febrero, FJ. 5; Auto 299/1999, de 13 de diciembre, FJ. 4; STCE 241/2007, de 10 de diciembre, FJ. 2).

Se impone, pues, la mitigación del rigorismo del recurso de casación, el cual, progresivamente, se vino produciendo tanto por la introducción de la causal de inobservancia de precepto constitucional, en el que prácticamente cualquier causa razonable de impugnación puede tener engarce en la Constitución, cuanto por la doctrina jurisprudencial de la “voluntad impugnativa” que permite resolver cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado, pero que se entienden comprendidas tácitamente en la impugnación formulada (SSTSE 29/1999, de 23 de enero. 1397/1998, de 11 de noviembre) [CONDE-PUMPIDO, VII, 2000: 198].

En España, por ejemplo, MANRESA incorporó los conceptos de violación, interpretación errónea o aplicación indebida –que la jurisprudencia agregó la violación en positiva y la violación en negativa– como una facilidad para acceder a la casación, pero el Tribunal Supremo exasperó este requisito a límites inauditos, pero a partir de la jurisprudencia constitucional tal formalismo no se pudo mantener por ser contrario al derecho a la tutela jurisdiccional. Al respecto, acota VÁSQUEZ SOTELO, si bien el formalismo debe ser descartado, en cambio debe mantener el rigor formal propio del recurso de casación, que es algo muy distinto. A los jueces de la Corte Suprema deben formularse las cuestiones con rigor y con precisión, que faciliten su comprensión, para que puedan ser resueltas con la misma precisión [VÁSQUEZ SOTELO, 2012: 173/174].

∞ La **inadmisión** de un recurso de casación está sujeta a tres condicionantes esenciales: **1.** Que el recurrente no tenga interés para acceder al recurso (ausencia de conducción procesal y gravamen, e incumplimiento del plazo para recurrir). **2.** Que introduzca un escrito de recurso de casación sin fundamento o materia casatoria, es decir, que no demuestre o evidencie una posible violación de un precepto fundamental (constitucional o legal de directa influencia en la causa). **3.** Que de su estudio previo, irremediamente se descarta la posibilidad de desarrollar alguno de los fines de la casación [parcialmente, OSORIO, 2017: 187]. Esta concepción, sin duda, no impide desestimar liminarmente un recurso de casación, pues la resolución respectiva no implica una resolución sobre el fondo, sino que supone un filtro previo, de manera que únicamente aquellos asuntos que sean admitidos tendrán posteriormente una sentencia sobre el fondo. Tal desestimación no es ilícita, pues como ha precisado la STEDH, caso Prado Bugallo v. España, de 18-10-2011, no puede ser interpretada en el sentido de exigir una respuesta detallada a cada argumento. Es suficiente que el máximo Tribunal haga referencia sólo a las disposiciones legales que prevén dicho procedimiento si las cuestiones planteadas no revisten una importancia especial o no presentan las características suficientes para prever su viabilidad (párr. 46) [BARJA DE QUIROGA, II, 2019: 2750].

∞ Basta, por tanto, unificar el entendimiento de todos estos conceptos, bajo la idea común de infracción, violación o, simplemente, error. Ésta –la infracción

normativa y jurisprudencial, que el Código Procesal Penal divide en varios motivos– se erige más que en el límite, en el presupuesto inexcusable determinante del examen de la Sala de Casación de la Corte Suprema, porque al menos su hipotética fundamentación en uno de los concretos motivos establecidos en la ley es necesaria para la admisión del recurso, esto es, para que subsista el derecho al examen y ulterior decisión de la Corte Suprema [FENECH, II, 1952: 471/472].

∞ Es importante, a modo de **conclusión**, entender, siguiendo a FERRAJOLI, que el proceso penal, en tanto conquista moderna, está conectado tanto con el principio de estricta legalidad penal y con el correlativo proceso de formalización de los delitos y de las penas, cuanto con el principio de legalidad del proceso, a saber de la reglamentación jurídica y, por ende, de la limitación de la potestad coercitiva y punitiva del Estado. El principio de legalidad –**penal** y del **proceso**–, a su vez, se articula en cuatro principios: **jurisdiccionalidad**, **presunción de inocencia**, **ritualidad de los actos**, y **contradicción**. Es en garantía **(i)** de este tercer principio, de ritualidad de los actos – todas las actividades procesales, desde la acusación hasta la adquisición de las pruebas, desde los actos de investigación y enjuiciamiento hasta las sentencias e impugnaciones, y hasta la ejecución de las penas impuestas, deben acontecer en las formas y los tiempos taxativamente previstos por la ley– y, al mismo tiempo, **(ii)** de la correcta interpretación y aplicación de la ley penal, que se establece, por una parte, la posibilidad de recurso de casación y, por otra parte, la publicidad del debate y de las sentencias [FERRAJOLI, 2018: 121, 124].

1.2.3.2 INOBSERVANCIA DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL

∞ El inciso 1 del artículo 429 CPP establece lo siguiente: “*Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías*”. En esta disposición legal se ha identificado, desde una perspectiva lingüística y más allá de su sentido o significado técnico-jurídico, todo precepto constitucional bajo el rótulo de “*garantías constitucionales*”, el cual en todo caso coincide, propiamente, con los derechos, principios, directivas y valores –que es su fundamento cultural–

de jerarquía constitucional. Ello denota la noción de supremacía normativa de la Constitución, que es la fuente que incorpora las normas fundacionales del ordenamiento mismo– y que protegen o reconocen a la persona un ámbito concreto de libertad o de autonomía. Propiamente esta definición se engarza en los denominados “Derechos civiles”, aunque es de entender que desde una perspectiva clasificatoria también se tienen los “Derechos políticos”, los “Derechos sociales” y los “Derechos colectivos”, todos los cuales responden a las exigencias del Estado de Derecho, del Estado democrático y del Estado social y comparten una misma sustancia.

Es de tener presente que una **garantía constitucional** es el conjunto de medios que el ordenamiento constitucional prevé para la protección, tutela o salvaguardia de los derechos fundamentales –que son aquellos que en un ordenamiento dado se reconocen a todas las personas o, en su caso, a todos los ciudadanos por el mero hecho de serlos, como exigencia de su dignidad y como salvaguarda de su libertad y seguridad–. Una nota distintiva, adicional, es que los derechos fundamentales gozan de tutela reforzada [BALAGUER, II, 2014: 29], lo que en todo caso explica por qué se reconoció un motivo específico casatorio.

Los preceptos constitucionales, como se sabe, en tanto la Constitución es una norma jurídica a la que están sujetos los ciudadanos y todos los poderes públicos, son de aplicación directa, excepto cuando su cumplimiento dependa del desarrollo legislativo por declaración expresa de los mismos (STSE de 22 de mayo de 1981). Siendo así, siguiendo a LÓPEZ CASTILLO, de los tres tipos de preceptos que contiene la Constitución: **(i) parte orgánica**, reguladora de la estructura de los poderes públicos y de los modos de producción del Derecho; **(ii) parte dogmática** o de contenido material, esto es, las normas relativas al reconocimiento y protección de los derechos del individuo; y, **(iii) principios y valores constitucionales** [LÓPEZ CASTILLO, 2007: 253], es claro que todos ellos, aunque con especial énfasis, por las materias que se discuten en el proceso penal, los dos últimos deben ser objeto de examen casacional en caso resulten vulnerados por los jueces de apelación. Es misión, por tanto, de la Corte Suprema, a través de este motivo casatorio, velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales, incluidos los principios y valores que las sustentan.

∞ Las disposiciones de la Constitución que mayor relevancia tienen sobre el derecho penal y procesal penal son los derechos fundamentales, cuya incidencia sobre aquellos ámbitos jurídicos es un caso especial de la “fuerza de irradiación” que se proyecta sobre todo el Derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, caso “Lüth”, de 15 de enero de 1958). En el sistema penal (derecho penal, derecho procesal penal y derecho de ejecución penal) esta fuerza es más intensa porque regula las intervenciones más contundentes del Estado en la libertad personal, uno de los derechos más importantes del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución –en cuanto derechos inherentes a la persona y constitutivos de su dignidad– [BERNAL – MONTEALEGRE, I, 2013: 357/359].

La elevada consideración de los derechos fundamentales está estrictamente vinculada al Estado constitucional, que a su vez potencia el rol de la Corte Suprema de garante de la legalidad. El Estado constitucional, enseña FIORAVANTI, es una forma de Estado nueva y original en razón a tres elementos que la cualifican como tal: **1.** La inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona, con la afirmación del principio de rigidez de la Constitución y de control de constitucionalidad. **2.** Una cierta concepción del principio de igualdad, referida a la concreta posición de las personas en la sociedad, con la correlativa problemática de los derechos sociales. **3.** Una cierta concepción del principio democrático, en el sentido de democracia constitucional, y del consecuente necesario equilibrio entre los poderes públicos.

∞ La inobservancia de precepto constitucional tiene en nuestro Código una vía específica de tutela casatoria. No se identifica con la casación material y la casación procesal, que se centra en violación de preceptos de carácter ordinario. Por la propia naturaleza del precepto constitucional, de un carácter abierto o poroso, así como lleno de sentido y contenido fuertemente axiológico, exige una adecuación de su interpretación y una lógica más abarcadora desde su perspectiva de protección, a fin de dotarlos de mayor viabilidad y vigor, asegurando su plena efectividad. Como tal, podría decirse que se incorpora una función adicional a la nomofilaquia y a la de unificación de criterios jurisprudenciales: velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales, de afirmar la primacía de la Constitución [HINOJOSA, 2002: 570], aunque es claro que, con los matices propios de la jerarquía de la norma en cuestión, muy bien puede reconducirse a alguno de los

finés clásicos de la casación, sin perjuicio de tener en consideración que la preeminencia de los preceptos constitucionales –especialmente de los derechos fundamentales– *(i)* los hace inmunes al rigor formal típico de la casación para los demás motivos (STSE de 27 de diciembre de 1982) y, además, *(ii)* obliga a una perspectiva dinámica y de protección de su contenido constitucionalmente garantizado.

∞ La Constitución ha configurado una larga lista, abierta y no acotada (artículo 3 de la Ley Fundamental), de derechos fundamentales y garantías constitucionales, que eventualmente pueden ser objeto de una censura casacional (artículos 2 y 139 Constitucionales). No solo incorporó *(i)* diversos **derechos materiales genéricos**, como los de libertad y seguridad personales, libertad de tránsito, intimidad, honor, secreto de comunicaciones, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, libertad domiciliaria, asociación, propiedad; sino también *(ii)* varios **derechos materiales específicos**, vinculados al Derecho penal: legalidad penal, proscripción de prisión por deudas, interdicción de la tortura o violencia, aplicación de la ley penal más favorable en caso de duda o conflicto entre leyes penales, finalidad preventiva especial para las penas privativas de libertad y derecho de reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.

De igual manera, la Constitución reconoció derechos fundamentales procesales o garantías, tanto **genéricas** como **específicas** [MONTERO, 2014: 39, 43]. En el primer rubro se tiene las garantías del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, mientras que en el segundo epígrafe están la motivación, la pluralidad de la instancia, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la publicidad, la prohibición de ser penado sin proceso judicial, la información de cargos, la proscripción de ser condenado en ausencia, la interdicción de revivir procesos fenecidos, entre otros [SAN MARTÍN, 2015: 89/90].

∞ Lo relevante del examen de este motivo casatorio estriba en la mayor apertura para su análisis y su jerarquía superior, al que se somete las otras causales de casación puestas en relación con él, lo que le confiere una impronta singular, en tanto por su intermedio *(i)* se trata de defender la Constitución y otorgar un papel superior en su interpretación y aplicación a la Corte Suprema, en el marco de la

jurisdicción ordinaria; y, **(ii)** se reconfigura, desde el ámbito propio del derecho fundamental, la competencia misma de la Corte Suprema al apreciar su efectiva lesión [ASENCIO, 2015: 492, 498].

Este motivo superior, entonces, permitirá, la censura una decisión judicial de mérito en el ámbito de los hechos objeto del proceso, bajo el supuesto de “**error de hecho**”, vale decir, cualquier alteración, desvirtuación o desfiguración que se produzca en la determinación de los elementos del hecho, objetivos o subjetivos, que ha de constituir el fundamento fáctico de la resolución impugnada [FENECH, V, 1954: 481]–. Recuérdese que el artículo 384 CPC solo se refiere a los fines de la casación y que el citado Código, ni el Procesal Penal, no incluyó un concepto legal o auténtico de recurso de casación, así como que históricamente, en la casación clásica, la prohibición se limitada al fondo del asunto, no a los hechos, de suerte que las definiciones de la Sala Civil de la Corte Suprema (Sentencias 1630-2009/Arequipa y 2207-2009/Piura, al negar que pueda fundarse en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, no son de recibo [HURTADO, 2012: 88, 89].

∞ Este tipo de casación, entonces, permite examinar desde las garantías o derechos constitucionales procesales de debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, según los casos: **(i)** si la fuente de información es una prueba reconocida por el ordenamiento; **(ii)** si su obtención y actuación es lícita; **(iii)** si el material probatorio se interpretó en sus propios términos; **(iv)** si se valoró cumpliendo con las reglas de la sana crítica –la correspondencia de las conclusiones con las premisas, que es un supuesto de error lógico jurídico [FENECH, V, 1954: 473/474]; **(v)** si la motivación presenta defectos relevantes (motivación omisa, incompleta, insuficiente, aparente, contradictoria, ilógica, etcétera); **(vi)** si existe compatibilidad entre lo decidido y lo acusado –desde la garantía de tutela jurisdiccional, ante una censura casatoria, es posible examinar si se dictó una sentencia de fondo, siempre que los presupuestos procesales se han cumplido, y si ésta es, además, congruente y motivada–; y, **(viii)** entre otros, si respetó las reglas básicas –contradicción, igualdad y plenitud de la defensa (exclusión de la indefensión material)– de un enjuiciamiento legalmente previsto, equitativo y con pleno respeto de los roles asignados a las partes procesales y al órgano jurisdiccional propios de un Estado constitucional.

∞ En esta perspectiva RODRÍGUEZ DE MIGUEL destaca el ámbito posible de este motivo casatorio, identificando ocho derechos fundamentales: **1.** Presunción de inocencia: inexistencia de prueba, ilicitud de la prueba de cargo, motivación omisa, incompleta o insuficiente de la valoración de la prueba, y motivación arbitraria o ilógica de la prueba. **2.** Derecho a la tutela jurisdiccional: incongruencia, ausencia de motivación o motivación insuficiente (es de incluir la motivación incompleta), y motivación irracional. **3.** Derecho a la práctica de la prueba pertinente (integrante de la garantía de defensa procesal). **4.** Derecho a un proceso con todas las garantías. **5.** Derecho a al juez ordinario predeterminado por la ley. **6.** Derecho de defensa y a la asistencia de letrado. **7.** Derechos derivados del principio acusatorio. **8.** Derechos derivados del principio de legalidad [RODRÍGUEZ DE MIGUEL, 2019: 336/337].

∞ Ya se afirmó, y demostró argumentalmente, que lo **esencial** del recurso de casación, al erigirse en una institución procesal y el órgano que lo conoce integra el Poder Judicial en su máxima jerarquía –único en su clase–, no es la prohibición del análisis de los hechos sino que entre a conocer el fondo del asunto, al punto que solo tiene, en su sentido clásico, función negativa, rescindente –CARNELUTTI consideró que el *iudicium rescindens* presenta mayor importancia que el *iudicium rescissorium*, pues mientras este último limita su eficacia a la litis deducida en el proceso, en cambio el primero, en cuanto recae sobre la validez del procedimiento o sobre la hipótesis legal, posee una efectiva eficacia de difusión (que un fallo erróneo, por vía del mal ejemplo, puede propagarse a otras decisiones a través de la autoridad de la jurisprudencia y que, por cierto, debe evitarse); el juicio rescindente, cuando tiene ese objeto, entonces, extiende su virtud más allá del caso singular a todos los casos semejantes y asume el carácter, sino de una ley, al menos de una enseñanza [CARNELUTTI, I, 1971: 277].

En tal virtud, corresponde a la Corte Suprema, como consecuencia de su potestad casatoria (*pourvois in cassation*), examinar si se está ante pruebas valorables o si se obtuvo adecuadamente los resultados probatorios –si no se incurrió en errores desde las reglas de la sana crítica–, caso de haberlos, por lo que, en estos supuestos, la estimación del recurso determinará la eliminación de pruebas no valorables, la subsanación de defectos en su práctica por afectar garantías o la

constatación de errores en la determinación de los hechos, y, por tanto, se dictará una nueva resolución sustitutiva de la impugnada. Sin embargo, cuando los defectos de motivación, al no decirse razonablemente por qué se llega a una determinada conclusión, su estimación solo da lugar a la anulación automática de la sentencia de vista, pues no se puede sustituir la actividad valorativa de la prueba (fondo del asunto), que solo corresponde al órgano sentenciador [MONTÓN, 2014: 413].

No es un problema aparcado en las nociones de error de hecho y error de derecho, sino una cuestión vinculada al sentido y ámbito de protección del derecho fundamental afectado y en los poderes y límites de la Corte de Casación como tal. Por ejemplo, si se concluye que se valoró una prueba ilícita o que se calificó así cuando no correspondía, la solución será distinta; en el **primer supuesto** se casará la sentencia y, ante la ausencia de pruebas de cargo, inutilizada la prueba ilícita, se dictará sentencia absolutoria, si no es del caso una nueva audiencia para una nueva apreciación del conjunto del material probatorio; en el **segundo supuesto** se casará la sentencia y se dispondrá el reenvío de la causa al juez de mérito, pues corresponderá una valoración integral del material probatorio con audiencia del imputado y demás testigos. Recuérdese en este último extremo que en la Corte Suprema no se realiza una audiencia de pruebas en presencia del imputado, quien si es del caso dictar una condena en su contra necesariamente deberá pronunciarse sobre los cargos en su contra con ocasión de la interposición de un recurso acusatorio. No puede elaborarse un hecho probado sin que previamente exista una vista oral ante el mismo Tribunal que elabora dicho hecho probado (STEDH, caso Sigurthor Arnasson v. Islandia, de 15 de julio de 2003) [BARJA DE QUIROGA, II, 2019: 2758]–.

∞ Es de enfatizar, como acotó CARNELUTTI, que la declaración positiva de certeza de las razones del recurso de casación puede permitir la sustitución por una nueva decisión de la decisión impugnada sin necesidad de declaración de certeza o de valoración de hechos, que no resulten ya de la propia decisión. En estos casos no hace falta reenvío alguno. La ausencia de necesidad del reenvío, con intervención del juez de mérito, procederá cuando se derive del fallo de casación, además de la improcedibilidad de la acusación, el acogimiento de errores de derecho referentes

al mérito, siempre que no se requieran comprobaciones o valoraciones de hecho que no resultan del procedimiento *a quo*.

Si el juez de apelación razonó mal en la decisión –en hecho o en derecho–, por haber errado en la elección o en la aplicación de una ley jurídica o en la ley natural o regla de experiencia, ésta debe ser casada y, luego, sustituida por otra [CARNELUTTI, II, 1971: 317, 319/320].

Cabe anotar que el procedimiento de casación está dividido en dos fases complementarias: *iudicium rescindens* y *iudicium rescisorium*. La primera, necesaria, está dirigida a la comprobación de las razones por las cuales se pida la crítica de la decisión. La segunda, eventual, a fin de que, cuando la comprobación realizada en la primera fase no sea suficiente para adoptar la crítica de la decisión, ésta pueda ser integrada [CARNELUTTI, II, 1971: 312]. El *iudicium rescisorium*, según los casos, puede realizarla **(i)** la propia Corte Suprema –en la misma sentencia casatoria conforme lo estatuye el artículo 433.1 CPP– o **(ii)** el órgano jurisdiccional de mérito, en el denominado **juicio de reenvío**.

1.2.3.3 QUEBRANTAMIENTO DE PRECEPTO PROCESAL

∞ El recurso de casación, tradicionalmente, se basó en la distinción entre **A.** Ley material o sustantiva, y **B.** Ley procesal o adjetiva, que a su vez incidía **(i)** en la **modalidad** del recurso y **(ii)** en sus **consecuencias** en caso de estimación. Esta distinción, además, es relevante para: **1.** Determinar el **ámbito** espacial y temporal de su aplicación normativa; y, **2.** Concretar la procedencia o no de la **analogía**, entre otros aspectos relevantes.

El Código Procesal Penal –artículo 429, incisos 1 al 3– reiteradamente menciona y diferencia entre garantías o normas de carácter procesal y garantías o normas de carácter material –el inciso 3 del artículo 429 CPP, utiliza la expresión: “*ley penal*”, sin duda para referirse a la ley de carácter material o sustantiva–.

∞ Para la determinación o, más claro aún, para la diferenciación entre norma material o sustantiva y norma procesal, siguiendo a MONTERO y GUTIÉRREZ, existen dos criterios: uno, de principio, referido al contenido; y, otro, complementario, circunscripto a la **finalidad** o **consecuencia jurídica**.

El primer criterio, de contenido, identifica las normas procesales como aquellas que disciplinan aspectos concernientes a la jurisdicción, la acción (derecho a la tutela jurisdiccional) y el proceso; y, las normas sustantivas como las que regulan derechos, relaciones, situaciones o actos tutelados o castigados por el Derecho objetivo, en un ámbito previo y ajeno proceso. La norma sustantiva determina el contenido de la sentencia, en el sentido de si estima o no la pretensión ejercitada; mientras que la norma procesal atiende la admisibilidad de la pretensión, regulando los actos que preceden a la sentencia y a si en ésta procede o no entrar a resolver sobre el fondo de la pretensión.

El segundo criterio, de **finalidad** o **consecuencia jurídica**, precisa que las normas sustantivas están dirigidas a ordenar las relaciones entre los sujetos jurídicos en la vida social –delimita la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso–. Las normas procesales están dirigidas a disciplinar la actividad desarrollada entre el juez y las partes para la resolución de un conflicto surgido en relación con aquellas relaciones sociales, o más en general, para abarcar también lo penal, para la actuación y protección de aquella ordenación social, cuando no ha sido observada –si la consecuencia jurídica atiende a la conducta de las personas en cuanto sujetos del proceso y se refiere a los actos procesales, tanto a la forma, como a sus presupuestos, requisitos y efectos, la norma será procesal– [MONTERO, 2003: 474. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 2018: 325].

∞ El artículo 429, inciso 2, CPP tiene un **carácter general**, no casuístico, del error sobre las normas legales de carácter procesal, de defectos en la actividad procesal. El tipo legal-procesal parece estar circunscripto a la eficacia del acto procesal concernido (sentencia o auto recurrible), cuando éste, por los defectos que presenta, origine como consecuencia jurídica su nulidad. El precepto dice lo siguiente: “*Son causales para interponer recurso de casación: 2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad*”. Por su intermedio se impugnan las resoluciones viciadas por *vitia in procedendo*, esto es, por carencia de alguno de los presupuestos de la formación procesal de aquéllas, por infracción de la ley procesal [FENECH, II, 1954: 485/486].

Se destaca, primero, que ha de tratarse de normas procesales que establezcan o determinen una forma procesal –norma procesal como equivalente a “formas procesales”; y, segundo, que concreta el motivo en un defecto que se erige en un fenómeno de antijuricidad de actos o actuaciones, de carácter jurisdiccional o procesal, es decir, de aquellas normas procesales que imponen imperativamente una conducta, de modo que su violación ocasione una sanción procesal –el vicio denunciado debe influir de manera decisiva sobre el acto, a punto de ser capaz de causar su ineficacia –en sede de casación no proceden las declaraciones abstractas– [DE LA RÚA, 2006: 71/72, 80/81].

La razón de ser de este motivo se encuentra en las garantías del debido proceso y de tutela jurisdiccional –el artículo I, apartado 2, del Título Preliminar CPP, hace mención, en esta perspectiva, a la noción de “juicio previo”–, que exigen el necesario respeto de las formalidades establecidas por la ley para que el proceso pueda concluir en una sentencia válida. Se trata de la inobservancia de aquellas normas que por su carácter de primer orden han de cumplirse ineludiblemente, en mérito de la sanción que supone su incumplimiento; normas que conforman una protección especial de los derechos fundamentales constitucionalmente previstos. El *vitium in procedendo* expresa, señala BERTOLINO, la desviación de los actos instrumentados por el derecho procesal para la consecución de sus fines. Están en juego, expresó DE LA RÚA, tanto las formalidades establecidas por la ley para que el proceso pueda desembocar en una sentencia válida, cuanto a las formalidades propias de la sentencia misma, consideradas imprescindibles para que sea legítima [NOVILLO – FIGUEROA, 2010: 230, 231].

∞ Tres ideas son claves en esta institución. **1.** La nulidad, en un sentido general, como expresa ALTERINI, puede definirse como el estado de anormalidad de un acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido; por tanto, se trata de un *vitium in procedendo*, no *in iudicando*. **2.** La finalidad de la nulidad es redirigir el curso del proceso, evitar desgaste en la administración de justicia y lograr realmente una decisión de fondo. **3.** La nulidad es el último remedio procesal, mientras no existan en el proceso otras posibilidades de sanear el vicio presentado, lo que tiene que ver claramente

con el principio de conservación de los actos procesales –rigen, además, los principios de taxatividad, instrumentalidad de las formas, finalidad del procedimiento, trascendencia, protección, convalidación y residualidad– [TORO – DAMARIS – BUSTAMANTE, 2017: 79, 80, 89].

∞ La nulidad está regulada en los artículos 149/154 CPP –solo se declarará en los casos taxativamente previstos por la ley: artículo 149, que consagra el **principio de especificidad o taxatividad** (*pas de nullité sans texte*), de suerte que no existen nulidades por analogía o extensión [NAVARRO – DARAY, I, 2018: 637]–; el vicio que desnaturaliza el acto está centrado en alguno de los elementos que lo integra. Por el propio carácter del recurso de casación, restrictivo y centrado en los errores más graves del sistema, se entiende que solo pueden ser materia de este motivo, por su naturaleza y grado, las **nulidades absolutas**. El artículo 150 CPP identifica cuatro supuestos de la **nulidad absoluta** –como así está identificado–, que incluso ha de ser declarada de oficio, precepto que es del caso concordar con el artículo 432, apartado 1, CPP, que reconoce poder de anulación *ex officio* a la Sala Penal Suprema en el recurso de casación–.

Las **nulidades absolutas** están referidas a los *defzetos* –fenómeno de ineficacia en función a los presupuestos procesales y a los requisitos de actos procesales– de especial relevancia, circunscriptos a la ausencia de presupuestos procesales y al incumplimiento de requisitos esenciales del acto procesal y que, por tanto, se caracterizan por su extrema severidad, es decir, por la posibilidad de declararse de oficio, por su insubsanabilidad y por tener efectos *ex tunc*, desde su efectiva comisión, es decir, el acto nunca llegó a producir efectos [DE LA OLIVA, 2002: 344, 348. GUTIÉRREZ, 2018: 227]–. La ley identifica los siguientes supuestos –sin descuidar aquellos expresamente previstos por la ley en otras secciones y capítulos del Código–:

1. A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia –engloba al elemento subjetivo de ciertos actos procesales, en aquellos actos de cumplimiento personalísimo [D’ALBORA, 2002: 314]–. Esta causal apunta a preservar la plena participación del imputado en el proceso, garantizando el oportuno control de los

actos que lo constituyen y reguardando la protección del conjunto de facultades acordadas para el eficaz ejercicio de derecho de defensa.

2. Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas. Esta causal se refiere *(i)* a las normas de nombramiento, de origen constitucional, indispensable para el ejercicio de la potestad jurisdiccional; *(ii)* a la capacidad de ejercicio de la función que dice de la habilitación general de desempeño en general (juramento, inexistencia de suspensión o destitución, etcétera), que incluye la competencia del órgano judicial [D'ALBORA, 2002: 311]; y, *(iii)* al respeto de las normas que regulan la integración del órgano jurisdiccional–.

3. A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria. Esta causal se circunscribe a la intervención del Ministerio Público en el proceso, para que no se prescinda de él cuando sea obligatoria, siendo de rigor reconocer que la intervención del fiscal es inevitable en el impulso de la acción penal–.

4. A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución. Esta causal alude a los preceptos que, siendo imperativos o reguladores, en definitiva, de alguno de los principios o garantías superiores del proceso, sitúan en indefensión efectiva, cuando sean totalmente omitidas, a una o ambas partes actuantes. Esto es, cuya inobservancia menoscabe el derecho a intervenir en el proceso en el que se ventila intereses concernientes al sujeto, así como del derecho a realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales (STCE 48/1984) [GIMENO, 2004: 289].

∞ Las normas de carácter procesal inobservadas (falta de cumplimiento exacto y puntual de un precepto legal), en tanto su contravención importa la comisión de vicios graves de actividad o *in procedendo*, pueden estar referidas *(i)* a los vicios de procedimiento o de tramitación y *(ii)* a los defectos estructurales o vicios por defecto de la decisión. El presupuesto objetivo de esta **casación procesal** está constituido, en consecuencia, por las circunstancias que han de concurrir en un proceso como totalidad o en la sentencia definitiva dictada en el mismo, que determinan la admisión y en definitiva su eficacia [FENECH, II, 1954: 486]. En este motivo casatorio, como en los demás, la regla es que solo cabe el recurso de

casación para la tutela de derechos propios y no ajenos, siempre que la resolución le sea desfavorable –salvo que la exclusión vino por una prescripción y se invoca inocencia– (SSTSE de 19 de octubre de 1993, de 29 de septiembre de 2004, y de 8 de junio de 2005).

* La primera categoría, los vicios de procedimiento, son aquellos perpetrados con anterioridad a la decisión, o en el juicio oral [MONTÓN, 2014: 408]; es, genuinamente, un caso clásico de *vitium in procedendo* [BARJA DE QUIROGA, II, 2019: 2724]. Las posibilidades de afectación a la regularidad o disciplina del procedimiento son múltiples. Enunciativamente, en la línea de MONTÓN, se pueden referir (*i*) al **menoscabo de los principios procesales**, específicamente los de contradicción, dualidad e igualdad de armas (por ejemplo, citación de las partes para la concurrencia al juicio, trato desigual en las actuaciones del plenario con preferencia irrazonable a una de las partes, impedir la intervención de las partes en una actuación determinada del juicio). Asimismo, se pueden vincular (*ii*) a la **indefensión de las partes** en función a las garantías de tutela jurisdiccional y de defensa procesal, en orden a: **1.** La limitación indebida en la admisión y en la ejecución de los medios de prueba (verbigracia: rechazo liminar de un medio de prueba pertinente, relevante, necesario y posible [RODRÍGUEZ DE MIGUEL, 2019: 329]; no actuación irrazonable de un medio de prueba admitido; actuación defectuosa de un medio de prueba en perjuicio de una de las partes). **2.** La restricción arbitraria de los marcos de las alegaciones (por ejemplo: limitar arbitrariamente los alegatos de una de las partes, impedir el derecho a la última palabra). **3.** La negativa de suspensión del juicio cuando, habiendo varios acusados, no concurra alguno de ellos sin haber sido declarado contumaz y se estime fundadamente que no podría ser juzgado de manera independiente –con el fin de evitar suspensiones inmotivadas, resalta HINOJOSA, la STSE de 5 de mayo de 1984 entendió que el juicio no se suspenderá si un procesado citado personalmente (no declarado en rebeldía) no comparece por causa de enfermedad u otro motivo y el Tribunal, tras oír a las partes, estima que existen razones que permiten juzgar a los presentes con independencia de los ausentes– [MONTÓN, 2014: 408/409. HINOJOSA, 2002: 576].

* La segunda categoría, los vicios estructurales de la decisión, son aquellos que encuentran su justificación en la existencia de defectos cometidos en la misma decisión o en el período de su formación –BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ DE

MIGUEL los califican de *vitium in iudicando*-. Están esencialmente referidos a (i) errores en la actividad específicamente decisoria del órgano judicial; (ii) defectos en los presupuestos procesales; y, (iii) la parcialidad del órgano decisor.

Enunciativamente, esta sub-clasificación sigue el siguiente esquema:

Primero, los errores en la actividad decisoria, son: **1.** Los que afectan a la precisión de la decisión en cuanto a los hechos sobre los que se fundamentó su fallo. **2.** Aquéllos que incidan en la correlación de sus pronunciamientos [MONTÓN, 2014: 410].

Los estipulados en el primer nivel, son: **A.** Falta de claridad y terminancia en los hechos probados o en su propia determinación, de tal modo que en el contexto del relato fáctico, de la narración, se produzca la existencia de cierta incompreensión de lo que se quiso manifestar en el mismo, por utilizarse frases ininteligibles o por omisiones o lagunas de relato o el uso de juicios dubitativos, confusos o imprecisos –incluye la ausencia de datos fácticos y la presencia de lagunas en la relación histórica de los hechos, de su presencia global o de lo atribuido a cada imputado, todo lo cual ha de estar relacionado con la calificación jurídica de los mismos-. **B.** Contradicción entre los hechos declarados probados –es de carácter interno, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, y de carácter semántica, no conceptual, absoluta y esencia (que afecte el sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el *iudicium*)-. **C.** Sustitución de los hechos por conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, de suerte de suprimírseles dejen el hecho histórico sin base alguna –se sustituye la necesaria narración fáctica por una afirmación jurídica que califica lo ocurrido-. **D.** Carencia de hechos probados en función a los medios probatorios actuados y alegados –en la decisión debe constar los hechos que están enlazados con las cuestiones que hayan de ser resueltas en el fallo, de los que pueden deducirse el pronunciamiento condenatorio o absolutorio- [GIMENO, 2025: 927/929].

Los específicos en el segundo nivel se circunscriben a la afectación de los principios de exhaustividad, correlación o congruencia y acusatorio. **A.** La sentencia debe responder a la pretensión de las partes acusadoras y a la resistencia de las partes defensivas –no a los argumentos o alegaciones de apoyo a la pretensión (STSE de 18 de marzo de 2000), y debe referirse sobre cuestiones

jurídicas y no sobre extremos de hechos (STCE 192/1987, de 23 de junio. STSE de 3 de octubre de 1997). Su omisión determina una vulneración del principio de exhaustividad –fallo corto, erróneamente llamado *incongruencia omisiva*–. **B.** La sentencia, en relación con las pretensiones y resistencias, debe pronunciarse sobre ellas, y no otras –se dan por acreditados hechos u otras circunstancias distintos que los descriptos en la acusación–, y no puede fallar otorgando más de lo pedido, salvo cuando es de aplicar el principio de favorabilidad a la posición procesal del imputado. Su vulneración afecta el principio de congruencia o correlación (*incongruencia extra petita* e *incongruencia ultra petita*). **C.** La sanción, respetando el hecho acusado, se imponga por un delito más grave que no fue objeto de acusación, siempre que no se hubiere planteado la tesis del artículo 374.1 CPP. Se refiere a una correspondencia entre hecho punible, calificación jurídico-penal y posibilidad de alterar esta última, siempre que se siga determinado procedimiento, cuya inobservancia origina la nulidad de la decisión. En este supuesto se infringe el principio acusatorio, que también se extiende a la aplicación de una más grave que la pedida por el Ministerio Público, siempre que el requerimiento fiscal de pena no sea ilegal (artículo 397.3 CPP).

Segundo, los defectos en los presupuestos procesales del órgano judicial se refieren a aquellos vicios que afectan: **1.** A la propia composición de la Sala sentenciadora –decisión se dictó con un menor número de jueces que el señalado en la ley o se integró con jueces distintos a los que correspondía–. **2.** A la resolución de vista se dictó sin la concurrencia de los votos conformes que por la ley se exigen.

Tercero, la parcialidad del órgano jurisdiccional –se fundamenta en la necesidad de que no intervenga un juez del que se tema pueda ser parcial y su finalidad es asegurar la imparcialidad de la decisión (STSE de 20 de mayo de 1997) [MORENO CATENA, V, 2000: 3461/3462]–, hace mención a los vicios atinentes, entre otros, a: **1.** Formar Sala un juez impedido de hacerlo (prohibiciones e incompatibilidades). **2.** Intervenir un juez cuya recusación se inadmitió indebidamente. **3.** Integrar Sala, habiéndose estimado la recusación, un juez que haga caso omiso a esa exclusión. **4.** Participar en el enjuiciamiento y decisión un juez recusado, con pedido de recusación pendiente, siempre y cuando era ostensible su impedimento y necesidad de apartamiento.

1.2.3.4 INFRACCIÓN DE PRECEPTO MATERIAL O SUSTANTIVO

∞ El inciso 3 del artículo 429 CPP incorpora el motivo casatorio de **infracción de precepto material o sustantivo** –ley penal–. Su enunciado legal es el siguiente: “*Son causales para interponer recurso de casación: 3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación*”. Es el típico *vitium in iudicando in iuris*. No se trata, de estimarse este motivo, propiamente de una nulidad (que es sanción de derecho procesal relativa a los actos: *vitium in procedendo*), sino de causas de anulación de la decisión (*vitium in iudicando*) independientes de la actividad procesal, que puede haber sido regularísima pero se fundó en una violación o error de derecho [MANZINI, V, 1954: 168, 169]. Se impugna las resoluciones que adolezcan de un *vitium in iudicando*, por carencia de alguno de los presupuestos de calidad de las resoluciones [FENECH, II, 1954: 485]. Es un error que se produce en el **juicio jurídico** que realiza el juzgador al dictar sentencia, sin posibilidades de alterar los hechos probados sobre los que el *Iudex A Quo* ha aplicado el derecho; no tiene por objeto la motivación en sí, sino en cuanto afecta al fallo, que es donde puede radicar el gravamen [BONET, 2010: 11, 16].

A través de este motivo se denuncia errores de derecho, esto es, una incorrecta interpretación o aplicación del derecho al hecho probado en la sentencia, luego, no se pueden omitir los hechos que aparecen en el relato histórico de la sentencia impugnada ni incorporar otros hechos que no se encuentran en aquél –su ámbito propio es el control de juridicidad– (SSTSE 981/2010, de 16 de noviembre; 1154/2009, de 11 de noviembre; 891/2014, de 23 de diciembre).

El motivo en cuestión, es de insistir, importa la vigilancia, por la Corte Suprema, del juicio de derecho. Comprende el examen de la valoración jurídica que el juzgador formula al resolver, en su sentencia definitiva, las cuestiones de fondo planteadas. Excluye las normas de naturaleza procesal, y su caracterización es independiente de su origen o ubicación. Este motivo casacional se ha instituido, apuntó CHIOVENDA, para asegurar la adecuada observancia de la ley, es decir, para vigilar el juicio de derecho contenido en las sentencias de los jueces, o sea, la determinación acerca de la existencia o inexistencia de una norma legal abstracta

y su aplicación al caso concreto. La casación sustancial supone determinar la inteligencia de la ley en sí misma en relación con el caso concreto sometido a decisión; aspecto que exige la comprensión de los conceptos particulares de la ley y de sus institutos [NOVILLO – FIGUEROA, 2010: 173/175].

Es de aclarar que el tipo legal-procesal o *fattispecie* o *Tastbentand* procesal circunscribe el motivo de casación al vicio o error en la Ley penal, es decir, de todas aquellas normas propias del Derecho penal determinantes del fallo, pero además de aquellas normas jurídicas –que conforman otros sectores jurídicos– necesarias para su aplicación; esto es, de las normas no penales –con rango de ley o de reglamento– necesarias para complementar el tipo penal por heterointegración, respecto de sus elementos normativos, que será el caso, por ejemplo, de los tipos penales en blanco o de los tipos penales abiertos; se trata de todos aquellos preceptos llamados a conformar una conducta delictiva y su sanción. También se incluyen las normas relativas a la pretensión civil acumulada al proceso penal [ARMENTA, 2010: 269].

En conclusión, se deben considerar como objeto de este motivo casatorio todas las normas que se deben tener en cuenta para la determinación del hecho y su sanción. A estos efectos, tiene expuesto la Cámara de Casación Penal Argentina que la invocación de esta causal exige que el censor demuestre que el juez de mérito erró en la exégesis de la norma sustantiva y para ello no basta con sostener un criterio contrario al fallo; debe precisarse tanto la aplicación de la ley pretendida como como el error en que la sentencia incurrió (Sentencia de 21 de febrero de 2001) [D’ALBORA, 2002; 992]. Este *vitium* solo puede ser invocado por quien demuestre una relación de causa y efecto –o nexo de causalidad– entre el error del juez de instancia y la parte dispositiva de la decisión recurrida [HITTERS, 2007: 223]. El análisis de casación se limita, en consecuencia, al encuadramiento jurídico de los hechos –control de juridicidad–, sin que se pueda agregar, modificar o suprimirlos [LLOBET, 2017: 688]; mediante este motivo no se puede pretender modificar el relato fáctico, no se puede partir de una versión de los hechos en abierta discrepancia o congruencia con los afirmados en la sentencia recurrida.

∞ El vicio o error incide en dos ámbitos de la actividad judicial: **1.** En la interpretación de la ley, vale decir, en el significado del precepto sustantivo, vinculado al delito o a la sanción penal –propiamente a la inteligencia u observancia de la ley–. **2.** En la aplicación de la Ley penal, esto es, subsunción normativa, del hecho concreto –objeto del proceso penal– al hecho abstracto previsto en el tipo penal o en otra norma sustantiva.

Es de precisar, por consiguiente, la “intangibilidad de los hechos” únicamente alude a unos determinados y concretos hechos, que no son otro más que aquellos sobre los que, por haber sido fijados por *Iudex A Quo*, se les ha aplicado la norma que se dice infringida. Se excluye del control casacional el supuesto concreto sobre el que se ha aplicado la norma, no el genérico que integra la norma. No se excluyen aspectos interpretativos de la norma infringida que puedan requerir consideraciones relativas al supuesto fáctico que genéricamente la incluye [BONET, 2010: 7, 9].

En cuanto a los errores jurídicamente relevantes, se trata, primero, de cualquier tipo de error relativo al alcance imperativo de la ley con tal que resulte determinante del fallo –ya se tiene expuesto que los vocablos indebida, errónea o falta de interpretación o aplicación muy bien pueden reconducirse a un único concepto de infracción o violación de ley–. El recurso será inadmisibile, *sensu contrario*, si la corrección de la interpretación o aplicación errónea o indebida carecen de virtualidad para probar un fallo diferente. El defecto del acto –su elemento antifuncional–, referido a la ley sustantiva –equivocación en la declaración del Derecho–, comprende *(i)* el error en la existencia de la norma pertinente, *(ii)* el error en la selección de la norma debido a una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos fácticos que contempla el precepto, y *(iii)* el error, pese a una adecuada selección de la norma, al atribuir a la misma un sentido o alcance que no tiene [FIERRO, 2013: 158].

Segundo, al circunscribirse a una norma de carácter jurídico, no es posible alegar el apartamiento de la doctrina legal o jurisprudencial –que tiene prevista una causal autónoma– [MORENO CATENA, V, 2000: 3429]. Sí es posible, en cambio, incluir en este motivo, resalta DE LA RÚA, las *máximas de la experiencia* –concepto elaborado por STEIN, que se refiere a juicios hipotéticos de contenido general, suministrados por la experiencia, los cuales, aunque ajenos al caso

concreto, son deducidos de la observación de otros casos–, en tanto ésta ha servido para inferir la existencia de una norma o para integrar su significado. Esta noción, empero, siguiendo a SCHMIDT, se agrupa en cuatro categorías: **1.** Reglas necesarias para la determinación de ciertas expresiones legales. **2.** Las referibles a ciertos conceptos de uso común contenidos en la ley (por ejemplo, buenas costumbres) –que la doctrina alemana denomina *Umbestimmte Begriffe*–. **3.** Las necesarias para la determinación de algunas consecuencias jurídicas cuya verificación en concreto se atribuye, para algunos efectos, al prudente arbitrio del juez. **4.** Todas las máximas que, fuera de las normas sobre la prueba legal, se utilizan para la valoración probatoria de determinadas circunstancias de hecho. Es claro que, en orden al *vitium in iudicando in iure*, son pertinentes las tres primeras categorías, pues en tales casos error sobre las aludidas máximas de la experiencia se traduce en el error sobre la existencia o el significado de una norma [DE LA RÚA, 2006: 49/50]. Distinto es el caso del error sobre la última categoría de máximas de la experiencia –sobre la apreciación de la prueba (juicio de evidencia)–, pues incide en la correcta reconstrucción del hecho –el error de hecho importa, dice WACH, una falsa descripción del estado de cosas [HITTERS, 2007: 385]– que, luego, será materia de la identificación (juicio de existencia), interpretación (juicio hermenéutico) y aplicación (juicio de subsunción normativa), y que se examina en la causal superior de inobservancia de precepto constitucional.

Tercero, solo tienen acceso aquellas cuestiones que fueron debidamente planteadas en el proceso que trae causa, aunque excepcionalmente es posible admitirla cuando el error en la interpretación o aplicación de la ley penal tiene apoyo en los hechos declarados probados, y siempre y cuando la nueva cuestión o tema jurídico planteado envuelva un eventual beneficio para el reo (STSE de 10 de mayo de 1985) [HINOJOSA, 2002: 573]. También es posible cuando se trata de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión (STSE de 23 de marzo de 1999) [CONDE-PUMPIDO, VII, 2000: 203].

Cuarto, es posible que la infracción pueda referirse a preceptos procesales, en tanto afectan de lleno la debida aplicación de los preceptos sustantivos, siendo de destacar las reglas de la sana crítica reconocidas por el CPP, cuya infracción, al aplicarse *in iudicando*, importaría la vulneración del precepto exigente de tal vinculación [MONTÓN, 2014: 406]. Es de destacar, sin embargo, de un lado, que

el CPP tiene una causal autónoma, relativa a la garantía constitucional específica de motivación (artículo 139. 5 Const.), que se presta a esta consideración y permite trasladar el debate dogmático a esta causal constitucional, y, de otro lado, que la cosa juzgada, la amnistía, el indulto, el derecho de gracia y la cosa juzgada son instituciones materiales –causales de extinción de la acción penal o, propiamente, del delito–, así contempladas en el artículo 78 CP–.

Quinto, al delimitar el motivo a la interpretación o a la aplicación de la ley, de un lado, constituye presupuesto del mismo el respeto absoluto de los hechos declarados probados, en su integridad y significación (doctrina de la **intangibilidad de los hechos**). Se persigue la fijación de la interpretación y de la aplicación de la ley, por lo que por esa vía los hechos probados no se alteran; lo que cambia, o así se pretende, es la fundamentación jurídica y, en consecuencia, el fallo. De otro lado, el censor debe argumentar por qué se ha interpretado o aplicado erróneamente la ley a los hechos declarados probados [BARJA DE QUIROGA, II, 2019: 2719]. No comprende este motivo los errores materiales y de transcripción (STSE de 7 de junio de 2013), así como tampoco de la conclusión lógica extraída de la prueba de hechos indiciarios –su invocación, en todo caso, puede articularse por la vía de la inobservancia de la presunción de inocencia o de la tutela jurisdiccional: sentencia fundada en Derecho– (STSE de 25 de abril de 1997).

∞ Algunas precisiones significativas, que importan excepciones o, en su caso, extensiones a este motivo casacional, son:

1. Los **juicios de inferencia** en relación con el aspecto subjetivo del delito, según un sector de la doctrina, pueden censurarse a través de esta vía. Si bien se trata de hechos, son de naturaleza subjetiva no objetiva, cuya determinación se realiza a partir del material probatorio y generalmente a través del método de la prueba por indicios, por su carácter de hechos jurídicos, por su contenido jurídico y al no dirigirse a combatir el relato de hechos probados, en tanto se trata de deducciones o inducciones, según el caso, es posible su examen a través de este motivo (STSE 1058/2010, de 13 de diciembre). El recurrente, para que prospere el recurso, debe suministrar los elementos que tiendan a destruir el juicio inferido por la Sala Superior y permite su sustitución por el que se invoca en casación [MORENO CATENA, V, 2000: 3431].

Empero, pareciera más razonable referir este cuestionamiento al de inobservancia de precepto constitucional (tutela jurisdiccional: sentencia fundada en derecho). Las intenciones, los elementos internos, no dejar de ser hechos, más allá de que pueden fijarse por prueba directa (confesión) o por prueba por indicios. Las inferencias, por tanto, pertenecen a la *quaestio facti*. Así lo entendió la reciente STSE 609/20145, de 23 de septiembre.

2. No puede integrar este motivo casacional la **inobservancia de la garantía de presunción de inocencia**, no solo porque está comprendida en la causal autónoma de inobservancia de precepto constitucional, sino además porque esta garantía, estrechamente vinculada a la tutela jurisdiccional y motivación, tiende a discutir precisamente el relato de hechos probados –que la causal en estudio estima inamovible o incensurable–, cuestionando la existencia de prueba formal, la licitud de la misma, su carácter inculpatario, la aplicación de las reglas de la sana crítica y el estándar probatorio para dictar una condena. Es claro, por lo demás, que se trataría, en todo caso, de un supuesto **mixto** en el que se afirma un *vitium in iudicando in factum*, decisivo para la formación del juicio de hecho e imprescindible para la aplicación de la norma penal sustantiva, lo que solo obliga al Tribunal Supremo a constatar errores en este ámbito que permiten llegar a conclusiones distintas sobre los hechos. Por ende, la censura viene aceptada por la invocación de inobservancia, según los casos, de las garantías de presunción de inocencia, tutela jurisdiccional y motivación.

3. Los **poderes discrecionales del juez** no son materia de control casatorio. En muchos supuestos la ley atribuye al juez una potestad de definición de una parte del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica, la cual será absoluta y de segundo grado. En este caso, desde luego, solo podrá ser materia de censura casatoria el poder discrecional de segundo grado, nunca la discrecionalidad absoluta. La primera debe ser materia de control, respecto de su uso y de la forma en que se usó [MORENO CATENA, V, 2000: 3433]. Es de tener en cuenta, por ejemplo, los poderes discrecionales respecto del monto de la pena o de la reparación civil, si la pena privativa de libertad debe ser condicional, si cabe dictar reserva de fallo condenatorio o si se debe efectuar conversión de penas, y, en general, de aquellos casos de individualización de una consecuencia jurídica librada a la apreciación del juez por una norma que no determina un criterio objetivo y general sobre cómo se la debe aplicar en cada caso. Por tanto, excepcionalmente, como enseñara

MANZINI, solo procede el recurso de casación para determinar: **1.** Si la norma confería efectivamente al juez un poder discrecional. **2.** Si el juez utilizó el poder discrecional fuera de los límites legales establecidos, por motivos no admitidos por la norma, o sin indicar las razones de haberlo ejercido o no cuando lo exija la norma jurídica [DE LA RÚA, 2007: 63, 66. MANZINI, V, 1954: 169].

1.2.3.5 APARTAMIENTO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

∞ El artículo 429, inciso 5, CPP instituye un último motivo de casación, que es la denominada casación jurisprudencial. Prescribe este dispositivo legal que: “*Son causales para interponer recurso de casación: 5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional*”. Se trata de un motivo equivalente al que rige en el proceso civil (artículo 386, reformado, CPC), que tiene como agregado que se trate de un apartamiento inmotivado o –agregamos nosotros– indebido. Pero no solo se trata de que el precedente judicial sea inobservado, sin motivación específica alguna, sino que, de existir tal motivación, ésta resulte irrazonable o con fundamentos inidóneos –en este último caso, corresponderá al Tribunal Supremo determinar si la doctrina legal o jurisprudencial que en su día estableció debe subsistir, adaptarse, distinguirse en el caso concreto o revocarse para dar paso a otra doctrina legal–.

∞ En el derecho euro continental o *civil law*, del que somos herederos, la jurisprudencia no está considerada una fuente de derecho equivalente a la ley, de suerte que justifique un motivo casatorio autónomo –el artículo 146.1 de la Constitución dispone que los magistrados judiciales solo están sometidos a la Constitución y la ley; esto es, se trata de un concepto constitucional que se ha entender como ausencia de subordinación jurídica [QUINTERO, 2019: 99, 101]–. Esto último se vería reforzado en el Derecho penal por cuanto se asienta en el principio de legalidad penal, en cuya virtud nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (artículo 2.24, ‘d’ y 139.9 Const.); es decir, a diferencia del Derecho civil, que permite recurrir ampliamente a otras

fuentes para resolver el caso *sub iudice*, como los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario, en el Derecho penal los jueces están sometidos a la ley cuando se trata de determinar si el comportamiento a juzgar constituye un delito cuál es la pena que debería aplicarse al responsable [HURTADO – PRADO, I, 2011: 153], aunque es de reconocer igualmente que difícilmente habrá una sola interpretación de una norma [PRIETO, 2019: 110].

La mayor o más estrecha vinculación del juez al Derecho penal –a la legislación penal– es pues un dato singular y lo suficientemente fuerte que no puede obviarse. El principio de supremacía y de reserva de ley con su rasgo de la prospectividad en cuanto especial modalidad funcional es clave para entender las relaciones legislación–jurisdicción [PRIETO, 2005: 229], así como la concepción jurídica de que las leyes promulgadas no pueden ser aplicadas sin reflexión interpretativa [QUINTERO, 2019: 105].

