

La inimpugnabilidad de la segunda absolutoria penal como garantía de derechos fundamentales: Un ejemplo del enfoque postpositivista al servicio del garantismo.

Agustín Gutiérrez Carro¹

"A partir de cierto punto en adelante no hay regreso.

Es el punto que hay que alcanzar."

Kafka, El Proceso.

RESUMEN: El presente artículo regula estudia primordialmente un caso en el que la Sala Constitucional declaró inconstitucional una reforma legislativa porque derogaba el artículo 466 bis del Código Procesal Penal. Es una norma que prohíbe a la parte acusadora recurrir la segunda sentencia absolutoria penal. Además, se hace alusión a dos tipos de modelos: el postpositivista que sostiene la existencia de una conexión necesaria entre Derecho y moral, distingue entre principios y reglas, otorgándole prevalencia a los primeros por el mayor peso de su dimensión valorativa; y da un lugar preeminente a la ponderación de principios, en particular para la solución de casos difíciles; y el modelo garantista que rechaza la vinculación entre Derecho y moral; así como que los principios tengan mayor valor que las reglas.

Palabras clave: derechos fundamentales, reforma legislativa, modelo postpositivista, modelo garantista.

ABSTRACT: This article deals primarily with a case in which the Constitutional Court declared unconstitutional a legislative reform that repealed Article 466 bis of the Criminal Procedure Code. It is a rule prohibiting the prosecution appeal against the second criminal acquittal. In addition, it refers to two types of models: postpositivist, supports the existence of a necessary connection between law and morality,

¹ Poder Judicial de Costa Rica. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Letrado de la Sala Tercera. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante.

distinguishes between principles and rules, giving prevalence to the first by the greater weight of its evaluative dimension; and gives a prominent place to the weighting of principles, particularly to solve difficult cases; and the protective model that rejects the link between law and morality; and the principles that have greater value than the rules.

Keywords: fundamental rights, legislative reform, postpositivism, protective model.

Fecha de Recepción: 10 de marzo de 2016.

Fecha de Aprobación: 2 de abril de 2016

Introducción

Recientemente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucional una reforma legislativa, en cuanto derogaba la norma del Código Procesal Penal que prohíbe a la parte acusadora recurrir la segunda sentencia absolutoria penal (artículo 466 bis). Asimismo, restableció a la vida jurídica el artículo en cuestión y dispuso (vía resolución de aclaración y adición) que debía interpretarse literalmente. Esto último genera serias dudas interpretativas, pues lleva a una aplicación restrictiva que impide que la norma cumpla los fines (valores) por los cuales fue restituida.

Teniendo como punto de partida la argumentación de la Sala Constitucional para justificar esa decisión, este trabajo se desarrolla entrecruzando un plano práctico argumentativo (que ocupa la mayor parte) y otro teórico (que constituyen apenas unos apuntes).

En el plano teórico se introduce una breve reseña de la discusión entre el garantismo y el postpositivismo (1.), con miras a explorar algunas vinculaciones teóricas entre ambos modelos a la luz del caso bajo análisis. El plano práctico presenta dos partes, en la primera se describen los antecedentes del caso (2.), se analizan (3.) y evalúan (4.) los argumentos de la sentencia de la Sala Constitucional, destacando fortalezas y debilidades de una decisión correcta (la de mayoría) pero que pudo ser mejor justificada y que en cuanto a la restitución del artículo presenta un grave defecto por la interpretación literal que propone. Así como una crítica de la decisión y

justificación del voto de minoría. En la segunda parte se plantean razones adicionales (5.) relativas a los principios de seguridad jurídica, *ne bis in idem* y justicia pronta y cumplida, con el objeto de respaldar la posición de mayoría y refutar la de minoría. Luego, con base en dichas razones se propone que el artículo 466 bis constituye una garantía de derechos fundamentales, y por lo tanto, inderogable; además de una interpretación del 466 bis acorde con los fines de dicha garantía.

Así las cosas, la sentencia en cuestión no solo se analizará críticamente, sino que se utilizará como “caso de pruebas” para valorar el papel práctico que juegan la argumentación y la ponderación en la resolución de asuntos concretos de constitucionalidad. Todo con la intención de aportar evidencia de que el enfoque postpositivista permite una mejor consecución de los fines del garantismo o, dicho a la inversa, que es imposible imaginarse un garantismo que cumpla sus fines sin ponderación.

1. Apuntes teóricos sobre dos modelos constitucionales

Antes de analizar y evaluar las argumentaciones de la Sala Constitucional y plantear nuestra propuesta, introducimos esta breve referencia a una discusión teórica respecto a dos modelos de constitucionalismo –o si se quiere de teorías del derecho–, cuyos protagonistas han denominado garantista y postpositivista. El problema jurídico bajo análisis ofrece un escenario práctico propicio para, partiendo de las diferencias de ambos modelos, explorar luego algunas posibles vinculaciones teóricas.

Claramente sería imposible e inoportuno intentar aquí una descripción exhaustiva de la discusión o un análisis pormenorizado de ambos modelos. Por lo que se hará solo: (i) una sintética caracterización de los modelos a partir de los temas sobre los que gira el debate; y (ii) una reseña breve de ciertos rasgos del garantismo claves y que tienen vinculación con los apuntes teóricos finales.²

1.1 Breve caracterización del debate

Las principales diferencias entre ambos modelos, sobre las que se concentra buena parte de la discusión, se refieren a la relación entre Derecho y moral, la

²Para un abordaje amplio del debate ver el Número 34 de la *Revista Doxa*.

contraposición entre principios y reglas, y el papel de la ponderación.³ Partiendo de estas diferencias podemos –en apretada síntesis– caracterizarlos así: El modelo postpositivista sostiene la existencia de una conexión necesaria entre Derecho y moral; distingue entre principios y reglas, otorgándole prevalencia a los primeros por el mayor peso de su dimensión valorativa; y da un lugar preeminente a la ponderación de principios, en particular para la solución de casos difíciles. Por su parte, el modelo garantista rechaza la vinculación entre Derecho y moral; así como que los principios tengan mayor valor que las reglas –es más, afirma que todo principio una vez violado resulta en una regla (FERRAJOLI, 2011a: 555, 2011b: 40)–; y en consecuencia, tampoco acepta que la ponderación tenga un papel central para el derecho. Esta contraposición puede reducirse todavía más, señalando que, mientras el postpositivismo distingue las dimensiones valorativa y autoritativa del Derecho, otorgándole primacía a la primera; el garantismo reduce el Derecho a su elemento autoritativo.

1.2 Algunos rasgos del garantismo

Más allá de las nomenclaturas, para FERRAJOLI el concepto de garantía juega un papel central en su teoría, porque le permite concebir los derechos fundamentales más que como *flatus vocis*. En su criterio, uno de los principales errores del paleo-positivismo (denominación suya) es que, siguiendo a Kelsen, identifica derechos subjetivos con sus garantías; lo que implica que la ausencia de estas equivale a la extinción de aquellos, incluso si están estipulados constitucionalmente (FERRAJOLI, 2010: 59; 2011a: I, 863). Frente a esta posición FERRAJOLI introduce el concepto de garantía, que le permite disociar los derechos de su exigibilidad, y así afirmar que aquellos existen en el plano del *ser* (por estar positivizados) a pesar de la ausencia de garantías (que pertenecen al plano del *deber ser*).⁴

Para el garantismo todos los derechos subjetivos (incluidos los fundamentales, que son los que aquí interesan) consisten en expectativas positivas (de prestación) o negativas (de no lesión) (FERRAJOLI, 2010: 43; 2011a: I, 146). En relación con estas

³En el plano teórico el énfasis de esta investigación es establecer posibles vínculos entre el papel de los principios y la ponderación y los fines del garantismo. Por lo que no abordamos de manera explícita la vinculación entre Derecho y moral.

⁴En sentido similar respecto a la distinción entre derechos y garantías: LAPORTA (1987: 28); ATIENZA (2003).

expectativas deben existir garantías primarias, que son las respectivas obligaciones (de prestación) y prohibiciones (de lesión); y garantías secundarias, que intervienen frente a la ineffectividad de las primeras, anulando o sancionando (justiciabilidad) (FERRAJOLI, 2010: 43; 2011a: I, 630-640). La inexistencia de garantías (primarias o secundarias) produce lagunas (primarias o secundarias).

Mientras las lagunas son vicios por falta de producción normativa necesaria, las antinomias constituyen vicios por producción de normas ilegítimas, al presentar incoherencias sustanciales respecto a normas sustantivas superiores. Para FERRAJOLI tanto las antinomias como las lagunas son problemas que resultan irresolubles para el intérprete, por lo que necesariamente requieren de una modificación del ordenamiento, ya sea emitiendo normas en el caso de las lagunas o anulándolas en el caso de las antinomias.⁵

Finalmente, lo más sugerente del garantismo es su finalidad de maximizar la eficacia de los derechos fundamentales, el constitucionalismo y en última instancia la democracia; mediante la limitación de los poderes públicos y privados. Lo que a su vez busca conseguir mediante la emisión de las garantías necesarias (primarias y secundarias) y la supresión de las incoherencias normativas sustantivas (derecho ilegítimo) (FERRAJOLI, 2011a: I, 187-188). Esta correlación de las garantías como medio para realizar el fin de maximizar la eficacia del Estado Constitucional de Derecho, nos recuerda con fuerza la idea de que:

“El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el derecho siempre debe procurar una solución, hasta el punto, que puede decirse que el derecho no es su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta.” (IHERING, 1990: 3).