∞ Si bien es de reconocer a la jurisprudencia el carácter de fuente formal del Derecho –entendido como los diversos modos como se manifiesta el derecho positivo, incluso es de considerarla fuente material, en tanto que hecho social creador de normas [ALZAMORA, 1987; 235, 245]–, ésta se encuentra subordinada a la legislación –fuente de segundo nivel–, pero como la legislación penal está compuesta por normas generales y abstractas, la interpretación doctrinaria –y, desde luego, la jurisprudencial, por su carácter oficial y provenir de las Altas Cortes, agregamos nosotros– adquiere mucha importancia esclareciendo, precisando y concretando contenidos normativos [RUBIO, 2019: 114]. Los jueces, enseña AGUILÓ, producen resultados institucionales en sus sentencias; ellos son, sin duda, autoridades jurídicas y cuando ejercen su labor principal de emitir sentencias contribuyen a la conformación del Derecho objetivo; asimismo, cuando la Corte Suprema fija formalmente qué decisión suya se erige en un precedente obligatorio, éste tiene una dimensión de generalidad vinculada no sólo a exigencias de racionalidad e igualdad, sino también de poder y competencia [AGUILÓ, 2000: 63, 103, 115].

∞ La función judicial no solo es lógica, su actividad principal es la valoración, y en el ejercicio de esa tarea el juez es un verdadero creador, más aun si a la Corte Suprema le corresponde unificar criterios interpretativos respecto del Derecho

objetivo y, con ello, a lograr una verdadera estabilidad [ALZAMORA, 1987: 246]. La jurisprudencia *(i)* introduce en la realidad un juicio de valor singular, *(ii)* confiere significado y valor real a las normas generales, y *(iii)* hace posible los valores y principios constitucionales los de seguridad jurídica y de igualdad [BARJA DE QUIROGA, II, 2019: 2698]. Un tal entendimiento de la jurisprudencia ofrece la evidente ventaja abstracta de garantizar la igualdad y seguridad jurídicas íntimamente vinculadas [ESCALADA, 2020: 273].

∞ Es de rigor tener presente que el término “jurisprudencia” incorpora tres notas características:

* En primer lugar, se reserva al conjunto de sentencias emanadas de un órgano único y superior, el cual debe ser necesariamente la Corte Suprema de Justicia, órgano máximo del Poder Judicial con competencia en todo el territorio nacional (artículo 28 LOPJ). Esto no quiere decir, desde luego, que la jurisprudencia es obra exclusiva de la Corte Suprema, sino que ésta se nutre de cuantas aportaciones efectúan todos aquellos que intervienen en el ámbito jurídico, aunque solo un órgano –la Corte Suprema– es el llamado a indicar cuáles son los criterios finalmente válidos [BUENDÍA, 2006: 164].

* En segundo lugar, se corresponde con las sentencias motivadas, únicas aptas para cumplir con la misión de la Corte Suprema de afirmar la uniformidad en la aplicación del derecho. El principio de motivación supone hacer explícitas las opciones interpretativas y de política jurídica, y da lugar a su legitimidad de ejercicio [PRIETO, 2005: 240].

* En tercer lugar, no todas las decisiones de la Corte Suprema pueden entenderse como jurisprudencia. Algunas de ellas deben ser excluidas. Por consiguiente, no es de recibo identificar jurisprudencia con un número determinado de sentencias en el mismo sentido –la Ley Orgánica del Poder Judicial ni los Códigos Procesales lo aceptan–, aunque lo idóneo sería identificar tendencias o lineamientos jurisprudenciales a partir de sentencias uniformes, constantes y reiteradamente repetidas [BARJA DE QUIROGA, II, 2019: 2693].

En esta perspectiva la LOPJ y el CPP –en la misma línea se tiene al Código Procesal Civil y el Código Procesal Constitucional– han optado implícitamente por clasificar la jurisprudencia en dos grupos: **fallos de especie** y **fallos de principio** [ALZAMORA, 1987:247], cuya determinación corresponde expresamente a la

propia Corte Suprema. Los **fallos de principio** o **precedentes**, que deben ser seguidos por todos los jueces del país, formalmente son fijados por la Corte Suprema, y materialmente se configuran a partir de varios criterios, tales como que interpreten las normas en aspectos trascendentes, fijen criterios hermenéuticos para superar discrepancias, llenen vacíos en la legislación o determinen los valores implícitos en los preceptos legales.

∞ La legislación orgánica procesal y funcional procesal penal identifica varias vías por las que la propia Corte Suprema fija jurisprudencia vinculante. Así:

1. Artículo 22 LOPJ, que estipula que las Salas Especializadas de la Corte Suprema ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” las Ejecutorias que “[...] *fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias*”, que serán invocados por los jueces de todas las instancias judiciales como precedente de obligatorio cumplimiento. En este caso dictarán una Resolución General en la que señalarán, de las Ejecutorias identificadas, los principios jurisprudenciales que han de invocarse por todos los jueces.

2. Artículo 116 LOPJ, que prescribe que los integrantes de las Salas Especializadas –todos sus integrantes–, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial, pueden reunirse en Plenos Jurisprudenciales –entre ellos, los nacionales a cargo de la Corte Suprema– para concordar jurisprudencia de su especialidad. En estos casos la Corte Suprema dictará un Acuerdo Plenario.

3. Artículo 433.3 CPP, que dispone que la Sala de Casación Penal, de oficio o a pedido del Ministerio Público, puede establecer que lo resuelto en una sentencia casatoria “[...] *constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique*”. En este caso dicta una Sentencia Casatoria Vinculante.

4. Artículo 433.4 CPP, que estatuye que ante la existencia de criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de determinada norma, para superarlos, se reúnen en Pleno Casatorio Penal para decidir la interpretación y aplicación que regirá, ratificando o modificando el precedente anterior. En este caso el Pleno dictará una **Sentencia Plenaria**.

Lo común a todos estos tipos de precedentes es su carácter obligatorio, horizontal y verticalmente, así como la necesidad de su invocación por los jueces de todas las instancias del Poder Judicial. El objeto de esta institución, que busca instaurar la cultura del precedente, es asegurar una autolimitación de los jueces para garantizar predictibilidad, consolidar el principio de igualdad en la aplicación práctica del Derecho, y afirmar el valor seguridad jurídica, lo que por cierto no elimina la disidencia y la posibilidad de una evolución de la jurisprudencia, que está en la propia esencia de la actividad judicial y del Derecho en general.

∞ Desde luego existe una relativa tensión entre **unidad de la jurisprudencia e independencia del juez**. La misión de la Corte Suprema, según se ha puntualizado, es garantizar la aplicación práctica del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, la que sin embargo ha de alcanzarse sin merma del principio de independencia judicial, que implica la libertad de los jueces para enjuiciar, y para interpretar y aplicar las normas. El Derecho, como conjunto y sistema de normas, evoluciona incesantemente, al igual que, como no podía ser de otra forma, la interpretación de su contenido en distintos momentos y situaciones, por lo que es de contar necesariamente con la posibilidad de cambios jurisprudenciales y asegurar su justificación a través de la debida motivación.

Esta tensión se resuelve en última instancia, siempre, a favor del principio-derecho de igualdad y del valor seguridad jurídica, en tanto que se proyecta a la generalidad y al conjunto del Ordenamiento –La Corte Suprema tiene una medida de competencia que justifica el precedente judicial como argumento de autoridad, cuyo fundamento es el resguardo del derecho fundamental a la igualdad de la persona en la aplicación e al ley así como del principio de seguridad jurídica [VALVERDE, 2010: 113]–. Empero, como no es posible desconocer la infinidad de situaciones y momentos en que un caso puede presentarse ante la justicia, que hace necesario distinguir, y además que, por ello, será de rigor variar el sentido interpretativo precedente, se reconoce al juez a apartarse de la jurisprudencia vinculante, indicando los motivos de ese apartamiento y resolviendo en su consecuencia. Así lo reconoce el artículo 22, penúltimo y último párrafo, LOPJ, que al respecto reza. “[...] *en caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, [los jueces de todas las instancias] están obligados a motiva adecuadamente su resolución*

dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan". Cuando se trata de la propia Corte Suprema en relación a su criterio jurisprudencial, pueden hacer lo propio motivando debidamente su resolución, "[...] *en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan*". La idea que está en lo expuesto es que: "Cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal, debe ésta ser mantenida, en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto que no se demuestre de modo indubitado, la antinomia de ella con el verdadero contenido de la ley" (STSE de 22 de julio de 1994).

Nuestro sistema orgánico procesal, entonces, afirma un principio de obligatoriedad relativa de las **decisiones vinculantes** del Tribunal Supremo. Éstas son, en principio, obligatorias para todos los jueces, pero pueden ser materia de apartamiento (*i*) en los casos en que se presenten datos específicos, contextos únicos, que determinan una distinción o (*ii*) cuando, por diversas razones, se acoja una interpretación alternativa a partir de criterios no contemplados ni expresamente desestimados en la decisión vinculante. La exigencia formal para el apartamiento es la cita de la decisión vinculante y la incorporación de fundamentos específicos que lo justifiquen. Corresponde al juez de mérito identificar los argumentos esenciales en la decisión de la Corte Suprema (Resolución General, Acuerdo Plenario, Sentencia Casatoria Vinculante, Sentencia Plenaria) que motivó la dación de la respectiva regla jurisprudencial, cuestionar motivadamente los argumentos en cuestión, y ofrecer argumentos adicionales que justifiquen que la aludida regla jurisprudencial no debe ser aplicada [CAVANI, 2018: 184].

∞ Para que su infracción constituya motivo de casación, por **apartamiento de doctrina jurisprudencial**, la jurisprudencia ha de reunir dos características puntuales: **1.** Estar formulada en las sentencias de efectos generales, conforme a los artículos 22 y 116 de la LOPJ y artículo 433, apartados 3 y 4, del Código Procesal Penal. **2.** Requerirse su aplicación en un caso igual al de la sentencia de efecto general invocada; es decir, que la *ratio decidendi* (la razón, el criterio, la norma) –el sentido interpretativo normativo o las reglas fijadas– comprenda en su integridad las exigencias jurídicas del caso cuya aplicación se reclama –los fundamentos fácticos, en su esencia, son iguales al que originaron el precedente–, y que no existan razones para distinguir

porque el caso en cuestión difiere del tratado por la sentencia de efectos generales en alguna propiedad relevante (*distinguish*) [AGUILÓ, 2000: 114].

1.2.4 La casación y el juicio de hecho

1.2.4.1 CASACIÓN E INFRACCIÓN NORMATIVA

∞ Según se ha dejado explicitado, el recurso de casación, en su esencia, realiza un **control jurídico** de las resoluciones de vista, emitidas por el Tribunal Superior. Este control está en función a la observancia, interpretación y aplicación de preceptos que integran la legalidad constitucional y ordinaria, los cuales pueden ser materiales o procesales. Ambas clases de preceptos –materiales y procesales– sin duda constituyen la legalidad, como concepto global. La violación de las leyes procesales suponen una infracción de norma como cualquier otra (las leyes materiales o sustantivas), y la uniformidad es precisa en todos los ámbitos del ordenamiento sin excepción, pues la generalidad de la ley reclama una igual aplicación a todos los ciudadanos sea cual sea ésta [BUENDÍA, 2006: 293] –la misión de la casación, como afirma MONETA, es, en suma, dotar al sistema de **coherencia interna** [GARBERÍ – GONZÁLEZ-CUELLAR, 1994: 174], lo que solo puede lograrse, tendencialmente, si se trata a las normas en sí mismas más allá de los ámbitos en los que rige–.

Es claro, por lo demás, que en cuestión de **jerarquía** de las normas, empero, la tutela de las garantías individuales, de los derechos fundamentales o constitucionales, en vía casacional, no sirve para potenciar la función uniformadora de la Corte Suprema, dado que ésta no es la suprema intérprete de la legalidad constitucional sino exclusivamente de la **legalidad ordinaria**, pero sí, en estos casos, servirá a la consecución de otro valor: la subsidiaridad de los procesos de libertad –en especial, de habeas corpus y de amparo– [VECINA, 2002: 151].

∞ El artículo 384 CPC fija los dos fines del recurso de casación. Son: **1.** Adecuada aplicación del derecho objetivo. **2.** Uniformidad de la jurisprudencia nacional. Las infracciones normativas, a las que hace mención el artículo 386 CPC, según la

Ley 29364, de 28 de mayo de 2009, comprenden, según se indicó, las normas materiales y las normas procesales, constitucionales y ordinarias.

El CPP, si bien divide las causales de casación según la naturaleza de las disposiciones legales y según su jerarquía –legalidad constitucional y legalidad ordinaria–, incide en los errores de relevancia jurídica que en su identificación, interpretación y aplicación pueda contener la resolución de vista, conforme prevén los artículos 429 y 432.2, pero sin ingresar al fondo del asunto –prohibición originaria del recurso de casación francés (*pourvois en cassation*)–. Aun cuando la última disposición precisa que la Sala Penal de la Corte Suprema: “*Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos*”, lo que de primera intención, sobre la base de las ulteriores modificaciones de la casación francesa –dictadas por razones prácticas de carga procesal, no por razones dogmáticas–, podría entenderse es que la *quaestio facti* no integraría el ámbito del recurso de casación penal –cabe enfatizar que, desde las bases romanas, se usa las expresiones *quaestio iuris* y *quaestio facti* para designar las normas aplicables al caso y, respectivamente, los hechos que se deben establecer en un determinado proceso jurisdiccional [MAZZARESE,1998: 175]–, es de rigor resaltar tres aspectos esenciales:

1. Que el citado precepto –artículo 432.2 CPP– hace mención a los hechos “legalmente comprobados y establecidos” [el subrayado es nuestro], a cuyo efecto debe tenerse en cuenta que tal precepto exige la presencia de verdaderas pruebas, que éstas sean relevantes y admisibles, y que en la valoración de las mismas debe procederse conforme a reglas epistémicas reconocidas jurídicamente. Además, según su **naturaleza**, este precepto solo puede incidir en la casación sustantiva, pues a la casación procesal le son irrelevantes los hechos declarados probados o improbados en la decisión impugnada.

2. Que en el CPP la técnica del **reenvío** está normalizada, pues la Corte Suprema si estima el recurso de casación, además de dictar un fallo *reseindente* –que es de la esencia de la potestad casacional– puede dictar acumulativamente un fallo *revisorio* –en la misma sentencia casatoria–, cuya única limitación, según el artículo 433.1 CPP, consiste en que no sea necesario un nuevo debate, es decir, una actuación de pruebas nuevas o una subsanación de ejecución de pruebas

incorrectamente realizadas, sin que necesariamente asocie la inobservancia de normas procesales a la nulidad de la resolución de vista.

3. Que, en consecuencia, el hecho no se acepta tal cual lo declaró el órgano jurisdiccional de mérito –no es pétreo o inquebrantable–. Su aceptación está condicionado a que haya sido válidamente declarado, para lo cual el control casacional, si se le impugna debidamente, es posible e inevitable. Cabe pues afirmar como pretensión impugnativa en casación una infracción jurídica con relevancia en la declaración de hechos probados, lo que no afecta el principio de que la casación está limitada al análisis jurídico –cosa distinta es que ese examen jurídico tenga trascendencia fáctica, lo que será en todo caso una consecuencia inevitable de la estimación del motivo [NIEVA, 2000: 101]–.

∞ El origen, propiamente francés, del recurso de casación en su ulterior modificación fortalecería la opción de excluir la *quaestio facti* del control casacional –aunque es de tener en cuenta que, en la progresiva evolución del *pourvois en cassation*, el motivo de defecto de base legal (*fausse application de la loi*) y, luego, el de defecto de motivación (*défaut de motif*), permitían un ingreso al control fáctico–. Sin embargo:

1. La génesis política del recurso de casación y de que el *Tribunal de Cassation* de ese entonces no fue un órgano ajeno al Poder Judicial –formaba parte de la Asamblea Nacional (aunque luego lo fue)–, no autoriza o confirma la validez de esta concepción, desde que el recurso de casación nacional, como incluso el español, está –y siempre estuvo– a cargo de la Corte Suprema, máximo órgano de justicia del Poder Judicial, y además integra el sistema de recursos en el proceso penal; vale decir, es un **recurso jurisdiccional**, tanto más si su surgimiento en sede nacional fue tardío, con la Constitución de 1979.

2. De otro lado, es de tener en consideración: (i) la presencia en sede nacional de un motivo de casación residenciado en preceptos constitucionales, en especial los de presunción de inocencia y de tutela jurisdiccional –en su ámbito de resolución fundada en Derecho, que incide en la motivación, que también es una garantía específica– (artículos 2, numeral 24, literal ‘e’, y 139, incisos 3 y 5, Const., en concordancia con el artículo 429, incisos 1 y 4, CPP), que por lo demás han sido desarrollados legalmente (artículos II TP CPP, 12 LOPJ, y 123 y 394 CPP); y, (ii)

la incorporación expresa de la sana crítica racional para valorar la prueba (artículos 158, apartado 1, y 393, apartado 3, CPP) –tal concepción, como se verá en otra parte de esta monografía, exige distinguir entre los conceptos de verdadero y probado; exige, por tanto, entender que el proceso se orienta a la comprobación de la verdad, pero el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo [GASCÓN, 2003: 354]–.

El conjunto de preceptos citados disciplinan la construcción del juicio de hecho, y fijan reglas que guían su estructura interna y requisitos externos. Ello permite sostener, desde ya, que, estando normativizada la *quaestio facti*, su control resulta viable y no puede escapar a las lógicas de universalización y objetivación que presuponen el control casacional.

∞ Como se sabe: **1.** La prueba es la única vía de acceso al conocimiento **del hecho objetodelacausa** [ANDRÉS, 2009: 49]. La prueba es el instrumento por medio del cual el juez puede comprobar la verdad de los hechos sobre los cuales versa la decisión, ofrece al juzgador información fiable acerca de la verdad de los hechos en litigio [TARUFFO, 2019: 31, 131]. El objetivo principal de un procedimiento de prueba es la averiguación de los hechos de la causa, la verificación de las proposiciones fácticas.

2. La prueba, a su vez, está sometida a **reglas** tanto respecto **(i)** a los objetos o personas y **(ii)** a los instrumentos, es decir fuentes y medios de prueba, que aportan información sobre los hechos, esto es elementos de prueba –el juez no ha tenido acceso directo a los hechos y lo que inmediatamente conoce son enunciados sobre los hechos, cuya verdad hay que probar [GASCÓN, 2003: 455]–, cuanto en lo referente al modo cómo se debe apreciar, vale decir, interpretación y valoración de la prueba. Por tanto, la ley define cómo debe configurarse el **juicio de interpretación** y el **juicio de valoración** del material probatorio.

Si la prueba pasa por la ley, o más ampliamente, por el Derecho, y su control corresponde al recurso de casación, entonces, el juicio de hecho –la *quaestio facti*–, desde los fines del recurso de casación no puede serle ajeno. La valoración de la prueba –establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio– asume una

perspectiva racional y jurídica, que –como ya se señaló– está fijada en la ley procesal.

Por lo demás, si se tiene en cuenta que la función de la prueba es de carácter **epistémica** y la función del proceso es resolver con justicia una controversia, es evidente que la decisión del juez ha de ser justa. La verdad es una condición necesaria, o un objetivo instrumental, de toda decisión justa y legítima. Ello significa que para que la norma que regula el caso sea aplicada correctamente es preciso que sea comprobada la verdad de los hechos que están en la base de la controversia; ninguna decisión es justa, decía FRANK, si se funda en hechos equivocados. La decisión adecuada y correcta de la controversia ha de sustentarse en un juicio verdadero acerca de los hechos del caso [TARUFFO, 2008: 22/23].

∞ Es cierto que el juez, en el proceso penal, tiene cierto grado de libertad y discrecionalidad frente al conjunto de pruebas para llegar a un estado de conocimiento acerca de los sucesos que se debaten, pese a lo cual muy bien puede incurrir en determinados errores que es de rigor que deban ser controlados por la casación. Los **errores** que el juez puede cometer en la valoración de la prueba –sin perjuicio de los errores, que son anteriores, referidos tanto a la obtención de la fuente de prueba, a su formación y licitud, cuanto a la observancia de los principios de contradicción, inmediación, oralidad, concentración y publicidad–, en la perspectiva de RIVERA, son: error de Derecho y error de hecho.

En el primer nivel –error de Derecho– puede incurrir en un falso juicio de regularidad, al negar eficacia a una prueba legalmente producida u otorgar eficacia a una prueba que fue producida y allegada al proceso sin cumplir las formalidades legales.

En el segundo nivel –error de hecho–, vinculados a la fijación de los hechos para establecer la verdad de las afirmaciones fácticas, y puede ser: **1. Falso juicio de existencia** –es un error de naturaleza objetiva y se presenta cuando el juez ignora un medio de prueba o cuando supone la existencia de un medio de prueba que no consta en las actuaciones del proceso. **2. Falso juicio de identidad** –es un error que se refiere al contenido o resultado del medio de prueba (agrega contenidos fácticos, mutila o suprime su contenido o tergiversa su contenido)–. **3. Violación de la sana crítica** –es un quebrantamiento de las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia o de los

conocimientos científicos: el juez no aplica la regla que corresponde o la aplica incorrectamente– [RIVERA, 2011: 405/408].

∞ El recurso de casación apunta, entonces, a revisar el juicio realizado por la Sala Penal Superior a fin de comprobar si se ha realizado conforme a Derecho o, por el contrario, si infringió las normas que debían aplicarse para resolver las cuestiones objeto de debate. El recurso de casación no pretende, como el recurso de apelación, un nuevo examen del asunto, sino un análisis sobre si el juicio emitido sobre el objeto procesal por la Sala Penal Superior ha infringido una disposición legal o, más ampliamente, el Derecho objetivo. El conocimiento de la Corte Suprema está acotado [SIGÜENZA, 2010: 251/253]. Desde la perspectiva fáctica, entonces, no se debe confundir el error en la valoración de la prueba, de los medios de prueba, con error en el juicio. Lo primero es una revaluación –propio de la apelación–; lo segundo, no –específico de la casación– [BARBERÁ, 2007: 121].

∞ El clásico problema de la **distinción** entre hecho y derecho, del que se tratará sintéticamente en otro apartado de este trabajo, permite ahora un abordaje bajo el perfil del control que la casación ejercita sobre la sentencia de vista. Esta distinción estará centrada, enseña TARUFFO, en que es “hecho” todo y solamente aquello que se refiere a la verificación de la verdad o falsedad de los hechos empíricos relevantes, salvo lo concerniente a la aplicación de normas relativas a la admisibilidad y a la asunción o aceptación de las pruebas, o de normas de prueba legal –imposible en sede penal–.

El control del hecho en casación significa, es de insistir, control sobre la motivación relativa al juicio de hecho. Sobre este entendido, señala TARUFFO, cabe desarrollar un doble orden de consideraciones:

1. El primero, está referido a la posibilidad del propio control sobre la motivación del hecho. Éste es un control *ex post* sobre el modo en que el juez de mérito justificó, en función a los elementos de prueba disponibles, el juicio de hecho. El juez de casación se limita a verificar si esta asunción por el juez de mérito o apelación –confirmación en un grado suficiente de las hipótesis referidas a la existencia del hecho en función al material probatorio– está razonablemente justificada. Por tanto, el control sobre la motivación no equivale al reexamen del juicio de hecho.

El examen casacional versa sobre la validez de las inferencias probatorias formuladas por el juez de mérito y sobre el uso que éste ha hecho de las máximas de experiencia, lo que siempre entraña una verificación *ex post* [TARUFFO, 2006: 180]. Se debe constatar, asumiendo que el grado de conocimiento de un razonamiento inductivo siempre es probable –puntualiza RIVERA que el método básico de conocimiento que aplica el juez es el inductivo, pues su finalidad es precisar el conocimiento sobre hechos púnicos e irrepetibles, que si bien incrementa la información, no garantiza la certeza; los hechos del pasado son llevados al proceso por medios probatorios y de allí el juez hace descubrimiento mediante la inducción [RIVERA, 2011: 98]–, que una hipótesis puede aceptarse como verdadera si y solo si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (o sea, la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos –son tres los requisitos que deben cumplir: de confirmación, de la no-refutación, y de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos [GASCÓN, 2003: 359/368]–.

Así las cosas, es de reconocer que probar un hecho consiste en mostrar, a la luz de la información que poseemos, está justificado aceptar que ese hecho a ocurrido –es una premisa de la ulterior aplicación del Derecho–. Es, dice GONZÁLEZ LAGIER, un tipo de razonamiento, que se denomina “inferencia probatoria”, en el que se distinguen tres elementos: **1.** El hecho que queremos probar. **2.** La información de la que disponemos (las pruebas directas o indirectas). **3.** Una relación o enlace entre el hecho que queremos probar y las pruebas. Prioritariamente el enlace consiste en una máxima de la experiencia (generalización a partir de experiencias previas que asocia hechos del tipo del que queremos probar con hechos del tipo de los que constituyen las pruebas, directas o indirectas), aunque en otras ocasiones el enlace está fijado por reglas dirigidas al juez que le obligan a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos (pruebas legales o reglas jurisprudenciales) –las primeras se denominan “inferencias probatorias epistémicas” y las segundas “inferencias probatorias normativas”– [GONZALEZ LAGIER, 2007: 1, 2].

2. El segundo, el control sobre la motivación de los hechos se corresponde, es de reiterar, con la exigencia de verificar que se haya realizado una premisa indispensable para la correcta aplicación de la norma. La premisa está dada por la

regla, según la cual, ninguna decisión puede considerarse justa si, independientemente de cómo el juez ha razonado en derecho, es errado el juicio sobre los hechos. La corrección del juicio de hecho es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la legalidad de la decisión. En suma, controlar que sea lógicamente justificado, en base a las pruebas, el juicio de hecho, significa verificar que exista la premisa para aplicación de la norma [TARUFFO, 2006: 181/182]. En esa misma línea PETERS afirma que una aplicación incorrecta de ley también se presenta, cuando una norma jurídica ha sido aplicada a un hecho falsamente determinado, de acuerdo con ello, cuando se desprende su falsedad de las actas, la sentencia como tal debe ser revisable [ROXIN–SHÜNEMANN, 2019: 667].

1.2.4.2 CASACIÓN Y *QUAESTIO FACTI*

1.2.4.2.1 HECHOS Y *QUAESTIO FACTI*

∞ La necesidad de que las argumentaciones en materia de hechos sean sólidas y respondan a un modelo de “epistemología judicial”, requiere tener presente algunas precisiones conceptuales previas. Se parte de un entendido aceptado por los juristas: se reconstruye el procedimiento judicial como un “silogismo práctico” en el que la **premisa mayor** es una norma que asigna una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho y la **premisa menor** es el enunciado resultante de un razonamiento –la calificación jurídica de los hechos–, según el cual los hechos enjuiciados y probados constituyen un caso particular o individual de hecho [GASCÓN, 2004: 73].

Ciertamente existen dificultades relacionadas con la definición de “hechos” [TARUFFO, 2008: 16]. Para una respuesta idónea es de acudir a GONZÁLEZ LAGIER. Este autor puntualiza que en el Derecho:

1. El término “hecho” se utiliza en el sentido de evento, es decir, de aquello que hace verdaderas o falsas a nuestras proposiciones o creencias. El hecho, dice BUNGE, es una realidad objetiva, natural o artificial, puede ser dinámica o estática, puede ser captado por los sentidos, en cuyo caso es un hecho observable, o puede ser no perceptible por los sentidos, por lo que será un hecho no observable, para

cuya apreciación se requiere el auxilio de instrumentos, procedimientos y conocimientos científicos [RIVERA, 2011: 55].

2. Existen hechos genéricos y hechos individuales, según se trate de un hecho de carácter general o un hecho de carácter particular ocurrido en un momento y espacio determinado –en el Derecho si se dice que un hecho está probado se hace referencia a un hecho individual, y cuando se habla de hechos descritos en normas, se trata de un hecho genérico–. El hecho genérico, dicen MORESO–VILAJOSANA, se caracteriza por una propiedad que permite identificar una clase de personas, objetos, acciones o estado de cosas. Un hecho individual, en cambio, es una instancia particular de un caso genérico; los hechos individuales existen en determinadas coordenadas espacio-temporales [MORESO–VILAJOSANA, 2004: 73].

3. Se tiene una diversidad de tipos de hechos –que, en puridad, es un **suceso**, una **secuencia de hechos**–. Un esquema de los hechos sería: **A.** Hechos externos, que pueden ser independientes o dependientes de la voluntad, y estos últimos comprenden las acciones positivas y las omisiones, intencionales o no intencionales. En las **omisiones** o hechos negativos, éstos se prueban, pero desde la norma se prueban las condiciones de su no realización; por ejemplo, en el delito de abandono de personas en peligro, se tendría que probar la existencia de una persona herida, la presencia de quien no prestó la ayuda esperada, la posibilidad material de prestar la ayuda y el abandono o no haber prestado la ayuda. Si el hecho negativo se describe en forma vaga e indeterminada, específicamente con relación a la intersección tempo-espacial, se ha de probar lo positivo –en el delito de enriquecimiento ilícito, por ejemplo, debe probarse que se tiene bienes económicos adquiridos lícitamente– [RIVERA, 2011: 70]. **B.** Hechos internos o psicológicos, que pueden ser estados mentales (voliciones, creencias y emociones) y acciones mentales. Son susceptibles de prueba por indicios, no de prueba directa, pues se conocen al margen de la evidencia empírica. **C.** Relaciones de causalidad. Se trata de hechos que se explican a través de la conexión lógica entre factores, son hechos no observables, pero son fenómenos que existen, que pueden medirse y contemplarse con instrumentos. Además, la **relación causal** exige la probanza de tres elementos: **(i)** el hecho que se identifica como causa, **(ii)** el hecho que se identifica como efecto, y **(iii)** el nexo causal que vincula ambos hechos [RIVERA, 2011: 49, 51]–.

4. Los estados de cosas, los sucesos y las acciones y omisiones –en cuanto a su forma de descripción– pueden ser **naturales** o **institucionales**, según se puedan dar unas descripciones de ellas sin o con referencia a reglas o convenciones [GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 20/24]. En cierto sentido, los “hechos en litigio” son siempre institucionales, pues se definen y determinan por medio de la aplicación de normas jurídicas [TARUFFO, 2008: 17]. El Derecho decide qué hechos son relevantes y en qué circunstancias [RIVERA, 2011: 64].

∞ Los hechos, por ser una noción ambigua, y desde el Derecho, requieren, por su complejidad, que se les tome en cuenta desde tres perspectivas o realidades:

1. **Hecho externo**, que es el hecho como acaecimiento empírico, tal como realmente ocurrió. Son objetivos en el sentido ontológico, esto es, su existencia no depende del observador.

2. **Hecho percibido**, que es el conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos. Son epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos a una determinada capacidad sensorial, pero las capacidades y limitaciones de percepción son características del ser humanos, por lo que se trata en pureza de intersubjetividad.

3. **Hecho interpretado**, que es la descripción que se hace de tales datos sensoriales, clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos. Son, asimismo, epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos al Transfondo, y éste puede variar de cultura a cultura y de individuo a individuo. Ello no significa empero que debe desconocerse que existe suficiente base intersubjetiva como para poder juzgar cuando una interpretación es correcta y cuándo no [GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 26, 38/40].

∞ Ahora bien, desde el Derecho es posible distinguir entre *(i)* los problemas relativos a la **premisa fáctica** del silogismo judicial (la prueba de los hechos y su calificación jurídica) y *(ii)* los problemas relativos a la **premisa normativa** (la selección de la norma relevante para resolver el caso y su interpretación) –se denomina a ambos ámbitos: **controversias de hecho** y **controversias de derecho**–. Y, como los hechos que le interesan al Derecho no son (al menos directamente) los hechos externos, sino los **hechos interpretados**, es de reconocer entonces que los problemas de prueba y los

problemas de calificación –premisa fáctica del silogismo judicial– no son siempre independientes de las normas.

La calificación jurídica de un hecho –los llamados “hechos en litigio”– es un tipo de interpretación de hechos, que se realiza desde la perspectiva de las normas jurídicas, las cuales determinan las consecuencias que deben seguir a los hechos. La calificación jurídica de un hecho no es independiente de las normas jurídicas – los hechos están mediatizados por el Derecho–. Es de tener presente que para que en el Derecho el hecho se constituya en una **categoría procesal** se reconocen dos momentos relevantes: el primero, cuando el hecho asume un papel descriptor, lo cual sucede independientemente de que haya o no proceso –es su estado puro, general y abstracto–, que es lo que se denomina *Tatbestand* o *fattispecie* (para los alemanes o italianos, respectivamente); y, el segundo, cuando el hecho se aparece como narrativa dentro del proceso [RIVERA, 2011: 65].

Es verdad, igualmente, en orden a la interrelación entre las normas jurídicas y la prueba de los hechos –o, mejor dicho, de los enunciados sobre hechos–, (*i*) que es el Derecho el que regula el procedimiento probatorio y señala qué medios de prueba pueden aceptarse, así como (*ii*) que el Derecho influye en la selección de los datos fácticos; sus normas, que su vez deben ser interpretadas, dirigen la atención del juez hacia uno u otro aspecto de los hechos –el Derecho define y selecciona los hechos que pueden ser considerados “en litigio”–.

Los hechos, entonces, sentencia TARELLO, han de ser ponderados a la luz de criterios legales y éstos, a su vez, identificados en función de los hechos. Empero, todo lo expuesto (*i*) no niega que la prueba de los hechos es una operación exclusivamente empírica (aunque guiada por normas), y (*ii*) tampoco niega que la existencia de los hechos sea independiente de las normas –parte de los hechos que interesa al Derecho tiene conexión con una verificación empírica de la realidad y, además, para su determinación, se utilizan nociones que forman parte del lenguaje normativo– [PRIETO, 2005: 180/182].

Siempre es posible hablar con sentido de la verdad o la falsedad de los hechos en litigio, acota TARUFFO, aunque sean institucionales y cargados de derecho. El derecho determina y selecciona los hechos que, desde un punto de vista jurídico, son relevantes para el caso, pero tales hechos también tienen otras dimensiones más allá de la jurídica. Los hechos tienen una dimensión empírica: existen como

base de una causa jurídica sólo cuando se puede decidir que existen en el mundo empírico [TARUFFO, 2008: 18].

Siendo así, la pregunta ¿Qué debe probarse?, ¿Qué es lo que ha de verificarse?, responde a los conceptos objeto de prueba y tema de prueba. Siguiendo a MONTERO, se contestará que objeto de prueba son las realidades que en general pueden ser probadas –¿Qué puede probarse?–, y tema de prueba es lo que debe probarse en un proceso concreto y se declare la consecuencia jurídica correspondiente –¿Qué debe probarse?–. En ambos casos, se prueban **afirmaciones sobre hechos**, en tanto presupuestos de determinadas consecuencias o efectos jurídicos [RIVERA, 2011: 44/45].

Respecto de la calificación jurídica de un hecho, cabe apreciar dos cuestiones indesligables: **1.** La calificación jurídica es un tipo de interpretación que no opera directamente sobre las percepciones puras de hechos externos, sino sobre hechos ya interpretados. **2.** En ocasiones la interpretación previa a la calificación jurídica depende de reglas, que pueden ser jurídicas –es el caso, por ejemplo, de la omisión (no realizar la conducta esperada), que es un concepto normativo–. La prueba de los hechos jurídico institucionales, de las acciones no intencionales y de la relación causa efecto presentan, desde esta perspectiva, determinadas peculiaridades, pero en modo alguno son de imposible diferenciación con la *quaestio iuris* [GONZÁLES LAGIER, 2005: 41/44].

∞ Desde esta concepción, la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*, tan negada por un sector doctrinal, permanece vigente y estable. Queda la prueba de los hechos externos en los que se basan las distintas interpretaciones sobre las que a su vez operará la calificación jurídica, y queda la prueba de los hechos interpretados descriptivamente. Incluso, aclara TARUFFO, los hechos que se determinan valorativamente por las normas jurídicas –por ejemplo, el que por culpa mata a una persona, que es una expresión valorativa–, en que su determinación exige un “juicio de valor”, también reclaman su falsedad o veracidad a través de las pruebas, pues estos hechos no solo tienen una dimensión axiológica, además tienen una dimensión empírica, que antecede a la dimensión axiológica [TARUFFO, 2008: 19]–. Así, como aclara IGARTUA, la existencia de un hecho determinado valorativamente –con diferentes grados de indeterminación–

consistiría en la conjunción de una **proposición** y de un **juicio de valor**: la primera establece la existencia del objeto, el segundo lo valora [IGARTUA, 1998: 274]. Los hechos fijados valorativamente, a diferencia de los fijados descriptivamente –en que lo fáctico viene en la norma en estado puro, sin calificaciones–, dependen de las propiedades de las reglas de evidencia o prueba jurídica y de la interpretación teórica de sus funciones, las cuales normalmente tienen su fundamento en máximas de experiencia o creencias, de suerte que primero se establece la existencia del **hecho bruto**, que debe probarse, y luego se le valora en función a las exigencias normativas; las valoraciones no pueden ser ni verdaderas ni falsas [RIVERA, 2011: 68/69].

Señala MAZZARESE que las aserciones que expresan hechos determinados en modo valorativo, o hechos psicológicos, o hechos institucionales, son objeto no de verificación sino más bien de justificación, que consiste en aducir buenas razones a favor de su aceptación y/o aceptabilidad [MAZZARESE, 1998: 184]. Sin embargo, como ya se anotó, antes que justificar, en sentido estricto se debe verificar su existencia, su realidad y quién lo cometió.

∞ La consecuencia de la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti* estriba en que en la argumentación en materia de hechos se entrecruza lo puramente fáctico y lo normativo, pero ello no implica negar que existan diferencias entre la argumentación o motivación acerca de los hechos y acerca del Derecho. Como concluye COMANDUCCI, mientras la argumentación sobre el Derecho trata de dar razones a favor de la conclusión según la cual una prescripción o valoración es válida o justa, la argumentación en materia de hechos trata de dar razones para apoyar la conclusión de que una descripción es verdadera o probable, o bien que la imputación de un hecho cuya atribución de normas es correcta o no [GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 52].

La prueba de los hechos es, pues, un juicio empírico destinado a describir ciertos hechos: los enunciados sobre hechos –los hechos pueden ser aprehendidos solo bajo la forma de proposiciones; dependen, como diría PATZIG, esencialmente del lenguaje [IGARTUA, 1998: 272]–, que después han de ser calificados jurídicamente, y tienen un status meramente fáctico o descriptivo, de manera que de ellos pueda predicarse la verdad, si los hechos que describen han tenido lugar, o la falsedad, si los hechos descritos no han sucedido [GASCÓN, 2004: 75].

∞ Entonces, es razonable asumir que los “hechos del caso” pueden distinguirse del “derecho del caso”, aunque claramente estas dos dimensiones estén íntimamente conectadas –debe estar claro, por lo expuesto, que cuando se habla de “hechos” no se hace referencia en su existencia material y empírica: las narraciones que formulan las partes, y luego el juez, solo pueden referirse a “enunciados acerca de hechos”–. Hay al menos, destaca TARUFFO, un sentido en el cual la distinción entre derecho y hecho es necesaria y, en consecuencia, también es posible. Esta distinción es ineludible cuando el problema es establecer qué puede y qué debe ser probado en un proceso jurisdiccional. Solo los hechos – las afirmaciones sobre hechos– son objeto de prueba. Las afirmaciones relativas a los aspectos jurídicos del caso son objeto de decisión, interpretación, argumentación justificación, pero no pueden ser probadas. La relevancia de los medios de prueba –la condición básica para su admisibilidad– se establece por referencias a las aserciones fácticas relativas al hecho físico en cuestión, no por referencia a los argumentos jurídicos proporcionados para encuadrar jurídicamente el caso [TARUFFO, 2007: 240].

∞ Las **cuestiones de hecho** presuponen una actividad de carácter cognoscitivo, fundada en medios de prueba y elementos de prueba, destinada a constatar la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos y que desemboca en enunciados descriptivos dotados de un valor de verdad en torno a la existencia o inexistencia de tales hechos. La determinación del hecho, empero, está guiada por el Derecho; éste le ofrece un modelo a qué sujetarse.

Las **cuestiones de derecho** presuponen una actividad interpretativa, fundada en criterios hermenéuticos, destinada a atribuir un significado a una disposición y dan lugar a enunciados prescriptivos sobre la calificación jurídica del supuesto controvertido. Ambas –**cuestiones de hecho** y **cuestiones de derecho**– implican metodologías diferentes, se fundan en datos y criterios diferentes por su estructura lógica y efectos, y también es diferente el modo de verificar y controlar su respectiva fundamentación [IGARTUA, 1998: 271].

1.2.4.3 RECURSO DE CASACIÓN Y EXAMEN DE LA *QUAESTIO FACTI*

∞ Si bien el juicio jurisdiccional es uno y en determinados ámbitos de la determinación del “hecho” es sumamente difícil separarlo del derecho –aunque no imposible, según hemos expuesto–, tanto más si, como alerta CARDOPATRI, se trata de dos realidades cruzadas y comprometidas recíprocamente [GUASH,1998: 202], y aun cuando, como ya demostramos, afirmada la necesaria separación entre la **cuestión de hecho** y la **cuestión de derecho**, es de tener presente que la Corte Suprema solo conoce de argumentos, de la motivación, a partir de la cual **controla** si las reglas que informan la decisión impugnada han sido observadas, interpretadas y aplicadas correctamente. Las reglas jurídicas no solo son materiales, también lo son procesales; y, éstas inciden tanto en la fijación del elemento fáctico como en la determinación de la consecuencia jurídica, de suerte que, más allá de su diferente metodología de análisis, su control en casación es, en principio, posible e inevitable.

∞ La **potestad casacional** no puede reducirse a la *quaestio iuris*, centrada ésta en la norma material que se pronuncia sobre la pretensión –esa no fue la idea de la casación fundacional–. Tiene que comprender si la cuestión de hecho se ha definido correctamente –su acertada fijación, según está indicado, es presupuesto de una decisión justa y sometida al principio de legalidad–. Hoy en día se entiende que el fundamento del control en casación de los hechos es también un supuesto clásico de infracción de preceptos constitucionales, en el sentido de aplicación indebida o de no aplicación de una norma de máxima jerarquía.

La *quaestio facti*, por lo demás, no se define libremente, está normativizada. El derecho probatorio **(i)** determina qué se prueba, cómo se prueba, quién prueba; **(ii)** define qué es prueba, qué está prohibido probar, qué se debe probar –reglas de pertinencia, necesidad y utilidad–, qué fuentes de prueba y qué medios de prueba se deben inutilizar por su ilicitud, qué medios de prueba son tales y pueden servir para la formación de la decisión; y, **(iii)** establece, desde la valoración racional, lo que se debe apreciar –su ámbito e interrelación: valoración individual y, luego, conjunta del material probatorio–, las reglas epistémicas para una correcta conclusión (respeto de las leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos), a la vez que impone un estándar para el convencimiento judicial: más allá de toda duda razonable. Por consiguiente, la

potestad casacional comprende la cuestión si los órganos jurisdiccionales de mérito –la Sala Penal Superior, en el caso peruano– han observado las normas, legalmente configuradas, relativas a la determinación de los hechos [BACIGALUPO, 1994: 57].

En la valoración probatoria el juez realiza complejos procesos cognitivos y de razonamiento, en los que en la elaboración de inferencias probatorias aplica los métodos en aspectos específicos, (i) ora el **deductivo** –si se parte de premisas verdaderas se producirán resultados verdaderos, aunque su debilidad está en la fragilidad epistemológica de los enunciados probatorios sobre hechos singulares–, (ii) bien el **abductivo** –desde los signos, señales o huellas se elabora un relato explicativo del hecho sorprendente mediante enlaces lógicos, se reconstruye una hipótesis presuntiva que explique el caso, partiendo de los hechos indicantes y los indicios–, (iii) o el **inductivo** –es una inferencia de casos observados repetidamente para concluir de ellos acerca de casos no observados, de modo que la conclusión es probable, que se aplicarán en momentos concretos–. Estos tres tipos de inferencias requieren que siempre se apliquen rigurosamente las leyes de la lógica y han estar respaldadas por una adecuada demostración. En el contexto de descubrimiento, son válidos los tres métodos, mientras que en el contexto de justificación prima el método inductivo y excepcionalmente el deductivo [RIVERA, 2011: 323, 329, 331]

∞ La *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, tal y como se ha dejado definido, importan interpretación y aplicación de normas, aunque con diversas perspectivas y metodologías. La fijación de los hechos en un sistema de reglas jurídicas probatorias y de **valoración racional de la prueba**, como el nacional (artículos 151 y 393.2 CPP), depende de la aplicación de principios jurídicos vinculantes, pues la Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –que es un principio derivado de la máxima fundamental del Estado de Derecho– [BACIGALUPO, 1994: 80].

∞ La finalidad de la casación, como señalan ROXIN-SCHÜNEMANN, es garantizar una “**protección realística del derecho**”. Pero, lo propio de la potestad casacional es que el examen del Tribunal Supremo se realiza desde la fundamentación escrita de la

resolución de vista y, además, con la ayuda de las actas del juicio. En materia de la *quaestio facti*, sólo es revisable aquel error del juez de mérito que es posible reconocer “sin reproducción de prueba” –rige la prohibición de reconstrucción del juicio oral en el procedimiento de casación–; el juez de casación no debe ser llamado a un nuevo examen de la cuestión fáctica. La Corte Suprema nunca valora pruebas por sí misma, solo examina si la Sala Superior observó la legalidad probatoria y los límites de su libertad en la apreciación probatoria. A ello se denomina en Alemania “casación ampliada”, de raíz pretoriana.

∞ Así, por ejemplo, la jurisprudencia alemana consolidó el examen de la *quaestio facti* en los casos de vulneración del deber de esclarecimiento o bien cuando una prueba actuada no se incorporó al contenido de las actas, o cuando su valoración se desatendió al no valorarse los documentos legalmente introducidos al juicio. De igual manera, en esta misma perspectiva, entendió que es revisable la resolución de vista cuando el juez de mérito no ha considerado las leyes lógicas, las premisas del conocimiento científico o los hechos manifiestos o notorios, así como cuando no ha sido completa su valoración de los hechos –v.gr.: falta de explicación respecto de la “declaración contra manifestación” (declaraciones que se oponen entre sí) o del testimonio de un “hombre de confianza” (funcionarios públicos de inteligencia o seguridad), en los que se exige un control de plausibilidad intensificado [ROXIN–SCHÜNEMANN, 2019: 666/669]–.

No es revisable la resolución de vista, sin embargo, en aquellos supuestos en que el juez de mérito está en condiciones de evaluar por sí mismo los acontecimientos. Verbigracia, cuando la carta injuriente o el material pornográfico se encuentran en el expediente (ambos no se leen o inspeccionan en casación), puesto que únicamente se controla si el juez de mérito aplicó correctamente las reglas jurídicas de presentación de las argumentaciones [VOLK, 2016: 438].

∞ El fundamento de la “casación ampliada” por el Tribunal Supremo Federal –el BGH– (*Bundesgerichtshof*) al adentrarse en la cuestión de hecho, estriba en que:

1. La valoración probatoria, si bien es libre, debe ser **autosuficiente** y **completa**; no puede permanecer oscura ni ostentar contradicciones o detenerse ante meras conjeturas.
2. El fundamento objetivo del convencimiento judicial debe ser

comprensible, consecuentemente, cuando el juez de mérito no satisface estas exigencias, el juez de casación no puede evaluar si la subsunción fue correcta. 3. Si la exposición de los argumentos fácticos de la sentencia es **defectuosa**, el Tribunal Supremo no puede estar seguro de si la base fáctica de la subsunción es sólida; el derecho material (posiblemente) no está aplicado de forma correcta. Por todo ello, se trata de una casación sustantiva, es en pureza una casación por vicio en la exposición [VOLK, 2016: 435].

∞ Ya hemos precisado, igualmente, los alcances de la casación realizada por la *Cour de Cassation* desde la motivación. Ésta incluyó **tres motivos** precisos: *défaut de motif*: defecto absoluto de motivación (artículo 7 de la Ley de 20 de abril de 1810); *défaut de base légale*: defecto motivación por insuficiencia cuantitativa (Sentencia de la Sala de lo Penal de 22 de mayo de 1812); y, *dénuration*: defecto de motivación por insuficiencia cualitativa o desnaturalización (Sentencia de la Sala de lo Civil de 15 de abril de 1872) [VECINA, 2003: 37].

La declaración de los hechos es, pues, de una u otra forma, puesta en cuestión. En el hallazgo de una argumentación inexistente –difícilmente verificable en la práctica–, o de una resolución formalmente motivadas pero con una argumentación contradictoria o una justificación cualitativa o cuantitativamente insuficiente. El artículo 593 CPP Francés, como señala LE BARS, bajo el supuesto de “*défaut de base légale*”, permitió examinar el relato fáctico de la sentencia impugnada, no con la finalidad de fijarlo de nuevo, sino con la de verificar que todos los elementos necesarios para la aplicación de la ley han sido establecidos por los jueces de instancia necesaria para la aplicación de la ley penal; permite que la fiscalización de la subsunción judicial que se ha de efectuar en sede casacional se haga siempre en óptimas condiciones. La *Cour de Cassation* ha considerado este control como un de fondo, antes que de forma, desde que, decía BORÉ, los vicios de la motivación solo son sancionados si los motivos ausentes o insuficientes impiden establecer o aplicar la buena regla de Derecho –ésta se pudo en actividad pese sin que se haya justificado por la resolución de mérito la reunión de todas sus condiciones de aplicación, lo que constituye una violación de la Ley por falsa aplicación– [VECINA, 2003: 68, 69].

∞ Un planteamiento alternativo que busca superar estos debates entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* en sede de casación es el que, en Alemania, introdujo FEZER en 1974 y que ha sido seguido por la Corte Suprema de la Nación Argentina en el caso “Casal” de 20 de septiembre de 2005. Dicho Tribunal, luego de hacer un análisis histórico de la casación francesa, aunque incompleto y desafortunado, iniciado por el dictamen del Procurador General –al omitir los motivos de *défaut de motif*, *défaut de base légale* y *dénuration* y desconocer que el *pourvois en cassation* requería del agotamiento de la apelación y de la expedición de una sentencia de vista definitiva–, apuntó a una lectura del artículo 456 del CPP, referido a los clásicos motivos de infracción de ley sustantiva y ley procesal, y se inclinó, sin más, por seguir los planteamientos germanos. Señaló que nada impide que se dé una lectura del mencionado precepto que proporcione un resultado análogo consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemana con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión; que *Leistung* es el resultado de un esfuerzo y *Fähigkeit* es capacidad –la expresión se ha traducido como capacidad de rendimiento–, con lo cual se quiere significar en esa doctrina 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; que lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación, limitación fáctica impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso, de allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso [FF.JJ. 23, 24 y 25].

Señala, al respecto, PASTOR, que en la literatura germana, desde la *Revisión Alemana*, que la delimitación entre “cuestión de derecho” y “cuestión de hecho” es reemplazada por una delimitación de responsabilidades, por la aplicación, dice HANACK, de un principio de “división de responsabilidades”, según el cual el tribunal de casación es responsable por el control de todo aquello para lo cual tenga capacidad de revisión por sus propios medios, sin necesidad de reconstruir el juicio de primera instancia, de modo que, como acotaron SARSTEDT–HAMM, las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente a la responsabilidad del tribunal de mérito [PASTOR, 2001: 74/75].

∞ Como ya se anotó, el surgimiento y evolución de la *Revisión* germana tiene marcadas diferencias con el *Pourvois en cassation* francés. Toda la historia previa, desde el Derecho romano, ha permitido una construcción inicial y, luego, una evolución posterior del recurso de casación manteniendo sus esencias –que es la que nos permite denominarlo como tal–. Hemos establecido que la *quastio facti* y la *quaestio iuris* y los *vitium in iudicando* y *vitium in procedendo* tienen raíces muy sólidas, que no es necesario apartarlas radicalmente y que las diferencias entre uno y otro, en especial de las primeras, son posibles –forman parte, incluso, de las reflexiones actuales de la teoría y de la filosofía del Derecho–.

Es evidente que no todos los recursos deben cumplir todos los fines del sistema de recursos en general. El recurso de casación tiene finalidades propias y exclusivas, vinculadas a la protección del ordenamiento jurídico, y son ellas las que marcan su ámbito de actuación. Habiéndose normativizado la concreción del hecho, objeto del proceso penal, a través del derecho probatorio, y fijado pautas jurídicas, de raíz epistémica, para la valoración de la prueba, es razonable, desde la motivación –que es una garantía genérica y está consagrada en varias normas jurídicas, constitucionales y legales– examinar la corrección legal del juicio de hecho, imprescindible para la idónea y justa aplicación de la ley sustancial o material.

Un dato esencial de este control es si se cumple alguna de las finalidades de la casación. Este cometido es el que, a final de cuentas, delimita el ámbito del control de la *quaestio facti*; y, es la necesaria identificación del error y que éste tenga como sustento lo que las normas que integran el derecho probatorio disponen, cuya vulneración tiene entidad para generar líneas de actuación equívocas, contrarias a la legalidad constitucional y legal ordinaria (factor **ejemplificador**).

1.2.4.4 LÍMITES EN EL CONTROL CASACIONAL DE LA *QUAESTIO FACTI*

∞ Si bien *(i)* es admisible teóricamente la división entre hecho y derecho, no obstante reconocer las dificultades de la distinción –siempre superables–, y *(ii)* resulta imprescindible consolidar la competencia funcional de la Corte Suprema a través del recurso de casación en la cuestión de derecho, la **protección realística del Derecho** que le corresponde, exige, por razones de uniformidad del Derecho y de

nomofilaquia, controlar algunos aspectos de la *quaestio facti* –sin desconocer, por cierto, la orientación decisiva del recurso de casación (su función) hacia el *ius constitutionis*: ese es su orden jerárquico en virtud a la regulación entre el conflicto entre interés particular e interés general, en que el primero es una consecuencia derivada, no principal, del recurso de casación–.

El factor limitante es de política legislativa. Este factor está en función al control del volumen de recursos que debe resolver la Sala Penal de la Corte Suprema, y en general de todo el Tribunal Supremo –es de reconocer que el excesivo volumen de recursos obstaculiza sensiblemente el fin casacional y la ausencia de filtros puede determinar el colapso de la Corte Suprema–. Sin embargo, la solución a ese problema dramático, común a toda Corte Suprema, en modo alguno puede buscarse desconociendo los fines del recurso de casación: uniformidad y nomofilaquia. Recuérdese, por lo demás, que respecto de la **cuestión de hecho**, su control, indirecto, está en función a si para la reconstrucción del hecho o, mejor dicho, para la verificación de la afirmación sobre hechos se cumplió con las exigencias del derecho probatorio penal, tanto en la determinación de las pruebas y en su utilización, cuanto en la apreciación de las mismas –examen individual y, luego, de conjunto de todas las pruebas relevantes, aplicación correcta de las reglas de la sana crítica: leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos, y concreción del estándar exigido–.

∞ El recurso de casación examina si la Sala Penal Superior en su resolución de vista cometió infracciones jurídicas en los casos establecidos en la Ley, pero –como ya se anotó– la Corte Suprema no es una tercera instancia. Su finalidad primordial, sin duda, está residenciada en la **uniformización** de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de la ley (STCE 230/1993, de 12 de julio; STSE de 27 de mayo de 1994) –que permite la adecuada salvaguarda del principio-derecho de igualdad y del valor *seguridad jurídica*–, fin al que debe ajustarse el otro relevante: la nomofilaquia [GUZMÁN, 1996: 25], de suerte que se incide en la lógica publicista del recurso de casación.

∞ Un sector de la doctrina sostiene, como límite de la cognición de la Corte Suprema y en función a los fines del recurso de casación, principalmente el fin de

uniformización de la jurisprudencia –que, en palabras de HENKE, debe presidir la estructura y límites de la casación–, que no es posible controlar errores en la definición de la *quaestio facti*, pues, como decía CALAMANDREI y lo reafirma FERRAND, la aplicación e interpretación del derecho –centro ideal del instituto, apuntaba MAZZARELLA– es susceptible de reproducirse en casos futuros, atento al carácter abstracto y general de las norma jurídica, lo que no cabe tratándose de circunstancias fácticas porque son propias de cada caso concreto, su determinación depende exclusivamente de los datos que consten en cada proceso singular –no hay, como resalta BORÉ, un valor ejemplificador–; el juicio jurídico es universal, válido para juicios posteriores, mientras el juicio fáctico consiste en una declaración histórica, irrepetible [GUZMÁN, 1996: 72/73, 136, 140, 142].

Empero, este postulado nunca ha tenido carácter absoluto, admite excepciones. La realidad de las Cortes Supremas, decía SATTA, importaba la censura de los hechos declarados probados o improbados cuando era manifiesta la iniquidad de la decisión; de suerte, que, enfatiza GUZMÁN, hay un campo de control casacional, en este ámbito, que no solo es necesario sino natural, e incluso consustancial a la propia tarea de control, sin que peligre la finalidad uniformadora. Si bien está vedado a la Sala de Casación efectuar su propia constatación, determinación, apreciación y valoración de los hechos de la causa –en estricto sentido, el fondo del asunto–, corresponde a los jueces de casación centrarse y atenerse a lo que es general y susceptible de posterior reproducción, esto es, lo que trasciende al caso concreto, manteniendo la primacía del *ius constitutionis* [GUZMÁN, 1996: 142, 144].

∞ Es de destacar, en principio, dos errores que inciden en los hechos y que importan razones atendibles para su apreciación en casación.

Primero, los *vitium in procedendo*, pues exigen del juez de casación, por tratarse de defectos de actividad, una constatación de las actuaciones, desde que no es posible efectuarla examinando las normas jurídicas, de suerte que asume la función de un juez de los hechos, pero no de la relación jurídica material de fondo. Segundo, los errores en el derecho probatorio, incluida la “apreciación de la prueba”. La ley dice lo que es prueba, cómo se obtiene y cómo se actúe, así como cuando existe ilicitud probatoria. El material probatorio será apreciable casacionalmente cuando, por su intermedio, se infrinjan normas jurídicas,

susceptibles de ser reproducidas y de generar aplicaciones desiguales de las normas reguladoras de la actividad probatoria y de la sana crítica racional. Y, como esta concepción, entendía FAIRÉN, está integrada en la propia norma jurídica (artículos 158.1 y 393.2 CPP), su violación o infracción conlleva la de la norma que lo recoge, aunque, como previene GUZMÁN, desde la perspectiva de impedir que se consoliden apreciaciones absurdas, ilógicas y carentes de razonamientos. Lo controlable a nivel de valoración de la prueba sería, enseña TARUFFO, *(i)* la no indicación expresa de la regla de la sana crítica –ley lógica, máxima de experiencia y conocimiento científico–, porque originaría casación por falta de base de la decisión; *(ii)* la errónea elección de la regla de la sana crítica, cuando sea absolutamente inadecuada para el hecho a la que se aplica, porque introduce una premisa falsa en la justificación del resultado; y, *(iii)* la falsa o errónea consecuencia extraída aunque la regla elegida fuera correcta. Se trata de errores “*in cogitando*” que dan lugar al control casacional de las reglas de la sana crítica, que se erigen, acota FERRAND, en un elemento de control indirecto de los hechos –a través de la motivación fáctica–, que no desborda el límite fundamental del control de derecho. Así las cosas, insistía FAIRÉN, se excluye el riesgo de convertir la casación en una tercera instancia, porque no puede realizar por sí misma ninguna indagación fáctica, solo se controla la lógica de la motivación [GUZMÁN, 1996: 181, 186, 190/191, 196].

∞ En el proceso penal la apreciación de la prueba respecto del objeto procesal puede realizarse a través de dos vías de relevancia constitucional: **1.** La garantía de **tutela jurisdiccional**, que exige como uno de los elementos constitucionalmente protegidos que el juez dicte una resolución fundada en derecho –debidamente motivada, sobre el hecho y el derecho–. **2.** La garantía de **presunción de inocencia**, en su manifestación como regla del juicio de hecho. Aquí la argumentación del juez plasmada en la sentencia es decisiva. La Constitución y la Ley, como se verá a continuación, de un lado, impone al juez una decisión exhaustiva y congruente, una valoración completa del material probatorio lícito con las explicaciones correspondientes; y, de otro lado, cuando se trata de imponer una sanción penal, determina que el juez se ampare una prueba bajo determinados requisitos y,

además, aprecie el material probatorio racionalmente desde el estándar de “más allá de toda duda razonable”.

∞ Decía CARNELUTTI, en el plano fáctico, que al juez corresponde verificar la corrección del enunciado fáctico relatado por el Fiscal, así como, específicamente, si el hecho afirmado por éste existe en la realidad con los caracteres correspondientes a los presupuestos fijados por una concreta norma jurídica. En este nivel de análisis, insistía CARNELUTTI, el juez despliega dos formas de actividad: **percepción** y **deducción**, de suerte que puede incurrir en errores de percepción o en errores de deducción: o le fallan los sentidos o le falla el raciocinio. Ahora bien, la revisión casacional autorizada, respecto de la *quaestio facti*, versaría, primero, sobre el razonamiento del juez, manifestado en la motivación de la decisión judicial, cuyo límite, como se ha señalado, es realizar una nueva valoración de la prueba, propia del juez de mérito. Segundo, la fase de percepción de las pruebas, en tanto no existe una relación sensorial directa entre el juez y la fuente de prueba, le estaría vedada porque se hallaría en *par conditio*, espacial y temporal, con el *Iudex A Quo*. Tercero, en cambio le estaría permitido a la *Cour de Cassation* a controlar la fase de opinión, de emisión de un juicio de lo percibido, de suerte que puede detectar aquellos supuestos de “falso juicio”, que se presenta en aquellos casos en que el juez de mérito describe detalladamente el presunto aporte probatorio (elemento de prueba) pero lo califica como otro –cabe indicar que CARNELUTTI diría que en este supuesto se incurre en falsa aplicación de ley–. La **fase de opinión** está sujeta las reglas de la sana crítica, controlable casacionalmente, no así en la **fase de percepción** influida por la intermediación [LETELIER, 2013: 122, 126/129], aunque, como luego se verá, esta última tiene, igualmente, sus concreciones –solo, en la prueba personal, en orden a la premisa del silogismo judicial, cuando el enunciado probatorio singular del que se para parte para elaborarla sea una constatación, esto es, el resultado de una percepción judicial [VECINA, 2003: 125]. Esto último es lo que se denomina la interpretación de la prueba, de suerte que, desde el relato fáctico contenido en la sentencia, se podrá advertir si la prueba tiene o no un contenido objetivamente incriminatorio –se controla, a final de cuentas, los criterios adoptados por el *Iudex a Quo*, si éstos

se corresponden con las premisas constitucionales y legales: base inculpatoria de los elementos de prueba (por ejemplo, STCE 63/1993, de 1 de marzo).

∞ La **valoración de la prueba**, históricamente, se ha venido imponiendo progresivamente superando subterfugios para hacerlo, y uno de ellos es la intermediación. En efecto, el enfoque epistemológico es el que se ha impuesto superando incluso, en la toma de decisiones la base meramente psicologista –de los “modelos mentales”–, basado en la representatividad y en la accesibilidad de los recuerdos del juez, y optando por acudir a las bases científicas, en especial, tratándose de declaración de personas, en la psicología del testimonio sobre la base de fallos en la memoria –lo falible que resulta la memoria dependiendo de circunstancias contextuales– y en la necesidad de establecer la credibilidad del mismo en función a cuatro puntos: *(i)* la coherencia del relato, *(ii)* la contextualización de la declaración, *(iii)* la existencia de corroboraciones periféricas, y *(iv)* la aparición de detalles oportunistas en la declaración –otras pautas racionales, igualmente, se han definidos tratándose de las pruebas pericial, documental (a través de la semiótica textual) y de reconocimiento judicial o inspección ocular– [NIEVA, 2012: 6, 9, 10, 13. NIEVA, 2017: 339].

La intermediación no puede negar la razonabilidad valorativa y, por tanto, la revisión y lo rebatible de las conclusiones probatorias del juez. En materia de prueba personal, según se entiende, no se puede decir que su valoración dependa de la intermediación de modo absoluto –se opta, para la detección de la mentira, no en el estudio de las reacciones del declarante a través de su aprendizaje y su conducta, sino en el estudio de la memoria y la técnica del interrogatorio–. Las intuiciones resultantes a partir de los gestos del declarante, como ya se sabe, de tendencia conductista, no tiene un anclaje directo en la psicología del testimonio: la mentira no necesariamente genera en las personas reacciones físicas. Por ende, lo único analizable es el propio contenido de la declaración prestada por el sujeto, para lo cual se toma en cuenta: **1. Determinadas circunstancias objetivas:** coherencia del testimonio, contextualización de la declaración –capacidad para recordar otros sucesos que acaecieron al mismo tiempo–, existencia de corroboraciones –es el punto más seguro para confirmar la veracidad de lo declarado– y ausencia de comentarios oportunistas. **2. Determinada técnica de interrogatorio**, en la que es preferible la denominada “técnica narrativa”, que permita al declarante exponer

espontáneamente lo que sabe de los hechos investigados o enjuiciados, y, luego, concluida esa exposición, acudir a la “técnica interrogativa”, solo para aclarar puntos oscuros. No puede, pues, a partir de la invocación a la inmediación, eludirse la motivación [NIEVA, 2012: 21/24. Nieva, 2017, 340, 341, 344].

1.2.5 Control de la motivación fáctica

1.2.5.1 LA MOTIVACIÓN: ASPECTOS GENERALES

La motivación, primero, se erige en una obligación constitucional de los jueces, como consecuencia de la garantía de tutela jurisdiccional en su ámbito prestacional –es uno de los derechos que la comprende, precedida del poder jurídico de acción –entendida como un *ius ut procedatur*: derecho a poner en marcha un proceso– y, luego, seguida del derecho a la estabilidad, firmeza y ejecución de las decisiones judiciales, así como del derecho de acceso a los recursos legalmente previstos–, cuya titularidad alcanza a todas las personas naturales y jurídicas (STCE 205/1990, de 13 de diciembre), que consiste –como segunda exigencia– en la pretensión de dictar una resolución o sentencia fundada en derecho (artículo 139.3 Const.) –la obligación de fundamentar las decisiones judiciales ha de estar precedida de la argumentación que la fundamente [PICO I JUNOY, 1997: 61]–. Segundo, la motivación es un derecho fundamental de los justiciables (artículo 139.5 Const.), que el Poder Judicial debe observar (STC 569-2011-PHC/TC, de 6 de abril de 2011, FJ 7) –constituye instrumento necesario para contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales a los efectos ejercitar los recursos que procedan y, en último término, a oponerse a las decisiones arbitrarias [CORDÓN, 1999: 179]–.

Desde esta doble perspectiva, la motivación es un principio general o norma–principio que es afirmado, en palabras de FIORAVANTI, por una Constitución “*indirizzo*”, de corte legalista, que comprende la Ley Fundamental como un exclusivo y excluyente “lenguaje de derechos” –propio del sistema jurídico euro continental, legalista–. La motivación, en todo caso y a partir de esta concepción, es entendida como instrumento de vinculación del juez a la ley [GARRIGA–LORENTE, 1997: 97/98, 100].

La motivación ha sido concebida por nuestra Constitución no solo como un derecho destinado a todas las personas en general, sino también como un mandato dirigido al juzgador, en tanto es derecho individual –el ciudadano tiene derecho a una respuesta no arbitraria, de conformidad con las leyes sustantiva y procesal pertinentes (*iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius*)– y, además, un principio de la función jurisdiccional, reforzado, en vía de control mediato por la publicidad (*quisque de populo*) e inmediato por los sujetos procesales (derecho de defensa) y derivadamente a su instancia por los tribunales superiores. La motivación no ampara *per se* “bien jurídico alguno” sino que es vía para poder denunciar y poder verificar si una concreta decisión encuentra la justificación normativa prevista para su desconocimiento; o sea, es elemento esencial para el juicio de proporcionalidad [PEDRAZ, 2000: 370/371, 375].

∞ La exigencia constitucional de motivación es de larga data. Fue obra, fundamentalmente, desde la perspectiva tipológica asumida por FIORAVANTI, de la Revolución Francesa. Se consolidó primordialmente por el artículo 15 –Título V– de la Ley 16-24 de agosto de 1790, y, luego, por las Constituciones de 1793, artículo 203, y 1795, artículo 208. Sus antecedentes próximos pueden encontrarse en la Pragmática de Fernando IV de 27 de septiembre de 1774 y por el artículo 3 de la Ordenanza Criminal de Luis XVI de 1 de mayo de 1788 [FERRAJOLI, 1995: 622]. La motivación fue, en buena cuenta, una reacción contra los sistemas autoritarios que cayeron en Europa en esos momentos y que posteriormente se estabilizaría al culminar la segunda guerra mundial; y, está considerada como un principio de carácter general y, como tal, se ubica en el conjunto de las garantías fundamentales de la administración de justicia [TARUFFO, 2012: 89/90].

Es de aclarar, empero, como destacó PEDRAZ, dos datos históricos puntuales: **1.** Que, en pureza, la exigencia de motivación se generalizó durante el liberalismo, pero ya existía con anterioridad, durante el absolutismo –con la aplicación del Derecho del monarca, como sucedió por ejemplo en los Reinos de Aragón y Cataluña, de tal suerte que de esto modo se asentó su voluntad legislativa–. Es de destacar, ya con la *Revolución francesa*, el artículo 15, Título V, de la Ley de 16-24 de agosto de 1790, “*sur l’organisation judiciaire*”, cuyo tercer párrafo preceptuaba: “*le résultat des faits reconnus ou constatés par l’instruction et les motifs qui auront déterminé le*

juge seront exprimés”, que fue repetida en toda la legislación posterior (artículo 195 del “*code d’instruction criminelle*”). 2. Que aun cuando no puede decirse que la motivación está asociada causalmente al surgimiento de los Estados Democráticos, sí está afiliada directamente al principio de legalidad, a la preexistencia de la ley, de modo que la motivación se empleó para ir sentando las bases de una nueva legalidad, lo que naturalmente supone una instrumentalización del judicial, aunque su progresiva utilización en los marcos del Estado de Derecho importó situarla en un nivel de contribución a reforzar los derechos y libertades fundamentales [PEDRAZ, 2000: 354/357, 363].

∞ En el Perú la obligación de motivación de las decisiones judiciales fue aceptada constitucionalmente en la tercera Constitución nacional, la de 1828, que en sus artículos 122 y 123, sin más, estableció que los jueces dictarán sentencias motivadas y en audiencia o juzgamiento público –las Constituciones anteriores fueron las de 1823 y 1826–. La siguiente Constitución, de 1834 –la cuarta–, agregó en el artículo 123 que las sentencias debía expresar la ley y, en su defecto, los fundamentos en que se apoyan; precisión que fue reiterada en el artículo 125 de la Constitución de 1839, en el artículo 128 de la Constitución de 1856, en el artículo 154 de la Constitución de 1920 y en el artículo 227 de la Constitución de 1933. La penúltima Constitución, de 1979, en el numeral 4 del artículo 233, estipuló un alcance mucho más amplio o expreso de la motivación, pues no solo la circunscribió a las sentencias, comprendió a todas las resoluciones –lo que es obvio desde que los autos son siempre decisorios de cuestiones que directa o indirectamente afecto el derecho a la tutela jurisdiccional [CORTÉS, 2008: 238]–, la extendió a todas las instancias y exigió, en cuanto a su contenido, que se mencionase expresamente la ley aplicable y los fundamentos en que se sustentan. Un tenor parecido, aunque con algunas precisiones adicionales, es el que contiene el enunciado constitucional del artículo 139, numeral 5, de la vigente Constitución de 1993, pues excluyó, razonablemente, de la motivación los decretos de mero trámite, y puntualizó que las resoluciones debían hacer mención expresa de la ley aplicable (*quaestio iuris*) y, además, de los fundamentos de hecho en que se sustentan (*quaestio facti*).

∞ En esta perspectiva, en clave de desarrollo legal de esta última prescripción constitucional, el artículo 123, apartado 1, CPP de 2004 estatuyó que las resoluciones: “[...] *Salvo los decretos, deben contener (i) la exposición de los hechos debatidos, (ii) el análisis de la prueba actuada, (iii) la determinación de la ley aplicable, y (iv) lo que se decide, de modo claro y expreso*”. Y, con mayor intensidad, al referirse a los requisitos de la sentencia penal, el artículo 394, apartados 3 y 4, CPP, estipuló, de un lado, que la motivación será “[...] *clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique*”; y, de otro lado, que la sentencia contendrá “*los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y fundar el fallo*”.

∞ El mismo lineamiento jurídico, con un carácter más general o difuso, sancionó el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La primera oración de esta disposición señaló que todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite –los decretos–, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. La segunda oración, en cambio, prescribió que esta obligación alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelve el grado, en cuyo caso la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente, por lo que exigió fundamentos propios que respondan a la pretensión impugnativa y, en su caso, a los motivos de oposición de la parte recurrida. En esa misma línea, respecto de las resoluciones de vista y de casación, el artículo 142 del mismo Cuerpo de Leyes, prescribió que: “*En todo caso, el fallo contiene el análisis de las cuestiones en debate y de los argumentos del impugnantes*”.

∞ Estos preceptos procesales claramente (i) desarrollan el **contenido** de la motivación, esto es, lo que debe entenderse por motivar una decisión judicial, así como (ii) diferencian los **ámbitos** de la motivación fáctica, del juicio histórico, y de la motivación jurídica, del juicio jurídico. Este doble juicio importa, primero, una motivación fáctica inferida a partir de la prueba practicada, en la que deberán consignarse los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el

fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados; y, segundo, una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados [CORDÓN, 1999: 180].

Resulta evidente que, en lo que respecta al examen fáctico, éste debe comprender: **1)** un pronunciamiento acerca de los hechos principales o fundamentales y de las circunstancias, **2)** la valoración de los medios de prueba, y **3)** la explicitación de las razones que determinaron la declaración fáctica respectiva. La motivación, por lo expuesto, expresa y garantiza la naturaleza cognoscitiva y potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatorias [FERRAJOLI, 1995: 623].

∞ Las resoluciones judiciales están sujetas a **(i)** requisitos de carácter formal o externos y **(ii)** requisitos internos.

Los primeros –normas reguladoras de las resoluciones–, se configuran como **requisitos externos** comunes a todas las resoluciones y **requisitos externos** específicos –en especial para las sentencias–. Entre estos requisitos se encuentra, sin duda, la exigencia de que los autos y las sentencias contengan, en párrafos propios –en orden número correlativo y referentes a cada cuestión relevante (artículo 395 CPP)–, **(i)** los fundamentos de hecho –con inclusión de los hechos declarados probados e improbados–, cuya su inserción, sin duda, con frecuencia redundante en una argumentación más respetuosa con los derechos de los litigantes, al facilitar la identificación de las premisas fácticas que sirven de soporte a la decisión judicial (STSE 301/2012, de 18 de mayo), y **(ii)** los fundamentos de derecho en los que se base la parte dispositiva.

Los segundos –**requisitos internos**–, se refieren a dos pares de requisitos que dicen, de un lado, de la claridad y precisión (artículo 394, incisos 3 y 4, CPP, y 122, inciso 4, CPC), predicables de las partes considerativa y decisoria, de la decisión en su conjunto –las resoluciones judiciales, por ende, deben expresarse en términos que no planteen dudas o dificulten su comprensión, lo que excluye el empleo de conceptos oscuros, indeterminados, ambiguos o contradictorios–. De otro lado, de la motivación propiamente dicha y la congruencia. La motivación (artículo 394, inciso 3, CPP) exige que las partes conozcan las razones decisivas de la decisión, y que se exprese la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, a las pretensiones o resistencias de las partes, de suerte que su ausencia

importa un vicio de falta de exhaustividad. La congruencia (artículo 397 CPP), determina el deber que corresponde al órgano jurisdiccional de resolver o, mejor dicho, de fundamentar y decidir el litigio sometido a su conocimiento, de forma ajustada o acorde con las pretensiones de las partes, de suerte que al hacerlo no otorgue más de lo pedido por alguna de las partes y no se pronuncie u otorgue cosa distinta de lo pretendido por cualquiera de aquéllas: incongruencia *infra petitum* incongruencia *extra petitum* [LÓPEZ YAGÜES, 2013: 706/710].

∞ Así las cosas, **1)** la motivación ha de entenderse, entonces, como una garantía constitucional y legal. En cuanto medida técnica e institucional, en los marcos de las resoluciones judiciales, tutela que los ciudadanos tengan la seguridad de que la jurisdicción funcionará adecuadamente en defensa de sus derechos e intereses legítimos al ejercer el poder jurídico de acción. Además, **2)** la motivación ha de concebirse como un instrumento de sujeción del juez a la legalidad –constitucional y ordinaria– y, como tal, ofrece una respuesta adecuada al problema de la integración del Derecho, al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. Finalmente, **3.** La motivación ha de comprenderse como vinculada estrechamente a la garantía genérica de tutela jurisdiccional (artículo 139, numeral 3, de la Constitución), al punto que uno de sus derechos específicos es el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y, por ello, suficientemente motivada (STCE 198/2016, de 28 de noviembre); es decir, la motivación implica un doble examen: **(i)** de un lado, como acto de racionalidad en el ejercicio del poder, permite conocer las reflexiones que fundamentan el fallo, y, **(ii)** de otro lado, facilita el acto de control de aquella racionalidad fundada en Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales superiores [ALISTE, 2018: 136/144].

La STC 2004-2010-PHC/TC, de 11 de abril de 2011, agregó que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales guarda concordancia con el principio de interdicción o prohibición de la **arbitrariedad**, que tiene un doble significado: **a)** en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, **b)** en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. De este modo es de acotar que la inexistencia de un razonamiento adecuado impide entrar

a ponderar la proporcionalidad del alguno de los derechos integrantes del debido proceso o de la defensa procesal que ha sido desconocido en el pronunciamiento inmotivado (así, por ejemplo, la STSE de 7 de junio de 1991, FJ. 6, que señaló que la falta de juicio ponderativo sobre las pruebas declaradas pertinentes y efectivamente practicas impide entrar a conocer el motivo alegado por el recurrente relativo a una posible vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia).

∞ La **integración** de la motivación en la garantía de tutela jurisdiccional persigue como finalidad última evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial. Y ello, porque la exigencia de motivación está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho y con el carácter vinculante que para los jueces tiene la ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (STCE 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4). Como explica IACOVIELLO, el juez decide dentro de los límites en los que puede motivar, de modo que es la motivación la que traza los confines de las elecciones decisorias del juzgador: el juez no decide lo inmotivable [COLOMER, 2003: 159].

La motivación incide en la decisión judicial. Se motiva, por tanto, el acto de decidir. La motivación, en orden a su referente empírico, significa, desde una perspectiva racionalista –excluyendo la concepción psicologista–, justificar la decisión, incorporar en ella –haciéndolas explícitas– las razones que la sustentan –el juez tiene que justificar, no persuadir a nadie [TARUFFO, 2012: 93]–. Se trata, acota TARUFFO, de un discurso justificativo constituido por argumentos racionales, es decir, incorpora un cuerpo argumentativo compuesto por un razonamiento de tipo deductivo, inductivo o hipotético, que conduce a la decisión judicial. La motivación es, pues, enfatiza TARUFFO, la expresión lingüística de las razones que justifican la decisión adoptada [ALISTE, 2018: 167/168].

Los jueces no explican sus fallos, sino que los justifican, al ofrecer razones que permitan considerar sus decisiones como decisiones correctas o justificadas [ATIENZA, 2017: 16], por lo que la finalidad de la motivación es la búsqueda de la decisión correcta [TARUFFO, 2012: 94] –el juez debe justificar por qué la decisión adoptada es justa y no otra [IGARTUA, 2017: 25]–. Aunque es de acotar, desde la

perspectiva de la garantía de tutela jurisdiccional, que el derecho a un pronunciamiento motivado no asegura el acierto de la decisión adoptada ni preserva de errores a la correspondiente fundamentación jurídica o a la elección de la norma aplicable, cuya determinación, salvo que suponga la lesión de otro derecho fundamental distinto, no rebasa el ámbito de la estricta legalidad ordinaria [CORDÓN, 1999: 175].

∞ La justificación de la decisión judicial, desde la clásica concepción silogística, depende de las premisas fácticas (relativas a los hechos del caso) y normativas (relativas a las normas aplicables); del conjunto de ambas premisas se obtiene por derivación lógica la parte resolutive de la decisión judicial. Además, como el razonamiento judicial ordinario suele estructurarse mediante argumentos encadenados, cada uno de ellos deberá contener inferencias lógicamente válidas. Pero no solo eso, que de ser así solo se quedaría en lo que WROBLEWSKI denomina **justificación interna** –cabe reconocer que el silogismo, al decir de EZQUIAGA, solo proporciona la justificación interna de la decisión judicial, es decir, de las relaciones de deducción entre las premisas y la conclusión, pero no es apto para justificar la elaboración de las premisas [EZQUIAGA, 2017: 152]–, sino que conjuntamente se requiere la **justificación externa**, esto es, que las premisas sean verdaderas (premisas descriptivas, vinculada a la declaración de evidencia de los hechos de la causa) –salvo cuando se trata de premisas normativas, que no son susceptibles de valores de verdad, sino de criterios de validez y de aplicabilidad al caso concreto–.

En suma, una decisión judicial –decidir casos individuales a partir de normas generales [MORESO-VILAJOSANA, 2004: 176]– estará debidamente motivada cuando la norma individual que constituye su conclusión se derive lógicamente de las premisas y exprese analíticamente la razones que justifiquen la selección de estas premisas fácticas y normativas [FERRER, 2011: 88-107]. Con la motivación, a final de cuentas, se intenta conseguir, apunta SEGURA, una justificación normativa que deriva del principio de vinculación de los jueces a la ley [COLOMER, 2003: 185].

∞ La decisión judicial para estar motivada o justificada requiere que esté basada de forma argumentada en las normas jurídicas aplicables y en una descripción

adecuada de los hechos relevantes [MORESO-VILAJOSANA, 2004: 177]. Lo estará si y sólo si lo está interna y externamente, es decir, requerirá de dos tipos de justificación: interna y externa. La primera (**justificación interna**), alude a la corrección formal de los razonamientos, es decir, que se trate de razonamientos conforme a las reglas de la lógica –que son puramente formales, y pueden ser (*i*) deductivos, que rigen en plenitud las reglas de la lógica, así como (*ii*) inductivos y (*iii*) abductivos, en los que su corrección está condicionada a la adecuada correlación material entre los datos de que se parte y la tesis que se acaba afirmando–. Las inferencias, por consiguiente, han de estar bien hechas, lo que envuelve la idea de la corrección formal de las inferencias o de la ilación entre los elementos de esa argumentación [GARCÍA AMADO, 2019: 79/93] –si y sólo si la conclusión (parte dispositiva) se deriva lógicamente de las premisas normativas y fácticas (parte considerativa)–.

La **justificación interna** es, en buena cuenta, la conexión entre la premisa de Derecho y la premisa fáctica. Es la formulación de la norma que se aplica a un caso particular, la cual, desde el silogismo aristotélico, se integra por una premisa general –normativa y, por tanto, no descriptiva–, luego una premisa particular –el hecho establecido en un caso particular– y posteriormente la conclusión [TARUFFO, 2012: 98].

∞ La segunda (**justificación externa**) se refiere, como acotó MACCORMICK, a los contenidos de las premisas, a la adecuación y solidez de las mismas. Se requiere la justificación de tales contenidos de las premisas en términos de verdad, razonabilidad o admisibilidad (verdadero o falso, materialmente correcto o incorrecto, acertado o erróneo, admisible o inadmisibles). Ésta tiene, desde luego, una estructura mínima que la motivación de la sentencia debe adoptar para que la correcta justificación externa sea posible, lo que dependerá de la cantidad y calidad de las razones que se incorporen. Algunas variables de dichas razones serán, por ejemplo, de cuáles sean en concreto las pruebas y los argumentos de su valoración y de cuáles sean en particular las interpretaciones posibles de la norma y cuáles sean los argumentos con los que se justifica la preferencia por una de ellas [GARCÍA AMADO, 2019: 97, 99 y 104].

La **justificación externa** del juicio sobre el hecho –la justificación de la premisa fáctica– se funda en las pruebas y las diversas conexiones que existen entre los

elementos de prueba, en donde también entran en juego las máximas de experiencia, las leyes naturaleza y los conocimientos científicos; son los denominados “**problemas de prueba**” –como se sabe, las premisas normativas, en cambio, entrañan “**problemas de calificación**”–. En su mérito el juez tiene que demostrar las razones por las cuales consideró que no era relevante un cierto margen de error en la formulación de sus inferencias, o por qué adoptó a lo mejor esa máxima de experiencia y, como mínimo, tiene que volver explícitos los criterios de su valoración [TARUFFO, 2012: 99].

∞ Los problemas de prueba requieren tomar en consideración dos tipos de límites: límites normativos y límites epistémicos.

1) Los **límites normativos** determinan, primero, qué hechos son los relevantes –es decir, lo que fija la norma empleada como criterio de decisión–; segundo, qué medios de prueba pueden utilizarse; tercero, cómo se ha de formar la prueba: régimen de los términos y plazos, y la formalidad que rige su actuación; y, cuarto, los criterios de valoración de la prueba –entre ellos, el rol de las presunciones, en especial de la prueba por indicios–. De suerte, que, como es obvio, la selección de las premisas fácticas imponen un recorte de la realidad y las proposiciones fácticas se verificarán a partir de las pruebas incorporadas al juicio, que han de ajustarse a la normatividad vigente en cuanto a su producción y a su valoración [MORESO–VILAJOSANA, 2004: 179/180].

2) Los **límites epistémicos** entrañan reconocer que no existen criterios generales de prueba de las proposiciones fácticas involucradas en procesos decisorios. A grandes rasgos, como apunta MENDONCA, en la teoría del Derecho existen dos concepciones, la deductivista (WROBLEWSKI) y la inductivista (FERRAJOLI), según se considere que los argumentos expuestos a partir de la actividad probatoria suponen la afirmación de que sus premisas proporcionan razones o fundamentos para establecer la verdad de su conclusión; en el caso de la primera importa que las premisas proporcionan un fundamento concluyente para su conclusión –argumento válido o inválido, según el caso–, mientras que la segunda, en el mismo supuesto, estima que solo sería altamente probable, proporcionan cierto apoyo a su conclusión –argumento fuerte o débil, según el caso–. Aun cuando se han considerados dos tipos de argumentos en forma separada, como dicen MORESO y VILAJOSANA, la mayor parte de los razonamientos judiciales son una mezcla de

deducción e inducción, y al abordar problemas reales se usan ambos tipos de razonamiento en forma combinada; además, la cuestión central radica en la caracterización del peso de la prueba necesaria para determinar que algo está probado, la que depende del tipo de caso y de las circunstancias que le rodean. Y, si cumplido todo este procedimiento (proposición, prueba e inferencia), quedan dudas sobre si ha sucedido un determinado evento, se estará ante lo que ALCHOURRÓN y BULYGIN llamaron una “laguna de conocimiento”, que se presenta cuando las fuentes –la prueba– no proporcionan una información completa o suficiente acerca de los hechos del caso; se produce una falta de conocimiento de las propiedades del caso individual, lo que exige el sobreseimiento o la absolución [MORESO–VILAJOSANA, 2004: 110/111, 181/183].

∞ La motivación, a partir de lo reseñado, puede definirse, siguiendo a TARUFFO, como un razonamiento cuyo objetivo es proporcionar las razones racionales sobre las cuales la decisión del juez resulta objetivamente aceptable a la luz de los criterios de valoración y de juicio que se aplican en términos generales, para establecer si una verdad determinada tiene fundamento sobre la información disponible y también para precisar si una interpretación determinada de la norma de Derecho es correcta o no [TARUFFO, 2012: 97]. Lo importante es, por cierto, utilizando los términos de POPPER, no es el **contexto de descubrimiento**, sino el **contexto de justificación**, que es el espacio en que se justifica el descubrimiento o la decisión judicial [IGARTUA, 1994: 146].

La **motivación** es, entonces, un discurso –conjunto de proposiciones interrelacionadas e insertas en un mismo contexto autónomamente identificable–, elaborado por el juez, en el cual se desarrolla una justificación racional de la decisión adoptada respecto al *thema decidendi*, y en el cual, al mismo tiempo, el juez da respuesta a las demandas y a las razones que las partes le hayan planteado [COLOMER, 2003: 44, 47-48].

La motivación, en sustancia, es una condición de “**jurisdiccionalidad**”. Es un componente necesario para la normatividad jurisprudencial (que proviene directamente del artículo 139, numeral 5, de la Constitución) –que nos dice que la decisión existe precisamente cuando es racionalizada y controlable–. Hace consonancia con los principios filosóficos y políticos de los que deriva el principio de obligatoriedad general y incondicional de la motivación [TARUFFO, 2006: 386].

∞ En tanto se entiende la motivación como justificación judicial, ésta comprende varias funciones que sintéticamente pueden expresarse en dos dimensiones: endoprosesal y extraprosesal, según se atiende tanto al juez superior como a las partes –circunscripto al ámbito interno del proceso– o a la generalidad a través de la publicidad –referido al ámbito externo del proceso–. La primera (endoprosesal) actúa como garantía de la impugnación y tiene una función valorativa, al punto de controlar las decisiones del juez y de examinar los razonamientos alegados por las partes –se dirige a un auditorio técnico–. La segunda (extraprosesal) está ligada al control político y democrático de la jurisdicción; además de permitir el control de razonabilidad por la generalidad, faculta la elaboración de elementos de crítica que revierten en una mayor eficiencia de la actividad jurisdiccional [COLOMER, 2003: 131/134, 139/141] –se dirige a un auditorio general–.

En resumen, como precisa UBERTIS, la decisión judicial no es un análisis introspectivo de la psiquis del juez –concepción **psicologista** ya rechazada–, sino un enunciado performativo o ejecutivo en el sentido de que mediante él el juez produce ciertos efectos; mientras que su motivación no es más que el discurso con el que se trata de justificar el fallo, utilizando los argumentos tenidos por más idóneos para defender la sentencia frente a las partes y al juez de la eventual impugnación, así como frente al pueblo en cuyo nombre la justicia se imparte [UBERTIS, 2017: 29/30].

∞ En virtud a lo anotado, pueden concretarse cuatro finalidades de la motivación.

- 1) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública cumpliendo así con el requisito de publicidad.
- 2) Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley.
- 3) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido.
- 4) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los órganos jurisdiccionales superiores que conozcan de los correspondientes recursos [PICO I JUNOY, 1997: 64]. A ello se agrega que este control sobre la actividad jurisdiccional permite hacer realidad, además, el principio de la igualdad, pues la motivación expone razones, interpretaciones y tomas de posición

que vincularán, en cierta medida, al órgano judicial a la hora de dictar futuras sentencias [RODRÍGUEZ, 2000: 15].

La obligación de que la sentencia sea motivada, revela COMANDUCCI, es un principio que explica y al mismo tiempo garantiza la naturaleza cognoscitiva y potestativa del juicio vinculándolo, en el Derecho, a la **estricta legalidad** y, en los hechos, a la prueba de las hipótesis acusatorias. En virtud de la motivación, agrega el citado autor, la validez de las sentencias resulta condicionada a la verdad relativa a sus argumentos, a la verdad probable –lo **verdadero** significa “más probable que cualquier otra hipótesis alternativa que explique los hechos del caso”, mayor probabilidad, lo más probable en el estado de conocimiento actual desde el material probatorio reunido–.

La motivación en hechos se configura como justificación externa de tipo hipotético-deductivo de la premisa menor del silogismo decisonal, constituida por un enunciado factual verdadero, que versa sobre eventos del pasado que no son verificables experimentalmente. Por tanto, el enunciado factual queda justificado porque puede ser configurado como una hipótesis explicativa de los hechos relevantes del caso, de la cual, mediante una inferencia válida (más comúnmente, con una serie de inferencias válidas), se pueden deducir los hechos probados en el proceso [COMANDUCCI, 2004: 106/111].

∞ La **extensión** de la motivación está trazada no solo, en clave estrictamente normativa, por lo dispuesto en los citados artículos 123, apartado 1, y 394, apartados 3 y 4, del CPP, así como en el artículo 12 del TUO de la LOPJ, sino, en clave jurídica, por la exigencia de una motivación correcta o aceptable, –noción que permite superar las equívocas expresiones de motivación suficiente o motivación completa [ALISTE, 2018: 168]–, en el sentido de su corrección material y procesal, conforme a Derecho, y que hace referencia a la bondad, a la calidad, de las razones incorporadas en su texto. Respecto de la motivación fáctica, las premisas deben tener el grado de probabilidad exigido por el estándar de prueba correspondiente y tienen que cumplir con el resto de requisitos fijados por el Derecho probatorio. En lo atinente a la motivación jurídica, las premisas normativas tienen que ser correctas, vale decir, y según el tipo concreto de problema de que se trate, han de

cumplir los criterios de validez, aplicabilidad, interpretación, etcétera, establecidos en el sistema.

∞ La motivación, para que sea plena o completa, debe contener los siguientes siete extremos esenciales: **1)** la narración de los hechos del caso; **2)** la identificación del problema o de los problemas iniciales; **3)** la identificación de la cuestión o de las cuestiones de las que depende la solución de cada uno de los problemas; **4)** la respuesta a cada uno de las cuestiones; **5)** las razones (los argumentos) a favor de esas respuestas y, eventualmente, las razones para no suscribir otras posibles respuestas; **6)** la solución del problema o de los problemas iniciales; **7)** la decisión [ATIENZA, 2017: 20/21, 23].

Abundando en razones y en función a la serie de decisiones que el juez debe adoptar en toda resolución judicial, específicamente la sentencia, siguiendo a WROBLEWSKI, es de reconocer que existen **cinco tipos de decisiones**, cada una de las cuales requiere su aneja justificación. Así se tiene: **(i) decisión de validez** –relativa a si la disposición aplicable al caso es o no jurídicamente válida–; **(ii) decisión de interpretación** –que gira en torno al significado de la disposición que se estima aplicable–; **(iii) decisión de evidencia o de prueba** –que se refiere a la declaración de hechos probados–; **(iv) decisión de subunción** –relativa a si los hechos entran o no en el supuesto de hecho que la normas aplicable contempla; y, **(v) decisión de consecuencias** –cuáles han de seguir a los hechos probados y calificados jurídicamente– (IGARTUA, 2014: 34).

En resumidas cuentas, el criterio de inferencia es el núcleo de la argumentación de la justificación; y, supone expresar el proceso de concreción de la norma legal general en su aplicación al caso concreto, y debe referirse a la determinación de la *quaestio facti* y de la *quaestio iuris*; ambas implican la aplicación de normas, de principios jurídicos vinculados, a fin de evitar la arbitrariedad [CHOCLÁN/MONTALVO, 2002: 420].

En cuanto a la **fundamentación fáctica**, desde la perspectiva histórica, su exigencia se funda, inmediatamente, en la necesidad de superar la viciosa práctica de los jueces durante el régimen absolutista de no ver por sí mismos las causas; y, mediatamente, con el tema general de la propia delimitación entre lo fáctico y lo jurídico, particularmente imprescindible con el surgimiento del jurado popular, lo que inicialmente imposibilitaría su control casacional. Es de suyo consistente que

esta obligación constitucional del juez reconocer que la redacción de los fundamentos de hecho y de derecho requiere *(i)* que esté presente en todas las sesiones del juicio y *(ii)* que su decisión esté absolutamente vinculada a lo que ha sido objeto de deliberación y votación –el ponente no puede incorporar cambio alguno al respecto– [PEDRAZ, 2000: 376, 380, 384, 386].

∞ Ahora bien, como ya se señaló, sigue siendo pertinente y relevante la distinción entre “cuestiones de hecho” y “cuestiones de derecho”. Las primeras (*quaestio facti*), centro de nuestra preocupación académica, presuponen una actividad de carácter cognoscitivo, fundada en pruebas y elementos de prueba, destinada a constatar la verdad o falsedad de los hechos y que desemboca en **enunciados descriptivos** dotados de un valor de verdad en torno a la existencia o inexistencia de tales hechos –de los enunciados lingüísticos, las frases, las propuestas, los enunciados que describen a los hechos–.

Se ha de valorar pruebas. Valorar consiste en verificar los enunciados fácticos, en estimar su correspondencia con los hechos que describen, de ahí la necesidad de la motivación. La valoración ha de entenderse, entonces, como una operación racional, entendida como la manifestación de que, a la vista de las pruebas disponibles, es razonable dar por verdaderos (probables más allá de la duda) ciertos enunciados fácticos [GASCÓN, 2004: 196].

Las segundas, las cuestiones de derecho (*quaestio iuris*) presuponen una actividad interpretativa, fundada en criterios hermenéuticos, destinada a atribuir un significado a una disposición y dan lugar a enunciados prescriptivos sobre la calificación jurídica del supuesto controvertido. Implican, por tanto, metodologías diferentes, se fundan en datos y criterios diferentes por su estructura lógica y efecto, y también es diferente el modo de verificación y control su respectiva fundamentación [IGARTUA, 1998: 271].

1.2.5.2 LA MOTIVACIÓN: LO FÁCTICO Y SUS PATOLOGÍAS

∞ La motivación, como quedó expuesto, se expresa tanto en la *quaestio facti* como en la *quaestio iuris*, y cada una de tales cuestiones tiene su propia problemática. Hemos asumido la exigencia de una **motivación correcta** o **aceptable**, en el entendido de la consecución de una decisión judicial justa. Ésta debe fundarse en la verdad

de los enunciados integrantes de la *quaestio facti*, la cual permitirá formar la certeza moral necesaria para trazar la correspondencia entre los enunciados fácticos verdaderos y la existencia o inexistencia de los hechos y la posterior corrección lógica en la labor de interpretación y aplicación de la norma en la *quaestio iuris*, tras la oportuna dialéctica de la *quaestio facti* con ella –la motivación de los hechos, afirmaba MAZZARESE, es legalmente necesaria para la correcta integración de los fundamentos de Derecho de la parte no dispositiva de la resolución [ALISTE, 2018: 287, 289]–. Es claro, como expresa NIEVA, en el proceso penal la cuestión de los hechos –la cuestión probatoria– suele ser la más relevante y trata, en palabras de SERRA, de trasladar la realidad material a la realidad procesal [NIEVA, 2017: 415]. La motivación –en tanto elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción– precisa para su conformidad constitucional, entre otros requisitos, que sea **explícita, suficiente, racional y no arbitraria**. La resolución judicial (autos y sentencias) ha de mostrar los argumentos necesarios que la justifiquen interna y externamente. Ha de ser suficiente y fundarse en derecho, esto es, debe responder a una determinada interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad. La valoración que realice debe ser la idónea para dilucidar el caso y, además, razonada, de tal manera que sea posible el impugnante controlar la tesis que plantee ante un Tribunal superior, que en tanto conceptos jurídicos indeterminados son difíciles de separar y se examinan caso por caso. La STSE de 21 de junio de 1999, por ejemplo y dada la interrelación de tales requisitos, llegó a decir: “la motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del derecho a un supuesto específico permitiendo a un observador imparcial conocer cuáles son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad”.

∞ Respecto de la decisión de los hechos –toda decisión judicial debe contener una narración sobre los hechos del caso [ZAVALETA, 2014: 339]–, ésta requiere de tres fases:

Primera, debe tomarse en consideración todos los hechos jurídicamente relevantes para la decisión –el criterio de selección asumido es el de la norma de ley aplicable que se supone es para el caso específico–. Es decir, los principales que son base

para la calificación del hecho, para la determinación de las circunstancias y, en su caso, para la determinación de la sanción –se prueban, bajo la calificación de verdadero o falso, los enunciados descriptivos, pero los enunciados de valoración son objeto de otro tipo de demostración–.

Segunda, deben valorarse todas las pruebas relativas a cada uno de los hechos y circunstancias, tanto las que favorecen como refutan las hipótesis examinadas –es a través de las pruebas que el juez realiza las selecciones fácticas–.

Tercera, la explicitación y defensa de los juicios de valor realizados –ha de ser explícito el criterio de valoración asumido y además justificarlo– [TARUFFO, 2012: 100/102].

Las pruebas, en suma, deben pasar por tres tamices: **1)** deben ser fiables, en atención a sus fuentes; **2)** debe ser persuasivas, en razón de sus contenidos –su rendimiento probatorio–; y, **3)** deben ser comprensivas, porque han de abarcar todos los aspectos que se necesita probar. Y si se trata de pruebas indirectas o por indicios, debe identificarse cuáles son los nexos racionales que conectan los indicios con los hechos de la hipótesis (o de las sub-hipótesis) poniendo énfasis en mostrar la precisión y la gravedad de la relación que une a los unos con las otras [IGARTUA, 2016: 23].

∞ Hablar de la *quaestio facti* es analizar la prueba. Y, uno de los elementos que conforman el derecho a la prueba es el derecho a una **resolución probatoria motivada**. En este ámbito el contenido de la motivación –de la motivación fáctica– puede ser descompuesto en cuatro partes, que operan como tres premisas y una conclusión. Así, **1.** El análisis de cada una de las pruebas y la justificación de la fiabilidad otorgada a cada una de ellas (valoración individual de la prueba). **2.** La valoración de conjunto de las pruebas a los efectos de determinar y justificar el grado de corroboración que estas otorguen a cada una de las hipótesis fácticas en conflicto en el proceso. **3.** La identificación del estándar de prueba aplicable a ese tipo de proceso y a la concreta decisión que se está adoptando (un auto de coerción procesal, un auto de enjuiciamiento, una sentencia, etcétera). **4.** La conclusión acerca de si, a la luz de las pruebas disponibles y el estándar de prueba aplicable, alguna de las hipótesis fácticas debe ser declarada como probada. Ello importa, como ya examinó, que la motivación se entienda como justificación racional; y que, para que una decisión judicial esté justificada, se requiere que existan razones

suficientes que la funden y que éstas se formulen lingüísticamente, es decir, se expresen en la decisión judicial [FERRER, 2020: 376, 378].

Desde la *quaestio facti*, asumiendo la propuesta de MALEM, los errores pueden ser de dos tipos: *(i)* cuando los errores se producen en los enunciados fácticos, de modo que no se corresponden con la realidad, por lo que se trata de enunciados falsos; y, *(ii)* cuando se relacionan con la prueba. La falsedad de los enunciados fácticos está referida a la formulación de las hipótesis –el conocimiento de los hechos se realiza mediante la formulación de hipótesis, teniendo en cuenta las presentadas por las partes y, la propia, si es que posee alguna–, las que no coinciden con la realidad, o conducen a resultados absurdos, o son contradictorias o irrelevantes, así como cuando no se formulan hipótesis complementarias o secundarias necesarias para comprender el núcleo de la cuestión.

Una vez que se formula la hipótesis cabe apreciar la prueba con el fin de corroborarla o confirmarla. Tres son las cuestiones que merecen examinar. La admisibilidad de la prueba, la comprensión del material probatorio (traslación de la prueba) y valoración de la prueba. Se debe admitir pruebas debidas e inadmitir pruebas ilícitas o prohibidas, así como las impertinentes e inútiles. Luego, se debe interpretar las pruebas, establecer el elemento probatorio que contiene. Finalmente, se debe valorarla; esto es, realizar un razonamiento complejo de una serie de inferencias, deductivas o inductivas, que permite conocer con cierto grado de probabilidad nuevos hechos a partir de hechos ya conocidos [MALEM, 2009: 17/21, 102/103].

∞ El *iter* de la formación de la *quaestio facti* se concreta en dos momentos.

El primero, en la construcción de un conjunto de enunciados asertivos –sean enunciados **factuales descriptivos** o **enunciados calificativos de los hechos**– de los cuales sea posible predicar su verdad o falsedad, lo que se hace a través *(i)* de los medios de prueba –los ofrecidos por las partes e, incluso, los incorporados de oficio por el órgano jurisdiccional– y *(ii)* de las alegaciones de las partes sobre ellos.

El segundo, en la realización de un **control valorativo** por el juez de estos enunciados asertivos respecto de su relevancia, es decir, de su pertinencia para el adecuado enjuiciamiento del asunto, utilizando un criterio objetivo para la valoración de los mismos y su integración en la *quaestio facti* [NIETO, 2000: 86-88].

El juez, por consiguiente, resuelve problemas de carácter cognoscitivo. La operación que hace el juez, respecto de la *quaestio facti*, estriba en establecer si las premisas son verdaderas. Los hechos son hipótesis descriptivas de una realidad que se considerará verdadera sobre el plan cognoscitivo, si existen los elementos suficientes para decir que los hechos así descritos son ciertos [TARUFFO, 2012: 162].

Si se toma en cuenta el sentido de la palabra “prueba” como **razonamiento**, probar significa, como se advierte de lo expuesto, construir un argumento que trata de justificar determinada hipótesis como premisa fáctica de la decisión judicial. El razonamiento en cuestión (*i*) se da sólo a propósito de la inferencia probatoria empírica, que se corresponde con el sistema de libre valoración de la prueba (artículo 158, apartado 1, CPP); y, (*ii*) se identifica con la determinación del grado de corrección o solidez de la indicada inferencia –el grado de probabilidad inductiva con el que la hipótesis-conclusión se sigue de las premisas, es decir, de los elementos de juicio y la máxima de experiencia (que es un criterio de no formal de solidez de las inferencias probatorias empíricas)–, esto es, el grado en el que las pruebas avalan o corroboran la hipótesis [GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 4, 6/7].

∞ Motivar, como ya se acotó, es **justificar** –inclusión de las razones que permitan sostener como correcta la decisión judicial fáctica–. Además, motivar exige explicitar las pruebas usadas y explicitar el razonamiento, el cual debe permitir pasar de los datos probatorios a los hechos probados, según las reglas de inferencia aceptadas y las máximas de experiencia usadas. Asimismo, motivar requiere que todas las pruebas se **justifiquen** –no solo la prueba por indicios, también la prueba directa–; que se realice un análisis individualizado de la prueba y, luego, en conjunto; y, que se consideren todas las pruebas practicadas [GASCÓN, 2003: 404/406]. Los argumentos que contiene la resolución deben ser objetivos –no subjetivos– y coherentes –es decir, relacionados– con la materia de pronunciamiento [STC 01807-2011-AA, FJ 13].