Sin embargo, el problema del garantismo es que establece bien la relación de medio a fin entre garantías y derechos fundamentales, pero luego ignora dos aspectos sin los cuales es imposible dicha articulación: la argumentación y la dimensión

⁵“... antinomias y lagunas en el sentido aquí definido no son inmediatamente solventables por el intérprete, a quien no compete la alteración del derecho vigente aplicable aun cuando sea ilegítimo.” (FERRAJOLI, 2011a: I, 647).

valorativa del Derecho. En este sentido, este trabajo también busca contribuir en la tarea de evidenciar que, para determinar cuáles son las garantías necesarias (lagunas) así como cuál derecho es ilegítimo (antinomias), resulta indispensable acudir a la dimensión valorativa del Derecho (AGUILÓ, 2011; ATIENZA, 2008, 2011; RÓDENAS, 2011; RUIZ MANERO, 2011) –sin la que no se puede entender la práctica jurídica–, y concretamente a la ponderación de principios.

Si bien esta tarea ha sido emprendida por voces mucho más autorizadas, consideramos que la novedad de este aporte radica en llevar la crítica al campo de la práctica, utilizando la sentencia bajo análisis como “caso de pruebas” para demostrar que el enfoque postpositivista es el que permite llegar a la mejor solución y al mismo tiempo cumplir los fines del garantismo.

2. Antecedentes del caso

Producto de la condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *Caso Herrera Ulloa c/ Costa Rica*, por violación de las garantías judiciales consagradas en los artículos 8.1 y 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); el Estado de Costa Rica –en un primer intento por cumplir con el mandato de la Corte IDH– aprobó la *Ley de Apertura de la Casación Penal*, No. 8503, del 28 de abril de 2006.⁶ Su objetivo principal era flexibilizar el recurso de casación penal y asegurar la imparcialidad de los jueces que lo conocían. Para lo cual introdujo el artículo 451 bis al Código Procesal Penal (que luego, por múltiples reformas, pasó a ser el 466 bis) en el que se estableció que tanto el juicio de reenvío, como los eventuales recursos contra la sentencia de este, debían ser atendidos por jueces distintos a los que anteriormente habían conocido.

Aunque sin guardar estricta relación con el objetivo principal de la reforma, el artículo en cuestión incluía el siguiente párrafo: “*El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de casación contra la sentencia que se*

⁶Sentencia de 2 de julio de 2004. En lo fundamental –respecto a la temática procesal penal, que es la que aquí interesa–, la Corte IDH condenó a Costa Rica por considerar que el recurso de casación penal (único existente en ese momento) no garantizaba una revisión integral de las sentencias impugnadas por parte de un tribunal superior imparcial. En concreto, estimaron como violaciones a dicha garantía: (i) la excesiva formalidad del recurso, y (ii) que los mismos magistrados que anulaban una sentencia de juicio al resolver una casación, eran quienes volvían a conocer los recursos planteados contra la sentencia del reenvío.

*produzca en el juicio de reenvío que reitere la absolución del imputado dispuesta en el primer juicio, pero sí podrán hacerlo en lo relativo a la acción civil, la restitución y las costas.”;*⁷ con el que se limitaron las facultades impugnativas de la parte acusadora⁸, prohibiéndole recurrir en casación la segunda sentencia absolutoria dictada en el juicio de reenvío, en cuanto a la responsabilidad penal del acusado.

Posteriormente, en vista de que la Corte IDH consideró que la ley No. 8503 era insuficiente para garantizar el derecho a una revisión integral del fallo condenatorio, el Estado de Costa Rica tuvo que reformar más drásticamente su régimen impugnativo penal. Así, mediante la Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010, se creó un recurso amplio y flexible de apelación de la sentencia penal para garantizar la revisión integral del fallo, y se restablecieron las características clásicas de la casación.⁹ Como parte de esta segunda reforma el legislador derogó el artículo 466 bis CPP, y con ello la prohibición de que la parte acusadora recurra la segunda sentencia absolutoria dictada por el tribunal del juicio de reenvío.

La derogatoria del artículo 466 bis fue cuestionada por inconstitucional por la Defensa Pública el 13 de junio de 2012, al considerar que era contraria a los principios de progresividad de los derechos humanos, seguridad jurídica y justicia pronta y cumplida. La Sala Constitucional mediante voto de mayoría declaró con lugar dicha acción de inconstitucionalidad, aunque por razones parcialmente distintas a las expuestas por el accionante, y restableció la vigencia del 466 bis del CPP (sentencia No. 2014-13820, del 20 de agosto de 2014). Dos meses después, de manera oficiosa una mayoría de la Sala Constitucional (con diversa integración a la del voto principal) dictó una aclaración y adición en la que, además de agregar elementos a la parte dispositiva para dimensionar sus efectos, indicó que la norma debía interpretarse literalmente, restringiendo con ello la prohibición de impugnar la segunda sentencia

⁷En adelante cualquier mención del 466 bis CPP se refiere específicamente a este párrafo del artículo.

⁸Utilizaremos la expresión “*parte acusadora*” para referirnos a los sujetos a los que se dirige la prohibición del artículo 466 bis: el Ministerio Público y el querellante. Era innecesario incluir al actor civil en la prohibición, pues el artículo 116 del mismo Código limita sus facultades impugnativas a lo referente a su acción civil, mientras que la prohibición del 466 bis únicamente limita la impugnación respecto a la responsabilidad penal.

⁹“*Ley de Creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal.*”

absolutoria únicamente respecto a la casación, a pesar de que para entonces ya existía el recurso de apelación (sentencia No. 2014-17411, del 22 de octubre de 2014).

De manera que el Tribunal Constitucional resolvió, por mayoría: (i) declarar inconstitucional la derogatoria del artículo 466 bis del CPP; (ii) restituir el artículo a la vida jurídica; y (iii) determinar que la norma debía interpretarse literalmente, restringiendo la prohibición de que la parte acusadora impugne la segunda sentencia absolutoria, únicamente en cuanto al recurso de casación. Es decir, que respecto al recientemente creado recurso de apelación de sentencia penal no existirían limitaciones impugnativas.

3. Análisis y diagramación de los argumentos

En este apartado descomponemos las argumentaciones de: (i) el accionante, (ii) la sentencia que declaró inconstitucional la derogatoria del 466 bis CPP (votos de mayoría y minoría) y (iii) la resolución de aclaración y adición que definió cómo debía interpretarse la norma restituida.

3.1 Acción de inconstitucionalidad

Como se adelantó en los antecedentes, en criterio del accionante la derogatoria del artículo 466 bis del Código Procesal Penal era inconstitucional porque: i) Transgrede los artículos 41 de la Constitución Política, 8 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 8.1 y 26 de la CADH y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). ii) Viola el principio de progresividad de los derechos humanos, al considerar que la incorporación del artículo 466 bis creó un nuevo derecho fundamental que denomina “*principio de doble conforme*”¹⁰. iii) Quebranta los principios de seguridad jurídica y justicia pronta y cumplida, pues al suprimir la prohibición de que la parte acusadora recurra la segunda

10A pesar de estar relativamente difundida en Costa Rica, la denominación de la prohibición del artículo 466 bis como principio de doble conforme es incorrecta. El principio de doble conformidad o doble conforme, utilizado por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte IDH, hace referencia a la necesidad de que la sentencia condenatoria sea confirmada. “*El principio de ‘la doble conforme’, por analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática, significa que el derecho al recurso consiste en la facultad del condenado de poner en marcha una instancia de revisión que, en caso de coincidir total o parcialmente con la resolución impugnada, daría mayor certeza de la legitimidad de la condena...*” (SIENRA, A., 2004: 201. MAIER, 2002). Por su parte el artículo 466 bis es una regla distinta a dicho principio que establece la inimpugnabilidad de la segunda sentencia absolutoria penal, y así se le denominará en ese trabajo.

sentencia absolutoria, existe la posibilidad de una persecución penal ilimitada dentro del mismo proceso.

3.2 Sentencia No. 2014-13820, del 20 de agosto de 2014¹¹

Siguiendo la propuesta para el análisis de argumentaciones jurídicas de ATIENZA (2014: 429), en este caso el problema a resolver era: (1) ¿Podía el legislador, de acuerdo con el derecho constitucional, derogar la norma del artículo 466 bis del Código Procesal Penal que prohibía a la parte acusadora impugnar la segunda sentencia absolutoria?

a. Voto de mayoría

Partiendo de lo planteado por el accionante, la mayoría del Tribunal consideró que la solución del problema dependía de las siguientes cuestiones y sus respectivas respuestas:

(2.1) ¿Violenta la derogatoria del 466 bis el principio constitucional de seguridad jurídica? Este punto, el central del voto de mayoría, fue respondido afirmativamente por las siguientes razones: (2.1.1) El principio constitucional de seguridad jurídica exige que el ejercicio del poder punitivo estatal sea limitado, razonable y proporcional. (2.1.2) La limitación a las facultades impugnativas de la parte acusadora, que establecía la norma derogada, era una manifestación de dicho principio, por cuanto imponía un límite necesario al poder punitivo. (2.1.2.1) La persecución penal, vía impugnación contra los fallos absolutorios, no puede extenderse *ad infinitum*.¹² (2.1.3) Aunque la regulación de los procesos judiciales es competencia del legislador ordinario, no puede hacerlo de forma tal que permita un ejercicio ilimitado del poder punitivo. Con base en estas razones, concluyeron que la derogatoria del 466 bis, en el tanto eliminó una garantía que limitaba razonablemente la facultad impugnativa de la parte acusadora, y con ello habilitó la posibilidad de que la persecución penal se extendiera indefinidamente vía

¹¹Ver Anexo 1.

¹²Previo al desarrollo de la argumentación del caso concreto, la mayoría reseñó la sentencia de la Sala Constitucional No. 2009-07605, en la que se declaró la constitucionalidad del artículo 466 bis CPP, por considerar que no podía mantenerse una autorización ilimitada para que la parte acusadora impugne las sentencias absolutorias. Esta sentencia sirve como respaldo para varios de razonamientos del voto de mayoría, y en particular el (1.1.2.1).

recursos contra la sentencia absolutoria; sí violentó el principio constitucional de seguridad jurídica.