La sentencia, en esta perspectiva, desde sus elementos formales, debe contener varios párrafos (que es el vocablo utilizado por el artículo 395 CPP) a la explicación de los hechos que ha concluido que realmente han sucedido. El listado de los hechos permitirá al juez reflexionar sobre sus propias conclusiones, y a las

partes les permitirá acceder a las conclusiones judiciales antes de analizar propiamente las razones del fallo de la decisión –sabrán de dónde parte el juez a la hora de elaborar sus conclusiones– [NIEVA, 2017: 415].

Metodológicamente, por otra parte, en la preparación de la motivación corresponde utilizar el método deductivo, esto es, tomar en cuenta todos los datos del proceso, sin ideas preconcebidas, de manera que conforme fuera observando la prueba, pudiera ir deduciendo naturalmente lo sucedido, desde un conglomerado de datos que tendrá que ligar entre sí de suerte que incluso el resultado final puede ser distinto del anunciado por las partes, el cual debe ir precedido de unas inferencias claramente determinadas que permitirán, por su solidez y verosimilitud, las deducciones correspondientes. Y, en la redacción de la sentencia se ha de utilizar el método inductivo, pues se trata de exponer el camino inferencial de la hipótesis que surgiera del examen de todas las pruebas. Si la conclusión es condenatoria, primero, enunciará el hecho probado; segundo, describirá la prueba de la que se deriva el hecho en cuestión; y, tercero, formulará el razonamiento judicial que permite deducir el hecho de esta prueba en concreto. Si la conclusión es absolutoria, igualmente, seguirá el mismo esquema (véase artículo 398 CPP); explicará dilucidando las inferencias y vinculando los hechos absolutorios con la prueba de la que provengan o, quizás más frecuentemente, con la ausencia de pruebas de cargo que ponga en cuestión la inocencia [NIEVA, 2017: 416/419].

∞ La motivación, además, debe ser **racional** y **razonable**. Se entiende por **racional** cuando la decisión judicial viene adoptada y justificada con sumisión a las normas y principios del ordenamiento jurídico –ese es el criterio de decisión–; y, se concibe por **razonable** cuando la decisión judicial se justifica de acuerdo con los valores sociales y jurídicamente imperantes. Esto último se presenta en las decisiones discrecionales, donde la razonabilidad actúa como criterio de decisión y, por ello, el juez deberá justificar expresamente la mejor solución adoptada frente a las demás opciones posibles y legítimas [COLOMER, 2003: 308, 323]. A ello se denomina “uso motivado de las facultades de arbitrio” (STCE de 25 de febrero de 1987) y que, por ejemplo, en el Derecho Penal se expresa en la

cuantificación concreta de la pena entre un máximo y un mínimo [IGARTUA, 2014: 17]–.

∞ En cuanto a la estructura formal del juicio fáctico que debe plasmarse en la sentencia, el artículo 123 CPP menciona, de un lado, la exposición de los hechos debatidos y, de otro lado, el análisis de la prueba actuada. El artículo 12 del TUO de la LOPJ, en un sentido más amplio, exige que en la sentencia se expresen los fundamentos en que se sustentan; mientras que el artículo 122 del CPC hace referencia a las partes expositiva, considerativa y resolutive de la decisión judicial, así como, genéricamente, a la mención, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, según el mérito de lo actuado.

∞ Sin embargo, esta inicial imprecisión –si se debe declarar formalmente los hechos declarados probados o improbados– se corrige, para la sentencia penal, en el artículo 394 del CPP. En efecto, este precepto legal primero, separa con claridad las partes expositiva, considerativa y resolutive –a la primera parte se dedica el apartado 2–. Segundo, la parte considerativa comprende dos secciones: **1) fundamentos de hecho**, que estriba (*i*) en la motivación (o justificación) clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y (*ii*) en la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique; **2) fundamentos de derecho**, que consiste en la incorporación con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo. Tercero, la parte resolutive, deber hacer mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido, etcétera. Es claro, pues, que en la parte considerativa de la sentencia, en los fundamentos de hecho, se debe establecer qué hechos están probados o improbados, a partir del análisis de la prueba actuada.

∞ El artículo 398 CPP, según ya se anotó, fija una especialidad tratándose de sentencias absolutorias. El precepto se coloca en las diferentes posibilidades que justifican la absolución del acusado y sobre las cuales la sentencia debe ser precisa. La sentencia deberá expresar (*i*) si el hecho imputado existió o no, (*ii*) las razones por las cuales el hecho no constituye delito, (*iii*) la declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración, (*iv*) la indicación de que los medios

probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad –el porqué de este aserto– o que subsiste una duda sobre la misma, y (v) si está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal. En los casos de aplicación del *in dubio pro reo*, explica IGARTUA, la motivación no se destina para que el juez manifieste que tiene una duda, ni para que explique por qué tiene una duda, sino para que justifique por qué la duda que tiene es razonable, es decir, fundada en razones válidas [IGARTUA, 2016: 15]

∞ Las exigencias formales respecto del contenido de la motivación de las decisiones judiciales persiguen, a fin de cuentas, que la justificación se exprese de modo claro y preciso, que las razones se expliciten en el cuerpo de la sentencia. Así las cosas, la motivación, a los efectos de su control institucional, puede sufrir diversas patologías, que es de rigor desentrañar, y que la convierten en una motivación deformada. Su identificación, desde luego, permitirá concretar, a su vez, el margen del control según se trate de un recurso de apelación o de un recurso de casación –en el primer caso, el control es un medio para controlar la justicia de decisión, mientras en el segundo caso el control se efectúa como un fin en sí mismo, verificando de ese modo la justificación de la decisión [IGARTUA, 2014: 27]–.

La motivación ha de ser racionalmente **sustanciosa** y, además, **concisa**, lo que está en función a los problemas que desentraña. Pero ser concisos o breves, como decía QUINTILIANO, no significa decir poco, significa no decir más de cuanto sea necesario. De otro lado, aun cuando es verdad que la extensión de la motivación se modula en función de la naturaleza y complejidad de los casos, es obvio que debe tener, siempre, un conjunto de requisitos esenciales, tales como tener un armazón organizativo racional en función a cada decisión sectorial o antecedente; distinguir los niveles referidos a la justificación interna y, cuando corresponde, a la justificación externa; dar respuesta completa a los puntos u opciones relevantes; la motivación debe ser suficiente, es decir, debe justificar las opciones relevantes asumidas; y, los argumentos han de ser compatibles entre sí, congruentes en sentido estricto [IGARTUA, 2003: 93-100].

La STC 1291-2000-AA/TC, FJ 2, siguiendo la jurisprudencia española (STCE 25/1990, de 19 de febrero), aclaró que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se

respetar siempre que exista una fundamentación que exprese por sí misma una suficiente justificación de la decisión adoptada. Solo se requiere comprobar la existencia de fundamentación y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada (STCE 175/1992, de 2 de noviembre).

∞ Por consiguiente, la motivación está sujeta a determinadas condiciones para que pueda cumplir sus funciones endoprocesales y extraprocesales. Éstas son cinco: completitud, suficiencia, coherencia, congruencia y razonabilidad [MIRANDA, 2011: 170/176].

1. La **completitud** significa que el juez debe valorar la totalidad del cuadro probatorio. La motivación se ha de estructurar, señala ACCATINO, en forma dialógica y debe comprender no solo la justificación lineal de la hipótesis fáctica acogida, sino también la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas.

2. La **suficiencia** viene determinada por la calidad de la motivación, sin que su extensión sea relevante (STC 1230-2002-HC/TC, FJ 11). Debe abarcar tanto la justificación interna como la externa. Además, la motivación debe ser tributaria del método analítico de valoración probatoria –examen individual de cada medio de prueba y, luego, examen conjunto de todos los medios de prueba relevantes–. El juez, a través de la motivación, como refiere ANDRÉS, debe llevar a cabo el cruce de todos los datos empíricos obtenidos de los diversos medios de prueba, para valorar si prestan o no soporte y en qué grado a alguna de las hipótesis en presencia.

3. La **coherencia** significa que la motivación debe estar debidamente estructurada, ser consistente, y no incurrir en contradicciones lógicas. El razonamiento probatorio ha de ser lógicamente plausible.

4. La **congruencia** de la motivación exige que sea correspondiente o se relacione con la premisa o premisas que hayan de justificarse (STC 3926-2008-PHC/TC, FJ 11).

5. La **razonabilidad** de la motivación significa que ha de estar ajustada a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (Sentencia Casatoria 03-2007/Huara, de 7 de noviembre de 2007, FJ 9).

∞ Lo expuesto guarda relación con los propios principios de la valoración de la prueba, que están referidos *(i)* a la **exhaustividad**, de suerte que todos los elementos probatorios integran una unidad y el juez debe analizarlos y comprobar su vinculación; *(ii)* a la **congruencia**, que es una relación entre dos términos: la acusación y la sentencia, pero también es una relación que se extiende a la relación entre los hechos objeto del debate y las pruebas actuadas, de suerte que, entre otros, solo pueden valorarse los medios probatorios, pertinente y útiles, que hayan sido practicados oportunamente; *(iii)* a la **integralidad** y **comunidad de prueba**, en cuya virtud el acervo probatorio es un todo que pertenece al proceso –no solo a las partes que lo aportaron–, y las pruebas deben examinarse, desde su contenido, en forma integral, y, además, individual y conjuntamente con las demás; *(iv)* a la **imparcialidad judicial**, es decir, el juez no puede tener en el resultado de la práctica probatoria y no puede anticipar el resultado probatorio ni proferir valoración anticipada de los medios de prueba en cuanto a su efecto probatorio [RIVERA MORALES, 2011: 241/246]

∞ Existen dos tipos de patologías distintas. Primero, la denominada **motivación omitida** o **inexistente**. Segundo, las derivadas de la aplicación judicial incorrecta de la obligación de motivar –la motivación existe pero se encuentra viciada–, dentro de las que se tiene **1)** la motivación **incompleta**, **2)** la motivación **insuficiente**, **3)** la motivación **ficticia** o **aparente** –se incluye la motivación **hipotética** o **dubitativa**– y **4)** la motivación **ilógica** [ALISTE, 2018: 392].

MALEM, por su parte, hace referencia *(i)* a los errores en la justificación interna de la decisión –el contenido del fallo no se sigue lógicamente de las premisas fácticas y normativas de las definiciones utilizadas–; *(ii)* a los errores en el encabezamiento de la decisión –se incluye o excluye a una parte en el proceso y, respecto del objeto del proceso, se limita, excluye o se comprende otros elementos referidos a la causa de pedir o a la petición–; *(iii)* errores en el fundamento de derecho, tanto los referidos a la interpretación del Derecho como a la aplicación o subsunción del Derecho; *(iv)* errores en el fundamento de hecho, que se presentan cuando los enunciados fácticos que se formulan son falsos o cuando se infringen los límites intrínsecos o extrínsecos de la prueba; *(v)* errores en la construcción de las hipótesis fácticas y en la valoración de las pruebas –vinculados directamente con los aspectos epistémicos de la construcción y corroboración (o refutación) de las

hipótesis de aparecerán en los fundamentos de hecho de las sentencias–; (vi) errores en la calificación –no se subsume correctamente la situación fáctica que se considera probada en el supuesto de hecho de una norma–; (vii) errores en el fallo –cuando el juzgador decida más allá, por defecto o por exceso, de lo solicitado por las partes o del objeto del juicio–, y, (viii) errores por ausencia de motivación –suponen una carencia total o casi total de fundamentos en el documento judicial– [MALEM, 2008: 111/179].

En todo caso, estas tipologías –las enumeradas por MALEM– pueden reconducirse, si se trata de hechos, de uno u otro modo, a las primeramente indicadas. Lo esencial es, sin embargo, que todos los defectos relevantes estén comprendidos y, a su vez, que permitan una debida calificación en atención a la clásica división, estudiada por CHIOVENDA, entre error *in iudicando* y error *in procedendo* –defectos en el juicio de derecho y defectos de actividad, determinantes de injusticia o de nulidad de la decisión– [CHIOVENDA, III, 1954: 467]. El primero, es un vicio sobre el fondo del asunto enjuiciado, bien por expresar un *error facti in iudicando*, es decir, por recoger una motivación incorrecta de la *quaestio facti*; bien por residir el error en la *quaestio iuris*, entendiéndose entonces como *error iuris in iudicando*. El segundo, es un vicio de actividad que afecta a los requisitos formales de la resolución judicial, aunque no incide en la validez del juicio que se expresa en el cuerpo de los motivos que precede a la parte resolutive de la decisión judicial [ALISTE, 2018: 395].

1. La **motivación omisa** o **inexistente** determina la ineficacia de la decisión judicial por un defecto absoluto de uno de los requisitos que necesariamente la legislación procesal considera que ha de tener acogida en la propia resolución. Constituye, propiamente, un supuesto de inexistencia del acto procesal del juez, de la resolución. Una decisión con tal defecto impide por completo la posibilidad de control endoprosesal. Es un vicio absoluto de la resolución judicial, cuya diferencia con la nulidad insubsanable –que solo tienen una eficacia endoprosesal– es la diversificación en materia de régimen procesal, pues es incapaz para explicar la función extraprosesal de la motivación, por lo que este vicio no puede ser irrelevante cuando la sentencia es juzgada [TARUFFO, 2006: 393/394]. MALEM llega a sostener que una decisión que carece totalmente de

fundamentos y contara únicamente con la parte resolutive solo tendría la apariencia de una decisión judicial, debía ser enmendada y el juez que la dictó podría incluso incurrir en delito de prevaricato [MALEM, 2008: 178/179].

Esta patología significa una carencia material de la argumentación de la decisión, es decir, carencia de un elemento estructural de la misma. Se erige en un *vitium in procedendo* de garantía, porque afecta las garantías que el derecho procesal ofrece a las partes procesales, que se presenta cuando no se dan las razones de la sentencia [MORALES, 2008, 322, 323]. Existe una carencia de razonamientos.

∞ Dos son los géneros de este tipo de patología: formal y sustancial.

La primera, **formal**, se produce cuando la sentencia consta sólo de una parte dispositiva, sin que en ella haya rastro de prosa supuestamente motivatoria – ausencia de enunciados colocados topográficamente en la parte considerativa de la sentencia–.

La segunda, **material**, si bien incorpora determinados enunciados carece de significados justificatorios. Las versiones más frecuentes son la motivación implícita y la motivación *per relationem*.

La motivación **implícita**, consiste en suponer que, cuando no se enuncian las razones que fundan una decisión, éstas se infieren de alguna otra decisión tomada por el juez –uno de estos casos se da cuando el argumento que justifica una opción no faculta a derivar *a contrario* las razones que fundamentarían la exclusión de otra opción alternativa– (STC 09208-2005-AA/TC, FJ 3). Las partes tienen derecho a obtener una motivación específica y expresa sobre la solución de las cuestiones prejudiciales y de las pretensiones de fondo, propuestas y relevantes, en especial cuando existan afirmaciones expresas que sean incompatibles con una solución diferente de las cuestiones que se resuelven de forma implícita [TARUFFO, 2006: 370/372].

La motivación **per relationem** tiene lugar cuando el juez al tomar una decisión respecto de algún punto relevante, no elabora una justificación autónoma ad hoc –en esta perspectiva, el artículo 12 del TUO de la LOPJ–, respecto de las resoluciones de vista estipuló que no se podía reproducir sin más los fundamentos de la resolución recurrida [IGARTUA, 2009: 28/31]. Es posible distinguir dos hipótesis principales: **1**) cuando el juez de revisión (apelación o casación) recibe

la justificación contenida en la sentencia que ha sido impugnada ante él; **2**) cuando el juez remite a la justificación contenida en una sentencia recaída en juicio distinto o genéricamente a la jurisprudencia en la materia –el reenvío a los precedentes es ilegítimo cuando se hace un uso de los mismos meramente retórica (el *argumentum ex auctoritate*) o un tipo particular de *obiter dictum*, sin incorporar argumentos ad hoc– [TARUFFO, 2006: 365/368].

Es claro que, en ambos casos, la relevancia constitucional de las omisiones se presentará cuando **(i)** la dimensión del silencio afecta directamente el derecho a la tutela jurisdiccional, o si, por el contrario, la desestimación tácita y la *per relationem* no tiene una entidad suficiente; **(ii)** si efectivamente se ha planteado la cuestión cuyo conocimiento se afirma eludido por el órgano jurisdiccional; y, **(iii)**, por último, si la omisión causó un efectivo perjuicio de la garantía de defensa procesal de quien invocó la impugnación –que es lo que denomina “**indefensión material**”– (STCE 34/2000, de 14 de febrero).

2. La motivación **incompleta** o **parcial** es un supuesto de nulidad absoluta o insubsanable de la decisión judicial. Este tipo de motivación integra una categoría más amplia, la denominada “motivación ficticia” –que comprende, además, la motivación **insuficiente** y la motivación **ilógica**– [ALISTE, 2018: 393]. Al igual que la motivación omitida o inexistente puede tratarse **(i)** de una omisión **parcial formal**, relativo a las formalidades normativas que deben seguirse en cuanto a la estructura de los enunciados lingüísticos, y **(ii)** de una omisión **parcial sustantiva**, referido al juicio que fundamenta la parte dispositiva de la resolución, esto es, un error respecto a la justificación de la decisión judicial –*error in procedendo* y *error in iudicando*, respectivamente–.

∞ La motivación **incompleta** se presenta cuando no se satisface el requisito de completitud, es decir, cuando no se justifica alguna decisión sectorial que prepara y condiciona la parte resolutive de la decisión judicial. Este defecto de motivación es parcialmente opuesto a la motivación **completa**, que es aquella que justifica todas las decisiones relevantes que predeterminan la decisión final –es la regla general de actuación que debe presidir la labor de los jueces a la hora de redactar sus resoluciones–. Por imposición legal toda motivación debe contener **(i)** todos los

razonamientos del juzgador usados para resolver el juicio de hecho y de derecho; y, *(ii)* la justificación de la decisión tomada respecto de cada una de las alegaciones de hecho y de derecho de las partes –debe distinguirse, en todo caso, fundamentos jurídicos de fundamentos legales: los primeros forman parte de la causa de pedir, requieren una decisión justificada y no pueden ser alterados por el juez, mientras que los segundos son meros argumentos y citas de la ley, que no vinculan al juez y están sometidos al principio *iura novit curia*– [COLOMER, 2003: 348].

En todo caso, la limitante de la motivación ha de ser grave al incidir en un ámbito o punto relevante de la decisión judicial, no meramente accesorio o secundario –el vicio debe ser de tal magnitud que afecte la *ratio decidendi*, referido al principio de trascendencia de las nulidades procesales [ZAVALETA, 2014: 397]–. Debe incidir, por ejemplo, en todos aquellos datos referidos a la calificación de un elemento objetivo o subjetivo del tipo penal, a la designación de una circunstancia agravante o atenuante –genérica, cualificada, privilegiada o específica–, a la fijación de un hecho referido a una causa de disminución o incremento de punibilidad –error, eximentes, delito continuado, delito masa–, a la determinación de los tipos concursales, tipos de perfecta o imperfecta ejecución y tipos de intervención delictiva, y a la fijación de la cantidad o calidad de sanción penal. Asimismo, a la presencia de reglas de reducción por bonificación procesal (confesión sincera, conformidad procesal, terminación anticipada, colaboración eficaz) [PRADO, 2016: 246 y 249].

∞ Un supuesto de motivación **incompleta** existirá cuando se infringe el principio de exhaustividad de las decisiones judiciales, es decir, cuando no se decide sobre todos los puntos litigiosos objeto del debate, tanto se trate de la pretensión del acusador cuanto de la resistencia del acusado. Se vulnera, en este caso, un requisito de contenido de la sentencia [MONTERO–FLORS, 2009: 133/135] –se le puede denominar *incongruencia omisiva*–.

Otro supuesto de motivación **incompleta** se presenta cuando se infringe el principio lógico de razón suficiente. Este principio, cuando se aplica al obrar, esto es, en la motivación de las decisiones judiciales, exige que las conclusiones sean consecuencia de las pruebas rendidas, y que éstas solo puedan dar fundamento a esas conclusiones, y no a otras –las conclusiones han de derivar necesariamente

de los elementos probatorios invocados en su sustento—. Uno de los casos emblemáticos, conforme a la jurisprudencia argentina, se presenta cuando se omite valorar **prueba decisiva**—eficaz y decisiva— para la solución de la causa, para lo cual ha de acudirse el método de la “supresión mental hipotética”; es decir, cuando la valoración omitida puede cambiar el resultado del proceso [PERRACHIONE, 2003: 207].

3. La motivación **insuficiente** es aquella que no aporta las razones necesarias para ofrecer una justificación apropiada, no cumple con el estándar mínimo necesario. Se presenta, por ejemplo, cuando el juez no expresa las premisas de sus argumentaciones, cuando no justifica las premisas que no son aceptadas por las partes, cuando no indica los criterios de inferencia que ha manejado (ausencia de precisión de las máximas de experiencia), cuando no explicita los criterios de valoración adoptados, cuando al elegir una alternativa en lugar de otra no explica por qué ésta es preferible a aquella, etcétera [IGARTUA, 2014: 32/33].

Es verdad que solo el caso concreto permitirá determinar cuándo se está ante una motivación insuficiente, pero existen criterios base que pueden utilizarse, los cuales se concretan en dos supuestos esenciales: *(i)* cuando las premisas de hecho o de derecho no se individualizan; y, *(ii)* cuando las premisas se enuncian pero carecen de justificación. Como explica TARUFFO, impiden discernir las razones que justifican elegir entre las decisiones posibles una alternativa frente a otras igualmente posibles, que en caso de haber sido mejor justificadas excluiría cualquier otra posibilidad. Este enunciado impone al juez la responsabilidad de expresar en la motivación las elecciones de las que debe desprenderse la decisión como consecuencia racional y le exige que los criterios que determinaron dichas elecciones sean racionales [TARUFFO, 2006: 359]. La exteriorización de las razones en las que se basa la decisión judicial, además de coherente, ha de ser adecuada y suficiente a la naturaleza del caso y circunstancias concurrentes, lo que no se cumple cuando no se valoran las circunstancias singulares que se someten a la consideración del juez (STSE de 8 de abril de 2016).

∞ La motivación **insuficiente**, como es obvio, puede recaer en los hechos o en el derecho. Centrémonos en la *quaestio facti*. Cuando se trata de *errores in procedendo facti*, los enunciados factuales son falsos porque no tienen una relación de

correspondencia con la realidad histórica –se constata una inexistencia de los hechos afirmados, se parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas–. Cuando se trata de *errores in iudicando facti*, la inferencia probatoria se ha construido de manera incorrecta, y puede obedecer a una causa intrínseca o extrínseca a la resolución, vinculadas directamente con los aspectos epistémicos de la construcción y corroboración (o refutación) de las hipótesis que aparecerán en los fundamentos de hecho de las sentencias.

En el primer caso –causa intrínseca–, la valoración probatoria es incorrecta, por la ausencia de una prueba imprescindible, por una deficiente observación o percepción –que puede afectar todo tipo de pruebas–, o por una incorrecta formación de la inferencia probatoria construida a partir de lo observado o percibido –en la interpretación de la prueba o en su valoración, que sería en este último supuesto un error de inferencia–. En el segundo caso –causa extrínseca–, cuando se aprecian hechos nuevos que no fueron materia de actividad probatoria en el proceso [MALEM, 2008: 145, 146, 151, 154].

∞ También será una motivación **insuficiente** cuando se presentan errores en materia de motivación del juicio de facto. Se exteriorizan, tal como postula TARUFFO, **1)** cuando se motiva indebidamente el juicio de admisión de las pruebas –no solo en sede de etapa intermedia, sino también en sede del enjuiciamiento: artículos 373 (solicitud de nueva prueba) y 385 (ofrecimiento final de prueba y prueba de oficio) del CPP– ; **2)** cuando se excluye la actuación de pruebas admitidas (artículo 379, numeral 2, CPP: prescindencia de testigos o de otro tipo de prueba) o no se le da mérito alguno por razones de fiabilidad o credibilidad; y, **3)** cuando se valora indebidamente las pruebas en orden a la constatación de los hechos –la discrecionalidad de la valoración no excluye su justificación adecuada–, de suerte que no se identifican los criterios de racionalidad en los que tanto el juicio de hecho, como la motivación correspondiente, deberían inspirarse [TARUFFO, 2006: 374/377].

En este último punto, el tercero, es relevante tener presente que la justificación de los hechos se vincula íntimamente con la valoración de la prueba. Solo a través de las pruebas se conocen los argumentos y las inferencias probatorias. Estas últimas se definen como el razonamiento por medio del cual se acredita un hecho relevante para resolver un problema de prueba, y su estructura básica se compone de los

hechos probatorios, los hechos a probar o la hipótesis del caso y el enlace o garantía para justificar pasar de los primeros a los segundos. A estos efectos se han identificado, para la corrección de la motivación fáctica, de la inferencia probatoria, tanto criterios de solidez de los hechos probatorios cuanto criterios acerca de la garantía o fundabilidad de los mismos.

En el primer nivel, se tienen los criterios *(i)* de **pertinencia**—que implica un juicio de relación entre los hechos, el hecho probatorio y el hecho a probar, en función de la relevancia jurídica o la relevancia lógica del hecho probatorio y su respectivo medio de prueba; *(ii)* de **fiabilidad** del medio de prueba —referido a la autenticidad, credibilidad, o plausibilidad de la prueba documental, testifical o pericial—; *(iii)* de **suficiencia**, que tiene que ver con el momento de la decisión sobre la prueba, y exige que las pruebas se valoren en su real dimensión —sin sobrevalorarlas o subvalorarlas— y tanto individual como en conjunto—; y, *(iv)* de **pluralidad** o **variabilidad** —ésta asume una relación entre variedad de los hechos probatorios y variedad de los medios de prueba, de suerte que a mayor variedad mayor es el grado de solidez de la inferencia probatoria.

En el segundo nivel, se exige que la máxima de experiencia utilizada esté suficientemente fundada y que tenga un grado de probabilidad causal suficiente [ZAVALETA, 2014: 340, 352, 354, 359, 375, 385]. Puede que el juez sea libre frente al legislador —no le da pautas para su convicción—, pero no lo es según lo demostrado en juicio y de los criterios de racionalidad que operan en la cultura jurídica dentro de la cual se enmarca el proceso [AVILÉS, 2004: 194].

4. La motivación **ilógica** está referida a los argumentos o premisas que infringen las leyes de la lógica, de suerte que incumple la exigencia de que toda sentencia ha de ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad (STCE 109/1992, de 14 de septiembre); es decir, cuando en la sentencia la argumentación de hechos probados, sea por la conexión o interpretación, se quebrantan la leyes de la lógica, máxima de experiencia y el conocimiento científico —involucran conceptos excluyentes entre sí—. La motivación, en este caso, sigue un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas (STCE 334/2006, de 20 de noviembre, FJ 2) —los motivos expresados no guardan ninguna relación con la pretensión

deducida y las oposiciones de las partes contrarias—. Este defecto, en especial, se presenta cuando se vulnera el principio lógico de no contradicción, pues “nada puede ser y no ser al mismo tiempo” (SCCiv. 486-2003/Sullana, publicada el 31 de marzo de 2004); los argumentos chocan entre sí. En suma, no es correcta la afirmación simultánea de un hecho como existente y no existente; la afirmación de un hecho como probado y no probado; la atribución de una consecuencia prevista en una norma jurídica respecto de la cual se afirma, al mismo tiempo, que no resulta aplicable, etcétera [ZAVALETA, 2014: 415]. Es de insistir que la sentencia es una estructura lógica, y debe estar constituida por un conjunto de razonamientos armónicos entre sí que estén exentos de violaciones a los principios lógicos.

También será una motivación **ilógica** cuando aun no manejándose argumentaciones incompatibles, sin embargo no se respeta la coherencia contextual (por ejemplo, el principio del tercio excluido), o cuando la decisión no se sigue, infiere o deriva de las premisas o razones que el juez esgrime como fundamentos de ella, de manera que el razonamiento no presenta una deducción lógicamente válida [ZAVALETA, 2014: 416]. Este último es un supuesto, afirmado por ALVARADO VELLOSO, de incongruencia interna, al no existir conformidad, en la misma sentencia, entre los fundamentos expresados en la parte considerativa y el mandato expresado en la parte dispositiva [PERRACHIONE, 2003: 103] —así se afirmó en la STSE 463/2011, de 28 de junio, que concluyó que en estos casos se infringe el principio de seguridad jurídica y con el ello el derecho a la tutela jurisdiccional—. Los argumentos, por lo demás, deben ser coherentes entre sí, compatibles. De igual modo, será ilógica una motivación cuando no se respetan las leyes de la ciencia —el análisis y la conclusión colisionan frontalmente con los conocimientos científicos— y las máximas de experiencia —se acude, por ejemplo, a una máxima de experiencia impertinente, falsa o extremadamente genérica, o la máxima de experiencia se aplica indebidamente— [IGARTUA, 2014: 33].

Integra este *vitium* de la motivación fáctica la enunciación contradictoria de los hechos probados, en cuya virtud los argumentos que se incorporan se destruyen entre sí, de tal forma que no hay sustento de la decisión; se afirma un juicio pero se concluye lo contrario o se aplican argumentos contrarios entre sí. Esta contradicción ha de ser **(i)** interna —dentro del texto de la decisión—, **(ii)** absoluta —los términos o frases utilizadas son antitéticos, incompatibles entre sí—, **(iii)** semántica —no es un tema

de razonamiento acertado o desacertado, es decir, conceptual– y *(iv)* insubsanables –no puede ser remediado acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato de la sentencia– [RIVERA MORALES, 2011: 421].

∞ En buena cuenta, el **control de logicidad** de la motivación fáctica, la cual realiza un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, importa verificar si se han observado las reglas fundamentales de la lógica, la ciencia y la experiencia. Las *leyes lógicas* –leyes del pensamiento– están constituidas, apunta DE SANTO, por las leyes de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

En la línea trazada por GONZÁLEZ y FIGUEROA, se entiende por coherencia de los pensamientos la concordancia o conveniencia entre sus elementos, y por derivación el que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado, salvo que se trate de un principio –un juicio que es el punto de partida para otros–. De la ley fundamental de **coherencia** se deducen tres principios: *(i)* identidad, es decir, cuando en un juicio el concepto sujeto (antecedente) es idéntico al concepto predicado (consecuente), por tanto, el juicio es necesariamente verdadero; *(ii)* contradicción, es decir, los juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos; *(iii)* tercero excluido, es decir, dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, uno de ellos es verdadero y ninguno otro es posible. A su vez de la ley fundamental de **derivación** se extrae el principio de razón suficiente, que importa justificar lo que en el juicio se afirma o se niega con la pretensión de que sea verdad –en base al antecedentes, la conclusión de la sentencia (consecuente) debe necesariamente ser así, y no de otra manera, diferente– [GONZÁLEZ – FIGUEROA, 1993: 75/76].

∞ La motivación **incongruente** igualmente es un supuesto específico de motivación **ilógica** (sobre la congruencia se ha pronunciado la STC 1300-2002-HC/TC, de 27 de agosto de 2003). Supone la confrontación entre la parte dispositiva de la decisión y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos: las partes, y objetivos: la causa de pedir –*causa petendi*– y la petición –*petitum*– (STCE 152/2015, de 6 de julio); esto es, se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han

formulado sus pretensiones (STCE 305/1994, de 14 de noviembre; STSE 858/2010, de 15 de diciembre). Ahora bien, la incongruencia se presenta cuando no existe una correlación de dos elementos: la actividad procesal de las partes y la actividad del juez desplegada en la sentencia.

Existen dos tipos de **incongruencia**: *(i) ultra petitum*, cuando el fallo de la sentencia otorgue más de lo pedido; y, *(ii) extra petitum*, cuando el fallo de la sentencia conceda tanto lo no pedido como a que lo conceda o lo deniegue por causas distintas de las alegadas, con lo que hace referencia a las peticiones de las partes o a las causas de pedir [MONTERO – FLORS, 2009: 138/144]. En estos casos no se resuelve sobre la pretensión formulada o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta (STCE 113/1999, de 14 de junio)–.

∞ En clave de prevención, para evitar los excesos y tergiversaciones en orden al control de la motivación, debe distinguirse, las contradicciones internas de una motivación o los errores lógicos de la misma, del acierto de una decisión judicial desde la perspectiva de las partes e, incluso, del juez de revisión en un recurso extraordinario [PÉREZ-CRUZ, 2009: 543]. Es evidente que la Constitución no garantiza el acierto de la decisión, aunque sí la interdicción de una aplicación arbitraria de la legalidad, o cuando resulta manifiestamente incoherente, irrazonada, irrazonable o incurra en error patente (RUIZ-RICO–CARAZO, 2013: 471].

5. La motivación **ficticia** o **aparente**, concebida por la jurisprudencia y doctrina argentina, se presenta *(i)* cuando los motivos reposan en fórmulas vacías de contenido que no condicen con la realidad del proceso, y finalmente, que nada significan por su ambigüedad o vacuidad, o *(ii)* cuando el fundamento recae sobre factores cuya propia naturaleza o modalidad es incompatible racionalmente con la decisión adoptada, o *(iii)* cuando utiliza expresiones estereotipadas –se formula una opinión sin motivación– [GHIRARDI, 1997: 132-133]. En otros términos, la motivación **aparente** es aquella que carece de verdadero contenido justificatorio, limitándose a efectuar una remisión formal a los diferentes medios de prueba practicados en el proceso, sin dar ningún tipo de explicación acerca de su valor ni

identificar los criterios de valoración o las máximas de experiencia utilizadas [MIRANDA, 2011: 177].

Un supuesto específico de motivación **ficicia** o **aparente** consiste la motivación **hipotética** y la motivación **dubitativa**, estipulada por la doctrina y jurisprudencia francesa. La primera supone hechos cuya realidad no está acreditada, y la segunda deja planear una sombra de incertidumbre en torno a la exactitud de sus enunciados [GUZMÁN, 1996: 207]. La enunciación confusa de los hechos probados encaja en este supuesto, pues el juzgador al expresar los hechos probados utiliza términos ambiguos, conceptos indeterminados, frases o expresiones incoherentes, u oscuras o dubitativas, lo que hace imposible conocer con precisión qué es lo que el juzgador declara como probado y, por supuesto, hace imposible su calificación jurídica. La motivación no expresa con precisión, de forma clara y terminante, los hechos que considera aprobados, de suerte que su descripción se hace de una forma nebulosa, incomprensibles, con frases indescifrables [RIVERA MORALES, 2011: 418/419]. La motivación ambigua o anfibológica se incardina en esta modalidad de patología, de suerte que una motivación que, en esos términos, es oscura, gaseosa o confusa, o adolece de claridad, resulta difícil o imposible determinar con precisión cuáles fueron las consideraciones del juez [MORALES, 2008: 3234].

No es de rigor confundir motivación insuficiente de motivación incorrecta. La alegación de incorrección no puede ser utilizada como argumento para revisar la valoración de las pruebas aportadas al proceso. Ni la casación y el proceso de habeas corpus o de amparo constituyen una nueva instancia (STC 03926-2008-PHC/TC, FJ 10).

1.2.5.3 LA CAUSAL DE FALTA DE MOTIVACIÓN Y DE MANIFIESTA ILOGICIDAD DE LA MOTIVACIÓN

∞ Como ya se indicó, la motivación es una garantía procesal específica de jerarquía constitucional (artículo 139, numeral 5, Const.); y, además, se incardina como un derecho fundamental –resolución fundada en Derecho– que integra la garantía procesal genérica, igualmente de nivel constitucional, de tutela jurisdiccional (artículo 139, numeral 3, Const.). El Código Procesal Penal, que en este punto tuvo como fuente el artículo 606, apartado 1, literal e), del Código de

Procedimiento Penal Italiano de 1989, configuró al respecto un motivo de casación específico: artículo 429, inciso 4, CPP.

El enunciado legal es el siguiente: “*Son causales para interponer recurso de casación: 4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulta de su propio tenor*”. Su parecido con el texto italiano originario es patente o explícito; así, el artículo 606, bajo el título “*Cuándo procede la casación*”, preceptúa: **1.** *El recurso de casación puede ser presentado por los siguientes motivos: c) falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulta del texto de la providencia impugnada*”.

∞ Este motivo casacional incluye los más importantes vicios de motivación: desde la motivación inexistente u omitida hasta la motivación ilógica, pasando por la motivación incompleta o parcial, motivación insuficiente y motivación aparente. Se trata, pues, de realizar un control racional sobre la motivación –que según el precepto citado comprende tanto la motivación sobre el juicio de hecho cuanto la motivación sobre el juicio jurídico–. El control ha de recaer sobre la entera motivación, y el criterio general que debe seguirse es el de plenitud: justificación necesaria y expresa, respecto de cada punto decidido, vale decir, indicación de las premisas y de los criterios en base a los cuales la decisión es justificada por ellas [TARUFFO, 2006: 206/207].

La sentencia no solo debe contener una relación de los sucesos procesales de la causa, sino que debe referirse, además, a los hechos esenciales que han dado lugar a la acusación, relatándolos de forma que puedan ser identificados adecuadamente –con el detalle de los medios de prueba, del elemento de prueba, y la apreciación probatoria correspondiente–, y recogiendo todo aquello que sea relevante y que el juez considere acreditado, e incluso, recogiendo la afirmación sustentada de que aquellos hechos que constituyen la esencia de la acusación no han resultado probados.

∞ El acercamiento a este motivo de casación, de modo previo, requiere asumir, por lo menos, dos antecedentes:

1) La forma de motivar un enunciado empírico –referente a los hechos– (decisión de evidencia o de prueba) es diferente de la de justificar una decisión semántica –

como la interpretación normativa—. La primera, base de nuestra investigación, envuelve una demostración que tiene como eje la determinación de la verdad relativa o probabilística desde un concepto inductivo, entendido como el grado de apoyo que una hipótesis recibe de un conjunto de elementos probatorios; y, la segunda implica una argumentación —que opera en el ámbito de la interpretación— [IGARTUA, 2014: 54/57].

2) Para posibilitar el control de la motivación en sede de casación y discernir por qué el precepto autoritativo estipula que este examen solo es posible y tiene lugar “[...] *cuando el vicio resulta de su propio tenor*”, debe reconocerse, según las pautas legales de la materia (descriptas en los artículos 393 y 394 CPP) y en la línea postulada por IACOVIELLO, que la sentencia ha de poseer (*deber ser*) un contenido informativo y un contenido argumentativo. La sentencia antes que “explicar” debe “informar”, indicando e interpretando fielmente todos los medios de prueba producidos en el proceso que son relevantes para la decisión, por lo que la información es precondition para la racionalidad de la motivación [IGARTUA, 2014: 110].

∞ El control casacional de la motivación está delimitado por la existencia de tres valores o tres funciones del sistema de impugnación. El primero, es el reexamen, a pedido de parte, del primer juicio (doble examen) —que es propio de la apelación y es garantía de legalidad y garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad—; el segundo, es el **rol nomofiláctico** de la casación, que en un sentido amplio comprende tanto el valor de la certeza —asegurada por la tendencia hacia la uniformidad en la interpretación de las leyes—, como el reexamen de derecho de la subsunción del hecho ya hecha por el juez de apelación; y, el tercero, es el control de legalidad —que no solo comprende la **nomofilaquia**—, que en concreto importa la revisión de la congruencia de la motivación con el hecho —los criterios de la denominada “**prueba adecuada**”—. Concebir que como el control sobre la prueba forma una unidad con la *quaestio facti*, y, por tanto, con el juicio de mérito, y que, entonces, él se resuelve en una duplicación de la apelación, es fruto de un equívoco, pues el juicio de apelación es un juicio “sobre el hecho”, mientras que el juicio de casación es un “juicio sobre el juicio”, particularmente sobre la motivación [FERRAJOLI, 1996: 446/449].

∞ El control del hecho, en casación, significa exclusivamente control sobre la motivación relativa al juicio de hecho: verificación de los hechos empíricos en base a las pruebas –el modelo acogido es, por cierto, el fundado en criterios de racionalidad epistémica [ANDRÉS, 2009: 113]–. Es de tener presente que el objetivo principal de un procedimiento de prueba es la averiguación de los hechos de la causa [GASCÓN, 2003: 354]; y, el razonamiento por medio del cual se prueban los hechos, se denomina “inferencia probatoria”. Corresponde a la casación, no valorar sobre las pruebas realizadas en la primera instancia –propio de la apelación–, sino controlar el nexo relacional entre la valoración y la motivación que pretende justificarla [IGARTUA, 2004, 94]. La casación no reactiva el proceso productivo del juicio, pues: **1)** no adquiere pruebas; **2)** no elabora hipótesis explicativas del hecho; **3)** no selecciona el material probatorio; **4)** no organiza ese material en una trama argumentativa completa y coherente; **5)** no decide [IGARTUA, 2017: 31].

Cabe aclarar, sin embargo, que los enunciados fácticos que se presentan a juicio, que se erigen en el objeto del proceso y se exteriorizan con la acusación aprobada judicialmente –a través del auto de enjuiciamiento (artículo 353 CPP)–, tienen dos cualidades esenciales: han de ser **(i)** verosímiles y **(ii)** probables:

1) La verosimilitud indica el grado de capacidad representativa de un enunciado fáctico, es decir, la capacidad explicativa que puede tener una hipótesis, siempre sujeta a verificación o refutación –que, por tanto, puede ser falsa o verdadera–. Ella descansa, si se la concibe como una regla de admisión de la prueba, en los objetos de prueba, los cuales deben permitir su hipotética verificabilidad. Unido a la verosimilitud los enunciados fácticos, para su prueba, deben cumplir con la regla de relevancia, en cuya virtud las fuentes y los medios de prueba, primero, han de ser idóneos para servir de vehículo a elementos de prueba de los que inferir proposiciones idóneas para confirmar o desmentir la afirmación probatoria a la que se refieren; y, segundo, deben ser no redundantes, en el sentido de que no serían admisibles si no cumpliesen otra función que la de reafirmar lo que ya hubiera sido conseguido con pruebas anteriores [UBERTIS, 2017: 116/118].

2) El estándar de conocimiento exigido, desde una perspectiva práctica, es el de *sospzעה sufficiente* (artículo 344, apartado 1, CPP), esto es, el enunciado fáctico debe ser probable. El medio de investigación que sustenta la acusación debe

aportar un grado de confirmación a nivel de probabilidad de la hipótesis planteada [AVILÉS, 2004: 182]. Esto último significa que el auto de enjuiciamiento debe emitirse cuando se espera una condena con **probabilidad preponderante**, ésta –la sospecha suficiente– solo es suficiente respecto a la ponderación sobre la comisión del hecho [ROXIN–SCHÜNEMANN, 2019: 497/498].

∞ Es de insistir que los enunciados fácticos se acreditan a través de los medios de prueba, los cuales proporcionan los elementos de prueba. Los medios de prueba, a su vez, se examinan siguiendo varios criterios analíticos sólidos y se hacen tanto individualmente como, luego, conjuntamente todos ellos (artículo 393, numeral 2, CPP). Al **mediodepueba** se le debe, primero, identificar en cuanto fuente de prueba (testigo, documento, etcétera) y su relación con los hechos; segundo, establecer la aptitud que tiene para entregar datos útiles (estado de conservación tratándose de pruebas físicas o materiales, transcurso del tiempo y, entre otros, la cuestión de la credibilidad de un imputado, coimputado o testigo); y, tercero, determinar si puede ser valorado efectivamente, es decir, si se está ante un supuesto de inutilizabilidad derivado de una prueba ilícita (artículos VIII del Título Preliminar, 157, numeral 3, 159, etcétera, CPP). Solo cumplidos estos pasos se estará en condiciones para apreciar si los enunciados o proposiciones fácticas han sido suficientemente corroborados por datos empíricos que fueron debidamente llevados a juicio y con posibilidad de contrastación o refutación. Esta actividad probatoria dará como punto final un **conocimiento probable** sobre los hechos [AVILÉS, 2004: 182].

∞ Lo propio del examen casacional de la motivación –controlar el nexo relacional entre la valoración y la motivación–, se sustenta en dos consideraciones:

1) El examen casacional, que, por cierto no tiene por objeto las pruebas, su valoración ni su eficacia heurística, en pureza se centra en verificar si la declaración acerca de un enunciado fáctico está **razonablemente justificada** por los argumentos que el juez de mérito ha adoptado y por las pruebas sobre las cuales se fundan aquellos argumentos. Es una verificación *ex post* conducida respecto de la racionalidad de los argumentos que justifican el juicio de hecho, y no en función de una reformulación de este juicio fáctico (propio de la apelación)–.

2) El control sobre la motivación de los hechos, por su carácter no reglada al imponerse como pauta de valoración la sana crítica racional, corresponde a la exigencia de verificar que se haya realizado una premisa indispensable para la correcta aplicación de la norma –el objeto del control es, pues, la motivación–. La corrección del juicio de hecho es una condición necesaria, pero no suficiente claro está, para la legalidad de la decisión. Controlar que el juicio de hecho esté lógicamente justificado, en base a las pruebas, significa verificar que exista la premisa para la aplicación de la norma [TARUFFO, 2006: 180/182].

∞ Recuérdese que si bien la ley consagra la libertad en la apreciación de las pruebas, ello no significa ausencia de reglas a las que el juzgador debe recurrir en el momento de la valoración de ese material probatorio. El juez parte de una base objetiva, que son las pruebas, y, en palabras de SERRA, actúa como órgano de la jurisdicción, de suerte que la recta formación de la convicción judicial está en función al correcto uso, no puede prescindir, de las reglas de la sana crítica (de acuerdo con las reglas de la lógica, la ciencia –psicología, sociología– y de la experiencia) [MIRANDA, 1997: 145/153].

∞ El objeto del control casacional, entonces, parte de diferenciar entre **contexto de descubrimiento** (proceso decisonal) y **contexto de justificación** (proceso justificatorio) –es de separar, a estos efectos, la conclusión (deceisión) de la argumentación que la justifica (la motivación)–. La casación no reexamina o reformula la decisión del juez de instancia –labor de la apelación–, sino se pronuncia sobre la racionalidad de los argumentos justificatorios –de la *ratio decidendi* de la resolución–. El control de la motivación, de carácter relacional, es doble: **(i)** con la decisión, para justificar por qué esta es correcta, y **(ii)** con el proceso, para asegurar el enlace de aquella con este.

Por consiguiente, el control se ejercita en función a tres referencias: **1)** La de su relación con la decisión adoptada, censurándola si no justifica lo que sea decidido o si justifica menos de lo decidido –completitud de la justificación que aporta–. **2)** La de su relación con los elementos que proporciona el proceso, examinando si se inventan o tergiversan o se omiten datos relevantes –fidelidad de la información en la que se basa–. **3)** La de su relación consigo mismo, detectando en el discurso –si las hubiera– contradicciones lógicas, aseveraciones incompatibles con las

ciencias, falsas máximas de la experiencia, inferencias ausentes, etcétera –racionalidad de la argumentación construida– [IGARTUA, 2017: 33].

∞ En el razonamiento probatorio, siempre probabilístico, mayormente de carácter inductivo –entendido como el grado de apoyo que una hipótesis recibe de un conjunto de elementos probatorios, a la vez que constituido por una cadena de argumentos–, desde el principio procesal de contradicción, en que las partes plantean sus respectivas hipótesis fácticas, una vez que son identificadas y que el material probatorio ha sido admitido y actuado, se suceden tres momentos esenciales, siempre secuenciales. Al respecto, deben distinguirse: **1)** El examen de las pruebas que sustentan las hipótesis del acusador, que es el momento de corroboración de las hipótesis. **2)** Si hay pruebas que sostienen la hipótesis del acusador, corresponde la **falsación**, esto es, analizar las pruebas que configuran la hipótesis del acusador, y, por tanto, si se logra confutar o rebatir la hipótesis, modificarla o descartarla. **3)** Si la hipótesis verificada y no falsada no es la única, se deberá optar por la hipótesis más **probable** –ideal de la mayor probabilidad– [IGARTUA, 2014: 58/59].

El principio procesal de contradicción, que en sí mismo tiene un carácter epistemológico, tutela tanto a los propios portadores de los intereses en conflicto (principalmente, Ministerio Público e imputado), cuanto también a la propia posición de la jurisdicción. Además, se vincula con el principio de igualdad o paridad de armas, y solo a partir de su pleno cumplimiento puede alcanzarse una decisión justa –el método dialéctico está considerado epistemológicamente el mejor para la averiguación de la verdad de los enunciados fácticos y jurídicos– [UBERTIS, 2017: 57/58]. En la actuación probatoria también constituye una exigencia determinante de su legalidad y, en especial, se alzaprima en la ejecución de las pruebas personales (declaración del imputado y del coimputado, declaración del testigo, exposición del perito). Rige en ellas la noción de “**transversalidad**”, de suerte que salvo contadas excepciones, aceptadas con un criterio muy restrictivo y según criterios rigurosamente explícitos de compensación (así, por ejemplo, lo decidido en la STEDH Al-Kahwawaja y Tahery contra Reino Unido de 15 de diciembre de 2011, reiterada por la STEDH Schatschachwili contra Alemania, de 15 de diciembre de 2015), solo pueden considerarse pruebas legalmente tales las

actuadas mediando interrogatorio y conainterrogatorio de la parte a quien perjudica el testimonio –el método de ejecución procesal es el **examen cruzado** de la prueba declarativa–.

∞ Siempre, respecto de las pruebas personales, es de hacer referencia al principio procedimental de inmediación. Éste es un principio meramente instrumental, preordenado a ser posible, a partir del contacto directo, una valoración racional de los actos probatorios, que pueda a su vez ser racionalmente enjuiciada por terceros. Facilita la relación del juez con las fuentes de prueba, por lo que, apunta IACOVIELLO, es una técnica que sirve para extraer de la fuente de prueba todas las informaciones relevantes [IGARTUA, 2014: 97/98]. La inmediación solo consiente al juez intervenir en la ejecución de la prueba y optimizar, por tanto, el rendimiento que ésta puede ofrecer en la búsqueda de la verdad probable de los hechos [VECINA, 2003: 124].

En este punto cabe una prevención: ha de entenderse, en todo caso, que prueba y *quaestio facti* no son la misma cosa. El juicio sobre la motivación, enseña FERRAJOLI, forma un todo con el control sobre la consistencia (no de las pruebas sino) del razonamiento probatorio, y es todo uno con las garantías de legalidad que expresan los clásicos principios *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* y *nulla poena et nullum crimen sino iudicio* [ANDRÉS, 1992: 297/298].

En orden a la inmediación, más allá de acotar que el juez no es un especialista en psicología del testimonio y que carece de los antecedentes (clínicos o de otra índole) del declarante, desde la exigencia de control debe situarse en el terreno más seguro del propio contenido informativo del testimonio –antes del quién y el cómo, el qué (el lenguaje no verbal es un dato a valorar, no un criterio para valorar)–. Si bien, aunque relativizado, los aspectos no verbales del testimonio oral pueden ser algo determinantes en un ámbito como el de la apelación porque lo obliga a controlar menos en lo que es su dominio (controlar la valoración) –que, por lo demás, el CPP recoge en el artículo 425, apartado 2–, en la casación, por su diferente objeto, destinada solo a controlar el nexo relacional entre la **valoración** de la prueba y la **motivación** que pretende justificarla, no juega rol relevante alguno. El juez de casación no actúa como juez del “proceso” sino como juez de la “sentencia”.

Lo que importa de la inmediación es la **información** controlable que en ella se produce y no la ingobernable impresión que genera en la **subjetividad** del decisor. La inmediación, por tanto, es un instrumento para captar elementos efectivamente observables y describibles –los signos no verbales deben ser descritos en palabras por el juez que dirige la declaración procesal–, los cuales serán, después, objeto de valoración racional explícita. La inmediación solo proporciona un plus de información, es solo una técnica “para conocer más”, no un cheque en blanco para “motivar menos” [IGARTUA, 2017: 23].

∞ La apreciación probatoria es una actividad compleja que consta al menos de dos fases: interpretación y valoración. Cada conclusión a que llega el juez en el terreno interpretativo y valorativo es el resultado de emplear un silogismo donde la premisa mayor viene integrada por una máxima de la común experiencia relativa normalmente al uso del lenguaje –en el caso del juicio interpretativo– o a la fiabilidad de las fuentes de prueba –en el supuesto del juicio valorativo–, y la premisa menor por un enunciado relacionado con el caso que puede ser subsumido en la referida norma probabilística. Ahora bien, esclarece VECINA, en algunos casos, en los supuestos de constataciones (resultado de una percepción judicial: tono de voz, gestos, balbuceos, etcétera, en la prueba personal) la inmediación tendrá cierta relevancia, pero cuando se trata de otros supuestos, en que el enunciado versa sobre una hipótesis –conocimiento de un hecho del pasado obtenido a partir de otros enunciados a través de una inferencia de tipo inductivo, la inmediación es irrelevante –aquí el control debe ser pleno–. La elección de la máxima de la experiencia que ha de figurar en la premisa mayor y el paso lógico que conduce de las premisas a la conclusión constituyen actividades mentales ajenas a la inmediación y, por tanto, perfectamente controlables en casación [VECINA, 2003: 124].

∞ La motivación sobre la prueba personal, entonces, descansa en detectar tres posibles patologías, que van de la mano de las nociones de hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado. Son:

1) Omisión. Si en la sentencia no se enuncian los datos percibidos que el juez de instancia considera relevantes para reconocer o negar atendibilidad a una prueba

personal; o si no se enuncian los criterios inferenciales que justifican la interpretación dada a los datos percibidos.

2) Contradicción. Si hay incompatibilidad entre los datos que el juez dice haber percibido; si el criterio inferencial usado contradice las enseñanzas de la lógica, la ciencia o la experiencia; si hay otros criterios más compatibles con la lógica, la ciencia o la experiencia cotidiana; si el criterio invocado conduce a una conclusión distinta de la retenida; o si se emplean criterios inferenciales incompatibles entre sí.

3) Insuficiencia. Si no se justifica que los datos percibidos y tenidos por relevantes tienen entidad suficiente para fundamentar un juicio de fiabilidad o su contrario; o si los datos percibidos admiten más de una interpretación y no se justifica por qué se emplea un determinado criterio inferencial en lugar de otro alternativo también plausible [IGARTUA, 2014: 102/103].

∞ El último perfil del método probatorio judicial se circunscribe a las denominadas “reglas de valoración probatoria”, que es el elemento subjetivo del fenómeno probatorio. El CPP optó por la libre convicción del juez e hizo mención a la logicidad del razonamiento probatorio y a la observación de las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia (artículos 158, apartado 1, y 394, inciso 3, CPP). Inicialmente, empero, el componente de racionalidad era extraño a esta regla al entenderse como tal la íntima convicción y perseguía darle libertad absoluta al Jurado (*Code d'instruction criminelle* de 1808) –se resolvía en dos postulados: era una declaración de voluntad y no debía ser motivada– [MONTERO, 1977: 162].

Explica UBERTIS que si bien la legalidad es clave cuando se trata de adquisición de la prueba (fuente y medio de prueba) –y comprende toda una gama muy amplia de control de la conformidad normativa de la sentencia–, cuando se refiere a la valoración probatoria, como decía CARRARA, el juez ha de convencerse según la razón y según el proceso. La convicción es libre en el ámbito del proceso, pero en éste solo puede estar lo que puede legítimamente estar –la Ley en todo caso así lo reconoce–.

Sobre el presupuesto del respeto de la legalidad (tipicidad) en las modalidades de adquisición de las pruebas, la **discrecionalidad** en la valoración implica racionalidad, y esta entraña a su vez una apreciación analítica y completa de todos los

elementos, que incidiendo en el valor cognoscitivo que el juez atribuye a la prueba, están en último término determinados para los fines de la averiguación. Cabe acotar que no forma parte de la valoración –o sea, de la regla de valoración probatoria– la regla de decisión (o de juicio) referente a la necesidad de un grado de confirmación para la hipótesis reconstructiva propuesta por la parte, como sería la regla de origen anglosajón de que para condenar, el imputado debe resultar “culpable del delito acusado más allá de toda duda razonable” (artículo II, apartado 1, último párrafo, del TP CPP), no corresponde a la disciplina de la convicción; ésta no actúa sobre el *iter* de formación de la libre convicción, sino, como enseña PAULESU, sobre su “**productofinal**”, y marcadamente sobre la particular tipología de resultado cognoscitivo –o, si se prefiere, de “**noresultado**” cognoscitivo– representado por la duda [UBERTIS, 2017: 133/136].

∞ El examen casacional de la *quaestio facti* alcanza, primero, a controlar si la decisión judicial de mérito contiene el relato de hechos probados con indicación de los elementos de prueba que han llevado al juez a considerar probados cada uno de los *factum probandi*, es decir, constatará en la justificación los elementos probatorios que sustentan la declaración de hechos probados; y, segundo, a supervisar el porqué de la convicción alcanzada respecto de los hechos probados, esto es, en lo atinente a la determinación de las pruebas en las que el órgano judicial se ha basado para llegar a la existencia de los mismos. El relato de hechos probados, en todo caso, no solo alcanza a los hechos y circunstancias del tipo delictivo, sino también a los hechos que constituyen los factores de determinación judicial de la sanción penal –a las consecuencias penales y, de ser el caso, de las civiles (STSE 1133/2013, de 21 de diciembre).

El defecto de motivación no tendrá trascendencia si éste no importa un posible cambio de la decisión adoptada. O, mejor dicho, cuando los desaciertos en la fundamentación no han sido necesariamente relevantes o destacados para el fallo de la decisión judicial y, en sí mismos, no han supuesto lesión de un derecho fundamental –**gravamen sustancial**– (STCE 30/2011, FJ4; y, STSE de 25 de enero de 1996) [COLOMER, 2003: 368/369]. Se han de justificar, aunque sea genéricamente, las pretensiones válidamente deducidas en juicio, sin que sean relevantes las alegaciones concretas no sustanciales (STCE 26/1997, de 11 de febrero, FJ 3).

Los vicios de motivación **significativos** son los que ya se identificaron oportunamente. Y, la posibilidad de no estimar el recurso de casación por vicio de motivación solo alcanzará a determinados supuestos de motivación **insuficiente** y en los casos de motivación **incongruente *ultra petitem***, siempre y cuando en sí mismos no han supuesto una lesión de una garantía procesal constitucionalmente relevante. De otro lado, es de puntualizar que en el caso del control de la sana crítica, no se trata de sustituir la decisión del órgano judicial de mérito por la del órgano de casación, sino de controlar la racionalidad de lo argumentado por el primero a favor de su decisión. Las reglas de la sana crítica solo ofrecen pautas para juzgar críticamente por qué el aserto del juez de mérito tiene fundamento; incorpora nociones de método y de conocimientos epistemológicos adecuados para estimar si lo decidido, si por ejemplo la opinión pericial o científica, es consistente –se inscribe en el ámbito de los criterios, no en el de los conocimientos sobre las cosas– [IGARTUA, 2017: 38].

Las consecuencias o efectos que produce la estimación de un vicio de motivación vulnerador de la garantía de motivación está en función al tipo de recurso hecho valer y al ámbito de la motivación afectado. Tiene señalado la STSE de 3 de noviembre de 1997 que si se trata de un recurso de apelación, el *Iudex Ad Quem* tras la censura de la decisión impugnada dictará una resolución de reemplazo en la que subsane el defecto. Por el contrario, si se trata del recurso de casación, declarará la nulidad de actuaciones a fines de que el *Iudex A Quo* profiera nueva sentencia, en la que específicamente se resuelva con la adecuada motivación, sobre el *petitum*, y se razone debidamente la pertinencia o no de su estimación o desestimación [COLOMER, 2003: 370].

Empero, por ejemplo, cuando se trata de defectos de motivación de la individualización de la pena, no necesariamente corresponde una anulación parcial de la sentencia de vista para que el Tribunal Superior subsane el extremo irrazonado. En efecto, si la propia sentencia impugnada contiene elementos que permitan hacer valer las valoraciones necesarias para fijación concreta de la pena en cumplimiento de los criterios legales fijados en el Código Penal, podrá adoptarse un fallo rescisorio, al igual que cuando ya no sea posible subsanar la

omisión detectada y no existan elementos en la sentencia que permitan una valoración autónoma. (STSE 53/2011, de 10 de febrero).

∞ La Constitución impone la obligación de motivación de las resoluciones judiciales, entendida exclusivamente, desde luego, como un conjunto de requisitos internos, respecto de los cuales se pueden presentar, como ya se señaló, vicios *in iudicando facti* e *in procedendo facti* –se obliga al juez hacer explícitas las razones, lógicas y coherentes, que justifican una determinada conclusión judicial, que por cierto la legislación procesal desarrolla acabadamente y, en suma, envuelve un canon muy exigente de justificación–. La Ley ordinaria, exclusivamente, agrega los denominados “requisitos externos” que, en todo caso, su vulneración se erige siempre en vicios *in procedendo facti*. En este último caso, salvo el supuesto de la ausencia de una parte considerativa y de falta de claridad y precisión en los fundamentos de las resoluciones, el cuestionamiento casacional no se planteará desde el inciso 4 del artículo 429 CPP, que está radicado en la jerarquía constitucional del precepto (artículo 139, incisos 3 y 5, Const.), sino desde el inciso 2 del citado artículo 429 CPP, pues se trataría de un **quebrantamiento de precepto procesal**, cuya estimación está en función a que su entidad tenga trascendencia.

∞ Desde el poder atribuido a la Corte Suprema por el recurso de casación –más amplio que el poder del Tribunal Constitucional en el habeas corpus y el amparo–, en tanto cabeza del Poder Judicial, de la jurisdicción ordinaria, el control de la motivación debe ajustarse a las pautas (explícitas e implícitas), particularmente exigentes, prescriptas por la legislación procesal (específicamente el Código Procesal Penal y, en su defecto, el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial). Debe distinguirse, como expresa MONTELEONE, de un lado, entre la obligación legal de motivar las resoluciones judiciales y las **consecuencias** que derivan de su violación; y, de otro lado, los circunscriptos motivos de un peculiar tipo de recurso y la específica posición institucional del órgano judicial que ha de resolverlo.

Las leyes procesales fijan directivas –ya examinadas– acerca de cómo deben motivarse las resoluciones judiciales, las que son del caso respetar y hacer

respetar, por lo que de esas normas debe configurarse un modelo de “motivación normalizada”. No ha de haber diferencias entre sentencias absolutorias y sentencias condenatorias; todas exigen el mismo rigor en la motivación –la ley no reconoce diferencias sobre el canon de motivación de los dos tipos de sentencias–.

Es verdad que razonablemente no cabe disciplinar de manera uniforme la motivación de las sentencias ante dos situaciones dispares: las que comprometen la garantía de presunción de inocencia (del acusado) y la de aquellas en las que el acusador carece de todo derecho a que el órgano jurisdiccional declare la culpabilidad del acusado (en las que, en todo caso, invoca la garantía de tutela jurisdiccional: derecho a la obtención de una resolución motivada). La condena supone un estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” –que se corresponde con valores políticos morales del proceso en un Estado Constitucional–, pero el estándar de motivación, a tono con la garantía de tutela jurisdiccional y las pautas de desarrollo de la legislación ordinaria, responde a criterios de epistemología, de suerte que su nivel está marcado por la complejidad cognitiva de la resolución que toca justificar. En conclusión, determinar a qué altura ha de ser colocado el listón probatorio es una cosa (más allá de toda duda razonable para condenar); comprobar si el listón ha sido o no superado (por las pruebas) es cosa distinta e independiente del anterior.

Por último, cabe tener presente que a la finalización del proceso tanto el derecho a la declaración presunción de inocencia como el derecho a exigir la declaración de culpabilidad dependen de un mismo factor y que le es externo: si la prueba de cargo producida ha satisfecho o no el estándar requerido [IGARTUA, 2016: 5/10].

1.2.5.4 LOS ERRORES EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA PRUEBA

∞ El CPP nacional no introdujo, a semejanza del CPP de Colombia, la causal de violación indirecta de ley sustancial, centrada en una equivocada apreciación de la prueba o en una declaración desacertada de los hechos –*vitiums* de naturaleza probatoria–. Esta modalidad de error conduce a la aplicación indebida de una norma sustancial o material ajena a la solución del conflicto y la inaplicación de una norma que debe regular el caso [FIERRO, 2013: 228]. En este supuesto se produce la violación indirecta de la ley sustancial en mérito a errores

trascendentales de juicio atribuibles al juez de instancia [RODRÍGUEZ, 2008: 351]. Esta causal, desde luego, esta causal es distinta de la falta de motivación, pues en estricto sentido no es un defecto de motivación [FIERRO, 2013: 191].

∞ No obstante ello, en nuestro caso, desde el Derecho probatorio es posible su control casacional a través de dos preceptos constitucionales o garantías genéricas: presunción de inocencia y tutela jurisdiccional (artículo 2.24.º e y 319.3 Const.), que permiten derivar este yerro al artículo 429.1 CPP. Como luego se verá, el **primer precepto constitucional** –presunción de inocencia– exige, para la declaración de culpabilidad e imposición de una sanción penal, el cumplimiento de determinados requisitos vinculados a la declaración de los hechos (reglas de prueba y regla de juicio), mientras el segundo precepto requiere de una sentencia fundada en derecho y, específicamente, cuando corresponde, de la observancia del derecho probatorio en su conjunto para la declaración de los hechos del caso. La **primera garantía** –presunción de inocencia– salvaguarda la correcta formulación del juicio histórico o de culpabilidad, presupuesto de la imposición de una pena a quien se declara culpable de la comisión de un delito (indebida sentencia condenatoria). El **segundo precepto constitucional** –tutela jurisdiccional– salvaguarda la debida configuración de una sentencia con arreglo al Derecho objetivo, que en relación a la primera está más centrada en una absolución indebida, siempre bajo el entendido que la tutela jurisdiccional no es una suerte de presunción de inocencia al revés.

∞ La **tutela jurisdiccional**, desde luego, no puede identificarse con el derecho a tener razón y a que esa pretendida razón sea reconocida por todos (STSE 932/2010, de 20 de octubre). Se trata de un derecho fundamental limitado, no se puede convertir en una especie de “comodín” cuya simple mención facultaría para revisar todas y cada una de las cuestiones probatorias jurídicas, o procedimentales o sustantivas implicadas en un asunto judicial (STSE 822/2014, de 2 de diciembre). Solo puede ser invocado por las partes acusadoras, pero no puede convertirse en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida para ponerlo al servicio de las acusaciones; que la falta de racionalidad en la valoración probatoria no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés, tampoco se puede aplicar par la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias

absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda personas acusada es, por principio, inocente (STSE 901/2014, de 30 de diciembre).

∞ La jurisprudencia y doctrina colombiana han efectuado una rigurosa clasificación de los errores constitutivos de violación indirecta de ley sustancial, cuya aplicación en sede nacional, con fines de orientación del rol casatorio, muy bien puede servir de base para su utilización en sede nacional, con las debidas adaptaciones.

Los *vitiums in iudicando in factum* pueden ser errores de hecho y errores de derecho. Se trata de una inobservancia de las reglas de Derecho probatorio.

1. En el rubro de errores de derecho se tiene el “manifiesto desconocimiento de las reglas de producción de la prueba” que a su vez se subdivide en falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción. El primero consiste en apreciar una prueba que no cumplió con las reglas legales para su aducción o producción al interior del diligenciamiento –se vulnera el principio de legalidad en materia probatoria (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 15.042, de 27 de febrero de 2001), supuesto en el que por cierto se incorpora la inutilización de la prueba ilícita (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 18.103, de 2 de marzo de 2005]. El segundo estriba en que se negó a la prueba el valor demostrativo que la ley le atribuye o por el contrario darle uno no autorizado legalmente, pero que no es propio del principio de sana crítica racional (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 12.390, de 23 de julio de 2003) [MORENO, 2013: 165].

2. En el rubro de errores de hecho se tiene el “**manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba**”, que a su vez se subdivide en falso juicio de identidad, falso juicio de existencia y falso raciocinio. El primero importa que el *Iudex A Quo* recorta o suprime aspectos fácticos trascendentes del medio de prueba, o le agrega circunstancias o aspectos relevantes que no corresponden a su texto o le cambia el significado a su expresión literal. El segundo radica en omitir apreciar el contenido de una prueba legalmente obtenida y actuada o cuando hace precisiones fácticas de un medio de prueba inexistente o que supone su existencia. El tercero reside en el otorgamiento a un medio de prueba de un poder suasorio que contraviene los postulados de la

sana crítica –fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica– (Corte Suprema de Colombia. Sentencia 26.254, de 23 de noviembre de 2006).

1.2.6 Control de la presunción de inocencia

1.2.6.1 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: ASPECTOS GENERALES

1.2.6.1.1 ENUNCIADO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

∞ El artículo 2, numeral 24, literal e), de la Constitución de 1993 consagra como derecho fundamental la presunción de inocencia, bajo el siguiente texto: “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”. A su vez, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su contenido registra parecidos alcances. En efecto, el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, estatuye: “*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”. El artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, prescribe: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”. Finalmente, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, dispone: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”.

Dos consecuencias jurídicas deben destacarse al señalarse que la presunción de inocencia es un derecho fundamental: **1) Materialmente**, siguiendo a FERRAJOLI, se le conceptúa como un derecho que, en un ordenamiento dado, se reconoce a todas las personas por el mero hecho de serlo; es un derecho inherente a la persona, de suerte que lo peculiar es su contenido. **2) Formalmente**, su rango es de máxima jerarquía, pues está claramente reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Perú –rango supralegal–, de modo que al resistirse a la ley vincula a todos los poderes públicos, incluido el propio legislador

democrático, y lo dota de mayor resistencia y mejor protección [DÍEZ PICAZO, 2013: 30/31].

∞ Es importante destacar dos datos *centrales* de esta normatividad superior, que permite afirmar que la presunción de inocencia es de la esencia de todo proceso jurisdiccional penal –se la concibe, según la STCE 123/1997, de 1 de julio, como uno de los principios cardinales del *ius puniendi*, como el fundamento del proceso penal del moderno Estado de Derecho [BALAGUER, 2014: 297]–: **1)** Que el inculcado o el acusado –que son categorías amplias, e incluyen tanto al que es investigado como al que es, propiamente, acusado, por la comisión de una infracción (punible o sancionadora en general)– tiene como derecho subjetivo indisponible a que se presuma su inocencia durante todo el curso del proceso. **2)** Que corresponde a la autoridad penal –específicamente, al Ministerio Público conforme al artículo 159.5 de la Constitución– probar su culpabilidad –comisión dolosa o culposa de un hecho punible, conforme al principio de legalidad (artículo 2.24.d de la Constitución), y en los marcos de un juicio público legalmente predeterminado.

Empero, ambos extremos necesitan una mayor concreción para que se erijan en una garantía efectiva del enjuiciamiento penal. Estos preceptos no definen cómo debe entenderse y cómo debe funcionar [VÁSQUEZ SOTELO, 1984: 241], aunque como premisa debe entenderse, desde ya, que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad en un verdadero proceso. Como dice LAUDAN, no es que se requiera que el juez de los hechos comience el juicio creyendo que el acusado no cometió el delito, esto es, que materialmente es inocente; lo que es exigible es que el juzgador de los hechos crea que la culpabilidad del acusado tiene que ser probada (presunción de inocencia probatoria), y que la única prueba relevante para su culpabilidad o inocencia es la prueba que será producida en el juicio [LAUDAN, 2005: 112].

La presunción de inocencia, en suma, es (*i*) un derecho fundamental **absoluto**, es decir, cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales, para que resulte justificada una sentencia condenatoria (STSE de 21 de mayo de 2010); además, de (*ii*) un derecho fundamental **reaccional**, esto es, no precisa de un comportamiento activo por parte del imputado,

correspondiendo al Ministerio Público la carga de la prueba (STSE de 4 de febrero de 1997), que se extiende sobre dos niveles: **a)** el fáctico, comprensivo de la acreditación del hecho en cuanto tal y de la intervención delictiva del imputado; y, **b)** el normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener [CALDERÓN – CHOCLÁN, 2002: 423].

∞ La evolución histórica de esta institución procesal permite delimitar sus manifestaciones. Constituyen hitos fundamentales, según VEGAS TORRES, el aporte de BECCARIA (en el año 1764, con su libro “De los delitos y de las penas”), seguido por VOLTAIRE, y la contribución, desde la filosofía liberal, de la escuela clásica del Derecho penal, en especial de CARRARA (en el año 1859, con su libro “Programa del Curso de Derecho Criminal”) y PESSINA (en el año 1882, con su libro “Elementos de Derecho Penal”), así como el artículo 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que dice: “A ningún hombre puede llamársele reo antes de la sentencia del juez y la sociedad no puede retirarle la protección pública sino cuando queda sentenciado que él violó los pactos bajo los cuales fue aceptado en la sociedad” [VEGAS TORRES, 1993: 15/33].

Asimismo, no pueden dejar de mencionarse: **1.** Las contribuciones de ULPIANO en el siglo III después de Cristo –en el Digesto, L. 48, título 19, 5–, quien afirmó que es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente –de igual manera, en GAYO: Digesto 50, 17, 125, se consignó: “*favorabiliores rei potius quam actores habensur*”: se debe favorecer más a los reos que a los actores; y, en el Siglo XIII, la Partida Séptima, Título XXXI, Ley IX, igualmente consagró de manera inequívoca el *in dubio pro reo*–. **2.** Lo elaborado durante la Edad Media con la expresión *in dubio pro reo* [ANDRÉS, 2009:75/76]. Y, **3.** Pocos siglos después, la construcción del estándar “más allá de toda duda razonable” en el *Old Bailey* de Londres (finales del siglo XVIII) como instrucción para el jurado asentado en el estándar de la **certeza moral** del Derecho canónico [NIEVA, 2016: 4].

La proclamación del derecho a la presunción de inocencia, como garantía para el imputado, fue una reacción a los excesos y abusos del procedimiento penal del

“antiguo régimen”, del absolutismo. Luego de la instauración de los regímenes totalitarios en las primeras décadas del siglo XX, la universal proclamación de este mismo derecho le dio una configuración constitucional y de primera jerarquía. La presunción de inocencia, entonces, expresa acabadamente lo esencial del proceso penal propio de un Estado democrático (STCE 136/1999, de 20 de julio).

1.2.6.1.2 GARANTÍAS INSTITUCIONALES

∞ En tanto es un derecho fundamental, la presunción de inocencia, desde la perspectiva jurídica-constitucional, incorpora cuatro garantías: **1)** Vincula a todos los poderes públicos, en especial al Poder Judicial, destinatario natural y titular del *ius puniendi* estatal. **2)** Al tratarse de un derecho fundamental, es aplicable directa e inmediatamente y, por tanto, se invoca en sede jurisdiccional sin necesidad de que exista un desarrollo legislativo específico y, en caso de que tal regulación se lleve a cabo, debe respetar su contenido constitucionalmente garantizado –que es el caso del artículo II del Título Preliminar CPP–. **3)** La interpretación de sus alcances, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se realiza conforme a lo dispuesto por el denominado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” –la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú–, por lo que la interpretación que se haga de él no puede suponer una merma de garantías respecto del contenido que se les atribuya en dichos textos. **4)** Goza de una vía privilegiada de tutela; si no se aplica correctamente en sede de la jurisdicción ordinaria, para lo cual incluso existe una vía casacional específica a través de la causal de inobservancia de precepto constitucional (artículo 429.1 CPP) es posible acudir a la jurisdicción constitucional a través de un proceso de libertad (habeas corpus o amparo: artículo 200 Const.) y, ante la negativa de la jurisdicción interna, acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos con base en los artículos 33 y 62.3 de la CADH [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 111/113].

∞ Como concreta **garantía procesal**, la presunción de inocencia: **1)** No afecta ni a la calificación legal de los hechos como delictivos ni a la responsabilidad del imputado, sino que atiende a la culpabilidad del mismo –como sinónimo de

intervención en el hecho, no de reprochabilidad jurídico penal (STSE 713/2005, de 8 de junio)–, de modo que ha de resultar probado que ha intervenido en los hechos atribuidos. **2)** No se refiere ni a los actos del procedimiento ni a la forma o requisitos de la sentencia, sino que sirve para determinar el contenido absolutorio o condenatorio de la sentencia misma. **3)** Comprende todos los elementos del hecho –hechos externos y materiales del comportamiento típico y de la intervención tenida en él por el imputado– por los que puede condenarse en la sentencia; elementos que son objetivos, en cuanto la prueba ha de referirse necesariamente a lo constatable por medio de los sentidos, no a los elementos subjetivos o *animi* [MONTERO, 1997: 153]. La determinación del elemento subjetivo se realiza a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia, esto es, a través de la deducción (STSE 1049/2005, de 20 de septiembre). No es posible determinarlo por prueba directa, sino por prueba indirecta o indiciaria, y el proceso lógico por el que se llega, en este caso, a la conclusión condenatoria, es revisable en casación, para determinar si la inferencia efectuada por el juez de mérito es coherente, racional y lógica, así como ajustada a las máximas de experiencia (STSE de 3 de diciembre de 1992).

En este último punto, sin embargo, es de tomar en cuenta **(i)** que el dolo es un concepto jurídico basado en hechos, en elementos fácticos, aun cuando sean internos; **(ii)** que no debe olvidarse que una cosa son los hechos que conducen a la afirmación del dolo –que son los únicos que deben recogerse en los hechos probados, que integra los fundamentos de hecho de la sentencia– y otra el proceso de subsunción respecto del dolo, que debe expresamente en los fundamentos jurídicos de la sentencia; **(iii)** que, por tanto, el *in dubio pro reo* debe proyectarse sobre la conformación de los elementos subjetivos del delito, aunque sea de naturaleza interior, pero no sobre el proceso de subsunción de estos en el concepto de dolo [SÁNCHEZ-VERA, 2012: 217-219].

No cabe, por ende, que se condene a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria. La prueba de cargo, como es patente, debe comprender los elementos subjetivos del delito, determinantes de la culpabilidad [MAZA, 2013:

278]. Mencionó la STSE 724/2007, de 26 de septiembre: “Si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal ánimo tendencial o finalista”.

∞ Es de tener en cuenta, no obstante, que en nuestro sistema procesal la presunción de inocencia se extiende sobre dos niveles: *(i)* fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hecho descrito en un tipo delictivo como de la culpabilidad del acusado –intervención del imputado en el hecho delictivo–; y, *(ii)* normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la motivación de la sentencia [CALDERÓN-CHOCLÁN, 2002: 423].

∞ Se discute si la presunción de inocencia es una garantía epistemológica o cognoscitiva –garantía de verdad– o una garantía de carácter práctico. FERRAJOLI se inclina por la primera tesis. Sostiene que ésta rechaza hipótesis acusatorias inciertas, y es eficaz para averiguar qué es lo que realmente ocurrió acerca de los hechos que se investigan. ATIENZA, por el contrario, afirma que quien se propone conocer los hechos no opera con este principio, sino para evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de inocentes), para lo cual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución del culpable), pero que se considera menos malo que el otro.

En todo caso, como apunta GONZÁLEZ LAGIER, es posible considerar *(i)* que la presunción de inocencia es una garantía epistemológica parcial (de la verdad de la acusación, pero no de la verdad de la absolución) como medio para satisfacer una finalidad ulterior de un tipo distinto (práctica). O *(ii)* que la presunción de inocencia no es medio de **descubrimiento**, sino de **aseguramiento** de cierto tipo de conclusiones (las acusatorias). El proceso penal trata de descubrir y declarar la culpabilidad del imputado, presupone que es posible establecer verdades suficientemente justificadas como para condenar –la verdad procesal está conectada a la verdad empírica– [GONZÁLEZ LAGIER, 2014: 92, 93].

1.2.6.1.3 LA INOCENCIA COMO PRESUNCIÓN LEGAL

∞ Las presunciones, como apunta ULLMANN-MARGALIT, desempeñan un papel importante en toda deliberación práctica. Éstas fuerzan a tomar algo como verdadero bajo determinados supuestos. Indican anticipadamente una respuesta posible a una cuestión controvertida. A los efectos de producir una decisión, el juzgador, por mandato legal, debe tomar como cierta determinada proposición o como producido determinado estado de cosas, mientras no existan elementos de prueba en contra [MENDONCA, 1998: 83].

La idea de presunción, como anota MENDONCA, hace referencia al concepto de aceptación, esto es, adoptar o usar la proposición base como premisa de un razonamiento. Las presunciones legales constituyen mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena tener por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobada suficientemente; y, como tales, tienen un carácter prescriptivo y, más precisamente, obligatorio, puesto que ellas son dictadas para que algo deba hacerse. Las presunciones **engeneral** contienen tres elementos: **(i)** una afirmación base, **(ii)** una afirmación presumida, **(iii)** y un enlace, que permite el paso de la afirmación base a la afirmación presumida. En el caso de las de las **presunciones legales**, el enlace está predeterminado o fijado por el legislador, en función de determinados elementos de juicio, a diferencia de lo que sucede con las presunciones **judiciales**, en las que el enlace lo efectúa el juzgador en atención a las llamadas “máximas de experiencia”. La función que cumplen las presunciones es **instrumental**; su función básica es posibilitar la superación de situaciones de impasse del proceso decisorio en razón de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada proposición [MENDONCA, 1998: 89/96].

En esta misma perspectiva, enseña AGUILÓ, la presunción tiene como uno de sus rasgos característicos la **parcialidad**—beneficia a una de las partes—, lo que entre otras razones se justifica por razones procesales (razones de efectiva producción de prueba). Siempre las proposiciones base requieren de prueba, pero la proposición presumida puede o no requerir de prueba —según sea presunción *iuris tantum* o presunción *iuris et de iure*—. Una presunción puede ser atacada, como señaló MENDOCA, mediante una **estrategia de bloqueo** o una **estrategia de destrucción** según se cuestione la prueba de la proposición base o de la proposición presumida —esta última solo puede abordarse cuando se trata de una presunción *iuris tantum*—.

Desde la teoría del Derecho procesal se aceptan tanto las presunciones en sentido estricto, en las que se presentan tres elementos esenciales: un indicio o hecho base, un hecho presunto o presumido y una relación o nexo causal entre ellos –que importan la modificación del *thema probandi*, sin que se afecte la distribución de la carga de la prueba, es decir, qué hechos se prueban no quién los ha de probar–, como las presunciones aparentes o verdades intrínsecas –que si bien adoptan la apariencia de presunciones (son falsas presunciones o no son genuinas presunciones: PÉREZ-CRUZ, 2009: 548), en realidad establecen de un modo indirecto reglas sobre la carga de la prueba, por lo que la parte favorecida no tiene que acreditar hecho base o indicio alguno– [AGUILÓ, 1999: 650/653].

∞ Ahora bien, parece ser que lo anotado en el último párrafo no es correcto. Las presunciones aparentes o verdades intrínsecas, según la denominación procesal, a partir de lo expuesto por MENDONÇA, ordenan lo propio de una regla de presunción: prescriben tener por establecido un hecho. Su contenido consiste en aceptar ciertas premisas. Y, de las normas que la instauran, se predicen las notas de **(i) parcialidad** (favorecen a una parte) y de **(ii) derrotabilidad o superabilidad**. Son pues reales normas de presunción o, con mayor énfasis, normas auténticas de presunción, con sus propias características.

El contenido de la presunción aparente no se agota en incidir sobre la carga de la prueba: el mandato de tener por establecido un hecho implica que, a falta de prueba, el Derecho no suspende el juicio, sino que ordena aceptar una premisa que afirma como verdadera la ocurrencia de ese hecho. De ello se desprende, además, como apunta AGUILÓ, que muchas de estas presunciones no cumplen exclusivamente una **función instrumental** de superar situaciones de impasse del proceso decisorio, sino cumplen desde su nota de parcialidad una **función de garantía**.

∞ Lo mejor entonces es cambiar la perspectiva asumiendo la distinción entre reglas y principios. Si se sigue la categorización que, desde la perspectiva estructural, VON WRIGHT hace de las normas categóricas, las normas principios son mandatos incondicionados –tienen una estructura categórica– y las normas reglas cuentan con condiciones de aplicación adicionales a las que derivan de su propio contenido –tienen una estructura condicional–, aunque como es obvio ninguna de ellas contiene mandatos absolutos, de suerte que esa estructura

normativa solo afecta a la forma en que pueden ser derrotadas. Luego, existen presunciones establecidas por reglas y presunciones establecidas por principios; las primeras serán las presunciones estrictas y las segundas serán las presunciones aparentes.

Así las cosas, las **presunciones principio**, como es la presunción de inocencia, tienen un alcance justificativo extenso –operan de manera incondicionada–. Éstas influyen no en el *thema probandi* sino en el *onus probandi*, lo que a su vez se traduce en que la única estrategia disponible para desactivarlas es la de **destrucción** de la presunción, es decir, probar la culpabilidad o la no inocencia –**estrategia de destrucción**–. No cabe, entonces, la **estrategia de bloqueo**, pues la obligación de aceptar como premisa la proposición presumida (inocencia) no está condicionada a la prueba de la verdad de ninguna otra proposición –libera al imputado de cualquier carga probatoria–. En estos casos toda la prueba está orientada a mostrar la falsedad de la proposición presumida, cuya obligación no incumbe al imputado [AGUILÓ, 1999: 655/657].

1.2.6.1.4 MANIFESTACIONES

∞ La presunción de inocencia, desde su evolución histórica –según momentos y países– y el rol que desempeña en el proceso penal, presenta **tres manifestaciones** esenciales que siempre están presentes en su configuración institucional: **(i)** como principio informador del proceso penal; **(ii)** como regla de tratamiento del imputado; y, **(iii)** como regla referida al juicio de hecho [VEGAS TORRES, 1993: 36]. Ésta es, en palabras de ILLUMINATI, el eje del ordenamiento procesal moderno e implica toda “una opción de fondo”, de una relevancia tal, que podría decirse, en abstracto, que, de no partir de la presunción de inocencia, no existiría ninguna necesidad lógica del proceso; y, según LUCCHINI, debe moderar y equilibrar el proceso a lo largo de todo su curso [ANDRÉS, 2020: 77].

1. Como principio informador del proceso penal es el eje fundamental sobre el que gira el proceso penal. Éste es un **principio estructurador** que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto. Sus preceptos han de ser neutrales, no ofensivos, para garantizar la legitimidad del procedimiento y del juicio, y con ellos se garantiza la idea de límites del Estado en defensa de la libertad individual de las personas.

CARRARA entendía, con razón, que el proceso tiene dos finalidades: *(i)* castigar a los delincuentes, y *(ii)* evitar que sean castigados los inocentes. Anotaba dicho autor que la ciencia del Derecho penal tiene dos partes separadas para cada finalidad: el Derecho penal sustantivo parte del presupuesto de tener ante sí a un culpable y protege a este sujeto estableciendo la medida exacta de su responsabilidad –fin general de la potestad punitiva–, mientras que el Derecho procesal penal parte de un presupuesto contrario, esto es, presupone la inocencia del ciudadano contra el cual la justicia dirige sus sospechas y sus armas –es su finalidad propia y específica, en cuya virtud las formas procesales se conciben como límite de dicha actuación–, de suerte que el primero sirve para la defensa de los derechos del culpable y el segundo sirve, de modo especial, para la protección de la inocencia [VEGAS TORRES, 1993: 20/23].

2. Como regla de tratamiento del imputado, en tanto **derecho subjetivo**, la presunción de inocencia parte de la idea que el imputado es inocente y, por tanto, el proceso –al tratarlo como inocente– debe reducir al mínimo indispensable y necesario las medidas limitativas de derechos y otras decisiones intermedias que inciden en su entorno jurídico. Esta manifestación de la presunción de inocencia tiene su reconocimiento positivo en el artículo IX de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fue una reacción contra el procedimiento penal del absolutismo, contra el proceso penal inquisitivo, en cuya virtud sancionó que el imputado no debe ser tratado como culpable y, además, incorporó una regla expresa para la prisión preventiva, que muy bien se puede extender a aspectos del tratamiento del imputado distintos de ella, tales como otras medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos (en los que los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad son determinantes), y los presupuestos materiales para adoptar el procesamiento y el enjuiciamiento del imputado [VEGAS TORRES, 1993: 38].

La noción francesa de la presunción de inocencia, que es de resaltar, se relaciona con el principio de legalidad penal, con el de separación de poderes, y constituye una garantía del derecho general de libertad. La voluntad de la Asamblea Nacional fue garantizar el derecho a no ser interferido por parte de los poderes públicos en el ejercicio y disfrute de la libertad del hombre y ciudadano. Este derecho solo reconoce como excepción la prisión preventiva, la cual ha de ser estrictamente

necesaria y ha de responder a una finalidad no sancionatoria, de aseguramiento de la persona cuya libertad se ha interferido para garantizar un juicio en el que se aplique la ley [OVEJERO, 2006: 52].

∞ Esta manifestación de la presunción de inocencia como **regla de tratamiento** ha sido reconocida, por ejemplo, por las SSTCE 66/1984 y 108/1984, que advierten en esta garantía unas reglas específicas referidas a la proscripción de que el imputado pueda ser tenido como culpable en tanto su culpabilidad no haya sido legalmente declarada, al punto de establecer una doctrina general en virtud de la cual se hace derivar de esta garantía una serie de exigencias en materia de adopción de medidas de coerción. En igual sentido se pronunció el Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116, de 10 de septiembre de 2019, respecto de la prisión preventiva y su relación con la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado; y, más aún, recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la SCIDH de 15 de octubre de 2019, asunto Romero Feris c. Argentina, FFJJ 91-111. Este es su primer ámbito de aplicación.

De igual modo, como **segundo ámbito de aplicación**, se tiene que la presunción de inocencia como regla de tratamiento impide que puedan plantearse sospechas de culpabilidad sobre quien ha sido absuelto en un proceso penal por insuficiencia de pruebas, tal como en su día resolvió la STEDH de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, y STCE 85/2019, de 19 de junio [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2019: 415].

∞ Es de reconocer, finalmente, que existe la denominada “regla de tratamiento extraprocesal” –tercer ámbito de aplicación–. Vincula a las autoridades públicas y, entre otros, a los medios de comunicación social, por los efectos indirectos que puedan causar en el proceso en trámite. Por ejemplo, presentar a una persona como culpable y/o dar información en ese sentido, o realizar informaciones o emitir opiniones anticipadas o paralelas con argumentos parciales o datos sesgados afirmando que una persona imputada es culpable del delito atribuido [OVEJERO, 2006: 365-366].

Así las cosas, la presunción de inocencia incide en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe en hechos de carácter delictivo, y determina por ende el derecho a que no se

apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza [PICÓ I JUNOY, 1997: 155].

3. Como regla referida al juicio de hecho, la presunción de inocencia goza de una vigencia absoluta y no condicionada ni condicionable, y requiere que la condena tenga como fundamento la acreditación del delito y su autoría con certeza práctica,alzada como fruto de un examen del material probatorio presidido por la racionalidad, que se exprese en un fallo suficientemente justificado en todos sus extremos relevantes [ANDRÉS, 2020: 92]. Esta regla, de un lado, impone determinados cánones que indican cómo debe ser el procedimiento probatorio y las características que deben reunir cada uno de los medios de prueba para que puedan fundamentar una sentencia de condena (*regla de prueba*); y, de otro lado, actúa como guía o criterio de decisión para aquellos supuestos en los que el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una decisión y, con ello, evitar el *non liquet* (*regla de juicio*).

La regla en mención tiene, pues, una influencia decisiva en el régimen jurídico de la prueba, a los datos de hecho en función a los cuales establecer la realidad del delito, de la intervención delictiva del imputado, de los hechos base o indicios, de la concurrencia de circunstancias y de las causas de incremento o disminución de la punibilidad. La presunción de inocencia, desde esta perspectiva, preside todo el curso de formación de la prueba, y equivale un proceso acusatorio regido por el paradigma indiciario y en el que la *notitia criminis* juegue, en el orden epistémico, como hipótesis que el afectado, en tanto que presunto inocente, podrá discutir desde el comienzo; por tanto, en palabras de ILLUMINATI, siendo casi un principio de razón, es una garantía que no solo se erige en regla de juicio, sino antes en regla probatoria [ANDRÉS, 2009: 78/79].

Ambas reglas, en verdad, se presentan en momentos distintos, la primera, en la obtención de las fuentes de prueba y en la ejecución de los medios de prueba –se erige como *regla de prueba*–; y, la segunda, tras la valoración de la prueba [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 139, 157], de suerte que es una *regla de decisión* –o *regla de juicio*–, no de valoración, que le indica al juez qué debe hacer cuando ya ha valorado la prueba y a pesar de ello no ha alcanzado plenitud más allá de las dudas [SÁNCHEZ-VERA, 2012: 215]. Cabe, desde ya, puntualizar, conforme a la

jurisprudencia constitucional alemana, que el principio del *in dubio pro reo*, que integra la ~~regla de decisión~~ ~~de juicio~~, no resulta lesionado si el juez debió haber dudado según la opinión del condenado, sino solo cuando, a pesar de la existencia real de una duda, el juez ha condenado (BVerfG, 1988, 477) [ROXIN-SCHÜNEMANN, 2019: 573].

∞ La presunción de inocencia, en función a lo expuesto, ha de entenderse contemporáneamente desde una concepción normativista en la línea sostenida por de STUCKENBERG ~~–teórico-sistémica~~ (al decir de ROXIN-SCHÜNEMANN)–. Ésta se concibe desde dos perspectivas que mutuamente se relacionan.

Primera, la presunción de inocencia hunde sus raíces y encuentra su fundamento en la supervivencia del proceso como tal, con el conjunto de garantías que lo expresan ~~–destinado al hallazgo de la verdad procesal o forense y bajo el reconocimiento de que la culpabilidad solo nace con la conclusión del mismo–~~, de suerte que la inocencia del imputado es un verdadero *factum* hasta que recaiga sentencia. El verdadero sentido de la presunción de inocencia, plenamente funcional al proceso mismo, entonces, se encuentra en el mantenimiento de la incertidumbre sobre el resultado; ésta es el que debe presidir todo proceso, por lo que este último no debe desvalorarse hasta convertirse en un mero rito.

Segunda, reconocido lo anterior como la cara de la moneda, la cruz consiste en los ~~deberes positivos procesales~~ impuestos al imputado para que ello pueda ser así. Es verdad que el encausado tiene reconocido como un derecho instrumental de la garantía de defensa procesal la cláusula del silencio y a no confesarse culpable, a no exigírsele emitir una declaración que exteriorice un contenido ~~–sistema de no-interferencia–~~, pero a pesar del *factum* de su inocencia es de reconocer que el imputado se encuentra en el proceso como persona en sentido jurídico y, como tal, con sus derechos y obligaciones, que justifican plenamente los deberes positivos procesales, de participación en el proceso, cuyos límites, siguiendo a BELING, son el principio de dignidad de la persona, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno (artículos 1 y 3 de la Constitución); en consecuencia, su afectación importaría una prueba ilícita–. A la institución negativa del *neminem laede* (no inmiscuirse en las esferas de libertad ajenas) se amplía el círculo de deberes jurídicos a otros positivos –

particularmente de presencia del imputado en el proceso—, entendiendo a la persona como relacionada y unida con la comunidad, sin que se menoscabe su valor intrínseco. El derecho negativo a la libertad solo adquiere su verdadera relevancia práctica cuando puede ser defendido en un proceso, esto es, cuando existe a la vez una institución positiva conocida como Justicia, con los deberes positivos inherentes a la misma y que está legitimada, por ello a imponer [SÁNCHEZ-VERA, 2012: 35/45].

1.2.6.2 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: REGLA REFERIDA AL JUICIO DE HECHO

1.2.6.2.1 DESARROLLO LEGAL

∞ El artículo II del TP del CPP desarrolló legalmente la garantía de presunción de inocencia. Claramente abordó la presunción de inocencia como **regla de tratamiento** y como **regla referida al juicio de hecho**. En el primer extremo estipuló que: **1.** *“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible [...] debe ser tratada como tal [inocente], mientras no se demuestre lo contrario”*. En el segundo extremo sancionó que: *“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, mientras no [...] se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada”*. En materia de juicio de hecho, como regla de prueba, siguiendo la jurisprudencia española, estableció: *“Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”*; como regla de juicio especificó: *“En caso de duda sobre la responsabilidad penal [la culpabilidad en sentido jurídico procesal] debe resolverse a favor del imputado”*.

Según se ha detallado, es de abordar, concretamente, la manifestación de la presunción de inocencia como regla referida al juicio de hecho, pues es la que tiene una incidencia directa en la actividad probatoria y permite definir si una sentencia es conforme a Derecho, y compatible con las garantías fundamentales del proceso penal. A partir de este entendimiento, a su vez, se podrá delimitar la extensión del control que corresponde a la casación.

Es de insistir que la presunción de inocencia es un pilar básico del sistema procesal si se tiene en cuenta que el proceso, por una parte, debe caminar con seguridad hacia un esclarecimiento definitivo de las cuestiones de hecho y de culpabilidad, pero que, por otra parte, también puede concluir con la afirmación de que el acusado

es inocente. Esta garantía se deduce, entonces, de la posibilidad de que del proceso resulta la falta de culpabilidad del acusado o de que, en su caso, su culpabilidad no suficientemente probada [HASSEMER, 1984: 199].

1.2.6.2.2 LAS REGLAS DE PRUEBA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

∞ Son cuatro las reglas de prueba del proceso penal con entidad para enervar la presunción constitucional de inocencia: **1) Prueba en sentido formal. 2) Prueba de cargo. 3) Prueba suministrada por la acusación. 4) Prueba lícita.** Se trata de reglas relativas a las condiciones de legitimidad que debe reunir la actividad probatoria [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2019: 190, 416/417].

1. Prueba en sentido formal. Lo que se denomina “**acto de prueba**”, en cuanto actividad esencial en el proceso, es un concepto legalmente establecido. Es la ley la que define cuándo se está ante un medio de prueba (artículo 157.1 CPP) y cómo se incorpora una fuente de prueba obtenida en el curso de la investigación preparatoria.

Ahora bien, es de entender, de un lado, que la **fuentes de prueba** es un elemento extraño y ajeno al proceso, que existe con independencia del mismo; consiste en un objeto o persona que, en cuanto puede proporcionar conocimientos para apreciar o para acreditar las afirmaciones sobre los hechos, que pueden tener trascendencia en el proceso y constituir el material de referencia para la decisión del juez. De otro lado, el **medio de prueba** es el instrumento procesal a través del que la fuente de prueba se incorpora al proceso y solo existe dentro de un proceso regido por normas procesales que establecen los supuestos y la forma en que la fuente de prueba puede aparecer dentro el proceso y de ese modo permiten llevar al juez el conocimiento que la fuente de prueba proporciona [MORENO CATENA, 2017: 416]. No tienen carácter de prueba las actuaciones de investigación: los medios de investigación, al igual que los medios de prueba, solo se erigen en actos de aportación de hechos al proceso penal, como precisa el artículo 325 CPP. La actividad de investigación, sin embargo, no es actividad probatoria –la función esencial de la etapa de investigación es preparar el juicio oral (artículo 321.1 CPP) [GIMENO, 2015: 443]–; es previa a ella y necesaria para articular la prueba en el juicio, pues proporciona a las partes las fuentes de prueba, es decir, aquello que

van a poder presentar en el juicio para lograr la convicción del juez [MORENO CATENA, 2017: 415].

La denominada “**prueba plenaria**” es la que regularmente puede ser utilizada para la justificación de la sentencia (artículo 393.1 CPP) –es la regla general–. Es decir, se trata de aquellos medios de prueba actuados en el juicio oral –plena garantía de jurisdiccionalidad– al socaire de los principios procesales de contradicción e igualdad de armas y de los principios procedimentales de inmediación, oralidad, concentración y publicidad. El juicio oral, desde esta regulación, se convierte en el auténtico proceso [ASENCIO MELLADO, 2019: 393]; solo en él se puede ejecutar la prueba y a partir de ella se puede emitirse sentencia.

Empero, como puntualiza el citado artículo 325 CPP, también es posible, para evitar situaciones de absurdo o desamparo social y de la propia defensa [ASENCIO MELLADO, 2019: 394], utilizar determinados actos de investigación, calificados como “**prueba sumaria**”, y subdivididos en 1) **prueba anticipada** y 2) **prueba preconstituida**, siempre que cumplan dos requisitos materiales y uno formal. Los primeros estriban en (i) la irrepitibilidad o indisponibilidad y en (ii) la urgencia, mientras que el último requiere que (iii) se incorporen al juicio oral, siempre que estén legalmente permitidos y mediante su lectura, audición o visionado, según el caso (artículo 383, numerales 1 y 3, CPP).

La irrepitibilidad, previsible o imprevisible según corresponda, es un requisito relativo de carácter procesal, ajeno a la naturaleza del delito o a su forma de comisión (como sucedería con la flagrancia), que se relaciona con el carácter del acto de investigación y el momento en que este es ejecutado. Se define en función a cada situación en atención a las características del acto –su fugacidad–, el sujeto que lo ha practicado y su posibilidad de reproducción posterior. La urgencia es un requisito de carácter procesal, igualmente ajeno a la naturaleza del delito, que tiene relación directa con la necesidad de práctica inmediata del mismo con el fin de impedir su ejecución por razones variadas –solo hace referencia a la autoridad ante la cual debe practicarse un acto de investigación que, siendo irrepitible, ha de adquirir valor probatorio– [ASENCIO MELLADO, 2019: 396, 399].

De otro lado, dos son las diferencias entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida. La primera es realizada siempre por el Juez de la Investigación Preparatoria y está referida a la testifical y a la pericial, mientras que la segunda

es ejecutada por la Policía o la Fiscalía y está referida a la documental pública [GIMENO, 2015: 444].

∞ Desde luego, no constituyen actos de prueba, por ejemplo, las actuaciones del informe policial (artículo 332 CPP). Aunque, es de diferenciar, conforme al artículo 332.3 CPP, (i) las actas levantadas materia de las diligencias objetivas e irreproducibles (actas de incautación, de hallazgo, de pesaje de droga, de intervención o captura en flagrancia, de ingreso y registro, croquis, planos, fotografías, grabaciones, etcétera) –se trata de los denominados “actos de constatación”, es decir, de aquellos cuyo contenido es la percepción inmediata por parte del policía o del fiscal de cosas, lugares o personas que guarden relación con los hechos por los que se sigue el proceso [VEGAS TORRES, 1993: 353]–, y (ii) las pericias realizadas por sus laboratorios de criminalística y centros médicos policiales; las primeras son, propiamente, **pruebas documentadas oficiales**, y las segundas **pericias institucionales preconstituidas** (STCE 107/1997, de 14 de octubre; y, STSE de 17 de mayo de 1988). Las diligencias objetivas, por su carácter de tal y al ser levantadas en un acta, no necesitan para su apreciación la declaración de los policías actuantes, salvo que las partes así lo soliciten.

∞ De otro lado, cuando se trata de declaraciones contradictorias de un mismo órgano de prueba prestadas en ambas etapas del proceso penal, en tanto la rendida en la investigación preparatoria ante el fiscal fue objeto de contrastación en el plenario y se instó al órgano de prueba las aclaraciones y explicaciones correspondientes (artículo 378, numeral 8, CPP), es posible que el juez decisor pueda ampararse en cualesquiera de las declaraciones para determinar su convicción. Será posible tomar como base las declaraciones en sede de investigación preparatoria en tanto éstas se prestaron con las debidas garantías en esa sede, se sometieron a contradicción en el plenario y se justifique su mayor fiabilidad, completitud y contundencia (SSTSE 1241/2005, de 4 de octubre, y de 27 de diciembre de 2006), aunque desde luego su eficacia probatoria siempre ha de ser excepcional (STCE 36/1995).

∞ Por último, un medio de investigación no puede convertirse sin más en medio de prueba –no está concebido legalmente para servir de base al convencimiento

del juzgador, su régimen jurídico es distinto—. Siempre se requiere que se ofrezca como medio de prueba en el juicio oral y que se actúe en él conforme a los principios de contradicción, inmediación, oralidad, concentración y publicidad. Luego, las actuaciones de la investigación preparatoria, incluyendo obviamente las de las diligencias preliminares, no asegura el respeto de las garantías constitucionales de la prueba [VEGAS TORRES, 1993:115]. Empero, cuando se trata de medios de investigación irrepetibles por razones no previsibles (muerte, enfermedad grave, ausencia en el extranjero o desaparición del órgano de prueba) solo será posible asumir su declaración sumarial si, acreditado el supuesto de incomparecencia, se actuó cumpliendo las reglas que la disciplinan —en esencia, posibilidad de contradicción, de suerte que si se prestaron en régimen de secreto investigativo carecen de eficacia procesal: STSE de 9 de marzo de 2011—, y siempre que existan otros medios de prueba que le otorguen consistencia.

Cuando se trata de incorporar las diligencias de la investigación preparatoria —las fuentes de investigación— son tres las garantías que deben cumplirse: **1. Garantías en la obtención de la fuente de prueba**, que exige el debido acatamiento a las reglas que la disciplinan, el conocimiento a las partes y su derecho a contradecirlas. **2. Garantías en la conservación** —la “cadena de custodia”—, que requiere que se aseguren y conserven las pruebas físicas o materiales (cuerpo del delito y piezas de convicción), así como lo que se obtengan de las diligencias instrumentales restrictivas de derechos (allanamiento y registro, intervención de comunicaciones, etcétera), con la finalidad de que el objeto, sustancia, huella, vestigio, documento, etcétera permanezca disponible e inalterado en su estado original, y que sea llevado así al juicio oral —evitar la contaminación de lo obtenido o un error en la identificación de lo hallado—. **3. Garantías en la aportación al juicio**, que importa la exigencia de inmediación de la fuente de prueba por el juez decisor, aunque por razones obvias se tratará de una percepción indirecta. La incorporación de la fuente de prueba recurre a tres vías: *(i)* a través de la lectura cuanto se trata de un documento o acta investigativa (prueba documental o prueba documentada); *(ii)* mediante la apreciación directa por el juzgador cuando se trata de cuerpo del delito o de las piezas de convicción, y, *(iii)* por intermedio del visionado o audición del soporte donde haya quedado constancia de la fuente de prueba en la investigación preparatoria [MORENO CATENA, 2017: 424/425].

2. Prueba de cargo. No solo se requiere que se esté ante una verdadera prueba, sino además que ésta sea de cargo (STCE 31/1981, de 28 de julio) –es un presupuesto de carácter objetivo–. Es necesario que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado (STCE 174/1985, de 17 de diciembre). Se trata de una exigencia de congruencia incriminatoria de la prueba, es decir, que las pruebas sean inculpatorias y guarden relación con el hecho incriminado y la intervención del acusado en su comisión.