En cuanto a la seguridad jurídica la mayoría también afirmó: *“No puede desconocerse que el principio ‘nen (sic) bis in idem’ gravita en este caso, aunque no es aplicable íntegramente.”*; sin embargo, no aportaron argumento o razón alguna en relación con dicha afirmación.

(2.2) ¿Constituye la derogatoria del 466 bis una regresión de derechos fundamentales? Consideraron que no porque (2.2.1) de la normativa internacional solo se deriva la obligación de garantizar el derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria, mas no una prohibición que impida extender dicho derecho a las otras partes del proceso penal.

(2.3) Como una subcuestión de lo anterior la mayoría planteó si: ¿La limitación del 466 bis restringe ilegítimamente el derecho a recurrir del Ministerio Público y el querellante?¹³ La cual responde negativamente porque: (2.3.1) La garantía del artículo 8.2.h de la CADH, que establece el derecho a una revisión integral, está prevista solo a favor del imputado. (2.3.2) De ahí que no pueda interpretarse, con base en el fallo de la Corte IDH en el *Caso Herrera Ulloa c/ Costa Rica*, que la segunda sentencia absolutoria deba ser necesariamente impugnabile para la parte acusadora. (2.3.3) En todo caso el ejercicio de los derechos de la víctima, incluida la facultad de impugnar, es correlativo a los derechos del imputado. (2.3.4) El legislador puede imponer límites a la facultad procesal de impugnar del Ministerio Público y la víctima.

La conclusión general entonces de (2.2) y (2.3) es que la derogatoria del 466 bis no implica una regresión de derechos fundamentales, porque la normativa internacional no obliga a prohibir el recurso de la parte acusadora; aunque eso no significa que dicha facultad no pueda ser limitada por el legislador ordinario.

(2.4) ¿La derogatoria del 466 bis vulnera el principio de justicia pronta y cumplida? Sí, pero solo indirectamente, considerando que: (2.4.1) El ejercicio del poder

¹³La crítica que aquí se intenta desarticular coincide en lo fundamental con el argumento principal de los votos de minoría de esta sentencia –específicamente en (2.3’)-, y de la que anteriormente había resuelto la constitucionalidad del 466 bis (Sala Constitucional, sentencia No. 2009-07605).

represivo tiene tal impacto sobre los derechos fundamentales de los acusados, que la posibilidad de llevar varias veces a juicio a un ciudadano absuelto, debe tener un límite infranqueable. (2.4.2) La inexistencia de ese límite podría, eventualmente, prolongar de manera indefinida un proceso penal contra un acusado. Por lo que la derogatoria del artículo en cuestión, al permitir dicha posibilidad, es contraria también al principio de justicia pronta y cumplida.

(3) Con base en lo anterior, la mayoría del tribunal constitucional resolvió que la derogatoria del artículo 466 bis, en el tanto autorizaba un ejercicio ilimitado del poder punitivo, específicamente la facultad de la parte acusadora de impugnar las sentencias absolutorias, violentó el principio constitucional de seguridad jurídica e indirectamente el principio de justicia pronta y cumplida. En consecuencia, declaró inconstitucional la derogatoria del artículo 466 bis del Código Procesal Penal y lo restituyó.

b. Voto de minoría

Para los magistrados que suscribieron el voto de minoría la derogatoria del artículo 466 bis del CPP no era inconstitucional, con base en las siguientes cuestiones y sus respectivas razones:

(2.1') ¿De la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Herrera Ulloa c/ Costa Rica* se deriva la obligación de limitar el derecho a impugnar de la parte acusadora (como sostiene el accionante)? Consideran que por el contrario, de la sentencia de la Corte lo que se desprende es: (2.1.1') Que la garantía del 8.2.h de la CADH "...*consagra el derecho de toda persona, en plena igualdad, a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior...*". (2.1.2') Que la finalidad de dicha norma es proteger el derecho de defensa, permitiendo a los interesados evitar la firmeza de una decisión adoptada con vicios que les pueden perjudicar.¹⁴ Con base en lo cual concluyen que dicha sentencia, lejos de justificar una limitación del poder impugnativo de la parte acusadora, lo que hace es extender el derecho a recurrir a todas las partes procesales por igual, para garantizar el derecho de defensa y el dictado de una sentencia sin vicios.

(2.2') ¿Infringe la derogatoria del 466 bis la normativa internacional? Consideraron que no porque (2.2.1') de los textos internacionales (artículos 14 del

¹⁴Como respaldo de estas razones citan los párrafos 157 a 168 de la sentencia de la Corte IDH.

PIDCP) se deriva la obligación de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a recurrir la sentencia a favor del imputado, pero de ello no se sigue una prohibición de extender el derecho a otras partes del proceso.

(2.3.1') ¿Vulnera la derogatoria del 466 bis el principio de seguridad jurídica? La minoría estimó que no, dado que: (2.3.1') La regulación de los medios de impugnación, como parte de los procesos judiciales, es competencia del legislador; y no puede dar lugar a cuestionamientos de constitucionalidad mientras no infrinja las garantías de tutela judicial efectiva de la Constitución o los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. (2.3.2') En este caso la derogatoria de la norma impugnada no vulnera la tutela judicial efectiva y es razonable y proporcional porque: *"...pretende garantizar a todas las partes del proceso 'especialmente a las víctimas' que puedan recurrir una resolución que sea contraria a sus intereses y evitar, de este modo, que resoluciones que sean contrarias a Derecho adquieran firmeza por el solo hecho de limitar las posibilidades de impugnación de los intervinientes."* (2.3.3') El legislador también puede garantizar la seguridad jurídica, procurando que las resoluciones adquieran firmeza por la confirmación de los tribunales superiores, al permitir que las partes impugnen los fallos. Con base en lo anterior concluyeron que la derogatoria no vulneró el principio de seguridad jurídica, ya que se trata de una competencia del legislador, y con ello se garantizó la bilateralidad de los recursos penales.

(2.4') ¿La derogatoria del artículo 466 bis violenta el principio de progresividad de los derechos humanos? Consideraron que no dado que (2.4.1') no existe un derecho fundamental a restringir las posibilidades de impugnación para las partes diferentes al imputado en un proceso penal.

(2.5') ¿La supresión del artículo 466 bis es contraria al principio de justicia pronta y cumplida? La minoría determinó que no por las siguientes razones: (2.5.1') La duración de los procesos no es una cuestión normativa. (2.5.2') La inexistencia de un límite a las facultades impugnativas de la parte acusadora no implica necesariamente una vulneración del principio. (2.5.3') La posibilidad ilimitada de recurrir de la parte acusadora, no constituye una dilación indebida o injustificada, una prolongación de la

persecución penal o un quebrantamiento del principio *ne bis in idem*, porque constituye una etapa más dentro del mismo proceso penal. (2.5.4') Las sentencias absolutorias sí pueden adquirir firmeza, cuando sean confirmadas por los superiores.

(3') Con base en los anteriores razonamientos los integrantes de minoría concluyeron: *"...no avalamos el ensañamiento penal ni una persecución penal infinita, sino por el contrario, que las sentencias penales adquieran firmeza por la corrección del fallo penal."*; y decidieron que la derogatoria del artículo 466 bis del CPP era constitucional.

3.3 Aclaración y adición. Resolución No. 2014-17411, del 22 de octubre de 2014¹⁵

En esta resolución de aclaración y adición de la sentencia No. 2014-13820, una mayoría de la Sala Constitucional (con diferente integración) decidió, entre otras cosas, que el artículo 466 bis del CPP restituido debía interpretarse literalmente, de manera que: *"la norma revive la limitación sólo para el recurso extraordinario de casación, en razón de que la norma estaba prevista originalmente sólo para esta, pues la apelación en ese momento no existía."*¹⁶ La única razón dada para justificar que debía interpretarse de manera literal, limitando la prohibición al recurso de casación, fue que al entrar en vigencia la norma no existía el recurso de apelación contra la sentencia penal.

4. Evaluación

Con base en el análisis anterior, en este apartado se desarrolla una evaluación crítica de las argumentaciones tanto de mayoría como de minoría.

4.1 Voto de mayoría

Recordemos, la mayoría decidió que la derogatoria del artículo 466 bis CPP – que prohíbe a la parte acusadora impugnar la segunda sentencia absolutoria penal– era inconstitucional; pues permitiría un ejercicio ilimitado del poder punitivo, lo cual vulnera el principio de seguridad jurídica e indirectamente el principio de justicia pronta y cumplida.

¹⁵Ver Anexo 2.

¹⁶Los otros aspectos de la resolución son irrelevantes para este trabajo, por lo que omitimos cualquier referencia.

Esta decisión de la mayoría es correcta y la ponderación de los principios en juego era el método adecuado para llegar a ella, sin embargo, era posible dar mejores razones (más sólidas y claras) y agregar otras que cierran el camino a posibles refutaciones. En cuanto a la claridad, ciertamente una buena sentencia debe ser todo lo breve que pueda, pero no más, pues entonces pasa a ser escueta. En este caso tal vez porque previamente se había emitido un fallo sobre la constitucionalidad del 466 bis CPP, la justificación parece respaldarse en cuestiones no dichas y eso genera saltos en la argumentación. Es más, probablemente por basarse en ese antecedente, por momentos el fallo da la impresión de dirigirse más a responder si el 466 bis CPP era constitucional, que a determinar la inconstitucionalidad de su derogatoria. Por último respecto a cuestiones de estilo y forma, el orden de la exposición genera confusión, pues mezcla temas y luego repite otros, lo que hace la comprensión innecesariamente compleja, como se revela al representar y analizar los argumentos.¹⁷

En cuanto al método, si bien el correcto, se percibe cierta timidez en la ponderación, que probablemente sea la causa de: (i) La falta de profundidad al abordar ciertos principios; (ii) la omisión de principios en juego; (iii) y el abordaje apenas implícito de una cuestión central para la decisión como es la pregunta: ¿Puede el legislador eliminar garantías?; y la sub-cuestión: ¿Es el 466 bis CPP garantía de un derecho fundamental? Otro problema que sin duda antecede e influye en los anteriores, es que no se distingue entre derechos y garantías.

i) Sobre (2.1): La violación del principio constitucional de seguridad jurídica constituye el tema central del voto de mayoría. Si se quiere, el peso de la ponderación recae casi exclusivamente en este principio. Al respecto la argumentación puede resumirse de la siguiente manera: Este principio exige que el poder estatal sea limitado, y particularmente el poder punitivo; la eliminación del artículo 466 bis CPP permitiría un ejercicio ilimitado del poder punitivo, específicamente del poder impugnativo de la parte acusadora, y por lo tanto vulnera la seguridad jurídica.

¹⁷Así las siguientes cuestiones y razones aparecen todas en un mismo párrafo y sin separaciones claras, como si se tratara de la misma cuestión: (2.2), (2.4), (2.2.1), (2.3.1), (2.3.2), (2.3.3), (2.3.4).

En términos generales este razonamiento es correcto, sin embargo, era necesario aportar razones adicionales que respaldaran dichas premisas. Por ejemplo, respecto al principio *Ne bis in idem* la Sala se limitó a decir: “*No puede desconocerse que el principio ‘nen [sic] bis in idem’ gravita en este caso, aunque no es aplicable íntegramente.*”; cuando un análisis más profundo de dicha relación resulta indispensable para la resolución del caso, como veremos luego. De igual forma se omitió la necesaria vinculación entre el principio de seguridad jurídica y las garantías penales en general.

ii) Sobre (2.2): A pesar del enfoque ponderativo que utiliza la mayoría para la solución del problema, en cuanto al principio de progresividad de los derechos fundamentales su respuesta es completamente normativista, señalando: “*...no se trata de una regresión en los derechos de los imputados [...] De los textos internacionales invocados, lo único que se deriva es la obligación de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a recurrir la sentencia a favor del imputado, pero no que exista prohibición para que se reconozca [...] a otras partes del proceso.*” De hecho en este punto el criterio coincide con el de minoría, cuyo enfoque como veremos es marcadamente positivista.

Esta respuesta escueta presenta tres problemas interrelacionados: En primer lugar, reduce los derechos fundamentales a su positivización como reglas; ignorando con ello el carácter argumentativo de muchos derechos fundamentales, como construcciones a partir de principios. Luego, producto de esta reducción el Tribunal omite preguntarse si el 466 bis del CPP constituye una garantía de un derecho fundamental (como en efecto lo es). Y finalmente, tampoco le permite plantearse la cuestión decisiva de si: ¿El ámbito de aplicación del principio de progresividad alcanza a las garantías?; es decir: ¿Puede el legislador derogar garantías de derechos fundamentales?

iii) Sobre (2.3): Previendo que con base en la anterior respuesta a (2.2) –no hay violación al principio de progresividad pues no se trata de un derecho fundamental–, se podría replicar que si no hay un derecho fundamental de por medio, entonces la prohibición del 466 bis es una restricción ilegítima de las facultades impugnativas de la

parte acusadora. El voto de mayoría se anticipa, y propone que si bien no existe una regla constitucional o convencional que estipule expresamente la obligación de limitar el poder impugnativo de la parte acusadora; esto no significa que no pueda hacerse ya que: (i) La garantía del 8.2.h CADH está estipulada únicamente en favor del imputado, de manera que de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Herrera Ulloa c/ Costa Rica* no puede derivarse (como lo hace el voto de minoría) que el derecho a recurrir corresponde por igual a todas las partes del proceso. (ii) Aunado a que el ejercicio de los derechos de la víctima es correlativo a los derechos del imputado.

Aquí el Tribunal, al señalar el carácter correlativo de los derechos de la víctima respecto a los del imputado, introdujo la cuestión central para refutar los argumentos de la minoría en favor de la igualdad procesal de las partes y la bilateralidad de los recursos. Sin embargo, su desarrollo fue insuficiente, pues omitió la necesaria valoración del principio de seguridad jurídica y las garantías del proceso penal que derivan de este, como instrumentos tendentes a equiparar una relación estructuralmente asimétrica entre el imputado y la parte acusadora.

También llama la atención que el Tribunal utilice el carácter correlativo de los derechos de la víctima respecto a los del imputado, para justificar la prohibición del 466 bis CPP; cuando anteriormente había negado la vulneración del principio de progresividad, con el fundamento de que no había derechos fundamentales en juego. Nos preguntamos entonces, ¿a cuáles derechos correlativos del imputado se estará refiriendo la mayoría? Esta paradoja pone en evidencia la falta de análisis de la sentencia respecto a la relación entre derechos fundamentales y sus garantías.

iv) Sobre (2.4): La valoración del principio de justicia pronta y cumplida se limita a indicar que la derogatoria de la norma podría violentar dicho principio pero solo indirectamente, cuando eventuales procesos se prolonguen indefinidamente a pesar de existir reiteradas sentencias absolutorias. Luego agrega que dada la magnitud de la injerencia de la potestad represiva [del proceso] en los derechos fundamentales del acusado, es indispensable que la facultad “...de llevar a juicio, varias veces, a un ciudadano absuelto, tenga un límite infranqueable”; que corresponde definir al legislador.

Nuestra primera crítica sobre este planteamiento se refiere al supuesto carácter indirecto de la lesión. El tribunal constitucional afirma que la lesión es indirecta porque únicamente en la eventualidad de que un proceso concreto se prolongue indefinidamente por la impugnación reiterada de sentencias absolutorias, ocurriría una afectación del principio. Esta afirmación incurre en dos reducciones equivocadas: (i) Primero, que el principio se refiere únicamente a la duración de cada proceso particular; y (ii) luego, que solo el ejercicio arbitrario de una facultad procesal puede lesionarlo, y no la (des)regulación normativa que permite dicha arbitrariedad. Esto implicaría que su ámbito de incidencia se limita al control temporal de procesos concretos (*ex post*), quedando excluidas exigencias normativas. O dicho de otra manera, que las violaciones directas del principio de justicia pronta y cumplida únicamente pueden ser judiciales, y no legislativas.

Como se expondrá más adelante, el principio de justicia pronta y cumplida es mucho más que un límite temporal de los procesos concretos. De él se deriva un verdadero derecho fundamental a ser juzgado dentro de un plazo razonable; que sí genera obligaciones (de emitir garantías) para el legislador.

v) Sobre aclaración y adición: Finalmente, el error más grave de la posición de mayoría es la decisión de imponer (sin argumentos), vía resolución de aclaración y adición, una interpretación literal del artículo restituido. En primer lugar, esto excede sus competencias al resolver la acción de inconstitucionalidad, pues una vez restituida la norma, corresponde a los tribunales penales que deben aplicarla decidir su interpretación legal. En segundo lugar, porque la interpretación literal que pretende imponer el tribunal constitucional, deja completamente vacía de contenido la norma, al permitir un funcionamiento del nuevo sistema impugnativo penal en completa contradicción material con la finalidad de la garantía restituida.

4.2 Voto de minoría

Las tesis centrales de la minoría pueden sintetizarse de la siguiente manera: (i) Ninguna regla internacional obliga a limitar la facultad de impugnar de la parte acusadora, de manera que al no existir un derecho fundamental al respecto, tampoco se violenta el principio de progresividad con su derogatoria. (ii) De acuerdo con la

sentencia de la Corte IDH en el *Caso Herrera Ulloa c/ Costa Rica* la garantía del 8.2.h CADH protege el derecho a recurrir de todas las partes del proceso por igual, y tiene por finalidad garantizar el derecho de defensa, evitando que sentencias con errores adquieran firmeza. (iii) No se vulnera la seguridad jurídica porque la regulación de los recursos es competencia del legislador, y el control de constitucionalidad al respecto se limita a la tutela judicial efectiva y los principios de razonabilidad y proporcionalidad; que en este caso no se infringen, pues con la supresión del 466 bis CPP se tutela por igual el derecho de las partes a recurrir. (iv) No se violenta el principio de justicia pronta y cumplida con la derogatoria, ya que la eventual prolongación indefinida de los procesos “...no es un problema normativo en sí mismo [...] las presuntas dilaciones que alega el accionante podrían valorarse en cada caso concreto ‘por un retardo injustificado en resolver una etapa procesal específica del proceso penal’, pero no de forma abstracta.”.

Si el voto de mayoría acierta en general con el enfoque ponderativo del problema, pero falla al abordar dos cuestiones en particular de forma normativista; la totalidad del voto de minoría refleja un enfoque positivista que no puede dar cuenta del problema. En cuanto al principio de progresividad (i) y el principio de justicia pronta y cumplida (iv), dada la coincidencia de criterios entre el voto de minoría y el de mayoría al respecto, remitimos a las críticas señaladas anteriormente. Por su parte, el planteamiento sobre el principio de seguridad jurídica (iii) tiene el grave defecto de no abordar en absoluto el principio, pues lo que hace es desplazar la cuestión hacia la tutela judicial efectiva y los principios de proporcionalidad y razonabilidad. De manera que, en cuanto al principio de seguridad jurídica, el voto de minoría simplemente carece de fundamentación.