CALAMANDREI planteó la diferencia en la apreciación de la prueba, entre **interpretación** y **valoración** de la misma. La primera, la **interpretación**, importa fijar lo que arroja el medio de prueba, o sea determinar el contenido objetivo de la prueba. Luego, la prueba –o, mejor dicho, el medio de prueba– será de cargo cuando su contenido o el resultado de la interpretación es objetivamente incriminatorio. Esto es, **(i)** cuando, de uno u otro modo, acredite tanto los hechos principales, los hechos indirectos o los hechos que ayuden a la prueba de los elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo y demás categorías del delito, cuanto las circunstancias concurrentes en su comisión; o **(ii)** cuando revelen la intervención del imputado en su comisión. Establecer si este elemento de prueba es verdadero o no es un problema de la valoración de la prueba –así, por ejemplo, STCE 138/2000, de 13 de octubre–. La segunda, la **valoración** significa ponderar los aportes probatorios, individual y, luego, conjuntamente, a fin de establecer su nivel de fiabilidad y de solidez para formular las inferencias probatorias determinantes para la declaración de hechos probados o improbados.

Por tanto, si la prueba actuada en el proceso no tiene contenido incriminatorio no puede servir para enervar la presunción de inocencia –las pruebas han de ser congruentes con lo que haya de probarse [IGARTUA, 1994: 45]–. O, en todo caso, cuando uno de los hechos atribuidos, que se erige por ejemplo en una circunstancia agravante específica, no se prueba, pero se acredita los otros elementos del tipo delictivo, solo puede condenarse por el tipo base. El dato incriminatorio debe surgir de la prueba interpretada (prueba personal o material).

3. Prueba suministrada por la acusación. La presunción de inocencia es un derecho fundamental de carácter reaccional o pasivo, por lo que no necesita de un comportamiento activo de su titular: el imputado (STSE 6/2016, de 20 de enero). Él puede permanecer inactivo sin que la falta de pruebas de descargo pueda actuar

en su perjuicio [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2004: 145]. En tal virtud, corresponde a la acusación, al Ministerio Público, la carga de probar los hechos, objetivos y subjetivos, constitutivos de la pretensión acusatoria.

Ahora bien, en el proceso penal existe una “imperfecta” distribución de la carga de la prueba –en palabras de GOLDSCHMIDT–, la cual tiene lugar, no tras la solicitud, admisión, ejecución y alegación sobre la prueba –carga de la prueba en sentido material–, sino en el preciso momento en que se trata de acreditar las respectivas pretensiones: acusatoria y defensiva –carga de la prueba en sentido formal–. Son tres las reglas que, al respecto, es de tener en cuenta en nuestro sistema nacional acusatorio. La nota característica de primer orden es que es el Ministerio Público –que es considerado parte procesal, aunque con notas características especiales derivadas de su carácter de órgano público (órgano autónomo de derecho constitucional: artículo 158 Const.) y que actúa bajo el principio de legalidad y adecúa sus actos a un criterio objetivo (artículo 61, apartado 1, CPP)– quien soporta la prueba de la culpabilidad del acusado pues éste tiene el *status* de inocente –no puede, por ende, invertirse la carga de la prueba en perjuicio del acusado–. Esta es la **primera regla**.

Pero, una vez que la Fiscalía aportó pruebas inculpatorias que racionalmente pueden conducir a la culpabilidad del acusado, corresponderá a este último, si y solo si quiere evitar la condena o una situación más desfavorable, aportar medios de prueba que lo favorezcan como corolario de la alegación de nuevos hechos (impeditivos, extintivos o excluyentes de responsabilidad penal) o como resultado de negar los propios hechos que integran la pretensión acusatoria o las circunstancias de exención o de aminoración de la sanción: eximencias, eximencias incompletas, circunstancias de atenuación, error de tipo o de prohibición, etcétera (por ejemplo, SSTSE de 9 de febrero de 1995 y 627/2002, de 11 de abril) –incluso puede negar la eficacia o fiabilidad de los medios de prueba inculpatorios–, lo cual, como ya se anotó, es la consecuencia de toda presunción legal. Recuérdese que el único límite a la aportación de pruebas es su pertinencia, licitud y utilidad (artículos 155, apartado 2, y 352, apartado 5, literal ‘b’, CPP). Esta es la **segunda regla**.

Finalmente, más allá que está reconocido en el proceso penal el principio de investigación oficial y el deber de esclarecimiento del juez, la actividad de las

partes puede complementarse, aunque limitada o excepcionalmente, conforme al artículo 385, apartado 2, CPP, por el poder del juez de introducir prueba de oficio. Esta es la **tercera regla** [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 349/350, 354/358].

4. Prueba lícita. La presunción de inocencia requiere que las fuentes-medios de prueba se obtengan, incorporen y se actúen en el proceso penal conforme a las exigencias jurídicas que el ordenamiento establece en garantía de los derechos individuales de las personas. Su finalidad es **ideológica**, no epistemológica o práctica, al tutelar valores extra procesales relevantes. Las consecuencias jurídicas de la infracción o lesión de las reglas de la materia, de prueba, importa, siguiendo la fuente italiana, su **inutilizabilidad** (artículo 159 CPP).

Existe un bloque normativo amplio en nuestro ordenamiento jurídico referido a la prueba ilícita. Está integrado por los siguientes preceptos:

Primero, nuestra Constitución tiene dos reglas específicas de adquisición de pruebas de carácter imperativo, cuando se obtienen documentos privados con violación del secreto de las comunicaciones o declaraciones por la violencia (artículos 2.10 y 2.24.h).

Segundo, el CPP tiene cinco reglas de carácter general, entendidas como prohibiciones, referidas a la utilización, directa o indirecta, de fuentes o medios de prueba obtenidos o actuados con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales o mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo; a la prohibición de utilizar métodos o técnicas idóneos para influir sobre la libertad de autodeterminación de las personas, a la no utilización de pruebas distintas de las debidamente incorporadas en el juicio; y, a la inadmisión de pruebas impertinentes y prohibidas por la ley (artículos VIII, 159 157.3, 393.1 y 155.2 CPP).

Tercero, el mismo CPP reconoce tres reglas de prohibición específicas: **a)** si los informantes no son interrogados como testigos, sus informaciones no pueden ser recibidas ni utilizadas; **b)** si el testigo de referencia se niega a señalar su fuente de conocimiento, su testimonio no podrá ser utilizado; y, **c)** si los documentos que contienen declaraciones anónimas no podrán ser utilizados (artículos 163.3, 166.2 y 184.3).

Cuarto, el propio CPP incorpora otros tres artículos específicos: **a)** el documento o acta (prueba documentada) que no se introduce debidamente al juicio no tiene valor; **b)** no se puede leer la declaración de un testigo que declaró antes de la audiencia y en el juicio se niega a declarar en ejercicio de su derecho a no auto-incriminarse; y, **c)** el testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos que pueden comprometer a él o a un pariente (artículos 383.2, 378.2 y 163.2).

∞ Desde esta perspectiva puede definirse como prueba ilícita, bajo una concepción amplia, aquella que tiene como efecto jurídico su inutilización –ineficacia procesal de sus efectos probatorios–, en virtud a que se obtuvo (fuente de prueba) o se actuó (medio de prueba) con vulneración de normas-garantía propias del derecho probatorio. Se trata de preceptos: **(i)** que reconocen derechos fundamentales y se infringen directa o indirectamente –prueba inconstitucional–; **(ii)** que tienen jerarquía constitucional y configuradores de una protección al individuo, y, **(iii)** que se erigen en normas de derecho probatorio ordinario, que afectan dos garantías constitucionales procesales: debido proceso e igualdad de armas, que se refieren a la prueba y consagran derechos o fijan presupuestos para la limitación de los mismos [SAN MARTÍN, 2017: 26]. A final de cuentas se está ante normas de jerarquía superior pues, de uno u otro modo, consagran derechos que han de reputarse inviolables.

∞ La **inutilización**, en cuanto tipo de invalidez o ineficacia que afecta el valor probatorio del acto referido a la actividad probatoria (modalidad especial de sanción procesal), puede ser, de un lado, por infracción de los derechos fundamentales o por lesión de otros preceptos constitucionales; y, de otro lado, por vulneración de preceptos de prueba con rango de ley, sea que se trate de normas genéricas (inutilización general o propia) o de normas específicas (inutilización especial), así como como de actos de investigación –centrado en la obtención de fuentes de prueba– (inutilización relativa, impropia o fisiológica). Por otra parte, la infracción, en el caso de inobservancia de preceptos que reconocen derechos fundamentales, puede ser directa o indirecta –originaria o derivada–. Y, desde una perspectiva distinta, las excepciones a la inutilización derivada puede estar referida a los supuestos de descubrimiento inevitable, fuente independiente y error inocuo [SAN MARTÍN, 2017: 40/46, 56/59].

1.2.6.2.3 LA REGLA DE JUICIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en este ámbito, introduce dos afirmaciones relacionadas entre sí:

Primera, acota que la actividad probatoria –realizada de conformidad con el derecho aplicable, y no de otra forma– ha de ser **suficiente** –la ley pone un límite al mismísimo ejercicio de la valoración, la cual ha de ser racional [ASENCIO, 1986: 39/40]–. Esta nota característica importa que el juez (*i*) ha de realizar su misión al dictar una condena practicando la prueba, y (*ii*) que no se ha de basar en conjeturas o hipótesis no demostradas, inspiradas todas ellas por su simple intuición [NIEVA, 2013: 81].

La prueba se entiende, desde esta perspectiva, como razonamiento; es decir, probar consiste en construir un argumento que trata de justificar determinada hipótesis como premisa fáctica de la decisión judicial –determinar el grado de probabilidad inductiva con el que la hipótesis-conclusión se sigue de las premisas (de los elementos de juicio y de la máxima de la experiencia)–. Este tipo de razonamiento estriba en correlacionar dos tipos de hechos (o enunciados sobre hechos): los hechos que se han de probar y los hechos que se utilizan para hacerlo (elementos de juicio). El argumento probatorio está compuesto de un conjunto de premisas (elementos de juicio), una conclusión (la hipótesis sobre los hechos que han de probarse) y una conexión o relación entre las premisas y las hipótesis [GONZALES LAGIER, 2015: 2, 4].

Segunda, establece que en caso de duda sobre la responsabilidad penal –o culpabilidad– debe resolverse a favor del imputado –es la consagración del *in dubio pro reo*–. Esta regla rige, por tanto, para la cuestión de la culpabilidad y de la pena [ROXIN-SCHÜNEMANN, 2019: 574], incluidos los supuestos de agravación de la responsabilidad penal. Esta regla busca reducir al mínimo considerable aceptable el error que lleva a declarar culpable a un inocente [UBERTIS, 2017: 142].

Ha de entenderse la duda como una indeterminación entre dos decisiones o dos juicios [voz: duda, RAE, 2019]. La duda supone un estado de incertidumbre que se experimenta ante un hecho, una noticia o una creencia –en el Derecho procesal penal: respecto de la proposición acusatoria–, de suerte que si un juez duda sobre

determinadas proposiciones fácticas, entonces, no está seguro de la validez de tales proposiciones.

La **suficiencia** de la prueba de cargo ha de tener un estándar determinado. La noción “estándar”, siguiendo a GASCÓN, debe ser entendida como los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe. Los estándares de prueba cumplen dos funciones: **(i) función heurística**: criterio conforme al cual deberá el juez formular su decisión final sobre los hechos de la causa; y, **(ii) función justificadora**: criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria [GASCÓN, 2019: 69].

En el proceso penal nacional el estándar es el de: más allá de toda duda razonable (“*proof beyond any reasonable doubt*”), que a su vez está justificado por razones de naturaleza ético-política e incluso jurídica [IGARTUA, 2009: 172] –si hay duda se debe dictar sentencia absolutoria–. Es decir, se requiere prueba concluyente de la responsabilidad del acusado [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2019: 417]. Así, por ejemplo, está reconocido en el artículo 66, apartado 3, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que preceptúa: “*Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable*”. El juez ha de estar convencido con una probabilidad rayana en la seguridad de que el suceso típico ocurrió [SÁNCHEZ-VERA, 2012: 124].

Se trata, en suma, de entender en estos supuestos la presunción de inocencia como una regla de decisión. Por tanto, como enfatizó la STEDH de 20 de marzo de 2001, asunto Telfner v. Austria, la presunción de inocencia supone que cualquier duda acerca de la culpabilidad del acusado debe interpretarse a su favor. Reconocer la existencia de la duda evidencia con claridad la conciencia que tiene el Derecho procesal penal respecto de las limitadas posibilidades del éxito del esclarecimiento como consecuencia de la concreta obtención de fuentes de prueba y actuación de los medios de prueba. Este principio opera, además, sólo sobre la fase de producción del caso judicial, sobre las cuestiones de hecho, no sobre el Derecho o sus interpretaciones; y, propiamente, se refiere al contenido interno de esa comprensión escénica [HASSEMER, 1984: 208/209].

∞ Es de tener presente, de cara a este análisis, que la prueba judicial es un método de conocimiento y de justificación del mismo. El modelo que se sigue para la toma de decisión judicial distingue tres momentos: **1.** El momento de selección sobre los hechos en un juicio penal (selección de los hechos probatorios). **2.** El momento de la valoración y de la construcción de la inferencia probatoria –razonamiento en el que se evalúa en qué medida los elementos de juicio (los hechos probatorios) avalan la hipótesis que se quiere probar–. **3.** El momento de la decisión en sentido propio –de aceptar los hechos como probados–. La garantía de presunción de inocencia como regla de prueba incide en los dos primeros momentos, y como regla de juicio en el tercer momento. En esta perspectiva ha de distinguirse entre la función que cumplen los criterios de valoración racional de la prueba y el estándar de prueba. Los criterios de racionalidad epistemológica sirven a la finalidad de determinar qué hipótesis es la más fundada a la luz de los elementos de prueba; y, el estándar de prueba tiene la función de señalar a partir de qué umbral podemos considerar que el grado de credibilidad de una hipótesis es suficiente como para basar en ella la decisión. Establecer este umbral no es una cuestión epistemológica, aunque tiene una tal consecuencia; sino una cuestión política y moral, de distribución de los riesgos del error, y que en lo penal importa por sobre todo minimizar el riesgo de falsas condenas [GONZÁLES LAGIER, 2014: 86, 109, 110].

∞ Desde HUME se entiende que, por lo general, no existen certezas racionales absolutas acerca de la verdad de una hipótesis. Empero, ello no puede ser exagerado, como acotó POPPER, pues debe distinguirse entre el hecho de que no se pueda alcanzar certezas acerca de ninguna hipótesis (negativa) y el hecho de que no se puedan tener razones para preferir una hipótesis explicativa respecto de otra. En esta perspectiva, como sugiere FERRER, dos conclusiones son importantes: **1.** La falta de certeza nos sitúa en el ámbito del **razonamiento probabilístico**, más concretamente, en la línea trazada por COHEN, de una **probabilidad inductiva**. **2.** Resulta necesario establecer un umbral para aceptar una hipótesis como probada, es decir, un estándar de prueba, para lo cual es menester atender a valoraciones, en sede penal, de política criminal. Este estándar, sin embargo, no puede ser subjetivo y se ha de disponer de un criterio de razonabilidad que no fuera sólo dependiente del propio sujeto que lo evalúa; ha de ser controlable

intersubjetivamente. Para ello, en todo caso y sin perjuicio de erigir una metodología de la contrastación de hipótesis, como mínimo, para tener por probada la hipótesis de la culpabilidad, ésta, como se precisará más adelante, ha de tener un alto nivel de contrastación y debe de haberse refutado todas las demás hipótesis plausible, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia [FERRER, 2007: 1/6].

∞ Es relevante que si se opta por un sistema de libre apreciación de la prueba que se asienta en exigencias de racionalidad, ésta ha de contar con un estándar para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerar probada la culpabilidad del acusado. En esta perspectiva debe diferenciarse dos momentos de la valoración de la prueba: el primero, valoración en sentido estricto, centrado en determinar si los elementos de prueba actuados proporcionan el correspondiente apoyo empírico a las hipótesis sobre los hechos del caso –su resultado es la individualización de las pruebas que corroboran las hipótesis fácticas de las partes y la identificación de los factores que inciden en su mayor o menor fuerza probatoria–; y, el segundo, decisión sobre la prueba, que trata de determinar si esas pruebas, su grado de corroboración a las proposiciones fácticas, es suficiente para tenerlas por probadas.

El **estándar de prueba** puede ser más o menos exigente. El umbral puede ser mínimo o más elevado; al primero corresponde al proceso civil, en dos niveles: prueba preponderante y prueba clara y convincente; y, al segundo pertenece al proceso penal, que se condice con la concepción moral del mundo occidental, y se identifica con la fórmula: más allá de toda duda razonable –que tiene unos doscientos años de existencia en el sistema jurídico del *common law*, actualmente configurado a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos “In re Winship” en 1970, Sullivan v. Louisiana en 1993, y Apprendi v. New Jersey en 2000–. El **sentido normativo** de este estándar, que aleja toda consideración subjetiva del mismo, está referido a la presencia o ausencia en el conjunto de los elementos de prueba disponibles de condiciones que justifican o no una duda; así las cosas, se requiere de determinar con precisión las condiciones que debe satisfacer la prueba de cargo para ser suficiente y justifican la condena. Las dudas justificadas

en función a los defectos de las pruebas disponibles en relación con las proposiciones fácticas que se trata de probar.

Desde este entendimiento, es de advertir lo siguiente: **1.** Debe hacerse un análisis diferenciado de las pruebas disponibles respecto de cada una de las circunstancias del cuadro de hechos necesitados de probanza. **2.** Identificadas las pruebas disponibles respecto de cada proposición fáctica, es posible distinguir dos situaciones, denominadas por TARUFFO prueba convergente y prueba divergente, es decir, las que corroboran una misma proposición fáctica y las que están en conflicto entre sí, respectivamente. Existirá una **duda razonable** si los elementos de prueba disponibles no eliminan o refutan alguna proposición fáctica alternativa plausible y compatible con la inocencia del acusado [ACCATINO, 2011: 1/7].

Las razones para justificar la solidez o la debilidad de la confirmación probatoria son propiamente criterios racionales que ella exige. El grado de confirmación aumenta o disminuye, dice GASCÓN, en función a, por lo menos, cuatro elementos: **1.** El fundamento cognoscitivo de las leyes causales que conectan las pruebas con la hipótesis (no es lo mismo que esas leyes causales gocen de un sólido fundamento científico, que sean genéricas e imprecisas máximas de experiencia, o que reproduzcan simple tópicos o prejuicios difundidos). **2.** La solidez epistemológica de las pruebas que la confirman (no es lo mismo una prueba de ADN o un testimonio no demasiado sólido). **3.** La cantidad de pruebas o confirmaciones (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una sola prueba, por algunas pruebas o por muchas pruebas). **4.** La variedad de pruebas o confirmaciones, pues esta proporciona una imagen más completa de los hechos (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada sólo por testimonios directos o que venga confirmada por testimonios directos y pruebas científicas) [GASCÓN, 2005: 138].

∞ La formulación de un estándar de prueba penal, como criterio racional de decisión sobre la prueba, debe cumplir, por lo menos, dos requisitos de tipo técnico: **1.** Evitar vincular la prueba con las creencias, convicciones o dudas del juez acerca de los enunciados fácticos, pues el grado de corroboración de una hipótesis solo depende de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales. **2.** Precisión de la formulación del

estándar, lo que hará posible el control intersubjetivo de su aplicación [FERRER, 2007: 146].

Si bien al criterio, formulado negativamente, de “**duda razonable**” tiene en sí mismo una cuota de cierta imprecisión, resulta consistente con su propósito fijar dos condiciones para concretar el nivel de exigencia de la hipótesis acusatoria para lograr la aceptación judicial. Recuérdese, como previene TARUFFO, que esta elección política y moral del legislador al consagrar la presunción de inocencia como regla del juicio de hecho, importa dos consecuencias clave: primera, que la presunción de inocencia introduce un desequilibrio estructural en la posición de las partes respecto de la prueba, dado que la posición de una parte (el imputado) es favorecida sistemáticamente, mientras que la de la otra parte (la acusación) es sistemáticamente desfavorecida por la distribución de las cargas probatorias; y, segunda, que en virtud de la presunción de inocencia se adopta un estándar de prueba muy elevado, que se traduce en la exigencia de evitar que los errores en la determinación de los hechos perjudiquen al imputado inocente e importan, por ello, introducir estándares especialmente elevados [TARUFFO, 2005: 117, 122].

Apunta FERRER, *(i)* que la hipótesis en cuestión debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben hacer resultado confirmadas; y, *(ii)* que deben haberse refutado, dice ALLEN, todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc* –aquellas que no son empíricamente contrastables, es decir, que no son, como aclara BUNGE, sensibles a la experiencia– [FERRER, 2007: 147/149].

Desde una **perspectiva epistémica** es obvio que la duda ha de ser razonable. Para concebirla como tal, ello significa que la “duda razonable” ha de trascender la esfera de lo individual para convertirse en un asunto racional y universalizable [IGARTUA, 2009: 183, 212]. A su vez, para apreciar la aceptabilidad de tal razonabilidad de la duda, el juez de mérito debe exponer las razones de la presencia o ausencia de duda. La duda que da lugar a la aplicación de la absolución es una **duda concreta**, que se basa en hechos determinados sin aclarar, no una duda

metódica, que nunca puede ser descargada cuando se conforman *ex novo* no unos hechos probados, como hace el juez [SÁNCHEZ-VERA, 2012: 213].

Cabe enfatizar desde ya que las exigencias del examen probatorio, en el caso de una sentencia condenatoria, están referidas al cumplimiento de tres requisitos: *(i)* contar con elementos de prueba que confirmen la culpabilidad, *(ii)* resistir a los contraelementos de prueba aportados para falsarla, y *(iii)* excluir, a la vista del material probatorio disponible, cualquier otra hipótesis (favorable al acusado) mínimamente plausible. En el caso de una sentencia absolutoria solo se necesita argumentar que, en presencia del cuadro probatorio disponible, no queda eliminada una hipotética reconstrucción de los hechos (indicando cuál es ésta) que favorece al acusado [IGARTUA, 2009: 184].

Es preciso concebir que un segundo momento, desde el punto de vista lógico, del proceso de prueba, es el de la inferencia de una determinada hipótesis a partir de los hechos probatorios (valoración probatoria). Esta importa un tipo de razonamiento con el que se evalúa en qué medida los elementos de juicio, es decir, los hechos probatorios avalan la hipótesis que se quiere probar –a esto se le puede llamar inferencia probatoria– [GONZÁLEZ LAGIER, 2019: 19].

La existencia de dudas –que constituyen el presupuesto necesario para la aplicación de la regla de juicio de la presunción de inocencia– pueden tener su origen, *(i)* bien en la insuficiencia *per se* de la prueba de cargo (por supuesto, en este caso se habla de prueba en el sentido de resultado probatorio), *(ii)* bien en la ponderación de las pruebas de cargo y de descargo que en su caso, se hayan practicado. La duda, como consecuencia de lo expuesto, nunca puede ponerse a cargo del acusado; la carga de esa duda ha de soportarla quien comienza, dirige y culmina el proceso e impone consecuencias jurídicas: el poder punitivo, el Estado [HASSEMER, 1984: 210].

∞ El control que corresponde a la casación tiene, como presupuesto necesario en la valoración racional de la prueba, la elemental distinción entre *(i)* el *factum probandum* (el hecho que, en última instancia, ha de probarse), *(ii)* el objeto de la prueba (o sea, cuando se trata de prueba indirecta o por indicios, el hecho indirecto ya confirmado), y *(iii)* el razonamiento inferencial que constituye el nexo entre el uno y el otro. Queda claro, desde ya, que ni en la prueba directa surge

directamente la demostración del hecho enjuiciado –por ejemplo, un testigo presencial del hecho delictivo solo tiene de directo su versión sobre la agresión a la víctima, y para confirmar esta hipótesis hay que establecer su credibilidad, lo que exige cierto razonamiento y una serie de inferencias encadenadas, basadas a su vez en regularidades o máximas de experiencia–, ni tal demostración se realiza sin inferencias, ni la estructura de la prueba de indicios es distinta de la de la prueba directa, pues en ambos casos –prueba directa y prueba indirecta o por indicios– hay un hecho base, una hipótesis a probar y un enlace [GONZÁLEZ LAGIER, 2019: 25].

El control casatorio, además, requiere examinar, en función a este criterio objetivo que es de rigor reconocer cuando de duda razonable se trata, si las inferencias utilizadas –mejor dicho, la cadena de inferencias utilizadas– son las **correctas**. Con tal propósito, se ha de **(i)** verificar si caben otras inferencias alternativas o rivales, y si las varias y variadas inferencias dan cuenta de la efectiva fiabilidad de un medio de prueba y luego la fiabilidad asignada a los otros medios de prueba; y, **(ii)** comprobar el trayecto que conduce desde los elementos de prueba al *factum probandum*: hecho que en definitiva debe probarse [IGARTUA, 2009: 187].

En esta perspectiva, obviamente, es de tener presente dos prescripciones claves: **1.** El razonamiento realizado por el órgano jurisdiccional debe constar expresamente en la sentencia –sin su efectiva presencia no se puede realizar el paso siguiente–. **2.** Las inferencias han de ser las correctas, es decir, no deben ser arbitrarias, irracionales o absurdas (STCE 175/1985) [IGARTUA, 1994: 54/55].

∞ Lo **razonable** del baremo de prueba, resalta FERRUA, no equivale a “lógico” sino a “plausible”, porque la duda en sentido propiamente lógica es siempre admisible; por evidentes que sean las pruebas, se puede ser sólo “verosímilmente”, “probablemente” culpable, nunca “lógicamente” culpable. El estado de inocencia, puntualiza ANDRÉS, sólo decae en vista de la culpabilidad acreditada, obviamente en términos de certeza práctica, de buen conocimiento probable, de racionalidad inductiva. Por tanto, aclara STELLA, el problema del “cómo juzgar” sólo puede ser resuelto con sólidos “criterios de referencia” a los que tiene que vincularse la decisión judicial, dependerá del rigor en la formación del cuadro probatorio y de la racionalidad del tratamiento que se le dispense.

FERRAJOLI insiste en que la eliminación de la duda razonable está subordinada a que la hipótesis acusatoria –siendo internamente coherente– resulte del todo confirmada por las pruebas de la acusación y no sea desmentida por ninguna de las de la defensa (tomando en consideración todas las pertinentes al caso). Por tanto, prevalecerá la hipótesis *(i)* que acoja armónicamente el mayor número de confirmaciones; *(ii)* que explique de manera satisfactoria, en términos de experiencia, el porqué del hallazgo en el lugar de los hechos y en el contexto de la acción del mayor número de los datos probatorios relevantes, sin dejar fuera alguno fundamental; y *(iii)* que, al mismo tiempo, resista las contrapruebas que se le hayan opuesto; al contrario de lo ocurrido con las hipótesis alternativas, que no habrán podido soportarlas [ANDRÉS, 2009: 88/94].

∞ De otro lado, como se trata de **estándares de prueba** (más allá de toda razonable, en el caso del proceso penal), o sea de formular criterios objetivos que indiquen cuándo puede darse por probado un enunciado sobre un hecho, se tiene que el modelo que prima, no es el matemático, sino el basado en esquemas de confirmación, de suerte que la probabilidad (lógica o inductiva) de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales. La probabilidad inductiva de una hipótesis es equivalente a su grado de confirmación por las pruebas disponibles, muy altas en el proceso penal. El grado de confirmación de una hipótesis, a su vez, aumenta o disminuye en función de los siguientes elementos: *(i)* el fundamento cognoscitivo de las leyes causales que conectan las pruebas con las hipótesis (no es lo mismo que esas leyes gocen de un sólido fundamento científico, que sean genéricas e imprecisas máximas de experiencia, o que reproduzcan simples tópicos o prejuicios difundidos); *(ii)* la solidez epistemológica (o el grado de certeza) de las pruebas que la confirman (no es lo mismo una prueba de ADN de un mero testimonio); *(iii)* el número de pasos inferenciales que separan las pruebas de las hipótesis; *(iv)* la cantidad de pruebas o confirmaciones (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una sola prueba, por algunas pruebas o por muchas pruebas); y, *(v)* la variedad de pruebas o confirmaciones, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más completa de los hechos (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada solo por testimonios directos o que venga confirmada por testimonios directos, pruebas científicas y pruebas indiciarias) [GASCÓN, 2019: 80].

∞ La denominada inferencia probatoria epistémica siempre se valora a partir de criterios racionales. GONZÁLEZ LAGIER, al respecto, presentó los siguientes criterios de racionalidad epistemológica:

1. Respecto de las **pruebas** o **indicios**, debe examinarse si éstos son: **(i)** fiables, **(ii)** suficientes, **(iii)** variados, y **(iv)** pertinentes.
2. Respecto de las **máximas de la experiencia**: **(i)** deben estar bien fundamentadas (esto es, ser la conclusión de un argumento inductivo bien construido, que partiendo del examen de casos particulares concluya el enunciado que describe una regularidad empírica), y **(ii)** en el caso que establezcan una regularidad probabilística, esta debe ser elevada.
3. Respecto de la **hipótesis**, son importantes los siguientes requisitos: **(i)** la hipótesis no debe estar refutada por ninguna prueba, **(ii)** el grado de confirmación de las hipótesis derivadas, **(iii)** su coherencia, **(iv)** si existen otras hipótesis alternativas plausibles, **(v)** en qué medida su corrección explicaría los hechos que hemos dado por probado, y **(vi)** su simplicidad, es decir, en qué medida exige aceptar hechos no probados [GONZÁLEZ LAGIER, 2019: 28].

∞ La valoración de la prueba está guiada por **(i)** criterios normativos –amén de **(ii)** criterios propiamente jurídicos–, también de **(iii)** criterios epistémicos o racionales legalmente reconocidos. Es, pues, una actividad sometida a reglas. La valoración de la prueba, por ende, es independiente de la persona del juez, pues es el resultado de criterios ya existentes, de suerte que ésta ha de ser, en cierta medida, previsible, como no puede ser de otra manera para garantizar la seguridad jurídica [SÁNCHEZ-VERA, 2012: 123].

El juez tiene que formular sus conclusiones basándose en los datos que surjan de la prueba, lo que supone, no solamente aplicar el método científico, sino realizar también una debida argumentación sobre los hechos. Solo es probable lo que sea demostrable y solo se puede declarar probado lo que se haya demostrado [NIEVA, 2013: 165,167].

∞ La garantía de presunción de inocencia, concluye DE AGUILAR, parte de una determinada relación, basada en la lógica, en la experiencia o en la ciencia, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el órgano jurisdiccional debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el acusado. Más

allá de las exigencias en materia de prueba, ya analizadas –prueba en sentido formal, de cargo o inculpativa aportada por la acusación, y lícita–, la prueba aportará, como **justificación externa** de la sentencia, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado –estos, desde luego, no han de ser arbitrarios o contrarios al sentido común–.

La **justificación interna** de la sentencia emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica, la experiencia o la ciencia de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena –los objetivos y los subjetivos– son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, deba calificarse de objetiva [DE AGUILAR, 2017: 14].

1.2.6.2.4 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CAUSAS DE EXENCIÓN Y AMINORACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

∞ El artículo 398, apartado 1, CPP regula varios supuestos típicos que son motivo de absolución: **(i)** inexistencia del hecho acusado; **(ii)** atipicidad del hecho acusado; **(iii)** no intervención delictiva del acusado en la comisión del hecho imputado; **(iv)** insuficiencia de los medios de prueba para establecer la culpabilidad del acusado –entendida en términos procesales, desde luego–; **(v)** subsistencia de una duda sobre la culpabilidad del acusado; y, **(vi)** acreditación de la causal que lo exime de responsabilidad penal.

El entendido de esta disposición es que toda absolución es libre o definitiva, conforme al apartado 2 del citado artículo 398 CPP, por lo que sea cual sea el motivo de la absolución, cierra la instancia y produce cosa juzgada (artículo 139, numeral 13, Const.; artículo 6, apartado 1, literal ‘c’, CPP; y artículo 90 CP).

∞ Este precepto plantea tres bloques de motivos. A saber:

1. Primer bloque. Los dos primeros motivos hacen mención al **resultado probatorio** en relación al hecho acusado –elemento objetivo de la pretensión acusatoria–, que puede arrojar que el hecho no existió o que no reúne uno, alguno(s) o todos los elementos típicos correspondientes. El estándar de prueba en estos casos, como no puede ser otra manera, el de más allá de toda duda razonable en relación a la existencia del hecho acusado o, en todo caso, a su tipicidad, conforme a la regla

general del artículo II del Título Preliminar CPP. Por consiguiente, si los elementos de prueba no son concluyentes para afirmar la existencia de ambos supuestos, procede dictar sentencia absolutoria.

En la doctrina procesalista es pacífica la idea de que la duda acerca de la existencia de alguno de los hechos constitutivos de la pretensión penal debe desembocar en la absolución del acusado, y ello con independencia de la actitud activa o pasiva por la que éste haya optado como estrategia defensiva; se exige, pues, un alto grado de prueba de la culpabilidad del imputado [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 199, 204]. De igual forma, este mismo proceder se presenta respecto de las circunstancias agravantes (genéricas y específicas), pues todos los hechos determinantes de la condena –se trata de concretos referentes fácticos, como dice la STSE 803/2002, de 7 de mayo, FJ 1– deben ser probados más allá de toda duda razonable.

2. Segundo bloque. Los tres motivos siguientes están referidos al elemento subjetivo de la pretensión acusatoria: la intervención delictiva del acusado. Es decir, los datos de hecho –no a su calificación, que comprende la *quaestio iuris*– que abarcan el tipo de intervención delictiva: autoría y participación (complicidad: primaria y secundaria– e instigación), conforme a los artículos 23/25 CP. Estos tres motivos presentarían varias alternativas en atención al resultado probatorio, según exista: (i) prueba positiva y consistente de descargo –es decir, de la inocencia del acusado–, (ii) insuficiencia probatoria respecto de la intervención del imputado en los hechos delictivos probados, o (iii) duda en lo concerniente, igualmente, a la intervención delictiva del imputado.

Pareciera que el precepto en comento, en este estadio procesal, admite dos estados de conocimiento: (i) certeza de la inocencia ante la presencia de prueba de descargo sólida, o cuando las pruebas practicadas no presenten un carácter incriminatorio o cuando existiendo pruebas de cargo no se han practicado con todas las garantías de licitud –legalidad constitucional y legalidad ordinaria–; y, (ii) ausencia de certeza de la inocencia, ya sea por insuficiencia de la prueba de cargo al no superar el estándar de prueba concluyente, o por duda ante el equilibrio de pruebas de cargo y de descargo. En todo caso, lo que se requiere es que la culpabilidad del acusado (intervención delictiva en el hecho punible) se ha de desprender de forma razonable de la prueba practicada (STCE 543/2003, de 3 de marzo, FJ 4; y, STSE

258/2003, de 25 de febrero); y, por tanto, cuando ésta, en cualesquiera de sus elementos, permanezca incierta, procede la absolución.

3. Tercer bloque. El motivo concerniente a las causales que eximen de responsabilidad penal. Así, tienen las siguientes: artículos 14 y 15 CP –errores invencibles–, artículos 17/19 CP –tentativa inidónea y desistimiento voluntario–, artículo 20 CP –atinentes a las categorías antijuricidad y culpabilidad–, y otras causales materiales vinculadas a la categoría punibilidad –por ejemplo, artículo 208 CP: excusa absolutoria–. Se discute el alcance o el estándar de su acreditación para dar lugar a la absolución.

∞ En primer lugar, la pretendida separación conceptual entre insuficiencia de prueba y duda respecto de la hipótesis acusatoria, que alentaría el artículo 398.1 CPP, no es tal. La ausencia de prueba concluyente de la culpabilidad del imputado es, siempre, motivo de absolución. No habrá prueba concluyente si no se prueba definitivamente algún aspecto de los hechos penalmente relevantes.

La duda, como estado de incertidumbre y ausencia de certeza, en orden a la reconstrucción del hecho que constituye el “caso judicial” [UBERTIS, 2017: 12], se puede desprender (i) tanto de la falta de demostración de un aspecto fáctico del caso judicial porque los medios de pruebas no explican integralmente uno o varios ámbitos relevantes del caso, (ii) cuanto del hecho de que la prueba de cargo, en atención a la prueba de descargo, no superó el estándar necesario para estimar que los hechos sucedieron como fueron propuestos por la Fiscalía. No solo el efecto es el mismo, sino que el presupuesto es único: incertidumbre o indeterminación acerca de la verdad de un enunciado fáctico. No tiene sentido subdividir formalmente los motivos de absolución en función a la reconstrucción del hecho acusado, pues no existen diferencias cualitativas entre los dos y traen confusión, al punto que pueden derivar en una suerte de niveles de absolución, siempre de muy difícil concreción. No se puede establecer categorías de inocentes, de suerte que como afirmara SENTIS MELENDO, la absolución, además debe ser limpia; no se debe absolver molestando; el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación, sólo puede ser incondicionada afirmación del estatus de inocencia preexistente [ANDRÉS, 2009: 83].

Cuando el juez no se encuentra en presencia de pruebas sólidas y convincentes está ante una duda, por lo que debe absolver. La regla es que, por lo general, tras

el juicio oral, existen en contradicción pruebas de cargo y de descargo, de modo que se estará ante una duda cuando no se puede otorgar la prevalencia ni a las unas ni a las otras. Si el juez se encuentra en presencia de pruebas opuestas igualmente apreciables, en el contraste de las cuales no se pueda dar la prevalencia ni a la una ni a la otra, se ha de absolver [LEONE, 1963, II: 367/368].

La presunción de inocencia como regla de juicio impone a la acusación el deber de demostrar de modo pleno la culpabilidad. Tanto la falta de pruebas como la insuficiencia –que la presencia de duda la integra– deben considerarse como equivalentes, en cuanto ambas determinan la absolución del acusado. En esta línea, decía SENTIS MELENDO, el juez que dice, en su sentencia, que absuelve por duda, y que decide en favor del reo, no está en duda: está firme y seguro de que carece de pruebas; de que no tiene, al menos, las suficientes para condenar; no absuelve por insuficiencia de prueba, sino por falta de pruebas. En verdad, no se proclama la absolución ante el beneficio de la duda o ante la insuficiencia de las pruebas, sino ante la “certeza” de la inocencia del acusado al no haber quedado desvirtuada [MIRANDA, 1997: 619/620].

∞ En segundo lugar, respecto de los hechos favorables al acusado, el artículo 398.1 CPP se limita a prescribir la absolución del acusado cuando, tras la valoración de la prueba, “[...] *está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal*”. Esta disposición legal se puede entender, desde una perspectiva garantista, que está en la misma noción de *in dubio pro reo*, asumiendo una noción, de origen italiano, de “norma real inculpativa” –así, por ejemplo, GAITO y VENDITI (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 221)–.

Ello significa, en clave de Derecho Penal material, que la acreditación que corresponde articular a la Fiscalía es de un hecho configurador de un injusto (típico y antijurídico) culpable y punible. Sobre todas estas categorías dogmáticas del delito, que incluyen la parte especial y la parte general del CP, debe incidir la actividad probatoria de cargo. Por tanto, si existe duda acerca de la presencia de un elemento que condiciona la antijuricidad, la culpabilidad o la penalidad, la absolución se impone, dado que en pureza se trataría de una insuficiencia de pruebas en torno a un elemento o categoría (negativa) constitutiva del delito. Desde el Derecho Procesal Penal, sobre la extensión del *in dubio pro reo*, la duda

sobre hechos constitutivos, impeditivos o extintivos debe favorecer al imputado, pues de lo contrario, como acotan SABATINI y BETTIOL, supondría admitir la existencia de una injustificable presunción de culpabilidad [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 224].

∞ Una posición distinta tiene NIEVA. En efecto, partiendo de la noción de que la esencia de la presunción de inocencia es alejar al juez de los prejuicios de la culpabilidad y asumiendo que la acreditación de los cargos solo se circunscribe al hecho típico y a la intervención del imputado en su comisión, considera que, tratándose de circunstancias agravantes o atenuantes y de eximentes incompletas –todas conducen, según los casos, a una falta de pena o a una disminución de la pena–, la duda favorece al imputado, pues fijada la autoría del hecho típico debe impedirse que el juez afirme agravantes u obvie atenuantes o exenciones incompletas –que, a final de cuentas, importan una pena disminuida– para perjudicar al reo. Empero, tratándose de causas de exención de responsabilidad, la duda debe conducir a la no apreciación de la eximente, porque su apreciación indebida perjudica ilegítimamente a la víctima –que también es digna de tutela y debe ser protegida de posibles prejuicios judiciales–, o incluso al propio reo aun que fuera absuelto penalmente [NIEVA, 2017: 411/413].

Este planteamiento no es de recibo, primero, porque, como ya se anotó, la acreditación de los cargos incide sobre el injusto culpable y punible, no solo sobre la conducta típica; y, segundo, porque frente a la hipótesis acusatoria corresponde al fiscal probar concluyentemente sus afirmaciones, de suerte que si existe duda respecto de un elemento negativo del delito, ésta no puede perjudicar al acusado. En conclusión, la falta de la prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia. En caso de duda siempre ha de resolverse a favor del imputado, lo que debe ser así tanto si la duda o incertidumbre afecta a los hechos constitutivos –por ejemplo, hay duda sobre la participación del acusado en un homicidio–, como si se refiere a hechos impeditivos o extintivos –por ejemplo, incertidumbre sobre la concurrencia o no de la eximente de legítima defensa en el homicidio cometido por el acusado– [TOMÉ, 2019: 469].

1.2.6.3 *REGLAS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA*

∞ El artículo 158, numeral 3, CPP regula la prueba por indicios, mientras que el apartado 2 de dicho precepto determina algunos criterios de apreciación para los testimonios de referencia y para las declaraciones de arrepentidos y situaciones análogas. De otro lado, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, de 30 de septiembre de 2005, estableció pautas de valoración respecto de las declaraciones de testigos, agraviados y coimputados; mientras el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, de 6 de diciembre de 2011, introdujo algunas especificidades en delitos sexuales.

∞ Es verdad que el sistema vigente, reconocido por los artículos 158.1 y 393.2 CPP, instauró la *apreciación racional de la prueba*—sometida a la observancia de las reglas de la sana crítica: principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos—, de suerte que es el juez quien determina la fiabilidad y fuerza acreditativa de las pruebas. Esta concepción, revela IGARTUA, *(i)* está tendencialmente orientada —dentro de los límites del Derecho— a la realidad empírica del hecho específico objeto de prueba; *(ii)* garantiza el derecho a la prueba que reconoce a las partes la facultad para utilizar todos los instrumentos indispensables en orden a la averiguación del hecho; *(iii)* orienta la libertad del juez en la búsqueda de una corroboración *veritiera* sobre los hechos y, a tal fin, lo determina a usar criterios racionales; y, *(iv)* impone que el juez justifique con argumentos racionales sus propias opciones y luego las somete al control externo [IGARTUA, 1995: 89/91].

Esta concepción, constitucional y legalmente asumida, sin embargo, no impide la existencia de reglas, de origen legislativo o jurisprudencial, de carácter admonitivo, que tienen como finalidad la concreción de la sana crítica. Debe entenderse la admonición como una advertencia o directiva con carácter oficial realizada por la ley o por la jurisprudencia suprema que se hace a los jueces con el objetivo de que orienten sus decisiones judiciales de una determinada manera [RAE, voz: “*Admonición*”]. Estas reglas, expresa FERNÁNDEZ LÓPEZ, son la manifestación explícita de máximas que, fruto de la práctica judicial, se han

convertido en garantías de la corrección de la valoración de las prueba, tanto en sus aspectos objetivos como en sus aspectos subjetivos [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 255].

Los preceptos y precedentes judiciales antes citados, a final de cuentas, introducen criterios racionales, desde un razonamiento inductivo, para controlar la valoración de la prueba, para determinar si la prueba practicada tiene entidad suficiente para dictar una sentencia condenatoria. Indican a los jueces cuáles son los requisitos mínimos que ha de reunir una determinada prueba para que pueda convertirse en elemento de convicción suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 265].

A. La prueba por indicios. El artículo 158.3 CPP consagra legalmente las denominadas “**presunciones hominis**” o presunciones simple –se les denomina prueba indirecta, prueba indiciaria o prueba presuntiva–. Se trata, enseña GASCÓN, de un conjunto de razonamientos o argumentaciones mediante las cuales, a partir de hechos conocidos, se concluye afirmando otros desconocidos. Se fundan sobre pruebas (es decir, sobre hechos ya acreditados: el indicio) –se reconducen al supuesto general del conocimiento inductivo a partir de indicios–. A diferencia de las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, en las que el fundamento de la conclusión presumida es una norma jurídica, la clave de este tipo de argumentaciones (presunciones simples u *hominis*) no es una norma jurídica, sino la existencia de reglas o “máximas de experiencia” que, reflejando regularidades empíricamente observadas, permiten conectar el hecho conocido con el hecho desconocido. La nota característica esencial es que se trata de un procedimiento de prueba –un razonamiento probatorio– consistente, como apunta COMOGLIO, en inferir, a partir de un hecho probado (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido [GASCÓN, 2004: 151/152, 156].

Lo relevante en este caso es que entre prueba en sentido estricto y prueba indiciaria (presunción simple) concierne a la modalidad lógica de la conclusión que sigue a la inferencia fundada sobre el elemento de prueba. En ambas clases de prueba se emplean para la verificación de un enunciado fáctico integrante del *thema probandum*, pero solamente en la prueba en sentido estricto el paso del elemento al resultado de prueba está unívocamente determinado –la conclusión inferencial se

obtiene utilizando exclusivamente leyes lógicas o científicas no probabilísticas–; en la prueba indiciaria se produce la aplicación de máximas de experiencia, a las que se asimilan las leyes científicas no probabilistas [UBERTIS, 2017: 89].

Por tanto, la prueba por indicios, en cuanto método para probar, en cuya virtud el indicio es el elemento inicial de que parte la presunción (el hecho base de la presunción o afirmación base), ésta es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente [TOMÉ, 2019: 471].

∞ El artículo 158, apartado 3, CPP menciona, independientemente, **(i)** el elemento indiciario (o presuntivo) –el indicio propiamente dicho–, **(ii)** la inferencia indiciaria (o presuntiva) y **(iii)** el resultado indiciario (o presuntivo).

Respecto del primer elemento, solo exige su probanza concluyente, mediante medios de prueba lícitos. En lo atinente al segundo elemento, se dispone que la inferencia indiciaria esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; es lo que se denomina “convencimiento de la existencia y aplicabilidad al caso de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” o, con otros términos, de la existencia y aplicabilidad al caso de una máxima de la experiencia en la que cabe fundar un juicio de probabilidad cualificada de que, dado el hecho indicio, se ha producido también el hecho presunto [DE LA OLIVA, 2003: 382]. En lo concerniente al tercer elemento, se establece un procedimiento para descartar la prueba en contrario, aunque el artículo 158.3 CPP solamente se hace mención a los contraindicios.

1. El indicio no solo ha de ser **(i) cierto** –de no ser así, se estará ante una mera conjetura–; también **(ii) significativo** –relación lógica con el hecho a probar, han de estar alrededor del hecho presunto “*circum estare*”–; **(iii) plural**, o excepcionalmente único –de singular potencia acreditativa–, de suerte que cuanto más sean los indicios más fácil es el juicio de probabilidad, así como que no deben estar destruidos por contradicción (STSE 1085/2000, de 26 de junio); **(iv)** concomitante al hecho inferido –relacionado con él–; y, **(v) interrelacionado**, de suerte que entre varios indicios se refuercen mutuamente señalando una misma dirección –la cadena de indicios es vital–. Además, la valoración de los indicios

debe ser en su conjunto, no aisladamente, pues las cosas que singularmente no prueban, prueban reunidas –la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan, respectivamente cuando todos señalan racionalmente en una misma dirección (STSE 56/2009, de 3 de febrero)–.

2. La presunción debe estar constituida por un enlace, que aúne el indicio al hecho presunto o necesitado de probar, preciso y directo, causal, y que importe una conexión o coherencia y congruencia entre el hecho base y el hecho presumido. La presunción, resalta AGUILÓ, se funda en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, a partir del cual lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirme verdadera. El principio de normalidad, en cuanto tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos, se encuentra relacionado con el principio de causalidad, que determina que unas mismas causas producen siempre unos mismos efectos, cuya justificación reside en la existencia de unas leyes más o menos inmutables [SAN MARTÍN, 2017: 10].

La inferencia en cuestión debe ser racional y sólida. Es de tener en cuenta que, por la propia naturaleza del razonamiento inferencial, se necesita realizar un adecuado proceso de infirmación, que parte del mismo hecho que es soporte del indicio –se sitúa en el lado epistemológico del delito, es decir, en la valoración de su lógica y experiencia–. La **infirmación** consiste en descartar cualquier otra explicación o conclusión alternativa o posible emanada de algún indicio, de suerte que imaginando otras hipótesis se contrastan con la ocupada por la presunción y según sea su grado de plausibilidad –superior, igual, inferior– así quedará la misma enervada, debilitada o reforzada [MUÑOZ, 2016: 81]. Cabe resaltar que todo indicio, como hecho que es, es polisémico o equívoco, lo cual depende de la intensidad probatoria del indicio en concreto; si ésta es alta, el nivel de equivocidad es menor. En esta línea la STSE 973/2016, de 23 de diciembre, reconoció que la razonabilidad del juicio de inferencia no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, sino que el órgano jurisdiccional no opte por una ocurrencia fáctica base en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta.

El control de la razonabilidad de la inferencia puede realizarse *(i)* desde el canon su **lógica** o **coherencia**—de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él; es decir, que no presenten saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias—; *(ii)* desde su **suficiencia** o **calidad concluyente**—no siendo pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil, imprecisa o indeterminada, pues de ellas solo se derivan un amplio abanico de conclusiones alternativas, es decir, son incapaces de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial (STCE 204/2007)—; y, *(iii)* desde la **constitucionalidad** de los criterios, es decir, que éstos no sean contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales (STSE 98/2017, de 20 de febrero).

3. El hecho presunto (o hecho indiciado) es la conclusión de la prueba indiciaria. Se corresponde con el hecho descrito en el tipo penal. Demuestra, al fin y al cabo, la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico entre los hechos pro vados y los que se trata de probar [MIRANDA, 1977: 218].

Cabe insistir que la diferencia entre prueba directa y prueba indiciaria es meramente gradual, no cualitativa; y, no está en función a su fiabilidad—que una es menor que la otra—. La distinción estriba en la cuestión de si entre los hechos probatorios y los hechos a probar hay más o menos inferencias que realizar [GONZÁLEZ LAGIER, 2014: 91, 92].

∞ El imputado puede cuestionar la eficacia probatoria de la prueba por indicios, lo que es una consecuencia ordinaria del mecanismo general de la prueba. A este mecanismo se le llama “prueba en contrario”, que se subdivide, siguiendo a SERRA, en **contraprueba** y **prueba de lo contrario**; la primera está dirigida a desvirtuar un indicio, y la segunda persigue destruir una presunción ya formada. Así, por ejemplo, Sentencia Casatoria 628-2015/Lima, de 5-5-2016.

La **contraprueba** busca crear la duda del juez sobre la realidad de un determinado indicio. Cuestiona su aparente solidez, ya sea probando que el indicio no ha tenido existencia, acreditando que no ha quedado suficientemente probado, demostrando la realidad de otro hecho incompatible con el indicio o planteando alguna otra

posibilidad fáctica que ponga en duda la realidad del indicio. La **contraprueba** se divide en directa e indirecta. La primera cuestiona la eficacia probatoria del indicio; mientras la segunda aporta la prueba de otros hechos, que por su incompatibilidad con el indicio o los indicios sobre los que se asienta la presunción, hace decaer la fuerza probatoria de éstos –la contraprueba indirecta es el **contraindicio** que hace referencia el artículo 153, apartado 3, literal c), última oración, CPP–.

La **prueba del contrario** trata de desvirtuar el hecho presunto obtenido tras la probanza del indicio. Importa la concurrencia de otra prueba que desvirtúa o hace ineficaz la presunción. Busca probar **(i)** que el hecho presunto no existe, **(ii)** u otro hecho incompatible con el hecho presunto.

B. El testimonio de referencia. La prueba testifical es la prototípica prueba personal. Consiste en el relato que una persona física hace sobre la existencia o modo de ser de unos hechos que directamente ha presenciado (**testigo directo**) –los ha presenciado personalmente– o que conoce por haber tenido noticia sobre ellos por otros medios (**testigo de referencia**) [MARTÍNEZ, 2015: 274].

Existen dos clases de testigo de referencia:

1. El que narra lo que personalmente escuchó y percibió de otro (*auditio proprio*).
2. El que narra lo que otra persona le comunicó de referencia (*auditio alieno*) [MORENO CATENA, 2017: 450/451].

Tradicionalmente la deposición testifical supone tres pasos para consolidar la averiguación de la verdad: **1.** Percepción. **2.** Retención de la percepción o memoria. **3.** Exactitud en la comunicación. De suerte, que cualquier defecto en uno de estos tres pasos –voluntario o involuntario– puede impedir el debido esclarecimiento de los hechos [TOMÉ, 2002: 340]. El testimonio de referencia reconoce estos pasos, pero lo más sensible es la percepción, que no es propia sino tiene fuente de terceros.

∞ El artículo 166.2 CPP introduce tres reglas sobre la materia, cuando se trata de un testigo de referencia: **1.** El testigo de referencia debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales obtuvo la información sobre los hechos objeto de prueba. **2.** El órgano jurisdiccional está obligado –deber de esclarecimiento– a

obtener o recibir la declaración del testigo fuente o la fuente de referencia del testimonio de referencia. **3.** Si el testigo de referencia se niega a proporcionar la identidad del testigo fuente, su testimonio no podrá ser utilizado –supuesto de **inutilización probatoria**, de ilicitud de la prueba en caso se pretenda valorar para la construcción de la sentencia–.

A partir de lo expuesto, sobre la base de que el CPP decididamente toma partido por la inmediación probatoria, se opta legalmente por preferir aquellos medios que de forma más directa puedan trasladar al juez los hechos que se enjuician [MORENO CATENA, 2017: 450] –lo que se expresa en el citado precepto procesal–. En tal virtud, exige que el testigo –todo testigo– proporcione la fuente de conocimiento de la información que brinda al órgano judicial; y, si se trata de testigo de referencia, éste debe –está obligado– a proporcionar la identificación del testigo fuente, pues a partir de este dato se deberá lograr el testimonio de este último.

Se considera, entonces, **(i)** que el testimonio de referencia tan solo puede serlo de testigos –nunca de investigados o encausados–; **(ii)** que la declaración del testigo de referencia es válida únicamente si el testigo directo no comparece por causas absolutas –o, por lo menos, que existan motivos fundados que expliquen por qué el testigo directo guarda silencio, o bien está ausente del proceso [NIEVA, 2017: 356]–, agotadas todas las gestiones para localizarlo, para lo cual, por lo demás, deben conocerse sus datos para que pueda ser citado –la información debe provenir del testigo de referencia–, y, **(iii)** que no es utilizable la declaración de un testigo de referencia si este se opone a ofrecer los datos para localizar a los testigos directos [ASENCIO MELLADO, 2019: 409].

Cabe enfatizar que en muchos casos el testimonio de referencia supone eludir la contradicción sobre la realidad misma de los hechos y dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso, de ahí la exigencia de contar con los testimonios de testigos directos. El recelo jurisprudencial sobre ella se basa en esta consideración (STCE 217/1989).

∞ A **nivel interno** el testimonio de referencia debe valorarse como si se tratara de un simple registro de lo dicho por otra persona, sin perjuicio de tener presente que el testigo de referencia puede tener fallos en la memoria, que se acrecientan con el paso del tiempo. Además, como se narra lo que se le informó, por muy creíble que

fuera su versión, ésta dependerá de que sea cierto lo que le han contado, extremo que el testigo de referencia desconoce, lo que hace que se trate de una prueba altamente insegura [NIEVA, 2017: 355].

Bajo el entendido de que la ausencia del testimonio del testigo directo es razonable, desde una **perspectiva analítica**, se necesitaran **(i)** una pluralidad de testigos de referencia, **(ii)** la coherencia de la declaración de cada testigo de referencia, **(iii)** la coincidencia en lo afirmado por los diversos testigos, **(iv)** la contextualización de las circunstancias en las que el testigo de referencia tuvo acceso al relato, **(v)** la verosimilitud del relato, y **(vi)** el origen diverso de los testigos de referencia [NIEVA, 2017: 355].

∞ Distinto es el caso si en el juicio concurren el testigo directo y el de referencia. En estos casos el último testigo puede contrastarse con el testigo directo. Ambas partes pueden interrogar a unos y otros testigos. Si bien la testifical de referencia no puede suplantar a la directa, sí puede confluir con ella (aunque finalmente tengan un sentido divergente) para ser valoradas de forma conjunta (STSE 308/2013, de 26 de marzo).

El testimonio de referencia, por sí solo, no puede desvirtuar la presunción de inocencia, aunque podría coadyuvar a ello en conjunción con otras pruebas [MONTÓN, 2014: 325]. Se trata, en conclusión, de una mera prueba “complementaria”, que refuerza lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de prueba “subsidiaria”, a considerar solamente cuando no es posible acudir al testigo directo o éste se niega a declarar, caso en el que incluso es evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza indirecta o mediata de la fuente de su conocimiento respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto a su credibilidad a la que hubiera de merecer el testigo directo que no puede ser interrogado y oído a presencia del órgano judicial sentenciador [MARTÍNEZ, 2015: 275]. Esto último importa reconocer los notables peligros de una tal prueba, cuyo carácter indirecto puede implicar una importante pérdida de fiabilidad, tanto sobre su propia veracidad cuanto de la veracidad de lo que habría contado el testigo directo (STSE 1229/2002, de 1 de julio) [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: 275].

Esta concepción, por lo demás, es la defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias *Delta c. Francia*, de 19 de diciembre de 1990; *Isgró c. Italia*, de 19 de febrero de 1991; y, *Asch c. Austria*, de 26 de abril de 1991 [GIMENO, 2015: 144].

C. El testimonio del arrepentido. La regla-base en nuestro proceso penal es la prevista en el artículo 158.2 CPP. Sobre el particular estipula: “*En los supuestos de [...] declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o imponer en su contra sentencia condenatoria*”. Se impone al juez, en palabras de NOBILI, un límite normativo a su libertad de apreciación probatoria [DÍAZ PITA, 2000: 457]; de suerte, que ese testimonio no es una prueba autónoma y, por tanto, no puede sustentar su decisión solo en él, se necesita otros medios de pruebas que corroboren sus afirmaciones. El principio es que el testimonio del arrepentido no es un problema de legalidad sino de credibilidad (STSE de 24 de febrero de 1991). Nuestro sistema penal acoge el modelo de **Derecho procesal premial** –que se distingue del modelo de **Derecho penal premial**– y, con esta finalidad, regula el proceso por colaboración eficaz (véase: Sección V del Libro Quinto “Los procesos penales especiales”). En el caso del aspirante a colaborador, si el “*acuerdo de colaboración y beneficios*” no se consolida o no es aprobado por el juez –todo en función a su eficacia y al logro de los objetivos previstos en el artículo 475.1 CPP–, conforme al artículo 481.1 CPP, sus declaraciones se tendrán como inexistentes y no podrán usadas en su contra; pero, si el referido acuerdo se aprueba judicialmente, la declaración del colaborador puede ser empleada como medio de investigación y aportada al juicio (artículo 476-A, apartados 1 y 3, CPP). Extensivamente, el artículo 481-A, apartado 2, CPP, estatuye que la declaración del aspirante a colaborador, en el curso de la fase de corroboración del proceso por colaboración eficaz, podrá ser utilizada en los procesos derivados o conexos para conseguir medidas de coerción y medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, pero siempre bajo la prevención de su carácter no definitivo, que no son medios de investigación o, en su caso, de prueba, autónomos: se necesita contar con medios de prueba de corroboración o confirmación. Estas reglas se han precisado en los artículos 44 a 48 del

Reglamento de la ley que modificó el CPP respecto del proceso por colaboración eficaz, aprobado por el Decreto Supremo 007-2017-JUS, de 30 de marzo de 2017.

∞ El colaborador o arrepentido es considerado un órgano de prueba sospechoso, porque con su testimonio busca obtener un beneficio premial: desde la aminoración excepcional de la pena hasta su remisión excepcional o la exención de pena, según la eficacia de su aporte informativo y la entidad del delito esclarecido y la infracción punible cometida por él (artículo 475.2 CPP). Como tal, se trata de un peculiar instrumento cognoscitivo, que aporta elementos gnoseológicos dotados de una reducida potencialidad persuasiva [UBERTIS, 2017: 139].

No obstante ello, se advierte que esta política criminal para enfrentar, fundamentalmente, el crimen organizado –incluidas las bandas criminales–, parte del supuesto de que el sistema tradicional de investigación ha resultado insuficiente e ineficiente –por falta de recursos técnicos o por falencias del recurso humano, o por la extrema habilidad de los delincuentes para burlarlo–, para conseguir las pruebas que permitan la detección, investigación, juzgamiento y condena de los criminales [SINTURA, 1955: 17]. Y, además, su lógica procesal estriba en que tiene un carácter transaccional pues se cambia la delación efectiva por una respuesta punitiva dulcificada, que en sus ámbitos más extremos importa la exención o la remisión de pena. Este proceso penal especial es, pues, “[...] un medio de obtener pruebas y de romper el anillo de silencio y de la complicidad que ahora protegen a los delincuentes que ya no son los pequeños y aislados agentes de una leve criminalidad sino verdaderas organizaciones que han asolado la sociedad civil, avasallando las defensas del Estado...” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-052, de 18 de febrero de 1993).

∞ La regla de valoración probatoria que instaura es la falta de convicción que, en sí misma, tiene la declaración del arrepentido, que en buena cuenta es un coimputado que denuncia (*chiamante in correità*) –no es una simple confesión o declaración *contra se* (siempre necesaria por tratarse de un arrepentido), sino adicionalmente una declaración contra un tercero o terceros, siendo de diferenciarse de la *chiamante in reità* que se circunscriba a un imputado que no

admite los cargos pero involucra en el delito a otro u otros [DÍAZ PITA, 2000: 411/412]–.

La característica esencial de esta regla de valoración es la cautela, legalmente impuesta, a la fiabilidad de la fuente de prueba y por tanto la credibilidad del correspondiente elemento está dictada por una ineludible prudencia en el uso del material probatorio proveniente de sujetos interesados en el resultado de la controversia, por lo que, como acota DOMINIONI, su veracidad se verifica en cuanto cumpla determinados requisitos: la corroboración (*riscontri*). Es una prueba de tipo representativo que por su implicancia de algún modo en el epílogo del proceso la general fiabilidad resulta sustituida por la general desconfianza [UBERTIS, 2017: 140].

∞ La doctrina procesalista, en especial la italiana, de donde fundamentalmente dimana la regla-base en cuestión (artículo 158.2 CPP en relación con el artículo 192. 3 y 4, CPP Italiano), enfatiza no solo la **corroboración (*riscontri*) interna**, atinente a la persona del colaborador y a las características de sus declaraciones, sino también la **corroboración externa**, referida al contenido de las propias declaraciones – se le denomina, propiamente, **elementos de corroboración**–. Esta última es, en todo caso, la positivamente impuesta por el precepto legal en comento.

∞ La **corroboración interna, subjetiva o intrínseca**, implica, dice SAMMARCO, el juicio de fiabilidad del contenido de la declaración de un colaborador con base en la valoración por el juez de determinados criterios concretos: precisión, verosimilitud y espontaneidad –que otros autores, como LI VECHI, agregan la personalidad del colaborador– [DÍAZ PITA, 2000: 422]. Se tienen criterios negativos y positivos.

Así, siguiendo parcialmente a DÍAZ PITA, se tiene como **criterios negativos**, que están referidos a la credibilidad del delator: **1.** El criterio de la personalidad del delator se centra en su personalidad: rasgos del carácter, antecedentes penales, edad, formación, propensión a la delincuencia, patologías. **2.** El criterio de las relaciones precedentes del delator con el delatado se ajusta en la motivación apreciable acerca del sentido de la declaración; se trata de advertir, por ejemplo, las relaciones de parentesco, de obediencia profesional, relaciones afectivas,

relaciones entre los miembros de grupos de criminalidad organizada o las de carácter contractual, financiero u obligacional, conflictos entre ambos. **3.** El criterio de presencia de vínculos espurios se mide en función a descubrir la presencia de motivaciones bastardas o desprovistas de autenticidad, de juicios de intención; los móviles turbios serán el odio personal, la obediencia a tercera persona, la venganza, el resentimiento y el soborno policial, fiscal y/o judicial mediante promesas de trato más favorable. **4.** El criterio de ánimo de exculpación tiene una primera relevancia en función a disculpas parciales del delator y la inclusión del delatado en la trama criminal, de suerte que, en principio, tal situación tiende a relativizar la posición incriminatoria contra el delatado [DÍAZ PITA, 2000: 421/439].

Los **criterios de verificación internos positivos**, que están referidos a las características de sus declaraciones, son: la reiteración o persistencia del testimonio incriminator y otros criterios de apoyo. **1.** La reiteración del testimonio incriminator, importa una declaración esencialmente en términos uniformes entre las diversos momentos en que el delator declare. **2.** Otros elementos de verificación serían que el testimonio sea preciso, seguro, espontáneo, unívoco y coherente, así como lógico y articulado –si el delator conoce directamente el desarrollo de los hechos y, en su caso, la intervención de los otros participantes en el delito, entonces, su verosimilitud se asienta sobre la contundencia y detalle en el relato de los hechos– [DÍAZ PITA, 2000: 440/452].

La **corroboración externa u objetiva**, que está circunscripta a la congruencia de lo declarado con otras resultancias probatorias, parte –como enfatiza SAMMARCO– de la exigencia de pruebas objetivamente distintas de la declaración del delator, pues la declaración de un delator que cumpla con los criterios subjetivos antes indicados puede ser fruto de una invención calumniosa. La Corte de Casación Italiana, Sección I, de 30 de enero de 1991, estableció que los elementos de verificación externos no pueden ser predeterminados en cuanto a su especie y calidad, de tal manera que podrían de cualquier tipo o naturaleza como, por ejemplo, hechos, documentos e incluso declaraciones de otros sujetos, debiendo tenerse presente que el objeto de la valoración es la declaración en su aspecto subjetivo y objetivo y no cada uno de los particulares asertos del declarante [DÍAZ PITA, 2000: 459].

Ahora bien, los diversos medios de prueba deben cumplir dos condiciones: **1.** Que, como apunta DI CHIARA, cada circunstancia empleada para la decisión sea corroborada por los respectivos medios de prueba externos a la declaración del delator. **2.** Que, como revela FASSONE, no pueden utilizarse en función de corroboración aquellos medios de prueba, aquellos datos que el delator pudiera haber percibido al margen del conocimiento del delito atribuido; tales son las descripciones de lugares, ambientes, viviendas, vestimenta y similares.

De otro lado, las corroboraciones han de ser “individualizadoras”, es decir, como recogió la Sentencia de la Corte de Casación Italiana, Secciones Unidas, de 30 de mayo de 2006, concernientes no a cualquier circunstancia, sino aptas para dar apoyo a la atribución del hecho-delito al sujeto al que se refieren. Asimismo, no es posible la corroboración con la declaración de otro coimputado o colaborador, como forma de permitir el recíproco apoyo entre ambas, pues –recalca CORDERO– un elemento de prueba incapaz de fundar por sí solo la convicción judicial por la falta de fiabilidad no debería razonablemente considerarse susceptible de recibir sustento de otro afectado del mismo vicio genético [UBERTIS, 2017: 141/142]. Sobre este último punto, como explica RIVIEZZO, la jurisprudencia italiana se muestra en contra, aunque la jurisprudencia española la apoya (STCE 209/2003, de 1 de diciembre y STSE 932/2005, de 14 de julio); dice al respecto la última sentencia: “[...] **6º.** *No sirve como elemento corroborador la declaración de otro coimputado. El que exista una manifestación de varios acusados coincidentes en su contenido de imputación contra un tercero no excusa de que tenga que existir la mencionada corroboración procedente de un dato externo*”.

D. El testimonio de la víctima, testigo y coimputado. Sobre el particular, el CPP no tiene una regla específica, como sí la tiene para el colaborador o arrepentido. Ha sido la jurisprudencia suprema la que ha marcado las pautas de apreciación del testimonio de la víctima, del testigo y del coimputado –que, como se sabe, es una figura distinta del colaborador o arrepentido, que requiere su inserción voluntaria en un proceso especial por colaboración eficaz–. Al respecto se tienen los Acuerdos Plenarios 2-2005/CJ-116, de 30 de septiembre de 2005, y 1-2011/CJ-116, de 6 de diciembre de 2011 –específicamente en delitos sexuales–.

En el caso del testigo-víctima su declaración tiene el valor de prueba testifical (STCE 178/2005, de 4 de julio, y STSE 308/1996, de 3 de abril) y, como tal, puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia (STSE 1222/2003, de 29 de septiembre). La declaración en análisis debe cumplir tres factores de seguridad o criterios relevantes a los que somete el testimonio, radicados en las características subjetivas del testigo-víctima, en las características de la incriminación y en la verosimilitud del testimonio.

1. La ausencia de incredibilidad subjetiva requiere tener presente dos aspectos: **A.** Las características físicas o psicoorgánicas de la víctima, en la que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (criterio que se proyecta fundamentalmente en el caso de menores de edad). **B.** La inexistencia de móviles espurios, que pueden derivar de las relaciones con el imputado –denotativas de odio, venganza, resentimiento o enemistad, siempre previas al hecho delictivo–, o de tendencias fabuladoras o fantasiosas de la víctima, de tal suerte que enturbien la sinceridad de la declaración (STSE de 11 de mayo de 1994).

2. La persistencia en la incriminación, en cuanto factor de ponderación, supone: **A.** Ausencia de modificaciones sustanciales en las sucesivas declaraciones de la víctima, sin contradecirse ni desdecirse –que, sin embargo, este factor debe relativizarse cuando se trate de testigo-víctimas vulnerables (casos de violencia sexual) que sufren la ulterior presión familiar y social)–. **B.** Concreción de la declaración, que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades; los hechos narrados deben ser circunstanciados. **C.** Coherencia y ausencia de contradicciones, de suerte que el relato incriminador mantenga la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

3. La verosimilitud del testimonio incriminador, basada en la lógica interna de la declaración y en el suplementario apoyo de datos objetivos. **A.** La logicidad de la declaración requiere que la narración –sustancialmente homogénea si son varias– no sea contraria a las leyes de la lógica, las máximas de experiencia o los conocimientos científicos –examinar si el testimonio es insólito o inverosímil–. **B.** La presencia de corroboraciones periféricas objetivas, esto es, que la narración de la víctima ha de estar rodeada de datos externos añadidos a la propia versión subjetiva de la víctima, que no necesariamente han de ser vinculados al propio hecho delictivo –

la STSE de 12 de julio de 1996, al respecto, expresó que los datos en referencia pueden ser muy diversos, tales como: lesiones en delitos que ordinariamente los producen, manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima, periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante, etcétera—.

∞ Por lo demás, como no se está ante requisitos formales o condiciones objetivas de validez de la prueba, no es necesario su concurrencia conjunta, de todos ellos. La ausencia de alguna de ellas, como anotó la STSE 224/2005, de 24 de febrero, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de las declaraciones de la víctima, no pudiéndose descartar aquellas que aun teniendo esas características tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Lo que sí en cambio es un criterio indispensable el de la existencia de **corroboraciones periféricas objetivas**, aun cuando se esté en presencia de delitos de clandestinidad, en los que se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada: delitos sexuales y de hurto o robo, principalmente (STSE 214/2017, de 29 de marzo).

Es de precisar que la existencia de corroboración externa, significa reforzar la veracidad de un aserto relativo a ciertos hechos, mediante la aportación de datos atendibles de una fuente distinta. El elemento de corroboración es un dato de contenido empírico, suficientemente acreditado, distinto de los que integran la imputación, por tener un alcance más reducido (no la cubre enteramente), por su fuente (otra distinta), pero que interactúa con aquel y pertenece al mismo contexto de acción. Se ha de probar, entonces, otro dato de hecho relacionado con la deposición del testigo-víctima (o coimputado) de una forma tal que, en términos de experiencia, abonaría la certeza de que, en efecto, tuvo lugar de una determinada manera. La información de corroboración que se cruce con la información inicial debe servir para conectar, indirecta pero eficazmente, al imputado con la acción delictiva que se le atribuye [ANDRÉS, 2020: 93, 94].

∞ Menos problemático es el caso del testigo propio, pues es ajeno al delito y, por ende, no tiene interés en el desenlace del proceso —en la condena del imputado—. Pese a ello, corresponde examinar su credibilidad desde los factores antes mencionados, cuya intensidad o rigor desde luego no puede equipararse al del

testigo-víctima, que al igual que el coimputado es un testigo impropio –que, por cierto, no es un medio ordinario de prueba al efectuarse carente de la obligación de veracidad exigible a los testigos (STSE de 16 de febrero de 1998)–.

En el caso de este último –el coimputado–, el rigor de los criterios de apreciación de la credibilidad de su testimonio están más cerca que el del delator o arrepentido (que al ser colaborador está incurso en un proceso especial por colaboración eficaz), cuya cercanía está en función a si la delación se ofrece para exculparse o para incorporar en el delito al coimputado, incluso disminuyendo su nivel participativo en los hechos, tanto más si se establece que si su declaración, que es más que la confesión, es racionalmente verdadera se hace acreedor a un beneficio premial por confesión sincera (artículo 161 CPP).

1.2.6.4 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: CARÁCTER DEL PRECEPTO SUPREMO

El artículo 429 CPP, como se sabe, reconoce cuatro motivos o causales de casación: **constitucional** –se incluye la referida a la garantía de motivación, de fuente italiana, que además tiene una compleja regulación en la legislación procesal–, **procesal**, **material** y **jurisprudencial**. Los preceptos constitucionales, más aún si se refieren a derechos fundamentales –que en su dimensión objetiva operan como componentes estructurales básicos que deben informar el entero ordenamiento jurídico (STCE 333/1997, de 13 de octubre)–, tienen unas características relevantes o superiores que importan reconocer su carácter preferente y de aplicación inmediata y directa.

Es verdad que existen derechos fundamentales sustantivos y derechos fundamentales procesales –todos ellos garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia de las personas (STCE 81/1998, de 2 de abril)–, y que los segundos están destinados a garantizar la vigencia de los primeros [GIMENO, 2002: 75]. Empero, esta clasificación interna no permite estimar que la naturaleza del derecho o del precepto en cuestión, más aún si se trata de normas de jerarquía constitucional, determina las consecuencias o efectos de amparar el recurso de casación cuando se invoque la presunción de inocencia (artículo 2, numeral 24, literal ‘e’, Const.).

Corresponde acotar que la vulneración de un precepto constitucional debe alegarse en la instancia, para poder utilizarse después como motivo de casación, salvo,

como es obvio, que esa vulneración se hubiese producido en la misma sentencia de vista (STSE de 27 de diciembre de 2006).

∞ El artículo 432.2 CPP, según se indicó anteriormente, delimita a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento sobre los errores jurídicos de la resolución de vista, y además establece que el Supremo Tribunal está sujeto de manera absoluta a los hechos en dicha resolución, siempre que estén: “*legalmente comprobados y establecidos*”; luego, el **error jurídico** –en cuanto se plasme en una de decisión judicial– puede circunscribirse, desde luego, al juicio histórico de la resolución de vista. En esta perspectiva, el artículo 433.1 CPP estatuye que si se declara fundado el recurso de casación, además de anular la resolución de vista, el Tribunal Supremo podrá decidir por sí el caso, “[...] *en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate...*”.

La amplitud con que el CPP regula los motivos de casación, la condición que impone respecto al juicio de hecho en relación a su legalidad y la posibilidad de dictar un fallo rescisorio si no sea del caso realizar un nuevo debate –corrección en la actuación de determinadas pruebas, ejecución de otras pruebas, reordenamiento de las alegaciones como consecuencia de lo anterior, etcétera–, autoriza a reconocer que el legislador ordinario, con pleno respeto al derecho a la interdicción de dilaciones indebidas –que integra la garantía del debido proceso–, reconocido convencionalmente por el artículo 8.1 CADH y legalmente por el artículo I.1 TP CPP (véase: SCIDH caso Genie Lacayo c. Nicaragua, de 29 de enero de 1997), se ubicó en una **concepción pragmática** y no en la **concepción clásica** que, en plena consonancia con las fuentes del Derecho romano –formulada por el ABAD PANORMITANO, de la escuela de Bolonia–, dividía la casación en función a la naturaleza procesal o material del precepto vulnerado y si su infracción debe conceptuarse vicio *in procedendo* o *in iudicando* –errores en la actividad o errores en el juicio, forma y fondo– [VÁSQUEZ SOTELO, 1984: 426].

Por tanto, el Código Procesal Penal discrimina del elenco de vicios o defectos de la sentencia susceptibles de viabilizar el recurso de casación: **1.** Aquellos que se cometen en el curso del procedimiento, en la actividad procesal que conduce a la sentencia (de modo que al estimarlos supone necesariamente reponer el procedimiento a ese momento en que la falta aparece cometida, para que sea

nuevamente sustanciado y decidido, con la falta subsanada). **2.** Aquellos otros motivos que, ya se refieran al fondo o a la actividad procesal, suponen infracciones cometidas precisamente en la sentencia y que se subsanan reformando el fallo (si los motivos de casación son estimados, no es preciso reponer los autos al momento del procedimiento en que se cometió la falta sino que es necesario tan solo dictar un fallo rescisorio) [VÁSQUEZ SOTELO, 1984: 427/428].

∞ En el supuesto del derecho a la presunción de inocencia es obvio que mediante su invocación se procura la reforma directa de la sentencia. No es un supuesto de indefensión o afectación de la garantía de defensa procesal –típico *vicio in procedendo*–, sino que el recurrente en pureza invoca un defecto de juicio –un *vicio in iudicando in factum*–, que precisamente es el núcleo de la presunción de inocencia. Esta garantía tiene una eficacia material y su infracción importa un vicio de fondo que se traduce en una sentencia injusta y no meramente nula; no se vulnera el procedimiento probatorio, sino el juicio mismo: la inocencia, en todo caso, se sustituye, mediante este vicio, por la culpabilidad [VÁSQUEZ SOTELO, 1984: 434].

∞ En esta misma concepción, siguiendo a ORTELLS, es de tomar en cuenta que la resolución de las cuestiones objeto del proceso también pueden partir de normas procesales, no únicamente de normas materiales. Existen, claro está, normas reguladoras de la sentencia para cuya infracción resulta adecuada la nulidad de la decisión. Se trata de los preceptos que regulan los requisitos de forma, las que se refieren al objeto al que ha de referirse el pronunciamiento, las que definen el resultado en órganos judiciales colegiados.

Sin embargo, existen normas procesales aplicables en el momento del enjuiciamiento, pero que no rigen la forma y los límites de la potestad de resolver, sino que influyen en el propio sentido estimatorio o desestimatorio del pronunciamiento sobre las pretensiones, del mismo modo que las normas de Derecho material [ORTELLS, 2002: 586/587].

∞ Es evidente que si infringen las reglas del juicio de hecho –de prueba y de juicio– la condena será injusta, no estará arreglada al ordenamiento. Su estimación no solo implicará un fallo rescindente, sino que además corresponderá un fallo

rescisorio: la absolución de quien fue condenado vulnerando el estado de inocencia del acusado. Señala al respecto GIMENO que el derecho a la presunción de inocencia significa, esencialmente, el derecho de todo acusado de ser absuelto si no se ha practicado una mínima –o suficiente– actividad probatoria válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación [GIMENO, 2012: 128]; esto es, si no se cumplen acabadamente las reglas de prueba y de juicio que la componen.

1.2.6.5 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: CONTROL EN CASACIÓN

El problema central del recurso de casación por el motivo de inobservancia de la garantía de presunción de inocencia (derivada del artículo 249.1 CPP en relación con el artículo 2.24, 9^o Const.) es determinar su ámbito en relación con el juicio de hecho, con la *quaestio facti*. Sobre el particular, el propio CPP resuelve gran parte de los temas sujetos a discusión, dado que:

Primero, realizó un desarrollo clarísimo de lo que debe entenderse por presunción de inocencia, a partir del artículo II.1 TP CPP, que reconoció esta institución constitucional, en su manifestación de regla general sobre el **juicio de hecho** (referida específicamente tanto a las reglas de prueba cuanto a la regla de juicio), según lo que se ha examinado al inicio de este capítulo.

Segundo, afirmó que la valoración de la prueba debe ser **racional**. El juez ha de seguir la sana crítica racional, es decir, luego de examinar las pruebas, individual y luego conjuntamente, conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (artículos 158.1 y 393.2 CPP).

Tercero, determinó que el juez debe exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados (artículo 158.1, última oración, CPP). Esto es, las resoluciones que emite el juez, salvo los decretos de mero trámite, son motivadas, y en tal virtud deben expresar, entre otros, los fundamentos de hecho –incluye la apreciación de la prueba y, por tanto, la declaración de hechos probados o improbados– en que se sustentan (artículo 139.5 Const. y artículo 12 del TUO LOPJ). Ésta es una expresión del requisito interno de exhaustividad de las resoluciones y expresión del principio lógico de razón suficiente.

∞ Ello significa que la fiscalización del juicio de hecho vincula la garantía de la presunción de inocencia con la **apreciación de la prueba** en su totalidad: la interpretación y la valoración realizadas sobre cada uno de los medios de prueba ejecutados en el juicio oral, considerados individualmente y en relación con los demás. Ello implica hacer explícito no solo el resultado a que se haya llegado en materia de hechos sino también las **premisas** que permiten llegar a ese resultado mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica (lógica, experiencia y ciencia). Ésta abarca tanto **(i)** la premisa mayor (la regla de la sana crítica incorporada) como **(ii)** la premisa menor, integrada por un enunciado particular del caso concreto que puede ser, a su vez, el resultado de una inferencia deductiva (v.gr.: el resultado al que se llega a través de una percepción directa, de una inspección judicial, que la doctrina denomina constatación) o de una inferencia inductiva (v.gr.: el resultado al que se llega de forma indirecta, a través de declaración de un testigo, exposición de un perito, contenido de un documento, y al que la doctrina denomina hipótesis) [VECINA, 2002: 123].

Cabe precisar que, tratándose de las **pruebas personales**, debe distinguirse dos niveles. Un primer nivel, dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto, ajeno, en principio, al control en vía de recurso por la Corte Suprema, pues la valoración en este caso no puede sustituida, simplemente, por la que pueda efectuar otro tribunal que no las haya presenciado –nivel que como ya hemos acotado es de muy bajo relieve atento a los avances de la psicología del testimonio–. Un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamente directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino de una **elaboración racional** o **argumentativa posterior**, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los máximas de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo puede ser revisada en casación, censurando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias. Siendo así, a los efectos de la motivación, el *Iudex A Quo* debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la inmediación y no ampararse en su mera concurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta [LEFEBRE, 2017: 177].

∞ Es evidente que lo que se examina impugnativamente no son los hechos en su existencia, sino la **corrección** del juicio de hecho –la fijación de los hechos en la sentencia–: su **(i)** racionalidad –que importe la existencia de prueba concluyente de responsabilidad penal, más allá de toda duda razonable, apreciada según la sana crítica– a partir de **(ii)** una debida actividad probatoria, regulada por los cuatro requisitos ya analizados: prueba en sentido formal o prueba auténtica –plenaria y, excepcionalmente, preconstituida y anticipada–, prueba de cargo, prueba suministrada por la acusación y prueba lícita. La Ley Superior y la ley ordinaria, como ha quedado expuesto, han fijado sus bases jurídicas. El juicio de hecho se controla desde la motivación de la sentencia, pero éste no equivale al reexamen del juicio de hecho, su control se corresponde con la exigencia de verificar que se haya realizado una premisa indispensable para la correcta aplicación de la norma [TARUFFO, 2006: 181]. La Sala de Casación no valora autónomamente el material probatorio –no realiza un nuevo análisis crítico de la prueba actuada–, solo examina desde una perspectiva objetiva y externa que la versión judicial de los hechos que realiza el *Iudex A Quo* se sustentó en pautas de licitud, regularidad, suficiencia –en abstracto (STSE de 23 de diciembre de 2013)– y racionalidad. La casación, decía la STCE 262/2006, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas. La casación solo tolera una revisión del estrato externo o de superficie del material probatorio; se parte de él (medios de prueba, hechos y conclusiones); se pone en duda todo ello en el recurso y, por último, se valora si lo que ha decidido el juez es compatible con la legalidad probatorio y lógico tanto por lo que establece para condenar como lo que excluye para no absolver [BONET, 2009: 30].

Cabe subrayar que la sana crítica, en la línea del CPP, siguiendo a VÉLEZ MARICONDE, consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar los hechos delictivos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología

(ciencia) y de la experiencia común. El convencimiento del juez debe ser lógico y motivado, racional y controlable [GONZÁLEZ – FIGUEROA, 1993: 82/83].

El juicio casacional se concentra en examinar si la decisión alcanzada por el *Iudex A Quo*, en si misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el órgano jurisdiccional de instancia soporta y mantiene la condena; no es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con que el otro Tribunal justifica su decisión (STSE de 13 de marzo de 2017).

∞ Ahora bien, el CPP no solo contempla el recurso de casación, sino que impone el recurso de apelación generalizado contra las sentencias definitivas y los autos equivalentes. El **modelo de apelación** que acoge tendencialmente el sistema del CPP, aunque no en su integridad, es el austriaco o de **apelación limitada** (*beschränkte Berufung*), en cuya virtud **(i)** existe una dependencia respecto del objeto procesal de la apelación y de la decisión que pone fin a ésta respecto del objeto procesal y resolución judicial de primera instancia, y **(ii)** si bien ocasiona el nacimiento y desarrollo de una nueva fase procesal, ésta se entiende mayormente como una revisión o control de legalidad de la decisión recurrida (*revisio prioris instantiae*) – no hay un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto (*novum iudicium*), solo lo enjuicia para verificar la legalidad de la resolución apelada–.

Pese a esta base conceptual y abstracta, la apelación nacional tiene concesiones a favor de la apelación plena, **(i)** al posibilitar a los jueces de apelación una apreciación autónoma de la prueba, salvo la prueba personal; **(ii)** al permitir la actuación de prueba en segunda instancia, aunque de modo restringido, y la renovación de determinadas pruebas con fines de intermediación judicial; y, **(iii)** al poder dictar un fallo sustitutorio sobre el fondo del asunto [SAN MARTÍN, 2015: 679/681].

Lo común con la apelación es que la casación también, junto a otras funciones, tiene encomendada el cumplimiento de una misión específica consistente en el control de la legalidad de las resoluciones judiciales de fondo (artículo 384 CPC) [VECINA, 2002: 110/111]. Siendo así, frente a una sentencia de vista, cumplida la doble instancia (artículo 22 *in fine* TUO LOPJ) desde un **modelo de apelación limitada**, y

sobre todo con derivaciones al **modelo de apelación plena** –no es, pues, un recurso de puro derecho–, es posible, por razones pragmáticas, pero manteniendo el control sobre la arbitrariedad, reconocer algunas limitaciones a la fiscalización del respeto a la garantía de presunción de inocencia y de este modo radicar el rol de la Corte Suprema como juez de la legitimidad a la decisión de las cuestiones de mayor importancia. Se ha de postular, entonces, una posición de la Corte Suprema de riguroso *self-restraint*, que, de un lado, permite censurar al menos las más graves violaciones del deber de respetar la presunción de inocencia, pero que, del otro, ponga fin a la degeneración consistente en el uso distorsionado de tal censura con el propósito de ir más allá de los límites del control de mera legitimidad [TARUFFO, 2006: 244, 247].

∞ El recurso de casación nacional solo procede contra resoluciones dictadas en apelación por las Salas Penales Superiores. Ello implica que la propia funcionalidad del recurso de casación debe acoger esta situación, que no sería del caso si no mediase el recurso de apelación antes del de casación.

Existiendo **doble instancia**, y cumplida la exigencia del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –que reconoce el derecho del condenado a someter la sentencia y la pena a un Tribunal superior–, ocasión en que la Sala Penal Superior revisó los ámbitos propios de la garantía de presunción de inocencia –las reglas de prueba y la regla de juicio denunciadas como inobservadas–, solo queda a la Sala Penal de la Corte Suprema, siguiendo a MARCHENA – GONZÁLEZ-CUÉLLAR, verificar si la respuesta que ha dado la Sala Penal de la Corte Superior cumple con los siguientes puntos: **1.** Si la Sala Superior, al examinar la sentencia de primera instancia, se ha mantenido dentro los límites de revisión que le corresponden, en especial los establecidos en el artículo 425.2 CPP –en principio, no haber otorgado diferente valor probatorio a la prueba personal, objeto de intermediación por el juez de primera instancia–. **2.** Si la motivación exhaustiva se ha producido –individualmente sobre cada prueba y todas ellas, así como, a continuación, si se realizó el examen en conjunto del material probatorio–. **3.** Si se respetó las reglas de prueba auténtica y, fundamentalmente, de prueba lícita. **4.** Si se resolvieron las alegaciones del impugnante sobre la existencia de valoración racional de la prueba (respeto de la sana crítica: principios o leyes de la lógica, máximas de la experiencia y

conocimientos científicos) [MARCHENA – GONZÁLEZ-CUÉLLAR, 2015: 540/543]. La pauta es, obviamente, advertir los errores patentes en la prueba como tal, y en su valoración: las vulneraciones evidentes de las reglas de la sana crítica. En suma, el control casacional de la presunción de inocencia tendría, en pureza, dos ámbitos: **1.** El control del carácter de prueba de la información valorada y de su licitud. **2.** El control de la congruencia del razonamiento probatorio, si cumplió acabadamente con las reglas de la sana crítica [MIRANDA, 1997: 636].

1.3 MARCO CONCEPTUAL

1.3.1 Prueba

Se entiende, desde esta perspectiva, como razonamiento. Es decir, probar consiste en construir un argumento que trata de justificar determinada hipótesis como premisa fáctica de la decisión judicial –determinar el grado de probabilidad inductiva con el que la hipótesis-conclusión se sigue de las premisas (de los elementos de juicio y de la máxima de la experiencia)–. Este tipo de razonamiento estriba en correlacionar dos tipos de hechos (o enunciados sobre hechos): los hechos que se han de probar y los hechos que se utilizan para hacerlo (elementos de juicio). El argumento probatorio está compuesto de un conjunto de premisas (elementos de juicio), una conclusión (la hipótesis sobre los hechos que han de probarse) y una conexión o relación entre las premisas y las hipótesis [GONZALES LAGIER, 2015: 2, 4].

1.3.2 El colaborador o arrepentido

Es considerado, desde la delación que narra, un órgano de prueba sospechoso, porque con su testimonio busca obtener un beneficio premial: desde la aminoración excepcional de la pena hasta su remisión excepcional o la exención de pena, según la eficacia de su aporte informativo y la entidad del delito esclarecido y la infracción punible cometida por él (artículo 475.2 CPP). Como tal, se trata de un peculiar instrumento cognoscitivo, que aporta elementos gnoseológicos dotados de una reducida potencialidad persuasiva [UBERTIS, 2017: 139].

1.3.3 La prueba por indicios

El artículo 158.3 CPP, en concordancia con los artículos 276, 277 y 281 CPC, consagra legalmente las denominadas “presunciones *hominis*” o *judiciales*. Se les denomina prueba indirecta, prueba indiciaria o prueba presuntiva. Se trata, enseña GASCÓN, de un conjunto de razonamientos o argumentaciones mediante las cuales, a partir de hechos conocidos, se concluye afirmando otros desconocidos. Se fundan sobre pruebas (es decir, sobre hechos ya acreditados: el indicio) –se reconducen al supuesto general del conocimiento inductivo a partir de indicios–. A diferencia de las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, en las que el fundamento de la conclusión presumida es una norma jurídica, la clave de este tipo de argumentaciones (presunciones simples u *hominis*) no es una norma jurídica, sino la existencia de reglas o “máximas de experiencia” que, reflejando regularidades empíricamente observadas, permiten conectar el hecho conocido con el hecho desconocido. La nota característica esencial es que se trata de un procedimiento de prueba –un razonamiento probatorio– consistente, como apunta COMOGLIO, en inferir, a partir de un hecho probado (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido [GASCÓN, 2004: 151/152, 156].

1.3.4 Las presunciones

Éstas, como enseña ULLMANN–MARGALIT, desempeñan un papel importante en toda deliberación práctica. Fuerzan a tomar algo como verdadero bajo determinados supuestos. Indican anticipadamente una respuesta posible a una cuestión controvertida. A los efectos de producir una decisión, el juzgador, por mandato legal, debe tomar como cierta determinada proposición o como producido determinado estado de cosas, mientras no existan elementos de prueba en contra [MENDONCA, 1998: 83].

1.3.5 La motivación de la prueba personal

Descansa en detectar, en lo más relevante, tres patologías, que van de la mano de las nociones de hecho externo, de hecho percibido y de hecho interpretado. Son:

1) Omisión. Si en la sentencia no se enuncian los datos percibidos que el juez de instancia considera relevantes para reconocer o negar atendibilidad a una prueba

personal, o si no se enuncian los criterios inferenciales que justifican la interpretación dada a los datos percibidos.

2) Contradicción. Si hay incompatibilidad entre los datos que el juez dice haber percibido; si el criterio inferencial usado contradice las enseñanzas de la lógica, la ciencia o la experiencia; si hay otros criterios más compatibles con la lógica, la ciencia o la experiencia cotidiana; si el criterio invocado conduce a una conclusión distinta de la retenida; o si se emplean criterios inferenciales incompatibles entre sí.

3) Insuficiencia. Si no se justifica que los datos percibidos y tenidos por relevantes tienen entidad suficiente para fundamentar un juicio de fiabilidad o su contrario; o si los datos percibidos admiten más de una interpretación y no se justifica por qué se emplea un determinado criterio inferencial en lugar de otro alternativo también plausible [IGARTUA, 2014: 102/103].

CAPÍTULO II

EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y VARIABLES

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1.1 Antecedentes teóricos

∞ El recurso de casación es un medio de impugnación en sentido estricto de especiales características y, fundamentalmente, de puro derecho. Su historia empieza, propiamente, en el *Ancien Régime* francés, pero se consolida en un sentido moderno con la Revolución francesa. No surgió de la nada, sino partió de antecedentes remotos a partir del desarrollo del Derecho romano, pero con el Iluminismo se le dio una configuración propia, que en lo esencial, con los necesarios cambios, se mantiene en la actualidad.

∞ Esta base precedente es la que, de una u otra forma, se tomó en cuenta para asumir, con sus contradicciones y necesarias adaptaciones, las instituciones de *ius constitutionis* y *ius litigatoris*, de *vitium in iudicando* y *vitium in procedendo*, y de *quaestio facti* y *quaestio iuris*. El *pourvois en cassation* (recurso de casación) evolucionó prontamente y, en menos de treinta años con la transformación del *Tribunal de Cassation* en *Cour de Cassation* —en la cúspide de la organización judicial—, evolucionó en un recurso jurisdiccional con una cadena de motivos (*moyens*) que amplió los inicialmente considerados, centrados en la violación de la ley material y quebramiento de ley procesal (supuestos de nulidad procesal), para asumir el control casacional (*i*) de la interpretación de la ley, (*ii*) de la aplicación de la ley (subsunción normativa), y (*iii*) de la fundamentación de la sentencia, que incluyó la desnaturalización de la motivación (*fausse interprétation de la loi, fausse application de la loi, défaut de base légale* y *dénaturation*), que dieron paso de la *revisio in iure* a la actual artículo 593 del CPP francés incorporó el motivo, más incisivo, de defectos de motivación—. Una constante de este recurso es que se privilegia el *ius constitutionis*.

∞ El análisis histórico permite, en todo caso, definir qué se entiende por el instituto de la casación y, desde la concepción del Estado constitucional, autoriza determinar hasta dónde puede llegar su ámbito sin desnaturalizarlo. Las nociones contemporáneas de acción, jurisdicción y proceso –ejes fundamentales del Derecho Procesal–, de separación de poderes y balance de poderes, y de principios, valores y directivas constitucionales, otorga a la Corte Suprema a través del recurso de casación funciones reguladoras y disciplinarias (fonctions régulatrice et disciplinaire) precisas, y le da un sentido más dinámico y profundo a la vigencia de los derechos fundamentales. Por ello es que en esta tesis se entrelaza el análisis histórico con el dogmático, pues lo uno no puede entenderse sin el otro, y enseña que la evolución de la casación tiene ejes sólidos y proyecciones profundas en la unidad del Ordenamiento jurídico.

2.1.2 Definición del Problema

2.1.2.1 Problema Principal

La casación penal, al ser un recurso extraordinario ¿Puede realizar de algún modo el control de los hechos?

2.1.2.2 Problemas Específicos

PRIMER PROBLEMA ESPECÍFICO

La casación penal, a pesar de ser un medio extraordinario que no constituye una tercera instancia ¿puede efectuar el control de los hechos desde una perspectiva externa?

SEGUNDO PROBLEMA ESPECÍFICO

Al efectuarse el control de los hechos bajo determinados parámetros normativos ¿Se desnaturalizaría el recurso de casación?

2.2 FINALIDAD Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1 Finalidad

La finalidad de la investigación estriba en establecer el marco conceptual del instituto de la casación y fijar sus lineamientos básicos. Asimismo, delimitar el control de la *quaestio facti* a través del recurso de casación. En este segundo punto es donde se ha desarrollado con cierto nivel de profundidad lo que se entiende por juicio de hecho y, a continuación, cómo es posible hacerlo desde tres garantías en particular, imbricadas entre sí: presunción de inocencia, tutela jurisdiccional y motivación. Cada una de ellas tiene sus propias exigencias y modos en que la potestad casacional puede acometerlas. En nuestra Tesis creemos que estamos contribuyendo en algo a dilucidar tan acuciante problemática, dominada hoy en día por la primacía y carácter preferente de los Derechos Fundamentales

2.2.2 Objetivo General y Específicos

2.2.2.1. Objetivos Generales

Explicar si la casación penal, al ser un recurso extraordinario; puede realizar de algún modo el control de los hechos, a través del análisis dogmático de las teorías que serán abordadas en la presente investigación

2.2.2.2 Objetivos Específicos

Primer Objetivo Específico

Precisar si en la casación penal, a pesar de ser un recurso extraordinario que no constituye una tercera instancia; puede efectuar el control de los hechos, desde una perspectiva externa.

Segunda Objetivo Específico

Demostrar si al efectuarse el control de los hechos bajo determinados parámetros normativos, se desnaturalizaría el recurso de casación.

2.2.3 Delimitación del Estudio

El estudio comprende el análisis de la doctrina nacional y extranjera para analizar las bases teóricas que se desarrollan en la presente investigación, así como el análisis de resoluciones judiciales tanto nacional como comparada.

2.2.4 Justificación e Importancia del Estudio

2.2.4.1 Justificación

La presente investigación se justifica teóricamente porque busca examinar el marco normativo del recurso de casación en el ámbito preciso del control indirecto o externo de los hechos –declarados probados o improbados–. Es decir, la correcta fijación de los hechos. Desde el plano práctico es pertinente efectuar un planteamiento dogmático sólido y propuestas específicas para optimizar la labor de la casación penal y mejorar el rol de los operadores jurídicos en el proceso penal, en aras del reconocimiento del derecho principio de igualdad ante la ley y el valor seguridad jurídica. Desde el plano metodológico es necesario realizar un estudio dogmático, desde las fuentes y su funcionamiento en el ordenamiento, a partir del análisis desde la teoría del Derecho y del Derecho procesal de la meta del proceso, del concepto de verdad forense y de la legitimación judicial en orden a la defensa de los derechos como garantías insustituibles en un Estado Constitucional.

Asimismo, en la praxis cotidiana es pertinente enfrentar lo que viene sucediendo por un mal entendimiento del recurso de casación. En la doctrina, nacional y extranjera, el debate se centró en determinar si el control fáctico puede ser revisado, de alguna manera, por la Corte Suprema. El desconocimiento, en sede nacional, de los alcances del recurso de casación, de su objeto y finalidad, generó una gran cantidad de resoluciones de inadmisión porque, reproduciendo automáticamente los alcances del fenecido recurso de nulidad, las partes cuestionaban el juicio de condena o de inocencia bajo el argumento genérico de su injusticia o de una reconstrucción errónea

de los hechos a partir de los medios de prueba actuados en el proceso, cuyo examen se exigía en sede suprema. Asimismo, frente a las desestimaciones de plano, los abogados de las partes procesales hacían mención, genéricamente, a la presunción de inocencia –garantía que comprende, como se sabe, exclusivamente, al imputado– y a una falta de motivación o motivación ilógica, pero sin examinar qué ámbitos son los que pueden ser objeto de examen casacional y cómo se podía ejercer ese control. Esto último también dio lugar a una constante línea jurisprudencial de desestimación liminar de tales recursos de casación.

2.2.4.2 Importancia

Desde tiempos muy remotos el recurso de casación solo se encargaba de conocer las cuestiones de derecho. Actualmente el “mito” del juicio de hecho como límite a la casación ya se superó. Sin embargo, fiel a su naturaleza jurídica, el control objeto del recurso de casación es externo y, por su objetivo central, de afirmar el *ius constitutionis*, el examen se concreta en el cumplimiento de los preceptos legales que influyen en la fijación de los hechos objeto del proceso penal –en su debida observancia, interpretación y aplicación–.

El problema que es del caso desentrañar no es pues la necesidad de este examen, sino, propiamente, su amplitud o delimitación. Ya hemos fijado o postulado un criterio al respecto, y se tratará de sostenerlo y justificarlo con arreglo a las propuestas dogmáticas contemporáneas.

2.3 HIPÓTESIS Y VARIABLES

2.3.1 Supuestos Teóricos

En nuestra legislación son pocos los trabajos que abordan, de forma general, el problema que se presenta sobre el control de los hechos por la Corte Suprema. Básicamente se tiene el trabajo de César San Martín Castro (2015. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima. INPECCP –igualmente, la segunda edición de ese trabajo), en cuya parte octava, lección vigésima cuarta, se aproxima al tema y postula que el Tribunal Supremo, en

casación, puede conocer los hechos, pero bajo determinados límites. En el ámbito de la casación civil existe el libro de MARTÍN HURTADO REYES (2012. La casación civil. Una aproximación al control de los hechos. Lima. IDEMSA).

∞ En España, por ejemplo, al igual que Italia, la situación cambia debido que existe mayor estudio sobre esta problemática. Así se tienen, contemporáneamente, los trabajos monográficos de JORDI NIEVA FENOLL (2000. El hecho y el derecho en la casación penal. Barcelona. Bosch); VICENTE GUZMÁN FLUJA (1996. El recurso de casación civil. Valencia. Tirant lo Blanch); JAVIER VECINA SIFUENTES (2003. La casación penal. El modelo español. Madrid. Tecnos); SERGI GUASCH FERNÁNDEZ (1998. El hecho y el derecho en la casación civil. J.M. Bosch, Barcelona). En estas obras se puede apreciar diversas posturas sobre el tema propuesto. Un trabajo liminar es el de MICHELLE TARUFO (2006. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil. Lima. Palestra).

2.3.2 Hipótesis Principal y Específicas

2.3.2.1 Hipótesis Principal

El recurso de casación permite un control de los hechos, aunque limitadamente y de modo excepcional. Limitadamente, porque no realiza una valoración autónoma del material probatorio, no reconstruye los hechos. Y, excepcionalmente, porque lo hace, de modo directo, a partir de las garantías de presunción de inocencia y de tutela jurisdiccional; e, indirectamente, desde la garantía de motivación.

2.3.2.2. Hipótesis Específicas

Primera hipótesis específica

La casación penal puede efectuar el control de los hechos desde una perspectiva externa, debido a que efectúa un control sobre la justificación externa del juicio sobre el hecho que se funda en las pruebas y las diversas conexiones que existen entre los elementos

de prueba, en donde también entran en juego las máximas de la experiencia, las leyes de la lógica y los conocimientos científicos que son los denominados “problemas de prueba”

Segunda hipótesis específica

El recurso de casación no se desnaturaliza al efectuar el control de los hechos, puesto que el Tribunal Supremo no realiza una nueva valoración de la prueba, sino un juicio sobre el juicio de culpabilidad realizado por el Tribunal de Apelación, y toma en consideración el razonamiento probatorio efectuado por el *Iudex A Quo*, siempre de carácter probabilístico, y el cumplimiento del estándar muy elevado de “más allá de toda duda razonable”, bajo la aceptación de que requiere de su control intersubjetivo.

2.3.3 Variables e Indicadores

2.3.3.1 Variable independiente

El recurso de casación permite un control de los hechos.

Destacamos que el control de los hechos no fue un ámbito extraño en la casación auroral, ni en sus instituciones anteriores de las que surgió; que este control es plenamente posible en el marco de la defensa del *ius constitutionis* y su lógica ejemplificativa o disuasoria y profiláctica: *fonctions régulatrice et disciplinaire*; que es plenamente factible y necesario diferenciar entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*; que la fijación de los hechos está normativizada y, sobre este punto, existen reglas jurídicas y reglas epistémicas, ambas reconocidos por el tipo procesal correspondiente (artículos 158.1 y 393.2 CPP).

Indicadores

- * Defensa del *ius constitutionis*
- * *Quaestio facti*
- * *Quaestio iuris*

2.3.3.2 Variable dependiente

Control limitado. El control es limitado porque no realiza una valoración autónoma del material probatorio, no reconstruye los hechos.

Control Excepcional. El control es excepcional porque lo hace, de modo directo, a partir de las garantías de presunción de inocencia y de tutela jurisdiccional; e, indirectamente, desde la garantía de motivación.

Indicadorzs

- * Valoración autónoma del material probatorio
- * Garantías de presunción de inocencia
- * Tutela jurisdiccional
- * Garantía de motivación.