Por último, hay una idea que atraviesa todo la argumentación del voto de minoría y constituye en términos valorativos su posicionamiento medular: En criterio de estos juzgadores el derecho de recurrir el fallo corresponde por igual a todas las partes del proceso y por ello debe imperar un sistema bilateral de recursos (ii y iii). Como luego se desarrollará, esta afirmación es equivocada porque desconoce la asimetría estructural del proceso penal, el papel de las garantías penales para compensarla y el carácter de la doble conformidad como garantía exclusiva del acusado.

5. Propuesta de razonamientos alternativos

Este apartado contiene en primer lugar una amplia refutación de la idea principal subyacente en el voto de minoría. Luego desarrolla las razones alternativas relativas a los principios de seguridad jurídica, *ne bis in idem* y justicia pronta y cumplida, que ofrecen un mejor respaldo a la decisión de mayoría. A partir de estas razones adicionales se propone: (i) la tesis de que el artículo 466 bis constituye una garantía de derechos fundamentales, y que esta es la razón por la que resulta inderogable; (ii) así como una interpretación del 466 bis acorde con los fines de dicha garantía. Adicionalmente, la argumentación propuesta pretende servir de ejemplo sobre cómo el enfoque postpositivista, concretamente la ponderación de principios, es imprescindible para alcanzar los fines del garantismo.

5.1 Desigualdad material del proceso penal y el papel de las garantías

Como se dijo, hay una idea subyacente que atraviesa todo el planteamiento del voto de minoría, que concibe la relación de las partes en el proceso penal como una relación de igualdad. Con base en ella afirman que no existe impedimento alguno para que el legislador establezca un régimen bilateral de recursos. Incluso van más allá y afirman que: *“...la seguridad jurídica también puede ser garantizada por el legislador al procurar que las resoluciones penales adquieran firmeza por la confirmación de los tribunales superiores ‘y la homologación de la jurisprudencia’, garantizando el derecho de impugnación a las partes...”*. Como respaldo de esta “concepción igualitaria” ofrecen la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Herrera Ulloa c/ Costa Rica*, en particular sus párrafos 157, 158 y 163.¹⁸

Esta idea, aunque apenas mencionada, merece toda nuestra atención porque revela un enfoque del proceso penal que distorsiona gravemente los fines y valores que deben regir el poder punitivo en un Estado Constitucional de Derecho, y podría traer serias consecuencias en futuras disputas constitucionales. Para refutarla proponemos: (i) Una interpretación alternativa de los párrafos 157, 158 y 163 de la sentencia; a la luz del texto de la CADH y de la propia jurisprudencia de la Corte IDH. (ii) Una

¹⁸Esta idea fue refutada por el voto de mayoría al afirmar que el 8.2.h es una garantía exclusiva del imputado, y que el ejercicio de los derechos de la víctima es correlativo a los derechos del imputado; ver (2.3). Sin embargo, dichas afirmaciones no fueron acompañadas de razones de respaldo suficientes, y esto es lo que aquí se desarrolla.

reconstrucción histórica de la evolución del proceso penal, que expone el papel de las garantías penales como instrumentos para equilibrar la desigualdad material de las partes.

a. Interpretación alternativa

En los párrafos 157 y 158 de la sentencia de la Corte IDH, las expresiones “*toda persona tiene derecho, en plena igualdad*” y “*los intereses de una persona*”; se refieren claramente a toda persona imputada y no a las partes por igual.¹⁹ En cuanto al párrafo 163, se trata de una cláusula general sobre el respeto a las garantías y al debido proceso para todas las partes, que no puede interpretarse como de aplicación exclusiva al artículo 8.2.h de la CADH, y a partir de ello extender el principio de doble conformidad en beneficio de todas las partes.²⁰ De manera que la afirmación del voto de minoría de la Sala Constitucional: “*La garantía de poder interponer un recurso [...] la Corte lo atribuyó a todas las partes del proceso y no, solamente, al imputado (p. 163).*”; es una conclusión propia y no algo que se desprenda de la sentencia de la Corte IDH.

La interpretación que proponemos de los párrafos 157, 158 y 163 es la que mejor se ajusta al contenido del artículo 8.2 CADH, cuyas reiteradas referencias al “*inculpado*” no dejan duda de que las garantías ahí contenidas, incluido el derecho al recurso del subinciso h), están dispuestas exclusivamente en favor del imputado.²¹ Lo que además ha sido reconocido expresamente por la Corte IDH en una sentencia posterior, en la que tuvo la oportunidad de precisar la redacción del *Caso Herrera Ulloa c/ Costa Rica* indicando:

“88. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la

¹⁹“**157.** El artículo 8.2.h. de la Convención Americana dispone que durante el proceso, ***toda persona tiene derecho, en plena igualdad***, ‘de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior’. **158.** [...] Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses ***de una persona***.” (El destacado no es original).

²⁰“**163.** El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen.”

²¹El artículo 8.2 emplea la palabra “inculpado” 6 veces para referirse al sujeto a quién corresponde la respectiva garantía, y en otras tres ocasiones se encuentra implícito.

*medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del **justiciable**.*" (Destacado no es original).²²

b. Reconstrucción histórica del origen y finalidad de las garantías penales²³

Aunque lo dicho hasta aquí es suficiente para refutar el argumento de la minoría, la siguiente reconstrucción histórica resulta crucial para comprender el papel de las garantías penales y su vinculación genética con la seguridad jurídica. Lo cual además de darnos razones de peso para justificar mejor la decisión de la mayoría, nos abre el camino a posteriores reflexiones.

En la historia del Estado Moderno encontramos dos momentos de inflexión en el diseño institucional y funcionamiento del poder punitivo. El primero corresponde a lo que se ha denominado "la expropiación del conflicto", y refleja la transición del modelo procesal acusatorio primitivo al modelo procesal inquisitivo. Por su parte, el segundo corresponde a la transición del modelo inquisitivo al todavía dominante modelo procesal mixto, y podríamos denominarlo el inicio de la "racionalización del poder punitivo".²⁴

El modelo acusatorio primitivo fue el dominante en el mundo antiguo y se caracterizó porque: la acción era privada; la dinámica del proceso era adversarial, oral y pública; y su finalidad no era averiguar la verdad de lo ocurrido, sino darle la razón (con criterios subjetivos) a alguna de las partes para que pudiera ejecutar su venganza. La lesión generaba una ruptura de la paz social, que la venganza privada restablecía (MAIER, 2002: I, 264-266).

²²Sentencia del *Caso Barreto Leiva c/ Venezuela*, del 17 de noviembre de 2009.

²³Es necesario distinguir el concepto "garantía" de la expresión "garantías penales". Mientras el primero lo utilizamos para referirnos a las técnicas de protección de derechos fundamentales (según el concepto de FERRAJOLI expuesto en 1.); por "garantías penales" entenderemos el conjunto de los principios, derechos fundamentales y garantías que limitan el poder punitivo, y que fueron propuestos durante la ilustración y progresivamente incorporados a los ordenamientos jurídicos nacionales.

²⁴Estos momentos de inflexión en realidad son largos procesos de transición histórica, pero nos referimos a ellos de esta manera con fines expositivos, para poner énfasis en el rasgo central que transformó el ejercicio del poder punitivo en cada modelo. Por su parte los modelos constituyen tipos ideales que condensan los rasgos característicos comunes, más allá de la diversidad de sus manifestaciones históricas concretas.

Este modelo, típico de sociedades poco organizadas y sin autoridad central fuerte, fue progresivamente reemplazado por el modelo inquisitivo, característico del naciente Estado Absoluto. A este evento se le denomina “expropiación del conflicto” porque con la creciente concentración de poder de aquel, las transgresiones del orden social pasaron de ser un conflicto entre partes a convertirse en una afrenta contra el poder soberano del monarca, lo que tuvo como efecto indirecto la supresión de la venganza privada como medio legítimo para la resolución de conflictos (MAIER, 2002: I, 85).

Esto explica por qué la acción pasó a ser pública (a cargo de un juez inquisidor que representaba el “interés público”) y la víctima dejó de ser parte en el proceso. Su dinámica se caracterizó por ser privada, escrita y secreta. Mientras que su finalidad ya no era facilitar la venganza a costa de la verdad, sino más bien averiguar la “verdad oficial” a costa de lo que fuera (valiéndose principalmente de la tortura para obtener la confesión, que era la prueba reina ante el sistema de prueba tasada), y así imponer un castigo que retribuyera la afrenta contra el poder soberano (MAIER, 2002: I, 295-296, 306, 447).

De modo que si la finalidad última del sistema acusatorio primitivo era decidir a quién correspondía vengarse, como medio para restablecer la paz social; en el sistema inquisitivo la finalidad última era averiguar la verdad para castigar, como medio para restablecer y reproducir el poder absoluto del Estado. Así, mientras en el primero existía una relación de igualdad formal entre las partes que protagonizaban el conflicto; en el segundo la relación era de absoluta desigualdad (tanto material como formal) entre imputado y acusador público. No exageramos si decimos que en esta relación de desigualdad estructural del modelo inquisitivo, el peso de todo el poder público recaía con inimaginable crueldad y precisión sobre el cuerpo y la dignidad del imputado, sin que este tuviera la menor oportunidad de defensa.

En el contexto de la ilustración este ejercicio del poder punitivo fue duramente criticado, hasta entrar eventualmente en crisis: “...entre otras, por la interacción de dos causas: su radical injusticia y la mala calidad de verdad que producía, no obstante no reparar en medios para conseguirla.” (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2015: 309). Dando paso así

lentamente al modelo procesal mixto, también llamado proceso penal liberal-democrático, que domina en nuestros días y combina elementos de los dos anteriores.