CAPÍTULO III

MÉTODO, TÉCNICA E INSTRUMENTOS

3.1 POBLACIÓN Y MUESTRA

Al ser una investigación dogmática, no se trabaja sobre una determinada población y muestra. Empero, desde el estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia, se analizan concurrentemente los debates nacionales y las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros.

3.2. DISEÑO (S) UTILIZADOS EN EL ESTUDIO

El diseño resulta ser *ex post facto*. Se efectuó después de que aparece el fenómeno jurídico abordado.

Variable Independiente	Variable Dependiente
El recurso de casación permite un control de los hechos	Control limitado y excepcional
X	Y

3.3. TÉCNICA (S) E INSTRUMENTO (S) DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se aplicó la técnica del análisis documental

- * Documentos oficiales
- * Dispositivos legales
- * Fichas bibliográficas
- * Sentencias y resoluciones judiciales

3.4 PROCESAMIENTO DE DATOS

N.º	Sentencias	Tema
1	Sala Civil de la Corte Suprema (Sentencias 1630-2009/Arequipa y 2207-2009/Piura)	Negación de que el Recurso de Casación pueda fundarse en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, no son de recibo.

2	(Sentencia Casatoria 03-2007/Huaura, de 7 de noviembre de 2007, FJ 9).∞	Reglas de la valoración de la prueba.
3	Sentencia Casatoria 628-2015/Lima, de 5-5-2016.	Valoración de la prueba por indicios.
4	STSE 1049/2005	Valoración del hecho sujeto a través de medios probatorios.
5	SSTSE de 19 de octubre de 1993, de 29 de septiembre de 2004, y de 8 de junio de 2005).	Motivo de la casación. Tutela de derechos propios y no ajenos.
6	(STSE de 18 de marzo de 2000), (STCE 192/1987, de 23 de junio. STSE de 3 de octubre de 1997).	El Recurso de Casación debe referirse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hechos. Análisis del principio de congruencia procesal. Análisis del principio de exhaustividad.
7	(STSE de 7 de junio de 2013),	En el recurso de Casación, se persigue la fijación de la interpretación y de la aplicación de la ley, por lo que por esa vía los hechos probados no se alteran.
8	(STSE 1058/2010, de 13 de diciembre). Sentencia Casatoria 367-2011 / Lambayeque, de 15-7-2013	El Recurso de Casación debe referirse sobre juicios de inferencia
9	STSE 609/20145, de 23 de septiembre.	El Recurso de Casación, las inferencias, pertenecen a la <i>quaestio facti</i>
10	STCE 63/1993, de 1 de marzo	En el Recurso de Casación puede referirse sobre juicios de inferencia
11	Sentencia Casatoria 836-2019/Lambayeque, de 25-11-2020	Alcance del recurso de casación en relación a la presunción de inocencia.

12	Sentencia Casatoria 1923-2018/Cusco, de 5-12-2020	Prueba Personal, apreciación y principio de inmediación
13	Sentencia Casatoria 228-2019/Tacna, de 2-11-2020	Control de la garantía de motivación. Defectos de motivación controlables en casación.

3.5 ACLARACIÓN

∞ La investigación dogmática, desde el Derecho, tiene una riqueza propia y expresa, a menudo, el avance del método jurídico en la dilucidación de los alcances de las disposiciones legales. Este tipo de investigación requiere, primero, escudriñar y detectar las características intrínsecas de la institución jurídica abordada, de sus fundamentos y de su utilidad social; segundo, indagar por su origen y fijar el derrotero de su evolución histórica, correlacionándola con el país de nacimiento y las bases jus-filosóficas que la determinaron; y, tercero, advertir las diferencias entre el país de origen y el país receptor de determinada institución jurídica (en este caso de la casación penal), y a partir de allí, en un primer momento, hurgar cómo se recepitó y bajo qué términos, y, luego, cómo se aplicó y se entendió en el país receptor –en este caso en el Perú–.

∞ La casación fue asumida por numerosos países europeos y Latinoamericanos, pero esta asunción no fue uniforme y homogénea. La evolución seguida en Francia no fue necesariamente semejante la que tuvieron otros países centrales (Bélgica, Italia, España, etcétera), así como tampoco lo fue en América Latina. Sin duda, el Perú ha sido uno de los últimos países que la acogió. En lo penal su fuente inmediata ha sido, sin duda, la italiana, la que más respetó y se acercó al modelo francés, aunque por razones culturales y de idioma la influencia española es muy importante. Las citas bibliográficas y jurisprudenciales prueban este último acerto, aunque lo más relevante es asumir un acercamiento cada más ius filosófico, pues en los hechos se encuentra una riqueza conceptual que este trabajo ha pretendido mostrar, aunque muy limitadamente.

∞ La primacía de la Constitución y el entendimiento que el sistema de derechos fundamentales es vital en un Estado Constitucional, al que la jurisdicción debe desarrollar en cada caso concreto, ha traído consigo un cambio sustancial en el modo de abordar y de dotar de un contenido revitalizador a la casación y al rol de una Corte Suprema. La flexibilización del recurso de casación, especialmente en su acceso – como parte de la garantía de tutela jurisdiccional–, y en el ámbito de los motivos o causales de este recurso –como parte de las garantías de presunción de inocencia y motivación–, han determinado a día de hoy como un objeto válido casacional el control de los hechos desde el análisis si se vulneró el derecho probatorio, en su dimensión constitucional y legal.

∞ De esto último se trata este trabajo de investigación. De explicar cómo es posible hacerlo y cómo resulta necesario afirmar el control de los hechos. El estudio de la ley, el análisis de las obras jurídicas sobre la materia –en perspectiva histórica, política y jurídica– y la confrontación con lo que los tribunales entienden sobre la casación es parte estructural de una monografía dogmática. No se trata de mostrar acriticamente diferentes textos y posiciones jurídicas o de reunir cuantitativamente las decisiones judiciales, sino de señalar el derrotero jurídico que informa la institución desde las exigencias jurídico-políticas, y explicar cómo se aplica por los jueces y si tal aplicación es la que corresponde en orden a lo que se espera de la casación.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

No.	Sentencias	Argumento	Tema
1	Sala Civil de la Corte Suprema (Sentencias 1630-2009/Arequipa y 2207-2009/Piura)	Recuérdese que el artículo 384 CPC solo se refiere a los fines de la casación y que el citado Código, ni el Procesal Penal, no incluyó un concepto legal o auténtico de recurso de casación, así como que históricamente, en la casación clásica, la prohibición se limitada al fondo del asunto, no a los hechos.	Negación de que el Recurso de Casación pueda fundarse en cuestiones fácticas o de revaloración probatoria, no son de recibo.
2	(Sentencia Casatoria 03-2007/Huaura, de 7 de noviembre de 2007, FJ 9).	5. La razonabilidad de la motivación significa que ha de estar ajustada a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos	Reglas de la valoración de la prueba,
3	Sentencia Casatoria 628-2015/Lima, de 5-5-2016.	El imputado puede cuestionar la eficacia probatoria de la prueba por indicios, lo que es una consecuencia ordinaria del mecanismo general de la prueba. A este mecanismo se le llama “prueba en contrario”, que se subdivide, siguiendo a SERRA, en contraprueba y prueba de lo contrario; la primera está dirigida a desvirtuar un indicio, y la segunda persigue destruir una presunción ya formada. Así, por ejemplo,	Valoración de la prueba por indicios
4	STSE 1049/2005	La determinación del elemento subjetivo se realiza a partir de los datos objetivos y materiales	Valoración del hecho sujeto a través de medios probatorios

5	SSTSE de 19 de octubre de 1993, de 29 de septiembre de 2004, y de 8 de junio de 2005).	El presupuesto objetivo de esta casación procesal está constituido, en consecuencia, por las circunstancias que han de concurrir en un proceso como totalidad o en la sentencia definitiva dictada en el mismo, que determinan la admisión y en definitiva su eficacia. En este motivo casatorio, como en los demás, la regla es que solo cabe el recurso de casación para la tutela de derechos propios y no ajenos.	Motivo de la casación. Tutela de derechos propios y no ajenos.
6	(STSE de 18 de marzo de 2000), (STCE 192/1987, de 23 de junio. STSE de 3 de octubre de 1997).	La sentencia debe responder a la pretensión de las partes acusadoras y a la resistencia de las partes defensivas –no a los argumentos o alegaciones de apoyo a la pretensión Su omisión determina una vulneración del principio de exhaustividad –fallo corto, erróneamente llamado incongruencia omisiva–.	El Recurso de Casación debe referirse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hechos. Análisis del principio de congruencia procesal. Análisis del principio de exhaustividad.
7	(STSE de 7 de junio de 2013),	Se delimita el motivo a la interpretación o a la aplicación de la ley, de un lado, constituye presupuesto del mismo el respeto absoluto de los hechos declarados probados, en su integridad y significación (doctrina de la intangibilidad de los hechos).	En el recurso de Casación, se persigue la fijación de la interpretación y de la aplicación de la ley, por lo que por esa vía los hechos probados no se alteran.
7	(STSE 1058/2010, de 13 de diciembre). Sentencia Casatoria 367–2011 / Lambayeque, de 15-7-2013	Los juicios de inferencia en relación con el aspecto subjetivo del delito, según un sector de la doctrina, pueden censurarse a través de esta vía. Si bien se trata de hechos, son de naturaleza subjetiva no objetiva, cuya	El Recurso de Casación debe referirse sobre juicios de inferencia

		determinación se realiza a partir del material probatorio y generalmente a través del método de la prueba por indicios, por su carácter de hechos jurídicos, por su contenido jurídico y al no dirigirse a combatir el relato de hechos probados.	
8	STSE 609/20145, de 23 de septiembre.	Pareciera más razonable referir este cuestionamiento al de inobservancia de precepto constitucional (tutela jurisdiccional: sentencia fundada en derecho). Las intenciones, los elementos internos, no dejar de ser hechos, más allá de que pueden fijarse por prueba directa (confesión) o por prueba por indicios. Las inferencias, por tanto, pertenecen a la <i>quaestio facti</i> .	El Recurso de Casación, las inferencias, pertenecen a la <i>quaestio facti</i>
9	STCE 63/1993, de 1 de marzo	Esto último es lo que se denomina la interpretación de la prueba, de suerte que, desde el relato fáctico contenido en la sentencia, se podrá advertir si la prueba tiene o no un contenido objetivamente incriminatorio –se controla, a final de cuentas, los criterios adoptados por el <i>Iudex A Quo</i> , si éstos se corresponden con las premisas constitucionales y legales: base inculpatoria de los elementos de prueba	En el Recurso de Casación puede referirse sobre juicios de inferencia

10	Sentencia Casatoria 836-2019/Lambayeque, de 25-11-2020	Solo corresponde a la Corte Suprema verificar si la respuesta que ha dado la Sala Superior ha sido racional y ha respetado la legalidad y la doctrina legal sobre el alcance de la revisión en apelación, sobre la motivación y sobre la validez de las prueba.	Alcance del recurso de casación en relación a la presunción de inocencia.
11	Sentencia Casatoria 1923-2018/Cusco, de 5-12-2020	La inmediación, respecto de la apreciación de la prueba personal, se refiere a la valoración individual, al resultado probatorio, del concreto medio de prueba personal. Pero, se debe analizar si se respetó la interpretación del elemento de prueba y si éste es verosímil y coherente, así como debe interrelacionarse con los demás medios de prueba actuados.	Prueba Personal, apreciación y principio de inmediación.
12	Sentencia Casatoria 228-2019/Tacna, de 2-11-2020	La motivación se analiza desde el propio tenor de la resolución de vista. Los vicios de motivación son: motivación omisiva, incompleta, insuficiente, vaga o genérica, impertinente, hipotética, contradictoria e irracional.	Control de la garantía de motivación. Defectos de motivación controlables en casación.

Del análisis de las resoluciones citadas, base de la jurisprudencia casatoria nacional, hemos podido reforzar las bases teoricas abordadas en el presente trabajo de investigación que ha permitido reforzar las hipótesis postuladas.

4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Nuestras hipótesis fueron:

Hipótesis Principal

El recurso de casación permite un control de los hechos, aunque limitadamente y de modo excepcional. Limitadamente, porque no realiza una valoración autónoma del material probatorio, no reconstruye los hechos. Y, excepcionalmente, porque lo hace, de modo directo, a partir de las garantías de presunción de inocencia y de tutela jurisdiccional; e, indirectamente, desde la garantía de motivación.

Hipótesis Específicas

Primera hipótesis específica

La casación penal puede efectuar el control de los hechos desde una perspectiva externa, pues solo efectúa un control sobre la justificación externa del juicio sobre el hecho que se funda en las pruebas y las diversas conexiones que existen entre los elementos de prueba. En este ámbito también se incorporan, junto a reglas propiamente jurídicas, reglas epistémicas derivadas de la sana crítica: leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos para la determinación de la inferencia probatoria.

Segunda hipótesis específica

El recurso de casación no se desnaturaliza al efectuar el control de los hechos. La Sala de Casación no realiza una nueva valoración del material probatorio. Lleva a cabo un juicio sobre el juicio de culpabilidad o juicio histórico realizado por la Sala Superior, y toma en consideración el razonamiento probatorio efectuado por el *Iudex A Quo*, siempre de carácter probabilístico, y el cumplimiento del estándar muy elevado de “más allá de toda duda razonable”, bajo la aceptación de que requiere de su control intersubjetivo.

∞ Al respecto es de enfatizar que el recurso de casación tiene una fuente directa en la legislación francesa, sin que a ello obsten sus antecedentes inmediatos en las ordenanzas del Antiguo Régimen francés, de las que deriva su propia denominación, y la evolución

que tuvo como inicio cierto del Derecho romano en todas sus etapas. De estas últimas fluye, primero, la división entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*; y, segundo, la diferencias entre *vitiums in iudicando* y *vitiums in procedendo*, y entre *ius constitutionis* y *ius litigatoris*.

∞ El recurso de casación fundacional –al igual que sus precedentes históricos– no prohibía el examen de los hechos, sino ingresar al “fondo del asunto”, que es diferente. Posteriormente, con la derrota de los revolucionarios y por meras razones pragmáticas o utilitarias, se afirmó el impedimento del análisis casacional de la *quaestio facti*, pero que finalmente la realidad judicial y la evolución social llevó a comprender sutilmente.

∞ El instituto de la casación en su primera etapa (auroral) no tuvo carácter jurisdiccional, según el entendimiento de la época. Prontamente, sin embargo, al transformarse el *Tribunal de Cassation* en *Cour de Cassation* y situarse en la cúspide de la organización judicial, organizándose según los modelos propios de la jurisdicción, fue ampliando los motivos, primero pretorianamente y luego legislativamente, del examen casacional, al punto de examinar la corrección del juicio histórico –la coherencia de la declaración fáctica se consideró indispensable para una adecuada formación del juicio jurídico– y su correcta motivación conforme a las reglas de la sana crítica. Así, el recurso de casación se convirtió en un recurso extraordinario y especial, en un medio de impugnación en sentido estricto, sin examinar el fondo del asunto, pero con un poder de análisis sobre los hechos desde las normas jurídicas, con lo que se mantuvo su esencia.

4.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Conforme a los resultados obtenidos de las bases teóricas analizadas y resoluciones nacionales e internacionales es de sostener lo siguiente:

A. El recurso de casación, desde una perspectiva de Derecho Orgánico, es de conocimiento exclusivo de la Corte Suprema, y lo es incluso por mandato constitucional. Comparte las notas características de todo recurso jurisdiccional y, además, tiene sus propias peculiaridades y sus precisos principios. Destacan cinco peculiaridades: especial, de puro derecho, finalidad pública, no instancial y extraordinario; y, seis principios: taxatividad, autonomía, prioridad, presunción de licitud, trascendencia y unidad inescindible de las sentencias de mérito. Estas notas características y principios configuran, un recurso de especiales consideraciones atadas a lógicas de funcionamiento de la Corte Suprema que lo hacen único y relevante en el conjunto de las instituciones del ordenamiento jurídico.

B. El recurso de casación nacional, a semejanza del modelo italiano –el que más se apegó a la fuente francesa–, tiene dos grandes finalidades: **nomofilaquia** (tutela de la legalidad) y **uniformidad jurisprudencial** (unidad en la aplicación judicial del Derecho objetivo). La más trascendente, sin duda, es esta última, pues es una finalidad que solo puede cumplirla la Corte Suprema de Justicia de la República.

C. El recurso de casación nacional tiene como función preponderante el *ius constitutionis*, base de su finalidad pública, sin que necesariamente se considere un opuesto absoluto la tutela del *ius litigatoris*. Los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad son clave en la configuración del recurso de casación y en la misión de toda Corte Suprema. El recurso de casación, entonces, permite a la Corte Suprema afianzar la integridad y unidad del ordenamiento frente a las desviaciones de los jueces, garantizar la separación de poderes y afirmar el imperio de la ley. Esta función, desde luego, también se extiende, bajo determinados cánones, a la *quaestio facti*, cuya declaración está reglada normativamente.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

1. Respecto al control de los hechos del recurso de casación

A. El recurso de casación penal reconoce cuatro motivos o causales: inobservancia de precepto constitucional –se incluye la violación de la garantía de motivación, de raíz suprema–, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial. Dos son los aspectos más resaltantes de esta clasificación. Primero, la expresa inclusión de la infracción de preceptos constitucionales, en especial de los derechos fundamentales o garantías individuales, que ha permitido desformalizar la casación y dar un sentido más garantizador al examen casacional, así como, en lo pertinente, posibilitar un enjuiciamiento de la presencia de un *vitium in facti*. Segundo, la incorporación de una causal que antes solo existía en lo civil, el apartamiento de doctrina jurisprudencial.

B. Esto último es consecuencia de la finalidad unificadora de la jurisprudencia que corresponde al Tribunal Supremo. Son ideas clave es de tener presente: *(i)* la noción de que pueden haber varias interpretaciones posibles de una norma penal y, por tanto, con fines de uniformidad corresponde a la Corte Suprema definir cuál es ellas es la más aceptable –más aún si el legislador, más de lo deseable, acude a tipos penales abiertos, cláusulas generales y elementos normativos, así como sanciona relaciones jurídicas– ; y, *(ii)* la incorporación legal en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Procesal Penal, aunque sin visos de obligatoriedad fuerte, del precedente judicial cuyos lineamientos deben cumplir todos los jueces del país.

2. En cuanto al control de los hechos, desde una perspectiva externa del recurso de casación

A. La casación penal puede efectuar el control de los hechos, pero desde una perspectiva externa. Le está encomendada llevar a cabo un examen sobre la justificación externa del

juicio sobre el hecho que se funda en los medios de prueba y en las diversas conexiones que existen entre los elementos de prueba correspondientes.

B. El recurso de casación permite un control de los hechos, aunque limitadamente y de modo excepcional. Limitadamente, porque no realiza una valoración autónoma del material probatorio, no reconstruye los hechos, enjuicia el juicio de hecho del Tribunal Superior; no es una tercera instancia. Y, excepcionalmente, porque lo hace, directamente, a partir de la garantía de presunción de inocencia; e, indirectamente, desde la garantía genérica de tutela jurisdiccional y la garantía específica de motivación –desde las directivas jurídicas que lo determinan–. Existe un marco jurídico y epistemológico que viene exigido por el **Derecho probatorio penal**, que normativizó las reglas de pruebas y racionalizó la apreciación de los medios de prueba. Como la ley contempla estos ámbitos, entonces, el examen casacional se enmarca en el control de sus propios términos y permite generar una práctica judicial compatible con los principios y valores constitucionales (libertad, igualdad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad).

C. El recurso de casación nacional tiene en su causal cuarta, de procedencia italiana, la posibilidad de examinar la motivación fáctica de la resolución de vista. No solo la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial precisan el ámbito de la motivación, en cuanto requisitos internos de las resoluciones (autos y sentencias) sino que ésta ha sido desarrollada legalmente en el Código Procesal Penal –el juez, como puntualizó TARUFFO, está obligado a objetivar su propia decisión sobre los hechos y el derecho, indicando los criterios seguidos y, respecto de los hechos, argumentando las razones por las que ha considerado que un determinado hecho estaba probado o no probado–. Las patologías de la motivación, como recientemente ha establecido la Corte Suprema, son siete, que se expresan mayormente en la *quaestio facti*: motivación omitida o inexistente, motivación incompleta, motivación insuficiente, motivación impertinente, motivación hipotética, motivación vaga o genérica y motivación irracional. Es a partir de esta caracterización que corresponde articular los criterios de control específicos, causantes de nulidad de la resolución –o, mejor dicho, de rescisión de la resolución, auto o sentencia de vista–. Cabe aclarar que no puede confundirse la inobservancia de la garantía de motivación con la violación indirecta de ley sustantiva, que incide en la actividad probatoria y que, como ya se señaló, está vinculada al motivo de inobservancia de precepto constitucional.

3. En lo atinente a la probable desnaturalización del Recurso de Casación al efectuar control de los hechos bajo determinados parámetros normativos.

A. El recurso de casación nacional no se desnaturaliza cuando controla los hechos, pues a través de este examen el Tribunal Supremo no realiza una nueva o autónoma valoración de la prueba –incluso carece de inmediación–, sino un juicio sobre el juicio de culpabilidad o juicio histórico realizado por el Tribunal de Apelación; solo toma en consideración el razonamiento probatorio efectuado por el *Iudex A Quo*, siempre de carácter probabilístico, y el cumplimiento del estándar muy elevado de “*más allá de toda duda razonable*” –o, como acota la dogmática alemana “verosimilitud objetiva”–, bajo la aceptación de que requiere de su control intersubjetivo. El derecho probatorio penal, como se sabe, está formado por un conjunto de reglas que determinan *(i)* lo que es prueba, su obtención y su actuación o ejecución; y, *(ii)* su apreciación (interpretación o traslación y valoración). Y, por tanto, al Tribunal Supremo, mediante el recurso de casación, le compete funcionalmente examinar si estas reglas jurídicas –y, además, epistémicas– se han vulnerado o no.

B. El examen casacional de la garantía de presunción de inocencia, reconocida por la legislación constitucional y legal ordinaria (artículo 2.24.º e de la Constitución y artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal), que se erige en el principio esencial del proceso penal en un Estado Constitucional, se expresa, desde la **formación del juicio de hecho**, en el cumplimiento de determinadas reglas de prueba, tales como la existencia de verdadera prueba, lícitamente obtenida y legalmente o regularmente actuada, así como que sea inculpatoria o de cargo y, además suficiente, valorada individualmente y, luego, en su conjunto.

C. Asimismo, el examen casacional de la presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio importa el control de la correcta utilización de la sana crítica en la valoración del material probatorio. El Tribunal Supremo, desde el control de la referida garantía, no realiza una nueva valoración de la prueba, sino un juicio sobre el juicio de culpabilidad realizado por el Tribunal de Apelación, y toma en consideración el razonamiento probatorio efectuado por el *Iudex A Quo*, siempre de carácter probabilístico, y el cumplimiento del estándar muy elevado de “*más allá de toda duda razonable*”, bajo la

aceptación de que requiere de su control intersubjetivo. Cuida si el juez, desde el material analizado en la sentencia, debió dudar.

5.2 RECOMENDACIONES

1. Respecto al control de los hechos del recurso de casación

La doctrina y la práctica tribunalicia han establecido el marco de control de los hechos, pero exclusivamente a partir de los derechos fundamentales procesales de presunción e inocencia y del par complementario: tutela jurisdiccional y motivación. Lo que falta es capacitar a los operadores jurídicos en las técnicas casacionales y en la mejor comprensión de las garantías procesales y los motivos de casación.

2. En cuanto al control de los hechos, desde una perspectiva externa del recurso de casación

La casación penal, como tal, no es un recurso instancial. El control casacional de los hechos es muy sutil. Requiere determinar si existen defectos de motivación del juicio de hecho y establecer si se cumplieron las reglas de prueba y la regla de juicio de la presunción de inocencia. A final de cuentas es control jurídico de cumplimiento del Derecho probatorio. Como la implantación de la casación se efectuó sin una base doctrinaria sólida, el desconocimiento de sus alcances es importante. Por ello, es recomendable: **A.** Insistir en capacitaciones puntuales por centros universitarios, academias jurídicas y por la Academia de la Magistratura para el caso de jueces y fiscales. **B.** Planificar con un sentido de precisión Acuerdos Plenarios sobre la materia.

3. En lo atinente a la probable desnaturalización del Recurso de Casación al efectuar control de los hechos bajo determinados parámetros normativos.

El recurso de casación nacional es un recurso extraordinario, contra determinadas resoluciones de vista y por motivos tasados, legalmente contemplados –es un medio de impugnación en sentido estricto–. La determinación del juicio factico apunta a detectar determinados *vitium in factum*. Detectarlos es una cuestión técnica puntual y de elevados criterios jurídicos. Nuevamente, se requiere de capacitación ad hoc. La ley no requiere modificarse. Sus fuentes son claras y su amplitud es positiva.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. MORENO CATENA, Víctor (DIRECTOR). 2000. *El Proceso Penal. V Volúmenes*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- AA.VV. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (DIRECTOR). 2006. *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid. Editorial Colex.
- AA.VV. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (COORDINADOR). 2006. *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI (Libro homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García)*. Madrid. Editorial Colex.
- AA.VV. AYÁN, Manuel N. (DIRECTOR). 2007. *Medios de impugnación en el proceso penal*. Córdoba. Alveroni Ediciones.
- AA.VV. ORTELLS RAMOS, Manuel (COORDINADOR). 2008. *Los recursos ante Tribunal Supremos de Europa*. Madrid. Grupo Difusión Editor.
- AA.VV. BONET NAVARRO, José (DIRECTOR) – MARTÍN PASTOR, José (COORDINADOR). 2010. *El recurso de casación civil*. Navarra. Editorial Aranzadi – Thomson Reuters.
- AA.VV. CABANI BRAIN, Renzo (COORDINADOR). 2011. *Estudios sobre los medios de impugnatorios en el proceso civil*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
- AA.VV. MAZA MARTÍN, José Manuel (COORDINADOR). 2013. *Casación Penal Práctica*. Barcelona. Editorial Bosch.
- AA.VV. GARCÍA AMADO, José Antonio – BONORINO, Pablo Raúl (Coordinadores). 2014. *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho – Debates sobre abducción*. Granada. Editorial Comares.
- AA.VV. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. 2014. *Manual de Derecho Constitucional. 2 Volúmenes*. Madrid. Editorial Tecnos.
- AA.VV. GARCÍA AMADO, Juan Antonio – BONORINO, Pablo Raúl. (COORDINADORES). 2014. *Prueba y razonamiento probatorio – Debates sobre abducción*. Granada. Editorial Comares.
- AA.VV. PRIORI POSADA, Giovanni (COORDINADOR). 2015. *El Rol de las Altas Cortes y el Derecho a la impugnación*. V Seminario Internacional de Derecho Procesal. Lima, Editorial Palestra.

- AA.VV. ORTELLS RAMOS, Manuel – BELLIDO PENADÉS, Rafael (COORDINADORES). 2016. *Los Recursos en el proceso civil (continuación y reforma)*. Madrid. Editorial Dykinson.
- AA.VV. TARUFFO, Michele – MARINONI, Luiz Guilherme – MITIDIERO, Daniel (COORDINADORES). 2016. *La misión de los Tribunales Supremos*. Madrid. Marcial Pons Editores.
- AA.VV. CÓRDOVA CASTROVERDE, Diego (COORDINADOR). 2017. *Recurso de Casación, Memento Práctico*. Madrid. Lefebvre El Derecho Editorial.
- AA.VV. AGUILÓ REGLA, Josep – GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (EDITORES). 2017. *Sobre el razonamiento judicial – Una discusión con Manuel Atienza*. Lima, Palestra Editores.
- AA.VV. AGUDELO MEJÍA, Dimaro – PABÓN GIRALDO, Liliana – TORO GARZÓN, Luis – BUSTAMANTE RUA, Mónica – Vargas Vélez, Orión (COORDINADORES ACADÉMICOS). 2017. *Derecho procesal contemporáneo – Perspectivas y desafíos*. Medellín. Universidad de Medellín Sello Editorial.
- AA. VV. PRIORI POSADA, Giovanni (COORDINADOR). 2018. *La prueba en el proceso*. Lima. Palestra Editores.
- AA.VV. AGUDELO MEJÍA, Dimaro Alexis y otros (COORDINADORES). 2019. *La prueba: teoría y práctica*. Medellín. Sello Editorial de la Universidad de Medellín.
- AA.VV. VÁSQUEZ ROJAS, Carmen (COORDINADORA). 2019. *Hechos y razonamiento probatorio*. Puno. Editorial Zela.
- AA.VV. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo – VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (DIRECTORES). 2019. *Un Juez para la democracia (Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez)*. Madrid. Editorial Dykinson.
- AA.VV. RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel – DÍEZ RIAZA, Sara (DIRECTORES). 2019. 2da. Edición. *Litigación Penal – Visión sistemática y actual del proceso*. Madrid. Wolters Kluwer - Bosch.
- AA.VV. ASECIO MELLADO, José María (DIRECTOR) – FUENTES SORIANO, Olga (COORDINADORA). 2019. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. 2006. *La fundamentación de los hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico*. En: Revista Derecho de la Universidad de Valdivia. Volumen XIX. Número 2. Diciembre. Chile.
- AGUILÓ REGLA, Josep. 1999. *Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendoca*. En: Revista Doxa 22. Alicante.
- AGUILÓ REGLA, Josep. 2000. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona, Editorial Ariel.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. 1987. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima. EDDILI.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. 1992. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*. En: Revista Doxa 12. Alicante.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. 2007. *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima – Bogotá. Palestra Editores – Editorial Temis.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. 2009. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. 2015. *Tercero en discordia*. Madrid. Editorial Trotta.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. 2019. *En materia de prueba. Sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales*. En: Revista Quaestio facti, Barcelona, Marcial Pons Editores.
- ARBOLEDA VALEJO, Mario – RUIZ SALAZAR, José Armando. 2017. *Código de Procedimiento Penal Comentado*. 20ª Edición. Bogotá. Editorial Leyer.
- ARMENTA DEU, Teresa. 2010. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid. Marcial Pons Ediciones.
- ALISTE SANTOS, Tomás. 2018. *La motivación de las resoluciones judiciales*. 2da. Edición, Madrid. Editorial Marcial Pons.
- ALVA MONGE, Pedro José. 2018. *El Código Penal y Procesal Penal en la jurisprudencia vinculante*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
- ATIENZA, Manuel. 2018. *Introducción al Derecho*. Puno. Editorial Zela.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. 1994. *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*. Buenos Aires. Editorial AD Hoc.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. 2002. *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Madrid. Marcial Pons Ediciones.

- BARJA DE QUIROGA, Jacobo. 2019. *Tratado de Derecho Procesal Penal. 2 Tomos. 7ma. Edición.* Navarra. Editorial Aranzadi – Thomson Reuters.
- BARONA VILAR, Silvia. 2017. *Proceso penal desde la historia – Desde su origen hasta la sociedad global del miedo.* Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- BONET NAVARRO, José. 2000. *Casación Penal e Infracción de Precepto Constitucional.* Navarra. Editorial Aranzadi.
- BONET NAVARRO, José. 2009. *La revisión del juicio fáctico mediante el recurso de casación penal.* Ponencia. III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela.
- BONET NAVARRO, José (DIRECTOR). 2010. *El recurso de casación civil.* Pamplona. Editorial Aranzadi.
- BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro. 2006. *La casación civil – Estudios doctrinales sobre los fines casacionales.* Madrid. Ediciones jurídicas DIJUSA.
- BURKHARD, Hess – OTHMAR, Jauerning. 2015. *Manual de Derecho procesal civil.* Madrid – Barcelona. Editorial Marcial Pons.
- CALAMANDREI, Piero. 2000. *La casación civil. Historial y legislaciones (1).* volumen I. México DF. Editorial Oxford University Press.
- CALAMANDREI, Piero. 2000. *La casación civil. Historial y legislaciones (2).* volumen II. México DF. Editorial Oxford University Press.
- CALAMANDREI, Piero. 2000. *La casación civil. Historial y legislaciones (3).* volumen III. México DF. Editorial Oxford University Press.
- CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. 2002. *Derecho Procesal Penal.* Madrid. Editorial Dykinson.
- CARBALLO ARMAS, Pedro. 2004. *La presunción de Inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Madrid. Ministerio de Justicia.
- CARNELUTTI, Francisco. 1944. *Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Actos del Proceso.* Buenos Aires. Editorial UTEHA Argentina.
- CARRIÓN LUGO, Jorge. 2012. *El Recurso de casación. En la doctrina y el derecho comparado.* Volumen I. Lima. Editorial Grijley.
- CARRIÓN LUGO, Jorge. 2012. *El Recurso de casación. En el Código Procesal Civil.* Volumen II. Lima. Grijley.
- CARRIÓN LUGO, Jorge. 2012. *El Recurso de casación. En el Código Procesal Penal.* Volumen III. Lima. Editorial Grijley.

- CASTILLO ALVA, José Luis. 2013. *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*. Lima. Editorial Grijley.
- CASTILLO ALVA, José Luis. 2018. *La presunción de inocencia como regla de tratamiento*. Lima. Editorial Ideas.
- CAVANI, Renzo. 2018. *Teoría Impugnatoria*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
- CALDERÓN CERREZO, Ángel – CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. 2002. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. Editorial Dykinson.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. 2003. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- COMANDUCCI, Paolo. 2004. *Razonamiento jurídico – Elementos para un modelo*. Primera Reimpresión. México. Distribuciones Fontamara S.A.
- CORDON MORENO, Faustino. 1999. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Navarra. Editorial Aranzadi.
- CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto – OBLIGADO, Daniel Horacio. *La nueva casación penal*. 2005. Rosario. Nova Tesis Editorial Jurídica.
- CHIOVENDA, Guisepppe. 1954. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen III. Madrid. Revista de Derecho Privado Madrid.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. 2015. *El nuevo proceso penal peruano – Teoría y práctica de su implementación*. Lima. Editorial Palestra.
- DE AGUILAR GUALDA, Salud. 2017. *La prueba en el proceso penal – A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona. JB Bosch Editor.
- DE ASÍS ROIG, Rafael. 2000. *Sobre la motivación de los hechos*.
- DE LA RUA, Fernando. 2006. *El recurso de casación Penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. 2da. Edición. Buenos Aires. Editorial LexisNexis.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés – DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio – VEGAS TORRES, Jaime. 2002. *Derecho Procesal – Introducción*. 2da. Edición. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés – ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara – HINOJOSA SEGOVIA, Rafael – MUERZA ESPARZA, Julio – TOMÉ GARCÍA, José Antonio. 2002. *Derecho Procesal Penal*. 5ta. Edición. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. 2016. *Curso de derecho Procesal Civil III*. 3ra. Edición. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- DE MIDÓN, Gladis. 2001. *La casación. Control del “Juicio de Hecho”*. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni.
- DE SANTO, Víctor. 1999. *Tratado de los Recursos*. Tomo II. Buenos Aires. Editorial Universidad.
- DÍAS CANTÓN, Fernando. 2005. *La motivación de la sentencia penal*. Buenos Aires. Ediciones Del Puerto.
- DÍAZ PITA, María Paula. 2000. *El Coimputado*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- DÍEZ PICAZO, Luis María. 2013. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 4ta. Edición. Navarra. Editorial Civitas – Thomson Reuters.
- ESQUIAGA GANUZA, Francisco Javier. 2017. *La Argumentación e Interpretación*. Lima. Editorial Grijley.
- FEDEL, Daniel F. 2009. *El recurso de casación: doble conforme y garantías constitucionales*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- FERRAJOLI, Luigi. 1995. *Derecho y Razón*. Madrid. Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi. 1996. *Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*. En: Revista Nueva Doctrina Penal, Tomo 1996/B, Madrid. Ediciones del Puerto.
- FERRAJOLI, Luigi. 2016. *Los derechos y sus garantías*. Madrid. Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi. 2018. *El paradigma garantista – Filosofía crítica del Derecho penal*. Madrid. Editorial Trotta.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. 2002. *Valoración racional de la prueba*. Madrid – Barcelona. Marcial Pons Ediciones.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. 2005. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid – Barcelona. Marcial Pons Ediciones.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. 2011. *Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales*. En: Revista Isonomía. Número 34 / Abril. Madrid.
- FERRER BELTRÁN, Jordi – GASCÓN ABELLÁN, Marina – GONZÁLEZ LAGIER, Daniel – TARUFFO, Michele. 2006. *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

- FERRER BELTRÁN, Jordi. 2007. *Los estándares de prueba en el proceso penal español*. En: Cuadernos Electrónicos de la Facultad de Derecho. Número 15. Universidad Alcalá de Henares.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. 2005. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid. Editorial Iustel.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. 2007. *La valoración de la prueba personal y el estándar de duda razonable*. En: Cuadernos Electrónicos de Filosofía de Derecho. Número 15. Universidad de Alcalá de Henares.
- FIORAVANTI, Maurizio. 2016. *Los Derechos Fundamentales – Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid. Editorial Trotta.
- FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. 2013. *Casación y Revisión Penal. Requisitos de lógica y debida fundamentación*. 2da. Edición. Bogotá. Editorial Leyer.
- FLORIAN, Eugenio. 1934. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona. Editorial Librería Bosch.
- GARBERI LLOBREGAT, José – GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. 1994. *Apelación y Casación en el proceso civil*. Madrid. Editorial Colex.
- GARBERI LLOBREGAT, José. 2012. *Derecho Procesal Civil*. 2da. Edición. Barcelona. Editorial Bosch.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. 2019. *Razonamiento jurídico y argumentación – Nociones introductorias*. Puno. Editorial Zela.
- GARCÍA CAVERO, Percy. 2019. *Derecho Penal – Parte General*. 3ra. Edición. Lima. Editorial Ideas.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa. 2006. *El premio a la colaboración con la justicia – Especial consideración a la corrupción administrativa*. Granada. Editorial Comares.
- GARRIGA, Carlos – LORENTE, Marta. 1997. *El Juez y la Ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1498 – España, 1855)*. En: Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. 2004. *Los hechos en el derecho*. Madrid – Barcelona, Marcial Pons Ediciones.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina – GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. 2013. *La argumentación en el Derecho*. Lima. Palestra Editores.

- GHIRARDI, Olsen. 1997. *El razonamiento judicial*. Lima. Academia de la Magistratura.
- GIMENO SENDRA, Vicente – GARBERÍ LLOBREGAT, José – CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. 2000. *Los procesos penales*. 7 Volúmenes. Barcelona. Editorial Bosch.
- GIMENO SENDRA, Vicente. 2004. *Introducción al Derecho Procesal*. 2da. Edición. Madrid. Editorial Colex.
- GIMENO SENDRA, Vicente. 2007. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 2da. Edición. Madrid. Editorial Colex.
- GIMENO SENDRA, Vicente. 2015. *Derecho Procesal Penal*. 2da. Edición. Pamplona. Editorial La Ley.
- GIMENO SENDRA, Vicente (Director). 2007. *El Tribunal Supremo. Su doctrina legal y el recurso de casación*. Volumen I. Madrid. Editorial Iustel.
- GIMENO SENDRA, Vicente (Director). 2007. *El Tribunal Supremo. Su doctrina legal y el recurso de casación*. Volumen II. Madrid. Editorial Iustel.
- GLAVE MAVILA, Carlos. 2012. *El recurso de casación en Perú*. En: Revista Derecho y Sociedad. Volumen 38. Lima.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. 1990. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*. Madrid. Editorial Colex.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. 2005. *Quaestio Facti – Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima – Bogotá. Palestra – Themis.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. 2007. *Hechos y Conceptos*. En: Cuadernos Electrónicos de la Facultad de Derecho. Número 15. Alcalá de Henares.
- GONZÁLEZ NOVILLO, Jorge – FIGUEROA, Federico. 2010. *Técnica y práctica del recurso de casación penal*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas.
- GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. 1998. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona. J. M. Bosch Editor.
- GUASTINI, Riccardo. 2016. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Lima, Ediciones Legales.
- GUASTINI, Riccardo. 2017. *Las fuentes del Derecho – Fundamentos teóricos*. Lima, Ediciones Legales.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. 2018. *Derecho Procesal – Parte General*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.

- GUZMAN FLUJA, Vicente. 1996. *El recurso de casación civil*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- HASSEMER, Winfried. 1984. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona. Editorial Bosh.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes. 2017. *Los recursos en el proceso penal*. Lima. Editorial Instituto Pacífico.
- HITTERS, Juan Carlos. 1998. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2da. Edición. La Plata. Librería Editora Platense.
- HITTERS, Juan Carlos. 1998. *La casación civil en el Perú*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Volumen II. Lima.
- HITTERS, Juan Carlos. 2004. *Técnica de los recursos ordinarios*. 2da. Edición, La Plata. Librería Editora Platense.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon. 2017. *Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de casación civil francés*. En: Cuadernos de Derecho Transnacional. Madrid. Marzo 2017. Volumen 9, Número 1.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon. 2017. *El proyecto de reforma de la casación francesa*. En: Revista para el análisis del Derecho. Barcelona. Julio 2007.
- HURTADO POZO, José – PRADO SALDARRIAGA, Víctor. 2011. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. II Tomos. Lima. IDEMSA.
- HURTADO REYES, Martín. 2012. *La casación civil – Una aproximación al control de los hechos*. Lima, IDEMSA.
- IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. 2016. *La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Lima. Editorial Instituto Pacífico.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. 1995. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan y otros. 1998. *Lecciones de teoría del Derecho*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. 2003. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. 2006. *La fuerza vinculante del precedente judicial*. En: Revista Isegoría. Número 35. Julio-Diciembre.

- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. 2014. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima – Bogotá. Palestra Editores – Editorial Temis.
- IGUARTUA SALAVERRIA, Juan. 2016. *Algunos tópicos insidiosos en menoscabo de la argumentación fáctica (y de su control)*.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. 2017. *Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, intermediación, sana crítica*. En: Revista de Administración Pública. Número 204. Madrid.
- IPPOLITO, Darío. 2018. *El espíritu del garantismo – Montesquieu y el poder de castigar*. Madrid. Editorial Trotta.
- KAUFMANN, Arthur. 1999. *Filosofía del Derecho*. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- LANDA ARROYO, César. 2010. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima. Editorial Palestra.
- LEONE, Giovanni. 1963. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europea-América.
- LÓPEZ CASTILLO, Magdalena. 2007. *El recurso de casación penal por infracción de ley*. Granada. Editorial COMARES.
- LETELIER LOYOLA, Enrique. 2013. *El Derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona. Editorial Atelier.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. 2004. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra. Editorial Thomson – Aranzadi.
- LÓPEZ CASTILLO, Magdalena. 2007. *El recurso de casación penal por infracción de Ley. Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Granada. Editorial Comares.
- LÓPEZ SANCHEZ, Javier. 2002. *El interés casacional*. Madrid. Editorial Civitas.
- LOREDO COLUNGA, Marcos. 2004. *La casación civil – El ámbito de recurso y su adecuación a fines casacionales*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- LUZÓN CUESTA, José María. 2015. *El recurso de casación penal*. Madrid. Editorial Dykinson.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. 2017. *Proceso Penal Comentado*. 6ma. Edición. Costa Rica. Jurídica Continental.

- MADRIGAL, Consuelo. 2008. *Casación o unificación de doctrina*. En: Revista Jueces para la Democracia. Madrid. Número 63. Noviembre/2008.
- MAIER, Julio B.J. 1996. *Derecho Procesal Penal – Tomo I*. 2da. Edición. Buenos Aires. Ediciones Del Puerto.
- MALEM SEÑA, Jorge F. 2008. *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid. Gedisa Editorial.
- MALEM SEÑA, Jorge F. – EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier – ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. 2009. *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. 2015. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid. Editorial Castillo de Luna.
- MARCHESE QUINTANA, Bruno. 1998. *La Casación Civil*. En: Revis5ta Peruana de Derecho Procesal. Volumen I. Lima.
- MANZINI, Vincenzo. 1954. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo V. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europea-América.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. 2010. *Recurso de casación y de Revisión penal. Control de la presunción de inocencia*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- MARTINEZ JIMÉNEZ, José. 2015. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. Editorial Tecnos.
- MAZZARESE, Tecla. 1998. *Dudas epistémicas acerca de las nociones de “Questio facti” y Quaestio juris*. En: Revista Nóesis, Volumen 9, número 18. México.
- MENDOCA, Daniel. 1998. *Presunciones*. En: Revista Doxa 21-I. Alicante.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. 1997. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona*. Bosch Ediciones.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. 2012. *La prueba en el proceso penal acusatoria – Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista Editores.
- MONROY GALVEZ, Juan. 1998. *Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Volumen I. Lima.

- MONTERO AROCA, Juan y FLOR MATÍES, José. 2009. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan – GÓMEZ COLOMER, Juan Luis – MONTÓN REDONDO, Alberto – BARONA VILAR, Silvia. 2003. *Derecho Jurisdiccional I – Parte General*. 12da. Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan y otros. 2014. *Derecho Jurisdiccional III*. 22da. Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan y otros. 2017. *Derecho Jurisdiccional II*. 25ta. Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- MORELLO, Augusto M. 1998. *La casación civil: ¿realidad o ilusión?* En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima.
- MORELLO, Augusto M. 2000. *La casación – Un modelo intermedio eficiente*. 2da. Edición actualizada. La Plata – Buenos Aires. Librería Editorial Platense – Abeledo Perrot.
- MORENO CATENA, Víctor – CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. 2017. *Derecho Procesal Penal*. 8va. Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- MORESO MATEOS, José Juan – VILAJOSANA, Josep María. 2004. *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid-Barcelona. Marcial Pons Editorial.
- MORENO RIVERA, Luis Gustavo. 2013. *La casación en la Ley 906 de 2004. Teoría y Práctica bajo la nueva orientación constitucional*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica.
- NAVARRO, Guillermo Rafael – DARAY, Roberto Raúl. 2018. *Código Procesal de la Nación – Análisis doctrinal y jurisprudencial*. 5ta Edición – 3ra. Reimpresión. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.
- NEYRA FLORES, José Antonio. 2015. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Lima. Editorial Idemsa.
- NIEVA FENOLL, Jordi. 2000. *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona. José M. Bosch Editor.
- NIEVA FENOLL, Jordi. 2003. *El recurso de casación civil*. Barcelona. Editorial Ariel Derecho.
- NIEVA FENOLL, Jordi. 2016. *La razón de ser de la presunción de inocencia*. En: Revista InDret 1/2016. Barcelona.

- NIEVA FENOLL, Jordi. 2012. *Inmediación y valoración de la prueba: el retorno a la irracionalidad*. En: *Civil Procedure Review*. Volumen 3. Número 1. Enero – Abril.
- NIVEA FENOLL, Jordi. 2017. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Madrid. Marcial Pons Editorial.
- RIVERA MORALES, Rodrigo. 2011. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid. Marcial Pons Editorial.
- ROCCO, Ugo. 1972. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Bogotá. Editorial Temis.
- ROXIN, Claus – SCHÜNEMANN, Bernd. 2019. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editorial Didot.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y CARAZO LIÉBANO, María José. 2013. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. 2018. *Los delatores en el proceso penal*. Madrid. Editorial La Ley – Wolters Kluwer.
- PABÓN GÓMEZ, Germán. 2003. *De la casación y la revisión Penal. En el Derecho Constitucional, Social y Democrática de Derecho*. Bogotá. Segunda Edición. Ediciones Doctrina y Ley.
- PALACIO, Lino Enrique. 1998. *Los recursos en el proceso penal*. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot.
- PASTOR, Daniel. 2001. *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. 2000. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Madrid. Editorial Colex.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín y otros. 2009. *Derecho Procesal Penal*. Navarra. Editorial Civitas.
- PERRACHIONE, Mario. 2003. *La casación como método de control de la función jurisdiccional*. Córdoba. Alveroni Ediciones.
- PICO I JUNOY, Joan. 1977. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona. J.M. Bosch Editor.
- PRIETO SANCHIS, Luis. 2005. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima – Bogotá. Editoriales Palestra – Temis.

- PROTO PISANI, Andrea. 2018. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima, Palestra Editores.
- RODRÍGUEZ CHOCONTÁ, Orlando. 2008. *Casación y Revisión Penal*. Bogotá. Editorial Temis.
- RUBIO CORREA, Marcial. 2005. *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional*. Lima. Editorial Pontificia universidad Católica del Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial. 2019. *El sistema jurídico – Introducción al Derecho*. Lima, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. 2012. *Variaciones sobre la presunción de inocencia – Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid. Marcial Pons Ediciones.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. 2000. *Derecho Procesal Penal*. Lima. Editorial Grijley.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. 2015. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima. Editorial CENALES – INPECCP.
- SAN MARTÍN CASTRO, César – PÉREZ ARROYO, Miguel. 2019. *Jurisprudencia penal, procesal penal y de ejecución penal vinculante y relevante (2004–2019)*. 3ra. Edición. Lima. INPECCP – CENALES.
- SEGURA ALANIA, Joel – SIHUAY HUAMANCAJA, Luis. 2015. *El recurso de casación penal*, Lima. Pacífico Editores.
- SUMARIA BENAVENTE, Omar. 2014. *La casación como modelo racional en la construcción del precedente vinculante*. En: Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. Volumen 18. Lima.
- TABOADA PILCO, Giammpol. 2014. *Constitución Política del Perú de 1993*. Lima. Editorial Grijley.
- TARUFFO, Michele. 2006. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Lima. Palestra Editores.
- TARUFFO, Michele. 2006. *La motivación de la sentencia civil*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- TARUFFO, Michele. 2007. *Narrativas Judiciales*. En: Revista de Derecho. Volumen XX. Número 1, Julio. Santiago.
- TARUFFO, Michele. 2008. *La prueba*. Madrid-Barcelona. Marcial Pons Ediciones.

- TARUFFO, Michele. 2012. *Proceso y decisión*. Madrid-Barcelona. Marcial Pons Ediciones.
- TOME GARCÍA, José Antonio. 2019. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid. Editorial Dykinson.
- UBERTIS, Giulio. 2017. *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Madrid. Editorial Trotta.
- URIARTE VALIENTE, Luis M. – FARTO PIAY, Tomás. 2007. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid. Editorial La Ley.
- VASQUEZ SOTELO, José Luis. 1984. *Presunción de Inocencia del Imputado e Íntima Convicción del Tribunal*. Barcelona. Bosch, Casa Editorial SA.
- VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. 2012. *Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática*. En: Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, año IX. Número 14. Buenos Aires.
- VECINA SIFUENTES, Javier. 2003. *La casación penal. El modelo español*. Madrid. Editorial Tecnos.
- VOLK, Klaus. 2016. *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Hammurabi Editor.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. 2013. *Sentido y Hecho en el Derecho*. Lima. Editorial Grijel.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. 2014. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Lima. Editorial Grijley.
- YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor. 2014. *Recurso de casación penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*. Lima. Editorial Ideas.

PROBLEMA	OBJETIVOS	OBJETIVOS
<p><u>Problema General</u> La casación penal, al ser un recurso extraordinario ¿Puede realizar de algún modo el control de los hechos?</p> <p><u>Problemas Específicos</u></p> <p>Primer Problema Específico - La casación penal, a pesar de ser un medio extraordinario que no constituye una tercera instancia ¿Puede efectuar el control de los hechos, desde una perspectiva externa?</p> <p>Segundo Problema Específico - Al efectuarse el control de los hechos bajo determinados parámetros normativos ¿Se desnaturalizaría el recurso de casación?</p>	<p><u>Objetivo general</u> Explicar si la casación penal, al ser un recurso extraordinario, puede realizar de algún modo el control de los hechos.</p> <p><u>Objetivos Específicos</u></p> <p>Primer Objetivo Específico - Precisar si en la casación penal, a pesar de ser un medio extraordinario que no constituye una tercera instancia, puede efectuar el control de los hechos, desde una perspectiva externa.</p> <p>Segunda Objetivo Específico - Demostrar si al efectuarse el control de los hechos bajo determinados parámetros normativos, se desnaturalizaría el recurso de casación.</p>	<p><u>Hipótesis general</u> El recurso de casación permite un control de los hechos, aunque limitadamente y de modo excepcional. Limitadamente, porque no realiza una valoración autónoma del material probatorio, no reconstruye los hechos. Y, excepcionalmente, porque lo hace, de modo directo, a partir de las garantías de presunción de inocencia y de tutela jurisdiccional; e, indirectamente, desde la garantía de motivación.</p> <p><u>Hipótesis Específicos</u></p> <p>Primera hipótesis específica La casación penal puede efectuar el control de los hechos desde una perspectiva externa, debido a que efectúa un control sobre la justificación externa del juicio sobre el hecho que se funda en las pruebas y las diversas conexiones que existen entre los elementos de prueba, en donde también entran en juego las máximas de la experiencia, las leyes de la lógica y los conocimientos científicos que son los denominados “problemas de prueba”.</p> <p>Segunda hipótesis específica El recurso de casación no se desnaturaliza al efectuar el control de los hechos, puesto que el Tribunal Supremo no realiza una nueva valoración de la prueba, sino un juicio sobre el juicio de culpabilidad realizado por el Tribunal de Apelación, y toma en consideración el razonamiento probatorio efectuado por el Iudex A Quo, siempre de carácter probabilístico, y el cumplimiento del estándar muy elevado de “más allá de toda duda razonable”, bajo la aceptación de que requiere de su control intersubjetivo.</p>