En el modelo mixto la acusación sigue siendo pública –para mantener desactivada la venganza privada–, pero ya no está a cargo del juez, sino que corresponde a un órgano especializado para garantizar la independencia de aquel. La dinámica es adversarial, pero presume la inocencia del imputado como piedra angular de un sistema de garantías penales que tienen la función de equilibrar la desigualdad estructural señalada y evitar el ejercicio arbitrario del poder punitivo.²⁵ Mientras que el juicio es oral y público. Por último, su finalidad directa es averiguar la verdad sobre los hechos y sancionarlos, pero no a toda costa, sino respetando aquellas garantías como límites infranqueables (MAIER, 2002: I, 90. ANDRÉS IBÁÑEZ, 2015: 310-311).

Esta transición es lo que hemos llamado el momento de “la racionalización del poder punitivo” (o su inicio al menos), que no es otra cosa que el paso del Estado Absoluto al Estado de Derecho, y tiene como rasgo distintivo general la pretensión de reducir la arbitrariedad en su ejercicio, auto-limitándose con la imposición de garantías penales a favor del imputado (MAIER, 2002: 89).²⁶

Ahora bien, justamente por su carácter mixto, el proceso liberal-democrático tiene fines múltiples y en ocasiones enfrentados (MAIER, 2002: I, 90, 108). Así los objetivos directos (respecto a cada caso particular) del proceso penal mixto son: decidir el conflicto averiguando la verdad de lo acontecido, pero con respeto de las garantías del imputado. Por su parte, los objetivos indirectos (respecto al ejercicio del poder punitivo en general) son: evitar la venganza privada y reducir el uso arbitrario del poder punitivo (FERRAJOLI, 2011: II, 347). Entre los objetivos directos e indirectos existe una relación de permanente tensión, pues los primeros responden fundamentalmente al

25 “Igualar el poder de la organización estatal, puesta al servicio de la persecución penal, resulta imposible; ministerio público y policía ejercen el poder penal del Estado y, por ello [...] son jurídicamente imposibles de equiparar. Ello se traduce, ya en la persecución penal concreta e individual, en una desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal. Se trata así de un ideal –quizá utópico pero plausible– el intentar acercarse en la mayor medida posible al proceso de partes, dotando al imputado –aún de manera parcial– de facultades equivalentes a los de los órganos de persecución del Estado y del auxilio procesal necesario para que pueda resistir la persecución penal, con posibilidades parejas a las del acusador...” (MAIER, 2002: I, 578).

26 “...el derecho penal, como se dijo en el § 15.2, es el terreno en el que se construyó el paradigma del estado de derecho y de la democracia liberal como sistema de límites a la ley del más fuerte.” (FERRAJOLI, 2011: II, 346).

principio de tutela judicial efectiva, mientras los segundos responden al principio de seguridad jurídica. Desde una perspectiva político-constitucional, el papel de las garantías penales es precisamente articular los fines directos e indirectos, impidiendo que en nombre de la tutela judicial efectiva se averigüe la verdad y castigue, a costa de la seguridad jurídica. Lo cual implica claramente la preponderancia (*prima facie*) de la seguridad jurídica sobre la tutela judicial efectiva:

“El crecimiento del poder penal del Estado trajo consigo un desmejoramiento evidente de las condiciones de libertad y seguridad de los individuos [...] La situación así descrita preparó la revolución política que significó [...] la necesidad de poner límites que eliminen, en lo posible, el abuso de poder, que logren para el individuo un marco de garantías [...] que, como se verá, relativiza las metas que se propone la administración de justicia penal del Estado. Esta forma de proceder, vinculada a la persecución penal, supone la afirmación de valores del individuo que, por su mayor jerarquía, se anteponen a los mismos fines que persigue el enjuiciamiento penal, fines que de esta manera ya no se conciben como absolutos, sino que resultan subordinados a la observancia de aquellos valores fundamentales. [...] Aquí se nota con fuerza el conflicto de intereses que reside en la base de la función judicial del Estado en lo penal [...] Se puede observar, por ejemplo, que la meta absoluta de obtener la verdad histórica está actualmente subordinado a una serie de valores del individuo, que impiden lograrla a través de ciertos métodos indignos para la persona humana [...] Desde este punto de vista, el Derecho procesal penal es un estatuto de garantías, sobre todo para quien es perseguido penalmente, garantías que, incluso, se supraordinan a la demás funciones que también se le adjudica.” (MAIER, 2002: I, 89-91)”.

De manera que las garantías penales pretenden: (i) Limitar el poder punitivo; (ii) equilibrar la desigualdad material estructural entre el justiciable y el órgano acusador; (iii) y evitar la arbitrariedad en la persecución penal. En este sentido son tanto manifestación como medios para el aseguramiento de la seguridad jurídica.

La anterior síntesis refuta por completo las razones de la minoría en cuanto a que: (i) El imputado está en condición de igualdad frente a la parte acusadora; (ii) la garantía del principio de doble conformidad existe por igual para las partes del proceso; y (iii) por lo tanto un sistema bilateral de recursos en materia penal, que tutele el acceso igualitario sin limitaciones para las partes, garantiza la seguridad jurídica. Y además

nos permite apreciar en toda su dimensión el argumento de la Corte IDH respecto a que el 8.2.h CADH es una garantía penal exclusiva del imputado, cuya finalidad es evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo:

“92. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. [...] Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención.”²⁷

Ahora, como bien señala el voto de mayoría, lo anterior no significa que deba negarse completamente el derecho a recurrir de la parte acusadora, sino que el fundamento de este no puede ser de ninguna forma la seguridad jurídica, sino su valor opuesto dentro del proceso, la tutela judicial efectiva. Sin olvidar además la preponderancia axiológica de la seguridad jurídica. Por eso rechazar el reclamo del accionante sobre la vulneración del principio de seguridad jurídica, con el argumento de que con la derogación del 466 bis CPP se asegura la tutela judicial efectiva (como hizo el voto de minoría), es un verdadero contrasentido que desplaza el problema e ignora por completo el conflicto de valores en juego.

Por cierto, adelantando, el 466 bis CPP lo que hace es precisamente ponderar (legislativamente) esos valores en juego, permitiendo que la parte acusadora pueda recurrir en una sola ocasión la sentencia absolutoria (tutela judicial efectiva), pero luego prohibiendo dicha posibilidad contra la segunda sentencia absolutoria del juicio de reenvío (seguridad jurídica).

Una correcta interpretación del fallo de la Corte IDH, acorde con las garantías del 8.2 CADH y su propia jurisprudencia; así como con el origen histórico y la finalidad político-jurídica de las garantías penales como manifestación y medio de aseguramiento de la seguridad jurídica dentro del proceso penal: desmiente que la bilateralidad de los recursos sea compatible con el principio de doble conformidad y pueda servir para tutelar la seguridad jurídica.

²⁷Sentencia del *Caso Mohamed c/ Argentina*, del 23 de noviembre de 2012, subrayado no es original.

5.2 Seguridad Jurídica y *Ne bis in idem*

En el punto anterior nos referimos a la seguridad jurídica como el valor principal detrás de las garantías penales, con el objetivo de refutar la tesis central del voto de minoría. Ahora abordaremos el principio de seguridad jurídica pero con la finalidad de fortalecer las razones de respaldo de la decisión de mayoría. Para ello abordaremos primero el papel de la seguridad jurídica dentro del proceso penal como fuente de legitimación del ordenamiento jurídico en general. Para luego a partir de ahí, analizar el contenido y alcance del principio *Ne bis in idem*, como expresión de un derecho fundamental a no ser juzgado indefinidamente por los mismos hechos.

a. La Seguridad Jurídica y las garantías penales como fuente de legitimidad del Derecho

La existencia de un ordenamiento jurídico supone –como condición necesaria aunque no suficiente– el monopolio legítimo de la violencia por parte de una autoridad pública (ATIENZA, 2003: 67). Esto implica, en cuanto al monopolio, que la violencia privada es inaceptable (con excepción de la que cubre la legítima defensa y el consentimiento); y en cuanto a la legitimidad, que el uso de la violencia pública no puede ser arbitrario, es decir debe ser racional y estar estrictamente regulado.²⁸ Lo que interesa destacar aquí es que el carácter legítimo de esta condición necesaria para la existencia del Derecho, depende de su uso no arbitrario.

El monopolio de la violencia legítima es el fundamento del poder punitivo público, que se manifiesta como derecho penal y procesal penal. Sin embargo, como dice la conocida expresión de BELING “...el derecho penal no le toca ni un pelo al delincuente...”, pues es el derecho procesal el que realiza el programa de prohibiciones de aquel. De forma que el proceso penal es el momento crítico en el ejercicio del poder punitivo. Resulta claro entonces porqué para el proceso penal la seguridad jurídica –entendida como principio de exclusión de la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo– constituye su valor fundamental. Se trata ni más ni menos, que de una fuente

²⁸Esta idea parte de la formulación de Ferrajoli en § 8.14 *Derecho y Fuerza. Paz y Derecho* (2011, I); aunque intentamos desligarla de su carga positivista originaria, por lo cual hablamos de condición necesaria pero no suficiente.

insustituible de legitimidad no solo del poder punitivo, sino del Derecho en general (MAIER, 2002: I, 475).²⁹

Además, con el desarrollo del Constitucionalismo la seguridad jurídica ya no expresa solo la necesidad de validez formal, sino también de validez sustancial; es decir, adquiere una dimensión sustantiva. Mientras en el Estado de Derecho la racionalidad (no arbitrariedad) en el ejercicio del poder público se limita a la regularidad formal en la producción de la ley (certeza de qué esperar porque lo dice la ley, independientemente de lo que diga); luego con el Estado Constitucional de Derecho la no arbitrariedad implica también coherencia sustancial (certeza de que el contenido de la ley también debe ser acorde con los valores fundamentales del Derecho). En este sentido el carácter legitimante de la seguridad jurídica respecto al Derecho es doble, no solo como garantía formal para el ejercicio racional del poder punitivo, sino también como condición de posibilidad de los derechos fundamentales (ATIENZA, 2003: 182).

b. Ne bis in idem

Una de las más importantes limitaciones para la legitimación del poder punitivo la encontramos en el principio *ne bis in idem*. En sus formulaciones normativas el principio suele presentarse desde la perspectiva de la persona como un derecho; por ejemplo, en los artículos 8.4 de la CADH: “*El inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*”; 14.7. del PIDCP: “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.*”; y 42 de la Constitución Política de Costa Rica: “[...] *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.*” Sin embargo, como sugiere esta última oración, en

²⁹“*La seguridad jurídica vendría a ser entonces un valor adjetivo con respecto a los otros, de manera que la justicia podría definirse como la seguridad de que el Derecho nos proporciona un máximo de libertad y de igualdad. El sentido de los principios de certeza que antes veíamos es precisamente garantizar a todos los individuos (de ahí su carácter igualitario) el goce de las libertades reconocidas por el Derecho. [...] El uso conservador de la seguridad jurídica se produce cuando este valor se separa de los otros y se esgrime, ideológicamente, para justificar interpretaciones de las normas jurídicas que no tienen en cuenta los fines que éstas tratan de lograr ni los valores que han de proteger.*” (Atienza, 2003: 181).

realidad el principio constituye una norma regulativa prohibitiva general sobre el poder punitivo estatal (PÉREZ LLEDÓ, J.A., 2015: 31).

Este carácter limitativo de un poder público de la norma es un indicador claro de que se trata de una garantía primaria (en sentido estricto) de un derecho fundamental. Para responder cuál es ese derecho, necesitamos acudir al fundamento axiológico de ambos que se encuentra en el principio de seguridad jurídica. Recordemos que este pretende la racionalidad del poder, imponiendo límites que eviten un ejercicio arbitrario. Por definición entonces, cualquier poder ilimitado es irracional y arbitrario. En este caso el *ne bis in idem* limita el poder público de la acción penal, prohibiéndole a la parte acusadora ejercerla nuevamente por los mismos hechos, contra una persona absuelta por sentencia firme. Es decir, la parte acusadora cuenta con la oportunidad de un solo proceso penal para ejercer la acción penal. Firme la absolutoria, la inocencia del imputado respecto a esos hechos es absolutamente inmovible. Claramente lo que busca la prohibición del *ne bis in idem*, es impedir un ejercicio ilimitado de la acción penal, mediante la prosecución sucesiva de varios procesos penales por los mismos hechos.

Si el principio de seguridad jurídica impone que el poder punitivo no sea ilimitado, y la garantía del *ne bis in idem* limita el ejercicio de la acción penal a un solo proceso, podemos afirmar entonces que entre los dos se ubica el **derecho fundamental a no ser perseguido penalmente de manera indefinida** (que incluiría las fases de acusación, enjuiciamiento y condena).³⁰ Esta formulación intermedia del derecho, como una expectativa más amplia que la garantía del *ne bis in idem* pero también más concreta que el principio de seguridad jurídica, por una parte comprende mejor el valor fundamental en juego, y por otra permite ubicar bajo su ámbito de protección otras garantías procesales como la prescripción de la acción penal, el plazo máximo de la detención provisional, así como la norma del artículo 466 bis CPP que nos ocupa.

³⁰Sobre el progresivo nivel de concreción entre valores, principio y reglas: ATIENZA Y RUIZ MANERO (2007). En igual sentido: “A partir de ahí, se proponen mostrarnos que entre enunciados valorativos, principios y reglas hay, en cierto sentido, un continuo. En todos esos tipos de enunciados están presentes los dos aspectos pero resaltados de manera diferente [...] b) la diferencia de los principios con los juicios de valor radica en que en aquéllos se resalta más el aspecto directivo y en estos el aspecto valorativo; y c) la diferencia de ambos (juicios de valor y principios) con las reglas se encuentra en que éstas son una concreción de aquéllos.” (AGUILÓ, 2012: 176-177).

De modo que el derecho fundamental a no ser perseguido penalmente de manera indefinida es garantizado: por el *ne bis in idem* limitando la persecución penal a un único proceso, por el plazo de prescripción de la acción penal mediante un límite temporal, y por el artículo 466 bis CPP limitando la facultad de la parte acusadora de impugnar la sentencia absolutoria a una sólo ocasión; entre otras. Es importante destacar que tanto la garantía del *ne bis in idem* como la del 466 bis, son límites indispensables para equiparar la relación asimétrica entre imputado y parte acusadora, uno de los fines centrales de las garantías penales desde su origen.

Ahora podemos afirmar con certeza que cuando el voto de mayoría indicó que el principio *ne bis in idem* “*gravita en este caso, aunque no es aplicable íntegramente*”, es precisamente porque el 466 bis CPP también es una garantía del derecho fundamental a no ser perseguido penalmente de manera indefinida, derecho que exige que la parte acusadora no pueda impugnar ilimitadamente las sentencias absolutorias dentro del mismo proceso, ya que esto implicaría someter al acusado a indefinida cantidad de juicios.³¹

5.3 Justicia pronta y cumplida

El principio de justicia pronta y cumplida se encuentra recogido normativamente en los artículos 7.5 y 8.1 de la CADH, 9.3 y 14.3.c del PIDCP y 41 de la Constitución Política de Costa Rica.³² Siguiendo el criterio dominante en los tribunales internacionales de derechos humanos, la Sala Constitucional (mayoría y minoría) sostuvo en este asunto que el plazo razonable al que refiere dicha normativa internacional solo puede determinarse *ex post* con fines indemnizatorios, y por lo tanto no exige que el legislador emita legislación al respecto. Por el contrario PASTOR (2004)

31Con este planteamiento nos apartamos de la posición de MAIER (1986, 2002) y SIENRA (2004), quienes consideran que del principio *ne bis in idem* lo que se deriva es una prohibición absoluta de que la parte acusadora recurra, a semejanza del principio estadounidense del “*double jeopardy*”.

32: CADH, 7.5: “...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable...”; y 8.1: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*”. PIDCP, 9.3: “*Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.*”; y 14.3.c: “*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas...*”. Constitución Política artículo 41: “*Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.*”

sostiene que existe un derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y que de este se deriva la obligación de garantizarlo por vía legislativa. En concreto, estima que para ello debe fijarse normativamente un plazo de duración máxima para el proceso penal.

Más allá de si esa es la exigencia normativa (la garantía necesaria) que se desprende del derecho a ser juzgado en un plazo razonable –lo que supera el foco de esta investigación–, coincidimos con PASTOR en que sí existe dicho derecho fundamental, que deriva del principio de justicia pronta y cumplida, y que el legislador está obligado a garantizarlo. Por lo que rechazamos la posición de la Sala Constitucional, en cuanto a que el principio de justicia pronta y cumplida lo único que implica es la obligación casuística de indemnizar a los imputados de aquellos procesos concretos en que la duración haya sido excesiva.

El derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable plantea una doble exigencia que debe traducirse legislativamente en garantías óptimas: por una parte que el asunto se decida, y por otra que se haga en un plazo razonable. Respecto al proceso penal estas exigencias son todavía más apremiantes, dada la severa carga que significa para la dignidad de cualquier persona el simple hecho de estar sometida a proceso.

De acuerdo con lo anterior, en el caso del artículo 466 bis CPP, en tanto la norma impide que el proceso penal se extienda indefinidamente vía la presentación ilimitada de recursos de la parte acusadora contra las sentencias absolutorias, también constituye garantía del derecho fundamental a ser juzgado dentro de un plazo razonable, al asegurar que la situación del justiciable se decida y con prontitud. Por lo tanto, su derogatoria también constituye una violación directa de ese derecho.

5.4 Inderogabilidad de la garantía y su correcta interpretación

Con base en los razonamientos anteriores resulta claro que el segundo párrafo del artículo 466 bis CPP:³³ (i) es una norma regulativa prohibitiva que limita la facultad

³³“...El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de casación contra la sentencia que se produzca en el juicio de reenvío que reitere la absolución del imputado dispuesta en el primer juicio, pero sí podrán hacerlo en lo relativo a la acción civil, la restitución y las costas...”

de impugnar de la parte acusadora (derivada de su poder de acción dentro del proceso penal), impidiéndole recurrir la segunda sentencia absolutoria dictada en el mismo proceso; (ii) y constituye una garantía necesaria de los derechos fundamentales a no ser enjuiciado indefinidamente y a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

La necesidad de esta garantía resulta mucho más clara con un ejemplo práctico de lo que ocurriría si no existiera: El Ministerio Público acusa al señor K. de un delito, K. enfrenta el juicio¹ y resulta absuelto¹; el Ministerio Público inconforme con la decisión recurre y consigue la nulidad de la sentencia; por lo que el señor K. enfrenta otra vez el juicio² y el Tribunal de reenvío lo absuelve² nuevamente. Con la garantía del 466 bis CPP la historia terminaría ahí, la parte acusadora tuvo sendas oportunidades de lograr la condenatoria y no lo logró, permaneciendo en adelante incólume la inocencia del señor K. respecto a esos hechos. Sin embargo, sin la garantía, la secuencia podría repetirse al infinito:

juicio de reenvíoⁿ → absolutoriaⁿ → impugnaciónⁿ

No hay duda de que esa posibilidad es incompatible con el principio de seguridad jurídica y los derechos fundamentales a no ser enjuiciado indefinidamente y a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Así como el acusado no puede ser perseguido penalmente por los mismo hechos en dos procesos distintos (*ne bis in idem*), tampoco puede ser enjuiciado indefinidamente dentro del mismo proceso. Debe existir un límite a la cantidad de juicios que puede llegar a enfrentar una persona dentro del mismo proceso, lo que solo puede conseguirse impidiéndole a la parte acusadora impugnar después de alcanzada cierta cantidad de absolutorias. En este caso el legislador costarricense, ponderando entre la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, decidió que la parte acusadora podría impugnar la sentencia absolutoria pero en una sola oportunidad, adquiriendo la segunda absolutoria firmeza inmediata por disposición normativa. Esta ponderación que subyace a la norma resuelve satisfactoriamente la tensión de los valores en juego, permitiendo la tutela judicial efectiva de los intereses que representa la parte acusadora, pero también garantizando los derechos fundamentales del imputado.

Nos queda por responder entonces la pregunta más relevante, al menos en cuanto a sus efectos prácticos: ¿Podía el legislador derogar el artículo 466 bis? Sin necesidad de acudir en sentido estricto a la figura de la progresividad de los derechos humanos, sino más bien empleando un enfoque garantista que reconozca el papel de los principios en juego, es sencillo responder negativamente con base en la argumentación precedente (5.1, 5.2 y 5.3). **La norma regulativa prohibitiva del segundo párrafo del 466 bis CPP, que establece la inimpugnabilidad de la segunda sentencia absolutoria penal, es una garantía de derechos fundamentales necesaria.** Al ser una garantía necesaria su supresión crearía una laguna, por lo que su derogatoria constituye en términos de validez sustancial una antinomia (incoherencia axiológica determinada por la valoración de los principios en juego) que el Tribunal Constitucional correctamente anuló.³⁴

Finalmente, la interpretación literal que propone la Sala Constitucional de la norma restituida es incorrecta porque en términos prácticos equivale a la inaplicabilidad de la garantía. Recordemos que para la mayoría del tribunal constitucional: “...*la norma revive la limitación solo para el recurso extraordinario de casación, en razón de que la norma estaba prevista originalmente solo para esta, pues la apelación en ese momento no existía.*” En efecto, al crearse el 466 bis CPP en materia penal existía únicamente el recurso de casación, por eso la norma al limitar la facultad de impugnar de la parte acusadora dice: “...*no podrán formular recurso de casación...*”. Sin embargo la conclusión que se deriva de esta circunstancia es por completo opuesta a la del voto de mayoría en la aclaración y adición de la Sala Constitucional.

Teniendo claro que la finalidad del 466 bis CPP es impedir que la parte acusadora persiga indefinidamente a una persona dentro del mismo proceso, para lo cual el legislador limitó las facultades recursivas de la parte acusadora a un único intento. Resulta claro que la interpretación literal propuesta por la Sala Constitucional es inaceptable, pues restringir la limitación únicamente respecto al recurso de casación tendría el efecto práctico de permitir que la parte acusadora presente infinita cantidad

³⁴Lo mismo ocurriría, por ejemplo, en caso de que el legislador pretendiera eliminar por completo la figura de prescripción de los delitos penales. Como puede apreciarse esto no significa que el legislador carezca por completo de injerencia en la definición de dichos límites, sino simplemente que no puede eliminarlos por completo o regularlos desproporcionadamente de forma que en términos prácticos equivalga a su supresión.

de recursos de apelación contra las sentencias absolutorias de los juicios de reenvío, facultando someter al imputado indefinidamente a juicio. Situación que sería abiertamente contradictoria con el fin de la garantía y la haría inútil.

Adicionalmente, una interpretación literal del 466 bis CPP resulta imposible en el nuevo régimen de impugnación penal, dado que actualmente solo es admisible la casación planteada contra la sentencia de apelación (es motivo de inadmisibilidad cuestionar directamente la sentencia de juicio), y el 466 CPP bis lo que establece literalmente es la prohibición de recurrir en casación la segunda sentencia absoluta de juicio; es decir algo que de por sí sería inadmisibile. De manera que una interpretación literal no solo facultaría el reenvío infinito de la causa de apelación a juicio, sino que la hipótesis en la que la Sala de Casación Penal tendría que aplicar la prohibición del 466 bis CPP es normativamente imposible.

Descartada la interpretación literal, una interpretación teleológica de la norma, que parta de la ponderación de principios en juego y entienda su finalidad última como garantía de derechos fundamentales, es la que permite su aplicación más razonable. Una interpretación en este sentido requiere, en primer lugar, descomponer las “partículas esenciales” de la regla, para luego adaptarlas a la nueva situación del régimen de impugnación penal en la que existen dos recursos, uno ordinario de apelación (amplio y flexible) y otro extraordinario de casación (formal y de estricto control de legalidad). De esta manera, de la redacción del artículo 466 bis CPP podemos extraer los siguientes elementos nucleares y sus respectivas adaptaciones:

- i. *“ El Ministerio Público, el querellante y el actor civil...”*
→ La parte acusadora.
- ii. *...no podrán formular recurso de casación...*
→ No podrá formular recurso alguno (apelación o casación).
- iii. *...contra la sentencia que se produzca en el juicio de reenvío...*
→ Contra la sentencia que después de cualquier reenvío (ordenado en apelación o casación).
- iv. *...que reitere la absolución del imputado dispuesta en el primer juicio,...*
→ Reitere o confirme una sentencia absoluta (de cualquier instancia).

v. *...pero sí podrán hacerlo en lo relativo a la acción civil, la restitución y las costas.*”

→ Sí podrá hacerlo respecto a la acción civil, la resitución y las costas.

De acuerdo con esta interpretación teleológica la norma se leería de la siguiente manera: *“La parte acusadora no podrá formular recurso alguno contra la sentencia que, después de cualquier reenvío, reitere o confirme una sentencia absolutoria anterior; sí podrá hacerlo respecto a la acción civil, la resitución y las costas.”*

Esta interpretación es la que mejor adapta al nuevo régimen de impugnación penal, la finalidad de la norma de impedir que la absolución del imputado sea revertida en más de una ocasión. Así las cosas, la mejor interpretación posible de la garantía, en concordancia con los principios y derechos fundamentales en juego, es que contra la segunda sentencia absolutoria penal (que es aquella que declara o confirma nuevamente una absolutoria, después del reenvío a cualquier instancia) la parte acusadora no puede interponer recurso alguno (sea de apelación o casación).

6. Conclusiones

1. La decisión mayoritaria de la Sala Constitucional al anular la derogatoria del 466 bis CPP y restituir la norma fue correcta, sin embargo sus razones para justificarla podían ser significativamente mejores. Por su parte la interpretación de la norma impuesta en la resolución de aclaración y adición es completamente equivocada, al permitir que la parte acusadora interponga ilimitada cantidad de recursos de apelación contra las sentencias absolutorias de reenvío y reducir la prohibición a un escenario normativamente imposible. Sólo una interpretación teleológica que parta de la ponderación de los principios en juego, asegura el cumplimiento de los fines de la garantía.

2. En buena medida las deficiencias de la justificación del voto de mayoría se asocian a un enfoque normativista de las respectivas cuestiones, y en el caso del voto de minoría tanto la decisión como la justificación equivocadas responden principalmente a dicho enfoque.

3. Una valoración de mayor profundidad sobre los principios de seguridad jurídica, *ne bis in idem* y de justicia pronta y cumplida, así como un correcto análisis de

la tipología normativa, dan un respaldo mucho más sólido a la posición de mayoría y permiten concluir que:

- a. Las garantías penales derivadas del principio de seguridad jurídica que surgieron con el Estado de Derecho, tienen (y mantienen) entre sus fines principales equiparar una relación de desigualdad estructural entre el imputado y la parte acusadora. Lo cual, en relación con el principio de doble conformidad, descarta un sistema bilateral de recursos en materia penal.
- b. Del principio de seguridad jurídica se deriva el derecho fundamental a no ser perseguido penalmente de manera indefinida, y del principio de justicia pronta y cumplida se deriva el derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable. Ambos derechos deben ser normativamente garantizados por el legislador.
- c. La norma regulativa prohibitiva del segundo párrafo del 466 bis constituye una garantía necesaria de ambos derechos fundamentales.
- d. Por ser una garantía necesaria resulta inderogable, ya que su supresión constituiría un vicio de validez material (una antinomia), es decir, derecho ilegítimo.

4. Todo lo anterior constituye evidencia de que un enfoque postpositivista, que se tome en serio los principios, resulta de gran utilidad para cumplir los fines del garantismo, en particular la limitación de los poderes públicos y privados como medio para la máxima realización de los derechos fundamentales, el constitucionalismo y la democracia. Concretamente, sin ponderación de principios es imposible dar cuenta de la dimensión valorativa del derecho, la cual es indispensable para determinar cuáles garantías son necesarias y cuáles incoherencias normativas son antinomias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiló, J. (2011). El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli. *Doxa*(34), 55-71.
- Aguiló, J. (2012). *Teoría General de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2003). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2008). Tesis sobre Ferrajoli. *Doxa*(31), 213-216.
- Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa*, 73-88.
- Atienza, M. (2014). *Curso de Argumentación Jurídica, Madrid*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M., & Ruiz, J. (2007). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Bertelotti, M. (2004). *El principio de ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva histórico comparada*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012). *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., & Ruiz, J. (2012). *Dos modelos de Constitución. Una conversación*. Madrid: Trotta.
- González, D. (2015). *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Hendler, E. (2004). *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ibañez, A. (2015). *Tercero en Discordia*. Madrid: Trotta.
- Ihering, R. (1990). *La lucha por el Derecho*. Bogotá: Temis.
- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa*, 4-28.
- Maier, J. (1986). «Inadmisibilidad de la Persecución Penal Múltiple (Ne bis in idem)», *Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, . *Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, 416-461.
- Maier, J. (2002). *El Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Pastor, D. (2004). Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, 51-76.
- Pérez, J. (2015). Normas constitutivas: Reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Las definiciones. En D. González.
- Rodenas, A. (2011). Validez Material y Constitucionalismo Garantista. *Doxa*, 265-273.

Sienra, A. (2004). La facultad del Ministerio Público de recurrir la sentencia en contra del imputado: su inconstitucionalidad. En Hendler.